

Estado del Arte de la Mediación

FRANCISCO GORJÓN GÓMEZ
ANTONIO LÓPEZ PELÁEZ

Coordinadores

Estado del Arte de la Mediación



Asociación Internacional de Doctores
en Métodos Alternos de Solución de Conflictos.



UANL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN®

**THOMSON REUTERS
ARANZADI**

Primera edición, 2013

Esta obra es parte de los Proyectos de Investigación:

Proyecto de Investigación 1: «La Implementación de los Métodos Alternos de Solución de Controversias conforme a la Reforma Procesal Constitucional». Propuesta que se apoya en la línea de conocimiento Mejora continúa de la Capacidad y Competitividad Académica. Proyecto de Investigación CONACYT-Ciencia Básica Convocatoria 2008. México, 2009.

Proyecto de Investigación 2: «Reforma Constitucional Penal e Impartición de la Justicia». Proyecto SEP-Cuerpos Académicos- Redes Temáticas de Colaboración. Nombre de la Red: «Impartición de la Justicia». México 2009. Cuerpos Académicos participantes: Estudios Jurídicos Contemporáneos de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla; Criminología de la Universidad Autónoma de Tamaulipas; Garantismo y Política Criminal de la Universidad de Tlaxcala; Derecho Comparado de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2013 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Francisco Gorjón y Antonio López Peláez (coord.) y otros]

Editorial Aranzadi, SA

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-9014-682-8

Depósito Legal: NA 1293/2013

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 - Pamplona

SUMARIO

	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN.....	21
CAPÍTULO I	
ESTADO DEL ARTE DE LA MEDIACIÓN EN MÉXICO	27
FRANCISCO JAVIER GORJÓN GÓMEZ	
1. Introducción.....	28
2. Objetivos	29
3. Recuento de las Constituciones estatales que sustentan los MASC en México	29
4. Identificación las Leyes locales de MASC en el marco federal	31
5. Áreas proclives de aplicación de los MASC	33
6. Definición de los Indicadores generales de evaluación de Leyes MASC.....	33
6.1. <i>Cobertura legal.....</i>	<i>34</i>
6.1.1. Ley específica	34
6.1.2. Fundamento Constitucional	34
6.1.3. Desarrollo de una política pública	34
6.1.4. Vía de Concertación Social	35
6.1.5. Vía de prevención del delito	35
6.1.6. Complemento legal	35
6.1.7. Organismo regulador de los MASC.....	36
6.1.8. Tipos de instituciones administradoras de MASC	36
6.1.9. Acreditación y certificación de prestadores de servicios MASC e instituciones administradoras	36
6.2. <i>Conceptualización</i>	<i>37</i>
6.2.1. Definición.....	37
6.2.2. Declaración de principios	37

	<u>Página</u>
6.2.3. Distingue los diferentes MASC.....	38
6.2.4. Los MASC son considerados herramientas de PAZ	38
6.2.5. Se considera el perdón y la reparación del daño	38
6.2.6. Prevén esquemas de justicia restaurativa	38
6.3. <i>Conceptualización procesal</i>	39
6.3.1. Supuestos en que proceden los MASC.....	39
6.3.2. Regula la confidencialidad	39
6.3.3. Derechos y obligaciones de mediadores, conciliadores y árbitros	39
6.3.4. Impedimentos de mediadores, conciliadores y árbitros	39
6.3.5. Derechos y obligaciones de usuarios MASC.....	40
6.3.6. Responsabilidad de prestadores de servicios MASC.....	40
6.4. <i>Procedimiento</i>	40
6.4.1. Distingue procedimiento de mediación y conciliación..	40
6.4.2. Partes del procedimiento	41
6.4.3. Cláusula Compromisoria	41
6.4.4. Elementos y formalidades del acuerdo	41
6.4.5. Seguridad Jurídica del acuerdo	41
6.4.6. Auxilio jurisdiccional.....	41
6.4.7. Interrupción de la prescripción y caducidad de la ins- tancia.....	42
6.4.8. Formas de concluir el procedimiento	42
6.4.9. Procedimiento en caso de incumplimiento y vía de eje- cución	42
6.4.10. Técnicas	42
7. Exégesis de los elementos básicos para la creación de un marco general de MASC (piloteo)	43
8. Impacto de los MASC en el sistema judicial	46
9. Conclusiones	47

SUMARIO

	<u>Página</u>
Bibliografía.....	48
CAPÍTULO II	
SITUACIÓN ACTUAL DEL MARCO NORMATIVO DE LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA.....	51
MARTA GONZALO QUIROGA	
Introitus.....	51
1. Antecedentes de la mediación en España.....	52
2. Decreto Ley de Mediación.....	55
3. Anteproyecto de la Ley española de Mediación	56
4. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles	59
5. Aspectos claves de la nueva Ley de Mediación: Perspectiva crítica	63
6. Cuadro de Legislación y Normativa sobre Mediación en España ...	67
7. Conclusiones y propuestas.....	69
Bibliografía.....	72
Otros sitios web o links de utilidad.....	74
CAPÍTULO III	
ACTUALIDAD DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA Y MÉXICO	77
M ^a PAZ GARCÍA-LONGORIA Y SERRANO	
Introducción	77
1. La Formación en Mediación Familiar en España y México.....	77
2. Los servicios de Mediación Familiar	80
3. Las proyecciones de la Mediación Familiar	83
4. La mediación familiar en casos de violencia de género/doméstica/ pareja.....	89
5. Conclusiones y propuestas.....	95

	<u>Página</u>
Bibliografía	96
CAPÍTULO IV	
LA MEDIACIÓN COMO HERRAMIENTA DE INTERVENCIÓN SOCIAL	99
ENRIQUE PASTOR SELLER	
Introducción	99
1. La mediación en la encrucijada de la sociedad relacional: capital social, sinergias y transacciones estratégicas	100
2. La intervención social en contextos de fractura y exclusión social territorial	101
3. La mediación como intervención social específica	106
4. La mediación como intervención psicosocial en el marco de la cultura de paz	108
5. Procesos, modelos y metodología de la intervención mediadora	109
6. El rol del mediador en la intervención orientada al empowerment	111
7. Los conflictos como objeto de intervención	112
8. Ámbitos y contextos de intervención de la mediación	115
9. Conclusiones	118
Bibliografía	119
CAPÍTULO V	
LA MEDIACIÓN EN EL TRABAJO SOCIAL: ASPECTOS RELACIONALES	125
ANTONIO LÓPEZ PELÁEZ	
SAGRARIO SEGADO SÁNCHEZ-CABEZUDO	
1. Introducción	126
2. Paradojas de la mediación en las sociedades cosmopolitas	129
3. Comunicación y mediación en el siglo XXI: perspectivas sobre el analfabetismo relacional	138
4. Epílogo: Mediación y Trabajo Social en el siglo XXI	144

SUMARIO

	<u>Página</u>
Bibliografía.....	145
CAPÍTULO VI	
LOS INTANGIBLES DE LA MEDIACIÓN.....	147
FRANCISCO JAVIER GORJÓN GÓMEZ	
KARLA ANNETT CYNTHIA SÁENZ LÓPEZ	
1. Introducción.....	147
2. Contextualización de los MASC.....	149
3. Los intangibles de los MASC.....	151
4. Definición de los Intangibles.....	152
5. Características de los Intangibles.....	153
6. Definición de los MASC.....	153
7. Clasificación y desarrollo taxonómico de los intangibles de los MASC.....	154
8. Método de investigación cualitativa aplicable.....	155
9. Cualificación de los expertos.....	156
10. Declaración del problema.....	156
11. Objetivos.....	156
12. Hipótesis.....	156
13. Instrumento.....	159
14. Aplicación del instrumento.....	161
15. Resultados.....	162
15.1. <i>Resultado de intangibles-operadores.....</i>	164
15.2. <i>Resultado de intangibles-usuarios.....</i>	167
15.3. <i>Resultados de intangibles-procedimiento/administradores.....</i>	170
15.4. <i>Resultados totales unificados.....</i>	173
16. Conclusiones.....	176

	<u>Página</u>
Bibliografía	177
CAPÍTULO VII	
LA EDUCACIÓN EN VALORES: MEDIACIÓN Y MENORES DE EDAD	181
PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ	
1. Planteamiento general	181
2. Mediación intergeneracional	185
3. Mediación escolar	189
4. El caso especial de la responsabilidad por los daños causados	192
5. Conclusiones	196
Bibliografía	197
CAPÍTULO VIII	
EL INTERÉS DEL MENOR EN LA MEDIACIÓN: PROGRAMAS DE ACTUACIÓN	199
MARÍA CRESPO GARRIDO	
SILVIA VALMAÑA OCHAÍTA	
1. Preliminares	199
2. Panorama sobre los recursos disponibles en materia de mediación familiar en el ámbito estatal, autonómico y local	201
2.1. <i>La mediación familiar: concepto y fines</i>	201
2.2. <i>Régimen jurídico de la mediación familiar</i>	202
2.2.1. Normativa internacional	202
2.2.2. Legislación estatal	203
2.2.3. Disposiciones autonómicas.....	205
3. Matrimonios y rupturas matrimoniales en perspectiva	206
3.1. <i>Tasa de nupcialidad</i>	206
3.2. <i>Nulidades, separaciones y divorcios</i>	207
3.3. <i>La situación en Castilla-La Mancha</i>	209
4. Estudio del caso: La realidad de la mediación en Castilla-La Mancha	211

SUMARIO

	<u>Página</u>
4.1. Programa de Mediación en Ruptura de Pareja.....	212
4.2. Programa de Orientación e Intervención Familiar.....	214
4.3. Atribución de custodias tras la mediación.....	215
5. Conclusiones.....	216
Bibliografía.....	217

CAPÍTULO IX

TRANSFORMANDO MÉXICO Y ESPAÑA A TRAVÉS DE LA MEDIACIÓN COMO POLÍTICA SOCIAL	219
PARIS ALEJANDRO CABELLO TIJERINA	
1. Introducción.....	219
2. Aproximación a la política social.....	220
3. La mediación: una política social de autorregulación pacífica de conflictos.....	224
4. Contexto actual de la mediación en México y España.....	227
5. Transformando México y España a través de la mediación como política social.....	233
6. Conclusiones.....	235
Bibliografía.....	236

CAPÍTULO X

LA VIABILIDAD LEGISLATIVA DE LA MEDIACIÓN CIVIL Y SU EVOLUCIÓN CONTEMPORÁNEA.....	239
ARNULFO SÁNCHEZ GARCÍA	
Introducción	239
1. Rango constitucional de los MASC	240
2. La evolución de la mediación en la época contemporánea.....	242
2.1. <i>Facultades legislativas de las Entidades Federativas mexicanas en materia de mediación</i>	<i>243</i>
2.2. <i>Facultad legislativas de los Comunidades Autónomas en materia de mediación.....</i>	<i>245</i>

	<u>Página</u>
3. Primeros avances legislativos en materia de mediación en España y México	246
4. Estado actual del marco regulatorio de la mediación civil	250
5. Conclusiones	264
Bibliografía	264
CAPÍTULO XI	
LA MEDIACIÓN CIVIL EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO	267
PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ	
1. La mediación en la convergencia legislativa europea	268
2. Los precedentes de la ley marco europea: el Libro Verde	269
3. La promulgación de la Directiva 52/2008, de mediación civil y mercantil	269
3.1. <i>Objetivos de la directiva y su trasposición por la Ley 5/2012</i>	270
3.2. <i>Los principales objetivos, según el dictamen de los servicios jurídicos del Consejo, se circunscriben a cuatro</i>	270
3.3. <i>La base jurídica competencial del Tratado CE es la de los art. 61.c) y 67.5 del tratado CE, y se limita su finalidad a aquellas situaciones o litigios con trascendencia transfronteriza, aun cuando propugna que al realizar la trasposición los EEMM puedan regular la mediación en el derecho interno, como efectivamente se está realizando</i>	271
3.4. <i>La mediación y el mediador en la directiva europea</i>	271
4. Los precedentes históricos de los sistemas jurídicos continental-europeo y anglosajón	272
5. La mediación: una dimensión más racional de la tutela efectiva	275
6. La generación de fuentes normativas internacionales en la perspectiva de la mediación	276
7. La regulación de la mediación civil en el derecho interno español	278
8. El papel del abogado en la mediación	278
9. Litigios susceptibles de ser mediados	280
9.1. <i>Especial complejidad</i>	280
9.2. <i>Utilidad</i>	280

SUMARIO

	<u>Página</u>
10. Características esenciales de la mediación civil	281
10.1. <i>La confidencialidad y la neutralidad</i>	281
10.2. <i>Las partes en la mediación</i>	281
10.3. <i>Estatuto del mediador</i>	282
10.4. <i>El papel del mediador</i>	282
10.5. <i>La neutralidad del mediador</i>	283
10.6. <i>Una metodología pluridisciplinar</i>	284
11. La mediación en el entorno de los tribunales de justicia	285
11.1. <i>Precisiones conceptuales</i>	285
11.2. <i>La Ley 5/2012, de 6 de julio tiene por objeto, precisamente, la regulación de las relaciones entre la mediación y el proceso judicial</i>	285
11.3. <i>La garantía de la ejecución es, posiblemente, el momento en el que se engarza de una manera más visual la mediación con el proceso judicial</i>	286
11.4. <i>Características de la mediación intrajudicial</i>	286
12. El derecho civil de la mediación	288
13. Conclusiones	288
14. Propuestas	289
Bibliografía recomendada	289

CAPÍTULO XII

LOS MODELOS DE MEDIACIÓN APLICABLES EN ESPAÑA Y MÉXICO

LOS MODELOS DE MEDIACIÓN APLICABLES EN ESPAÑA.....	291
EMILIA DE LOS ÁNGELES ORTUÑO MUÑOZ	
Introducción	291
1. Los Modelos de Mediación en el ámbito familiar	294
1.1. <i>Modelo de competencia</i>	296
1.2. <i>Modelos de mediación intrajudicial utilizado en los Juzgados de Barcelona</i>	296
1.3. <i>El modelo AVAMEDI (Lapasíó y Ramón, 1997)</i>	298

	<u>Página</u>
2. Modelos en el ámbito social: Mediación Comunitaria, Mediación Intercultural, Mediación Penal Juvenil, Mediación Escolar.....	299
2.1. <i>Mediación Comunitaria</i>	299
2.2. <i>Mediación Intercultural</i>	301
2.2.1. Aplicación de las características principales de los diferentes métodos a la Mediación Intercultural.....	303
2.3. <i>Mediación Penal Juvenil</i>	304
2.3.1. Proceso de mediación-reparación.....	306
2.3.2. Programas sin participación de la víctima.....	307
2.4. <i>Mediación en el ámbito educativo</i>	308
3. Conclusiones y propuestas.....	310
Bibliografía.....	310

CAPÍTULO XIII

ESTADO Y PERSPECTIVAS DE LA MEDIACIÓN ESCOLAR EN MÉXICO Y ESPAÑA	313
REYNA LIZETH VÁZQUEZ GUTIÉRREZ	
1. Introducción.....	313
2. Características.....	315
3. Operatividad y Ámbito de Actuación.....	317
4. Visión General del Estado de la Mediación Escolar en España	323
5. Visión General del Estado de la Mediación Escolar en México.....	328
6. Perspectivas Próximas para los Programas de Mediación Escolar...	332
7. Conclusiones y Propuestas.....	335
Bibliografía.....	337

CAPÍTULO XIV

MEDIACIÓN EN EL CONSUMO EN ESPAÑA Y MÉXICO	
CONSUMER MEDIATION IN SPAIN AND MEXICO.....	341
JOSÉ GUADALUPE STEELE GARZA	
1. Introducción.....	341

SUMARIO

	<u>Página</u>
2. La Mediación En El Consumo.....	343
3. Constitución Española.....	344
4. Normativa Europea.....	345
5. Mediación en el Consumo en España.....	347
6. Conciliación en el consumo.....	349
7. Constitución Mexicana.....	350
8. Mediación en México.....	352
9. Conciliación en el Consumo.....	353
10. La Figura Del Mediador.....	356
11. Conclusiones y Propuestas.....	359
Bibliografía.....	361

CAPÍTULO XV

LA MEDIACIÓN PENAL Y PENITENCIARIA EN ESPAÑA.....	363
ROSA MARÍA FREIRE PÉREZ	

Introitus.....	363
1. La Mediación Penal.....	363
1.1. <i>Visión panorámica.....</i>	<i>363</i>
1.2. <i>Concepto y características de la mediación penal tal como se conoce y practica en España.....</i>	<i>368</i>
1.3. <i>Amparo normativo.....</i>	<i>371</i>
1.3.1. <i>Legislación española.....</i>	<i>371</i>
1.3.2. <i>Naciones Unidas.....</i>	<i>374</i>
1.3.3. <i>Europa.....</i>	<i>375</i>
1.4. <i>Amparo Institucional.....</i>	<i>378</i>
2. La Mediación penitenciaria.....	379
3. A modo de conclusión.....	380

CAPÍTULO XVI

MEDIACIÓN PENAL Y PENITENCIARIA INSTRUMENTOS DE RESTAURACIÓN Y PACIFICACIÓN DE LOS CONFLICTOS SOCIALES	383
JOSÉ ZARAGOZA HUERTA	
Introducción	383
1. De la crisis del sistema de justicia penal mexicano, al modelo restaurativo de justicia	388
3. La reorientación de la justicia penal en el siglo XXI: Hacia la justicia restaurativa vía la mediación penitenciaria	392
4. El reto de la justicia restaurativa ad intra del establecimiento penitenciario	396
5. La restauración del conflicto vía la mediación penitenciaria y sus elementos	399
6. Conclusión	406
Bibliografía	406

CAPÍTULO XVII

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE MEDIACIÓN COMUNITARIA EN MÉXICO Y ESPAÑA	413
EMILIA IGLESIAS ORTUÑO	
1. Aproximación a la mediación comunitaria	413
1.1. <i>¿Qué es la mediación comunitaria?</i>	413
1.2. <i>Beneficios para la comunidad</i>	415
2. Experiencia de mediación comunitaria en México y España	417
2.1. <i>Prestación de servicios de mediación comunitaria en México y su normativa reguladora</i>	418
2.1.1. <i>Análisis de la prestación de servicios de Mediación Comunitaria en México y su normativa reguladora</i>	418
2.1.2. <i>Programas proveedores de servicios de mediación comunitaria en México</i>	419
2.1.3. <i>Centro Estatal de Métodos Alternos de Nuevo León, México</i>	421

SUMARIO

	<u>Página</u>
2.1.4. Centro Municipal de Mediación del municipio de San Pedro Garza García, Estado de Nuevo León, México ...	422
2.2. <i>Prestación de servicios de mediación comunitaria en España y su normativa reguladora</i>	423
2.2.1. Análisis de la prestación de servicios de Mediación Comunitaria en España y su normativa reguladora.....	424
2.2.2. Programas proveedores de servicios de mediación comunitaria.....	426
2.2.3. Aproximación al Centro de Mediación en Derecho Privado de Cataluña	428
2.2.4. Aproximación al Servicio de Mediación Comunitaria de la provincia de Barcelona	429
3. Conclusiones y propuestas	431
Bibliografía	432

CAPÍTULO XVIII

LA MEDIACIÓN Y LOS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. UN ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA TRIBUTARIA	433
---	-----

VICENTE TORRE DELGADILLO

Introducción	433
1. Aspectos generales de los Medios Alternos de Solución de Conflictos	435
1.1. <i>Contexto de los Medios Alternos de Solución de Conflictos en México</i>	436
2. Resolución alternativa de conflictos en materia tributaria	437
2.1. <i>Acuerdos procedimentales en materia administrativa y tributaria. (La experiencia española)</i>	438
2.1.1. Acuerdos Previos de Precios (Advanced Pricing Agreement) APA's, una forma de negociación con las Administraciones Tributarias.....	440
2.1.1.1. La celebración de un APA con el fisco mexicano	441
2.2. <i>Procedimiento Amistoso. Mecanismo de interpretación en los convenios para evitar la doble tributación</i>	441

	<u>Página</u>
2.3. <i>Arbitraje en materia tributaria</i>	443
2.4. <i>Conciliación y mediación en materia tributaria</i>	446
3. Conclusiones	448
Bibliografía	448

CAPÍTULO XIX

LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EN MÉXICO: UNA NUEVA POSIBILIDAD DE SALVAGUARDAR LOS DERECHOS DEL ADMI- NISTRADO	451
---	-----

LUIS GERARDO RODRÍGUEZ LOZANO

1. Introducción a la temática	451
2. La mediación administrativa y los conceptos indeterminados	461
3. Conclusiones	467
Bibliografía	467

Introducción

Los coordinadores y los autores que participamos en esta obra desarrollamos nuestras trayectorias académicas y profesionales en ámbitos muy diversos. En todos ellos, la *mediación* se ha convertido en un área temática clave. Desde perspectivas diferentes, pero complementarias, nos aproximamos a una de las dimensiones básicas de la vida humana: la capacidad para llegar a acuerdos, para resolver las diferencias, para afrontar procesos de negociación, para defender nuestros derechos de una forma eficaz. Nuestro objetivo común es el siguiente: potenciar la capacidad para articular mecanismos que nos permitan establecer trayectorias compartidas, en sociedades en las que el disenso, el desacuerdo, el conflicto, forman parte constitutiva del propio imaginario colectivo, y de la vida cotidiana. Se trata de una cuestión crucial: vivimos inmersos en sociedades muy complejas, en las que coexisten todo tipo de conflictos y en las que es necesario desarrollar *mediaciones* para permitir una solución fácil de los problemas. Necesitamos moderación, mediación, entrenamiento y consejo, y una adecuada evaluación de los conflictos, para establecer márgenes de acuerdo, mutuamente aceptados en un contexto de justicia y equidad.

En nuestras sociedades cosmopolitas conviven la opulencia y la pobreza, el primer mundo y el cuarto mundo, la juventud mejor formada con un porcentaje muy elevado de jóvenes que ni estudian ni trabajan. Un mundo de paradojas, en el que la mitificación del individualismo y de la competencia sin límites nos descualifica para lograr acuerdos y trabajar en equipo. En entornos cada vez más heterogéneos, la capacidad para relacionarnos, llegar a acuerdos, y compartir consensos básicos, se ha convertido en una habilidad relacional básica, pero escasa. En este contexto, la *mediación* se ha convertido en un campo de estudio específico, y en una condición previa para poder afrontar retos y oportunidades, en la vida personal, grupal y comunitaria.

Como ha ocurrido en el pasado en el nacimiento de muchas otras disciplinas (o subdisciplinas) en el área de las Ciencias Sociales y Jurídicas

cas, en el ámbito de la mediación coinciden una serie de circunstancias que favorecen la constitución de una comunidad académica interdisciplinar, pero con identidad propia:

- En primer lugar, la problemática vinculada con la heterogeneidad en sociedades consumistas, individualistas, y en las que conviven colectivos con muy diferentes criterios y estrategias relacionales orientadas a la resolución de conflictos. Tanto en el ámbito educativo, como en el económico, el del consumo o el jurídico, necesitamos desarrollar una visión más integradora sobre la gestión del disenso y del consenso en nuestro entorno.
- En segundo lugar, la problemática vinculada con la gestión de la conflictividad jurídica, económica, o de otro tipo, que demanda una especialización en mediación que permita establecer nuevos y más eficaces procesos de resolución (en sociedades democráticas en las que los ciudadanos, porque son conscientes de que son ciudadanos, exigen sus derechos y reclaman que se les trate como tales ciudadanos).
- En tercer lugar, el incremento progresivo de profesionales que desarrollan su actividad laboral en el ámbito de la mediación (procedentes del Derecho, el Trabajo Social, la Educación Social, la Sociología, la Psicología, y otras disciplinas), y que acaban conformando un ámbito de especialización que demanda, a su vez, un mayor conocimiento científico.
- En cuarto lugar, la propia especialización de los juristas y científicos sociales, que, respondiendo o abordando esta nueva problemática (redefinida en nuestro contexto histórico), desarrollan programas específicos de especialización, y nuevas áreas de investigación.
- En quinto lugar, un paradigma jurídico característico del siglo XXI, y que podemos formular en los siguientes términos: establecer mecanismos para resolver nosotros mismos nuestros problemas, basándonos en que la voluntad de las partes genera estadios vinculantes (pilar de la teoría de la impetración de la justicia).

Específicamente, en esta obra se establece un diálogo entre profesores mexicanos y españoles, apoyado en una prolongada vinculación mutua en proyectos de investigación en los últimos años. La evolución de la mediación en diferentes áreas del conocimiento ha sido vertiginosa en los últimos años, especialmente en España y México, acentuándose su desarrollo en el derecho penal, familiar y civil. En el presente libro

analizamos el desarrollo y la aplicabilidad de diversos tipos de mediación en diferentes niveles de la sociedad, y los modelos más recurrentes. Profundizamos en su valor intangible como uno de los parámetros más importantes en el proceso de socialización, y su contribución en la formación de valores. En el mismo sentido, se profundiza en la posibilidad del desarrollo de la mediación en otras actividades profesionales, como herramienta de la intervención social, profundizando en su vinculación con el Trabajo Social (destacando la trascendencia de los trabajadores sociales como verdaderos actores de la concertación social). Abordamos la mediación en menores infractores, la mediación penitenciaria, la mediación como una política social en pro de la paz social, la mediación comunitaria, o la mediación escolar como punto de partida de la difusión de los métodos alternos de solución de conflictos. Esta obra explora de igual manera la justicia restaurativa, la mediación tributaria, la mediación administrativa, o la mediación de consumo, como áreas emergentes con muchas posibilidades de operación y de éxito en el entramado legal y social.

En este sentido, esta obra responde a la preocupación de los coordinadores, y de los profesores participantes, por presentar al público especializado una visión lo más amplia y completa posible de las diferentes dimensiones de la mediación en el siglo XXI, desde la perspectiva de México y España. Muchos de los resultados que se presentan proceden de los proyectos de investigación desarrollados por los profesores Francisco GORJÓN GÓMEZ y Antonio LÓPEZ PELÁEZ, en México y España, en sus respectivos grupos de investigación consolidados, mutuamente vinculados: grupo de investigación Koinonia (grupo interdisciplinario de investigación sobre Trabajo Social, Historia, Derecho e Intervención Social) (www.koinonia.org.es) y el cuerpo académico Derecho Comparado UANL/152 con su LGAC de derecho comparado. Participan, además, juristas, magistrados y profesores de Derecho, Trabajo Social y Economía de reconocido prestigio, contribuyendo todos ellos a establecer el estado del arte en el ámbito de la mediación. Y se presentan resultados de algunas de las tesis doctorales que se han leído en los últimos dos años dentro dos programas de doctorado con los máximos niveles de calidad: el programa de doctorado en Intervención Social y Mediación de la Facultad de Trabajo Social de la Universidad de Murcia; y el Doctorado de Métodos Alternos de Solución de Conflictos que se encuentra inscrito en el Padrón Nacional de Posgrado de Calidad (PNPC) del CONACyT. Es necesario resaltar que las tesis doctorales muestran el nivel de desarrollo de una disciplina, y que ya podamos disponer de numero-

Las tesis doctorales en el ámbito de la mediación y los métodos alternos de solución de conflictos nos indica el nivel que está alcanzado nuestra área de especialización.

En definitiva, como muestran los capítulos que conforman esta obra, podemos describir una mutua interacción entre elementos que acaban conformando un nuevo ámbito de especialización (y, por qué no, quizás una profesión específica en un futuro cercano):

- Nos encontramos con sociedades en las que la gestión de los conflictos de todo tipo demanda una formación específica.
- La gestión de los conflictos, como ocurre con el arbitraje en el ámbito del consumo, se constituye en una actividad propia, y se institucionaliza como profesión y ámbito laboral.
- Desde la Universidad se desarrollan programas específicos de formación y especialización, que contribuyen tanto a la legitimación científica de la actividad mediadora, cuanto a su expansión.
- Y, a la vez, la interdisciplinariedad propia de cualquier enfoque sobre la mediación conlleva, conforme se desarrolla en el tiempo, la constitución de un área fuertemente especializada, en la que se organizan congresos científicos, se publican revistas especializadas, y se organizan programas de máster y doctorado.

Estos cuatro elementos nos permiten concluir que en este campo, la mediación y los métodos alternos de solución de conflictos, nos encontramos en un momento crucial, en el que está cristalizando una nueva disciplina en el ámbito de las ciencias sociales y jurídicas (igual que se está generando un nuevo y potente ámbito de especialización profesional en este sector).

A ese proceso de institucionalización pretende contribuir esta obra colectiva, aportando un punto de vista sereno, científico y riguroso, sobre un ámbito, la *mediación y los métodos alternos de solución de conflictos*, que sin duda va a ser en los próximos años un elemento esencial de nuestras sociedades, desde el punto de vista teórico, desde el punto de vista de la especialización académica, y desde la gestión de la convivencia diaria. Por ello, no podemos concluir este prólogo sin agradecer a nuestras comunidades académicas, como escuelas del consenso y del disenso, el apoyo que nos prestan en nuestra trayectoria profesional. Agradecemos a todos los profesores que han participado en esta obra su profesionalidad, ajustándose a los requisitos estrictos de calidad de la editorial Aranzadi. Y, finalmente, en un libro sobre el estado del arte

INTRODUCCIÓN

de la mediación, tenemos que recordar y dar las gracias a nuestras familias: ellas nos permiten ser quienes somos, y trabajar para lograr una sociedad en la que podamos gestionar con más eficacia, solidaridad y justicia, los conflictos, las oportunidades y los problemas de cada día.

Prof. Dr. Francisco GORJÓN GÓMEZ

Catedrático de Universidad. Facultad de Derecho y Criminología.
Universidad Autónoma de Nuevo León. Monterrey, México

Prof. Dr. Antonio LÓPEZ PELÁEZ

Catedrático de Universidad. Departamento de Trabajo Social.
Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia.
Madrid, España.

Estado del Arte de la Mediación en México*

FRANCISCO JAVIER GORJÓN GÓMEZ

*Presidente de la ASID/MASC Asociación Internacional de Doctores en
Métodos Alternos de Solución de Conflictos
Coordinador del Doctorado en MASC dentro del padrón de calidad PNPC del CONACyT
Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel 1
Líder del CA Consolidado Derecho Comparado
Coordinador de la LGAC MASC del Centro Investigación de Tecnología
Jurídica y Criminológica
Director General de Posgrado de la UANL*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. OBJETIVOS. 3. RECUENTO DE LAS CONSTITUCIONES ESTATALES QUE SUSTENTAN LOS MASC EN MÉXICO. 4. IDENTIFICACIÓN LAS LEYES LOCALES DE MASC EN EL MARCO FEDERAL. 5. ÁREAS PROCLIVES DE APLICACIÓN DE LOS MASC. 6. DEFINICIÓN DE LOS INDICADORES GENERALES DE EVALUACIÓN DE LEYES MASC. 6.1. *Cobertura legal*. 6.1.1. Ley específica. 6.1.2. Fundamento Constitucional. 6.1.3. Desarrollo de una política pública. 6.1.4. Vía de Concertación Social. 6.1.5. Vía de prevención del delito. 6.1.6. Complemento legal. 6.1.7. Organismo regulador de los MASC. 6.1.8. Tipos de instituciones administradoras de MASC. 6.1.9. Acreditación y certificación de prestadores de servicios MASC e instituciones administradoras. 6.2. *Conceptualización*. 6.2.1. Definición. 6.2.2. Declaración de principios. 6.2.3. Distingue los diferentes MASC. 6.2.4. Los MASC son considerados herramientas de PAZ. 6.2.5. Se considera el perdón y la reparación del daño. 6.2.6. Prevén esquemas de justicia restaurativa. 6.3. *Conceptualización procesal*. 6.3.1. Supuestos en que proceden los MASC. 6.3.2. Regula la confidencialidad. 6.3.3. Derechos y obligaciones de mediadores, conciliadores y árbitros. 6.3.4. Impedimentos de mediadores, conciliadores y árbitros. 6.3.5. Derechos y obligaciones de usuarios MASC. 6.3.6. Responsabilidad de prestadores de servicios MASC. 6.4. *Procedimiento*. 6.4.1. Distingue procedimiento de mediación y conciliación. 6.4.2. Partes del proce-

* Reporte de investigación III. Implementación de los métodos alternos de solución de controversias conforme a la reforma procesal constitucional en México. Para el desarrollo del presente proyecto se contó con el apoyo de los becarios Conacayt Arnulfo Sánchez García, Kame Gerardo González Granados, Yareni Varinia Villarreal Camero, Estefany Cristina Hernández Martínez y Elina Guadalupe Sierra García.

dimiento. 6.4.3. Cláusula Compromisoria. 6.4.4. Elementos y formalidades del acuerdo. 6.4.5. Seguridad Jurídica del acuerdo. 6.4.6. Auxilio jurisdiccional. 6.4.7. Interrupción de la prescripción y caducidad de la instancia. 6.4.8. Formas de concluir el procedimiento. 6.4.9. Procedimiento en caso de incumplimiento y vía de ejecución. 6.4.10. Técnicas. 7. EXÉGESIS DE LOS ELEMENTOS BÁSICOS PARA LA CREACIÓN DE UN MARCO GENERAL DE MASC (PILOTEO). 8. IMPACTO DE LOS MASC EN EL SISTEMA JUDICIAL. 9. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La implementación de los métodos alternos de solución de conflictos en nuestros sistemas judiciales es cada día más común, en especial la mediación, como una salida alterna y solución al conflicto de la impetración de la justicia. Su uso y regulación no es uniforme ya que al ser un procedimiento novedoso sus técnicas de aplicación no son totalmente conocidas y varían en razón del modelo utilizado, lo que ha provocado un desorden legislativo en cuanto a su procedimiento, es decir que la regulan en exceso o deficientemente, existiendo algunos casos de éxito que han sido más proclives a integrar principios y normas internacionales más no han considerado integralmente su operatividad; es por ello necesario evaluar el estado del arte de la mediación, para visualizar áreas de oportunidad y generar propuestas que permitan su correcto desarrollo pero sobre todo su asertividad.

La presente investigación surge en el marco del proyecto «La Implementación de los Métodos Alternos de Solución de Controversias conforme a la Reforma Procesal Constitucional», Proyecto que se apoya en la línea de conocimiento Mejora Continúa de la Capacidad y Competitividad Académica. Proyecto de Investigación CONACYT-Ciencia Básica Convocatoria 2008. México, 2009, siendo este el tercer reporte de resultados.

La reforma ha avanzado en algunos estados como es el caso de Nuevo León desde el 2004 (GARCÍA HERRERA, 2005) y Guanajuato ahora recientemente en 2011, las reformas a su código penal entraron en vigor el primero de septiembre, que han seguido la tendencia de des formalizar el proceso oral a través de la mediación, esto implica preverla en cualquier momento del proceso (HIDALGO MURILLO, 2010). Se estableció que la mediación es un elemento *sine qua non*, clave del proceso oral del sistema acusatorio penal (GORJÓN GÓMEZ, 2011), traduciéndose los

acuerdos de mediación en acuerdos reparatorios (ZAMORA PIERCE, 2001) como generadores de un cambio disruptivo, transitando de un sistema escrito a un sistema oral, caracterizado por su eficiencia, economía, transparencia, contradicción, continuidad, inmediación, por lo que se puede considerar a la mediación el MASC más importante en esta etapa histórica de la reforma, actualmente inmersa en 28 normativas específicas de 26 estados convirtiéndose en la punta de lanza de la culturización del uso de los métodos alternos de solución de conflictos.

2. OBJETIVOS

El objetivo de la presente investigación fue identificar el grado de avance de los métodos alternos de solución de conflictos (MASC), en especial la mediación, tomando como punto de referencia los principios de la reforma procesal constitucional penal.

Otro de los objetivos fue identificar la sinergia en favor de los MASC al momento de reformar el artículo 17 constitucional ya que esta provocó un movimiento favorable para su inclusión en las normativas estatales, en constituciones y leyes específicas, aun que existe un desorden legislativo en razón de sus diversas denominaciones y esquemas de implementación, así como otras áreas diversas a la penal, previendo de *lege ferenda* el impacto de los MASC en el sistema judicial mexicano.

En el mismo sentido identificamos los elementos básicos que una Ley de MASC debe contener y sus alcances, en razón de la propia conceptualización de las diversas leyes estatales, considerando las características de los MASC y los principios internacionales establecidos en leyes modelo internacionales y convenciones, por lo que el alcance de la investigación no se limitó sólo a conocer las diversas leyes que prevén los MASC, en especial la mediación, si no a proponer y definir indicadores que una ley debe de considerar para su evaluación y ser razonablemente aceptable.

3. RECUENTO DE LAS CONSTITUCIONES ESTATALES QUE SUSTENTAN LOS MASC EN MÉXICO

El presente apartado responde a la necesidad de conocer de manera puntual las iniciativas locales de constituciones específicas en los Estados, que marca el alcance global de esta investigación, y de la reforma (GARCÍA RAMÍREZ, 2010), dicho apartado se encuentra plenamente reportado en la primera y segunda parte de esta investigación, sin embargo,

consideramos básico conservarlo de forma enunciativa en este reporte final para actualizarlo y que el lector o futuro evaluador contextualice temporal y situacionalmente la aplicabilidad de los indicadores y pueda valorar que no en todos los casos existe constitución y ley específica en el mismo lugar, concluyendo *prima facie* que no se requiere de una reforma constitucional local para la operación de los MASC.

Las Constituciones Estatales que actualmente prevén los MASC son 16: Nuevo León, Baja California, Oaxaca, Guanajuato, Chiapas, Coahuila, Colima, Durango, Hidalgo, Michoacán, Nayarit, Veracruz, Quintana Roo, Yucatán, Jalisco y Tamaulipas.

Actualmente estas 16 constituciones contemplan a los MASC, en específico a la mediación como una forma en la que los particulares podrán resolver sus conflictos, facilitando la vía con apoyo de los diferentes tribunales superiores de justicia y las procuradurías, que más que una situación garantista la podemos considerar como una acción culturizadora.

Un punto relevante a destacar es que prevén a los MASC en dos sentidos en la parte dogmática y en la parte orgánica, entendiendo a los MASC como vía de solución de conflictos o garantía, pero también entendiéndolos como una forma de organización a través de la prestación de un servicio del Estado para administrar procedimientos de mediación o en su caso como parte de la organización del sistema judicial.

En el primer caso se encuentra la Constitución del Estado de Nuevo León al señalar en su artículo 16: «... Toda persona en el Estado tiene derecho a resolver sus diferencias mediante métodos alternos para la solución de conflictos, en la forma y términos establecidos por la Ley. En la materia penal las leyes regularan su aplicación, aseguraran la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial...». al igual que Baja California, Guanajuato, Chiapas, Michoacán, Veracruz, Quintana Roo y Tamaulipas.

En el segundo caso se encuentra la Constitución de Oaxaca señala en su artículo 11 «Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por los tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial sin perjuicio de los centros de mediación y justicia alternativa que puedan crearse por las autoridades». «... El servicio tanto de los tribunales como de los centros de mediación o justicia alternativa mencionados, será gratuito, quedando en consecuen-

cia, prohibidas las costas por estos servicios...»; al igual que Coahuila, Colima, Durango, Hidalgo, Nayarit, Yucatán y Jalisco.

Todas las constituciones coinciden en el esquema de la difusión, implementación y culturización de la mediación como un esquema de reparación del daño y otorgamiento del perdón por parte del ofendido al victimario, coincidentes con lo establecido por la reforma y la constitución general.

4. IDENTIFICACIÓN LAS LEYES LOCALES DE MASC EN EL MARCO FEDERAL

El presente apartado responde a la necesidad de conocer de manera puntual las iniciativas locales de leyes específicas en los estados, que marca el alcance global de esta investigación

Es importante destacar que 28 leyes estatales son nuestro universo específico de Leyes MASC hasta el 12 diciembre, de ahí identificamos primordialmente el desorden legislativo que prevalece en nuestro país, ante la existencia de diversos de conceptos y contradicciones, bastándonos analizar su denominación para darnos cuenta de ello, tal y como sucedió en el análisis de las 16 constituciones señaladas anteriormente.

1. Ley de Justicia Alterativa, 1999. QUINTANA ROO
2. Ley de Justicia Alternativa, 2003. COLIMA
3. Ley de Justicia Alternativa. Mayo, 2003. GUANAJUATO
4. Ley de Mediación, junio, 2003. CHIHUAHUA.
5. Ley de Justicia Penal Alternativa, 2006. CHIHUAHUA.
6. Ley de Mediación. Abril, 2004. OAXACA.
7. Ley de Mediación y Conciliación. Diciembre, 2004. AGUASCALIENTES.
8. Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos. Enero, 2005. NUEVO LEÓN
9. Ley de Medios Alternos de Solución de Controversias, Julio, 2005. COAHUILA
10. Ley de Justicia Alternativa, julio, 2005. DURANGO.
11. Ley de Justicia Penal Restaurativa, 2009. DURANGO
12. Ley de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos. Agosto, 2005. VERACRUZ.

13. Ley de Justicia Alternativa. Enero, 2007. JALISCO.
14. Ley que regula el Sistema de Mediación y Conciliación. Abril, 2007. TLAXCALA.
15. Ley de Mediación. Agosto, 2007. TAMAULIPAS.
16. Ley de Justicia Alternativa. Octubre, 2007. BAJA CALIFORNIA
17. Ley de Justicia Alternativa. Enero, 2008. DISTRITO FEDERAL.
18. Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. Abril, 2008. SONORA.
19. Ley de Justicia alternativa en materia penal. Agosto de 2008. MORELOS.
20. Ley de Justicia Alternativa. Diciembre de 2008. ZACATECAS.
21. Ley de Justicia Alternativa. Marzo, 2009. CHIAPAS
22. Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. Julio, 2009. YUCATÁN.
23. Ley de Justicia Alternativa. Junio de 2009. HIDALGO.
24. Ley de mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social. Diciembre de 2010. ESTADO DE MÉXICO.
25. Código de Procedimientos Penales. Capitulo de Justicia Restaurativa. ESTADO DE MÉXICO.
26. Ley de justicia alternativa. Abril de 2011. NAYARIT.
27. Ley de Mediación y Conciliación. Agosto de 2011. CAMPECHE.
28. Ley de Medios Alternativos en materia penal. Septiembre de 2012. PUEBLA.

Se agrupan en 5 grandes rubros el primero de ellos como Leyes de Justicia Alternativa identificadas en 10 Estados; el segundo como Leyes de métodos o medios o mecanismos alternos de solución de conflictos identificadas en 5 Estados; en el tercer grupo se encuentran las Leyes de mediación o conciliación o de promoción de paz identificadas en 7 Estados, el cuarto Leyes de violencia intrafamiliar identificadas en 7 Estados que identifican a conflictos familiares como mediables y por ultimo en el quinto grupo Leyes específicas de justicia penal restaurativa identificadas en 5 Estados.

Estas 5 últimas leyes podríamos considerarlas como las únicas que responden de manera específica a la reforma, en el sentido del sistema procesal penal. Sin embargo, en todos los casos existen leyes, normas,

reglamentos o códigos complementarios que abordan el esquema penal, como sucede con el código penal, el código de procedimientos penales, Ley de justicia para adolescentes, Ley orgánica y reglamento del poder judicial y de la procuraduría, entre otros, generando con ello reformas integrales que prevén los supuestos penales pero también de forma general en materia civil, familiar, comercial, administrativa y municipal que a la fecha suman más de 373 leyes distribuidas en 28 Estados.

5. ÁREAS PROCLIVES DE APLICACIÓN DE LOS MASC

Las áreas de aplicación de los MASC identificadas en uso actualmente o que son más proclives para la implementación de la mediación son: Penal, civil, familiar, mercantil, justicia para adolescentes, servicios de salud, violencia intrafamiliar, municipal o comunitaria y escolar; esta variedad deriva del tipo de conflicto a resolver.

De igual manera el análisis de estas áreas temáticas nos permitirá saber su alcance y conocer los diversos catálogos de conflictos, en el caso de la mediación penal que atañe a esta investigación varía de un Estado a otro, por ejemplo, en el Estado de Nuevo León el catálogo penal se define por todos aquellos delitos perseguidos por querrela de parte y todos aquellos que no excedan de 6 años, de igual manera es necesario considerar que el procedimiento oral penal prevé la etapa de mediación por lo que el catálogo se puede ampliar; para el caso de Baja California su catálogo se define por todos aquellos delitos que su término medio aritmético sea de 5 años, elevando sustancialmente las posibilidades de aplicación de la mediación.

6. DEFINICIÓN DE LOS INDICADORES GENERALES DE EVALUACIÓN DE LEYES MASC

La intención de la definición de los indicadores de evaluación tiene como propósito conocer su futura aplicación en cuatro facetas, primero demostrar el problema y comprobar la hipótesis de esta investigación; segundo, la estratificación sistemática para la valoración de Leyes MASC; tercero, conocer su aplicabilidad en sentido amplio y cuarto; la definición específica de cada uno de ellos que determinara en posterior etapa el alcance de cada *ítem* a través de cuestionamientos razonados, en pro de una Ley MASC *ad-hoc*, el presente apartado ya fue publicado anteriormente (GORJÓN GÓMEZ, 2011), sin embargo, consideramos que para los efectos de este reporte último de esta etapa de la investigación

es importante señalarlo, para que el lector conozca de forma integral los indicadores.

Áreas Temáticas:

La clasificación de los indicadores se ordeno en áreas temáticas en razón de su propia naturaleza considerando el principio del debido proceso, permitiéndonos con ellos valorarlos en razón de su compatibilidad y lógica de operación, identificados por una exegesis racional y del análisis empírico del contexto internacional, apoyados en el método comparado para su estructuración, aglutinando los indicadores en estas áreas temáticas e indicadores específicos, haciendo más fácil y ordenado su análisis.

6.1. COBERTURA LEGAL

Los siguientes indicadores identificarán la necesaria cobertura legal que una Ley MASC debe de considerar y que le permitirá su correcto accionar de forma integral en todo el sistema legal del estado correspondiente, así como sus mecanismos de difusión y culturización.

6.1.1. Ley específica

El punto de partida de la evaluación del status de los MASC en un Estado será determinado por el indicador de ley específica, será el que discrecionalmente defina el contexto situacional, entendiendo que si no existe una ley específica los subsiguientes indicadores no tienen valor, actualmente 19 Estados de la república cuentan con este *status*.

6.1.2. Fundamento Constitucional

La constitucionalidad de los métodos alternos es de gran relevancia ya que esto ha permitido la creación de políticas públicas en favor de la implementación de los MASC, representa el punto de partida para la culturización de los MASC en sociedad y representa la nueva época del sistema judicial en franco tránsito a un sistema conciliar vs. el actual sistema adversarial. Sin embargo, en algunos estados aun que ya existe reforma constitucional no hay reforma complementaria o bien denominada reforma integral.

6.1.3. Desarrollo de una política pública

El sentido de la reforma del 2008 es claro al establecer que cualitativamente transforma los principios en que se sustentaba el anterior sistema, empero, también es considerada cuantitativa al considerar la ade-

cuación de todos los aspectos del sistema judicial (BORREGO ESTRADA, 2011), es por ello necesario considerar la planificación de la implementación de la reforma, derivada del desarrollo de políticas pública, ahora que los MASC forman parte de una política de Estado (NAVARRETE VILLARREAL, 2010) impulsadas por el ejecutivo pero materializadas por el poder judicial, de ahí que se deberá evidenciar un proceso de reforma integral.

6.1.4. Vía de Concertación Social

La naturaleza y las características de los MASC les permite operar y transitar en los diferentes estadios sociales, su multidisciplinariedad e interdisciplinariedad les permiten ser operados por todos los actores sociales involucrados en la construcción de consensos para administrar una sociedad, para regularla, pero sobre todo para equilibrarla, es por ello, que sirven de punto de unión para la solución de cualquier tipo de conflicto y la identificación de cualquier tipo de interés en pro de una sociedad más cohesionada en busca del bienestar social, como un verdadero ejercicio de la soberanía popular y de participación ciudadana (CONTRERAS HERRERA, 2002).

6.1.5. Vía de prevención del delito

En el mismo sentido de que son considerados una vía de concertación social, deben considerarse una vía de prevención del delito, ya que puede participar toda la sociedad construyendo consensos y minimizando los conflictos sociales y particulares (HIDALGO MURILLO, 2010). No podemos considerar a los MASC de forma aislada, su uso desencadena acciones de prevención, impide que el delito o el conflicto crezca, evita su escalada (GONZÁLEZ CAPITEL-MARTÍNEZ, 1999), es por ello que su implementación está identificada como una acción del ministerio publico o fiscal y/o del juez. Es de destacar que su uso está igualmente identificado con el desarrollo de centros comunitarios dando origen a la mediación comunitaria, a la mediación municipal, a la mediación intercultural, entre otras.

6.1.6. Complemento legal

El desarrollo de los MASC no puede darse de forma aislada a través de una ley específica, es necesario la creación de leyes complementarias, entendiendo que la aplicación de la mediación puede darse en todas las áreas del derecho, en el mismo sentido el arbitraje pero de forma más

limitada; vgr. arbitraje civil. Al respecto señalaremos algunas de las normativas consideradas como básicas para el desarrollo de los MASC.

Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado; Reglamento del Poder Judicial del Estado; Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; Reglamento de la Procuraduría General del Estado; Ley Orgánica Municipal del Estado; Ley Orgánica del Ministerio Público; Ley del Proceso Penal; Ley de Justicia Para Adolescentes; Ley de Violencia Intrafamiliar; Código Civil del Estado; Código de Procedimientos Civiles; Código de Procedimiento y Justicia Administrativa para el Estado y Los Municipios; Código Penal; Código de Procedimientos Penales; Reglamento de Policía del Municipio de León; Bando de Policía del Municipio, etc.

6.1.7. Organismo regulador de los MASC

El momento histórico de los MASC requiere del impulso por parte del Estado, entendiendo que los MASC son multidisciplinarios e interdisciplinarios, no siendo una actividad privativa de los abogados, de ahí la necesidad de darle un tratamiento especial, los MASC son bondadosos, pero mal usados generarían un conflicto grave a nuestro sistema legal, es por ello necesario la creación de un organismo regulador que conduzca adecuadamente la implementación y la culturización de estos métodos, tanto en el ámbito privado como público (PASTRANA AGUIRRE, 2009).

6.1.8. Tipos de instituciones administradoras de MASC

Las instituciones administradoras de MASC se clasifican en públicas y privadas, en el primer caso identificamos todas aquellas que dependen del Estado, a nivel administrativo en los municipios, en secretarías específicas como programas de apoyo a la ciudadanía, en dependencias federales como es el caso de la PROFECO, o estatales como el caso de la COESAMED, en el sistema judicial a través de centros estatales de MASC o en el de procuración de justicia a través de Módulos de Orientación. En el segundo caso su identificación es más simple tratándose de empresas privadas administradoras o de asociaciones de mediadores.

6.1.9. Acreditación y certificación de prestadores de servicios MASC e instituciones administradoras

Este indicador es de gran relevancia ya que permite la correcta aplicación de estos métodos; como destacamos la mediación es una actividad multidisciplinaria, no considerada como una profesión, de ahí que su capacitación es complicada a través de esquemas de educación conti-

nua por lo que deberán generarse competencias específicas y técnicas, es por ello necesaria su validación por un organismo calificado para que los servicios MASC sean adecuados y satisfactorios para todos los usuarios (LÓPEZ-JURADO PUIG, 2010). Es necesario que la certificación sea obligatoria por parte del sistema judicial, al igual que la acreditación de las instituciones administradoras, entendiéndose que el accionar de estos prestadores de servicios MASC y de estas instituciones generan obligaciones vinculantes entre sus usuarios, obligaciones reconocidas plenamente por nuestro sistema judicial.

6.2. CONCEPTUALIZACIÓN

Los siguientes indicadores identificarán los elementos básicos que una Ley MASC debe de considerar y que le permitirá crear una cultura sobre los métodos alternos y considerarlos como herramientas de paz, soportando los conceptos de perdón, reparación del daño, justicia restaurativa en un ámbito social y de concertación social.

6.2.1. Definición

Los métodos alternos deberán estar debidamente definidos en las leyes, por lo regular al inicio de cada ley define en específico cada uno, la negociación, la mediación, la conciliación, y el arbitraje (GORJÓN GÓMEZ & SÁENZ LÓPEZ, 2011). Hay algunas leyes que definen otros métodos como es el caso de la amigable composición, del mini juicio, del multi puertas, entre otros (SALAZAR VARA, 2004). En el caso del arbitraje remiten al Código de Procedimientos Civiles, sin embargo debería de considerarse dentro de la misma Ley MASC para lograr una verdadera operación de los mismos de forma domestica.

6.2.2. Declaración de principios

Al igual que la conceptualización de cada uno de los MASC en las leyes, también es necesario que definan los principios en los que se sustentan estos métodos como son: voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, equidad, legalidad, flexibilidad, economía procesal, oralidad, entre otros (BARDALES LAZCANO, 2011). Ello obedece a que no en todos los casos quien instrumenta un procedimiento MASC no es abogado, de ahí que tiene que comprender cuál es el alcance de su intervención, así como el impacto del acuerdo al que llegan las partes, pudiendo generar en su caso una responsabilidad civil y hasta penal de quienes participan en el procedimiento.

6.2.3. Distingue los diferentes MASC

Algunas leyes están dedicadas exclusivamente a la mediación, como la Ley de mediación de Chihuahua de junio de 2003, sin embargo, la mayoría denominadas Leyes de justicia alternativa incluyen generalmente a la conciliación y al arbitraje. Es importante destacar que aun que definen conceptualmente dichos procedimientos no distinguen en cuanto a su implementación, considerando el mismo procedimiento para la mediación como la conciliación, siendo pocos los que unifican en un solo concepto a ambos. En el caso del arbitraje se le da un tratamiento diferenciado remitiendo su regulación a los códigos de procedimientos civiles. De ahí que una de nuestras conclusiones derive al estudio específico del arbitraje civil y su integración a las Leyes MASC del país.

6.2.4. Los MASC son considerados herramientas de PAZ

El concepto de paz es muy amplio ya que implica la participación de toda la sociedad en pleno, de todos los sectores sociales, su impacto es global, la paz es un concepto planetario al igual que el de la mediación, conciliación y el arbitraje, son reconocidos internacionalmente por las principales convenciones internacionales, sus características y sus bondades están identificadas con el actuar de la paz, son una vía de concertación social, que parte de la solución de micro conflictos a macro conflictos (GORJÓN GÓMEZ, 2011).

6.2.5. Se considera el perdón y la reparación del daño

Los MASC son la herramienta idónea para lograr la reparación del daño, teniendo como instrumento el perdón, concebido de esta manera dentro de la reforma al artículo 17 constitucional (DÍAZ, 2010). Esto implica que ante un suceso previsto dentro de un catálogo de delitos, podrá evitarse una acción penal, en la cual el juez determinara el inejercicio de la acción penal (GORJÓN GÓMEZ & STEELE GARZA, José, 2008).

6.2.6. Prevén esquemas de justicia restaurativa

Podemos definir a la justicia restaurativa como un proceso en el que participan la víctima, el delincuente, la comunidad y el estado quienes propenden por la reparación del daño, la justicia y la paz (MOJICA ARANQUE, 2005). Representa el inicio de la evolución de la justicia distributiva y de la justicia alternativa. Involucra otras áreas de la ciencia considerando la readaptación social como un fin, el tratamiento de la víctima y del victimario como un objetivo y a la mediación como la vía (GORDILLO

SANTANA, 2007). Que promueven principalmente el dialogo, la participación de las partes y los acuerdos reparadores (GORDILLO SANTANA, 2007).

6.3. CONCEPTUALIZACIÓN PROCESAL

Los siguientes indicadores identificarán la conceptualización de elementos procesales que una Ley MASC debe de considerar y que permitirá su aplicación por los diversos operadores MASC delimitando sus alcances y el accionar de mediadores y árbitros.

6.3.1. Supuestos en que proceden los MASC

Los implementación de los métodos alternos se encuentra limitada a la materia de libre disposición por parte de los participantes en un procedimiento MASC, por lo que su determinación se vuelve taxativa dentro de las Leyes MASC, o lo establece algún tratado, o se encuentra limitada por Leyes procesales determinando que es arbitrable y que no, al igual que todo aquello que no se pueda transar tampoco podrá mediar. Considerando de igual manera que lo que sea contrario al orden público podrá someterse a una mediación o arbitraje.

6.3.2. Regula la confidencialidad

La confidencialidad es una de las característica más importantes de los MASC, la confidencialidad evita consecuencias económico sociales (GORJÓN GÓMEZ & SÁENZ LÓPEZ, 2011), permite mantener la relación entre las partes, y es considerada un elemento de protección del procedimiento mismo, ya que lo ventilado en un procedimiento que no haya concluido satisfactoriamente, no podrá usarse en un juicio y los mediadores no podrán acudir como testigos.

6.3.3. Derechos y obligaciones de mediadores, conciliadores y árbitros

Es fundamental que las leyes consideren los derechos y obligaciones de todos los participantes en un procedimiento MASC, permite que el procedimiento sea más ordenado, determinan los alcances y límites de los participantes, pero principalmente contextualiza el quehacer de las partes permitiendo que los participantes asuman sus roles de acción, garantizando un procedimiento exitoso que concluya en un acuerdo y en la solución del conflicto (CAIVANO, 1997).

6.3.4. Impedimentos de mediadores, conciliadores y árbitros

Los impedimentos de los prestadores de servicios MASC se vincu-

lan a todas aquellas incompatibilidades que pueden tener los mediadores y/o árbitros, que les impida actuar de forma imparcial, siendo estas causales las mismas que son consideradas para que un juez no conozca de un asunto. Es importante destacar que se deberá de prever mecanismos para que sean los mediadores y árbitros los que determinen su competencia (MERINO MERCHÁN, 2006).

6.3.5. Derechos y obligaciones de usuarios MASC

Es fundamental que las leyes consideren los derechos y obligaciones de todos los participantes en un procedimiento MASC, permite que el procedimiento sea más ordenado, determinan los alcances y límites de los participantes, pero principalmente contextualiza el quehacer de las partes permitiendo que los participantes asuman sus roles de acción, garantizando un procedimiento exitoso que concluya en un acuerdo y en la solución del conflicto.

6.3.6. Responsabilidad de prestadores de servicios MASC

Es fundamental que toda ley prevea responsabilidad civil y penal para los prestadores de servicios MASC, esto debido a que se encuentran investidos de poder (ALZATE SÁENZ DE HEREDIA, 2007), ellos controlan el procedimiento y en razón de su actuar pueden orientar el procedimiento a beneficiar alguna de las partes, extralimitando su competencia, faltando a los principios que guían todo procedimiento MASC (CASTANEDO ABAY, 2000). En el caso del arbitraje las partes le seden sus *potestas*, por lo que el árbitro determina totalmente la solución a través de un laudo.

6.4. PROCEDIMIENTO

Los siguientes indicadores identificaran el procedimiento que una Ley MASC debe de considerar conforme a parámetros aceptados internacionalmente, destacando que están homologados independientemente el sistema judicial donde se apliquen.

6.4.1. Distingue procedimiento de mediación y conciliación

La conceptualización de la mediación y conciliación se encuentra presente técnicamente en todas las Leyes MASC, al igual que la doctrina también las distingue (HIGHTON, 1998). Sin embargo, existe una ley modelo que unifica dicho concepto en conciliación, y más aun que hay leyes que las unifica como mediación, en el mismo sentido entendemos que la distinción deriva del modelo aplicado (OTERO PARGA, 2007), esto

en relación a su concepto, empero, en tratándose del procedimiento este es el mismo.

6.4.2. Partes del procedimiento

Las partes en el procedimiento deberán estar debidamente identificadas, ya que no todas las partes podrán participar en una mediación, conciliación o arbitraje, ya que deberán acreditar su verdadero interés y principalmente gozar de capacidad, reconocida no solo por las partes participantes si no por la ley (HERNAN GIL, 2003).

6.4.3. Cláusula Compromisoria

Las partes se obligan a someter sus diferencias a través de los métodos alternos, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces, en el mismo sentido que un cláusula arbitral o convenio arbitral (GORJÓN GÓMEZ, 2000). En el caso de la mediación o conciliación si no se llegase a un acuerdo satisfactorio se dejarán a salvo sus derechos. Siendo obligación del prestador de métodos alternos plasmar constancia de las actuaciones a menos que exista una cláusula *medarb*.

6.4.4. Elementos y formalidades del acuerdo

El acuerdo de mediación debe de considerar principalmente el acuerdo al que llegaron las partes, es por ello que deberá de reunir requisitos mínimos indispensables como son, la identificación de las partes, el problema a resolver, el acuerdo al que llegan las partes identificando sus derecho y obligación de dar o hacer, así como su compromiso a cumplirlo (ALIENDE LUCO, 2002).

6.4.5. Seguridad Jurídica del acuerdo

El acuerdo deberá de ser considerado cosa juzgada (GORJÓN GÓMEZ, 2000), esto significa que se le reconoce plenamente su validez gozando de una presunción de legalidad *juris tantum*, siendo este vinculante, obligatorio y definitivo, permitiendo así que en caso de incumplimiento, puedan las partes solicitar su ejecución a un juez y materializar sus pretensiones (PÉREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, 2003).

6.4.6. Auxilio jurisdiccional

Las partes podrán solicitar el auxilio jurisdiccional para poder llevar acabo un procedimiento arbitral, desde el nombramiento de los árbitros, el ofrecimiento de pruebas, medidas precautorias o cautelares, hasta la ejecución misma del laudo, tratándose del acuerdo de media-

ción las partes solicitaran al juez su apoyo para poder materializarlo (LORCA NAVARRETE, 1997).

6.4.7. Interrupción de la prescripción y caducidad de la instancia

Uno de los esquemas para impulsar el procedimiento de mediación, será que este interrumpa la prescripción de la acción, entendiendo que esta última es la vía para poder ejercer determinados derechos, que al caducar son inexigibles, es por ello que si las partes deciden implementar un procedimiento de mediación, el tiempo que dure no deberá ser considerado para la contabilidad de la temporalidad para el derecho de ejercicio de un derecho y en caso de no llegar a un acuerdo poder ejercer sus derechos vía judicial.

6.4.8. Formas de concluir el procedimiento

Existen diversas formas de terminan con un procedimiento de mediación o conciliación, principalmente es el acuerdo, en el caso del arbitraje es el laudo, lo que significa que el procedimiento fue exitoso. La otra forma es que las partes no lograron ponerse de acuerdo, por lo que una de las partes abandona la mediación o conciliación. En caso del arbitraje una vez firmado el compromiso arbitral, las partes no podrán abandonar el procedimiento a menos que ambas estén de acuerdo y lo den por terminado (GORJÓN GÓMEZ & STEELE GARZA, José, 2008).

6.4.9. Procedimiento en caso de incumplimiento y vía de ejecución

Se deberá establecer las acciones para el caso de un incumplimiento, que básicamente es una vía de ejecución del acuerdo de mediación, sometiéndose a un procedimiento de ejecución de sentencias, que en la mayoría de los casos no es totalmente compatible, por lo que debería de establecerse un procedimiento especial, como sucede en el caso del laudo arbitral.

6.4.10. Técnicas

Las diferentes leyes y normas analizadas en el transcurso de la investigación no prevén de forma específicas las técnicas para solventar los procedimientos, considerando que son parte de las competencias de un prestador de servicios MASC, como por ejemplo la escucha activa, el caucus, el parafraseo, el diseño de estrategias de abordaje a través del zopa (zona de posible acuerdo), entre otras, empero, son parte fundamental del procedimiento por lo que será obligación de los mediadores – conciliadores conocerlas y aplicarlas.

7. EXÉGESIS DE LOS ELEMENTOS BÁSICOS PARA LA CREACIÓN DE UN MARCO GENERAL DE MASC (PILOTEO)

Nuevo León es uno de los primeros estados en crear una ley específica de métodos alternos de solución de conflictos que regula la mediación y la conciliación, y de impulsar una reforma integral, sin embargo, dejo a un lado al arbitraje derivando su regulación al Código de procedimientos civiles sin actualizar desde su creación hace más de una década, desde nuestra perspectiva un error, ya que no atiende a criterios internacionales, contradice principios y normas básicas de procedimiento, ello aunado a la falta de promoción y difusión, considerando de igual manera un desdén del legislador al no integrarlo a la nueva iniciativa de reforma de la Ley, ya que el arbitraje al igual que la mediación y la conciliación es un método alterno.

La trascendencia e importancia de esta reforma es de singular importancia para esta investigación, ya que participamos de forma activa en la integración y redacción de la misma, logrando promover la inserción de algunos elementos trascendentales derivados del análisis concienzudo de normas nacionales, internacionales, convenciones y leyes modelo que aquí hemos definido y descrito en los apartados de elementos básicos para la creación de una Ley MASC (GORJÓN GÓMEZ, 2011) y en los indicadores generales de evaluación de Leyes MASC.

Algunos de los elementos más importantes son la obligatoriedad de la mediación en materia civil y familiar, el uso de la cláusula compromisoria y el acuerdo compromisorio, las causales de nulidad del convenio, la vinculatoriedad del acuerdo MASC, la reparación del daño, el acuerdo reparatorio, la obligatoriedad de la certificación de los prestadores de servicios de MASC, la integración del procedimiento en la ley como un marco de referencia para los centros privados, la justicia restaurativa y la mediación penal, la suspensión de la prescripción, entre otros. A continuación presentamos un primer piloteo de los indicadores en la experiencia del estado de nuevo león, no considerando la totalidad de las normativas, ya que desborda el alcance de esta investigación, empero sienta las bases para posterior investigación que generara un mayor abundamiento del instrumento.

A. LÓPEZ PELÁEZ/FCO. GORJÓN GÓMEZ: ESTADO DEL ARTE DE LA MEDIACIÓN

Elemento Básico	Valoración
Ley Específica	CUMPLE
Fundamento Constitucional	CUMPLE
Establecer una política pública de culturización de los MASC en los planes de desarrollo de los Estados	PARCIALMENTE
Organismo regulador de los MASC	CUMPLE
Tipos de instituciones administradoras de MASC	CUMPLE
Vía de concertación Social	NO CUMPLE
Establecer declaración de principios (comprensión de su esencia por operadores multidisciplinares)	CUMPLE
Considerar a los MASC como herramientas de paz y concertación social	PARCIALMENTE
Considerar a los MASC como mecanismos de prevención del delito	CUMPLE
Obligación de promoción y culturización por operadores MASC (sistema judicial y procuradurías) instruir a las partes para su uso	PARCIALMENTE
El sistema judicial debe avalar a los MASC (penal, civil, familiar, mercantil, etc.)	CUMPLE
Obligación de promoción y culturización de los MASC en todos los niveles del sistema educativo	NO CUMPLE
MASC en sede Judicial	CUMPLE
Promover la administración de los MASC por instituciones privadas o particulares	CUMPLE
Ampliar la oferta MASC en todos los actores sociales (asociaciones, gremios)	NO CUMPLE
Apoyada en una reforma integral: <input type="checkbox"/> Ley específica <input type="checkbox"/> Reforma códigos procesales civil y penal <input type="checkbox"/> Reforma Leyes orgánicas y reglamentos del Poder Judicial y Procuraduría <input type="checkbox"/> Justicia para adolescentes <input type="checkbox"/> Ley de Justicia Administrativa <input type="checkbox"/> Prever en todos los procedimientos orales (penal, civil, familiar) como etapa obligatoria <input type="checkbox"/> Municipios <input type="checkbox"/> Ampliar catalogo de delitos y acciones civiles mediabiles	CUMPLE
Desjudicializar las Leyes MASC (simplificar los procedimientos de mediación conciliación)	PARCIALMENTE

I. ESTADO DEL ARTE DE LA MEDIACIÓN EN MÉXICO

Elemento Básico	Valoración
Establece procedimientos para los MASC	CUMPLE
Formas de concluir el procedimiento	CUMPLE
Distingue procedimiento de mediación y conciliación	PARCIALMENTE
Otorgar seguridad jurídica a los usuarios y a los prestadores de servicios MASC	CUMPLE
Elementos y formalidades del acuerdo	CUMPLE
Procedimiento en caso de incumplimiento y vía de ejecución	CUMPLE
Validación automática de los acuerdos (no requiere de la intervención de un tercero para su valides vgr. Directores de centros MASC –judiciales–)	NO CUMPLE
Establecer un procedimiento de nulidad del acuerdo o de denegación en caso de un acuerdo internacional (procedimiento de exequátur)	CUMPLE
Establecer presupuestos vinculantes de los acuerdos tipo laudo: <input type="checkbox"/> Cosa Juzgada <input type="checkbox"/> Presunción de Legalidad <input type="checkbox"/> Reversión de la Carga de la Prueba <input type="checkbox"/> Equiparar a título ejecutivo <input type="checkbox"/> Equiparar a una sentencia <input type="checkbox"/> Interrupción de la prescripción <input type="checkbox"/> Inacción o inejercicio de la acción penal a través del perdón <input type="checkbox"/> Sobreseimiento de la causa <input type="checkbox"/> Confidencialidad (expresa) evita consecuencias económico sociales <input type="checkbox"/> Que la cláusula de mediación – conciliación produzca la incompetencia del juez para conocer del asunto	CUMPLE
Aceptar la mediación hasta antes que cause estado la sentencia	CUMPLE
Auxilio jurisdiccional	CUMPLE
Integrar en una sola norma la mediación – conciliación y arbitraje	PARCIALMENTE
Definir derechos y obligaciones de mediadores, conciliadores y árbitros	CUMPLE
Establecer impedimentos de mediadores, conciliadores y árbitros	PARCIALMENTE
Definir derechos y obligaciones de usuarios MASC	CUMPLE

Elemento Básico	Valoración
Refundar el arbitraje civil en todos los CPC del país conforme principios internacionales	NO CUMPLE
Certificación obligatoria de mediadores – conciliadores – árbitros	CUMPLE
Otorgar facultades a los MP o MF como mediadores	PARCIALMENTE
Otorgar facultades a la Policía y /o órganos policiales como mediadores	NO CUMPLE
Acreditación obligatoria de centros MASC privados	CUMPLE
Libertad de ejercicio nacional de mediadores – conciliadores – árbitros certificados a través de sistemas de reconocimientos de reciprocidad	PARCIALMENTE
Reconocer al mediador – conciliador – árbitro como un profesional en la resolución de conflictos	NO CUMPLE
Establecer responsabilidad civil y penal a mediadores – conciliadores y árbitros	PARCIALMENTE
Establecer las bases para el desarrollo de la justicia restaurativa (definirla, diseñar procedimientos).	CUMPLE
Se considera una vía de prevención del delito	PARCIALMENTE

8. IMPACTO DE LOS MASC EN EL SISTEMA JUDICIAL

8.1. Se moderniza el sistema judicial por la evidente aplicación de procedimientos novedosos de resolución de conflictos, derivando en formulas de autocomposición y con participación de la ciudadanía, aperturando la justicia como contrapeso de la monopolización por parte del poder judicial, transitando de un sistema paternalista adversarial a un colaborativo conciliar.

8.2. Se internacionaliza el sistema judicial asumiendo principios internacionales identificados en convenciones internacionales, Leyes modelo y en la *lex mercatoria o lex mercatorum*.

8.3. Se reduce el conflicto de la impetración de la justicia tomando en consideración como punto de partida el paradigma jurídico del siglo XXI que es «resolver nosotros mismo nuestros conflictos», entendiendo que la búsqueda de soluciones encuentra un aliado en los MASC.

8.4. Se transita del sistema adversarial al sistema conciliar al dar paso a los MASC en un sistema rígido como el Mexicano, evidenciando la evolución de la justicia retributiva a la justicia alternativa y preparándose el entorno para la justicia restaurativa.

8.5. Se crea una plataforma para los MASC con el impulso de las diversas Leyes MASC del país y las diversas Leyes complementarias, generando reformas integrales multidisciplinarias;

8.6. Se crea una cultura sobre los MASC partiendo del desarrollo de políticas públicas, de programas de participación intergubernamental, de educación y de la integración de conceptos como el perdón, la justicia restaurativa y la paz.

9. CONCLUSIONES

9.1. La mediación es la punta de lanza en la implementación de la reforma y en el proceso de culturización de los MAC y de la transición del sistema adversarial al sistema conciliar, en el período de 5 años su evolución es patente transitando de 12 leyes específicas en el 2008 a 28 leyes.

9.2. Se evidencio la existencia de un desorden legislativo en 26 estados en torno a la mediación, conciliación y arbitraje, derivado de los diferentes esquemas procedimentales utilizados, lo que ha provocado una regulación excesiva o deficientemente y contradicciones, existiendo algunos casos que han sido más proclives a integrar principios y normas internacionales más no han considerado integralmente su operatividad.

9.3. Solo 16 estados de la república cuentan con un marco constitucional para la implementación de los MASC si embargo, se ha evidenciado que no se requiere este para implementar la reforma.

9.4. Las actuales reformas estatales para la implementación de los MASC no son integrales, limitándose solo a la mediación, confunde la conciliación y no integra al arbitraje civil.

9.5. Faltan reformas integrales en todos los estados a pesar de contar actualmente con más de 373 normas y leyes relacionadas con los MASC, no todas enfocadas a la reforma penal.

9.6. Se demostró la hipótesis al identificar los elementos y condiciones para la adecuada aplicación de los MASC.

9.7. En lo relacionado al avance de la investigación se cumplieron con los objetivos y metas, identificadas en diversas publicaciones y acciones en el marco del Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos con certificación de calidad PNPIC.

9.8. Se participo en el diseño de la última reforma a la Ley MASC del Estado de Nuevo León que se encuentra actualmente en proceso de

aprobación en el congreso, basándonos en los indicadores y resultados de la presente investigación.

9.9 Se determinaron los elementos básicos que requiere la creación de una Ley MASC y se pilotearon en el estado de Nuevo León con un resultado favorable.

9.10. Se determinaron los elementos básicos para evidenciar el impacto de los MASC en el sistema judicial.

9.11. Se visualiza como un área de oportunidad el arbitraje civil regulado en los 32 códigos procesales civiles.

9.12. Se visualiza como un área de oportunidad a la mediación penal en específico, conforme al artículo 17 párrafo IV *in fine*, para posterior investigación:

«... En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial...» Al existir hasta el momento solo 5 leyes relacionadas con el tema de forma específica.

9.13. Se identificaron áreas proclives a parte de la penal para el desarrollo e implementación de los MASC a la civil, familiar, mercantil, justicia para adolescentes, servicios de salud, violencia intrafamiliar, municipal o comunitaria y escolar.

BIBLIOGRAFÍA

- ALIENDE LUCO, L. 2002. El proceso de mediación. Chile: Editorial jurídica de Chile.
- ALZATE SAENZ DE HEREDIA, R. 2007. Aproximaciones al conflicto. En: Mediación y solución de conflictos. Madrid: Tecnos.
- BARDALES LAZCANO, E. 2011. Medios alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa. México: Flores.
- BORREGO ESTRADA, F. 2011. Directrices generales para la implementación de la reforma al sistema de justicia penal mexicano. En: Reforma Penal. Decimas jornadas sobre justicia penal. México: porrúa.
- CAIVANO, R. J. 1997. Negociación y mediación. Instrumentos apropiados para la abogacía moderna. Argentina: *Ad-Hoc*.
- CASTANEDO ABAY, A. 2000. Mediación alternativa para la resolución de conflictos. Argentina: Advocatus.

- CONTRERAS HERRERA, P. 2002. Justicia de paz y conciliación. Colombia: Librería del profesional.
- DÍAZ, L. M., 2010. Artículo 17 de la constitución como opción al orden jurídico. En: Acceso a la justicia alternativa una visión de conjunto de los mecanismos alternativos de solución de controversias. México: Porrúa.
- GARCÍA HERRERA, C. 2005. Exposición de motivos de la reforma de justicia penal en el Estado de Nuevo León 2004-2005. México: Consejo de la Judicatura de NL.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. 2010. La reforma penal constitucional (2007-2008). Democracia o autritarismo. México: Porrúa.
- GONZÁLEZ CAPITEL-MARTÍNEZ, C. M. 1999. Manual de mediación. Barcelona: Atelier.
- GORDILLO SANTANA, L. 2007. La justicia restaurativa y la mediación penal. Madrid: IUSTEL.
- GORJÓN GÓMEZ, F. J. 2000. Ejecución de laudos extranjeros. México: McGrawHill.
- GORJÓN GÓMEZ, F. J. 2011. Los MASC como instrumentos de paz. En: Métodos alternos de solución de conflictos. herramientas de paz y modernización de la justicia. Madrid: Dykinson.
- GORJÓN GÓMEZ, F. J. 2011. The implementation of alternative of dispute resolution according the constitutional procedural reform in Mexico: 2010.1. Preliminary report. En: Metodos alternos de solución de conflictos. Herramientas de paz y modernización de la justicia. Madrid: Dykinson.
- GORJÓN GÓMEZ, F. J. & Saenz López, K. A. 2011. Métodos alternos de solución de conflictos. Enfoque educativo por competencias. México: CECSA.
- GORJÓN GÓMEZ, F. J. & STEELE GARZA, J. 2008. Métodos alternativos de solución de conflictos. México: Oxford.
- HERNÁN GIL, J. 2003. Conciliación extrajudicial y amigable composición. Colombia: Temis.
- HIDALGO MURILLO, J. D. 2010. Sistema acusatorio mexicano y garantías del proceso penal. México: Porrúa.
- HIGHTON, E. 1998. Mediación para resolver conflictos. Argentina: Ad-Hoc.

- LÓPEZ-JURADO PUIG, M. 2010. La mediación como profesión, algo más que una técnica. En: La mediación presente, pasado y futuro de la institución jurídica. España: Netbiblio.
- LORCA NAVARRETE, A. M. 1997. Manual de derecho de arbitraje. Madrid: Dykinson.
- MERINO MERCHÁN, J. 2006. Tratado de arbitraje. Madrid: Civitas.
- MOJICA ARANQUE, CAEA 2005. Justicia restaurativa. Hacia una nueva visión de la justicia penal. Colombia: Universidad de Medellín.
- NAVARRETE VILLARREAL, V. M. 2010. La reforma al artículo 17 constitucional en materia de medios alternativos de solución de controversias. Una respuesta atinada en la vida político-jurídica del México del siglo XXI. En: Acceso a la justicia alternativa. Una visión de conjunto de los mecanismos alternativos de solución de controversias. México: Porrúa.
- OTERO PARGA, M. 2007. Los modelos teóricos de la mediación. En: Mediación y solución de conflictos. Madrid: Tecnos.
- PASTRANA AGUIRRE, L. A. 2009. La mediación en el sistema procesal acusatorio en México. España: Netbiblio.
- PÉREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, O. 2003. Manual Básico del conciliador. México: Vivir en paz.
- SALAZAR VARA, O. 2004. Solución de conflictos por medios alternos. Sonora: Universidad de Sonora.
- ZAMORA PIERCE, J. 2001. Justicia alternativa en materia penal. Décimas jornadas sobre justicia penal.

Situación actual del Marco Normativo de la Mediación en España

MARTA GONZALO QUIROGA

Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Rey Juan Carlos en la especialización, por primera vez en España, de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (ADR/MASC). Mediadora y Árbitro. Codirectora de los Cursos de Formación de Arbitraje del Ilustre Colegio Oficial de Abogados de Madrid y Formadora en sus Cursos de Mediación. Directora e investigadora principal en varios proyectos competitivos de investigación sobre arbitraje comercial internacional y MASC. Autora de casi un centenar de publicaciones, entre monografías, capítulos de libros y trabajos doctrinales referidos a la mediación y a los métodos alternativos de solución de conflictos, en general, y al arbitraje privado interno e internacional, en particular

SUMARIO: INTROITUS. 1. ANTECEDENTES DE LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA. 2. DECRETO LEY DE MEDIACIÓN. 3. ANTEPROYECTO DE LA LEY ESPAÑOLA DE MEDIACIÓN. 4. LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES. 5. ASPECTOS CLAVES DE LA NUEVA LEY DE MEDIACIÓN: PERSPECTIVA CRÍTICA. 6. CUADRO DE LEGISLACIÓN Y NORMATIVA SOBRE MEDIACIÓN EN ESPAÑA. 7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS. BIBLIOGRAFÍA. OTROS SITIOS WEB O LINKS DE UTILIDAD.

INTROITUS

El presente capítulo tiene como finalidad analizar el marco normativo actual de la mediación en España donde, por primera vez, y tras la publicación el 7 de julio de 2012, de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se cuenta con una Ley estatal de mediación. Si bien, los caminos normativos seguidos para regular la mediación en España han sido parcos, sinuosos e, incluso, divergentes y contrapuestos entre las distintas comunidades autónomas, la existencia, por fin, de una Ley de mediación para el conjunto del Estado español debe ser bien recibida. No obstante, desde su entrada en vigor, la

sensación generalizada es que con la actual Ley de mediación se ha perdido una gran oportunidad para impulsar realmente la mediación en nuestro país. La normativa deja muchos interrogantes y dudas acerca de su eficacia y de si realmente introduce medidas concretas y sustanciales para fomentar la mediación como método realmente alternativo de gestión extrajudicial de conflictos.

Ello no ayuda a instaurar un clima propicio para la mediación en España. Más, teniendo en cuenta que, hasta la fecha, la institución de la Mediación en nuestro país ha tenido una implantación más bien escasa. De otro lado, no todo es negativo o, cómo muchos señalan, el fruto de una ocasión normativa perdida para la mediación en España¹. La entrada en vigor de la Ley de Mediación también ha marcado un período de esperanza e ilusión tanto en los justiciables como en los profesionales del Derecho. Los primeros ven en la mediación un mecanismo alternativo de solución de conflictos mejor y más adaptado a muchos de los conflictos ocasionados en las sociedades modernas. Lo importante sería, pues, dar a conocer y difundir la mediación para que la sociedad la conozca y haga uso de ella. Los profesionales del derecho ven un mecanismo más eficaz que puede ayudar a la modernización y eficacia de la Justicia en España a la vez que convertirse en una salida profesional. A partir de ahora podrá utilizarse no solo en el ámbito familiar y laboral, sino también como medio de solución de conflictos alternativo a la jurisdicción ordinaria y al arbitraje en cualquier tipo de controversia civil o mercantil.

En esta dualidad nos movemos con el ánimo de vislumbrar si la actual regulación normativa es realmente el instrumento necesario como una verdadera y eficaz rampa de lanzamiento para instalar y fomentar la mediación en España.

1. ANTECEDENTES DE LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA

A pesar de que la mediación es una figura arcaica, su institucionalización y materialización mediante su regulación legal como un método válido de solución de conflictos no tiene gran tradición histórica en España². Se encuentran antecedentes, dentro de la figura del Fuero Juzgo,

1. Cf., Alessandro PIERALLI, «La mediación en asuntos civiles y mercantiles: una ocasión perdida», 18 de julio de 2012, <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/civil/la-mediacion-en-asuntos-civiles-y-mercantiles-una-ocasion-perdida>.
2. Como es sabido, la mediación, al igual que el resto de sistemas de gestión y resolución extrajudicial de conflictos, no tiene un origen inmediato, sino que el mismo se remonta a la existencia del conflicto. La sociedad y, más concretamente, la familia son ámbitos de convivencia en comunidad y, por tanto, un foco importante de discre-

en el caso de los llamados «*pacis adsertores*» o «*mandaderos de paz*», que enviaba el Rey para que intervinieran en un pleito concreto buscando la avenencia entre las partes. En la época judía y árabe teníamos, también, la figura del «*Alfaqueque*» que hacía también funciones de mediador en conflictos. Figura que evolucionó hacia la figura rural del «*hombre bueno*» que figuraba en nuestro Código Civil³. O la figura de «*El Tribunal de las Aguas*» de Valencia, que viene actuando desde el siglo XIII⁴. Fue a partir de la Recomendación n° R (98) 1, del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la mediación familiar⁵, cuando las diferentes Comunidades Autónomas comenzaron a promulgar las primeras leyes de mediación. Regulación que se hizo de modo autónomo e incluso contrapuesto entre las distintas Comunidades Autónomas entre sí y limitándose a un ámbito de aplicación exclusivamente familiar con la intención de no poner fin, después del proceso de divorcio o separación, a las relaciones inter-familiares en beneficio del resto de miembros, concretamente, las relaciones filiales⁶.

pancias. Históricamente, ya es sabido que, inclusive en las tribus, sus desavenencias han sido solventadas mediante el papel mediador ejercitado por un tercero ajeno al conflicto que colabora, de forma imparcial y confidencial, al acercamiento de las posturas enfrentadas, siendo las partes en colisión las que, rigiendo en todo momento su autonomía de la voluntad, han puesto fin al conflicto llegando a un acuerdo mutuo. Y, ello ha sido así, marcando los orígenes de la organización de justicia, en la práctica totalidad de las naciones del mundo. Concretamente en Iberoamérica, *vid.* AAVV, Arbitraje y mediación en las Américas, obra coordinada por GORJÓN GÓMEZ, Francisco J., y VARGAS VIANCOS JUAN E., Santiago de Chile, varias editoriales, 2010.

3. Cf., J. L. SARRIEGO, «El fracaso de la mediación en España (una visión crítica frente al imaginario judicial, político y social sobre la mediación)», http://www.lexfamily.es/img/0_pn1_1315031228.pdf, 2011, p. 3.
4. Dicho Tribunal, cuyos miembros eran popularmente elegidos por los campesinos, tenían como función resolver problemas referentes a la repartición equitativa del agua en la comunidad, por lo que los campesinos de Valencia podían regular sus conflictos recurriendo a un tribunal formado por personas respetadas de su propia clase y contexto socio-cultural, *vid.*, GARCÍA VILLALUENGA, Leticia, «La mediación familiar en España», <http://www.ucm.es/centros/cont/descargas/documento12870.pdf>.
5. Aprobada por el Consejo de Ministros del 21 de enero de 1998, a partir de la 616 reunión de los Delegados de los Ministros.
6. Hasta la fecha, la regulación de la mediación en España se había hecho de un modo autónomo, disperso y descoordinado dando lugar a que cada Comunidad Autónoma tuviera su propia normativa de mediación. Regulaciones que difieren entre sí en aspectos tan básicos como qué se considera mediador y los requisitos básicos que éste tiene que cumplir. Así, por el momento en España únicamente se habían dictado leyes de Mediación distintas en 13 de las 17 Comunidades Autónomas existentes. Casi todas especializadas en mediación civil, y en concreto en mediación familiar, sin que existiera una Ley de Mediación de ámbito nacional. Si bien, algunas de las anteriores leyes autonómicas también incluyen la mediación en el ámbito de la propiedad horizontal y, en la actualidad, con la grave crisis que está azotando España, se ha introducido con fuerza la mediación en el ámbito hipotecario con la finalidad de evitar

No obstante, la realidad de la mediación en España no se entiende sino por el impulso dado a la misma desde el ámbito Europeo. Y es que, sin duda la mediación, como avala su práctica en otros países de la Unión Europea, puede resultar un mecanismo de resolución de determinados conflictos más eficaz y menos costoso que la jurisdicción ordinaria o el arbitraje, siendo una fórmula común y muy usada que realmente elimina muchísimos pleitos. Por ejemplo, en el Reino Unido hasta un 85% de los procesos que se someten a mediación terminan en acuerdo, evitando así acudir a un proceso judicial. De hecho, los incentivos para el impulso de la mediación son tales que, en países como el Reino Unido, incluso la condena en costas en un litigio ulterior, puede venir dada por apreciar una mala fe o temeridad en los casos en que la mediación se haya rechazado, con lo que la victoria ulterior se puede ver ensombrecida por no haber aceptado esta mediación⁷.

De ahí que, desde la entrada en vigor de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (en adelante la Directiva), se han perseguido dos objetivos fundamentales. El de instaurar la mediación nacional y transfronteriza como una auténtica alternativa judicial en y entre los Estados miembros y el de extrapolar la aplicación de la mediación al resto de asuntos civiles y mercantiles, no limitándose a la esfera familiar⁸.

desahucios y evitar mayores conflictos a los ya existentes entre particulares y entidades bancarias. Sobre la distinta regulación de la mediación en las diferentes Leyes autonómicas, *vid.*, ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, «Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil», Análisis doctrinal del Ministerio de Justicia, Boletín del Ministerio de Justicia, año LXV, nº 2135, octubre 2011.

7. Medida incentivadora ésta que, por los buenos resultados que ha dado en la experiencia práctica, sería una medida a tener en cuenta para incentivar la mediación en España, *vid.*, *infra*, las conclusiones y propuestas a este respecto manifestadas por la autora de éstas páginas.
8. En cuanto a la Regulación Comunitaria de la Mediación, siguiendo el rumbo fijado por el Tratado de Amsterdam dirigido a establecer un «*espacio de libertad, seguridad y justicia*», el Consejo Europeo de Tampere de 1999 hizo un llamamiento expreso a los Estados miembros para que crearan procedimientos alternativos y extrajudiciales de resolución de conflictos para mejorar el acceso a la justicia en Europa. Se invitó así al Consejo y a la Comisión a elaborar una nueva legislación para instaurar los ADR o MASC. Terminología, utilizada indistintamente, según la cual se designa a los procedimientos extrajudiciales de resolución de controversias aplicados por un tercero/s de forma imparcial. Para cumplir estos objetivos, tanto el Consejo como la Comisión estuvieron trabajando en una propuesta normativa dirigida a potenciar los ADR y su adecuada coordinación con los métodos tradicionales de justicia existentes en los Estados miembros. En el año 2002 se presentó, por parte de la Comisión, el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, Bruselas, 19 abril 2002, COM(2002) 196 final(2002/03/04); donde se examinó una solución alternativa a la resolución de litigios en la Unión tras

2. DECRETO LEY DE MEDIACIÓN

El Real Decreto 5/2012, publicado el 6 de marzo de 2012, con el que el legislador quiso poner fin al incumplimiento del plazo de transposición fijado en la Directiva 2008/52/CE basó el modelo de mediación en tres ejes principales. El primero de ellos, la voluntariedad y la libre decisión de las partes de intentar alcanzar un acuerdo gestionando el conflicto a través de la intervención de un mediador. Éstos deberán contar con formación específica para el ejercicio de su actividad impartida por instituciones acreditadas y deberán suscribir un seguro para cubrir la eventual responsabilidad civil derivada de su actuación. La mayoría de los comentarios a dicho texto fueron esencialmente positivos esperando, quizás, que en su futuro desarrollo en la Ley de Mediación muchas de sus dudas e interrogantes fueran solventados. Hecho que, sin embargo, no encontró respuesta en la parquedad de la Ley de Mediación española actual que, salvo pequeñas modificaciones, apenas cambió el texto del Real Decreto⁹.

proceder a una amplia consulta sobre una serie de cuestiones jurídicas que se plantearon en lo referente a los MASC en el ámbito del derecho civil y mercantil. Finalmente, se apostó por regular únicamente la mediación. Decisión de la que surgió la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles COM(2004) 718 final-2004/0251 (COD) que, como se ha especificado, ya ha sido transpuesta por todos los Estados miembros, particularmente, en España, y con retraso, por la mencionada Ley estatal de mediación en el 2012.

A este respecto, se impone referir la crítica sobre la técnica legislativa empleada para instaurar la mediación en los Estados Miembros. Si bien, la técnica legislativa de la Directiva ha sido durante largo tiempo el instrumento estrella en materia de armonización de legislaciones en el ámbito comunitario, en la actualidad, su eficacia armonizadora está siendo cuestionada. En la práctica, se ha comprobado que son muchos los Estados que no transponen las Directivas en el plazo indicado o bien, si lo hacen, llevan a cabo su incorporación en el ordenamiento interno de manera incompleta. Además, no faltan ocasiones en las que si la Directiva choca con la regulación interna del Estado en cuestión éste soluciona el problema recurriendo sencillamente a la no incorporación de los preceptos problemáticos. Todas estas prácticas han contribuido a la creación de un clima de desconfianza y a una cierta distorsión de la armonización pretendida mediante la técnica legislativa de la Directiva. Por ello, la vía del Reglamento hubiera sido aquí más adecuada. Al aplicarse directamente eliminaría la incertidumbre del cuándo, cómo y el qué va a ser lo finalmente vigente en cada Estado miembro, dándonos una mayor seguridad a efectos transfronterizos de lo que va a ser efectivamente aplicado por los jueces y tribunales de los diversos Estados en materia de mediación. *Vid.*, todas estas cuestiones y un estudio más específico sobre la mediación Europea en GONZALO QUIROGA, Marta (Varios autores), *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva multidisciplinar*, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2006.

9. Cf., Daniel JIMÉNEZ y Pablo DOÑATE, abogados de Procesal de Ashurst, «La esperada Ley de Mediación», <http://www.expansion.com/2012/03/16/juridico/opinion/1331923973.html?a=f08ec77a3d81adf283b3bfeeb6402cfe&t=1355568475>, 16 marzo 2012.

En él, el legislador optó por la deslegalización como segundo eje de la mediación, fijando tan solo las bases principales del procedimiento de mediación, estableciendo una fácil tramitación y corta duración en el tiempo y dando a las partes flexibilidad para amoldar la tramitación del proceso a sus necesidades. Con el efecto de evitar el uso de la mediación con fines dilatorios o espurios, el Decreto-ley se decantó por la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de las acciones desde el momento en que se inicia el proceso de mediación (y no por la interrupción de dichos plazos) dando carácter primordial a la confidencialidad del proceso impidiendo, con carácter general a los mediadores y a todo aquél que participe en el proceso de mediación, declarar o aportar documentación en un posterior procedimiento judicial o arbitral sobre la información obtenida durante el proceso de mediación.

El tercer eje de la mediación se fundamentó en la ejecutividad del acuerdo de mediación siempre y cuando éste se haya elevado a escritura pública, para lo que el Notario deberá previamente verificar la conformidad a derecho del acuerdo obtenido en la mediación. Este punto, que se ha mantenido igual en la actual Ley de Mediación, ha provocado bastante polémica pues no es un verdadero incentivo para el impulso de la mediación hacer depender la eficacia del acuerdo alcanzado en mediación de su elevación a título ejecutivo, con las molestias y consecuencias económicas que ello suscita y el haber perdido una oportunidad inmejorable para dotar al acuerdo de mediación de una eficacia plena sin necesidad de recurrir a un notario para ello. ¿Por qué el especificar la necesidad de un notario para elevar el acuerdo de mediación a título ejecutivo? Parece más bien una concesión al *holding* notarial a través de la tramitación normativa de la Mediación en España porque, en virtud del artículo 517 de la LEC, las escrituras públicas eran y siguen siendo títulos ejecutivos sin necesidad de plasmar esto específicamente en una normativa de mediación¹⁰.

3. ANTEPROYECTO DE LA LEY ESPAÑOLA DE MEDIACIÓN

En el Anteproyecto de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles de 3 de julio de 2012 varios fueron los temas objeto de debate. Estos versaron, entre otras cuestiones, en torno a la obligatoriedad de la mediación en determinados supuestos y la intervención de los

10. Más argumentos críticos sobre nuestra posición contraria al respecto, *vid. infra*, en Aspectos claves de la Ley española de mediación y en las Conclusiones a este trabajo.

abogados como mediadores o de los propios Colegios Profesionales, Cámaras de Comercio e Instituciones privadas como entidades de mediación. Ello, junto a otros aspectos como los requisitos para ser mediador y los cursos de formación necesarios para ello.

El Anteproyecto preveía en su art. 8.2 que *«El sometimiento a mediación será obligatorio cuando así lo establezca la legislación procesal»*, modificando para ello, en su disposición final segunda, los artículos 437 y 439 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) para exigir la mediación como requisito previo de una acción de reclamación de cantidad a través del juicio verbal, a excepción de las materias previstas en el artículo 250.1 o materia de consumo. No obstante, se estimó que la obligatoriedad va en contra de los principios básicos de la mediación y plantearía problemas, tales como, una mayor dilación en la obtención de una solución al conflicto (demasiadas dudas en cuanto a las citaciones para la mediación y la interrupción de los procedimientos); el encarecimiento de la justicia (pues al hacerla obligatoria se estatalizaría y habría que abonar sus honorarios al mediador sin que existiese ninguna previsión de gratuidad para los posibles beneficiarios de la justicia gratuita, sea el solicitante de la mediación o el deudor); se optara por otros procedimientos cuando resultara más factible, como el monitorio; pudiera producirse una discriminación por el origen de las deudas, pues las reclamaciones realizadas siguiendo los trámites previstos del Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de junio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, estarían exentas de esta obligación¹¹.

También contemplaba que para ser mediador se tendría que poseer, como mínimo, el título de grado universitario de carácter oficial o extranjero convalidado y encontrarse, además, inscrito en el Registro de mediadores y de Instituciones de mediación. Registro que, a fecha de hoy, incluso tras haberse aprobado la Ley, todavía no ha sido creado. Habrá que estar, pues, a la expectativa para cuando se regule este Registro y sus condiciones de acceso.

En cuanto a las instituciones de mediación, éstas podrán ser de carácter público o privado. En principio se dudaba de que Instituciones como un colegio Profesional de Abogados pudiera constituirse en Institución de Mediación. Duda que ya ha sido despejada en sentido posi-

11. Cf. las conclusiones al respecto del Grupo de Trabajo Procesal del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Observatorio de la Justicia y los Abogados: https://www.icam.es/docs/observatorio/obs_26769.pdf.

tivo¹². El requisito exigible es que la entidad tenga entre sus fines la mediación y, si también tuviera como fin el arbitraje, que garantice la independencia entre ambas actividades¹³. En España, en materias de mediación, en los ámbitos de familia y penal, hay abogados y asociaciones dirigidas por profesionales de la abogacía que cuentan con una probada profesionalidad y larga experiencia en materias de mediación. Pero son todavía muchas las dudas a despejar sobre la mediación como tal y su eficacia en otros ámbitos civiles y mercantiles todavía por explorar. Cuando, hoy, es una realidad que en la práctica se media o se podría mediar sobre casi todo y en todos los campos. Desde un divorcio hasta la indemnización por un accidente pasando por problemas entre vecinos, conflictos escolares, decisiones sanitarias, gestión en las relaciones laborales que surgen en un conflicto, gestión en las empresas, arrendamientos, herencias, entre particulares y entidades bancarias en el ámbito hipotecario¹⁴. En definitiva, allí donde haya un conflicto disponible, y siempre y cuando éste no esté intervenido por cuestiones de orden público y normas imperativas que por su protección, riesgo de desigualdad o interés público, desaconseje otras vías alternativas de solución de conflictos, se podrá acudir a mediación.

Como particularidad que ha sido muy discutida, el anteproyecto de ley establecía un intento obligatorio de mediación para las reclamaciones de cantidad de hasta 6.000 Euros. Obligatoriedad que hoy ha caído en la actual Ley de Mediación. En este sentido, podríamos cuestionar la oportunidad de introducir un intento obligatorio de mediación

12. En la actualidad, por poner un ejemplo cercano, el Ilustre Colegio Oficial de Abogados de Madrid –ICAM– realiza varios cursos de formación en materia de mediación, así como otras Instituciones, Universidades y Cámaras de Comercio.

13. Así, Instituciones reputadas y consolidadas en el mundo del arbitraje interno e internacional en España, como la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad, AEADE, después de la aprobación de la Ley de Mediación han creado, de manera totalmente independiente y autónoma, una institución de mediación, *vid.*, www.aead-e.org.

14. Lamentablemente, éstas cada vez más frecuentes en España como consecuencia de la grave crisis económica que está azotando nuestro país y la gestión de los pagos de las hipotecas para no tener que llegar al desahucio. Sin ir más lejos, el servicio de intermediación hipotecaria ofrecido por el Ayuntamiento de Valencia y el Colegio Oficial de Abogados de Valencia (ICAV) ha atendido desde su puesta en marcha en junio de 2012 a casi 150 personas y ha abierto un total de 71 expedientes, de los que ha cerrado un 10%. Según los datos ofrecidos por el Centro de Mediación del ICAV (CMICAV), en los seis primeros meses de puesta en marcha del servicio, se han cerrado siete expedientes, de los cuales en tres no se llegó a un acuerdo mientras que en otros tres hubo un acuerdo total y otro se cerró con un acuerdo parcial. *vid.* <http://www.ivmed.es/>.

en aquellas controversias donde posiblemente la disputa viene generada realmente por una falta de recursos y no por problemas reales en la relación contractual, pero haber eliminado totalmente la obligatoriedad puede convertirse en la excusa que buscaba la mayoría de los operadores prácticos para no estudiar la mediación, por falta de interés¹⁵.

4. LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

Sin ser muchas, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, publicada en el BOE del sábado 7 de julio, introdujo algunas novedades, derivadas del Anteproyecto, respecto al contenido del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo. Los principales cambios son los siguientes:

En primer lugar, amplía el campo de mediación en conflictos transfronterizos, en coherencia con el artículo 2.2 de la Directiva 2008/52/CE, que contempla la circunstancia de traslado sobrevenido, teniendo también la consideración de conflictos transfronterizos, los previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto (art. 3). Asimismo, establece mayor concreción en cuanto al momento y duración de la suspensión de la prescripción y la caducidad derivada de la mediación (art. 4). Y fija, con más claridad, el ámbito de actuación de las instituciones de mediación, determinando que estas no podrán prestar directamente el servicio de mediación, ni tener más intervención en la misma que la que prevé la ley. También, se hace declaración expresa de que las instituciones de mediación puedan ser «*españolas o extranjeras*» para evitar incertidumbre respecto a si la intención del legislador era la de prever la nacionalidad o residencia españolas de estas instituciones y sus miembros a la hora de poder ejercer su función de mediadores dentro de nuestro territorio nacional (art. 5).

Hay que destacar que la Ley refuerza el principio de confidencialidad como base de la mediación, tanto para el mediador (que queda protegido por el secreto profesional) como con la inclusión del deber

15. El debate sobre la obligatoriedad o no de la mediación en España ha sido intenso. Defendiendo la misma, por las razones y argumentos expuestos en el piso de arriba, cf., A. PIERALLI, «La mediación en asuntos civiles y mercantiles: una ocasión perdida», *id. cit.*

para las instituciones de mediación (art. 9) y establece una salvaguarda ante situaciones de urgencia respecto a las acciones que, en relación a su objeto, pueden ejercitar las partes durante el tiempo en que se desarrolle la mediación, incluyendo tanto la solicitud de medidas cautelares como aquellas medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. Las partes, estarán sujetas, además de al principio de buena fe y respeto mutuo, al de lealtad (art. 10.2). Las personas jurídicas podrán ejercer la mediación (ya sean Sociedades Profesionales u otra forma jurídica) pero será necesario que actúen a través de una persona natural que reúna los requisitos legales (art. 11.1).

En cuanto a quién puede ser mediador en España, la mediación implica que a través de uno o varios mediadores, las partes, voluntariamente, traten de buscar un acuerdo. El mediador, por tanto, ha de reunir unos requisitos de conocimiento, como cualquier abogado, pero también de independencia e imparcialidad con relación a las partes, para que de forma neutral y confidencial pueda encontrar la solución que resuelva un problema entre dos o más partes. El art. 11 de la norma indica, por ello, que el mediador deberá contar con formación específica en «*conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación*». De ahí que, el régimen de incompatibilidades para mediar en un asunto es bastante estricto, afectando incluso al hecho de que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación. En cuanto a las condiciones para ejercer de mediador, se requiere ante todo estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior (art. 11.2) y han de realizar un Curso de Formación en materia de mediación reforzándose así el cumplimiento del requisito de la formación de los mediadores (art. 12). Aunque, en la actualidad, y a la espera de lo que se especifique en el Real Decreto, han comenzado en España los Cursos de formación de mediadores sin saber con exactitud el número de horas concretas y exigibles de las que habrán de constar dichos Cursos de formación ni los requisitos mínimos que a este respecto exigirá el Registro de Mediadores, encontrándonos pues en una situación de incertidumbre que no ayuda en nada a la seria, adecuada y correcta institucionalización y fomento de la mediación en España.

La Ley también ha suprimido o reducido varios de los requisitos anteriormente contemplados en el Decreto. Así, suprime la referencia a la responsabilidad subsidiaria de las instituciones de mediación deri-

vada de su actuación, que contenía el artículo 5 del Real Decreto-ley, limitando y concretando más esa responsabilidad a la designación del mediador o incumplimiento de las obligaciones que les incumben (art. 14) y reduce de seis a cuatro meses, el plazo para conservar y custodiar los documentos del procedimiento de mediación que no hubieran de devolverse a las partes una vez finalizado aquel (art. 22). Se suprime la firma del mediador en el acuerdo de mediación, de manera acorde con lo previsto en los sistemas de nuestro entorno¹⁶. Asimismo, se establece que contra lo convenido en el acuerdo de mediación solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 23).

A efectos prácticos, hay que destacar que se establece la posibilidad de que las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, puedan realizarse por videoconferencia y por cualquier medio análogo de transmisión de voz o imagen¹⁷. Asimismo, se regula la mediación por procedimientos electrónicos con carácter potestativo aunque preferente (art. 24) y se aclara de nuevo que la presencia del mediador no será necesaria en la presentación por las partes ante notario del acuerdo de mediación (art. 25)¹⁸.

De interés, también, es su regulación para su adaptación a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, la igualdad de oportunidades para las personas con discapaci-

16. No obstante ésta supresión se contradice en la práctica con la recomendación que están haciendo algunos notarios que, aún reconociendo que no es necesaria ni la firma ni la presencia del mediador a la hora de validar el acuerdo de mediación, consideran conveniente la presencia del mediador: «por razones de autenticidad, de procedimiento y de estética jurídica», cf., <http://www.notariosyregistradores.com/PERSONAL/NOTARIAS/documentos/2012-modelo-escritura-mediacion.htm>.

17. En este punto, es de gran utilidad el video sobre la sesión informativa de Mediación a través de Internet (on-line), realizado por la Asociación Madrileña de Mediadores, AMM, que de manera desinteresada lo han puesto a disposición de todos los mediadores de España y que por su calidad, concreción y fácil comprensión para las partes o interesados en acudir a la mediación, es utilizado hoy por gran parte de los mediadores de España. Mi reconocimiento a la labor desinteresada y en pro de la mediación que hace esta institución, *vid.*, el video en <http://youtu.be/3efiMecQ1fk>.

18. No obstante, cómo se ha expuesto en la nota 17, en la práctica esto no es del todo cierto y su ejecución da lugar a confusión. Tal es así, que se ha comprobado como algunos notarios están exigiendo la presencia de los mediadores a la hora de la escritura pública del acuerdo de mediación y de elevar ésta a título ejecutivo, *vid.*, como en el Modelo de elevación a escritura pública de acuerdo de mediación, que propone el notario de Alicante, Antonio Ripio Jaén, que señala expresamente que «3.-La comparecencia del mediador es innecesaria, aunque aconsejable, por razones de autenticidad, de procedimiento y de estética jurídica», cf., <http://www.notariosyregistradores.com/PERSONAL/NOTARIAS/documentos/2012-modelo-escritura-mediacion.htm>.

dad en los procedimientos de mediación, garantizando la accesibilidad de los entornos, la utilización de la lengua de signos y los medios de apoyo a la comunicación oral, el brille, la comunicación táctil o cualquier otro medio o sistema que permita a las personas con discapacidad participar plenamente en el proceso (disposición adicional cuarta). Mantiene, a su vez, el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad cuya duración máxima será de un mes prorrogable por acuerdo de las partes (en el Real Decreto-Ley 5/2012 el plazo máximo de duración era improrrogable) (Disposición final séptima). Y, en cuanto a la reforma de la Ley de Colegios Profesionales, como se ha enunciado, establece la posibilidad de que los Colegios Profesionales, puedan impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje, nacional e internacional (Disposición final primera).

A su vez, la ley de mediación aprovecha para introducir una reforma en la Ley de Enjuiciamiento Civil mediante la cual se añade una cuarta excepción a la regla de no admitir en los juicios verbales la acumulación objetiva de acciones permitiendo a cualquiera de los cónyuges, en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesíásticas ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa (disposición final tercera. Doce). Se trata de responder a una necesidad manifiesta en la realidad social, permitiendo resolver mediante mejor economía procesal y menores costes para las partes la problemática habitual de tener que dividir una vivienda en pro indiviso en los procesos de divorcio. Mediante la modificación del artículo 440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se incorpora al juicio verbal la misma previsión del juicio ordinario, determinando que una vez admitida la demanda y el secretario judicial cite a las partes para la celebración de vista, se informe en la citación de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación (disposición final tercera. Trece). Incorpora, también, a la vista del juicio verbal la misma previsión que la de la audiencia previa del juicio ordinario, regulando la posibilidad de que el tribunal durante el desarrollo de la vista, en atención al objeto del proceso, pueda invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso, a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa, pudiendo las partes de común acuerdo

solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación o arbitraje (Disposición final tercera.Catorce)¹⁹.

En cuanto a los futuros abogados, la Ley introduce cambios en la Ley de Acceso a la Abogacía, de tal manera que los licenciados en Derecho (en extinción debido a la implantación del nuevo título universitario de grado, cuya configuración es muy distinta a la de licenciado) estarán eximidos de realizar todo acceso a la Abogacía, puesto que el texto del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, sólo eximía a los que se habían matriculado en la licenciatura antes de la publicación de la Ley de Acceso, mientras que los que se habían matriculado posteriormente sólo tendrían que realizar las prácticas y superar la prueba final. Con la nueva Ley de Mediación, los títulos profesionales regulados en la Ley de Acceso no serán exigibles a quienes obtengan un título de licenciado en Derecho con posterioridad a la entrada en vigor de la misma, siempre que en el plazo máximo de dos años, a contar desde el momento en que se encuentran en condiciones de solicitar la expedición del título oficial de licenciado en Derecho, procedan a colegiarse, como ejercientes o no ejercientes (Disposición final cuarta.Dos).

5. ASPECTOS CLAVES DE LA NUEVA LEY DE MEDIACIÓN: PERSPECTIVA CRÍTICA

A continuación, recogemos los principales puntos de la regulación española de mediación de una forma sumaria resumiendo sus aspectos claves y las cuestiones más críticas a la misma²⁰. En primer lugar, en cuanto al ámbito de aplicación, la mediación en España sólo se podrá aplicar si las partes voluntariamente así lo acuerdan y la materia es civil o mercantil, con exclusión de la penal, laboral, conflictos de consumo, administrativa y entre Administraciones Públicas. Además, en los ámbitos civiles y mercantiles sólo para aquellas materias sobre las que las partes tengan libre disposición, excluyendo por ello casos como el derecho a alimentos de los hijos, etc. Ámbito de aplicación material criticable

19. Es de advertir que la disposición final tercera seis de la Ley aprobada vuelve a incurrir en el error de dar nueva redacción a la regla 2ª del apartado 2 del artículo 206 de la LEC, cuando debería ser a su apartado 1, error en el que incurrió también el texto del Real Decreto-Ley 5/2012 y que posteriormente fue subsanado mediante corrección de errores publicada en el BOE de 16 de marzo. Es de presumir, por tanto, que se vuelva a publicar una nueva corrección de errores.

20. Siguiendo a Javier GONZÁLEZ ESPADAS, «Claves de la Ley de Mediación», publicadas en la Web de AEADE, sobre la nueva regulación de la mediación en España, <http://www.aeade.org>, 14/03/2012.

en el sentido en que consideramos que la mediación tiene un ámbito de aplicación normativo demasiado restrictivo. Se podría haber ido un poco más allá de la mera transposición de la Directiva, incorporando otros ámbitos expresamente excluidos, como la mediación laboral, penal o, en materia de consumo, que ya llevan funcionando varios años y con excelentes resultados en España.

Como se ha comentado, uno de los ejes principales de la reforma se basa en las instituciones de mediación. El artículo 5 se limita a otorgar la consideración de instituciones de mediación a las entidades públicas o privadas españolas o extranjeras y a las corporaciones de derecho público, que tengan entre sus fines el impulso de la mediación. Tocará a los poderes públicos velar para que las instituciones de mediación respeten los principios de la mediación. Posteriormente, en la Disposición adicional primera, se establece que las instituciones o servicios de mediación establecidos o reconocidos por las Administraciones Públicas de acuerdo con lo dispuesto en las leyes podrán asumir las funciones de mediación previstas en esta Ley siempre que cumplan las condiciones establecidas en la misma para actuar como instituciones de mediación. Es decir, actualmente no se conocen las condiciones para que una institución pueda gestionar procedimientos de mediación al amparo de la nueva normativa. Es posible que la normativa de desarrollo que el Ministerio de Justicia tendrá que adoptar, regule también este aspecto. Lo que es previsible desde ahora será la multiplicación de instituciones que verán en la mediación una posible vía de salida a la crisis y que por lo tanto se ofrecerán en el mercado y, es aquí donde se puede generar cierta confusión porque la excesiva proliferación de instituciones, sin ciertas reglas que garanticen su profesionalidad, podría resultar hasta perjudicial²¹.

En términos similares a lo comentado sobre las instituciones de mediación, también el Título III, Estatuto del mediador, deja muchos interrogantes. Las únicas condiciones para ser mediador pasan por disponer de un seguro de responsabilidad civil y contar con una formación específica. El Real Decreto dictaba ciertos contenidos mínimos para los cursos de formación (art. 11 Real Decreto conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación, a nivel tanto teórico como práctico), mientras la Ley sólo establece que los cursos tendrán que ser

21. Cf., A. PIERALLI, «La mediación en asuntos civiles y mercantiles: una ocasión perdida», *id. cit.*

impartidos por «*instituciones debidamente acreditadas*» (art. 11 Ley 5/2012). Ahora bien, de momento la normativa no aclara cuál será la duración mínima del curso, el objeto, quién lo puede impartir (si bien la Ley acoge una importante enmienda atribuyendo también a los Colegios Profesionales la tarea de impulsar y desarrollar la mediación), cuáles son las garantías y cómo se armonizarán las diferencias que hoy en día existen en materia de formación entre las distintas Comunidades Autónomas respecto a la mediación familiar y de derecho privado. Esta inconcreción está creando un cierto malestar en los Cursos de Formación de mediadores²² y habrá que esperar a que se desarrolle del Real Decreto Ley de la Ley de Mediación para conocer los organismos de mediación que se designen, el alcance de los requisitos del mediador, que no parecen quedar claros hasta el momento, así como a la creación del Registro que dará mayor seguridad jurídica a aquéllos que deseen acudir a este sistema de solución extrajudicial de conflictos²³.

En cuanto a la falta de obligatoriedad, ésta podría haberse parcialmente salvado permitiendo al juez invitar a las partes en cualquier momento del procedimiento a acudir a una sesión informativa o a una mediación, suspendiendo, si fuera el caso, el procedimiento. Dicha posibilidad estaba prevista expresamente también en la Directiva 2008/52/CE. Sin embargo, la nueva normativa, modificando el artículo 414 de la LEC, parece limitar esta posibilidad en el juicio ordinario solo a un momento anterior a la audiencia previa, mientras hubiera sido oportuno que el Juez hubiese podido reiterar o efectuar la invitación en el curso

22. Muchos de nuestros abogados se apuntan a Cursos de Formación de Mediadores más breves y económicos sin mirar la calidad y si la formación que reciben es la adecuada. Algunos, únicamente pretenden cumplir con ello el requisito de la Formación y poder inscribirse en el Registro de Mediadores cuando éste sea creado ¿Qué ocurrirá si para inscribirse en dicho Registro éste exige un mínimo de 250 horas de formación en Instituciones sólo reconocidas por él? ¿Qué tipo de reclamación surgirá contra la proliferación de cursos que todo tipo de instituciones ha desarrollado a la sombra de la entrada en vigor de la nueva Ley de Mediación? Es este un aspecto muy controvertido a la vez que preocupante porque si de verdad queremos una buena mediación en España y que ésta sea de calidad no podemos pervertirla, desde el inicio, con acciones confusas y desorientadas de este tipo. Si queremos que la mediación se implante en España, penetre en la sociedad y genere confianza no se debería haber dejado este aspecto tan importante a expensas de una regulación retrospectiva que no llega. Se debería haber contado, desde el principio y de manera coetánea a la entrada en vigor de la Ley española de Mediación, con los requisitos objetivos, necesarios y precisos para acceder al Registro de Mediadores especificando cuáles y qué condiciones estrictas deberían cumplirse en los Cursos de Formación.
23. Cf., Julia CLAVERO, «La Ley de Mediación ¿Solución o Problema?», *diariojurídico.com*, 14/05/2012.

de la audiencia previa y también posteriormente a ella, cuando las partes han comparecido realmente frente al Juez, tal y como permite ahora el nuevo art. 443 en la vista del juicio verbal.

En cuanto a los efectos en relación con las acciones y derechos, la nueva norma modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil para permitir suspender el proceso judicial ya iniciado, en caso de que las partes acudan a mediación. Incluso el Juez puede recomendar la misma. Del mismo modo, si hay sumisión a mediación, se puede paralizar el proceso planteando una declinatoria. Los plazos de prescripción de derechos y de caducidad de acciones quedarán en suspenso mientras se tramite la mediación, considerándose iniciada por la presentación de la solicitud de mediación por una de las partes (art. 4). El acuerdo alcanzado en mediación por las partes, con la intervención del mediador, podrá ser elevado a público convirtiéndose en título ejecutivo. Para ello incluso se establece que el arancel a cobrar por los Notarios será el de «documento sin cuantía»²⁴.

En este punto es pertinente realizar aquí una crítica o comentario a un aspecto de la mediación en España que muchos han saludado como una de las grandes novedades de la actual Ley española de mediación y que, sin embargo, desde nuestra perspectiva, constituye una de sus principales críticas. Y, es la ejecución de los acuerdos de mediación a través de la figura del título ejecutivo y, por tanto, del notario. Todo acuerdo de mediación que se pretenda sea título ejecutivo tiene que ser elevado a esa categoría por un notario. La nueva normativa, contrariamente a lo que estaba previsto en el Anteproyecto, otorga a los notarios la responsabilidad de controlar que el procedimiento se haya ajustado a Derecho. Si las partes quieren formalizar el acuerdo en un título ejecutivo tendrán que elevarlo a escritura pública. Todo esto en el supuesto de que ambas partes estén de acuerdo, pero, tal y como hemos enunciado con anterioridad y ha sido planteado por PIERALLI, ¿qué pasaría si al momento de elevar el acuerdo a escritura pública una de las partes se negara pese a haber manifestado en el acuerdo su consentimiento en tal sentido? Es fácil imaginar que sería necesario acudir a la justicia

24. Según, el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, BOE n° 285 de 28/11/1989, en el Anexo I, dónde se especifica el Arancel de los Notarios. Número 1. Documentos sin cuantía: «-1. Por los instrumentos públicos sin cuantía se percibirán las siguientes cantidades: a) Poderes en general: 30,050605 euros; b) Poderes para: pleitos: 15,025303 euros; c)... Así, hasta llegar a la letra h) donde se dice: "h) Demás documentos (estado civil, emancipación, reconocimiento de filiación, etc.): 30,050605 euros". Este último es el arancel que correspondería a los acuerdos de mediación».

ordinaria para obligar a la parte a cumplir con sus promesas. Si se diera este caso, cabe cuestionarse realmente donde estriba la novedad de la Ley 5/2012 puesto que ya antes de su publicación, las escrituras públicas eran y siguen siendo títulos ejecutivos al amparo del artículo 517 de la LEC²⁵.

En relación con el procedimiento de mediación y la responsabilidad del mediador, el proceso comienza por la formación de un acta y puede ser abandonado por las partes en cualquier momento. Como se ha enunciado, la regulación impulsa la mediación electrónica, en especial en procesos de cuantía inferior a 600 euros. La regulación prevé que las Instituciones de arbitraje puedan serlo también de mediación, garantizando la debida separación entre ambas funciones. Además, la norma prevé no sólo la responsabilidad por dolo, mala fe o temeridad del mediador o mediadores, sino subsidiariamente de la institución que lo haya nombrado o propuesto.

6. CUADRO DE LEGISLACIÓN Y NORMATIVA SOBRE MEDIACIÓN EN ESPAÑA

LEGISLACIÓN Y NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE MEDIACIÓN LEGISLACIÓN INTERNA:

ESTATAL:

– El Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación para asuntos civiles y mercantiles incorporó al derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 sobre mediación. Posteriormente, el Real Decreto dio lugar al Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado de 5 de junio de 2012, que, a su vez, derivó en el Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles de 3 de julio de 2012, dando como resultado, por primera vez en España a una Ley de Mediación estatal: **la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.**

AUTONÓMICA:

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: En la actualidad, existen trece leyes de mediación familiar procedentes de distintas comunidades autónomas. A continuación, las enumeramos por orden cronológico, teniendo en cuenta que algunas de ellas han sido reformadas o actualizadas posteriormente (La primigenia Ley Catalana, la Canaria y la de las Islas Baleares)

25. *Vid.*, Alessandro PIERALLI, «La mediación en asuntos civiles y...», *id. cit.*

2001: CATALUÑA:

- Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña, publicada en el BOE nº 91,16 abril 2001.
- Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado, publicada en el BOE nº 198, de 17 de agosto de 2009.

• **GALICIA:**

- Ley 4/2001, de 31 de mayo, Reguladora de Mediación Familiar de Galicia, publicada en el BOE nº 157, de 2 julio 2001.

• **Comunidad Valenciana:**

Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana, publicada en el BOE nº 303, de 19 de diciembre 2001.

2003: CANARIAS:

- Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar de Canarias, publicada en el BOC nº 85, de 6 de mayo de 2003.
- Ley 3/2005, de 23 de junio, para la Modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar de Canarias, publicada en el BOE nº 177, de 26 de julio de 2005.

2005: CASTILLA-LA MANCHA:

- Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar en Castilla-La Mancha, publicada en el BOE nº 203, de 25 de agosto de 2005.

2006: CASTILLA Y LEÓN:

- Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León, publicada en el BOE nº 105, de 3 de mayo de 2006.

ISLAS BALEARES:

- Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar [Baleares], publicada en el BOE nº 303, de 20 de diciembre de 2006.
- Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar [Baleares], publicada en el BOE nº 16, 19 de enero de 2011.

2007: MADRID:

- Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, publicada en el BOCM núm. 54, de 5 de marzo de 2007.

ASTURIAS:

- Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar, publicada en el Boletín Principal del Principado de Asturias, de 9 de abril de 2007.

2008: PAÍS VASCO:

- Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar [País Vasco], publicado en el BOPV nº 2008034, de 18 de febrero de 2008.

2009: ANDALUCÍA:

• Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, publicada en BOJA nº 50, de 13 de marzo de 2009.

2011: ARAGÓN:

• Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón, publicado en el BOE nº 115, de 14 de mayo de 2011.

CANTABRIA:

• Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, publicada en el BOE, nº 99, 26 de abril de 2011.

2013: EXTREMADURA (Proyecto de Ley de Mediación familiar en tramitación con previsión de aprobarse en el año 2013):

OTRAS NORMAS ESPAÑOLAS DE INTERÉS EN MATERIA DE MEDIACIÓN

Libro Blanco de la Justicia CGPJ (1998). Páginas 9, 16, 88 y 112 (relativas a mediación).

Plan Estratégico de Modernización de la Justicia en España (2009-2012). Ministerio de Justicia. Página 110.

Ley 27/2005, de 30 de noviembre, de fomento de la educación y la cultura de la paz. Art. 2.7.

INTERNACIONAL:

Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre conciliación comercial internacional con la guía para su incorporación al derecho interno y utilización 2002.

OTRAS NORMAS EUROPEAS DE INTERÉS

Recomendación 1/1998, del Consejo de Europa, sobre Mediación Familiar. (Aprobada por el Consejo de Ministros el 21 de enero de 1998).

Reglamento (CE) Nº 2201/2003 DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000 – Artículo 8 y 55 e).

Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil (Bruselas, 19 abril 2002).

7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

La existencia, por vez primera, de una normativa estatal y general sobre mediación en España ha sido, sin duda, una buena noticia. Sin embargo, su redacción incompleta y su falta de precisión ha dejado de-

masiados interrogantes e incógnitas en el aire y una sensación generalizada de que se ha perdido una oportunidad de oro para impulsar realmente la mediación como instrumento alternativo de justicia en España. Si nos preguntábamos si la actual regulación normativa era realmente el instrumento necesario como una verdadera y eficaz rampa de lanzamiento para instalar y fomentar la mediación en España, la respuesta es que la Ley de Mediación ha sido un instrumento necesario pero no suficiente. Ni mucho menos suficiente habiendo que lamentar que, a pesar de la oportunidad normativa, no se hayan introducido las medidas sustanciales necesarias para fomentar la mediación en España.

En cuanto a su relación, a la vez que total independencia con el arbitraje, igual que cada día son más frecuentes los acuerdos med-arb (mediación-arbitraje: primero mediación y si ésta falla, automáticamente arbitraje) puedan incorporarse los acuerdos arb-med (arbitraje-mediación, para en el caso de que el arbitraje no prospere en lugar de ir a la vía judicial, las partes vayan a mediación).

La mediación es un método especialmente indicado para resolver conflictos cuando exista un especial interés de las partes por tratar de agotar las posibilidades de alcanzar un acuerdo extrajudicial y evitar un posible litigio, como sucede, por ejemplo, cuando las partes desean preservar su relación comercial, a pesar de las discrepancias que hayan podido suscitarse. No obstante, con independencia de las mejoras futuras a las que pueda verse sometido esta Ley de mediación y su desarrollo posterior, el tiempo dirá si la mediación arraiga en nuestro sistema jurídico hasta convertirse en una vía natural a la que acudir en caso de conflicto, como ocurre en otros países de nuestro entorno. Las claves para que la mediación fructifique en España pasarán, necesariamente, por la buena formación de los mediadores y el impulso adecuado por parte de las instituciones y los profesionales del derecho.

En cuanto a las propuestas, en este sentido, se trataría de crear y organizar, mejor que a través de asociaciones e instituciones, en forma de grupos o paneles de mediadores que, por su formación, buen hacer y calidad confieran una mayor confianza a las partes y den a la mediación el impulso y solidez que ésta necesita para constituirse en una verdadera justicia alternativa. Los criterios para la formación de los paneles estarían centrados en la formación y especialidad de los mediadores así como en su estricta adherencia a un código deontológico determinado, para el cual se podría usar como modelo el Código de Conducta Europeo para mediadores. Al inicio, la calidad del Panel se impondría por el cumplimiento de estos requisitos de formación, conocimiento en los

sectores mercantiles o civiles determinados y la adherencia a un Código deontológico preciso para, con el tiempo, adquirir solvencia y buena reputación en cuanto a panel de mediadores a través de su experiencia, coordinación y formación continua.

Otra de las propuestas consistiría en la modificación del art. 394 LEC, para que, aún en el caso que se gane en un proceso judicial si has despreciado ir a mediación, se te imponga la condena en costas como consecuencia del desprecio a la mediación que, como forma alternativa extrajudicial de conflictos, hubiera evitado el coste ocasionado para la justicia pública. En efecto, la mediación requiere, como toda novedad en un país, la creación de una cultura tanto de mediadores, como de voluntad de las partes para confiar en esta figura. De ahí que, una propuesta esencial para difundir realmente la mediación en España entre la sociedad es tratar de incentivarla. La Directiva 2008/52/CE, preveía también la posibilidad para los Estados miembros de introducir incentivos a la mediación. En Italia por ejemplo las partes tienen una deducción de impuesto de hasta 500 euros respecto a lo que se ha abonado de honorarios y gastos para el servicio de mediación si se alcanza un acuerdo y, de hasta 250 euros si no se llegara a un acuerdo²⁶. Tampoco se prevé sanción alguna para la parte que no se presta a acudir a una sesión informativa. Cualquiera de estos aspectos no son mencionados en la nueva regulación española. En este sentido, un verdadero incentivo para la mediación, y al igual que ya se ha hecho en algunos países de nuestro entorno, como es en Reino Unido, hay que ponerlo en relación con las costas del proceso judicial.

Por ello, desde el punto de vista de futuras modificaciones de la norma, sería ideal que se penalizara a aquel que no quiera llegar a acuerdos, a través de repercutirle los costes del proceso judicial, y ello aunque esta parte ganase finalmente, pues el concepto de temeridad y mala fe debería extenderse también a los supuestos en que el pleito surge porque no hay voluntad de arreglo previo. Hoy por hoy, el art. 395 LEC, relativo a la condena en costas en los casos de allanamiento, se ha modificado para incluir que procederá tal condena en los supuestos también en que se hubiera solicitado la mediación, o presentado papeleta de conciliación, pese a lo cual la parte requerida no se ha avenido a cumplir. Este punto es interesante, porque si uno realmente lleva razón y, en vez de demandar, solicita esta mediación para obtener rápidamente una situación que resuelva una controversia, si luego la parte al ser

26. Cf., A. PIERALLI, *loc. cit.*, pág. 2.

demandada se allana, el desprecio a la institución de la mediación implicará que sea condenado en costas.

Ahora bien, ¿qué sucede en los casos en que una parte gana totalmente, o parcialmente, el pleito pero previamente no ha querido mediar para buscar una solución extrajudicial? La legislación no se ha modificado y, en consecuencia, se seguirá aplicando el criterio del vencimiento regulado en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es posible que la institución del mediador permita dejar evidenciada la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, vía a partir de la cual tampoco se impondrán las costas al que pierda, pese a hacerlo. Del mismo modo, si la estimación es parcial, ya el mismo artículo 394 LEC permite que «*si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad*». Pues bien, en nuestra opinión, debería apreciarse temeridad en el comportamiento de quien ha rechazado la mediación, para reclamar más de lo que le corresponde, siempre que también la otra parte se allane parcialmente a aquello que hubiera cedido ya previamente en esa mediación²⁷.

En suma, como señala GONZÁLEZ ESPADAS, si bien la tutela judicial efectiva debe recaer siempre en los Jueces y Tribunales por mandato constitucional, el coste de la Justicia no debería ser soportado por aquellos que abiertamente acuden a sistemas paralelos que permitan encontrar soluciones mediadas, o al menos, habría que tratar de favorecer a los que busquen la mediación porque gracias a ellos, y como recoge la propia Exposición de Motivos de la norma, se conseguirá una reducción de la carga de trabajo de los tribunales, a los que esta misma exposición de motivos, califica «como el último remedio» para lograr la paz jurídica²⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- CLAVERO, J. 2012. La Ley de Mediación ¿Solución o Problema?, diariojurídico.com (14/05/2012).
- EORTIZ. 2010. La mediación en el Siglo XXI. Published on Ediciones Impresas Milenio (<http://impreso.milenio.com>) 07/12/2010.
- GALEOTE, M. P. 2010. Novedades en materia de mediación en asuntos

27. En palabras de GONZÁLEZ ESPADAS, Javier, «Claves de la Ley de Mediación», *loc. cit.*

28. *Id. cit.*

- civiles y mercantiles. Diario La Ley, nº 7456, Sección Tribuna, 29 de julio de 2010, año XXXI.
- GARCÍA VILLALUENGA, L., ROGEL, C. (dirs.) 2012. Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012. Madrid: Editorial Reus.
- GARCÍA VILLALUENGA, L. 2008. La mediación familiar en España. <http://www.ucm.es/centros/cont/descargas/documento12870.pdf>
- GONZÁLEZ ESPADAS, J. 2012. Claves de la Ley de Mediación. Publicadas en la Web de AEADE, sobre la nueva regulación de la mediación en España, <http://www.aeade.org>, 14/03/2012.
- GONZALO QUIROGA, M. (dir.) 2006. Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva multidisciplinar. Madrid: Editorial Dykinson.
- GONZALO QUIROGA, M. 2010. Arbitraje y otros servicios alternativos de solución de conflictos en la CCI. En: COLLANTES GONZÁLEZ, J. L. (dir.) Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales. Pp. 487-528. Lima: Biblioteca de arbitraje del Estudio Jurídico Mario Castillo Freire.
- GONZALO QUIROGA, M., GORJÓN GÓMEZ, F. J. (dirs.) 2012. Métodos alternativos de solución de conflictos. Instrumentos de paz y modernización de la Justicia. Madrid: Dykinson.
- GORJÓN GÓMEZ, F. J., VARGAS VIANCOS, J. E. 2010. Arbitraje y mediación en las Américas. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).
- GORJÓN GÓMEZ, F. J. (ed.) 2009. Mediación y Arbitraje. Leyes comentadas y concordadas del Estado de Nuevo León. México: Editorial Porrúa y Universidad Autónoma de Nuevo León.
- GORJÓN GÓMEZ, F. J., STEELE GARZA, J. G. 2008. Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. México: Oxford University Press.
- HURTADO IGLESIAS, S. 2010. Mediación y arbitraje, medios alternativos para mejorar nuestro sistema de Justicia. Tribuna, OTROSÍ, Publicación del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, número 3, julio 2010, 7-14.
- ORDOÑEZ SOLÍS, D. 2009. La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho español: «fuera de los tribunales también hay justicia», Diario La Ley, nº 7165, Sección Doctrina, 30 abril. 2009, Año XXX, Editorial LA LEY

- Ortiz Pradillo, J. C. 2011. Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil. Análisis doctrinal del Ministerio de Justicia, Boletín del Ministerio de Justicia, año LXV, n° 2135, octubre 2011.
- PIERALLI, A. 2012. La mediación en asuntos civiles y mercantiles: una ocasión perdida. 18 de julio de 2012, <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/civil/la-mediacion-en-asuntos-civiles-y-mercantiles-una-ocasion-perdida>.
- PUNTES, S 2007. La Mediación Comunitaria, ciudadanos, derechos y conflictos. Bogotá: Kimpres Ltda.
- SÁEZ VALCARCEL, R. ORTUÑO MUÑOZ, P. 2007. Alternativas a la judicialización de conflictos: La mediación. Estudios de Derecho Judicial 111-2006. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- SARIEGO, J. L. 2011. El fracaso de la mediación en España (una visión crítica frente al imaginario judicial, político y social sobre la mediación).
http://www.lexfamily.es/img/0_pn1_1315031228.pdf, 2011.

OTROS SITIOS WEB O LINKS DE UTILIDAD

- Sesión informativa de Mediación a través de Internet (on-line), realizado por la Asociación Madrileña de Mediadores, AMM, que de manera desinteresada lo han puesto a disposición de todos los mediadores de España y que por su calidad, concreción y fácil comprensión para las partes o interesados en acudir a mediación, es utilizado hoy por gran parte de los mediadores e Instituciones de Mediación en España. *Vid.*, el video de la Sesión Informativa en <http://youtu.be/3efi-MecQ1fk>²⁹
- Modelo de elevación a escritura pública de acuerdo de mediación: <http://www.notariosyregistradores.com/PERSONAL/NOTARIAS/documentos/2012-modelo-escritura-mediacion.htm>

29. Ejustic soluciones junto con la Asociación Madrileña de Mediadores han lanzado esta primera sesión informativa de mediación a través de Internet. Con ella, se pretende poner a disposición de los profesionales un medio rápido, flexible y gratuito para informar a los usuarios de la mediación acerca de sus características, reduciendo el tiempo necesario para realizar una sesión informativa. Este vídeo será incluido en la Plataforma MEDIARE, que junto a sus sistemas de comunicación segura, permitirá realizar de manera on-line toda la sesión informativa, ahorrando tiempo al mediador y reduciendo el coste del proceso para las partes.

- Webs de las distintas instituciones de mediación

ENLACES DE INTERÉS EN MATERIA DE MEDIACIÓN EN ESPAÑA³⁰

1. C.G.P.J. (Consejo General del Poder Judicial)

- Memoria del Servicio de Mediación Penal de Castilla y León 2010.
- Memoria del servicio de mediación penal en los juzgados de Burgos en 2008.
- Memoria del servicio de mediación penal en los juzgados de Burgos en 2007.
- Bibliografía sobre mediación penal.
- García Villaluenga, L. Mediación civil, mediación intrafamiliar.
- Bibliografía sobre mediación contencioso-administrativa.
- Informe al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- Bibliografía sobre mediación social.
- Justicia restaurativa y mediación penal: análisis de una experiencia.
- Informe de la participación de los tribunales de La Rioja en el proyecto UE, sobre experimentación de la mediación penal junto a tribunales de Francia, Italia y Bulgaria (disponible solo en francés).

2. F.B.E. (Federation Bar European –Federación de Abogados Europeos–)

- Mediación y Abogacía.
- Mediación.
- STAGE 2009 La mediación como nueva fórmula para solucionar los conflictos. El papel de la Abogacía.
- Resolution on mediation adopted by the General Assembly of the FBE the 3rd of october 2009 in Valencia – EN, DE, ESP, IT, FR.
- Resolución sobre la mediación – Valencia, 3 de octubre de 2009.

30. *Vid.*, el Link del Observatorio de la justicia: observatoriojusticia@icam.es

3. Otros

- El Libro Blanco de Mediación en Cataluña.
- Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación.
- Código de Conducta Europeo para mediadores.

Actualidad de la Mediación Familiar en España y México

M^a PAZ GARCÍA-LONGORIA Y SERRANO

Doctora en Psicología por la Universidad de Murcia

Profesora investigadora del Grupo de Investigación Trabajo Social y Servicios Sociales de la Facultad de Trabajo Social de la UMU. Coordinadora del Master Universitario en Mediación y del Doctorado en Intervención Social y Mediación de la UMU. Profesora asociada de los másteres de mediación de las universidades de Lyon2 y Luxemburgo

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LA FORMACIÓN EN MEDIACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA Y MÉXICO. 2. LOS SERVICIOS DE MEDIACIÓN FAMILIAR. 3. LAS PROYECCIONES DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR. 4. LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO/DOMÉSTICA/PAREJA. 5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene como finalidad destacar algunos de los aspectos relacionados con la aplicación de la mediación familiar en España y en México. La perspectiva que se plantea se relaciona con la situación actual de los diversos dispositivos puestos en marcha para la resolución de los conflictos familiares, con especial incidencia en la formación que se imparte, en los servicios disponibles y en propuestas basadas en orientaciones más novedosas tales como la mediación intergeneracional, en situaciones de dependencia o discapacidad, en las nuevas formas familiares o en situaciones de familias que han atravesado episodios de violencia de género.

1. LA FORMACIÓN EN MEDIACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA Y MÉXICO

La formación en Mediación es un elemento clave de su desarrollo.

Cuanto mayor y más profundo sea el conocimiento de los mediadores, mayores beneficios se derivarán hacia las familias y a la convivencia en general. Es por esta razón que la mediación puede ser desarrollada desde distintos niveles¹. Desde el conocimiento más transversal, que pueda ser introducido en programas de sensibilización de las escuelas primaria y secundaria, cursos de capacitación para voluntarios, asociaciones vecinales, policía, personal administrativo de la función pública, cursos de formación de niveles no universitarios hasta la formación más especializada de nivel universitario. Pero la mediación familiar debe, además, construir conocimiento y, por ello, derivar hacia un estatuto científico que articule la formación universitaria (ROMERO, 2011)². Plantea el autor la necesidad de constituir la mediación como una disciplina autónoma. Si bien considera que aún no tiene un corpus teórico desarrollado, hay indicios de que cumple con los requisitos atribuidos a cualquier disciplina: un objeto de estudio propio: el conflicto y su resolución; una metodología acorde con el método científico, con unas fases estructuradas metodológicamente en torno a un proceso definido y con unas habilidades y técnicas aplicadas a lo largo de dicho proceso. Por último requiere del requisito de teorías o paradigmas en los que se asienta. En este caso se incluyen teorías sobre el conflicto, sobre la diversidad o sobre el cambio social. Este conocimiento está basado en la necesidad de adquisición de competencias que permitan un adecuado desempeño profesional, así como el desarrollo de teorías. Coincido con RONDÓN³ y con RONDÓN y ALEMÁN⁴ cuando señalan las competencias profesionales que debe desarrollar un mediador familiar. Las competencias generales incluyen: el manejo de conflictos, las habilidades para las relaciones interpersonales, el trabajo en equipo, el compromiso y la capacidad de análisis. Entre las competencias específicas se señalan: Concebir el conflicto como base para la mediación, discernir la causa del conflicto, reco-

1. GARCÍA-LONGORIA, M. P. 2011. Perspectivas de la Mediación ante los nuevos avances normativos. En RONDÓN, L. y FUNES, E. (coords.), 1er Congreso Internacional de Mediación y Conflictología. Cambios sociales y perspectivas para el siglo XXI. Sevilla: UNIA.
2. ROMERO, F. Hacia el estatuto científico de la mediación. Una propuesta de Áreas temáticas que articulan un proyecto docente de formación universitaria en mediación familiar. En: RONDÓN, L. y FUNES, E. (coords.), 1er Congreso Internacional de Mediación y Conflictología. Cambios sociales y perspectivas para el siglo XXI. Pp. 11-40. Sevilla: UNIA.
3. RONDÓN, L. M. 2010. El trabajo social en el ámbito de la Mediación familiar; La adquisición de competencias para un adecuado abordaje profesional. Rev. Documentos de Trabajo Social 48, 137-157.
4. RONDÓN, L. M. y ALEMÁN, C. 2011. La mediación familiar en la formación del trabajo social. Rev. Portularia 11 (2) 23-32.

nocer las alternativas de solución de conflictos, gestión del proceso comunicativo con construcción de hipótesis de trabajo y participación de los usuarios. Por último se señala la dimensión de habilidades, en el marco de la competencia, relativos a la escucha activa, y la comunicación en general, a la habilidad de evaluar intereses y necesidades, de generación de confianza o de negociar⁵.

En España la formación universitaria en Mediación y resolución de conflictos se concreta en la existencia de un doctorado en la Universidad de Murcia y 8 másteres universitarios validados por la Agencia Estatal de Valoración (ANECA). Los estudios propios de carácter universitario se distribuyen por, prácticamente, todas las universidades españolas. Como señalaba ROMERO (2011)⁶, en todas las Comunidades Autónomas, excepto una, Extremadura, se impartía formación en mediación familiar, al menos en algunas de sus respectivas universidades. En 31 universidades sobre 78, el 39%, se impartía, en ese momento, la formación en mediación familiar según la primera modalidad, la formación en mediación familiar en sentido *explícito*. El 54,08% de las universidades públicas y privadas desarrolla la formación académica a través de los cursos de posgrado titulado Experto/Especialista en mediación; Según el autor, el 19,35% de las universidades realiza la formación a través de la modalidad académica de Máster, el 6,45% lo hace, respectivamente, bajo las modalidades de Máster Oficial y Máster Oficial e Interuniversitario. Respecto a la duración, el 67% imparte la formación a lo largo de un curso y el 32,2% a lo largo de dos cursos. En el caso de México consta la presencia de un primer doctorado en Resolución Alternativa de Conflictos en la Universidad Autónoma de Nuevo León. El resto de la formación se sitúa en el nivel de maestría.

Los estudios de entidades no universitarias se han multiplicado en los últimos 10 años, siendo prácticamente imposible conocer cuántos cursos se han desarrollado a través de organizaciones tales como Colegios Profesionales, Centros de formación privados o centros de formación dependientes de entidades públicas como ayuntamientos.

La formación en mediación debe tener unos contenidos que, con

-
5. Para una mayor profundización en las habilidades y técnicas del proceso de mediación puede consultarse: MOORE, C. 1994. El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos. Buenos Aires: Granica; RONDÓN, L., GARCÍA-LONGORIA, M. P. 2012. Metodología y Habilidades sociales necesarias para la mediación. En: RONDÓN, L. M. (ed.) Bases para la Mediación Familiar. Pp. 215-238. Valencia: Tirant lo Blanch.
 6. ROMERO, F. (*op. cit.*).

carácter de mínimos, ofrezca⁷: Elementos del estudio de la conflictología, tales como su fundamentación epistemológica, el análisis del conflicto, así como los distintos métodos en que se asienta la resolución de conflictos⁸: El movimiento de los MASC y la mediación de forma más específica. Otro segundo bloque de mínimo se centra en el conocimiento del objeto de estudio: La familia y los conflictos familiares, sociología y psicología de la familia, así como de la mediación familiar. Un tercer aspecto que, obligatoriamente, debe contener cualquier formación en mediación, se refiere a los métodos y técnicas aplicados a la resolución de conflictos, basados en las teorías de la comunicación y terapia familiar sistémica o el constructivismo, en las teorías de resolución de conflictos y en la aplicación estructurada del procedimiento de mediación⁹. Por último señalaremos la necesidad de conocer el perfil del rol profesional del mediador así como la realización de prácticas sobre el terreno, que permitan la comprensión de la aplicación teórica.

Este corpus teórico-práctico se está desarrollando, con bastante similitud, en España y en México, constituyendo la base de formación de los mediadores familiares acreditados.

2. LOS SERVICIOS DE MEDIACIÓN FAMILIAR

Los servicios de mediación familiar tienen una caracterización diferente en los dos países. Resumimos a continuación algunas de las categorías de comparación, de elaboración propia.

-
7. Estas afirmaciones se basan en aportaciones de diversos autores como ROMERO (2011), en una pequeña investigación realizada sobre 93 profesionales y profesores de mediación en España y en la propuesta de la asociación de universidades españolas con objeto de fundamentar las peticiones de formación que se han propuesto para el desarrollo de la nueva Ley de Mediación en Asuntos civiles y mercantiles de España.
 8. Para mayor profundidad sobre estos contenidos en conflictología y en los métodos alternos de resolución de conflictos recomendamos los libros de VINYAMATA, E. 2006. *Conflictología*. Barcelona: Ariel; GORJÓN, F. J., STEELE, J. G. (coords.) 2008. *Métodos Alternativos de solución de conflictos*. Mexico: Oxford.
 9. En este sentido recomendamos los libros: MOORE, C. 1994. *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Granica; RONDÓN, L., GARCÍA-LONGORIA, M. P. 2012. *Metodología y Habilidades sociales necesarias para la mediación*. En: RONDÓN, L. M. (ed.) *Bases para la Mediación Familiar*. Pp. 215-238. Valencia: Tirant lo Blanch.

III. ACTUALIDAD DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA Y MÉXICO

Categoría	Descripción	España	México
Normativa	Principales leyes u ordenamientos de Mediación Familiar	Ley Nacional de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. 15 leyes autonómicas de Mediación Familiar	El artículo 17 de la Constitución Mexicana establece el uso de los métodos alternos de solución de controversias. No existe una Ley de carácter federal que regule los MASC Más de 20 estados tienen leyes y reglamentos específicos sobre los MASC
Acceso	Vías por las que los beneficiarios pueden acceder a los servicios de Mediación familiar	Elección de los beneficiarios entre un listado de Mediadores acreditados y registrados	Fundamentalmente: Tránsito judicial a los Centros de Mediación de la jurisdicción
Financiación	Formas en que se satisfacen los costos de los servicios de mediación	Financiados por los beneficiarios Algunos Servicios pertenecen a las administraciones públicas (ayuntamientos etc.) Propuesta de Justicia gratuita	Financiados principalmente por la administración de justicia de los Estados
Dependencia de los servicios	Organismos de los que forman parte	Consejerías de las CCAA Propuesta de centralización en Administración de justicia	Administración de justicia
Entidades de Mediación	Tipo de organizaciones que incluyen mediación	Asociaciones y centros privados. Ayuntamientos/entes públicos	Organismo de Justicia Muy secundariamente centros privados
Implantación social	Nivel en que la población y los poderes públicos integran la mediación	Desconocimiento ostensible tanto de la población general como de la población afectada Escaso apoyo de los poderes públicos Comienza tímidamente la información una introducción vía derivación judicial	Desconocimiento de la población pero apuesta de los poderes públicos vinculados a la justicia Sesión informativa obligatoria previa al proceso.

Tabla. Comparación entre servicios de Mediación Familiar de España y México. Elaboración propia

Como podemos observar en la tabla, existe una normativa de carácter nacional en España, de reciente publicación y que es abordada en otro capítulo de esta misma obra. Sin embargo en México aunque no existe una Ley Federal de mediación, hubo una modificación de la constitución, de 18 de junio de 2008 en su artículo 17 la cual señaló que «*las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias*» (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2011)¹⁰. Sin embargo en ambos países se ha desarrollado la legislación correspondiente en el nivel de Comunidades Autónomas (en España) y de Estados (en Mé-

10. DE VILLA CORTÉS, J. C. 2012. La mediación en Guanajuato. Rev. Acta Universitaria 22 (2), 19-23.

xico). Este nivel de desarrollo normativo permite comprender que existe un gran interés, desde la estructura de poder legislativo, en impulsar, en ambos países, las normas reguladoras en resolución de conflictos y mediación que permitan una aplicación a la resolución de las controversias familiares de la ciudadanía. Sin embargo observamos diferencias en cuanto a las vías de acceso que tiene la población a los servicios de Mediación. En España este acceso ha tenido un carácter eminentemente privado. Los servicios públicos que ofrecen servicios de mediación, con financiación pública, son todavía muy testimoniales. Los jueces no disponían de un protocolo de derivación oficial y los casos remitidos a información para sesión de mediación, formaban parte de su propia voluntad. El acceso a la mediación quedaba, por tanto, en el ámbito de lo privado. Con la nueva Ley de Mediación, mencionada más arriba, parece que esta situación va a cambiar en alguna manera, toda vez que la Administración de Justicia va a incluir la posibilidad de informar a la población sobre la suspensión del proceso judicial y la oferta de una sesión informativa, así como un registro público de mediadores en donde las personas interesadas podrán elegir el mediador que desean que intervenga en su controversia. Esta categoría se encuentra mejor recogida en el sistema judicial mexicano. Los centros de mediación están, en su mayoría, vinculados a la Administración de Justicia del Estado y, en asuntos familiares, se deriva una sesión informativa sobre mediación. Los mediadores forman parte, del sistema judicial. Se trata de un sistema perfectamente integrado. Por otra parte en España observamos que la población tiene un gran desconocimiento de la existencia y de la aplicación de la mediación. En una aproximación realizada por mí¹¹ encontramos que el 54% tenía un absoluto desconocimiento de estos servicios. Pero también ocurría si cerrábamos el campo y consultábamos a personas que se habían divorciado (64%) o incluso profesionales de la abogacía o de la intervención social (95%). Hoy en día aunque se ha avanzado en este conocimiento, se constata todavía un acceso muy restrictivo de las personas a la mediación en España. En un estudio realizado por VILLALUENGA y BOLAÑOS (2007)¹² sobre la situación de la mediación familiar en España. Los servicios eran, fundamentalmente, privados y el acceso se producía a iniciativa de las partes 68% o deriva-

11. GARCÍA-LONGORIA, M. P., CONESA, B. 2000. El Trabajo Social y la Mediación: Estudio exploratorio sobre el nivel de conocimiento de la comunidad. VII Congreso Estatal de Trabajo Social. Santiago de Compostela.
12. VILLALUENGA, L., BOLAÑOS, I. 2007. Situación de la mediación familiar en España. Detección de necesidades. Desafíos pendientes. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

dos por la red de servicios sociales (18%). La derivación por gabinetes jurídicos constituía escasamente el 3% de los casos.

En el caso de México nos encontramos con una situación algo diferente. Señalan GORJÓN y BADI (2008)¹³, referido al área metropolitana de Monterrey, que en 2002 el nivel de conocimiento de los MASC era solo del 8%. Cinco años después, señalan los autores, el grado de conocimiento de la población aumentó a un 29%. Los servicios de mediación ofrecidos en México obtienen una tasa muy prominente. Pondremos algunos ejemplos. En el Estado de Guanajuato¹⁴ se inician en torno a 6.000 o 7.000 casos de mediación cada año. De ellos casi la mitad son de naturaleza mercantil y en torno al 12% en materia familiar. De los casos tratados el 77% finalizaron con acuerdos. En el Distrito Federal¹⁵ el Centro Estatal de Resolución Alterna de Conflictos abrió 2.390 expedientes en materia familiar. Se efectuaron 2.385 sesiones de pre-mediación, se concluyeron 686 mediaciones y se formalizaron 643 convenios/acuerdos.

3. LAS PROYECCIONES DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Como señala ROMERO (2002)¹⁶ lo peculiar del conflicto familiar es que se genera en un ámbito privado, ajeno a las miradas externas, en donde se experimenta la necesidad de afrontar la resolución de conflictos dentro de una cultura de ganador/perdedor brindada por el sistema judicial que produce un enfrentamiento prolongado entre sus miembros. Esta perspectiva propone una amplia posibilidad de conflictos cotidianos que pueden ser tratados en mediación. Tradicionalmente los servicios encaminados a conseguir una separación o divorcio de manera pacífica, pero también otros ámbitos que van surgiendo con el desarrollo de la complejidad social.

Uno de los ámbitos en que se puede estar extendiendo la mediación familiar es en el de los conflictos en empresas familiares. La empresa

13. GORJÓN, F. J., BADI, M. H. 2008. Mediación y arbitraje, factores de internalización del sistema judicial. Mexico DF: Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM.

14. DE VILLA CORTÉS, J. C., *op. cit.*, p. 20.

15. IV Informe de labores 2008-2011. Magistrado Edgar Elías Azar. Tribunal Superior de Justicia México DF (2012).

16. Fermín ROMERO, especialista en Mediación Familiar durante muchas décadas en Las Palmas de Gran Canaria, tiene un extenso repertorio de aportaciones de investigación en el campo de la Mediación, el Conflicto y la construcción de los saberes en el ámbito de la mediación. Señalamos, por ejemplo, el texto recogido en la Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración n° 40 (2002), pp. 31-54.

familiar tiene connotaciones distintas que otro tipo de empresas. Como bien han indicado de FEDERICO FERNÁNDEZ Y VILLANUEVA (2004)¹⁷ las relaciones de los miembros de la empresa familiar se entremezclan con motivaciones, sentimientos, antecedentes de historias interpersonales que pueden generar un impacto en la empresa, cuando, en realidad, forman parte de relaciones familiares en conflicto. Como indica KREMER¹⁸ mientras en lo familiar predomina lo emocional y afectivo, la resistencia al cambio y la aceptación de sus miembros de forma incondicional, en su vertiente empresarial predomina la racionalidad, la eficiencia, la apertura al cambio y la aceptación de los miembros por lo que hacen. Son conceptos que tienen caracterizaciones diferentes y que deben conjugarse para el funcionamiento de la empresa familiar.

Otro de los espacios planteados en los últimos años se refiere a la atención de personas con discapacidad en la familia. Como indica MUNUERA (2011)¹⁹, nos referimos a la persona que pierde su autonomía física para realizar las actividades tanto de la vida diaria como de su cuidado personal. La dependencia engloba dos aspectos. En el primer aspecto, se enmarcan las personas con discapacidades varias (como intelectual, física, sensorial, y psiquiátrica) así como edades muy diversas y no sólo las personas ancianas dependientes. El segundo aspecto incluye elementos clínicos, farmacológicos, sociales, económicos y políticos. La Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del derecho privado de la Comunidad de Cataluña publicada en BOE núm. 198 del 17 de agosto de 2009 considera la utilización de la mediación en torno a las familias afectadas por los *procesos de discapacidad psíquica o de enfermedades degenerativas* que limitan la capacidad de obrar. Estos aspectos se desarrollan en su artículo 2. apartado 1, señalando los conflictos sobre el cuidado de las personas mayores o dependientes con las que haya una relación de parentesco: Los conflictos surgidos en las relaciones convivenciales de ayuda mutua; Los aspectos convivenciales en los acogimientos de personas mayores, y también en los conflictos para la elección de tutores, el establecimiento del régimen de visitas a las personas

-
17. Cfr. FEDERICO FERNÁNDEZ, G-M. Villanueva, N. 2003. La mediación en la empresa familiar. Gestionando los conflictos constructivamente. En: VINYAMATA, E. (coord.) Guerra y paz en el trabajo: conflictos y conflictología en las organizaciones. Pp. 131-156. Valencia: Tirant lo Blanch.
18. KREMER, H. M. Empresa Familiar y Mediación. La Trama. <http://www.revistalatrama.com.ar/contenidos/laslecturas.php>.
19. MUNUERA, P. 2011. Mediación familiar: Salud y dependencia. En: RONDÓN, L. y FUNES, E. (coords.), 1er Congreso Internacional de Mediación y Conflictología. Cambios sociales y perspectivas para el siglo XXI. Pp. 95-112. Sevilla: UNIA.

incapacitadas y las cuestiones económicas derivadas del ejercicio de la tutela o de la guarda de hecho.

La mediación en situaciones de dependencia pueden referirse a conflictos a la necesidad de que la familia tenga que decidir sobre el tratamiento a seguir por uno de sus miembros (paciente terminal, testamento vital, donación de órganos, consentimiento informado, situaciones críticas, decisiones genéticas, clonaciones...), o bien a las decisiones sobre hospitalización o atención en el domicilio, y las circunstancias de los mismos (adaptación del domicilio, asistencia especializada domiciliaria, n.º de visitas, etc.). Igualmente se refiere la autora a los conflictos entre la familia de la persona enferma o discapacitada y el personal sanitario/médico.

Otro de los retos a los que se enfrenta actualmente la mediación familiar se centra en la existencia de una tipología diferente de la familia. La introducción de nuevas formas de familia exige un nuevo tratamiento o recomposición de los mediadores familiares. Como indica MATA²⁰, al modelo tradicional de familia, se han añadido las familias monoparentales, reconstituidas, familias problemáticas o con miembros discapacitados, interculturales e interreligiosas, adoptivas o las uniones de hecho. Otro de las nuevas formas de familia hace referencia a las familias multiculturales con diversidad de formas de comportamiento. Las sociedades cada vez más en este mundo globalizado se están componiendo de familias procedentes de espacios culturales diversos (PÉREZ, M. J., 2005)²¹ A esta lista conviene también añadir las nuevas familias formadas por gays y lesbianas²². De la misma forma se ha reducido el núcleo familiar lo que constituye una modificación de los patrones de relación dentro de la familia, de los cuidados, de la ausencia de apoyos biunívocos abuelos-hijos-nietos. Por otra parte el incremento de la esperanza de vida en nuestra sociedad produce una situación de atención a los mayores. Son cada vez más las familias que optan por ingresar a la persona mayor en una residencia de mayores. Esta situación puede

20. MATA DE ANTONIO, J. M. 2004. Mediación familiar ante las formas familiares atípicas. *Rev. Acciones e Investigaciones Sociales* 19, 85-126.

21. PÉREZ CRESPO, M. J. 2005. Trabajo con familias de inmigrantes. De la mediación social a la mediación familiar en espacio comunitario. En: ROMERO NAVARRO, F. (coord.) *La mediación, una visión plural: diversos campos de aplicación*. Pp. 251-257. Gobierno de Canarias: Consejería de Presidencia y Justicia.

22. En muchos países del área occidental se han introducido los matrimonios de gays y lesbianas, así como la posibilidad de adopción de estas parejas. Esta situación comporta cambios y adaptaciones en los enfoques del proceso de la mediación familiar.

percibirse como conflictiva. Como señalábamos CARBONELL y GARCÍA-LONGORIA (2012)²³ uno de los conflictos más destacados en el ámbito residencial es el interpersonal. Resulta de gran dificultad que las personas mayores establezcan, en el ámbito residencial, vínculos estables de amistad. Según los resultados obtenidos en la investigación, los profesionales estiman que la causa es la falta de interés en la vida cotidiana de la residencia, es decir, las personas mayores no asumen su situación y la rechazan. La falta de motivación y de interés por la vida en común, manifiesta un rechazo de la situación que podría ser atribuido a su sensación de abandono o desinterés de su grupo familiar. Recogemos los tipos de conflictos en las nuevas formas familiares aportados por RONDÓN (2011)²⁴. Los tipos de conflictos se sintetizan en 5 categorías. La primera se refiere a los conflictos multiculturales en donde se incluyen los diversos modelos educativos y culturales, la diversidad en los intereses de familia nuclear y extensa, los problemas de construcción de la identidad o la búsqueda del origen cultural. El segundo tipo se refiere a los conflictos procedentes de la segunda unión. En este apartado los mediadores podemos afrontar conflictos relativos a la necesidad de redefinir las nuevas figuras familiares, conflictos de lealtades entre los hijos y la anterior pareja, por ejemplo. Una tercera categoría hace referencia a los conflictos intergeneracionales. En este caso incluye el autor el impacto en la familia de los nuevos modelos y normas de educación, distintas percepciones de roles y valores familiares o la atención a mayores dependientes. Los conflictos derivados de familias monoparentales se presentan en cuarto lugar. Se incluye la dificultad de desempeño de ambos roles, de la conciliación de la vida familiar, laboral y personal y el problema de autoridad ante criterios educativos diferentes entre los progenitores. Por último se menciona los conflictos en uniones del mismo sexo. Este tipo de conflictos se centran en la dificultad con la sociedad dominante, en la negociación de la parentalidad y la adopción o bien en la ausencia de modelos educativos y agentes socializadores.

Destacamos a continuación otro tipo de servicios, los puntos de encuentro familiar, como una transición hacia la mediación familiar (DEL

23. CARBONELL, C., GARCÍA-LONGORIA, M. P. 2012. Análisis de las relaciones interpersonales y los conflictos en los Centros Residenciales para mayores. *Rev. Portularia* 12 (1), 17-27.

24. RONDÓN, L. M. Nuevas formas de familia y perspectivas para la mediación: el tránsito de la familia modelo a distintos modelos familiares. En RONDÓN, L. y FUNES, E. (coords.), *1er Congreso Internacional de Mediación y Conflictología*. Pp. 88. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía.

REY, 2012)²⁵. El punto de encuentro familiar (PEF) es un espacio neutral en el que intervienen profesionales especializados para posibilitar la relación entre los padres y los menores cuando no es posible la utilización de otra fórmula. Surgen como respuesta a la necesidad de fomentar las visitas de los progenitores, no custodios, en casos de separación o divorcio de la pareja. Los supuestos sobre los que se fundamentan son: la alta conflictividad en la pareja, la existencia de violencia entre ambos, o con el menor así como por las características personales de alguno de los miembros tales como el alcoholismo, drogadicción, psicopatías etc. La intervención de este dispositivo favorece los intercambios, es decir la entrega y recogida de los menores, sin que los padres tengan ningún tipo de contacto. También se incluyen visitas tuteladas en donde el menor y el padre no custodio es acompañado, o no, en función de la necesidad de control, durante toda la duración de la visita del menor. (BLANCO, 2008)²⁶. Destaca la autora mencionada la función preventiva y rehabilitadora que realizan los PEF como potenciadores de la comunicación y la normalización relativa de las funciones parentales relativas a la custodia y régimen de visitas a partir del cumplimiento interiorizado de los acuerdos emanados de la resolución judicial, así como el aporte a la desescalada del conflicto por una intervención temprana. Los PEF introducen la mediación cuando los sujetos desean negociar cuestiones relativas a las visitas o bien cuando se ha alcanzado un nivel suficiente de comunicación entre los padres.

Otra de las incorporaciones a la mediación familiar es la perspectiva internacional. Como señala YBARRA (1011)²⁷ aumentan los casos en que la ruptura de pareja se produce entre matrimonios o parejas de distinta nacionalidad, por lo que el mecanismo adecuado de gestión es la mediación internacional. Como indica el autor, la Unión Europea ha promovido desde hace más de 15 años este tipo de mediación que quedó plasmado en el Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. Estas aportaciones están recogidas en la Directiva de Mediación en Asuntos Transfronterizos que es tratada con amplitud en otro de los capítulos de esta obra. Afecta, de forma directa, a las controversias en materia de custodia,

25. DEL REY, M. 2012. El punto de encuentro familiar, una transición hacia la mediación intrajudicial. *Revista de mediación* 9, 33-38.

26. BLANCO CARRASCO, M. 2008. Los puntos de encuentro familiar y los derechos de los menores. *Cuadernos de Trabajo Social* 21, 27-42.

27. YBARRA, A. Mediación familiar internacional, la directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español. www.reei.org.

visitas y régimen alimenticio cuando, al menos, una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro de cualquiera de las otras partes. El efecto para los mediadores es muy claro: es preciso tener una formación especializada en los procedimientos normativos de ambos países, conocimientos de idiomas, de la diversidad cultural, de las distintas formas de matrimonio o uniones de pareja, por ejemplo.

Otro de los servicios que se están desarrollando se refiere a la Mediación intergeneracional. Como señalan NEBREDÁ y SANTA MARÍA²⁸ la adolescencia es una etapa en donde se producen incidentes dentro y fuera del entorno familiar que pueden desembocar en dificultades en la comunicación, percepción de desacuerdos, de falta de atención a las necesidades psicosociales de los jóvenes, a la impotencia de los padres para manejar las situaciones, falta de orientación y posibilidad de producir grandes escaladas en los conflictos que pueden incluir, incluso, agresiones por ambas partes. Uno de los tipos de mediación intergeneracional se produce en relación a las personas mayores que comparten el hogar familiar. Siguiendo a BARRERA y otros (2007)²⁹ la casa es el espacio en el que se da una mayor interacción entre los sujetos, y además donde las relaciones también son más intensas y personales, y por tanto donde más puede surgir el conflicto, muy por encima de otros contextos en los que podamos encontrar a los mayores. En circunstancias de normalidad pueden existir muchas diferencias de intereses, de valores e, incluso, del uso del poder, asociados a esta forma de relación padres mayores-hijos, como la intromisión en las decisiones de la vida cotidiana, el rechazo del cónyuge/pareja que no está directamente vinculado como hijo, la falta de espacio físico para la atención de todos los miembros de la familia, la visión diferente respecto a la crianza de los nietos, son algunos de los focos de tensión que deben abordarse para no producir una escalada en el conflicto que degenera en situaciones de rechazo, exclusión o maltrato psíquico o físico. La situación se vuelve más conflictiva cuando la persona mayor entra en algún tipo de dependencia. Los conflictos se generan, entonces entre el cuidador principal y el propio padre, entre los miembros de la familia que no conviven y el cuidador principal. Uno de los casos que ha sido señalado, por la profundidad de los

28. Ver NEBREDÁ, S, SANTA MARÍA, E. 2003. Tomando contacto con la mediación familiar en Andalucía y su demostrada utilidad en conflictos intergeneracionales. Documentos de Trabajo Social: Revista de Trabajo Social y Acción Social 30, 49-74.

29. BARRERA, E., MALAGÓN, J. L. y SARASOLA, J. L. 2007. Mediación intergeneracional con personas mayores. Rev Portularia vol. VII (1-2), 75-83.

conflictos que se manifiestan es la atención a mayores con enfermedad de Alzheimer³⁰. La toma de decisiones, los problemas antiguos entre los hermanos, los gastos de atención de la persona mayor, la distribución de las cargas que conlleva el cuidado de la persona mayor.

Para finalizar haremos mención a algunos de los servicios de mediación de reciente incorporación pero que pueden ser de mucha utilidad para la ciudadanía. Me refiero a la mediación en el ámbito de las herencias³¹ y sucesiones y la mediación en el campo de los desahucios. Son dos ámbitos de la mediación que no están estrictamente en la mediación familiar pero sus contenidos impactan directamente en la familia. En el primer caso porque las disputas que se originan con motivo de herencias suele tener lugar entre los hermanos al fallecer los progenitores. Es cierto que también se dan problemas con el reparto de herencia entre otros actores, pero las discrepancias son aún más ostensibles entre los miembros de la familia nuclear.

En el segundo caso las dificultades para el pago de la hipoteca por adquisición de la vivienda, puede generar graves problemas para el grupo familiar. En este caso la controversia que se suscita es entre la entidad financiera prestataria y la familia. Existen servicios de mediación en México que han iniciado programas para tratar de reducir el impacto de la situación y conseguir que la familia continúe teniendo un hogar y la entidad financiera tenga perspectivas de recuperar el dinero prestado³².

4. LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO/DOMÉSTICA/PAREJA

Diversos autores coinciden en el vacío legal que enfrenta la dimensión de género en el ámbito de la mediación³³. A pesar del desarrollo

30. Para mayor profundización en el tema de los conflictos fraternales ante la enfermedad de Alzheimer de los progenitores que conviven puede consultarse la tesis doctoral de RABIA HAMIDI que bajo mi dirección, presentada en la Universidad de Murcia, disponible en www.um.es/publicaciones.

31. Aunque no existe mucha bibliografía al respecto puede consultarse RUIZ-GIMÉNEZ AGUILAR, A. 2008. Revista de Ciencias y Orientación Familiar 36, 41-52.

32. Los servicios de Mediación de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México, dirigidos por el doctor D. José STEELE, están logrando avances muy significativos en este programa.

33. En este sentido puede consultarse el trabajo realizado por Elvira GRACIA MATAS titulado «La perspectiva de género en la mediación familiar», presentado en el XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, Sevilla, 2004 y publicado en Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI.

de la mediación familiar como espacio de tolerancia y de equidad son escasas las referencias a la perspectiva de género como elementos de la estructura de poder y de discriminación dentro de la familia, con los estereotipos culturales de asignación de roles y los cambios producidos en los últimos tiempos.

La Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género en, España, la define como aquella que es manifestación de la discriminación, de la desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, y que se ejerce sobre ellas por quienes sean o hayan sido sus cónyuges o quienes sean o hayan estado ligados a ellas por relaciones de afectividad aun sin convivencia.

Aunque existe diversidad legislativa en la materia en atención a los Estados que componen la Federación Mexicana, vamos a detenernos las dos que considero más importantes por su vinculación con el tema que nos ocupa:

En primer lugar la Ley de Justicia alternativa de resolución de conflictos del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal de 8 de enero 2008, señala, en su artículo 5. «En materia familiar, las controversias que deriven de las relaciones entre las personas que se encuentren unidas en matrimonio, concubinato, sociedad de convivencia o, aun cuando no se encuentren en dichos supuestos, tengan hijos en común; entre personas unidas por algún lazo de parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil; así como los que surjan de esas relaciones con terceros».

En segundo lugar citaremos la Ley General de Acceso de las mujeres a una vida libre de violencia. 2007. Entiende esta ley en su artículo 5-IV que la violencia contra las mujeres es cualquier acción u omisión, basada en su género, que les cause daño o sufrimiento tanto en el ámbito privado como en el público. Y en el 5-IX se refiere a la perspectiva de género señalando que se trata de una visión científica, analítica y política sobre las mujeres y los hombres. Se propone eliminar las causas de opresión de género como la desigualdad, la injusticia, la jerarquización de las personas, basadas en el género. Promueve la igualdad entre los géneros a través de la equidad, el adelanto, el bienestar de las mujeres, contribuye a construir una sociedad en donde las mujeres y los hombres tengan el mismo valor, la igualdad de derechos y oportunidades para acceder a los recursos económicos y a la representación política y social en los ámbitos de la toma de decisiones.

Como vemos las leyes de protección sobre la violencia de género

coinciden, en ambos países, en proveer de un amplio abanico de posibilidades desde la educación, los recursos sociales de apoyo, de carácter policial, entre otros. También coinciden en su rechazo a la posibilidad de mediación. Consideran inviables procedimientos que perpetúen la relación de sometimiento entre el agresor y la víctima. Pero los legisladores no aportan, en ninguno de los casos citados, ninguna evidencia que fundamente tal decisión.

En ambos países, sin embargo, hay voces que se alzan en contra de esta prohibición. En un encuentro entre diputados y miembros de la Administración de Justicia celebrado en OAXACA (2009)³⁴, la fiscal especial para Atender Delitos contra la Mujer, Iliana Hernández, hizo varias observaciones y manifestó que de suprimirse la conciliación se estaría cerrando una puerta importante para los procedimientos de denuncias, sobre todo cuando ya la víctima solicita el divorcio, pues recalcó que por lo regular durante la mediación se arreglan temas como la pensión alimenticia y la custodia de los hijos, entre otros. Finalmente, el director del Centro de Mediación del TSJE, Mailo Gómez Aguilar, así como las mediadoras María Eugenia Alavés Morales y Yadira Saavedra López, comentaron varios casos que ha atendido sobre violencia familiar y con base en ello dijeron que la mediación es un método útil para la víctima siempre y cuando se haga con el consentimiento de las partes y con base en medios que no lastimen o vulneren la condición de la víctima.

En España la Magistrada María Sinahuja, juez decana de Barcelona³⁵ señala que son dos, fundamentalmente, los modelos o enfoques que se plantean al abordar las respuestas legislativas a las diferentes violencias que se manifiestan en este momento de cambio en los modelos sociales. El primero parte de la culpabilización del varón como ser violento y la victimización de la mujer. La forma de intervención se basa en la separación de los miembros de la familia, en especial de los hijos. El otro modelo cuestiona los roles convivenciales e impulsa el dialogo, la custodia compartida y los puntos de encuentro para favorecer conductas proactivas que sirvan para estimular la relación con los hijos.

Por su parte ESQUINAS (2008)³⁶ califica de inquietante las reacciones del feminismo institucional, que se opone frontalmente a la mediación

34. Consultado en <http://ciudadania-express.com/2009/01/20/inicia-congreso-analisis-de-la-ley-sobre-violencia-de-genero/>.

35. Conferencia impartida en El Escorial, España, 2006.

36. ESQUINAS, P. 2008. Mediación entre víctima y agresor en violencia de género. Valencia: Tirant lo Blanch.

en los casos de violencia de género. Pese a la prohibición establecida en la Ley Integral, identifica la autora, como posibles ventajas de la mediación para la víctima, la posibilidad de que ésta se exprese libremente, como sujeto libre y capaz para gestionar su relación, adquiriendo una credibilidad frente a terceras personas.

Escuchar el relato de la víctima en el lenguaje en que el agresor y aquélla están acostumbrados a interactuar, impide que el maltratador pueda argüir que no entiende o que es ajeno a todo lo que se está diciendo, pudiendo generar una dinámica emocional en la que vea a la víctima como un individuo y no como una prolongación de sí mismo, como primer paso para la responsabilización por el daño causado. Además permite analizar el conflicto subyacente al mismo, mientras que éste es extraño al proceso judicial penal.

Pese a ello, la reprivatización del delito de violencia de género y la naturaleza psicológica de la mujer, tendente a ceder en los conflictos, parecen ser algunos de los inconvenientes detectados en la aplicación de la mediación. Como cautelas que se deben tener en cuenta para implantar la mediación en los supuestos de violencia de género se encuentran: equilibrar la posición de la mujer en relación con su *ex* pareja, intentando aprovechar sus recursos sociales y psicológicos para que ésta se dé cuenta de sus intereses y aprenda a defenderlos; y la voluntariedad en la participación en los procesos restaurativos, que deben producirse cuando la víctima no tema al agresor. La autora recomienda entrevistarse primero con la víctima, establecer un asesoramiento psicológico para comprobar si las partes son conscientes de sus intereses, configurar un equipo de mediación mixto y tener especial cuidado con la selección de las personas que pueden participar en el proceso restaurativo: los hombres deben reconocer, en cierta medida, su participación en los hechos y las víctimas deben tener una cierta capacidad para defender sus intereses.

No obstante la prohibición señalada, existen experiencias en España de aplicación de la mediación en estos supuestos. El Servicio de Mediación Penal del Gobierno Vasco³⁷ señala que el art. 83 del Código penal español, tras la reforma introducida por la Ley Integral de medidas contra la violencia de género, prevé que, en todo caso, si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará

37. Memoria del Servicio de Mediación Penal Vasco. 2007-2008. Departamento de justicia, empleo y seguridad social. Viceconsejería de Justicia. Dirección de Ejecución Penal.

la suspensión al cumplimiento de obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª del artículo 83³⁸. La regla 5ª se refiere a la obligación de realizar programas formativos, laborales, ocupaciones, educativos, etc. Si los Juzgados y Fiscalías lo estimasen oportuno, la realización de la mediación o la actividad reparadora que se acordase entre las partes podrían ser suficientes para entender cumplido este precepto. Sería aconsejable que la obligación de someterse a un tratamiento formase parte de los compromisos adquiridos en la mediación. En su caso, para el seguimiento de dicho tratamiento se remitiría el caso al Servicio de Asistencia a la Reinserción (SAER).

Otra experiencia piloto surge a partir de la necesidad de dar una respuesta judicial orientada a buscar un «suplemento» en las situaciones familiares que llegaban al juzgado de Violencia de Género de Barcelona³⁹. Se trataba de situaciones donde, continuar con la vía judicial, supondría dar un tratamiento «rompedor del sistema familiar», principalmente, cuando hay hijos comunes. Archivar el procedimiento sin dar una vía de gestión del conflicto que les llevó a los juzgados, y que, en muchas ocasiones, supone que las personas (parejas, padres e hijas...) retornen de inmediato a la convivencia con la predicción de que habrá más discusiones, con posibles nuevas denuncias y sobre todo que la relación se deteriore más y se cronifique.

La falta de información a la familia, a las denunciadas sobre el proceso penal, así como el vacío y desconocimiento de otras formas alternativas de gestión y solución de los conflictos familiares como es la mediación, hace a que el servicio de mediación familiar judicial, se sitúe como un recurso útil, «que reajusta el tratamiento» de los conflictos familiares que llegan a los Juzgados de violencia de género. Con el archivo de estos procesos se devuelve el conflicto a un ámbito privado, se les deriva a mediación para que traten con la gestión experta del mediador sobre sus dificultades relacionales y de convivencia, sobre la situación que hizo que llegaran al juzgado, sobre sí y como quieren establecer un presente y futuro inmediato de su relación más positivo. En ocasiones la mediación es el preámbulo al inicio de un procedimiento de separación o divorcio y tiene un efecto contenedor-pacificador hasta que no se formaliza judicialmente la nueva situación relacional-familiar.

Se plantea, pues, la posibilidad e incluir la mediación en violencia

38. Véase también el párrafo tercero del apartado 1 del artículo 88.

39. Experiencia llevada a cabo por el servicio de mediación de los Juzgados de Hospitalet-Barcelona bajo la dirección de la mediadora Ana Valls.

de género, ya que puede ser un aporte para la vida futura de la familia y porque se considera que, aceptando los conceptos de violencia como física, psicológica, verbal, económica, vamos a encontrarnos que la mayor parte de las familias han pasado por estos episodios de violencia cuando acuden a los servicios de mediación. Un estudio interesante en este sentido es el realizado por SALAZAR y BINET (2011)⁴⁰. En el texto se destaca la afirmación de CÁRDENAS, que indica que la mayoría de las familias que llegan a mediación han pasado por episodios violentos en los períodos inmediatamente anterior y posterior a la separación. Si ésta ha cesado, la situación es perfectamente mediable. Si no el mediador debe exigir que cese la violencia antes de empezar o proseguir con la mediación, y puede aconsejar o acompañar a los familiares para que la situación de no violencia se produzca. Partiendo de este hecho los autores realizaron una investigación para identificar el número de parejas que asistían a mediación familiar y presentaban indicadores de violencia de pareja y qué tipo de violencia. Utilizaron alguno de los ítems de la Spouse Assault Risk Assessment (SARA) sobre 50 parejas participantes en mediación. Los resultados indicaron que un 34% de las mujeres y un 24% de los hombres puntuaron alto en el ítem relativo a problemas de violencia física. La conclusión del estudio reflejó que la mayoría de las parejas evaluadas informaron de haber experimentado violencia recíproca, en donde ambos miembros se atacaban mutuamente, aunque utilizaran distintas formas de violencia.

En todo caso el proceso de mediación, en este ámbito, debe tomar en consideración ciertos condicionantes tales como la valoración de la finalización de la violencia, la capacidad de la mujer para afrontar la situación, el control del equilibrio del poder. Es un debate abierto en España y México pero que debe encontrar puntos de inflexión para ayudar a las personas que se separan a resolver los problemas, con vistas al futuro de la mejor manera posible. Y en este camino todos los intentos deben contar con un espacio y una reflexión sobre los aportes que puede realizar la mediación, con fórmulas adaptadas a las circunstancias de cada caso y con un estudio contrastado de las posibilidades y limitaciones de este sistema. De esta forma estaremos en disposición de conocer si verdaderamente se protege a la víctima, cuando se limita su acceso a la mediación, o si, por el contrario, se produce una mayor victimización y dificultad en su desenvolvimiento posterior.

40. SALAZAR, D., VINET, E. 2011. Mediación familiar y violencia de pareja. Revista de derecho, Vol. XXIV, nº 1.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Hemos revisado algunos aspectos ligados a la mediación familiar en España y México. Son todavía escasas las investigaciones que reflejen la realidad de aplicación en ambos países. La mediación parece estar consolidándose, a nivel formativo, en espacios universitarios, en la experiencia profesional así como en los niveles superiores de doctorado. Los cursos de todos los niveles y afiliación han surgido en la última década con mucha fuerza, dando, en mi opinión, un importante impulso a la mediación. El desarrollo de las normativas a uno y otro lado del Atlántico parecen estar impulsando, igualmente, la cultura de la mediación en la sociedad. Es cierto que todavía estamos muy lejos de que las familias consideren la posibilidad de ser ayudados a resolver sus conflictos a través de la mediación. Ciertamente la dinámica de pensamiento de la sociedad se ha orientado, hasta hace muy poco, por la vía de la confrontación, la venganza o la competición. Acudir a los juzgados para dirimir disputas ha sido, hasta fechas muy recientes, la única vía que los miembros de la familia encontraban para tratar de solucionarlas. En México la vía de mediación en asuntos tales como la separación y divorcio se encuentra bastante implantada, a través de los centros de mediación pertenecientes a la administración de justicia. En España la nueva normativa sobre asuntos civiles y mercantiles puede tener efectos en la implantación de la vía de la mediación a partir de la derivación que pueden realizar los juzgados. Los retos actuales de la mediación familiar se centran en afrontar los diversos conflictos familiares susceptibles de la intervención de un tercero neutral. Algunos de estos nuevos servicios de mediación familiar ya han comenzado tímidamente su desarrollo, como los dedicados a las relaciones verticales: abuelos-padres-hijos, o a la atención de personas dependientes y discapacitadas en la familia, o los problemas derivados de nuevas formas familiares como las familias reconstituidas, monoparentales o formados por cabezas de familia del mismo sexo. Desde otra perspectiva, la inclusión de conflictos en empresas familiares, otorgan una dimensión mixta para el abordaje de la problemática específica, como organización empresarial, por un lado y como miembros de un grupo familiar por otro. Por último la mediación en familias que han atravesado episodios de violencia de género (doméstica o de pareja) debe considerarse como alternativa, introduciendo todas las precauciones y adaptaciones precisas en el proceso: incluyendo una prevaloración sobre la finalización de la violencia y sobre la capacidad de ambas partes para entrar en el procedimiento, procurando sesiones individuales, potenciando servicios externos de apoyo, tales como

psicológicos o de rehabilitación, permitiendo la presencia de terceros acompañantes, etc. En este sentido hemos destacado aportaciones que indican que la mayoría de las familias usuarias de los servicios de mediación, han pasado por episodios de violencia de pareja. Hemos destacado también la necesidad de apoyo de miembros de la justicia para encontrar otras formas alternativas al castigo, como es el caso de la mediación, que pueda favorecer a ambos así como a los hijos en su caso. Considerar la imposibilidad por un desequilibrio inicial de poder, entre ambos miembros de la pareja, no parece una razón suficiente, toda vez que la mediación contempla la posibilidad de reequilibrio con técnicas apropiadas antes y durante el proceso. La investigación en este campo es un reto apasionante para identificar las posibilidades y perfiles de estas aplicaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRERA, E. MALAGÓN, J. L. y SARASOLA, J. L. 2007. Mediación intergeneracional con personas mayores. *Portularia* 7 (1-2), 75-83.
- BLANCO CARRASCO, M. 2008. Los puntos de encuentro familiar y los derechos de los menores. *Cuadernos de Trabajo Social* 21, 27-42.
- CARBONELL, C. y GARCÍA-LONGORIA, M. P. 2012. Análisis de las relaciones interpersonales y los conflictos en los Centros Residenciales para mayores. *Portularia* 12 (1), 17-27.
- DE VILLA CORTÉS, J. C. 2012. La mediación en Guanajuato. *Rev. Acta Universitaria* 22 (2), 19-23.
- DEL REY, M. 2012. El punto de encuentro familiar, una transición hacia la mediación intrajudicial. *Revista de mediación* 9, 33-38.
- Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social 2009. Memoria del Servicio de Mediación Penal Vasco 2007-2008. Vitoria: Viceconsejería de Justicia. Dirección de Ejecución Penal.
- ESQUINAS, P. 2008. Mediación entre víctima y agresor en violencia de género. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FEDERICO FERNÁNDEZ, G.-M. VILLANUEVA, N. 2003. La mediación en la empresa familiar. Gestionando los conflictos constructivamente. En: VINYAMATA, E. (coord.) Guerra y paz en el trabajo: conflictos y conflictología en las organizaciones. Pp. 131-156. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA-LONGORIA, M. P., SÁNCHEZ URIOS, A. 2004. La mediación familiar como forma de respuesta a los conflictos familiares. *Portularia* 4, 261-268.

- GARCÍA-LONGORIA, M. P. 2011. Perspectivas de la Mediación ante los nuevos avances normativos. En RONDÓN, L. y FUNES, E. (coords.), 1er Congreso Internacional de Mediación y Conflictología. Cambios sociales y perspectivas para el siglo XXI. Sevilla: UNIA.
- GARCÍA-LONGORIA, M. P., CONESA, B. 2000. El Trabajo Social y la Mediación: Estudio exploratorio sobre el nivel de conocimiento de la comunidad. VII Congreso Estatal de Trabajo Social. Santiago de Compostela.
- GORJÓN, F. J., BADLI, M. H. 2008. Mediación y arbitraje, factores de internalización del sistema judicial. Mexico DF: Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM.
- GORJÓN GÓMEZ, F. J. & STEELE GARZA, J. 2008. Métodos alternativos de solución de conflictos. México: Oxford.
- GRACIA MATAS, E. 2004. La perspectiva de género en la mediación familiar. XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. Sevilla: Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España.
- AZAR, E. E. 2012. IV Informe de labores 2008-2011. México: Tribunal Superior de Justicia.
- KREMER, H. M. 2010. Empresa Familiar y Mediación.
<http://www.revistalatrama.com.ar/contenidos/laslecturas.php>.
- MATA DE ANTONIO, J. M. 2004. Mediación familiar ante las formas familiares atípicas. Acciones e Investigaciones Sociales 19, 85-126.
- Ministerio de Trabajo e Inmigración 2012. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración n° 40, 31-54.
- MOORE, C. 1994. El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos. Buenos Aires: Granica.
- MUNUERA, P. 2011. Mediación familiar: Salud y dependencia. En: RONDÓN, L. y FUNES, E. (coords.), 1er Congreso Internacional de Mediación y Conflictología. Cambios sociales y perspectivas para el siglo XXI. Pp. 95-112. Sevilla: UNIA.
- NEBREDA, S., SANTA MARÍA, E. 2003. Tomando contacto con la mediación familiar en Andalucía y su demostrada utilidad en conflictos intergeneracionales. Documentos de Trabajo Social: Revista de Trabajo Social y Acción Social 30, 49-74.
- PÉREZ CRESPO, M. J. 2005. Trabajo con familias de inmigrantes. De la mediación social a la mediación familiar en espacio comunitario. En: ROMERO NAVARRO, F (coord.) La mediación, una visión plural: diver-

- dos campos de aplicación. Pp. 251-257. Gobierno de Canarias: Consejería de Presidencia y Justicia.
- ROMERO, F. 2005. El conflicto familiar. Aspectos epistemológicos. La mediación familiar. Las Palmas: Gobierno de Canarias.
- 2011. Hacia el estatuto científico de la mediación. Una propuesta de Áreas temáticas que articulan un proyecto docente de formación universitaria en mediación familiar. RONDÓN, L. y FUNES, E. (coords.), 1er Congreso Internacional de Mediación y Conflictología. Pp. 11-40. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía.
- RONDÓN, L., GARCÍA-LONGORIA, M. P. 2012. Metodología y Habilidades sociales necesarias para la mediación. En: RONDÓN, L. M. (ed.) Bases para la Mediación Familiar. Pp. 215-238. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RONDÓN, L. M., ALEMÁN, C. 2011. La mediación familiar en la formación del trabajo social. *Portularia* 11 (2), 23-32.
- RONDÓN, L. M. 2010. El trabajo social en el ámbito de la Mediación familiar; La adquisición de competencias para un adecuado abordaje profesional. *Documentos de Trabajo Social* 48, 137-157.
- 2011. Nuevas formas de familia y perspectivas para la mediación: el tránsito de la familia modelo a distintos modelos familiares. RONDÓN, L. y FUNES, E. (coords.), 1er Congreso Internacional de Mediación y Conflictología. Pp. 88. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía.
- RUIZ-GIMÉNEZ AGUILAR, A. 2008. La mediación en conflictos derivados de herencias. *Familia: Revista de Ciencias y Orientación Familiar* 36, 41-52.
- SALAZAR, D. VINET, E. 2011. Mediación familiar y violencia de pareja. *Revista de derecho*, Vol. XXIV, n° 1.
- VILLALUENGA, L. BOLAÑOS, I. 2007. Situación de la mediación familiar en España. Detección de necesidades. Desafíos pendientes. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- VINYAMATA, E. 2006. *Conflictología*. Barcelona: Ariel.
- YBARRA, A. 2012. Mediación familiar internacional, la directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 23, www.reei.org.

La Mediación como herramienta de intervención social

ENRIQUE PASTOR SELLER

Profesor Titular de Universidad. Decano de la Facultad de Trabajo Social de la Universidad de Murcia. Departamento de Sociología y Trabajo Social. Licenciado y Doctor en Sociología. Vicepresidente de la Conferencia de Decanos/as y Directores/as de las Universidades Españolas. IP Grupo Investigación Trabajo Social y Servicios Sociales de la Facultad de Trabajo Social de la Universidad de Murcia y miembro del Grupo de Investigación Interdisciplinario Trabajo Social, Historia, Derecho e Intervención social Koinonia de la UNED. Presidente de la Comisión de Doctorado de la Facultad de Trabajo Social de la Universidad de Murcia. Acreditado con sexenio investigación. Director de AZARBE Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar. Miembro de Consejos Editoriales y Científicos de Revistas científicas internacionales (JCR, SCOPUS, FECYT, etc.)

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LA MEDIACIÓN EN LA ENCRUCIJADA DE LA SOCIEDAD RELACIONAL: CAPITAL SOCIAL, SINERGIAS Y TRANSACCIONES ESTRATÉGICAS. 2. LA INTERVENCIÓN SOCIAL EN CONTEXTOS DE FRAC-TURA Y EXCLUSIÓN SOCIAL TERRITORIAL. 3. LA MEDIACIÓN COMO INTERVENCIÓN SOCIAL ESPECÍFICA. 4. LA MEDIACIÓN COMO INTERVENCIÓN PSICOSOCIAL EN EL MARCO DE LA CULTURA DE PAZ. 5. PROCESOS, MODELOS Y METODOLOGÍA DE LA INTERVENCIÓN MEDIADORA. 6. EL ROL DEL MEDIADOR EN LA INTERVENCIÓN ORIENTADA AL EMPOWERMENT. 7. LOS CONFLICTOS COMO OBJETO DE INTERVENCIÓN. 8. ÁMBITOS Y CONTEXTOS DE INTERVENCIÓN DE LA MEDIACIÓN. 9. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene como finalidad contextualizar y conceptualizar la mediación como una herramienta específica de intervención social eficaz en la realidad actual. Presenta las fortalezas sinérgicas y de construcción de ciudadanía que aporta la mediación en la actual sociedad relacional, transaccional, compleja y exclusógena de nuestros días, desde un análisis transversal del contexto social y sus actores. Aborda

la mediación como intervención social específica, indagando en el marco teórico, normativo y metodológico que orienta el proceso de mediación. Para finalizar presenta el rol de mediador desde una perspectiva de *empowerment* y los diferentes ámbitos, contextos y prácticas de intervención social de la mediación.

1. LA MEDIACIÓN EN LA ENCRUCIJADA DE LA SOCIEDAD RELACIONAL: CAPITAL SOCIAL, SINERGIAS Y TRANSACCIONES ESTRATÉGICAS

El intenso ritmo de los cambios que acontecen en nuestras sociedades complejas en el naciente tercer milenio, está dando lugar a profundas transformaciones en el modelo de sociedad, en la que aparecen nuevas configuraciones institucionales y políticas en la reorganización de la Sociedad del Bienestar («*welfare society*»). Un proceso de reorganización tanto de finalidades, instrumentos, como de los actores que intervienen en el Bienestar de los ciudadanos y que conlleva el paso del Estado del Bienestar a un Estado social de cuarta generación denominado relacional. El actual pluralismo del Bienestar conlleva la redefinición de los papeles de los distintos sectores que componen la sociedad: Estado, mercado, entidades de iniciativa social o tercer sector y redes primarias o solidarias (familia y redes informales). Un replanteamiento de las transacciones de los actores sociales (ciudadanos y redes asociativas, políticos y gobernantes, técnicos y grupos de interés económico), orientadas a generar liderazgos compartidos (pluralismo participativo).

En la actual sociedad del conocimiento disminuye la disposición a aceptar las decisiones adoptadas de manera jerárquica o poco transparente. Se demandan, por el contrario, nuevas formas de adopción de decisiones y de comunicación que incidan en una mayor implicación, capacidad y compromiso de la ciudadanía tanto en la definición de problemas como en la gestión de sus soluciones alternativas. La mediación nos aporta elementos sustantivos para emprender una nueva forma de concebir la realidad social e implementar intervenciones desde la autonomía de sus actores.

La ciudadanía exige calidad y eficacia en la prestación de los servicios públicos pero también, participar en la misma definición y articulación de las políticas públicas que orientan sus ámbitos de convivencia y decisión. De ahí que el reto sea crear condiciones y espacios de implicación ciudadana que generen oportunidades reales y favorables para la deliberación y construcción colectiva de políticas y actuaciones a par-

tir de la conformación de preferencias sólidas e informadas entre la ciudadanía en el complejo universo relacional local (PASTOR 2009, 2011a, 2011b, 2013a). Las ciudades son lugares del diálogo y del conflicto, un «espacio» con infraestructura «*hard*» (estructural/tangible) y dinámica «*soft*» (relacional). Es necesario disponer de una ciudadanía en mayúsculas y la mediación puede ser un factor clave y materia prima para desarrollar el capital social y la inteligencia cooperativa, al servir no solo para facilitar la resolución alternativa de conflictos sino también para generar una nueva cultura ciudadana. Para ello la mediación debe vincularse con la complejidad social, coordinar significados, producir innovación, posibilitar la deliberación y generar capacidades y procesos sostenidos:

2. LA INTERVENCIÓN SOCIAL EN CONTEXTOS DE FRACTURA Y EXCLUSIÓN SOCIAL TERRITORIAL

Es imprescindible realizar un análisis macrosociológico que permita contextualizar la intervención social en los actuales procesos de exclusión social, descrédito de lo público y desafección política.

La visión del concepto de exclusión social permite dar cuenta de tres aspectos clave: origen estructural, carácter multidimensional y naturaleza procesual. En consecuencia, la exclusión se entiende como un proceso de alejamiento progresivo de una situación de integración social en el que pueden distinguirse esta en función de la intensidad: desde la precariedad o vulnerabilidad hasta las situaciones de exclusión más graves. Situaciones en las que se produce un proceso de acumulación de barreras o riesgos en distintos ámbitos (laboral, formativo, socio-sanitario, económico, relacional y habitacional) por un lado, y de limitación de oportunidades de acceso a los mecanismos de protección, por el otro.

Tabla 1: Los tres ejes de la exclusión.

Ejes	Dimensiones	Aspectos
Económico	Participación en la producción	Exclusión de la relación salarial normalizada
	Participación en el consumo	Pobreza económica Privación
Político	Ciudadanía Política	Acceso efectivo a los derechos políticos. Abstencionismo y pasividad política.

Ejes	Dimensiones	Aspectos
	Ciudadanía Social	Acceso limitado a sistemas de protección social: sanidad, vivienda y educación
Social (relacional)	Ausencia de lazos sociales	Aislamiento social, falta de apoyos sociales.
	Relaciones sociales «perversas»	Integración en redes sociales «desviadas». Conflictividad social (conductas anómicas) y familiar (violencia doméstica).

Fuente: Adaptado de Fresno (2007), Fundación FOESSA (2008, 2012) y Laparra (2010).

Existen tres espacios sociales en los que se distribuyen los riesgos de exclusión social de forma desigual (CASTELL 1997):

I. *Zona de integración, seguridad o estabilidad.* Situación típico-ideal de la población con trabajo y protección social asegurada y sólida relación familiar y vecinal.

II: *Zona de vulnerabilidad, precariedad o inestabilidad.* Se caracteriza por la fragilidad, la inseguridad de las relaciones laborales precarias y la inadecuación de los soportes familiares y sociales.

III. *Zona de exclusión o marginación.* Se caracteriza por una retirada del mundo laboral, la ausencia de otro tipo de protección social y aislamiento social. Este grupo sufre las formas más extremas de pobreza, carece de acceso a las formas normalizadas de participación social y son incapaces de salir por sí solos de esta situación.

Según esta concepción, como bien apunta ARRIBA (2002), los individuos basculan de unas zonas a otras en un proceso en el que las redes sociales y el entorno social son fundamentales. Las rupturas son compensadas por redes protectoras como la familia, la solidaridad comunitaria o pública. Cuando todos estos mecanismos fallan, las personas y familias se precipitan hacia situaciones de fuerte irreversibilidad.

Teniendo en cuenta los indicadores que actualmente se utilizan para medir la exclusión social en la Unión Europea, AROPE¹, el cual agrupa/

1. En sus siglas en inglés *At Risk Of Poverty and/or Exclusion*.

IV. LA MEDIACIÓN COMO HERRAMIENTA DE INTERVENCIÓN SOCIAL

integra tres factores relevantes: renta², privación material severa (PMS)³ e intensidad de trabajo, población con baja intensidad de trabajo por hogar (BITH)⁴; la pobreza y la exclusión a evolucionado de manera exponencial y su distribución desigual en el territorio español.

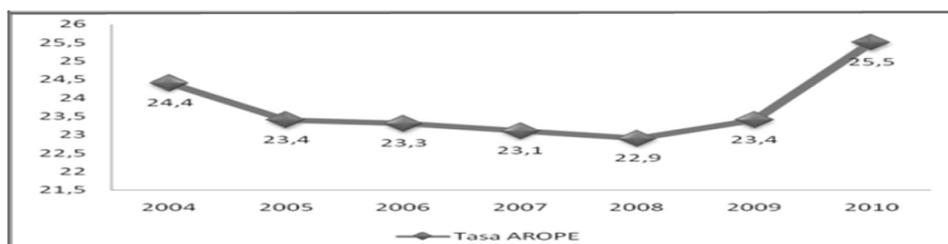
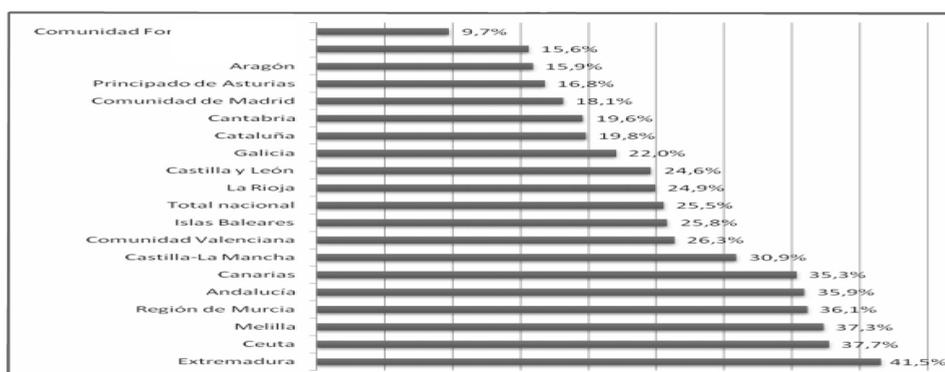


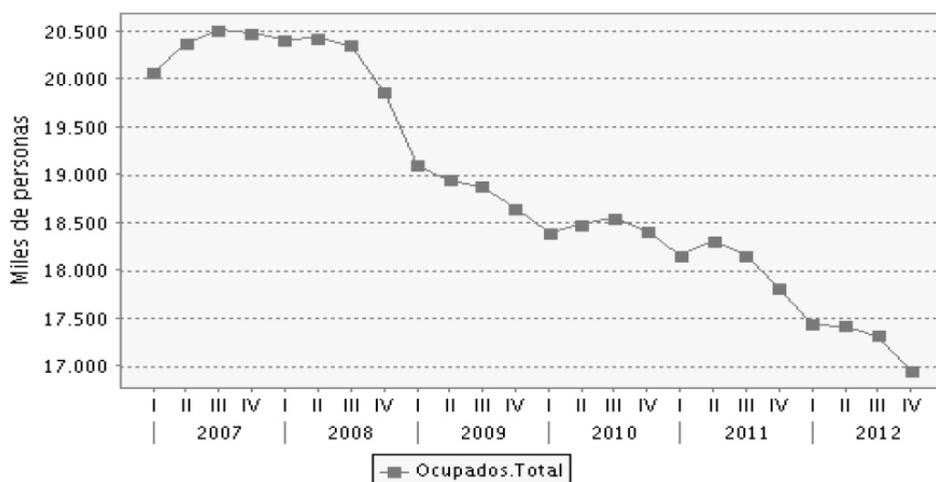
Tabla 2: Evolución de la Tasa AROPE en España.



2. Población bajo el umbral de la pobreza –con umbral nacional-: se consideran en riesgo de pobreza a las personas que viven en hogares con una renta inferior al 60% de la renta mediana equivalente.
3. La pobreza no sólo se relaciona con los ingresos que una familia tenga, sino también con las posibilidades de consumo. La PMS agrupa a personas que viven en hogares que declaran no poder permitirse 4 de los 9 ítems seleccionados a nivel europeo: pagar el alquiler o una letra; mantener la casa con temperatura adecuada; afrontar gastos imprevistos; una comida de carne, pollo o pescado (o sus equivalentes vegetarianos) al menos 3 veces por semana; pagar unas vacaciones al menos una semana al año; un coche; una lavadora; un televisor en color; un teléfono (fijo o móvil).
4. Esta variable comprende la relación entre el número de personas que trabajan en un hogar y el de las que están en edad de trabajar. A modo de ejemplo podría decirse que, en un hogar con dos adultos en el que sólo trabaja uno a jornada completa, la intensidad del trabajo es de 0,5, mientras que si trabajan los dos, la intensidad del trabajo es de 1; si uno de los adultos trabajara a media jornada y el otro a jornada completa, la intensidad de trabajo de este hogar es de 0,75. El indicador comprende a las personas que viven en hogares con una intensidad de empleo inferior al 0,2.

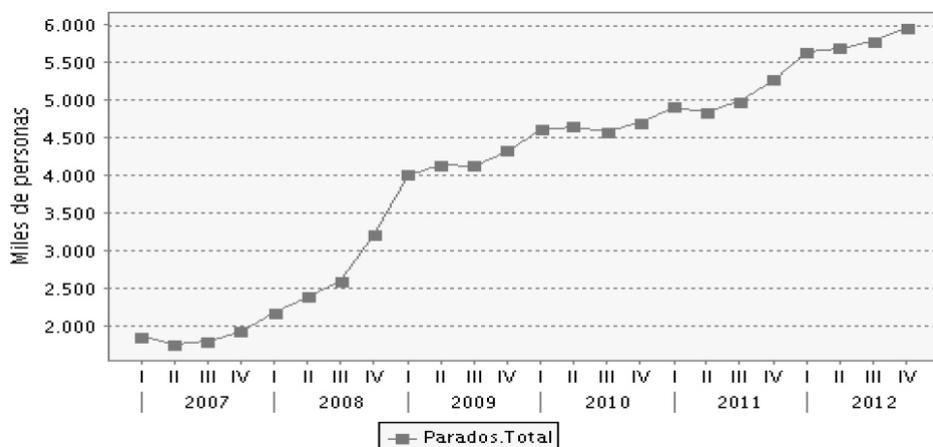
Podemos observar que en 2010 el índice de pobreza y exclusión en España fue del 25,5%, es decir, 11.666.827 personas estaban en riesgo de pobreza. Por otra parte, los resultados de la Encuesta de Condiciones de Vida (ECV) de 2012 nos indican que el ingreso monetario medio anual neto por hogar ascendió a 24.609 euros, con una disminución del 1,9%. Según la última Encuesta de Población Activa (EPA) –cuarto trimestre 2012–, la cifra de parados en España se incrementa un punto desde la anterior situándose en 26.02% y alcanzado la cifra de 5.965.400 personas en situación de desempleo, incrementándose en un año en 691.700. En los últimos tres meses, el número de personas en situación de desempleo ha aumentado en 187.300, golpeando especialmente a los jóvenes, con una tasa de 59.80%.

Tabla 3: Evolución de ocupados



Fuente Instituto Nacional de Estadística

Tabla 4: Tasa de desempleo en porcentaje



Fuente Instituto Nacional de Estadística

El número de ocupados desciende en 363.000 en el cuarto trimestre de 2012, situándose en 16.957.100, con una tasa de variación trimestral del empleo de -2.10% . En los últimos 12 meses el empleo se ha reducido en 850.500 personas (569.00 hombres y 281.500 mujeres). La tasa de variación anual de la ocupación es del -4.78% . El número de hogares que tienen a todos sus miembros activos en paro se incrementa en 95.800 y se sitúa en 1.833.700. Respecto a los ocupados desciende en 187.300, hasta 8.334.300. En comparativa anual, los hogares con todos sus activos en paro crecen en 258.700, mientras que los que tienen todos sus activos ocupados disminuyen en 511.700.

Por otra parte, en países como España, la llegada de un flujo migratorio intenso y constante, de personas que viven en condiciones de «irregularidad» (en términos administrativos) y vulnerabilidad social, está marcando profundamente la dinámica interna dentro del espacio social de la exclusión. El colectivo inmigrante, constituye un sector muy vulnerable, proclive a la exclusión social; pero el aumento del desempleo, la precarización de las condiciones de trabajo y la reducción de las políticas sociales para compensar las deficiencias integradoras del sistema, hacen más difícil en la actualidad la incorporación, en el plano laboral, económico y social, de la población migrante (YBELICE 2004).

Es importante destacar la influencia del territorio en los procesos de exclusión-inclusión social, como apuntan JURADO Y PÉREZ (2010) y

PASTOR (2013a), existen circunstancias del territorio donde un individuo vive que provocan o influyen sobre la situación de exclusión de este. Por otra parte, ciertos barrios de trastienda, en la ciudad escaparate (ciudad mercantilizada) son barrios desplazados hacia la periferia social y territorial, quedando así a su suerte como refugios endogámicos de supervivencia para aquellos sectores internamente heterogéneos y fragmentados. Los factores de exclusión y segregación de los barrios desfavorecidos, según Alguacil (2006):

- *Factores de carácter físico-urbano.* Barrios periféricos o en cascos antiguos. En el caso de la periferia se vincula a la sensación de lejanía y de estar fuera, a la vez que depende de la capacidad de movilidad para el acceso a todos aquellos recursos no contenidos en el barrio.
- *Factores asociados a las actividades económicas.* Barrios concebidos como residenciales, donde apenas existe espacio para la ubicación de actividades económicas y la existencia de estas se hace de difícil compatibilidad con el carácter exclusivo residencial.
- *Factores de carácter social.* Desequilibrios demográficos, movimientos migratorios, cohabitación de grupos tendentes a la endogamia, etc.

3. LA MEDIACIÓN COMO INTERVENCIÓN SOCIAL ESPECÍFICA

La intervención social puede ser definida como una acción programada desde un marco teórico definido con el fin de mejorar una situación dada, siendo, por tanto, esenciales tres: la teoría que sustenta la acción, las técnicas que se aplican y los resultados esperados (MONTAGUD 2012). La mediación es una intervención social en tanto supone una actividad profesional consciente, organizada, planificada y dirigida a incidir en/con una realidad social concreta y determinada para estudiarla, analizarla, modificarla y/o cambiarla en orden a la consecución de una mejora positiva (FERNÁNDEZ *et al.* 2012: 295). En el caso concreto de la mediación, se trata de una intervención social centrada en la gestión y resolución de conflictos que dispone de un marco teórico, normativo, principios, proceso y características singulares. Un proceso mediante el cual las personas, los grupos y las organizaciones son capaces de gestionar positivamente sus conflictos con el objetivo de encontrar soluciones eficaces. Considerando la amplitud y diversidad de las instituciones y ámbitos en los que se desarrollan (causan y/o producen) los conflictos y la complejidad e interdisciplinariedad de las competencias

profesionales que deben concurrir para su resolución, es necesario la intervención de diferentes disciplinas (jurídicas, psicológicas, sociales, etc.). La creciente intervención profesional en la resolución de los conflictos, el impulso del desarrollo normativo en el ámbito nacional y autonómico y el incremento de los servicios de mediación en diferentes sistemas de protección, entre otros, refuerzan los argumentos que sostienen que la mediación es una disciplina específica y propia, con un cuerpo teórico y práctico, principios y reglas básicas propio. Como otras ramas, la mediación ha acumulado «un conjunto de conocimientos basado en el estudio y clasificación de los casos y en los análisis resultados» (PARKINSON 2005: 76).

En la vertiente normativa, la primera Ley de Mediación fue la Ley Catalana 1/2001 de 15 de marzo, de mediación familiar y constituyó el primer esfuerzo normativo específico de mediación. Aunque circunscrita al ámbito de la familia realiza una descripción amplia aplicable a cualquier controversia y regula principios deontológicos, funciones del mediador, proceso de acreditación profesional y de prestación de servicios, etc. Posteriormente se van promulgando leyes de similar contenido en las diferentes comunidades autónomas⁵. En el ámbito estatal destacar la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁶, donde se reconocen las ventajas de la mediación⁷, su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad. La mediación está construida en torno a la intervención de un pro-

5. Concretamente la Ley de Galicia 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar; Ley de la Comunidad Valenciana 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar; Ley de Castilla-La Mancha 4/2005, de 24 de mayo, del servicio social especializado de mediación familiar; Ley de les Illes Balears 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar; Ley de la Comunidad de Madrid 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar; Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar; Ley de la Comunidad autónoma de Andalucía 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar y la Comunidad autónoma del País Vasco, a través de su Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación Familiar. Destacar la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito privado y, para la mediación en materia de consumo y la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña.
6. Publicada en el BOE n.º: 162 de 7 de julio de 2012. Incorpora al Derecho Español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 21 de mayo de 2008.
7. Mediación como 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 (art. 1).

fesional 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. Entre los principios destacar la: voluntariedad y libre disposición; igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores; neutralidad y confidencialidad.

El modelo de mediación que inspira la Ley se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes. Se basa en la flexibilidad y respeto a la autonomía de la voluntad de las partes y pretende sentar las bases generales de la mediación como medio para favorecer una alternativa frente a la solución judicial del conflicto. Considera la figura del mediador esencial dado que debe ayudar a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes.

4. LA MEDIACIÓN COMO INTERVENCIÓN PSICOSOCIAL EN EL MARCO DE LA CULTURA DE PAZ

La mediación es un espacio transicional de diálogo cooperativo en el que, al menos, dos partes implicadas en una determinada situación conflictiva y una tercera mediadora abordan de manera constructiva los diferentes temas que los protagonistas del conflicto desean tratar (BOLANOS 2007). Es, por tanto, una intervención profesional, de carácter interracional, que incide en las relaciones interpersonales, intergrupales y/o interinstitucionales para ayudar a prevenir y/o resolver un conflicto. La consideración de la mediación desde una perspectiva psicosocial implica, necesariamente, tener en cuenta los factores del contexto y los procesos psicosociales que acontecen en su aplicación, en la que están involucradas las relaciones interpersonales, las emociones, la comunicación verbal y no verbal, los procesos de influencia social, efectos del poder y el *status* de las partes, el desarrollo normativo, etc.

La mediación basada en una «cultura de la paz» como método alternativo se presenta actualmente como una medida eficaz para la resolución de los conflictos, problemas y disputas (MUNUERA 2012 a: 106) en múltiples contextos y tipos de problemas (VILLAGRASA 2004). Según VINYAMATA (2004) la mediación es el proceso de comunicación entre partes en conflicto, con la ayuda de un mediador imparcial que procurará que las personas implicadas en una disputa puedan llegar, por ellas mismas, a establecer un acuerdo que permita recomponer la buena relación y

dar por acabado, o al menos mitigado, el conflicto y actuando preventivamente para mejorar las relaciones con los demás. Por consiguiente, al actuar directamente en la mejora de la comunicación y la promoción de la cooperación, ofrece todo un marco de alternativas para la convivencia pacífica y la solución a los conflictos. Una alternativa a la violencia, la autoayuda o al litigio y caracterizada por ser un sistema no adversarial, que difiere de los procesos de counseling, negociación y arbitraje. Un proceso ético de comunicación, basado en la «responsabilidad y la autonomía de los participantes, en los que un tercero –imparcial, independiente, neutral, sin poder vinculante o consultivo, sin una autoridad más grande que las partes– favorece el encuentro a través de entrevistas confidenciales, fomentando los lazos sociales, con el fide prevenir o resolver la situación que se trate» (GUILLAUME-HOFNUNG 2009: 72).

5. PROCESOS, MODELOS Y METODOLOGÍA DE LA INTERVENCIÓN MEDIADORA

En la mediación, el proceso recae en la responsabilidad de los participantes que deben tomar decisiones que influirán en sus vidas y en la responsabilidad del mediador para conducir el proceso de manera neutral. Se confiere así autoridad y poder a las personas participantes, orientando interactivamente la solución del problema y el desarrollo de un plan futuro. La meta realista de la mediación es la resolución de las desavenencias o el manejo del conflicto mediante una serie de etapas definidas y la utilización de unas técnicas para lograr los objetivos (FOLBERG Y TAYLOR 1992). Por tanto es una intervención que requiere de un tiempo y un proceso cooperativo creado por las partes en el que deben cumplirse unas determinadas fases.

La mediación interviene en la reconciliación o conciliación de las partes en conflicto (con o sin acuerdo) pero también en la prevención y provención del conflicto. La prevención es posible porque los protagonistas tienen la posibilidad de analizar su propia realidad o experiencia vivida, decidiendo sobre su futuro. La provención, en cambio, es posible por la intervención formal y estructurada ante el conflicto, a partir de la cual se generan opciones de cambio y se establecen las bases para que los participantes en el proceso incorporen nuevas estrategias en su manera de enfrentarse al conflicto (GIRALT Y MIGUEL 2004).

Se pueden distinguir tres modelos/escuelas, principalmente, de entender y practicar la mediación:

- 1) Modelo o Escuela Tradicional Lineal (Harvard) de FISHER y

URY(1996), definen la mediación como una negociación colaborativa, asistida por un tercero, con un enfoque teórico que se conoce por la orientación hacia la «resolución de problemas». El conflicto es considerado desde la causalidad lineal y tiene una causa: el desacuerdo. El mediador se ocupará de ayudar a las partes a centrarse en los intereses y salir de las posiciones y se apoya en técnicas de negociación.

2) Modelo o Escuela Transformativa de BUSH y FOLGER (2006), se centra en la mejora o transformación de las relaciones humanas mediante el establecimiento de un acuerdo y los esfuerzos se orientan para tratar de conseguir cambiar los procesos de relación, aumentar el poder y el reconocimiento de las partes. Como señala MUNUERA (2012b: 179) esta escuela conceptualiza el conflicto como algo positivo que posibilita el cambio, una oportunidad para el crecimiento. El conflicto es un instrumento para el cambio personal y social, de este modo, el acuerdo no es un objetivo inmediato de la intervención mediadora. El mediador busca la mejora de la relación desde donde se podrán conseguir los acuerdos, pero, si no se consiguen, no habrá fracaso pues el objetivo es la mejora de la relación entre las partes.

3) Modelo CircularNarrativo de COOB (1994), pone el énfasis en la comunicación en las categorías de narrativa-circular e historia. Se denomina circular al considerar la comunicación como causalidad y narrativa. Entiende el conflicto asociado al antagonismo en las relaciones humanas, como una realidad interna, presente y continuada en las personas, de etiología circular. Parte de una concepción donde se facilita que las personas manejen el conflicto a base de ayudar a las partes para que puedan cambiar sus historias y puntos de vista acerca de su vivencia de la situación de conflicto.

SOLETO y OTERO (2007) incluyen un cuarto denominado Modelo Tópico, no excluye los anteriores y se centra en la discusión que se produce entre las partes en conflicto por el bien o el derecho que ambas se disputan, siendo necesario localizar «el sentido común» y trabajar sobre los referentes de lo justo y lo injusto del conflicto. Otras aplicaciones novedosas son la mediación multiparte (RODRÍGUEZ 2005) y la apreciativa (AMAT, BARREIRO y TATTER 2006).

La mediación, como metodología de intervención, incluye la acción mediadora entre las distintas actividades que se implementan en la práctica para la resolución del problema y mejorar la calidad de vida. Intenta cambiar, de entrada, los comportamientos de las personas en una situación de conflicto y para poder hacerlo, según el paradigma

anidado (DUGAN 1996), es preciso identificar el origen de las situaciones de conflicto y el nivel de respuesta en el que se está trabajando, más allá de las partes que están en disputa: primer nivel, de problemas concretos; segundo, de problemas vinculados al patrón de interacción y/o de relación entre las partes; tercer nivel, de conflictos sistémicos y subsistémicos.

Por todo lo anterior, las intervenciones sociales a realizar deben ser planteadas en función de: las causas originarias del conflicto y su nivel de respuesta; si los objetivos se dirigen a manejar mejor una situación de crisis; si se desea transformar y/o cambiar una situación de crisis; si se desea prevenir la emergencia de nuevo de una situación de crisis y si se desean cambiar las estructuras y/o las relaciones sociales.

6. EL ROL DEL MEDIADOR EN LA INTERVENCIÓN ORIENTADA AL EMPOWERMENT

El mediador es «la persona u órgano que facilita el acuerdo, asiste a las partes para acercarla, crea un ambiente propicio para su comunicación y asegura que las partes actúan con igualdad de armas, en igualdad de condiciones, reequilibrando si ello es necesario» (CASANOVAS, MAGRE y LAUROBA 2011: 158). Como afirma MOORE (1995), el mediador desempeña el rol de facilitador de la comunicación entre las partes y no es árbitro ni juez, ya que no es él quien resuelve en definitiva, sino que lo hacen las partes mismas. Los mediadores son los defensores de un proceso equitativo y no de un determinado resultado, carecen de poder de decisión autorizado, esto es lo que los distingue, básicamente, del juez o del árbitro. Para GROVER, GROSCHE y OLCZAK (1996), cuando la comunicación entre las partes se vuelve tensa o inexistente, aumenta la intensidad del conflicto, por ello el mediador busca mejorar la capacidad de las partes para comunicarse y explorar actitudes y posiciones mutuas.

Con respecto a la comunicación, para MOORE (1995), la función del mediador es la de facilitador de la comunicación entre las partes para que no se produzcan interferencias que dificulten el *entendimiento* en las comunicaciones, posibilitando de esta manera que lo que cada parte exprese sea interpretado por la otra parte en su esencia, libre de las interferencias producidas por resentimientos, desconfianza y/o resquemores. Siguiendo la línea de este autor, la mediación es flexible puesto que el proceso no sigue un orden predeterminado y que no está sometido a las reglas legales. Es voluntario porque las personas ingresan al mismo por propia decisión, ellas mismas determinan cual es la informa-

ción que transmiten y cual ocultan, deciden si llegan o no a un acuerdo y se retiran cuando ellas así lo estimen, en el mismo instante en que dejen de sentirse cómodos. Por lo tanto, los acuerdos que se logran son muy eficaces, teniendo una mayor probabilidad de éxito por la carga emocional que posee algo que decidimos en conjunto. Contempla los intereses de ambas partes, es un proceso de triunfo, todos ganan, el énfasis no está puesto en quien gana o pierde sino en establecer las necesidades de los participantes y esto es precisamente lo que lo hace eficaz. Atendiendo a la confidencialidad del proceso, el mediador no podrá reproducir nada de lo que en este procedimiento se diga, ni ser citado como testigo, pues lo ampara el secreto profesional. El mediador, como señalan PASTOR e IGLESIAS (2011), trabaja para ayudar a las partes a examinar el futuro y sus intereses o necesidades y a negociar el intercambio de promesas y relaciones que serán mutuamente satisfactorias y se ajustarán a las normas de equidad de dichas partes.

La mediación logra a través del proceso creativo encontrar un mayor número de soluciones que las que los participantes perciben desde sus posiciones iniciales/actuales, activando su capacidad de negociación en base a sus verdaderos intereses y necesidades, facilitando acuerdos en el que ambas partes se sientan ganadoras. De esa forma, los que intervienen no sienten que la decisión está fuera, sino que comienzan a percibir desde la perspectiva del otro y con ello, logran ver la implicación, la responsabilidad y la colaboración. Esta recuperación de la responsabilidad se vincula como el *empowerment* y es una de las características de la mediación que la convierte en un proceso útil para los individuos, grupos y organizaciones. El *empowerment* supone transferir las capacidades, competencias y habilidades para que las personas, grupos y organizaciones puedan determinar y focalizar las causas del conflicto y sean protagonistas del proceso y el resultado final de la mediación. En mediación, como señala MUNUERA (2012b), el *empowerment* es una estrategia que utiliza el enfoque apreciativo (EA) para la transformación, tanto de organizaciones como de personas, a través del cambio en la forma de comunicarse, pasando, de un lenguaje deficitario cargado de quejas, a un lenguaje apreciativo. Este enfoque trabaja desde un ciclo dinámico de cuatro procesos llamados 4D's: descubrimiento, deseo, diseño y destino; cada uno de los cuales está dirigido a alcanzar los objetivos que el sistema (persona u organización) desea.

7. LOS CONFLICTOS COMO OBJETO DE INTERVENCIÓN

Los conflictos son inherentes a la vida humana, inevitables en las

situaciones de cambio y forman parte intrínseca de todas las relaciones sociales, dinámicas organizacionales e interorganizacionales y, en su contexto, se manifiestan como la expresión de insatisfacción o desacuerdo con una interacción, procedimiento o servicio. El conflicto es, como señalan RUBIN, PRUITT y KIM (1994), una divergencia percibida de intereses o una creencia de que las aspiraciones actuales de las partes no pueden ser alcanzadas simultáneamente. Los conflictos son «situaciones en las que dos o más personas entran en oposición o desacuerdo porque sus posiciones, intereses, necesidades, deseos o valores son incompatibles, o son percibidos como incompatibles, donde juegan un papel muy importante las emociones y sentimientos y donde la relación entre las partes en conflicto puede salir robustecida o deteriorada en función de cómo sea el proceso de resolución del conflicto» (TORREGO 2003:37).

Por todo lo anterior, el análisis del conflicto, se centra en la exploración de tres elementos fundamentales: las personas, grupos y organizaciones; los procesos y los problemas (LEDERACH 1989: 42). El primero se refiere a las personas implicadas en el conflicto pero también a quienes facilitan la profundización en aspectos de carácter más psicosocial, tales como emociones, percepciones e imaginarios del problema. Respecto al segundo nos referimos a los procesos en cómo se inicia y desarrolla el conflicto y las formas que cada actor en el proceso adopta en torno a su resolución. Por último, la estructura del conflicto refiere al problema, centrándose en las diferencias y asuntos que enfrentan a las personas.

El crecimiento exponencial de los procesos conflictuales se produce en todos los ámbitos: familiar, legal, empresarial, laboral, cívico, internacional, consumo, etc. La definición de lo que es un episodio social de conflicto tiene, según REDORTA (2007), gran trascendencia pues constituye nuestra unidad de medida de cara a la futura intervención social. Los episodios sociales pueden ser vistos como rutinas o patrones de interacción social. REDORTA (2004), basándose en que los conflictos, a cualquier nivel, más allá del intrapersonal, señala que siguen patrones de comportamiento, reconocibles e identificables y describe quince tipos distintos de conflictos relacionados con: recursos escasos, poder, autoestima, valores, estructurales, identidad, normativos, expectativas, inadaptación, información, intereses, atributivos, relaciones personales, inhibición y legitimación. Por su parte, MOORE (1995) identifica cinco causas centrales de conflicto: problemas de relaciones entre personas, problemas de información, intereses incompatibles o percibidos como tales, fuerzas estructurales y problemas de valores. A continuación vamos a describir brevemente los principales tipos de conflictos

1.—*Conflictos de recursos*. Se encuentran relacionados con las disputas por el acceso y el poder de acceso a los insuficientes recursos.

2.—*Conflictos de poder*. El poder, siguiendo a Foucault, significa la posibilidad de ampliar o de restringir el campo de acción de los otros, siendo los más complejos de resolver al conllevar relaciones de desigualdad de acceso y uso del poder y por tanto de control o influencia entre personas y organizaciones.

3.—*Conflictos de valores*. Una de las causas más importantes de los conflictos es la diferencia de valores (sistema de creencias) y cuanto más comprometida está la identidad personal, grupal y/u organizacional. De ahí que sea frecuente encontrar definiciones de conflicto vinculadas con valores, perspectivas u opiniones contradictorias o irreconciliables de manera espontánea; entre personas, en el seno de organizaciones, entre organizaciones o respecto a las relaciones con las autoridades. MOORE (1995) señala que aparecen conflictos de valor cuando se producen situaciones en las que los valores predominantes de una parte se intentan imponer, sin voluntad de considerar la existencia de otros posibles sistemas de creencias. Como señala ALZATE (1998), nuestros valores están basados en nuestras creencias de lo que consideramos correcto e incorrecto, importante o verdadero y, por tanto, guían nuestras decisiones vitales. Considerando esa transversalidad de los valores en nuestra dinámica cotidiana el conflicto de valores ocupa un lugar central y, cuando ocurre, es muy desestabilizador; al mismo tiempo que es lógico pensar que todos los conflictos tendrán un componente de valor. Sin embargo, la diferencia de valores no tiene forzosamente que entrar en conflicto; éste aparece cuando la diferencia no puede aceptarse y se recurre a la coerción o a la manipulación. Existe una parte intrapersonal del conflicto de valores que se proyecta en las relaciones interpersonales y una parte social que configura las identidades colectivas (REDORTA 2004).

4.—*Conflictos de adaptación*. Se vinculan con el miedo al cambio y se producen porque alguien desea un cambio y el otro se resiste, se caracteriza por fuertes e íntimas emociones (el rechazo a un internamiento, hospitalización, normas institucionales, etc.).

5.—*Conflictos estructurales*. Como señalan GALTUNG (1995) y ALZATE (1998), entre otros, son causados por estructuras opresivas en las relaciones humanas vinculadas con situaciones de escasez o desigualdad de acceso a los recursos existentes y por tanto con el poder.

6.—*Conflictos de relaciones personales*. Como señala MOORE (1995), se caracterizan por emociones negativas, percepciones falsas o estereoti-

pos, escasa o falsa comunicación, que provocan las conductas negativas que se suelen repetir. En la base de estos conflictos están puntos de vista y deseos opuestos entre las personas involucradas (DEUTSCH 1973). Los procesos que afectan a estos conflictos, según REDORTA (2004), son la desconfianza recíproca, la falta de sintonía prolongada entre contendientes y el uso del poder carismático. El conflicto de intereses, como señala ALZATEZ (1998), es una divergencia percibida de intereses o la creencia de que las aspiraciones actuales de las partes que no pueden ser alcanzadas simultáneamente; habitualmente resultado de una falta o insuficiente comunicación. En muchas ocasiones, la aparición de un conflicto depende de otros (simultaneidad), de ahí que la solución de un conflicto implique necesariamente la resolución de aspectos relacionados con otros.

En suma, el conflicto es parte natural de la vida, es generador de cambio y no siempre vamos a poder eliminarlo o detenerlo. El desafío radica en transformar el conflicto, aprender a manejar las diferencias. El conflicto es parte inherente del ser humano y, por tanto, de las relaciones interpersonales, intragrupal e interorganizacionales, por lo que el afrontamiento, abordaje y resolución forman parte también de la interacción social.

En sintonía con URY (2005) por lo menos hay tres oportunidades para canalizar el impulso vertical del conflicto que lleva a la destrucción y convertirlo en un impulso horizontal, que conduce al cambio. La primera de esas oportunidades consiste en prevenir el conflicto destructivo e impedir que emerja, abordando las tensiones latentes. La prevención está muy próxima a la convivencia pues tiene que ver con la adquisición de habilidades relacionales y comunicativas para evitar la escalada del conflicto. La segunda consiste en resolver el conflicto abierto, lo que tiene que ver con la capacidad para intervenir en el conflicto para transformarlo o eliminarlo, siendo la mediación una vía muy adecuada y efectiva. Finalmente, la tercera es contener la escalada de las luchas.

8. ÁMBITOS Y CONTEXTOS DE INTERVENCIÓN DE LA MEDIACIÓN

Los diez *principios de la mediación* desarrollados por MUNNÉ y MAC-CRAGH (2006), son considerados como la filosofía de la mediación, por lo que han de estar presentes en cualquier ámbito de la práctica de la mediación, independientemente de su contexto de intervención.

1	La humildad de admitir que muchas veces se necesita ayuda externa para poder solucionar las propias dificultades.
2	La responsabilidad de los propios actos y de sus consecuencias.
3	La búsqueda de los propios deseos, necesidades y valores. El respeto por uno mismo.
4	El respeto por los demás. La comprensión de deseos, necesidades y valores del otro.
5	La necesidad de privacidad de los momentos difíciles.
6	Reconocimiento de momentos de crisis y conflictos como algo inherente a la persona.
7	La comprensión del sufrimiento que producen los conflictos.
8	La creencia en las propias posibilidades y en las del otro.
9	La potenciación de la creatividad sobre una base de realidad.
10	La capacidad para aprender de los momentos críticos. La apuesta por un avance que no siempre puede ser a través de un camino llano.

Fuente: Munné y Mac-Cragh (2006: 85)

Las variaciones metodológicas entre los diferentes ámbitos de la mediación tendrán lugar en el procedimiento, herramientas y técnicas empleadas por el mediador, pero la base filosófica es similar.

En relación a los ámbitos de intervención de la mediación son amplios y diversos: empresarial, laboral, consumo, ciudadana y comunitaria, familiar, escolar, salud, penal para jóvenes y adultos (PASTOR y HUERTAS, 2012) y medioambiental. A continuación nos centraremos en los ámbitos de intervención de la mediación vinculados con contextos de protección de bienestar social, concretamente comunitaria, intercultural, educativa y sanitaria.

Mediación ciudadana y comunitaria en el ámbito local.

Se define a partir de la dualidad de tener un carácter transversal y, al mismo tiempo, un campo de actuación propio, fruto de la problemática social existente y de la estructura política local. El gobierno local recibe las quejas ciudadanas sobre las numerosas cuestiones que afectan

a su convivencia y que carecen de una respuesta definida y operativa; de ahí su implantación desde las administraciones locales. Como señalan MUNNÉ, PROKOPLJEVIC, LLORENSE *et. Al.* (2011), los conflictos propios de éste ámbito pueden dividirse en dos niveles: privado y público. Al primer nivel le corresponden los de convivencia entre vecinos en espacios privados y, al segundo, los de convivencia en un entorno público. Entre los sectores de intervención destacamos: problemas de vecindad, ruido y contaminación acústica, alquileres y vivienda, actos incívicos, etc. Se manifiesta a partir de tres objetivos: entender el conflicto como motor de cambio; promover la autonomía de las personas a través del empoderamiento (*empowerment*) del individuo y/o grupo, el reconocimiento del otro y favorecer la responsabilidad ciudadana y los vínculos sociales (PASTOR, 2013b). La responsabilidad ciudadana y la creación de los vínculos sociales, objetivos de la mediación ciudadana y comunitaria, han sido los dos conceptos que han potenciado la creación y el desarrollo de la prácticas y experiencias de mediación en el ámbito local.

Respecto a la **mediación intercultural**, existen, fundamentalmente, dos visiones; una que concibe a ésta igual que la mediación ciudadana y comunitaria con la particularidad en la diferencia de la cultura de al menos una de las partes confrontadas y otra, la concibe de manera específica como facilitación de la comunicación entre partes de diferentes culturas.

Mediación en el ámbito escolar.

La mediación en el ámbito escolar, como señalan CARRASCO, VILLÁ, PONFERRADA y CASAÑAS (2011: 501-503), debe considerarse de forma general como una estrategia de resolución dialogada y colaborativa de conflictos que, a diferencia de su aplicación en otros ámbitos, tiene también un carácter de intervención educativa intencional. Esto significa que, si bien todo el proceso de mediación en cualquier ámbito conlleva el aprendizaje de nuevos planteamientos de resolución de conflictos, la mediación en este ámbito es doblemente educativa. Por un lado, se produce una fuerte identificación entre el ámbito institucional donde puede surgir o puede hacerse evidente el conflicto –el escolar– y la actividad que allí se desarrolla –la educativa–. Por el otro, predomina el énfasis en la mediación escolar como una estrategia principalmente aplicada a los conflictos entre iguales y, por tanto, como un conjunto de elementos que deben ser aprendidos por parte del alumnado. Pero la filosofía desde la cual se impulsa la mediación en el ámbito escolar no es solo ni principalmente una cuestión de aprendizaje para el alumnado, tiene implicaciones para la transformación de toda la cultura escolar tradicio-

nal y de sus respuestas frente a los conflictos. La orientación pedagógica específica de la mediación escolar corresponde sobre todo a las fases previas, a formación en valores y educación en una cultura no violenta y también entre adultos. Por consiguiente, es una herramienta de resolución de conflictos en el ámbito escolar, con efectos organizativos y económicos, dado que no está limitada a los miembros de la comunidad educativa.

Mediación en el ámbito de la salud.

La mediación en el ámbito de la salud es una metodología alternativa para resolver disputas en el contexto sanitario a través de la figura profesional o de servicio del mediador. Esta mediación, como señalan ARMADANS *et al.* 2011: 585-586) permite la gestión del cambio y el acompañamiento de las personas en los procesos de prevención, resolución, transformación o contención de las situaciones de conflicto. Una nueva manera de regular socialmente la intervención en la resolución de los conflictos, en la comunicación, en la educación y en la seguridad. También puede formar parte de los nuevos sistemas para gestionar los conflictos entre profesionales y usuarios de los hospitales y centros sanitarios, contribuyendo a una mejor gestión de los cambios, utilizando el diálogo como eje central de las intervenciones en la relación clínica. Como señala LEDERACH (1989) es importante tratar de construir espacios de paz en la vida cotidiana de una organización con el apoyo de procesos de diálogo basados en la cultura de la paz. Y, en este sentido, la mediación se podría establecer como una nueva metodología profesional vinculada a una nueva manera de vivir las relaciones personales en el seno del entorno laboral en el ámbito sanitario.

9. CONCLUSIONES

La mediación, es una intervención social centrada en la gestión y resolución de conflictos que dispone de un marco teórico, normativo, principios, proceso, técnicas y características singulares y propias construidas a partir del enriquecimiento interdisciplinar y la sistematización de sus prácticas.

El crecimiento exponencial de los procesos conflictuales se produce en todos los ámbitos: familiar, legal, empresarial, laboral, cívico, internacional, consumo, etc. dado que el conflicto es parte inherente del ser humano y, por tanto, de las relaciones interpersonales, intragrupalas e interorganizacionales, por lo que el afrontamiento, abordaje y resolución forman parte también de la interacción social.

En la actual sociedad del conocimiento disminuye la disposición a aceptar las decisiones adoptadas de manera jerárquica, se demandan nuevas formas de adopción de decisiones y de comunicación que incidan en una mayor implicación, capacidad y compromiso de la ciudadanía tanto en la definición de problemas como en la gestión de sus soluciones alternativas. La mediación nos aporta elementos sustantivos para emprender una nueva forma de concebir la realidad social e implementar intervenciones desde la autonomía de sus actores. Es necesario disponer de una ciudadanía en mayúsculas y la mediación puede ser un factor clave y materia prima para desarrollar el capital social y la inteligencia cooperativa, al servir no solo para facilitar la resolución alternativa de conflictos sino también para generar una nueva cultura ciudadana.

La creciente intervención profesional en la resolución de los conflictos, el impulso del desarrollo normativo en el ámbito nacional y autonómico y el incremento de los servicios de mediación en diferentes sistemas de protección, entre otros, refuerzan los argumentos de quienes sostienen que la mediación es una disciplina específica y propia, con un cuerpo teórico y práctico, principios y reglas básicas propio. Las prácticas y resultados de la mediación constatan ser eficaces para la resolución de los conflictos, problemas y disputas en múltiples contextos y tipos de problemas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALGUACIL, J. 2006. Barrios desfavorecidos, diagnóstico de la situación española. En: VIDAL, F., *La Exclusión Social y el Estado de Bienestar en España*. Madrid: FUHEM.
- ALZATE, R. 1998. *Análisis y resolución de conflictos: una perspectiva psicológica*. Bilbao: Universidad del País Vasco.
- AMAT, P; BARREIRO, A y TATTER, M. 2006. *Hacia un nuevo paradigma: La mediación apreciativa*. Jornadas de Diálogos apreciativos: el socioconstruccionismo en acción. Oñati, 1011 abril.
- ARMADANS, MOLA, ANEAS, ESPARRICA, MONGE e IGUAL 2011. *La mediación en el ámbito de la salud*. En: CASANOVAS, P., MAGRE, J. y LAUROBA, M. E. (dirs.). *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Pp. 579-648. Barcelona: Generalitat de Catalunya.
- ARRIBA, A. 2002. *El concepto de exclusión en política social*. Madrid: CSIC.

- BOLAÑOS, I. 2007. Mediación transicional. *Portularia* 7 (1-2), 61-74.
- BUSH, R. y FOLGER, J. P. 2006. *La Promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*. Buenos Aires: GRANICA.
- CARRASCO, VILLÁ, PONFERRADA y CASAÑAS 2011. La mediación en el ámbito escolar. En CASANOVAS, P., MAGRE, J. y LAUROBA, M. E. (dirs.). *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Pp. 497-578. Barcelona: Generalitat de Catalunya.
- CASANOVAS, P., MAGRE, J. y LAUROBA, M. E. (dirs.) 2011. *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Barcelona: Generalitat de Catalunya.
- CASTEL, R. 1997. *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*. Buenos Aires: Paidós
- COOB, S. 1994. A Narrative Perspective on Mediation. En: FOLGER Y JONEX, T. (comp.) *New Directions in Mediation. Communication, Research and Perspectives*. 48-63. Londres: Sage Publications.
- DEUSTCH, M. 1973. *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*. New Haven y Londres: Yale University Press.
- DUGAN, M. 1996. A nested theory of conflict. *Women in Leadership* 1 (1), 920.
- FERNÁNDEZ, T. DE LORENZO, R. y VÁZQUEZ, A. (eds.) 2012. *Diccionario de Trabajo Social*. Madrid: Alianza Editorial.
- FISHER, R. y URY, W. 1996. *Obtenga el Sí: El Arte de Negociar sin Ceder*. Madrid: Ediciones Gestión.
- FOLGER, J y TAYLOR, A. 1992. *Mediación. Resolución de conflictos sin Litigio*. México: Limusa.
- FRESNO, J. M. (ed.) 2007. *Poniendo en práctica la estrategia europea para la inclusión social. Del plano europeo al plano local*. Madrid: F. Luis Vives.
- Fundación FOESSA 2008. *VI Informe sobre Exclusión y Desarrollo Social en España*. Madrid: Cáritas Española.
- Fundación FOESSA 2012. *Exclusión y Desarrollo Social*. Madrid: Cáritas Española.
- GALTUNG, J. 1995. *Investigaciones teóricas*. Madrid: Tecnos.
- GIRALT, P. y MIGUEL, S. (coords.) 2004. *Mediació comunitària i transformació social. Conceptualització i pràctiques Europees*. Barcelona: Fundació Pere Tarrés.

- GROVER, K; GROSCH, J. K.; OLCZAK, P. V. 1996. La mediación y sus contextos de aplicación. Barcelona: Paidós.
- GUILLAUME-HOFNUNG, M. 2009. La Médiation. París: Presses Universitaires de France.
- JURADO, A. y PÉREZ, J. 2010. Dimensión territorial de la pobreza en España. *Revista Española del Tercer Sector*, 15, 23-31.
- LAPARRA, M. 2010. El impacto de la crisis en la cohesión social o el surf de los hogares españoles en el modelo de integración de la sociedad líquida. *Documentación Social*, 158, 97-130.
- LEDERACH, J. P. 1989. Elementos para la resolución del conflicto. México: Servicio de Paz y Justicia.
- LÓPEZ PELÁEZ, A., SEGADO SÁNCHEZ-CABEZUDO, S. 2013. *Empowerment, Well-being and the Welfare State: Family Social Work in Spain*. Pp. 277-301. In: MORENO, A. (coord.): *Family Well-Being: European Perspectives*. Social Indicators Research n° 49. New York: Springer.
- MONTAGUD, X. 2012. Aproximación a los límites de la intervención social. Obstáculos y dificultades epistemológicas. En FOMBUENA, J. (coord.): *El trabajo social y sus instrumentos. Elementos para una interpretación a piacere*. Pp. 109-133. Valencia: Nau Llibres.
- MOORE, C. 1995. El proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos. Barcelona: Granica.
- MUNNÉ, M. y MAC-CRAGH, P. 2006. Los 10 principios de la cultura de la mediación. Barcelona: Graó.
- MUNNÉ, PROKOPLJEVIC, LLORENSET. Al. 2011. Mediación ciudadana y comunitaria. En CASANOVAS, P., MAGRE, J. y LAUROBA, M. E. (dirs.). *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Pp. 375-432. Barcelona: Generalitat de Catalunya.
- MUNUERA, P. 2012a. J. M. HAYNES, PERLMAN, CHANDLER y otros autores internacionales en el recorrido de mediación y Trabajo Social. *Portularia* 12 (2), 97-108.
- MUNUERA, P. 2012b. Conflicto, Mediación y Trabajo Social. En FOMBUENA, J. *Trabajo Social y sus instrumentos. Elementos para una interpretación a piacere*. Pp. 171-190. Valencia: Nau Llibres.
- PARKINSON, L. 2005. Mediación familiar: teoría y práctica. Principios y estrategias operativas. Barcelona: Gedisa
- PASTOR, E. 2009. Participación ciudadana y gestión de políticas sociales municipales. Universidad de Murcia-Editum, Murcia.

- 2011a: Impact, effectiveness and sustainability of social policies and local democracy through the social involvement. *Revista de Cercetare si Interventie Sociala (RCIS)* 35 (4), 7– 27.
 - 2011b. Proximity social policies government: quality and democratic improvement analysis of local council of well being (Murcia, Spain). *Revista de Administração Pública* 45 (2), 377-399.
 - 2013a: Modelos teóricos y estrategias de intervención en el trabajo social con comunidades. En Fresno, M.; Segado, S. y López, A. (edits.): *Trabajo Social con comunidades en el siglo XXI*, pp. 201-242. Madrid: Universitas.
 - 2013b: Ciudadanía y participación en contextos y exclusión social. *Pedagogia Social Revista Interuniversitaria* 22(2), 91-103.
- PASTOR, E. e IGLESIAS, E. 2011. La mediación intrajudicial como método de resolución de conflictos en el seno familiar. *Entramado* 7 (2), 72-87.
- PASTOR, E. y HUERTAS, E. 2012: La mediación penitenciaria como método alternativo de resolución de conflictos entre internos en el ámbito penitenciario. *Entramado* 8 (2), 138-153.
- REDORTA, J. 2004. Como analizar los conflictos: la tipología de los conflictos como herramienta de mediación. Barcelona: Paidós.
- 2007. Entender el conflicto. La forma como herramienta. Barcelona: Paidós.
- RODRÍGUEZ, C. 2005. Innovaciones de la mediación: La mediación multi-parte. Aplicaciones de la mediación al trabajo con grupos. *Trabajo Social Hoy* 52 (1), 135-145.
- RUBIN, J. Z., PRUITT, D. G. y KIM, S. H. 1994. *Social conflict: Escalation, stalemate and settlement*. Nueva York: McGrawHill.
- SEGADO SÁNCHEZ-CABEZUDO, S., LÓPEZ PELÁEZ, A. 2013. Social work with middle-class Spanish families: The challenge of the work-family conflict. *International Journal of Social Welfare*. DOI: 10.1111/ijsw.12012.
- SOLETO, H. y OTERO, M. 2007. *Mediación y solución de Conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos.
- TORREGO, J. C. 2003. *Mediación de conflictos en Instituciones educativas*. Madrid: Narcea.
- YBELICE, B. 2004. *Inmigración, exclusión y construcción de la alteridad. La figura del inmigrante en el contexto español*. FACES: Universidad Central de Venezuela.

- URY, W. 2005. Alcanzar la paz. Resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo. Barcelona: Paidós.
- VILLAGRASA, C. (Coord.) 2004. La mediació. L'alternativa multidisciplinària a la resolució dels conflictes. Barcelona: Universidad de Barcelona y Pòrtic.
- VINYAMATA, E. 2004. Guerra y paz en el trabajo: conflictos y conflictología en las organizaciones. Valencia: Tirant lo Blanch.

La Mediación en el Trabajo Social: Aspectos Relacionales*

ANTONIO LÓPEZ PELÁEZ

SAGRARIO SEGADO SÁNCHEZ-CABEZUDO

*«La primera condición para un mejoramiento de la situación presente es hacerse cargo de su enorme dificultad»
(Ortega y Gasset, La rebelión de las masas, 1930)*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PARADOJAS DE LA MEDIACIÓN EN LAS SOCIEDA-

* Antonio LÓPEZ PELÁEZ es Catedrático de Universidad de Trabajo Social y Servicios Sociales, en el Departamento de Trabajo Social, Facultad de Derecho, UNED. Doctor en Sociología y Doctor en Filosofía. Director del Centro Asociado de la UNED de Segovia. Investigador principal (IP) del Grupo de Investigación Consolidado reconocido por la UNED Koinonía. Grupo interdisciplinario de investigación sobre Trabajo Social, Historia, Derecho e Intervención social (www.koinonia.org.es). Ha publicado numerosos artículos en revistas científicas de primer nivel (International Journal of Social Welfare, Technological Forecasting and Social Change, Social Security Studies, Social Epistemology, The IPTS Report, Revista Internacional de Sociología (RIS), Arbor, Sociología del Trabajo, Sistema. Revista de Ciencias Sociales, etc.), y en editoriales de referencia en el ámbito jurídico y de las ciencias sociales (Springer, Centro de Investigaciones Sociológicas –CIS–, Tecnos, Alianza Editorial, Espasa, Sistema, Universitat, Obra Social la Caixa –colección Estudios Sociales–, etc.). Es director de Comunitania. Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales. International Journal of Social Work and Social Sciences (www.comunitania.com). alopez@der.uned.es

Sagrario SEGADO SÁNCHEZ-CABEZUDO es profesora en el Departamento de Trabajo Social, Facultad de Derecho, UNED. Doctora en Trabajo Social, es miembro del Grupo de Investigación Consolidado reconocido por la UNED, Koinonía (www.koinonia.org.es). Ha realizado estancias de investigación en la School of Social Welfare (University of California, at Berkeley), en la Open University (UK), y en la Universidad de Postdam (Alemania). Ha publicado artículos en revistas de elevado nivel de impacto en el ámbito del Trabajo Social y las Ciencias Sociales (International Journal of Social Welfare, Technological Forecasting and Social Change, Social Security Studies, Portularia, Cuadernos de Trabajo Social, Revista de Estudios de Juventud, etc.) y en editoriales de prestigio (Trotta, Sistema, Nau llibres, Colex, Obra Social la Caixa –colección Estudios Sociales– o Universitat). Es secretaria de edición en inglés de Comunitania. Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales. International Journal of Social Work and Social Sciences (www.comunitania.com). ssegado@der.uned.es

DES COSMOPOLITAS. 3. COMUNICACIÓN Y MEDIACIÓN EN EL SIGLO XXI: PERSPECTIVAS SOBRE EL ANALFABETISMO RELACIONAL. 4. EPÍLOGO: MEDIACIÓN Y TRABAJO SOCIAL EN EL SIGLO XXI. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El Trabajo Social como disciplina científica, y como profesión, nace en un contexto específico: los conflictos y la desestructuración que sufren personas, familias, grupos y comunidades en las sociedades industriales, a finales del siglo XIX, dentro de una corriente más amplia que toma como objeto de investigación la realidad social: «el nacimiento del Trabajo Social está relacionado íntimamente con el nacimiento de las Ciencias Sociales en general y dentro de ellas nace con una vocación clara: ser una disciplina aplicada, nace para producir cambios, para intervenir en la realidad social»¹. La denominada «cuestión social» pone de relieve las nuevas formas de pobreza que caracterizan a las sociedades industriales. Utilizando los términos de JASPERS, podríamos decir que el Trabajo Social es un *logos*, que responde a la desazón de un mundo que nos desasosiega, y busca convertirse en una *techné*, en una técnica o práctica transformadora.

En este sentido, en la obra de Marie RICHMOND², observamos cómo una evaluación precisa de las condiciones de vida y las circunstancias de cada persona nos lleva a interrogarnos por los procesos que le han conducido a su situación actual, así como por el modelo de vida, el modelo de sociedad y el modelo de bienestar hacia el que debe dirigirse la actividad profesional del trabajador social, y por supuesto, el propio ciudadano usuario de los servicios sociales. Nuestra disciplina afronta los procesos de degradación y exclusión social, con un objetivo muy concreto: hacer posible una vida digna, combinando un enfoque centrado en los ciudadanos y sus circunstancias, en un nivel micro, con un enfoque que pone de relieve la necesidad de diseñar estrategias institucionales que permitan garantizar los derechos de los ciudadanos (convirtiendo, en la lógica de SEN³, los derechos en capacidades), y que, obviamente, tiene un enfoque meso y macro, en el ámbito de las políti-

1. MIRANDA MARTÍN, M. 2012. Contexto de la actividad y pensamiento de Mary Richmond. Cuadernos de Trabajo Social 24, 40.
2. RICHMOND, M. 2005. Diagnóstico social. Madrid: Siglo XXI (primera edición, 1917).
3. SEN, A. 2010. La idea de justicia. Madrid: Taurus.

cas sociales y el estado del bienestar. Los nuevos retos a los que hacemos frente han llevado a la elaboración de la denominada *The Global Agenda for Social Work and Social Development*, en la que se plantea como un objetivo fundamental vincular lo personal con lo global, la teoría con la práctica, lo regional con lo local, contribuyendo a una redefinición de las políticas sociales a nivel global⁴.

Como ciencia social, el Trabajo Social toma como punto de partida la naturaleza social de los seres humanos⁵. Por nuestra propia condición social, nos relacionamos, tenemos conflictos, y también experiencias de solidaridad, tenemos desacuerdos, y también proyectos colectivos. Nos encontramos inmersos en una tradición, una historia, un lenguaje, una forma de estar en el mundo, y actuamos a favor y en contra de ella, convirtiéndonos en actores de cambio y también de resistencia al cambio. Cuando nos adentramos en los procesos de exclusión social, observamos los modelos relacionales de la persona como individuo, sus vínculos o la falta de los mismos. Pero también vamos más allá del individuo, y prestamos atención a los modelos de relación que se generan en nuestras instituciones, en nuestras empresas, en nuestro medio, y cómo nos adaptamos, a veces, a través del conflicto en sus lógicas de interacción. Si, en términos orteguianos⁶, cada persona somos nosotros mismos y nuestras circunstancias, si no salvamos nuestra circunstancia, no nos salvamos a nosotros mismos (como señalaba el autor de la *Rebelión de las masas*). Y los otros y nuestras instituciones son nuestras circunstancias para desarrollar nuestro proyecto vital.

El arte de mediar, de actuar como agentes, que se encuentran en medio de otros agentes, orientados a lograr la comunicación, el acuerdo, el proyecto común (aunque sea un proyecto basado en la divergencia de trayectorias razonablemente asumidas, como ocurre por ejemplo, en la ruptura de una pareja), constituye desde sus inicios una de las características del Trabajo Social⁷. Nuestra disciplina, y nuestra profesión, es una ciencia/profesión de ayuda, que se centra en la investigación sobre los problemas sociales y los métodos y técnicas de intervención social que permiten potenciar las capacidades de las personas, grupos y comu-

-
4. JONES, D. N., TRUPELL, R. 2012. The Global Agenda for Social Work and Social Development: A place to link together and be effective in a globalized world. *International Social Work* 55 (4) 454-472.
 5. LÓPEZ PELÁEZ, A. (ed.) 2010. *Teoría del Trabajo Social con Grupos*. Madrid: Universitas.
 6. ORTEGA Y GASSET, J. 1987. *La rebelión de las masas*. Obras Completas, vol. 4, pp. 113-312 (primera edición, 1930).
 7. PARSONS, R. J. 1991. The mediator role in social work. *Social Work* 36 (6) 483-487.

nidades para afrontar los retos de su contexto vital. Y, en sociedades muy complejas, con estados del bienestar muy desarrollados, el trabajador social se convierte igualmente a menudo, en un mediador burocrático, nexo de unión entre los ciudadanos y las prestaciones o servicios disponibles para ellos.

Desde esta perspectiva general, la mediación puede definirse como la capacidad de modular la interacción entre personas, grupos y comunidades, tanto dentro de ellas mismas, como entre ellas. Con el objetivo de llegar a acuerdos, establecer protocolos de actuación, resolver conflictos, y, específicamente, dotar de herramientas a los ciudadanos para que puedan afrontar el futuro con más y mejores habilidades en este ámbito. Hay que señalar que, desde un primer momento, un ámbito especialmente adecuado para materializar este enfoque ha sido el ámbito familiar (aunque, desde nuestro punto de vista, abarca a toda la disciplina del Trabajo Social). Como profesional, el trabajador social tiene como objetivo fortalecer las habilidades de las familias para afrontar y resolver sus problemas. Y cuando se produce la ruptura de la pareja, su objetivo consiste en fortalecer a ambos miembros, para que la separación sea lo menos lesiva posible, tanto en el nivel psicológico, como en el relacional (sobre todo en relación a los hijos) y el económico. Como señala HAYNES⁸, los recursos y habilidades de nuestra disciplina pueden ser utilizados para disminuir el dolor, la frustración, y potenciar habilidades para afrontar el problema y gestionar los conflictos, tanto en la fase de disolución de la pareja como de planteamiento de la nueva fase vital.

Lo específico del enfoque de la mediación en el ámbito del Trabajo Social es su vinculación con el desarrollo personal y la potenciación de las capacidades de personas, grupos y comunidades, desde la perspectiva de la ayuda tanto solidaria como institucionalizada, en el contexto de los procesos de exclusión social propios de nuestras sociedades cosmopolitas. En este sentido, la mediación en nuestra disciplina siempre tiene una vocación *temporal*, no aspira a convertirse un *consejero permanente* (aunque pueda y deba especializarse en el ámbito de la mediación como espacio profesional), sino que busca dotar de herramientas a las personas para que ellas puedan continuar sin el mediador. Tiene como objetivo último que las personas practiquen y se empoderen en el ejercicio del acuerdo, la gestión del conflicto, y la capacidad de gestionar

8. HAYNES, J. M. 1987. Divorce mediator: a new role. *Social Work. A journal of the National Association of Social Workers* 23 (1), 5-9.

nuestras diferencias. Igual que en el resto de los ámbitos y problemas que aborda el Trabajo Social, la finalidad es siempre *devolver-recuperar-generar* la capacidad de actuación, favorecer el desarrollo personal, grupal y comunitario, e incrementar la justicia y el bienestar social.

En este capítulo vamos a profundizar en los principales retos que en los próximos años afrontará el Trabajo Social, desde la perspectiva de su labor mediadora. Dado que en otros capítulos reconocidos expertos van a profundizar sobre aspectos específicos de la mediación familiar, nos centramos en dos aspectos generales: en primer lugar, las características de nuestras sociedades cosmopolitas y los principales retos que se derivan para la mediación; en segundo lugar, los resultados de nuestra investigación sobre los principales problemas relacionales y el nuevo ámbito para la intervención social que se deriva precisamente, de las carencias relacionales propias de un nuevo síndrome que afecta a nuestras sociedades: el analfabetismo relacional.

2. PARADOJAS DE LA MEDIACIÓN EN LAS SOCIEDADES COSMOPOLITAS

Tanto en el nivel personal, como en el nivel grupal o comunitario, los trabajadores sociales afrontan una compleja labor, con tres características: restaurar o recuperar la capacidad de las personas, grupos y comunidades para afrontar los retos de la vitales, potenciar las habilidades personales, grupales y comunitarias para actuar como protagonistas de su propia historia (lo que implica conocer los retos a afrontar) y, finalmente, como profesionales de los servicios sociales en el ámbito del bienestar social, desarrollan las tareas específicas de evaluación, asignación y supervisión de los recursos disponibles tanto en la Administración como en las distintas organizaciones en la que desarrollan su actividad profesional. En este sentido, puede decirse que la labor de mediación, entendida como la capacidad de poner en relación distintas realidades, incluida la del trabajador social, es una de las características claves del Trabajo Social como disciplina, y como profesión.

Dado que en otros capítulos de esta obra colectiva se van a analizar ámbitos muy específicos de la mediación en el campo del Trabajo Social, nos proponemos reflexionar sobre aspectos más generales, como las bases conceptuales y el entorno social en el que se desarrolla nuestra peripia vital y que da lugar a la mediación. Así, la reflexión ética, la evaluación de necesidades, y el compromiso por hacer posible el ejercicio de la ciudadanía y el proyecto vital de cada persona, son aspectos clave

tanto de los inicios del Trabajo Social⁹, como de los trabajadores sociales en el siglo XXI. El código ético de nuestra disciplina nos muestra claramente el modelo de sociedad por el que trabajamos en nuestra actuación, basado en la promoción activa de los derechos humanos. Frente a la pobreza, aislamiento, pasividad, resignación y falta de vínculos sociales, las pioneras del Trabajo Social¹⁰ desarrollaron un conjunto de actividades, que buscaban reestablecer la identidad, la autoestima, los lazos interpersonales, la cooperación entre diferentes, y las competencias y habilidades precisas para romper la situación de exclusión en las que se encontraban inmersas:

«En Chicago, Addams quedó muy impresionada por el hecho de que, aunque los inmigrantes solo se sentían realmente cómodos asociándose con gente conocida –lo cual los condenaba a la marginalidad–, ni siquiera en esas condiciones creaban vínculos sólidos. Y con el tiempo la ciudad erosionaba los lazos antiguos. La masa de inmigrantes que vivía al margen del sueño americano y que seguía siendo pobre, se hizo cada vez más resignada y más pasiva. Addams decía que podía identificar al instante esta gente en la calle porque eran personas silenciosas, sentadas en los portales y ensimismadas, extremadamente abatidas, a quienes raramente se veía en las iglesias o centros de los sindicatos. La cuestión social en las casas de acogida, por tanto, era doble: cómo alentar la cooperación con los diferentes y cómo estimular el deseo de asociarse. (...) Addams reformulaba la cuestión social de lo que en nuestros días llamamos multiculturalismo. Para ella, el multiculturalismo planteaba un problema; la palabra en sí misma no propone cómo vivir juntos. Addams respondió con asombrosa sencillez a los problemas de la diferencia y la participación: se centró en la experiencia cotidiana, esto es, el cuidado de los hijos, la escuela y la compra. (...) ¿Qué papel debía cumplir la cooperación cara a cara en la conformación de la experiencia cotidiana? (...) La Hull House ponía el acento más en la flexibilidad de los intercambios que en su rigidez, y consideraba la informalidad una virtud»¹¹.

Desde este punto de vista, podemos analizar cómo se redefinen los tres ámbitos clásicos de la mediación que hemos señalado: restaurar los conflictos, potenciar las habilidades, y actuar cómo vínculo de conexión con las administraciones. Son ámbitos que se dan siempre conjuntamente en cada situación compleja de nuestra trayectoria personal o colectiva. Pensemos por un momento en una tipología de casos relativamente extendida, que hemos investigado dentro del proyecto de investi-

9. BOUQUET, B. 2011. Mary Richmond: una semblanza personal e intelectual (1861-1928). Cuadernos de Trabajo Social 24, 13-21.

10. BOUQUET, B. 2011. Mary Richmond: una semblanza personal e intelectual (1861-1928). Cuadernos de Trabajo Social 24, 13-21.

11. SENNETT, R. 2012. Juntos. Rituales, placeres y política de cooperación. Barcelona: Anagrama, pp. 80-81.

gación sobre trabajo social con familias que hemos desarrollado¹²: una crisis matrimonial en una pareja joven con dos hijos. En este caso, junto al desarrollo de estrategias de gestión de los conflictos, de racionalización de los comportamientos, y de integración de las diferencias, es necesario potenciar las habilidades en cada nivel relacional. Se trata de un aspecto clave para poder gestionar la relación familiar, ya que, más allá de la separación de la pareja, su responsabilidad sobre los menores sigue vigente. Y, finalmente, habría que gestionar también la relación con las instituciones. En el contexto mencionado, las personas se ven envueltas a menudo en situaciones contradictorias, que afectan a su capacidad para afrontar los problemas, dándose el contexto idóneo para la actividad mediadora. En el marco de la crisis económica actual, estas situaciones conflictivas se incrementan, y afectan con frecuencia a las familias de clase media¹³. Por ejemplo, los conflictos entre el desempeño laboral y las responsabilidades en el hogar se han agudizado enormemente, como consecuencia de un mercado laboral cada vez más demandante. Se trata de exigencias a menudo irracionales, en las que la conciliación es muy difícil, y que generan conflictos irresueltos que pueden transformarse en predictores de exclusión social.

Podemos señalar tres aspectos paradójicos de nuestras sociedades, en el ámbito de la mediación:

- En primer lugar, la progresiva pérdida del valor de la responsabilidad por los otros, o su no reconocimiento como iguales. Una responsabilidad que también van perdiendo las instituciones en las que nos organizamos con los demás. La exaltación del individualismo y de la épica del directivo, unida a la globalización y al capitalismo tecnológico en el que estamos inmersos, han producido un fuerte desgaste de la imagen de las instituciones públicas, incluida nuestra participación en lo público, nuestra conciencia del deber y la responsabilidad compartida con otros, y en definitiva, han deteriorado la confianza en las instituciones. En algunos colectivos, como los jóvenes españoles, este nivel de desconfianza y de lejanía respecto a las instituciones públicas y los

-
12. LÓPEZ PELÁEZ, A., SEGADO SÁNCHEZ-CABEZUDO, S. 2012. Teoría, método y práctica: perspectivas sobre la investigación en el ámbito de la intervención social. En FOMBUENA VALERO, J. (coord.): *El trabajo Social y sus instrumentos. Elementos para una interpretación a piacere*. Pp. 249-267. Valencia: Nau Llibres.
13. SEGADO SÁNCHEZ-CABEZUDO, S., LÓPEZ PELÁEZ, A. 2013. Social work with middle-class Spanish families: The challenge of the work-family conflict. *International Journal of Social Welfare*. DOI: 10.1111/ijsw.12012.

partidos políticos alcanza ya niveles muy elevados¹⁴. La percepción de la inversión pública como un coste, y no como un beneficio, y la pérdida de confianza en los gestores públicos derivada de los casos de corrupción, acrecienta la crisis de legitimidad del Estado del Bienestar. A la vez, introduce una lógica individualista en la que la cooperación y la responsabilidad quedan en segundo plano. Este proceso de aparente crítica acaba desfigurando nuestras capacidades cooperativas, y su fortalecimiento se convierte en un objetivo de la mediación: los conflictos no pueden acabar solamente con la destrucción del contrario, es necesario establecer mecanismos de convivencia, mecanismos de gestión en las relaciones complejas pero necesarias, y capacidades para trabajar en equipo. El núcleo duro de cualquier buena sociedad, como señala ETZIONI, es la capacidad de asumir responsabilidades unos por otros¹⁵. Y en sociedades en las que los otros se convierten en obstáculos, enemigos o simples oportunidades para la mejora individual, las dificultades de interrelación aumentan. Podríamos formular esta idea de la siguiente forma: en un contexto en el que se exalta el individualismo, dependemos de nuestras capacidades de interacción, negociación y acuerdo. Educar en la mediación es educarnos en el reconocimiento del otro como ciudadano, y en las técnicas para resolver dentro de este marco epistemológico nuestra interacción con los demás.

- En segundo lugar, e íntimamente vinculado con el punto anterior, podemos situar la transformación económica y su impacto sobre el Estado del Bienestar. Los procesos de exclusión, las demandas de la ciudadanía, y la arquitectura institucional del Estado del Bienestar, se encuentran íntimamente relacionados. En nuestro contexto socioeconómico, estos cambios afectan al propio modelo de capitalismo, a una sociedad que asume el mercado y el consumo como norma de identidad. Son cambios no solo de reglas de funcionamiento y ámbito de actuación, como la globalización o las transacciones financieras internacionales. También aumenta la esperanza de vida, se demandan nuevos servicios, y la heterogeneidad de las poblaciones conlleva nuevas tensiones sobre los

14. MORENO MÍNGUEZ, A., LÓPEZ PELÁEZ, A., SEGADO SÁNCHEZ-CABEZUDO, S. 2012. La transición de los jóvenes a la vida adulta. Crisis económica y emancipación tardía. Barcelona: Obra Social la Caixa.

15. ETZIONI, A. 2004. Foreword. In Gilbert, N. Transformation of the Welfare State. The silent surrender of public responsibility. P. XIV. New York: Oxford University Press.

modelos de vida tradicional (unos modelos que quizás ya no existen de forma mayoritaria en nuestras sociedades, como muestra la diversidad de formas de familia¹⁶). El debate sobre un Estado del Bienestar sostenible nos remite al debate sobre la democracia y la vida digna, y sobre cómo organizarnos colectivamente. Ni se puede mantener una defensa a ultranza de medidas sociales que no han demostrado a lo largo de los años ser eficaces, ni se puede proteger de forma intemporal a grupos de intereses diversos, profesionales o no, que se han beneficiado de cada una de las configuraciones posibles del Estado del Bienestar. Pero tampoco se puede abandonar la responsabilidad pública sobre cada individuo y sobre la sociedad como tal: es necesario un estado del bienestar eficaz para poder desarrollar nuestras trayectorias vitales. En esta situación de redefinición de las políticas sociales, en el entorno de una crisis económica sin precedentes desde la crisis de 1929, hay que volver a reflexionar sobre las líneas de convergencia que nos pueden permitir afrontar los cambios socioeconómicos, garantizando que las consecuencias negativas que se generan en nuestro entorno puedan ser mitigadas, fortaleciendo tanto la capacidad individual, como la capacidad cooperativa de los ciudadanos. En este sentido, desde hace más de una década, relevantes investigadores en el ámbito del Trabajo Social han puesto de relieve la necesidad de restaurar la solidaridad y redefinir unas políticas sociales más eficientes, inclusivas, en las que se redefine la relación entre la responsabilidad pública y privada, buscando un equilibrio que tiene como clave la capacidad cooperativa, y que implica tanto lo público como lo privado¹⁷. Con este objetivo, las capacidades relacionales, la cooperación, se convierten en un predictor claro de inclusión o de exclusión social. Podríamos sintetizar esta idea en los siguientes términos: los cambios socioeconómicos acaban poniendo en crisis el estado de bienestar y la sociedad que los ha hecho posibles. Y, para afrontar dichos cambios, necesitamos fortalecer nuestras capacidades relacionales, de entendimiento y cooperación, lo que implica claramente una cultura del diálogo y de mediación, en la que no solo se pueden plantear los temas en términos individuales. Necesitamos configurar estructuralmente nuestra sociedad para hacerlo

16. DEL FRESNO GARCÍA, M. 2011. Retos para la intervención social con familias en el siglo XXI. Consumo, ocio, cultura, tecnología e hijos. Madrid: Trotta.

17. GILBERT, N. 2004. Transformation of the Welfare State. The silent surrender of public responsibility. New York: Oxford University Press.

posible, y, en este sentido, la redefinición del estado del bienestar está demandando no su desaparición, sino su transformación.

- En tercer lugar, en sociedades de consumo de masas, el problema del reconocimiento de nuestra identidad compartida. La lógica de la identidad definida por la oposición a los demás (la dinámica corrosiva del «nosotros-contra-los-otros») que tan brillantemente analiza SENNETT, pone de relieve la importancia de desarrollar las habilidades cooperativas, y desarrollar un modelo de identidad que integra a los demás y nos permite relacionarnos con libertad. Pero solo podemos cooperar si, independientemente de la simpatía, reconocemos la dignidad ajena y establecemos fórmulas, ritos, un modelo concreto de interacción que permita la cooperación:

«Hace 40 años en Estados Unidos existía todavía la segregación. En ese momento en Columbia (capital del Estado de Carolina del Sur). Se creó el "Club de Almuerzos de Columbia". El Club era el único sitio en toda la capital, donde las personas negras y blancas podían reunirse socialmente. Este Club se ha mantenido hasta la actualidad dado el enorme éxito que ha mantenido en todos estos años. No planean un orden de día. Las conversaciones en torno a la mesa, comienza de forma típica con introducciones que incluyen las cuotas de afiliación o el trabajo voluntario que están realizando los participantes. Y pueden continuar desarrollando estos asuntos introductorios o trasladarse a discusiones sobre acontecimientos recientes que se están dando en la comunidad. Estas conversaciones a menudo derivan en encuentros posteriores entre los miembros que así lo deciden. Asimismo, este Club ha facilitado el acceso a puestos de trabajo en distintas organizaciones, a viviendas y ha ayudado a muchas personas a convertirse en trabajadores autónomos, conectado a las personas con servicios diversos y buscando inversores...Además de estas acciones manifiestas, el Club ha jugado un papel decisivo, reduciendo significativamente la tensión en la comunidad al compartir en un marco de diversidad racial el poder económico y político»¹⁸.

Precisamente la educación en la mediación se caracteriza por introducir modelos de relación en los que la lógica de la dominación y del poder, factores omnipresentes en las relaciones humanas, se ven atemperados por el reconocimiento de los demás y el respeto a su identidad. Se trata de fortalecer los denominados «intercambios dialógicos», en los que se crean ámbitos de interrelación y cooperación dirigidos al intercambio y la consecución de

18. WOLF, N. 1993. *Fire with Fire: The New Female Power and How It Will Change the 21st Century*. New York: Random House.

metas particulares, respetando la realidad personal de los demás¹⁹. Aunque nuestras sociedades viven inmersas en un imaginario simbólico vinculado al consumo personal y la comparación con los demás en función el nivel de gasto, paradójicamente tanto para la competición como para la competencia necesitamos relacionarnos con los demás. La dinámica de la mediación como estilo de vida lo que pone de manifiesto, precisamente, es la importancia de reconocer los proyectos y las necesidades de las personas que se relacionan, objetivando sus metas y objetivos, y la importancia de analizar en sí mismos los ritos o formas de comportamiento que se desenvuelven, tanto para competir como para colaborar. Podríamos sintetizar esta paradoja señalando cómo en una sociedad de masas que mitifica a los individuos y exalta la persecución de metas individuales, carecemos de modelos de interacción adecuados, que nos permitan gestionar correctamente nuestras relaciones, lo que nos impide realizarnos como sujetos autónomos.

Como hemos visto al analizar estas tres situaciones paradójicas, el Trabajo Social, como disciplina, está íntimamente relacionado con la mediación, podríamos decir que *esencialmente* vinculado con la mediación. En este contexto, nuestra disciplina insiste en poner de relieve la importancia de la intersubjetividad, del reconocimiento del otro, y del poder que cada persona, grupo y comunidad alberga para desarrollar su trayectoria vital. Un poder enraizado en su situación personal, familiar, grupal y comunitaria.

En este sentido, al analizar el problema de la vulnerabilidad pre-

19. «Hay cinco formas de intercambio. La cooperación y la competencia están más equilibradas en la zona central del espectro de intercambio. El intercambio en el que todos ganan tienen lugar tanto en la naturaleza como en la cultura, pero en ambos casos el equilibrio es frágil. Los intercambios dialógicos que diferencian a los individuos y los grupos también pueden equilibrar la cooperación y la competencia. El establecimiento del territorio mediante marcas que crean lindes y fronteras impregna las comunidades naturales, pero en la cultura humana se especializa y refina. En los extremos del intercambio, el altruismo es una fuerza involuntaria en las sociedades naturales y una experiencia internalizada entre los seres humanos; en él no se necesita reciprocidad tangible. En el otro extremo del espectro, la competencia prevalece sobre la cooperación en los intercambios de suma cero, si bien para entrar en acción necesita la cooperación. La competencia humana se organiza simbólicamente en la misma medida que la cooperación. En los intercambios en los que el ganador se lo lleva todo, las conexiones entre ambas partes quedan completamente cortadas; el mayor depredador es amo y señor» SENNETT, R. 2012. *Op. cit.*, pp. 127-128.

sente en nuestro modelo social y económico, no podemos interpretar el comportamiento exclusivamente de forma individual, ni tan siquiera como comportamiento colectivo derivado de una norma o una idea. Hay que tomar, también, en consideración cómo nos reconocemos, como definimos lo justo en función de nuestra interacción. Estudiar la vulnerabilidad nos lleva a considerar el problema del razonamiento erróneo. Y en este punto, la teoría del reconocimiento de Axel Honneth²⁰ define «la ayuda» de forma muy significativa para la mediación: como reconocimiento del otro. Fundamenta así la raíz ética del Trabajo Social²¹. Esta consideración tiene lugar en un contexto en el que la postmodernidad y la exaltación del individualismo no puede sostenerse por más tiempo de forma acrítica. Es fácil deducir en este punto, que la ayuda como reconocimiento se materializa en la *ayuda como mediación*, y en la *mediación como estrategia relacional*.

Partiendo de las teorías del joven HEGEL, y superando los planteamientos de las políticas de la identidad, HONNETH, propone tres niveles de reconocimiento que tienen que ver con las experiencias vividas como injustas (y en torno a las cuales se establece a menudo la intervención profesional de los trabajadores sociales):

- En relación con el menosprecio que supone la humillación física, HONNETH propone un tipo de reconocimiento afectivo denominado autoconfianza: forma de reconocimiento recíproco basada en el amor, en la aprobación y exhortación afectivas: «nos referimos al estrato más básico de seguridad emocional y física en la exteriorización de las necesidades y los sentimientos propios que constituye la premisa psíquica para el desarrollo de todas las otras formas de autoestima»²².
- Un segundo nivel, se puede derivar de la experiencia de la privación de derechos y la exclusión social: «En este caso, el hombre es humillado en la medida en que, dentro de su comunidad, no se le concede la imputabilidad moral de una persona jurídica de pleno valor. En consecuencia, a esta forma de menosprecio le debe corresponder una relación de reconocimiento recíproco en

20. HONNETH, A. 2009. Crítica del agravio moral. Patologías de las sociedades contemporáneas. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

21. LÓPEZ PELÁEZ, A. 2012. Profesión, ciencia y ciudadanía: retos para el Trabajo Social y los Servicios Sociales en el siglo XXI. Azarbe. Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar 1, 61-72.

22. HONNETH, A. 2010. Reconocimiento y menosprecio. Sobre la *fundamentación* normativa de una teoría social. Madrid: KATZ, p. 24.

la que el individuo aprende a considerarse, desde el punto de vista de los otros participantes en la interacción, titular de los mismos derechos que estos»²³. El reconocimiento que le corresponde a este nivel es el reconocimiento jurídico, y la actitud positiva que el individuo experimenta es la del autorrespeto elemental.

- En tercer lugar, el tercer tipo de menosprecio puede definirse como la degradación del valor social de las formas de autorrealización. «A esta forma de menosprecio le corresponde, como relación de reconocimiento que puede ayudar al individuo a adquirir una forma de autoestima de este tipo, una relación de aprobación solidaria y apreciación de las capacidades y formas de vida desarrolladas individualmente. En ella los individuos y sus especificidades individuales encontrarían, como personas individualizadas a lo largo del transcurso de su vida, el reconocimiento de la exhortación recíproca»²⁴.

El Estado del Bienestar y las políticas sociales en el siglo XXI, y también el Trabajo Social como profesión, tiene que afrontar el reconocimiento de la ciudadanía del otro, estableciendo un modelo de cargas y responsabilidad compartidas, en la que el ciudadano no puede ser reducido a un mero usuario o un simple número. Es necesario avanzar en nuevos enfoques teóricos en nuestra disciplina, y uno de ellos es el enfoque vinculado con la mediación como ámbito de especialización (tanto en el nivel de reflexión teórica como en la práctica profesional). Esta necesidad cobra importancia en la medida en la que, como vamos a exponer en el siguiente epígrafe, nuestros modelos de gestión de conflictos son claramente inadecuados. Se derivan de una socialización que, tanto a nivel educativo como laboral, debilita nuestras capacidades cooperativas, favorece el aislamiento, e interpreta el conflicto como una estrategia con un único fin: la eliminación del adversario. Siguiendo a HONNETH, el trabajador social en su intervención especializada puede establecer estrategias de mediación que permitan recuperar la autoconfianza a través de la interacción, que permitan potenciar el respeto y el reconocimiento legal, y que permitan, también, una aprobación solidaria y un reconocimiento social. En todo este proceso, nos encontramos inmersos en una experiencia de «comunicación-conflicto-acuerdo-competencia» definidos en función del modelo previo antropológico en el que

23. Ídem, p. 26.

24. Ídem, p. 28.

nos hemos socializado, y que tenemos que rediseñar para hacer posible una sociedad más democrática e inclusiva en el siglo XXI.

3. COMUNICACIÓN Y MEDIACIÓN EN EL SIGLO XXI: PERSPECTIVAS SOBRE EL ANALFABETISMO RELACIONAL

En un entorno de grandes metrópolis urbanas, con más de la mitad de la población mundial viviendo en grandes ciudades, en sociedades inmersas en un ámbito de relaciones online, en las que empresas y particulares demandan más habilidades relacionales y un trabajo en equipo, y que son cada vez más heterogéneas y longevas, los conflictos en torno al estatus, el poder, la comunicación y el deseo se reproducen, como no podía ser de otro modo, igual que en el pasado, pero presentan novedades. Y en nuestros procesos de adaptación y transformación del entorno, necesitamos conocer las ventajas y los riesgos nuevos y también antiguos, que afrontamos.

Desde esta perspectiva, desde el año 2005 hemos llevado a cabo diversos proyectos de investigación centrados en lo que hemos denominado un nuevo síndrome: el *analfabetismo relacional*. Se trata de una incapacidad relacional que implica la necesidad de redefinir nuestras estrategias de mediación, y desarrollar nuevas habilidades en personas que, a pesar de considerarse sujetos autónomos e independientes, tienen dificultades relacionales derivadas del desconocimiento y la falta de práctica de un modelo relacional saludable. Los resultados de nuestras investigaciones en este ámbito se han publicado no solo en revistas científicas²⁵, sino que también han ocupado páginas en periódicos como *La Vanguardia*²⁶ o programas de radio como *Hora 25* (Cadena Ser). A continuación, sintetizamos brevemente nuestros resultados²⁷:

Desde nuestro punto de vista, la mediación se basa en la comunicación: somos animales sociales, relacionales, inmersos desde el momento del nacimiento en procesos comunicativos con los demás. En cierta medida, igual que Carlos Marx señalaba que nuestro ser son nuestras relaciones sociales, dado que nuestras relaciones sociales se basan en nuestra capacidad de comunicación, podríamos deducir que el armazón de

25. LÓPEZ PELÁEZ, A. 2009. Analfabetismo relacional e inteligencia emocional: ¿un nuevo reto para las organizaciones en el siglo XXI? *Orthopedic Business Review* 3, 3-9.

26. Suplemento Estilos de Vida, *La Vanguardia*. Número 20, sábado 16 de febrero de 2008, pp. 43-45.

27. LÓPEZ PELÁEZ, A., SEGADO SÁNCHEZ-CABEZUDO, S. 2012. Comunicación y grupos sociales. En: LÓPEZ PELÁEZ, A. (ed.). *Teoría del Trabajo Social con Grupos*. Pp. 147-184. Madrid: Universitas.

nuestra identidad social estaría constituido por nuestras pautas comunicacionales, y en este sentido, muchos problemas personales y colectivos se derivan de la utilización de pautas de comunicación desajustadas o erróneas, que nos llevan a conflictos y fracasos. La comunicación interpersonal crea y sostiene incluso nuestro universo intrapersonal. La comunicación en la amistad, el amor, la relación filial, nos permite encontrarnos, y también permite el acuerdo, la negociación, y la gestión del conflicto. Carecer de habilidades en este ámbito, o, como señala Sennett²⁸, socializarnos en un entorno que debilita nuestra capacidad cooperativa, se convierte en un predictor claro de exclusión social.

Cuando además el sueño del crecimiento ilimitado y del individualismo agresivo como modelo de comportamiento se ha visto cuestionado por una fuerte crisis económica, podemos preguntarnos por la viabilidad de una sociedad en la que cada vez nos encontramos más aislados en nuestra vida física, donde el incremento del aislamiento social conlleva sin duda, más inestabilidad emocional. Y donde los patrones relacionales en la red no siempre son efectivos en el mundo físico (quizás porque los patrones del mundo físico que reproducen y amplifican tampoco son efectivos). Cada vez nos relacionamos más en las redes sociales (y nuestro imaginario cultural y relacional se alimenta de las series de televisión, los videojuegos y las películas de cine). A igual que en el mundo físico, en el ámbito *on-line*, por ejemplo en el ámbito de los videojuegos, podemos reforzar nuestras capacidades cooperativas, o reproducir simplemente los modelos relacionales en los que nos hemos socializado²⁹.

28. SENNETT, R. 2012. *Op. cit.*, pp. 189-280.

29. «Si bien muchos de los videojuegos existentes representan y perpetúan modelos preexistentes de la realidad, a través de un juego consciente y crítico podemos percatarnos de su carácter performativo que porta siempre un valor de subversión (...). (...) Las concepciones del mundo se insertan en la vida práctica de los sujetos inspirando su praxis social. Habitualmente éstas son estructuras asimiladas y reproducidas de manera inconsciente, pero a través de los videojuegos, principalmente a través de los videojuegos políticos (aunque no exclusivamente), los usuarios pueden tomar conciencia de estas estructuras, al tiempo que establecen la relación entre éstas y sus problemas vitales o entre éstas y la infinidad de problemas políticos, económicos o sociales del mundo de modo que pueden tratar de resolverlos en un entorno simulado» CABAÑES, E. 2012. Del juego simbólico al videojuego: la evolución de los espacios de producción simbólica. *Revista de Estudios de Juventud* 98, 73. En este sentido, en los proyectos de innovación docente que hemos desarrollado en los últimos años, hemos planteado a nuestros estudiantes desarrollar la capacidad mediadora y la negociación en diversos videojuegos, favoreciendo su capacidad de interacción online. Desde nuestro punto de vista, la utilización de los videojuegos como técnica de intervención en el ámbito del Trabajo Social se va a desarrollar en las próximas décadas de manera exponencial.

Más tiempo en el trabajo, más consumo de televisión e Internet, hogares con menos miembros, menos redes sociales en las que apoyarse en tiempos de incertidumbre caracterizados por el paro laboral, las crisis existenciales, crisis educativas y de valores, etc. PUTMAN³⁰ analizó estas cuestiones en su obra «Bowling alone» (solo en la bolera), y desde nuestro punto de vista hay que resaltar una cuestión clave: la pérdida (derivada de nuestro modelo social de trabajo y de consumo), de un activo básico en nuestra vida económica y psicológica: nuestro capital social, nuestras relaciones, nuestros amigos... Las relaciones de amistad y de apoyo mutuo se basan en la reciprocidad, en el altruismo, la confianza y el aprecio. Pero, en sociedades en las que se entroniza el culto al yo, en las que todo puede ser puesto en venta en función de mi interés inmediato, las amistades y las relaciones altruistas no constituyen ideales, si acaso románticos, para la mayor parte de la población. El resultado es obvio: hemos alentado un tipo de educación, y un estilo de vida y de trabajo, en nuestras sociedades cosmopolitas, en las que cada vez más personas tienen dificultades para relacionarse, no son capaces de resolver un conflicto, no saben trabajar en equipo ni establecer lazos de solidaridad... ¿Cómo denominar esta nueva patología? El *analfabetismo relacional*. Podemos definirlo en los siguientes términos: *la carencia, en un contexto histórico y social determinado, de las habilidades básicas para relacionarnos con los demás, para comunicarnos con efectividad, para resolver conflictos y recuperar relaciones, de forma tal que podamos comprender, manejar y mantener la interacción con los demás de forma sostenible en el tiempo, en toda su complejidad*. Se trata de una patología que demanda la mediación como intervención profesional, con un objetivo muy claro: integrar habilidades para gestionar conflictos y oportunidades.

El valor de la capacidad relacional es innegable: un porcentaje elevado de empleos se encuentran a través de las redes de familiares, amigos y conocidos, y hay quien valora más la agenda de contactos que el capital económico del que dispone una persona. La consecuencia lógica de nuestra propia condición relacional debería ser la siguiente: cultivar nuestras capacidades relacionales como un activo básico. Sin embargo, hemos entronizado el individualismo como eje de la vida social, hemos creado un modelo de consumo y de carrera profesional en el que solo existe el mercado, individualizando las prácticas, fragmentando y encerrando a cada persona en el sueño de la autosuficiencia. Y este modelo de sociedad esconde una verdad amarga, más terrible aún en tiempos

30. PUTNAM, R. 2000. *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*. New York: Simon & Schuster.

de crisis: el aumento de la fragilidad de las trayectorias individuales, mayores niveles de soledad, de aislamiento, y la incapacidad para hacer frente a retos estructurales que demandan respuestas colectivas, y que nos pueden hacer fracasar tanto individualmente, como colectivamente.

No saber leer y escribir fue siempre un predictor claro de exclusión social. Posteriormente el desconocimiento de las tecnologías y la falta de comprensión del «oyente» en el proceso comunicativo, puso de relieve el problema de los denominados analfabetos funcionales. El origen del analfabetismo relacional está en los cambios sociales que han ocurrido en las últimas décadas, en la incomunicación entre generaciones dentro del hogar, en el mito del individualismo y la exaltación patológica del yo. No nos formamos para relacionarnos, para resolver conflictos, para integrarnos y comunicarnos, para comprender y manejar nuestras relaciones con los demás. Y, cada vez más, un número creciente de personas no sabe cómo recuperar sus relaciones (después de un divorcio, de un cambio de residencia, de un cambio de trabajo, de una situación de desempleo...), cómo integrarse de nuevo, cómo establecer amistades, complicidades, y trabajar en equipo.

Prueba de ello es que el trabajo en equipo, la empatía, el liderazgo y la capacidad de crear relaciones de complicidad en la empresa se ha convertido en un tema recurrente en la formación de directivos. Y es que estos nuevos analfabetos suponen un serio problema para ellos mismos, y para las empresas en las que trabajan o para la sociedad como tal. En términos de gestión de recursos humanos, hay que preguntarse si nuestro estilo de dirección genera analfabetos relacionales, y si nuestra organización, tanto empresarial como sin ánimo de lucro, o la unidad de Servicios Sociales en la que trabajamos permite el trabajo en equipo, el establecimiento de redes de solidaridad y de apoyo mutuo, o favorece lo contrario: una lucha de todos contra todos. Pensemos en el éxito que las metáforas bélicas han tenido en los manuales de *management*, y el coste simbólico y real que tiene vivir en un entorno bélico, en el que tu compañero/a de trabajo es también tu peor enemigo, o tu pareja, o tus hijos. Incluso cuando el entorno es bélico por necesidad las habilidades de mediación permiten una vida digna y saludable hasta que la persona puede cambiar de contexto. Pero, ¿cuando se requiere la intervención mediadora? Pues sobre todo ante:

- La incapacidad de asumir diferencias, críticas y puntos de vista diferentes al propio.
- La dificultad de exposición de los argumentos, y de diferencia-

ción entre las opiniones sobre cuestiones concretas, y la persona que las emite.

- La dificultad para encontrar un canal de comunicación afín, ya sea una conversación oral o escrita, actividades comunes, etcétera.
- El uso excesivo de estereotipos: padre, madre, hijo, hija, hermano, hermana, subordinado o subordinada, que impiden ir más allá en la relación.
- La dificultad para diferenciar el ámbito personal del ámbito social de ocio o profesional.
- La dificultad para trabajar en equipo, asumiendo la posición propia, respetando los liderazgos propios y ajenos, e introduciendo en el momento oportuno las críticas adecuadas, así como los puntos de acuerdo.
- La dificultad para generar vínculos de solidaridad y de aprecio con los otros, reforzando así su aislamiento.

Desde la perspectiva de esta obra colectiva, titulada «El Arte de la Mediación», podemos preguntarnos por las estrategias básicas que, desde el Trabajo Social, se pueden diseñar para afrontar las dificultades relacionales. El primer paso, desde nuestro punto de vista, es la evaluación correctamente del entorno relacional, los ritos, pautas y modelos de interacción que uno lleva consigo, y los que están vigentes en el entorno en el que se introduce. Desde este punto de partida, el siguiente paso es establecer canales de comunicación saludables que respeten el contexto, y aprovechen las oportunidades para establecer relaciones afables, amigables y colaboradoras. Y desde luego que nos permitan alcanzar nuestras metas en condiciones de igualdad con el otro. Frente al elogio del aislamiento, la comunicación como tal, la experiencia del encuentro y el diálogo, «relacionarnos», aparece como un fin en sí mismo, algo que nos realiza al ejercitarlo. Podemos formular el siguiente *decálogo* para avanzar en el trabajo de mediadores, en el contexto descrito a lo largo de este capítulo, donde se han deteriorado nuestras capacidades relacionales, y nuestros patrones de socialización han entronizado un individualismo poco o nada cooperativo:

- I) Da importancia a las relaciones que tienes con los demás. Dedicales tiempo, y aprende a estar con ellos, si realmente es bueno para ti y no perjudicas a la otra/otras partes. Abandona las relaciones tóxicas.

- II) Tener amigos es un valor en sí mismo, aprende a conservarlos y a ser un «buen» amigo de tus «buenos» amigos. Es importante encontrar ambientes de confianza y lealtad.
- III) Aprende a conocer tu entorno relacional, tanto el de las personas que te rodean, como el de la cultura en la que estás inmerso: escucha, analiza el entorno, describe cuáles son las formas de actuar, y las expectativas de los otros, así como lo que esperan de tí cuando interaccionas con ellos.
- IV) Separa tus deseos o preferencias de lo que es posible, analízalas con detalle y persigue tus objetivos con decisión: analiza las opiniones diferentes de los demás, las pautas de comportamiento establecidas, y busca un espacio común donde a través de la mediación consigamos la conciliación aproximándonos a los objetivos establecidos. La racionalidad es una buena herramienta en este empeño, mediará entre lo que «se quiere» y aquello que «es posible».
- V) Trabaja por un clima emocional adecuado donde tanto las demandas justas como las recompensas justas de todas las partes tengan cabida. Donde no se den abusos de poder, ni victimizaciones falsas. La otra parte es un igual y tener en cuenta esta consideración fundamental, sintetiza brillantemente la mayoría de pautas a este respecto.
- VI) El buen humor es una herramienta magnífica: procura compartir momentos alegres y facilitar los ambientes distendidos en tus relaciones.
- VII) Llegar a acuerdos puede ser una «negociación» que merece la pena ser librada. Aunque hemos propugnado el abandono de las metáforas bélicas, es adecuado el pensamiento estratégico a la vez que honesto con la otra (u otras) partes. Analizar la realidad como un escenario en el que podemos llegar a acuerdos, afrontar errores, y encontrar estrategias para resolver problemas, constituyen aspectos claves en cualquier labor mediadora.
- VIII) Respeta los acuerdos, mantén los compromisos auténticos, libérate de los falsos, y crea espacios de confianza, que permitan afianzar los vínculos de solidaridad y lealtad entre las personas.
- IX) Busca actividades en las que puedas encontrarte con personas

afines, con las que puedas relacionarte satisfactoriamente, que te permitan salir de cualquier tipo de aislamiento.

- X) Aprende a asumir la constancia del trabajo en el tiempo. En la mediación no encontrarás soluciones inmediatas muy a menudo. Los fracasos, y los éxitos, se forjan en el tiempo. No proyectes tus fracasos o tus problemas en las nuevas relaciones, integra el paso del tiempo y los aprendizajes que acontecen en él, con lo bueno que nos ofrecen. Si no, no podrás encontrar al «príncipe o la princesa azul», ni en tu trabajo, ni en tus amistades, ni en tus afectos, porque tú no te sientes así. Pasará a tu lado, y, aunque lo esperas, no podrás distinguirlo del resto, y nunca lo alcanzarás.

En definitiva, el analfabetismo relacional se ha convertido ya en uno de los principales predictores de fracaso personal y laboral. Desde la perspectiva de las organizaciones, ya se busca afrontar esta cuestión, tanto en la selección de personal, como en la formación para que las personas que trabajan aumenten sus competencias relacionales. El estilo de dirección se dirige igualmente a favorecer también el establecimiento de redes sociales y vínculos positivos en la empresa. No podemos permitirnos, como empresas y como personas, caer en el analfabetismo relacional. Nuestra competitividad, nuestra eficacia, y nuestra estabilidad psicológica, dependen de ello.

4. EPÍLOGO: MEDIACIÓN Y TRABAJO SOCIAL EN EL SIGLO XXI

En un contexto caracterizado por la globalización, la competencia y el consumo como forma de afirmación personal, nuestras pautas comunicativas y las formas estandarizadas para resolver conflictos y relacionarnos, son cada vez más inestables. Experimentamos una gran contradicción entre nuestra condición de seres sociales, que nos lleva a la búsqueda de los iguales para realizarnos en la interacción con ellos, y nuestros esquemas competitivos en los que identificamos a los otros como extraños o como amenazas para nuestra voluntad. Precisamente por ello, es necesario volver a al principio ético fundacional del Trabajo Social: la dignidad de los otros como seres humanos y ciudadanos, y la vinculación entre su realización y la nuestra, entre su bienestar y el nuestro. Por eso, la ayuda en el ámbito del Trabajo Social no es meramente una cesión voluntaria de un donativo o un impulso emocional hacia el desvalido. Es una ayuda que responde a la ciudadanía compartida, a los derechos de los demás, y es una ayuda que es consciente de

que, como decía ORTEGA Y GASSET, si no salvamos nuestra circunstancia, no nos salvamos nosotros mismos. No podemos relacionarnos con los otros seres humanos como objetos, sin quedar reducidos a objetos. En un contexto de este tipo, en el que necesitamos resocializarnos en pautas de comunicación adecuadas, fortaleciendo habilidades para negociar, discutir, acordar y trabajar conjuntamente, es necesario fomentar el perfil mediador en la formación de los trabajadores sociales, y en su actividad profesional. En este sentido, hemos analizado algunas de las paradojas de nuestras sociedades heterogéneas, cosmopolitas y con graves problemas relacionales, y nos hemos detenido en un síndrome o patología concreta, el analfabetismo relacional.

BIBLIOGRAFÍA

- BOUQUET, B. 2011. Mary Richmond: una semblanza personal e intelectual (1861-1928). Cuadernos de Trabajo Social 24, 13-21.
- CABAÑES, E. 2012. Del juego simbólico al videojuego: la evolución de los espacios de producción simbólica. Revista de Estudios de Juventud 98, 61-76.
- DEL FRESNO GARCÍA, M. 2011. Retos para la intervención social con familias en el siglo XXI. Consumo, ocio, cultura, tecnología e hijos. Madrid: Trotta.
- DEL FRESNO GARCÍA, M., SEGADO SÁNCHEZ-CABEZUDO, S., LÓPEZ PELÁEZ, A. (eds.) 2012. Trabajo social con comunidades en el siglo XXI. Madrid: Universitas.
- ETZIONI, A. 2004. Foreword. In Gilbert, N. Transformation of the Welfare State. The silent surrender of public responsibility. Pp. XIII-XVI. New York: Oxford University Press.
- GILBERT, N. 2004. Transformation of the Welfare State. The silent surrender of public responsibility. New York: Oxford University Press.
- HAYNES, J. M. 1987. Divorce mediator: a new role. Social Work. A journal of the National Association of Social Workers 23 (1), 5-9.
- JONES, D. N., Truell, R. 2012. The Global Agenda for Social Work and Social Development: A place to link together and be effective in a globalized world. International Social Work 55 (4), 454-472.
- LÓPEZ PELÁEZ, A. (ed.) 2010. Teoría del Trabajo Social con Grupos. Madrid: Universitas.
- LÓPEZ PELÁEZ, A. 2009. Analfabetismo relacional e inteligencia emocio-

- nal: ¿un nuevo reto para las organizaciones en el siglo XXI? *Orthopedic Business Review* 3, 3-9.
- LÓPEZ PELÁEZ, A., SEGADO SÁNCHEZ-CABEZUDO, S. 2012. Teoría, método y práctica: perspectivas sobre la investigación en el ámbito de la intervención social. En: FOMBUENA VALERO, J. (coord.). *El trabajo Social y sus instrumentos. Elementos para una interpretación a piacere*. Pp. 249-267. Valencia: Nau Llibres.
- LÓPEZ PELÁEZ, A., SEGADO SÁNCHEZ-CABEZUDO, S. 2010. Comunicación y grupos sociales. En LÓPEZ PELÁEZ, A. (ed.). *Teoría del Trabajo Social con Grupos*. Pp. 147-184. Madrid: Universitas.
- MIRANDA MARTÍN, M. 2012. Contexto de la actividad y pensamiento de Mary Richmond. *Cuadernos de Trabajo Social* 24, 40.
- MORENO MÍNGUEZ, A., LÓPEZ PELÁEZ, A., SEGADO SÁNCHEZ-CABEZUDO, S. 2012. La transición de los jóvenes a la vida adulta. Crisis económica y emancipación tardía. Barcelona: Obra Social la Caixa.
- MUNUERA-GÓMEZ, M-P. 2012. J. M. HAYNES, PERLMAN, CHANDLER y otros autores internacionales en el recorrido de mediación y Trabajo Social. *Portularia* 12 (2), 97-108.
- ORTEGA Y GASSET, J. 1987. La rebelión de las masas. *Obras Completas*, vol. 4, pp. 113-312 (primera edición, 1930).
- PARSONS, R. J. 1991. The mediator role in social work. *Social Work* 36 (6), 483-487.
- PUTNAM, R. 2000. *Bowling alone: The Collapse and Revival of American Community*. New York: Simon & Schuster.
- RICHMOND, M. 2005. *Diagnóstico social*. Madrid: Siglo XXI (primera edición, 1917).
- SEGADO SÁNCHEZ-CABEZUDO, S., LÓPEZ PELÁEZ, A. 2013. Social work with middle-class Spanish families: The challenge of the work-family conflict. *International Journal of Social Welfare*. DOI: 10.1111/ijsw.12012.
- SEN, A. 2010. *La idea de justicia*. Madrid: Taurus.
- SENNETT, R. 2012. *Juntos. Rituales, placeres y política de cooperación*. Barcelona: Anagrama, pp. 80-81.
- WOLF, N. 1993. *Fire with Fire: The New Female Power and How It Will Change the 21st Century*. New York: Random House.

Los intangibles de la Mediación

FRANCISCO JAVIER GORJÓN GÓMEZ

Presidente de la Asociación internacional de Doctores en Métodos Alternos de Solución de Conflictos ASID/MASC. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Director del Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos en la UANL, México. Miembro del SNI nivel 1

KARLA ANNETT CYNTHIA SÁENZ LÓPEZ

Doctora en Ciencia Política por la Universidad Complutense de Madrid. Catedrática de la Universidad Autónoma de Nuevo León y Nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS MASC. 3. LOS INTANGIBLES DE LOS MASC. 4. DEFINICIÓN DE LOS INTANGIBLES. 5. CARACTERÍSTICAS DE LOS INTANGIBLES. 6. DEFINICIÓN DE LOS MASC. 7. CLASIFICACIÓN Y DESARROLLO TAXONÓMICO DE LOS INTANGIBLES DE LOS MASC. 8. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN CUALITATIVA APLICABLE. 9. CUALIFICACIÓN DE LOS EXPERTOS. 10. DECLARACIÓN DEL PROBLEMA. 11. OBJETIVOS. 12. HIPÓTESIS. 13. INSTRUMENTO. 14. APLICACIÓN DEL INSTRUMENTO. 15. RESULTADOS. 15.1. *Resultado de intangibles-operadores*. 15.2. *Resultado de intangibles-usuarios*. 15.3. *Resultados de intangibles-procedimiento/administradores*. 15.4. *Resultados totales unificados*. 16. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Los Métodos Alternos de Solución de Conflictos (MASC) tienen un papel importante en la sociedad porque son promotores de la paz social, llevando los conflictos a niveles de reparación del daño y en algunos casos al perdón, lo que subsana el tejido social, y permite que la población tenga acceso a la justicia con rapidez, flexibilidad y menos costo. Las normas en México y en especial en Nuevo León han acercado sus procedimientos a su uso, pero no ha llegado esta información al grueso

de la población debido a que requiere un proceso de difusión y socialización que requiere ser especializado.

La investigación tiene como finalidad encontrar los intangibles de la mediación diferenciando dichos valores entre usuarios, administradores y operadores.

La movilidad de los métodos alternos de solución de conflictos (MASC) en el tiempo y en el espacio ha evolucionado en el mundo¹ y en México, en la última década ha sido exponencial, ello derivado de la introducción de políticas públicas que pretenden generar una culturización de los MASC, así como transitar del sistema adversarial al sistema conciliar de solución de controversias con el fin último de terminar con el conflicto de la impetración de la justicia, empero, no es suficiente ya que ha sido limitado y desordenado a pesar de existir una directriz que pretende ordenarlos². Ello se deriva de la falta de conocimiento de sus bondades, de sus características, pero principalmente de los beneficios que aportan a la sociedad de forma inmediata a sus usuarios.

Los intangibles jugarán un rol trascendental en esta culturización una vez estratificado y redimensionado su concepto en el contexto de los MASC, sin embargo están presentes y activos en el operar diario de los MASC, como sucedió en el mundo empresarial que ahí estaban pero no eran considerados³. Los intangibles representan un esquema de innovación, de modernidad, de internacionalización son el pilar de la empresa en el mundo, ya que a través de ellos se ha redimensionado, teniendo su sustento en el capital intelectual que aportan un valor añadido⁴. Al igual que los MASC son catalogados de la misma manera ya que no se puede considerar un sistema judicial moderno e internacionalizado sin ellos, redimensionándolo, teniendo como ejemplo en este momento histórico al sistema penal acusatorio que impulsa el uso de los MASC a través de una reforma integral y de cambio de paradigmas ya que transita de un esquema escrito y rígido a un esquema oral y flexible

1. GORJÓN GÓMEZ, F. 2006. Desarrollo de un centro *on-line* de mediación y arbitraje. En: Aguilera Portales, R., et. al. El derecho en el nuevo orden mundial. Pp. 559-563. Perú: CEDDAL.
2. GORJÓN GÓMEZ, F. 2012. The implementation of alternative of dispute resolution according the constitutional procedural reform in México: 2010.1 preliminary report academic research. En: SÁNCHEZ GARCÍA, A., et al. Métodos alternos de solución de conflictos. Herramientas de paz y modernización de la justicia. Pp. 119-120. Madrid: Dykinson.
3. Lev, B. 2003. Intangibles: medición, gestión e información. Bilbao: Ed. Deusto, pp. 24-26.
4. BARRUTIETA, Borja. 2011. Los activos intangibles y sus retos. Horizontes para los próximos modelos productivos. España: Ed. Netbiblio, p. 18.

y uno de sus principales pilares son los MASC⁵. Esta reforma es la reforma más importante de nuestro sistema judicial en los últimos 100 años.

Esta conjunción, este binomio que pretendemos establecer, se podrá constituir en la piedra angular de esta culturización, destacando el valor añadido de la negociación, de la mediación de la conciliación y del arbitraje, será la formula a considerar y la estrategia a integrar en los planes de desarrollo de los sistemas judiciales y gubernamentales, en el ámbito político, económico, y educativo.

Para ello nos hemos dado a la tarea de generar un primer esfuerzo a través de esta investigación en la que pretendemos identificar los intangibles de los MASC, tarea que ha resultado gratificante pero difícil ya que hay poco escrito sobre el tema, por lo que hemos tenido que trabajar con bibliografía análoga, analizando la taxonomía tradicional de los intangibles y la yuxtapusimos a los MASC en un primer esfuerzo de operacionalizar y conjuntar a los MASC y a los intangibles, en razón de una análisis empírico de sus fines y su área de influencia.

Se diseñó una metodología específica mixta que denominamos Ranking de Expertos, con el fin de validar esta idea y conceptualizarla, al igual que se desarrolló un instrumento *ad-hoc* que nos ha permitido confirmar la presencia de los intangibles en los MASC; jerarquizarlos y situarlos en el método alterno correspondiente, con especial énfasis en la mediación, permitiéndonos de *lege ferenda* afirmar su viabilidad con el apoyo de mediadores, administradores de MASC y de usuarios.

2. CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS MASC

Los MASC están presentes en México desde algunas décadas a través del arbitraje regulado no específicamente como tal si no como procedimiento convencional en el Código de Comercio desde 1889, pero no es hasta 100 años después cuando se plasma un primer intento de normarlo en 1989, con muchas fallas pero sobre todo con nacionalismos proteccionistas, que no favorecieron en nada a su promoción, posteriormente en 1993 se modifica y entra por la puerta grande la ley modelo de arbitraje proyecto de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), adoptándose literalmente la ley modelo, que si contiene todos los elementos necesarios para su uso.

5. HIDALGO MURILLO, J. 2010. Justicia alternativa en el proceso penal mexicano. México: Porrúa, p. 53.

Con ello nuestro sistema judicial se internacionaliza asumiendo principios mundiales, considerando de igual forma la ley modelo de conciliación de la CNUDMI, mas aun que México tiene un marco internacional *ad-hoc* ratificando la Convención de New York del 58 y la Convención de Panamá del 75 que regulan el arbitraje en el mundo, es México igualmente uno de los países con mayor presencia en el mundo a la fecha tiene suscritos 12 tratados comercial que prevén los MASC con un impacto a más de 1000 millones de habitantes de cuatro continentes.

Igualmente a partir de 1995 se dan esfuerzos estatales para incorporar el arbitraje en los códigos de procedimientos civiles en los estados, pero de una forma inadecuada, ya que no observaron los principios establecidos por la ley modelo de arbitraje de la CNUDMI; paralelamente surge el movimiento de la mediación y la conciliación a la fecha 30 Estados de México cuentan con normativas sobre MASC, 16 constituciones estatales ya los mencionan, de todos ellos 23 leyes son específicas sobre MASC, en 7 las leyes violencia Intrafamiliar los incluyen, 6 reglamentos en sede judicial y 1 de justicia alternativa, 2 han creado leyes de justicia penal alternativa y por último 1 ha implementado una ley de justicia penal restaurativa⁶.

Podría pensarse que con esta plataforma en México deberían estar consolidados los MASC, mas no es así, ya que se siguen desconociendo, y no por la falta de leyes sino por el desorden legislativo que considerada los más básicos elementos de los MASC en forma diversa.

Es cierto que contamos ya con una política pública identificada en nuestra constitución, específicamente en el artículo 17 dice: «... *Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial...*», mas no es suficiente, puesto que los estados no la están asumiendo adecuadamente⁷, el incen-

6. Proyecto de Investigación 1: «Reforma Constitucional Penal e Impartición de la Justicia». Proyecto SEP-Cuerpos Académicos-Redes Temáticas de Colaboración. Nombre de la Red: «Impartición de la Justicia». México 2009. Cuerpos Académicos participantes: Estudios Jurídicos Contemporáneos de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla; Criminología de la Universidad Autónoma de Tamaulipas; Garantismo y Política Criminal de la Universidad de Tlaxcala; Derecho Comparado de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Y Proyecto de Investigación 2: «La Implementación de los Métodos Alternos de Solución de Controversias conforme a la Reforma Procesal Constitucional». Propuesta que se apoya en la línea de conocimiento Mejora continua de la Capacidad y Competitividad Académica. Proyecto de Investigación CONACYT-Ciencia Básica Convocatoria 2008. México, 2009. Investigador líder: Dr. Francisco Javier GORJÓN GÓMEZ. Ambos proyectos se encuentran en fase terminal.

7. Ídem.

tivo del perdón y de la reparación del daño como elementos preponderantes no basta, es cierto que como aliciente es el punto de partida, empero la creación de una cultura y la transformación de un sistema adversarial en un sistema conciliar requiere de mayores esfuerzos y de otras instancias gubernamentales y sociales, por lo que se seguirán requiriendo de otras estrategias como la que presentamos.

3. LOS INTANGIBLES DE LOS MASC

La identificación de los intangibles es de trascendental importancia en el tema de la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, todos ellos englobados en el concepto de métodos alternos de solución de conflictos (MASC). Estos métodos representan la vía idónea para la solución del conflicto de la impetración de la justicia, debido a que están impulsando:

La transformación e internacionalización de nuestro sistema judicial,

La coparticipación de la sociedad en general en la solución de sus conflictos⁸,

La paz positiva⁹, elementos *sine qua non* de la responsabilidad social (RS)¹⁰ beneficio intrínseco de los MASC.

Debemos por lo tanto, visualizar a los intangibles como el sustento de este fenómeno, erigiéndose como los principales elementos de culturización y de implementación de los MASC por la sociedad, ya que su efecto genera beneficios futuros en favor de ella misma y de la paz¹¹, otorgándole un valor superior a la vía alternativa de solución de conflictos *versus* la vía jurisdiccional, sustentando en su capital intelectual¹².

8. GORJÓN GÓMEZ, F. 2002. Arbitraje Solución a la Impetración de la Justicia. Revista HELIAIA del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Criminología 2 (3) 19.

9. Entiéndase por paz positiva el accionar de los actores sociales en pro de un entorno relacional *ad-hoc*.

10. Los operadores de los RS pueden ser personas físicas o personas morales, al igual que de los MASC.

11. Norma Internacional de Contabilidad No. 38. Apartado de activos intangibles. P. 12. Establece que los intangibles generan beneficios económicos futuros. Podemos entender que los intangibles MASC generan igualmente beneficios futuros no dentro de una empresa específicamente si no en la sociedad y de quienes la componen, con un alcance más amplio, aún que la misma empresa forma parte de la sociedad.

12. BENGOA DÍAZ, J. 2011. Capital Humano. Estudios sobre el estado del arte de los intangibles de la empresa, pp. 70-71 (www.institutointangibles.com).

Entendiéndolos como los beneficios ulteriores obtenidos por todos los participantes en un procedimiento MASC.

La base de estos métodos son las habilidades, los conocimientos, los valores y las aptitudes de los negociadores, de los mediadores y de los árbitros, estas competencias sustentan el capital intelectual¹³, que a su vez se integra por el capital humano, el capital estructural y el capital relacional, como una de las formas más comunes de agruparlos.

Vinculándolos directamente a los MASC podemos decir que el capital estructural proporciona la estabilidad en su implementación¹⁴, el capital humano las competencias profesionales y específicas de negociadores, mediadores, conciliadores y árbitros¹⁵ en pro de la solución del conflicto; y el capital relacional aporta el vínculo de estos MASC con la sociedad generando las condiciones de culturización.

Esta analogía ha resultado compleja de determinar porque la traducción y la elaboración de esta, está basada en literatura de referencia empresarial, sustentada en teorías administrativas que hasta el momento no habían sido consideradas para la determinación de una institución social como son los MASC. Aunque su tratamiento pone énfasis en las marcas, en las patentes de inversión, modelos de utilidad, las designaciones de actividades, los modelos y diseños industriales y la información confidencial¹⁶, a contrario sensu de los MASC, que son técnicas que generan fórmulas de autocomposición, que más que una ganancia buscan una alternativa de solución a un conflicto determinado.

4. DEFINICIÓN DE LOS INTANGIBLES

Definir los intangibles es complejo, derivado de su multidimensionalidad, entendiendo esto como la diversidad de variables y características que identifican a una institución o persona y que varían en el tiempo y en el espacio. EDVINSSON y MALONE¹⁷ afirman que los intangibles son

13. Ídem.

14. El capital estructural genera estabilidad aportando orden, seguridad, calidad pero principalmente comunicación al interior de una organización. OLEA DE CÁRDENAS, M. 2012. Capital Estructural. Estudios sobre el estado del arte de los intangibles de la empresa, pp. 26-27 (www.institutointangibles.com).

15. GORJÓN, F. STEELE, J. 2012. Métodos Alternos de Solución de Controversias. México: Oxford, p. 56.

16. OTAMENDI, J. 2010. Los Valores Intangibles de la empresa. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 22.

17. EDVISSON, L., MALONE, M. 2000. El capital Intelectual. Como identificar y calcular el valor de los recursos intangibles de su empresa. Barcelona: Gestión 2000, p. 17.

un valor sustentado en el capital intelectual, son las características distintivas que los diferencian de los demás y los hace útiles, atractivos, pero principalmente valiosos.

Los intangibles son una actitud de vida, de desarrollo, significan aplicación de conocimientos determinados al trabajo, a la creación, a procesos, son provocadores de la evolución de la sociedad en general, no se puede concebir la era del conocimiento sin los intangibles, su percepción es tal vez su mayor valor.

5. CARACTERÍSTICAS DE LOS INTANGIBLES

Las características principales de las intangibles son¹⁸:

Generan Valor

Generan competitividad

Generan aprendizaje y potencializan destrezas, habilidades y competencias.

Generan adaptabilidad y desarrollo

Transformadores de vida y de procesos

6. DEFINICIÓN DE LOS MASC

Los métodos alternos de solución de conflictos son métodos y técnicas para que las personas físicas o morales resuelvan sus conflictos por ellos mismos¹⁹, son herramientas de paz, Alternos a la impartición de la justicia tradicional conocidos como negociación, mediación, conciliación y arbitraje.

Negociación, es un procedimiento que usan técnicas específicas que tienen como principal objetivo poner a las partes de acuerdo en torno a un fin común. La negociación se encuentra presente en todo procedimiento de interrelación humana existiendo conflicto o sin existir este²⁰.

Mediación procedimiento en el que un tercero neutral facilita la comunicación entre partes en conflicto²¹ es un medio de solución de

18. Ídem.

19. *Op. cit.* GORJÓN, F. STEELE, J., p. 17.

20. OLIVER, D. 2006. How to negotiate effectively. UK: The Sunday Times, p. 5.

21. PESQUEIRA LEAL, J., *et al.* 2012. Mediación asociativa y cambio social. El arte de lo posible. México: UNISON, p. 195.

controversias en el que las partes son guiadas por un tercero para llegar a una solución²².

Conciliación es un proceso que consiste en la actividad de un tercero, nombrado por las partes interesadas, que persigue ponerlas de acuerdo o evitar que acudan a un proceso, ya sea jurisdiccional o arbitral²³, proponiendo fórmulas de autocomposición²⁴.

Arbitraje es un procedimiento heterocompositivo extraprocesal, fundado en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes enalteciendo el *pacta sun servanda*, en el cual las partes someten a un particular, árbitro, sus diferencias, que actuara según sus *potestas*, bajo la tutela del principio *erga ormes* basado en el *Ius Mercatorum* o *Lex Mercatoria* y en la *lex fori*²⁵.

7. CLASIFICACIÓN Y DESARROLLO TAXONÓMICO DE LOS INTANGIBLES DE LOS MASC

La base de la clasificación de los intangibles es el capital intelectual como quedo asentado anteriormente²⁶, ya que este ofrece una valoración común a todas las actividades humanas²⁷, *per se* afectan en general nuestras vida, es por ello que se vuelven fundamentales para la culturización de las vías no adversariales de solución de conflictos, no podemos concebir su funcionalidad y operatividad sin los intangibles, es lo que los distingue de la vía judicial, esta última como la vía predominante de solución de conflictos del siglo pasado y que seguirá teniendo una gran influencia en el presente, sin embargo el protagonismo de los MASC es cada día mayor.

Identificar los intangibles de los MASC es una nueva forma de entenderlos, de comprender el paradigma del siglo XXI de resolver nosotros mismos nuestros conflictos. Significan una sana competencia²⁸ que contribuirá a perfeccionar el actual sistema adversarial y dará paso al

22. GARBER, C. 1996. La Mediación Funciona. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 10.

23. ALVARADO VELLOSO, A. 1989. La Conciliación. Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje. Enero, tomo I, p. 56.

24. SUÁREZ BELTRÁN, G. 2009. Apuntes introductorios al estudio de la conciliación. Curso de conciliación. Colombia: Doctrina y Ley, p. 21.

25. GORJÓN GÓMEZ, F. 2003. Arbitraje Comercial. Paradigma del Derecho. Revista Latinoamericana de Arbitraje Comercial, p. 5 (www.servilex.com.pe).

26. *Infra*, 2.

27. *Op. cit.* EDVISSION, L. y MALONE, M., p. 38.

28. *Op. cit.* OTAMENDI, J., p. 22.

uso de los MASC de forma plena, teniendo como protagonista a la sociedad, en pro de soluciones más justas y equitativas.

Para su estudio debemos de clasificarlos ya que tenemos diversas dimensiones y elementos a considerar para su implementación y operatividad²⁹, basados en la taxonomía tradicional de los intangibles³⁰ consideramos que la taxonomía de los intangibles de los MASC³¹ es:

- A) Operadores (negociadores, mediadores, conciliadores y árbitros) «capital humano».
- B) Procedimiento (reglamentos de instituciones administradoras de MASC, leyes, códigos, normas nacionales e internacionales y convenciones) «capital estructural».
- C) Receptores (personas físicas o morales que se someten a un MASC) «capital relacional».

8. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN CUALITATIVA APLICABLE

El método cualitativo de Ranking de Expertos. Se realizarán tres grupos de trabajo, uno para operadores, otro para administradores y otro para receptores. Siendo un total de tres reuniones con quince participantes expertos.

Se les entregará un instrumento en el cual cada participante contestará cuatro preguntas por cada intangible, la primera es de reactivo fijo en que se contestará sí o no con una escala dicotómica nominal; la segunda pregunta es un reactivo de escala, siendo la escala seleccionada la de Likert a través de ítems codificados con cinco posibles respuestas interdependientes entre sí.

Dos preguntas abiertas en el instrumento de la mediación que nos permitirá determinar si los expertos consideran a los intangibles de la mediación y la conciliación como los mismos o varían permitiéndonos

29. Dimensiones: Son los espacios y estadios de operación de los MASC ya que son multidimensionales.

30. Existe una taxonomía tradicional de los intangibles destacando el capital humano, el capital estructural y relacional (cliente/usuarios). CODURAS MARTÍNEZ, O. 2012. Estudios sobre el estado del arte de los intangibles de la empresa, p. 5 (www.institutointangibles.com).

31. Actualmente existen diversos modelos que interpretan y miden de manera diferente el capital intelectual. BENGOA DÍAZ, J., *et al.* 2011. Métodos, modelos de valoración utilizados en el ámbito de los intangibles de capital humano. Estudios sobre el estado del arte de los intangibles de la empresa, p. 123 (www.institutointangibles.com).

reafirmar nuestra postura conforme al marco conceptual de esta investigación.

9. CUALIFICACIÓN DE LOS EXPERTOS

Las especificaciones del universo muestral, son que los sujetos objeto de ser seleccionados son:

Mediadores certificados por el poder judicial del estado, Mediadores privados, Mediadores en sede judicial, Mediadores de otros estados (Tamaulipas, Coahuila, Jalisco, Guanajuato), Administradores de centros públicos (poder judicial, municipios), Administradores privados y Usuarios.

10. DECLARACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los intangibles de la mediación y su clasificación diferenciada por método según la taxonomía tradicional de los intangibles adaptada a los MASC conforme a sus dimensiones y su impacto durante su implementación?

11. OBJETIVOS

Objetivo principal

Demostrar la relación de los intangibles de los métodos alternos de solución de controversias con la taxonomía tradicional adaptada

Objetivos secundarios

Conocer las principales corrientes de pensamiento relativas a los intangibles y su vinculación con la mediación

Identificar las teorías de la taxonomía tradicional para adaptarla a la mediación.

Definir que intangibles están vinculados a la mediación

Comprobar mediante un método cualitativo la hipótesis de trabajo

Analizar los resultados e interpretar porque algunos intangibles son más representativos que otros para el grupo taxonómico correspondiente.

12. HIPÓTESIS

Los intangibles de la mediación según la taxonomía tradicional adaptada, siendo A operadores, B administradores y C receptores son:

VI. LOS INTANGIBLES DE LA MEDIACIÓN

TABLA 1. HIPÓTESIS

INTANGIBLE	MEDIA- CIÓN	A	B	C
Activo de la Paz	X	X	X	X
Universalidad (aplica a todo)	X		X	
Internacionalización (normativa)	X		X	
Prevalece orden público internacional	X		X	
Creatividad	X	X		X
Innovación	X	X		X
Re asociación (no se pierde la relación o se recupera)	X			X
Garantía	X		X	X
Reputación corporativa	X		X	
Competitividad	X			X
Productividad	X			X
Imagen	X			X
Homologación procedimiento			X	
Autonomía	X			X
Independencia	X	X		
Imparcialidad	X	X		
Imparcial				
Simplicidad	X		X	
Bajo Costo	X		X	
Vía de Perdón	X		X	
Reparación del daño	X			X
Seguridad jurídica	X			X
Justicia	X			X
Equidad	X			X
Especialización	X	X		
Capital intelectual	X	X		
Rapidez	X		X	
Recuperación económica	X			X
Confianza	X	X	X	
Objetividad	X	X		
Asociatividad	X			X
Voluntariedad	X			X

A. LÓPEZ PELÁEZ/FCO. GORJÓN GÓMEZ: ESTADO DEL ARTE DE LA MEDIACIÓN

INTANGIBLE	MEDIA- CIÓN	A	B	C
Cumplimiento voluntario	X			X
Concertación social	X	X		X
Cambio Cultural	X	X		X
Satisfacción de intereses particulares	X			X
Designación del idioma	X		X	
Designación del lugar	X		X	
Designación del procedimiento	X	X		X
Designación del derecho aplicable	X		X	
Cláusula de estilo			x	
Simpleza e informalidad	X		X	
Armonización	X			X
Cordialidad	X		X	
Confidencialidad	X		X	
No trae consecuencia económico sociales	X		X	
Operación Privada	X		X	
Operación Publica	X		X	
Garantía			X	
Monopolización de procedimiento por las partes	X			X
Transparencia	X		X	
Mejora continua	X			X
Materialidad	X		X	
Verificabilidad	X		X	
Modernidad	X		x	
Armonía	X			X
Estabilidad	X			X
Felicidad	X			X
Flexibilidad	X		X	
Satisfacción	X			X
Motivación	X			X
Fidelización	X			X
Liderazgo	X			X

13. INSTRUMENTO

El instrumento de medición es un documento que se entrega en el ranking de expertos en el cual primeramente el experto declara si considera cada intangible como un intangible de la mediación y posteriormente si su respuesta es afirmativa declara la relevancia del intangible para la mediación en una escala del uno al cinco, en donde el uno es poco importante y el cinco es muy importante.

El instrumento es el siguiente:

TABLA 2. INSTRUMENTO DE MEDICIÓN PARA LA MEDIACIÓN

INSTRUMENTO PARA MEDIACIÓN							
Intangible	Considera que es un intangible de la mediación		¿Cómo considera la relevancia del intangible en la mediación, siendo 1 poco importante y 5 muy importante?				
	SÍ	NO	1	2	3	4	5
Activo de la Paz							
Universalidad (aplica a todo)							
Internacionalización (normativa)							
Prevalece orden público internacional							
Creatividad							
Innovación							
Re asociación (no se pierde la relación o se recupera)							
Garantía							
Reputación corporativa							
Competitividad							
Productividad							
Imagen							
Homologación procedimiento							
Autonomía							
Independencia							
Imparcialidad							
Imparcial							
Simplicidad							
Bajo Costo							

A. LÓPEZ PELÁEZ/FCO. GORJÓN GÓMEZ: ESTADO DEL ARTE DE LA MEDIACIÓN

INSTRUMENTO PARA MEDIACIÓN							
Intangible	Considera que es un intangible de la mediación		¿Cómo considera la relevancia del intangible en la mediación, siendo 1 poco importante y 5 muy importante?				
	SÍ	NO	1	2	3	4	5
Vía de Perdón							
Reparación del daño							
Seguridad jurídica							
Justicia							
Equidad							
Especialización							
Capital intelectual							
Rapidez							
Recuperación económica							
Confianza							
Objetividad							
Asociatividad							
Voluntariedad							
Cumplimiento voluntario							
Concertación social							
Cambio Cultural							
Satisfacción de intereses particulares							
Designación del idioma							
Designación del lugar							
Designación del procedimiento							
Designación del derecho aplicable							
Cláusula de estilo							
Simpleza e informalidad							
Armonización							
Cordialidad							
Confidencialidad							
No trae consecuencia económico sociales							
Operación Privada							
Operación Publica							

VI. LOS INTANGIBLES DE LA MEDIACIÓN

INSTRUMENTO PARA MEDIACIÓN							
Intangible	Considera que es un intangible de la mediación		¿Cómo considera la relevancia del intangible en la mediación, siendo 1 poco importante y 5 muy importante?				
	SÍ	NO	1	2	3	4	5
Garantía							
Monopolización de procedimiento por las partes							
Transparencia							
Mejora continua							
Materialidad							
Verificabilidad							
Modernidad							
Armonía							
Estabilidad							
Felicidad							
Flexibilidad							
Satisfacción							
Motivación							
Fidelización							
Liderazgo							

¿Considera que los intangibles de la mediación son los mismos que para la conciliación?

Sí Porque:
No Porque:

14. APLICACIÓN DEL INSTRUMENTO

El instrumento se aplicó en diciembre del año 2012, a 5 Operadores, 5 Administradores y 5 Receptores. En sesión única estando presentes los 15 expertos en un mismo auditorio.

Instrucciones:

Las instrucciones de llenado que recibieron fueron las siguientes:

Exposición de la investigación

Explicación del marco de desarrollo de la investigación

Explicar en qué consiste el instrumento

Explicar brevemente en qué consiste cada intangible

Duración 30 minutos

Llenado del instrumento

No podrá haber conversaciones entre los participantes una vez entregado el instrumento

No podrá haber preguntas de llenado una vez iniciado el procedimiento

Duración 45 minutos

15. RESULTADOS

En relación a la pregunta del instrumento de si considera que los intangibles de la mediación son los mismo que de la conciliación encontramos que de 15 encuestados únicamente 2 consideran que no son los mismos y 13 consideran que si los son, por lo que se confirma que no es necesario elaborar un instrumento para la conciliación y que la corriente teórica que considera que conciliación y mediación son un mismo objeto es la que prima al colectivo de usuarios, administradores y operadores del universo de estudio.

Respecto a la relación de intangibles globales encontramos los siguientes resultados:

TABLA 3. RESULTADOS GLOBALES DEL RANKING DE MEDIACIÓN

Intangible	Operador	Usuario	Administrador	SUMAtang	MAX-op	Max-Us	Max-Admon	Ptos-total
1. Activo de la Paz	5	5	5	15	25	25	25	75
2. Universalidad (aplica a todo)	3	3	4	10	14	19	17	50
3. Internacionalización (normativa)	5	4	5	14	22	21	24	67
4. Prevalece orden público internacional	5	3	4	12	20	15	18	53
5. Creatividad	5	5	5	15	23	22	25	70
6. Innovación	5	5	5	15	23	20	22	65
7. Re asociación (no se pierde la relación o se recupera)	5	5	5	15	23	25	24	72
8. Garantía	2	5	4	11	8	21	16	45
9. Reputación corporativa	5	5	4	14	20	18	20	58
10. Competitividad	4	4	5	13	17	16	23	56
11. Productividad	5	4	5	14	11	22	23	56

VI. LOS INTANGIBLES DE LA MEDIACIÓN

Intangible	Opera- dor	Usua- rio	Admi- nistra- dor	SUMA tang	MAX- op	Max- Us	Max- Ad- mon	Ptos- total
12. Imagen	5	5	5	15	21	19	21	61
13. Homologación procedimiento	5	4	4	13	19	19	15	53
14. Autonomía	5	4	5	14	23	18	22	63
15. Independencia	5	4	5	14	22	18	18	58
16. Imparcialidad	5	5	5	15	25	17	23	65
18. Simplicidad	5	5	4	14	24	23	14	61
19. Bajo Costo	4	5	4	13	18	25	11	54
20. Vía de Perdón	5	5	5	15	24	23	24	71
21. Reparación del daño	5	4	4	13	23	14	19	56
22. Seguridad jurídica	3	5	4	12	14	24	19	57
23. Justicia	5	5	5	15	22	24	25	71
24. Equidad	5	5	4	14	25	23	20	68
25. Especialización	5	5	5	15	24	21	24	69
26. Capital intelectual	5	5	5	15	24	21	24	69
27. Rapidez	5	5	4	14	22	23	20	65
28. Recuperación económica	4	5	5	14	17	18	21	56
29. Confianza	5	5	5	15	25	25	25	75
30. Objetividad	5	5	5	15	24	18	25	67
31. Asociatividad	5	4	3	12	21	25	14	60
32. Voluntariedad	5	5	5	15	25	25	25	75
33. Cumplimiento voluntario	5	5	5	15	24	24	24	72
34. Concertación social	5	4	5	14	15	19	25	59
35. Cambio Cultural	5	4	5	14	22	20	25	67
36. Satisfacción de intereses particulares	5	4	4	13	21	18	20	59
37. Designación del idioma	3	5	4	12	9	20	14	43
38. Designación del lugar	2	4	4	10	6	16	11	33
39. Designación del procedimiento	3	5	4	12	11	17	17	45
40. Designación del derecho aplicable	2	3	3	8	5	17	11	33
41. Clausula de estilo	1	1	4	6	2	12	16	30
42. Simpleza e informalidad	5	5	4	14	14	20	15	49
43. Armonización	4	5	4	13	24	21	16	61
44. Cordialidad	5	5	5	15	25	22	23	70
45. Confidencialidad	5	5	5	15	25	22	25	72
46. No trae consecuencia económico sociales	5	4	4	13	19	19	13	51
47. Operación Privada	4	4	4	12	15	15	18	48
48. Operación Publica	4	5	4	13	15	19	15	49
50. Monopolización de procedimiento por las partes	5	5	4	14	18	20	17	55

Intangible	Opera- dor	Usua- rio	Admi- nistra- dor	SUMA tang	MAX- op	Max- Us	Max- Ad- mon	Ptos- total
51. Transparencia	5	4	5	14	20	20	25	65
52. Mejora continua	5	5	5	15	22	23	19	64
53. Materialidad	4	5	4	13	15	21	18	54
54. Verificabilidad	5	4	5	14	20	19	20	59
55. Modernidad	5	5	5	15	19	22	23	64
56. Armonía	5	5	5	15	22	25	22	69
57. Estabilidad	5	5	5	15	21	23	22	66
58. Felicidad	4	4	4	12	18	15	20	53
59. Flexibilidad	5	5	5	15	24	25	25	74
60. Satisfacción	5	5	4	14	23	23	20	66
61. Motivación	5	4	4	13	24	19	17	60
62. Fidelización	5	4	5	14	25	20	25	70
63. Liderazgo	5	4	5	14	23	14	25	62

El instrumento nos permitió validar todos los intangibles propuestos en la hipótesis;

El instrumento nos permite determinar cuáles con los intangibles predominantes en el procedimiento de mediación, según la experiencia de cada uno de los participantes según su juicio respuestas;

Los resultados nos permitirán discriminar aquellos intangibles que porcentualmente sean menores según la opinión de los expertos, sin embargo, se tendrá que esperar al resultado de los dos instrumentos faltantes para poder determinar una media, a efectos de valorar si el concepto seguirá siendo considerado un intangible;

Se identificaron algunas inconsistencias del instrumento de medición de la mediación en la tabla 6 en los intangibles 36 y 60 que corresponden a satisfacción de interese particulares y satisfacción respectivamente, así como a los intangibles 43 y 56 que corresponden a armonización y armonía respectivamente, por lo que serán analizados durante la etapa 4 de la investigación al momento de la tipificación de cada intangible que determinaran su definición, características, elementos constitutivos, beneficios y áreas de influencia, ello nos permitirá tener los elementos necesarios para su validación o integración.

15.1. RESULTADO DE INTANGIBLES-OPERADORES

Respecto a la relación de intangibles con los operadores encontramos los siguientes resultados:

VI. LOS INTANGIBLES DE LA MEDIACIÓN

TABLA 4. RANKING DE OPERADORES

INTANGIBLE	Suma de Operador	Suma de Puntuación
1. Activo de la Paz	5	25
16. Imparcialidad	5	25
24. Equidad	5	25
29. Confianza	5	25
32. Voluntariedad	5	25
44. Cordialidad	5	25
45. Confidencialidad	5	25
62. Fidelización	5	25
18. Simplicidad	5	24
20. Vía de Perdón	5	24
25. Especialización	5	24
26. Capital intelectual	5	24
30. Objetividad	5	24
33. Cumplimiento voluntario	5	24
59. Flexibilidad	5	24
61. Motivación	5	24
14. Autonomía	5	23
21. Reparación del daño	5	23
5. Creatividad	5	23
6. Innovación	5	23
60. Satisfacción	5	23
63. Liderazgo	5	23
7. Re asociación (no se pierde la relación o se recupera)	5	23

A. LÓPEZ PELÁEZ/FCO. GORJÓN GÓMEZ: ESTADO DEL ARTE DE LA MEDIACIÓN

INTANGIBLE	Suma de Operador	Suma de Puntuación
15. Independencia	5	22
23. Justicia	5	22
27. Rapidez	5	22
3. Internacionalización (normativa)	5	22
35. Cambio Cultural	5	22
52. Mejora continua	5	22
56. Armonía	5	22
12. Imagen	5	21
31. Asociatividad	5	21
36. Satisfacción de intereses particulares	5	21
57. Estabilidad	5	21
4. Prevalece orden público internacional	5	20
51. Transparencia	5	20
54. Verificabilidad	5	20
9. Reputación corporativa	5	20
13. Homologación procedimiento	5	19
46. No trae consecuencia económico sociales	5	19
55. Modernidad	5	19
50. Monopolización de procedimiento por las partes	5	18
34. Concertación social	5	15
42. Simpleza e informalidad	5	14
11. Productividad	5	11
43. Armonización	4	24
19. Bajo Costo	4	18
58. Felicidad	4	18
10. Competitividad	4	17
28. Recuperación económica	4	17
47. Operación Privada	4	15
48. Operación Publica	4	15

VI. LOS INTANGIBLES DE LA MEDIACIÓN

INTANGIBLE	Suma de Operador	Suma de Puntuación
53. Materialidad	4	15
2. Universalidad (aplica a todo)	3	14
22. Seguridad jurídica	3	14
39. Designación del procedimiento	3	11
37. Designación del idioma	3	9
8. Garantía	2	8
38. Designación del lugar	2	6
40. Designación del derecho aplicable	2	5
41. Clausula de estilo	1	2

Se identificaron aquellos que obtuvieron la totalidad de los puntos que son 25 entendiéndolo como una identificación plena del 100% que son los primeros 8, de igual manera de identificaron aquellos que consideramos confirmados parcialmente en un mínimo del 80% en el rango de 24 – 20 puntos dándonos un total de 30 intangibles;

Dos de los intangibles propuestos inicialmente se encuentra fuera de este rango que son concertación social y designación del procedimiento.

15.2. RESULTADO DE INTANGIBLES-USUARIOS

Respecto a la relación de intangibles con los usuarios encontramos los siguientes resultados:

TABLA 5. RANKING DE USUARIOS

INTANGIBLE	Suma de Usuario	Suma de Puntuación
1. Activo de la Paz	5	25
19. Bajo Costo	5	25
29. Confianza	5	25
32. Voluntariedad	5	25
56. Armonía	5	25

A. LÓPEZ PELÁEZ/FCO. GORJÓN GÓMEZ: ESTADO DEL ARTE DE LA MEDIACIÓN

INTANGIBLE	Suma de Usuario	Suma de Puntuación
59. Flexibilidad	5	25
7. Re asociación (no se pierde la relación o se recupera)	5	25
22. Seguridad jurídica	5	24
23. Justicia	5	24
33. Cumplimiento voluntario	5	24
18. Simplicidad	5	23
20. Vía de Perdón	5	23
24. Equidad	5	23
27. Rapidez	5	23
52. Mejora continua	5	23
57. Estabilidad	5	23
60. Satisfacción	5	23
44. Cordialidad	5	22
45. Confidencialidad	5	22
5. Creatividad	5	22
55. Modernidad	5	22
25. Especialización	5	21
26. Capital intelectual	5	21
43. Armonización	5	21
53. Materialidad	5	21
8. Garantía	5	21
37. Designación del idioma	5	20
42. Simpleza e informalidad	5	20
50. Monopolización de procedimiento por las partes	5	20

VI. LOS INTANGIBLES DE LA MEDIACIÓN

INTANGIBLE	Suma de Usuario	Suma de Puntuación
6. Innovación	5	20
12. Imagen	5	19
48. Operación Publica	5	19
28. Recuperación económica	5	18
30. Objetividad	5	18
9. Reputación corporativa	5	18
16. Imparcialidad	5	17
39. Designación del procedimiento	5	17
31. Asociatividad	4	25
11. Productividad	4	22
3. Internacionalización (normativa)	4	21
35. Cambio Cultural	4	20
51. Transparencia	4	20
62. Fidelización	4	20
13. Homologación procedimiento	4	19
34. Concertación social	4	19
46. No trae consecuencia económico sociales	4	19
54. Verificabilidad	4	19
61. Motivación	4	19
14. Autonomía	4	18
15. Independencia	4	18
36. Satisfacción de intereses particulares	4	18
10. Competitividad	4	16
38. Designación del lugar	4	16
47. Operación Privada	4	15

INTANGIBLE	Suma de Usuario	Suma de Puntuación
58. Felicidad	4	15
21. Reparación del daño	4	14
63. Liderazgo	4	14
2. Universalidad (aplica a todo)	3	19
40. Designación del derecho aplicable	3	17
4. Prevalece orden público internacional	3	15
41. Clausula de estilo	1	12

Se identificaron aquellos que obtuvieron la totalidad de los puntos (25) entendiéndolo como una identificación plena del 100% que son los primeros 7, de igual manera se identificaron aquellos que consideramos confirmados parcialmente en un mínimo del 80% en el rango de 24-20 puntos dándonos un total de 23 intangibles;

15 de los intangibles propuestos inicialmente en la tabla 4 se encuentra fuera de este rango que son: Imagen, recuperación económica, designación del procedimiento, Asociatividad, productividad, cambio cultural, fidelización, concertación social, motivación, autonomía, satisfacción de intereses particulares, competitividad, felicidad, reparación del daño y liderazgo.

15.3. RESULTADOS DE INTANGIBLES-PROCEDIMIENTO/ADMINISTRADORES

Respecto a la relación de intangibles con los administradores encontramos los siguientes resultados:

TABLA 6. RANKING DE PROCEDIMIENTO «ADMINISTRADORES»

INTANGIBLES	Suma de Administrador	Suma de Puntuación
1. Activo de la Paz	5	25
23. Justicia	5	25
29. Confianza	5	25

VI. LOS INTANGIBLES DE LA MEDIACIÓN

INTANGIBLES	Suma de Administrador	Suma de Puntuación
30. Objetividad	5	25
32. Voluntariedad	5	25
34. Concertación social	5	25
35. Cambio Cultural	5	25
45. Confidencialidad	5	25
5. Creatividad	5	25
51. Transparencia	5	25
59. Flexibilidad	5	25
62. Fidelización	5	25
63. Liderazgo	5	25
20. Vía de Perdón	5	24
25. Especialización	5	24
26. Capital intelectual	5	24
3. Internacionalización (normativa)	5	24
33. Cumplimiento voluntario	5	24
7. Re asociación (no se pierde la relación o se recupera)	5	24
10. Competitividad	5	23
11. Productividad	5	23
16. Imparcialidad	5	23
44. Cordialidad	5	23
55. Modernidad	5	23
14. Autonomía	5	22
56. Armonía	5	22
57. Estabilidad	5	22

A. LÓPEZ PELÁEZ/FCO. GORJÓN GÓMEZ: ESTADO DEL ARTE DE LA MEDIACIÓN

INTANGIBLES	Suma de Administrador	Suma de Puntuación
6. Innovación	5	22
12. Imagen	5	21
28. Recuperación económica	5	21
54. Verificabilidad	5	20
52. Mejora continua	5	19
15. Independencia	5	18
24. Equidad	4	20
27. Rapidez	4	20
36. Satisfacción de intereses particulares	4	20
58. Felicidad	4	20
60. Satisfacción	4	20
9. Reputación corporativa	4	20
21. Reparación del daño	4	19
22. Seguridad jurídica	4	19
4. Prevalece orden público internacional	4	18
47. Operación Privada	4	18
53. Materialidad	4	18
2. Universalidad (aplica a todo)	4	17
39. Designación del procedimiento	4	17
50. Monopolización de procedimiento por las partes	4	17
61. Motivación	4	17
41. Clausula de estilo	4	16
43. Armonización	4	16
8. Garantía	4	16
13. Homologación procedimiento	4	15
42. Simpleza e informalidad	4	15

VI. LOS INTANGIBLES DE LA MEDIACIÓN

INTANGIBLES	Suma de Administrador	Suma de Puntuación
48. Operación Publica	4	15
18. Simplicidad	4	14
37. Designación del idioma	4	14
46. No trae consecuencia económico sociales	4	13
19. Bajo Costo	4	11
38. Designación del lugar	4	11
31. Asociatividad	3	14
40. Designación del derecho aplicable	3	11

Se identificaron aquellos que obtuvieron la totalidad de los puntos (25) entendiéndolo como una identificación plena del 100% que son los primeros 13, de igual manera de identificaron aquellos que consideramos confirmados parcialmente en un mínimo del 80% en el rango de 24-20 puntos dándonos un total de 26 intangibles;

15 de los intangibles propuestos inicialmente en la tabla 1 se encuentra fuera de este rango que son: Prevalece el orden público internacional, operación privada, materialidad, universalidad, cláusula de estilo, garantía, homologación del procedimiento, simpleza e informalidad, operación pública, simplicidad, designación del idioma, no trae consecuencia económico sociales, bajo costo, designación del lugar y designación del derecho aplicables.

15.4. RESULTADOS TOTALES UNIFICADOS

TABLA 7. RANKING GENERAL DE INTANGIBLES Y PUNTOS

INTANGIBLES	SUMA	SUMA TOTAL DE PUNTOS
1. Activo de la Paz	15	75
29. Confianza	15	75
32. Voluntariedad	15	75

A. LÓPEZ PELÁEZ/FCO. GORJÓN GÓMEZ: ESTADO DEL ARTE DE LA MEDIACIÓN

INTANGIBLES	SUMA	SUMA TOTAL DE PUNTOS
59. Flexibilidad	15	74
33. Cumplimiento voluntario	15	72
45. Confidencialidad	15	72
7. Re asociación (no se pierde la relación o se recupera)	15	72
20. Vía de Perdón	15	71
23. Justicia	15	71
44. Cordialidad	15	70
5. Creatividad	15	70
25. Especialización	15	69
26. Capital intelectual	15	69
56. Armonía	15	69
30. Objetividad	15	67
57. Estabilidad	15	66
16. Imparcialidad	15	65
6. Innovación	15	65
52. Mejora continua	15	64
55. Modernidad	15	64
12. Imagen	15	61
62. Fidelización	14	70
24. Equidad	14	68
3. Internacionalización (normativa)	14	67
35. Cambio Cultural	14	67
60. Satisfacción	14	66
27. Rapidez	14	65
51. Transparencia	14	65
14. Autonomía	14	63
63. Liderazgo	14	62
18. Simplicidad	14	61
34. Concertación social	14	59
54. Verificabilidad	14	59

VI. LOS INTANGIBLES DE LA MEDIACIÓN

INTANGIBLES	SUMA	SUMA TOTAL DE PUNTOS
15. Independencia	14	58
9. Reputación corporativa	14	58
11. Productividad	14	56
28. Recuperación económica	14	56
50. Monopolización de procedimiento por las partes	14	55
42. Simpleza e informalidad	14	49
43. Armonización	13	61
61. Motivación	13	60
36. Satisfacción de intereses particulares	13	59
10. Competitividad	13	56
21. Reparación del daño	13	56
19. Bajo Costo	13	54
53. Materialidad	13	54
13. Homologación procedimiento	13	53
46. No trae consecuencia económico sociales	13	51
48. Operación Publica	13	49
31. Asociatividad	12	60
22. Seguridad jurídica	12	57
4. Prevalece orden público internacional	12	53
58. Felicidad	12	53
47. Operación Privada	12	48
39. Designación del procedimiento	12	45
37. Designación del idioma	12	43
8. Garantía	11	45
2. Universalidad (aplica a todo)	10	50
38. Designación del lugar	10	33
40. Designación del derecho aplicable	8	33
41. Clausula de estilo	6	30

Los intangibles más importantes para los expertos de la mediación fueron 3 en el rango del 100% de los valores que acumuló un total de

75 puntos que son: Activo de la paz, confianza y voluntariedad, mismo que se encuentran presentes en las tablas 8, 9 y 10 entre los primeros 5 lugares;

Los tres intangibles menor valorados que se encuentran abajo del rango del 50% de los puntos totales fueron: Designación del lugar, designación del derecho aplicable; cláusula de estilo. Este último se encuentra aún más bajo en la opinión de los expertos ya que solo 6 lo consideraron un intangible de la mediación;

Se confirmaron parcialmente en el rango de 74 a 60 puntos con el mínimo del 80% a 31 intangibles;

Solo el intangible de activo de la paz se confirma al 100% en relación a la tabla 1, los demás fueron confirmados parcialmente.

16. CONCLUSIONES

El instrumento diseñado para la determinación y validación de los intangibles es el mismo para la mediación y para la conciliación, desprendiéndose de este que los intangibles propuestos son los mismos para ambos procedimientos. Esta conclusión nos permite visualizar que ambos procedimientos pueden ser considerados el mismo. La diferencia doctrinal entre ambos es mínima y versa solo en que en la mediación no se opina y en la conciliación sí, sin embargo, hay una tendencia práctica a considerarlos como uno, es el caso de Ley modelo de conciliación de la CNUDMI y el Modelo Harvard.

Se validaron todos los intangibles de la mediación-conciliación. Sin embargo algunos de ellos tendrán que ser discriminados por el bajo índice de su valoración por los expertos mediadores en sus tres estadios. Dicha clasificación tendrá que ser individual por método alterno, ya que esta variara necesariamente, ya que aunque el fin último de la negociación, de la mediación, de la conciliación y del arbitraje es resolver conflictos, su procedimiento varía.

El intangible de ACTIVO DE LA PAZ es el número uno en los tres casos, confirmando que la mediación es un herramientas de paz, ya que los beneficios por su aplicación están implícitos en el intangible.

En el caso de los intangibles vinculados a los operadores resultaron validados al 100% los relacionados con la imparcialidad, la equidad, la confianza, estos 3 conceptos son los de mayor relevancia en la definición del perfil del mediador. No se puede concebir un mediador sin estos tres

intangibles, son los que le dan más valor y permiten que los usuarios los designen.

En el caso de los intangibles vinculados a los usuarios resultaron validados al 100%. En específico quiero destacar los relacionados con el costo, la flexibilidad y la voluntariedad que tienen que ver de forma directa con el acceso a la justicia por parte de los ciudadanos, significa que las personas buscan la mejor manera de resolver sus conflictos y es lo que más aprecian de este procedimiento.

En el caso de los intangibles vinculados al procedimiento a través de los administradores resultaron validados al 100%. En específico quiero destacar la confidencialidad, la transparencia y la justicia, estos 3 intangibles representan la opción del usuario de acudir a una institución administradora de servicios MASC, que les asegure que su procedimiento será bien llevado.

Los intangibles de confianza, voluntariedad, imparcialidad, equidad, costo, flexibilidad, confidencialidad, transparencia y justicia, son por lo regular conocidos en la doctrina de los MASC como características, no habían sido abordados hasta ahora como intangibles, por lo que el presente estudio confirma la percepción de que estos conceptos son la base de desarrollo de los MASC, empero hasta hoy limitados ya que su estrategia de difusión se sitúa solo en el ámbito jurídico procedimental y no se han socializado o valorado a través de estrategias de comunicación.

Los intangibles de derecho aplicable, cláusula de estilo y el de designación de lugar, aparecieron en los tres estadios de los intangibles con el menor puntaje que de manera negativa son los menos valorados, esto atiende a que el procedimiento de mediación es menos formalista que el arbitraje y en su caso que la vía judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- GORJÓN GÓMEZ, F. 2006. Desarrollo de un centro *on-line* de mediación y arbitraje. En: Aguilera Portales, R. *et al.* El derecho en el nuevo orden mundial. Pp. 559-563. Perú: CEDDAL.
- 2012. The implementation of alternative of dispute resolution according the constitutional procedural reform in México: 2010.1 preliminary report academic research. En: SÁNCHEZ GARCÍA, A. *et al.* Métodos alternos de solución de conflictos. Herramientas de paz y modernización de la justicia. Pp. 119-120. Madrid: Dykinson.

- Lev, B. 2003. *Intangibles: medición, gestión e información*. Bilbao: Ed. Deusto.
- BARRUTIETA, Borja. 2011. *Los activos intangibles y sus retos. Horizontes para los próximos modelos productivos*. España: Ed. Netbiblio.
- HIDALGO MURILLO, J. 2010. *Justicia alternativa en el proceso penal mexicano*. México: Porrúa.
- GORJÓN GÓMEZ, F. 2002. Arbitraje Solución a la Impetración de la Justicia. *Revista HELIAIA del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Criminología* 2 (3) 19-25.
- BENGOA DÍAZ, J. 2011. *Capital Humano. Estudios sobre el estado del arte de los intangibles de la empresa*. *www.institutointangibles.com*. Pp.70-71.
- OLEA DE CÁRDENAS, M. 2012. *Capital Estructural. Estudios sobre el estado del arte de los intangibles de la empresa*. *www.institutointangibles.com*. Pp. 26-27.
- GORJÓN, F. STEELE, J. 2012. *Métodos Alternos de Solución de Controversias*. México: Oxford.
- OTAMENDI, J. 2010. *Los Valores Intangibles de la empresa*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- EDVISSION, L., MALONE, M. 2000. *El capital Intelectual. Como identificar y calcular el valor de los recursos intangibles de su empresa*. Barcelona: Gestión 2000.
- OLIVER, D. 2006. *How to negotiate effectively*. UK: The Sunday Times.
- PESQUEIRA LEAL, J. *et al.* 2012. *Mediación asociativa y cambio social. El arte de lo posible*. México: UNISON.
- GARBER, C. 1996. *La Mediación Funciona*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- ALVARADO VELLOSO, A. 1989. *La Conciliación*. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, tomo I, 56.
- SUÁREZ BELTRÁN, G. 2009. *Apuntes introductorios al estudio de la conciliación. Curso de conciliación*. Colombia: Doctrina y Ley.
- GORJÓN GÓMEZ, F. 2003. *Arbitraje Comercial. Paradigma del Derecho*. *Revista Latinoamericana de Arbitraje Comercial*. *www.servilex.com.pe*, p. 5.
- BENGOA DÍAZ, J. *et al.* 2011. *Métodos, modelos de valoración utilizados en el ámbito de los intangibles de capital humano*. Estudios sobre el

VI. LOS INTANGIBLES DE LA MEDIACIÓN

estado del arte de los intangibles de la empresa. *www.institutointangibles.com*, p. 5.

La educación en valores: Mediación y menores de edad

PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ

Doctora en Derecho, Profesora Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (España), Profesora del Máster en Trabajo Social, Estado del Bienestar y Metodologías de Intervención Social de la misma Universidad, miembro fundador de IDADFE (Instituto para el Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España), Miembro del Grupo de Investigación "Koinonía: Grupo interdisciplinario de investigaciones sobre Trabajo Social, Historia, Derecho e Intervención Social" (Ref. GI62).

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. 2. MEDIACIÓN INTERGENERACIONAL. 3. MEDIACIÓN ESCOLAR. 4. EL CASO ESPECIAL DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS. 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Vivimos en una realidad familiar muy cambiante: familias cada vez menos extensas, incremento de las crisis matrimoniales y la ruptura de parejas, escasez de tiempo de los padres para dedicarse a sus hijos, nuevos modelos de relaciones familiares emergentes, familias reconstituidas donde coinciden hijos de varias parejas.

También la realidad escolar es diferente a la de otras épocas, con huida de los modelos educativos autoritarios anteriores en busca de una educación menos restringida, más libre.

La autoridad de los padres y de los profesores sobre sus hijos y estudiantes es mucho menos estricta, ejerciéndose una disciplina mucho más moderada.

Y a todo esto se une el papel de los medios de comunicación, que ofrecen unos modelos de conducta y de relaciones sociales (consumismo, violencia, superficialidad...) que neutralizan en muchas ocasiones la labor educativa parental y escolar.

Por todo ello es cada vez más necesaria una educación en valores, que no solo prepare profesionales, sino ciudadanos capaces de crear una convivencia armoniosa y adecuada, personas que sepan quienes son, y qué pueden y deben hacer¹.

En esta línea, la Constitución española de 1978 establece en su art. 27.2 que

«La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales».

Entre esos principios democráticos de convivencia se encuentran los relativos al ejercicio libre y pacífico de los derechos, y a la participación en los asuntos que nos afectan, a todos los cuales responde el sistema de la mediación como sistema de resolución de conflictos.

Uno de los hitos más relevantes en relación a la consideración de los menores de edad ha sido la aprobación por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 de la Convención sobre los Derechos del Niño². Dicha Convención aporta dos grandes novedades: por un lado no es simplemente un texto declarativo de principios genéricos, sino un texto vinculante, y por otro lado plasma por primera vez la idea de que el niño es sujeto de derechos, y no solo de derecho a recibir prestaciones y protección de los adultos, sino también de derechos activos, pasando así de una concepción puramente tuitiva de los menores de edad a una concepción como seres autónomos, como auténticos sujetos de derechos³.

Así afirma en su Preámbulo que *«el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad».*

Y luego, en concreto en su artículo 12 ap. 1 afirma que

«1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos

1. HERNÁNDEZ PRADOS, M^a A., LÓPEZ LORCA, H. 2006. Análisis el enfoque actual de la cooperación padres-escuela. Aula Abierta (ICE Universidad de Oviedo) 87, 9 y ss.
2. Ratificada por España en 1990 (BOE de 31 de diciembre).
3. Véase con carácter general RAVETLLAT BALLESTÉ, I. 2006. ¿Hay una única infancia? La construcción de ciudadanía desde la niñez y la adolescencia a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño. En: VILLAGRASA ALCAIDE, C., RAVETLLAT BALLESTÉ, A. (coords) Los derechos de la infancia y de la adolescencia, Congresos mundiales y temas de actualidad. Pp. 49-64. Barcelona: Ariel.

los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño».

Por todo ello, la metodología de la mediación como sistema de resolución de conflictos tiene una importancia especial tratándose de menores de edad, y está llamada a experimentar un desarrollo importante en los próximos años, en cuanto su objetivo básico es construir una relación en la que las propias partes sean capaces de generar soluciones para superar el conflicto.

Por ello, además de ser un método muy eficaz para la resolución de conflictos, en palabras de MEJÍAS GÓMEZ, resulta todavía más útil como sistema para enseñar a los ciudadanos a resolver sus conflictos por sus propios medios y de forma pacífica, mediante el diálogo y la negociación, pues se basa en la idea de que la responsabilidad en la solución del conflicto es de los propios contendientes, y no para que los poderes públicos eludan su responsabilidad en la consecución de la paz social, sino para devolver a los ciudadanos la competencia en la gestión de sus propios asuntos; mientras que las sociedades más atrasadas se caracterizan por el uso de la fuerza para resolver los conflictos, o por la delegación en los poderes públicos eludiendo cualquier responsabilidad en la cuestión, una sociedad avanzada se caracteriza por contar con ciudadanos capaces de resolver sus problemas por vías pacíficas, pues nadie como los propios interesados conoce el problema que les afecta y nadie mejor que ellos para ponerle fin; por ello la mediación es una extraordinaria forma de educar a las persona para ser ciudadanos⁴.

Tratándose de menores de edad, la forma de abordar los conflictos proviene de las enseñanzas, o mejor dicho de los mensajes recibidos, de los padres y los profesores en la familia y en la escuela, y si el menor comprueba los beneficios de un sistema de resolución de enfrentamientos en el que él mismo gestiona la superación de la crisis será más fácil que tienda a utilizar dicho sistema en la gestión de conflictos futuros, lo que a la larga contribuirá a la mejora del servicio público de justicia que se ofrece a los ciudadanos, ya que los conflictos se desjuridifican y se desjudicializan⁵.

Y dado que los conflictos son inevitables en la vida cotidiana, no se

4. MEJÍAS GÓMEZ, J. F. 2009. La mediación como forma de tutela judicial efectiva. Madrid: El Derecho y Quantor SL, p. 37.
5. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R. 2008 Dinámicas del conflicto en el entorno familiar. En: SORIA, M. A., VILLAGRASA, C. y ARMADANS, I. (coords.) Mediación familiar: conflictos, técnicas, métodos y recursos. Barcelona: Bosch, pp. 21 y ss.

trata tanto de evitarlos como de saber asumir este tipo de situaciones, y saber enfrentarse a ellas con recursos suficientes para que no se conciban como algo intrínsecamente malo, que se debe evitar, sino que se traduzcan en aprender modos mejores de responder a los problemas, de construir relaciones mejores y más duraderas, pues se estimula la capacidad de las personas para desarrollar nuevas formas de comunicación basadas en el diálogo y el espíritu cooperativo⁶.

La mediación es por tanto un sistema que acentúa la responsabilidad de las personas en la solución de sus controversias, lo que tiene un papel esencial en la educación, y en la prevención de conflictos. No es el adulto, generalmente el padre o madre o el profesor, el que toma una decisión acerca de cómo resolver el conflicto, esperando que los niños sigan sin discusión el plan establecido, sino que los niños tienen oportunidad real de expresar sus puntos de vista, comprueban que sus opiniones son tenidas en cuenta, y afrontan mucho mejor los cambios si comprenden las razones para ellos, tienen por tanto sensación de control sobre sus vidas⁷.

Hemos de destacar asimismo la peculiaridad de los intereses afectados por los conflictos que se producen en la familia o en la escuela: influyen en la propia identidad personal del menor, en la configuración de la autoestima, y en la necesidad de poder, amistad, o de pertenencia al grupo, y por ello, aunque a veces se encuentre solución a un aspecto concreto, el conflicto reaparece expresado de otra manera. De ahí que el nivel de implicación en el conflicto, y el de impacto de su resultado, sea enorme.

Por otra parte los conflictos escolares y paterno-filiales no suelen llegar a los Tribunales, salvo casos excepcionales, teniendo muy difícil solución desde el punto de vista jurídico.

Y también hay que tener en cuenta que el principio de autoridad de padres y profesores se ha visto muy desvirtuado, con respecto a su concepción inicial, en los últimos años⁸.

6. VILLAGRASA ALCAIDE, C. 2008. Marco jurídico de la mediación familiar. En: SORIA, M. A., VILLAGRASA, C. y ARMADANS, I. (coords.) Mediación familiar: conflictos, técnicas, métodos y recursos. Barcelona: Bosch, pp. 163 y ss.

7. MEJÍAS GÓMEZ, J. F. 2009. La mediación como forma de tutela judicial efectiva. Madrid: El Derecho y Quantor SL, p. 37.

8. Recordemos que, hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 54/2007, de Adopción Internacional, el artículo 154 del Código Civil español decía que «... los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad. También podrán corregir razonable y moderadamente a los menores»; desde aquella fecha el último inciso se ha suprimido, no quedando muy claro a qué autoridad, administrativa, judicial o poli-

Por ello, enseñar al menor a relacionarse adecuada y pacíficamente en la vida diaria, dialogando y comprendiendo la posición del otro, e incluso previniendo que el conflicto surja, o al menos se agrave, es seguramente la tarea más importante de un educador⁹.

Los dos ámbitos educativos que mayor influencia tienen en los menores de edad, por lo menos hasta un momento determinado en que los medios de comunicación y los amigos cobran una importancia muy grande, son la familia y la escuela; por ello a continuación vamos a ver el encaje de la mediación en estos dos ámbitos.

2. MEDIACIÓN INTERGENERACIONAL

En España la mediación familiar ha surgido en el contexto de las crisis de pareja, las separaciones y los divorcios, para buscar respuestas alternativas a las judiciales en este tipo de conflictos.

De hecho, la Ley estatal 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que las partes, en los procesos de crisis matrimonial, pueden pedir en cualquier momento al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar, y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio.

Y más tarde, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, establece en su artículo 2.1 que

«Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable y quedando excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley, la mediación penal, la mediación con las Administraciones públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo».

No se hace referencia expresa como vemos ni a la mediación familiar ni a la escolar, aunque quedarán incluidas al permitirse respecto de derechos disponibles.

Existe también muy variada legislación autonómica, bastante anterior, en la que se hace referencia a la mediación como sistema de resolución de conflictos en las crisis matrimoniales y las rupturas de pareja.

cial, deben acudir los padres en demanda de ayuda para superar los pequeños conflictos del día a día.

9. HERNÁNDEZ PRADOS, M^a A., LÓPEZ LORCA, H. 2006. Análisis el enfoque actual de la cooperación padres-escuela. Aula Abierta (ICE Universidad de Oviedo) 87, 3-26.

Es por ello que en este ámbito es donde vamos a encontrar más normativa y más estudios doctrinales sobre la mediación.

Sin embargo, desde el principio ha quedado claro que hay situaciones familiares diferentes a la ruptura de la pareja en las que puede ser una buena respuesta la mediación.

De hecho la Recomendación R (98) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobada el día 21 de enero de 1998, instaba a los Gobiernos de los Estados miembros a incorporar o consolidar la mediación familiar en su respectivos países, con el objetivo de mejorar la comunicación entre los miembros de la familia y de reducir los conflictos, dando lugar a acuerdos amistosos y asegurando la continuidad de las relaciones personales entre padres e hijos.

Así, ya en 2001 la Comunidad Valenciana¹⁰ y la de Cataluña¹¹ recogen la mediación como sistema para resolver cualquier otro conflicto surgido en la familia.

Y desde luego la normativa autonómica más reciente sobre mediación familiar extiende a mucho su ámbito de actuación¹².

A título de ejemplo vamos a recordar la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar en Aragón, en cuyo artículo 5 se establece que

«1. La mediación regulada en la presente ley podrá referirse a cualquier conflicto familiar surgido en el ámbito del Derecho privado.

2. Específicamente, la intervención del mediador familiar tendrá por objeto alguno de los siguientes aspectos:

10. Artículo 3 de la Ley 7/2001, de Mediación Familiar en la Comunidad Valenciana.
11. El artículo 5 de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar en Cataluña, aunque hoy ya no está vigente, decía que la mediación se aplicaría a conflictos derivados del ejercicio de la potestad sobre hijos comunes, o por razón de alimentos entre parientes o instituciones tutelares. Y la Ley vigente, 15/2009, de 22 de julio, de Mediación de Derecho Privado en Cataluña, realiza una amplísima configuración de la mediación, contemplando, además de la mediación familiar, la relativa a cualquier tipo de pretensión en materia de derecho privado que pueda conocerse en un proceso judicial, y que se caracterice porque se haya roto la comunicación personal entre las partes, si éstas deben mantener relaciones en el futuro (particularmente los conflictos relacionales surgidos en el ámbito de las asociaciones y fundaciones, de la propiedad horizontal y en la organización de la vida ordinaria de las urbanizaciones, y en el ámbito de la convivencia ciudadana o social en general).
12. Prácticamente todas las leyes autonómicas existentes responden a la intitulación de «Mediación Familiar», excepto las Leyes 15/2009, en Cataluña, y 1/2011, en Cantabria, que tratan de regular la mediación en el ámbito del derecho privado en su conjunto.

a) Conflictos nacidos como consecuencia de una ruptura de pareja, existan o no menores afectados.

b) Controversias relacionadas con el ejercicio de la autoridad familiar o, en su caso, patria potestad y del régimen de guarda y custodia de los hijos.

c) Diferencias en lo relativo al régimen de relación de los menores con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.

d) Situaciones derivadas de crisis de convivencia en el seno del matrimonio o de la pareja.

e) Desavenencias referentes a las relaciones entre personas mayores y sus descendientes.

f) Conflictos entre los miembros de la unidad familiar donde sea de aplicación la normativa de derecho internacional.

g) Los datos de las personas adoptadas relativos a sus orígenes biológicos, en la medida que lo permita el ordenamiento jurídico, alcanzada la mayoría de edad, o durante su minoría de edad representadas por sus padres o quienes ejerzan su autoridad familiar. Salvo en los supuestos debidamente justificados, en los que esté en peligro la vida o la integridad física o moral de la persona adoptada, no se podrá facilitar la identidad de los padres biológicos en tanto en cuanto no se disponga de la autorización expresa de estos.

h) Problemáticas referidas al Derecho civil patrimonial o a la empresa familiar.

i) Cuestiones relacionadas con las sucesiones por causa de muerte».

Y en sentido muy similar se pronuncian otras muchas regulaciones, aunque destacaremos que la concepción de conflicto familiar a estos efectos no es siempre la misma, de manera que a veces se limita el vínculo familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad¹³, mientras que en otros supuestos se incluye en su ámbito cualquier conflicto de convivencia, sin límites de parentesco¹⁴.

En todo caso, ha de tratarse de conflictos que versen sobre materias de Derecho privado respecto a las cuales el ordenamiento jurídico reconozca a las personas interesadas la libre disponibilidad o, en su caso, la posibilidad de ser homologados los acuerdos judicialmente, quedando

13. Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco; Ley 7/ 2001 de Valencia, Ley 3/2007 de Asturias, o Ley 1/2007 de Madrid. La Ley 1/2009, de Andalucía, incluso reduce el grado de parentesco al tercer grado de consanguinidad o afinidad.

14. Ley 1/2006, de 6 de abril, de Castilla y León, o Ley 9/2011 de Aragón.

excluidas las actuaciones que permitan presumir que el consentimiento para dicha mediación no será real y voluntario¹⁵.

En lo que se refiere a los menores de edad, queda claro que una de las principales áreas de intervención de la mediación podría ser la de los conflictos intergeneracionales entre padres e hijos, o entre hermanos, supuestos en los que el mantenimiento de la convivencia y de la relación afectiva hacen especialmente importante abrir un proceso de comunicación familiar, pues los conflictos pueden hacerse crónicos y tienen una muy difícil salida judicial, afectando a todo el entorno familiar, que puede dividirse¹⁶.

La mediación permite así al menor participar en las decisiones que se tomen en su familia y que le afecten, y además hace que tenga más recursos para afrontar las discrepancias que puedan ir surgiendo con posterioridad en la vida familiar cotidiana, haciendo más fácil la relación posterior que se ha de mantener.

No obstante, en la legislación existente sobre mediación familiar aún no se ha visto reconocido el protagonismo del menor, o incluso ni siquiera su participación, a excepción de la legislación de Cantabria¹⁷, de las Islas Baleares¹⁸, o de Castilla y León¹⁹.

Y ello a pesar de que en la regulación procesal general sí está recogido el derecho de audiencia de los menores en los procesos de separación o divorcio, de guarda y custodia, o de alimentos de hijos menores, si tuvieren suficiente juicio, y en todo caso partir de los doce años²⁰.

15. MORETÓN SANZ, M. F. 2010. El legado alternativo y la facultad de elección o concentración: la mediación como fórmula recomendada judicialmente para la resolución de las controversias patrimoniales y familiares derivadas de la sucesión *mortis causa*. RCDI 721, 2406 y ss.
16. CALDERER I PÉREZ, N. 2003. Mediación familiar intergeneracional. En: POYATOS GARCÍA, A. (coord.), Mediación familiar y social en diferentes contextos. Valencia: Nau Llibres, pp. 113 y ss.
17. Artículo 21 de la Ley 1/2011, de Mediación: «Podrán someterse a mediación las personas, físicas o jurídicas y públicas o privadas, que se vean afectadas por un conflicto relativo a una materia de libre disposición y que tengan capacidad para disponer de su objeto. Las personas menores podrán intervenir en la mediación en la medida en que, conforme a la legislación sustantiva, ostenten capacidad para disponer del objeto del conflicto».
18. Art. 5.2 de la Ley 14/2010: «Los menores de edad, si tienen suficiente juicio, y en todos los casos los mayores de 12 años pueden intervenir en los procedimientos de mediación que les afecten. Excepcionalmente en los casos en que exista contradicción de intereses, los menores de edad pueden participar asistidos por un defensor o una defensora».
19. Aunque la Ley 1/2006 exige en su artículo 2 que el menor esté emancipado.
20. En los términos del artículo 770.4 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil: «Si el procedimiento fuere contencioso y se estima necesario, de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor, se oír a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años».

3. MEDIACIÓN ESCOLAR

Como antes hemos adelantado, uno de los ámbitos educativos que mayor influencia tienen en los menores de edad es la escuela, el colegio, ya que gran parte de su vida diaria transcurre allí.

En este sentido, los conflictos que los menores pueden afrontar en el ámbito escolar, especialmente en caso de conflicto entre iguales, en muchas ocasiones no producen solo un daño material, evaluable en dinero, sino un daño psicológico o emocional, mucho más importante, consistente en el miedo, la angustia, la sensación de inseguridad o de temor.

Por otra parte estos conflictos surgen en un espacio de relación en el que puede presumirse un riesgo de reiteración, porque las partes están obligadas a volverse a ver y a convivir, como ocurre con la familia.

Por ello, la mediación se plantea como un sistema de resolución de conflictos de especial oportunidad, pues permite que la víctima exprese sus emociones, pregunte sobre las motivaciones del infractor, e incluso a veces le comprenda, aunque no le justifique, y el infractor por su parte puede conocer el alcance real de sus hechos, y hacerse cargo del daño causado, lo que se traduce en un aprendizaje de formas de relacionarse de capital importancia²¹.

Se tratan mejor las necesidades de las víctimas, tanto las materiales como las emocionales, dándose a la vez al agresor la posibilidad de asumir la responsabilidad de sus actos y de cambiar de conducta²².

La mediación escolar está regulada en la actualidad en el Ordenamiento español, debido al reparto constitucional de competencias en materia de educación, en disposiciones autonómicas. Sin embargo no siempre la regulación se aborda del mismo modo.

Así, en ocasiones aparece como una sección, o un epígrafe específico, dentro de una norma más general, normalmente dedicada a la regulación relativa a derechos y deberes de los alumnos y normas de convivencia en centros docentes; es el caso de Asturias²³, Cantabria²⁴,

21. RÍOS MARTÍN, J. C. 2007. La mediación penal: acercamiento desde las perspectivas críticas del sistema penal. En: SÁEZ VALCÁRCCEL, R., ORTUÑO MUÑOZ, P. (coord.) *Alternativa a la judicialización de los conflictos: la mediación*. Madrid: Estudios de Derecho Judicial 111-2006, Consejo General del Poder Judicial, pp. 156 y ss.

22. SÁEZ VALCÁRCCEL, R. 2007. La mediación reparadora en el proceso penal, reflexión a partir de una experiencia. En: SÁEZ VALCÁRCCEL, R., ORTUÑO MUÑOZ, P. (coord.) *Alternativa a la judicialización de los conflictos: la mediación*. Madrid: Estudios de Derecho Judicial 111-2006, Consejo General del Poder Judicial, pp. 63 y ss.

23. Decreto 249/2007, que regula en sus arts. 29 y ss. la mediación como proceso educativo de gestión de conflictos.

24. Decreto 53/2009, que regula en sus arts. 40 y ss. la mediación como proceso

Castilla-La Mancha²⁵, Castilla y León²⁶, Valencia²⁷, Canarias²⁸, el País Vasco²⁹, o Extremadura³⁰.

Pero en otras ocasiones solo aparece como una referencia a la conveniencia de articular mecanismos de mediación para resolver conflictos. Así ocurre en la normativa de Galicia³¹, Andalucía³², Aragón³³, Baleares³⁴, La Rioja³⁵, o Navarra³⁶.

educativo para prevenir, mediar y resolver, de forma pacífica, los conflictos que puedan plantearse en el centro entre los distintos miembros de la comunidad educativa.

25. Decreto 3/2008, regula la mediación escolar en sus arts. 8 y ss.
26. Arts. 41 y siguientes del Decreto 51/2007, que regulan la mediación, junto con los acuerdos de reeducación formales y escritos entre el centro, el alumno y sus padres o tutores legales, como medidas para gestionar y solucionar los conflictos surgidos por la conducta perturbadora de un alumno.
27. El Decreto 39/2008, de 4 de abril, regula en su art. 7 la mediación, como proceso de resolución de conflictos que fomenta la participación democrática en el proceso de aprendizaje, posibilitando una solución del conflicto asumida y desarrollada con el compromiso de las partes.
28. Decreto 114/2011, de 11 de mayo, arts. 69 y ss.
29. Decreto 201/2008, de 2 de diciembre, si bien aquí no se hace referencia a la «mediación» sino a la «conciliación», que supone reconocimiento, por el alumno o alumna, de las consecuencias contrarias o gravemente perjudiciales para la convivencia en el centro que se originan de su conducta y, en concreto, de la lesión a los derechos de los demás miembros de la comunidad educativa, presentación de disculpas o excusas, aceptación por la persona ofendida o, en su caso, por el órgano correspondiente del centro, realización de alguna actividad educativa, y en su caso reparación del daño causado, material o moral, o compromiso fehaciente de repararlo.
30. Decreto 50/2007, que regula en su art 56 las actuaciones de mediación.
31. La Ley 4/2011, de convivencia y participación en la comunidad educativa de Galicia, establece en su art 10 que el proyecto educativo de cada centro docente ha de incluir un plan de convivencia, que integrará el principio de igualdad entre mujeres y hombres y establecerá, sobre la base de un diagnóstico previo, las necesidades, objetivos, directrices básicas de convivencia y actuaciones, incluyendo la mediación en la gestión de los conflictos; y en su art 4 reconoce el derecho de los profesores de recibir formación necesaria en la atención a la diversidad y en la conflictividad escolar, y en experiencias pedagógicas de innovación educativa relacionadas con la convivencia y la mediación.
32. Decreto 327/2010, que aprueba el Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria: una de las competencias del Director del centro es garantizar la mediación en la resolución de conflictos.
33. El Decreto 73/2011 hace referencia expresa a la mediación como sistema habitual y preferente de resolución de conflictos, y también de estrategia preventiva.
34. Decreto 112/2006, de 29 de diciembre, art. 12.
35. Decreto 4/2009, de 23 de enero, art. 6.
36. El Decreto Foral 47/2010, de 23 de agosto, en su art. 4, recoge específicamente el derecho de los alumnos a la utilización de distintos medios de conciliación y mediación como método educativo para la resolución de conflictos.

E incluso a veces no aparece ni siquiera contemplada de forma expresa, como en Madrid³⁷, o Murcia³⁸.

En el primer caso, incluso disponiendo de reglamentación específica en ocasiones la regulación es muy incompleta, dejando en el aire muchas cuestiones por resolver desde un punto de vista jurídico³⁹.

Como ponen de relieve MAESO, MONJO y VILLANUEVA, la mediación escolar parte de la base de que los niños y los jóvenes pueden y deben ser protagonistas en la resolución de sus propios conflictos, fomenta el diálogo y la participación cooperativa, les muestra que no hay una verdad única, que incluso los hechos más objetivos pueden ser vistos desde perspectivas diferentes, ayuda a entender y respetar la diferencia, a ser más tolerante, y por lo tanto es una importante herramienta formativa y de prevención de la violencia⁴⁰.

En definitiva, la mediación favorece la comunicación, y eso redundará en beneficio del menor y de todo su entorno; por ello tiene un importante componente preventivo y formativo, y de hecho en la normativa existente, aunque muy variada como hemos visto, se suele hacer referencia a ella como «estrategia preventiva en la gestión de conflictos», o como «estrategia de reparación para restablecer la confianza entre las personas», e incluso como «proceso educativo», a fin de proporcionar nuevos elementos de respuesta en situaciones parecidas que se puedan producir.

Ahora bien, desde un punto de vista jurídico se echa en falta una norma que regule la mediación escolar con carácter general, pues hasta ahora la regulación está dispersa y es muy variada.

Y que además la regule de forma completa, intentando no dejar cuestiones sin resolver, como su incidencia en el proceso sancionador abierto en el centro escolar⁴¹, la capacidad necesaria para intervenir en

37. Decreto 15/2007, que establece el marco regulador de la convivencia en los centros docentes de la Comunidad de Madrid.

38. Decreto 115/2005, que establece las normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas escolares. Bien es cierto que la Orden de 20 de febrero de 2006 recoge la existencia de formación permanente del profesorado en los procedimientos de mediación escolar.

39. NÚÑEZ MUÑOZ, C. (en prensa). La mediación como sistema de resolución de conflictos en el ámbito escolar.

40. MAESO, L. MONJO, M. y VILLANUEVA, N. 2003. Mediación escolar y resolución de conflictos en las escuelas. En: POYATOS GARCÍA, A. (coord.) Mediación familiar y social en diferentes contextos. Valencia: Nau Llibres, pp. 133 y ss.

41. Es cierto no obstante que en mucha de la normativa existente, cuando la mediación está expresamente contemplada, se hace referencia al cumplimiento del acuerdo de

el caso de menores de edad⁴², el carácter vinculante o no de los acuerdos tomados, o la intervención de los padres y madres en el cumplimiento de dichos acuerdos⁴³. Esta diversidad de modelos y de sistemas se podría resolver también a través de la uniformidad normativa que se plantea desde la Unión Europea.

4. EL CASO ESPECIAL DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS

Uno de los acuerdos a que se puede llegar en el procedimiento de mediación es el compromiso, por parte del infractor, de reparar los daños causados, ya que la responsabilidad por los actos propios es precisamente uno de los aprendizajes que se quiere conseguir con este sistema.

En el Ordenamiento español la obligación de indemnizar los daños causados se predica respecto de las personas mayores de edad, y con capacidad de obrar plena, que sean consideradas autoras del hecho lesivo. Queda así excluida en el ámbito civil la responsabilidad personal del propio menor con relación a los daños que pueda causar, atribuyéndose las consecuencias dañosas de sus actos bien al centro escolar⁴⁴,

mediación como una circunstancia atenuante, o incluso suspensiva o paralizadora, del procedimiento escolar de sanción.

42. En lo relativo a la participación de los menores en estos procedimientos, lógicamente se debe dar por supuesta por razón del tipo de conflicto de que se trata. No obstante, por ejemplo el Decreto 114/2011, de 11 de mayo, por el que se regula la convivencia en el ámbito educativo de la Comunidad Autónoma de Canarias, establece en su art. 47 que en caso de alumnado menor de edad se precisará de la autorización de sus representantes legales.
43. El art. 10.1 del Decreto 3/2008 de Castilla-La Mancha establece que las partes en conflicto han de aceptar voluntariamente participar en el proceso de mediación, y, tratándose de menores de edad, sus padres o tutores han de comprometerse a cumplir el acuerdo al que se llegue. Y, en el mismo sentido, el Decreto 201/2008, de 2 de diciembre, del País Vasco, establece en su art. 48 que las medidas educativas o correctoras podrán suspenderse mediante la firma de un compromiso educativo para la convivencia por parte del alumno o alumna interesada y, en caso de ser menor de edad, también por sus padres, madres o representantes legales, quienes deben comprometerse a llevar a cabo, personalmente o a través de las instituciones correspondientes, las medidas de prevención y modificación de conducta acordadas.
44. Con respecto al período de tiempo en que los menores de edad están bajo el control del centro escolar, en la actualidad como regla general responderá el titular del centro, que es quien debe adoptar las correspondientes medidas de organización. Es decir, será responsable, si el centro es público, la Consejería de la Comunidad Autónoma correspondiente, y si el centro es privado la persona física o jurídica titular del colegio, aunque desde luego sigue siendo posible demandar personalmente al profesor, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil, siempre que su propia imprudencia haya sido causa del daño, porque no se ha producido una exención de responsabilidad de los profesores por su negligencia,

durante el tiempo en que está bajo su control o vigilancia, bien a sus padres (o tutores)⁴⁵, el resto del tiempo⁴⁶.

Y esto porque uno de los requisitos necesarios para que surja la obligación de indemnizar es que tenga la persona capacidad de entender y de querer suficiente, considerando la generalidad de la doctrina que, por ausencia de este requisito, están excluidas de responsabilidad extracontractual las personas que carecen de discernimiento, como los menores de edad⁴⁷.

Ahora bien, la consideración de los menores de edad como sujetos plenos de derechos, y la adquisición progresiva de su capacidad para ejercerlos, que no se dilata ya de forma absoluta hasta la mayoría de edad, quizá debería ir acompañada de la responsabilidad de las actua-

sino un aumento de la garantía, de la solvencia, en beneficio del perjudicado. La responsabilidad civil de los centros docentes por daños causados por sus alumnos plantea interesantes cuestiones, como la de determinar qué se entiende por centro docente, cuales son los daños indemnizables, o la extensión personal, temporal y espacial de dicha responsabilidad; también está adquiriendo mucha importancia el estudio de la responsabilidad derivada de los daños morales originados por el acoso escolar.

45. El criterio de responsabilidad por semi-riesgo, con proyección cuasiobjetiva, y que procede aunque los padres no se encuentren presentes cuando se comete el hecho ilícito, o tienen que trabajar, o no pueden, por razón de las circunstancias familiares o sociales, estar siempre junto a sus hijos menores de edad, es hoy prácticamente unánime en doctrina y jurisprudencia. En este sentido, resulta llamativa la Sentencia del Tribunal Supremo 1135/2006, de 10 de noviembre: a pesar de que la madre había solicitado repetidamente el auxilio de las instituciones ante su impotencia para controlar a su conflictivo hijo, sin que por ellas se hubiesen tomado las medidas necesarias para hacer frente a su peligrosidad social, el Tribunal Supremo impone a los padres el pago de la indemnización. Queda en pie no obstante la cuestión de si el precepto legal no debe ser interpretado de acuerdo con «*la realidad social del tiempo en que ha de aplicarse*», conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del Código Civil, y de si esta realidad social en la actualidad, con el cada vez menor control paterno de las actividades de su hijos, sea por el ritmo de trabajo de la vida moderna, sea por las nuevas tendencias en la educación que aconsejan ir reconociendo progresivamente un ámbito de libertad cada vez mayor, no debería traducirse en una menor responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos, o al menos en una apreciación culposa de la misma, y no cuasi objetiva.
46. Véase con carácter general, LÓPEZ PELÁEZ, P. 2009. La responsabilidad civil de los daños causados por menores de edad: criterios de atribución. En: POUS DE LA FLOR, R. A., LEONSEGUI GUILLOT, M. P., YÁÑEZ VIVERO, F. (coords.) La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas. Pp. 43-59. Madrid: ExLibris. Y, de la misma autora, La responsabilidad civil de los centros docentes. En: LASARTE ÁLVAREZ, C., LÓPEZ PELÁEZ, P., MORETÓN SANZ, M. F., La responsabilidad civil en el ámbito de los centros docentes. Madrid: Dykinson.
47. Véase LASARTE ÁLVAREZ, C. 2011. Principios de Derecho Civil Tomo 2 (Derecho de Obligaciones). Madrid: Marcial Pons, pp. 351 y ss.

ciones cometidas, en aplicación precisamente de esa autonomía y del derecho al libre desarrollo de su personalidad⁴⁸.

Recordemos que la mediación tiene una finalidad educativa y preventiva, y si los menores comprueban que, cada vez que cometen una falta, otra persona les soluciona el problema, la enseñanza que pueden sacar de ello es que pueden hacer lo que quieran, porque siempre va a haber alguien, y no ellos mismos, que indemnice los daños.

Por tanto, hay que decidir dónde se encuentra la capacidad de discernimiento en cada caso⁴⁹, sin que parezca equitativo hacer responder exclusivamente al centro docente o a los padres cuando el menor causante del daño pudo darse cuenta del peligro e incurrió también en negligencia⁵⁰, o cuando su conducta fue la única causante de los daños⁵¹.

Existe ya una manifestación legal muy clara de este criterio en la regulación de la responsabilidad civil derivada de una previa responsabilidad penal del menor, pues el artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de regulación de la responsabilidad penal de los menores, con relación a los menores a partir de 14 años reconoce su responsabilidad civil personal, como principio⁵², sin perjuicio de que se

-
48. Véase VILLAGRASA ALCAIDE, C. 2006. Perspectivas de la Convención sobre los Derechos del niño: reivindicaciones formuladas desde los Congresos Mundiales sobre los derechos de la infancia y la adolescencia. En: Los derechos de la infancia y de la adolescencia (Congresos mundiales y temas de actualidad). Barcelona, pp. 17 y ss. Véase también a MORETÓN SANZ, M^a F. 2006. La adaptación de nuestro Derecho a la Convención. En: VILLAGRASA ALCAIDE y RAVETLLAT BALLESTÉ (coords.) El desarrollo de la Convención sobre los derechos del niño en España. Barcelona, p. 80.
49. Con carácter general véase a RUIZ JIMÉNEZ, J. 2001. La capacidad del menor. En AA VV. Curso sobre la protección jurídica del menor. Madrid: Colex, pp. 28 a 43.
50. De hecho el Tribunal Supremo ya ha reconocido en varias ocasiones la concurrencia de culpa de la víctima en el daño que se ha ocasionado, a los efectos de moderar la indemnización reclamada. Así lo ha hecho por ejemplo en la Sentencia de 30 de diciembre de 1999 (menor con trece años que salta por balcones exteriores a la altura de un tercer piso de una habitación a otra), en la de 14 de febrero de 2000 (menor con doce años que salta por la ventana de un séptimo piso con la intención declarada de suicidarse), o en la de 5 de octubre de 1995 (menor de 15 años de edad que fallece ahogado en un río).
51. Podría incluso apreciarse la culpa exclusiva de la víctima, con la consiguiente exclusión de responsabilidad de padres del menor causante y/o del centro docente, aunque el altísimo nivel de diligencia que hoy se exige hace que esto sea en la actualidad prácticamente imposible. Sin embargo así ha ocurrido en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de septiembre de 1999 con respecto a los daños sufridos en la mano por el menor R..., de 14 años, como consecuencia de golpear con el puño no a su contrincante en una pelea sino a la pared del patio, ya que el golpe se lo dio él mismo, y no con carácter defensivo.
52. «Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años (mayor de

establezca también, respecto de las posibles indemnizaciones dimanantes de la comisión de delito, la responsabilidad solidaria con él de otras personas, para evitar que la víctima pueda ver defraudadas sus legítimas expectativas como consecuencia de la previsible insolvencia del menor⁵³.

Y este criterio de la legislación penal, en favor de reconocer responsabilidad civil propia al menor de edad a partir de los 14 años, aparece consagrado también en la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo⁵⁴.

En definitiva, en reconocimiento de la libertad y la autonomía progresiva de los menores de edad, y del criterio de que a mayor edad hay que ir reconociendo un margen mayor de libertad, para no lesionar los derechos del menor y permitir el libre desarrollo de su personalidad, y por razones también de coherencia del sistema jurídico⁵⁵, en nuestra

14), responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos»

53. Así lo señala entre otras la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, 175/2006, de 20 de septiembre: «... el menor es el principal responsable civil, pero, por otra parte, en ningún caso va a ser posible excluir o exonerar de responsabilidad a estos otros responsables solidarios, ni aunque acrediten haber actuado con la máxima diligencia, sino que si, por el contrario, no han favorecido la conducta infractora del menor con dolo o negligencia grave, el Juez podrá, en su caso, y además de forma no obligatoria sino facultativa, moderar, en el sentido únicamente de reducir pero no excluir dicha responsabilidad... La Ley impone a los padres no sólo el deber de velar por los hijos y tenerlos en su compañía, sino también el de educarlos y procurarles una educación integral, e idéntico compromiso exige a los tutores y a los acogedores e incluso al guardador de hecho al tratarse de una institución tuitiva a la que son aplicables las obligaciones del tutor, y qué duda cabe que estos otros aspectos son mucho más relevantes en el origen de los comportamientos delictivos del menor que los simples defectos en el ejercicio del deber de guarda en que se suele fundamentar la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad civil ex delicto; es decir, se considera que el fundamento de este nuevo modelo de responsabilidad civil se encuentra no sólo en el deber de guarda sino también en el deber de educación y en el adecuado uso de las facultades de corrección que los padres, tutores, acogedores o guardadores tiene sobre su hijo, pupilos, acogidos o sometidos a su guarda». En el mismo sentido las Sentencias de la Audiencia Provincial de Lérida de 2 de febrero de 2006, de la Audiencia Provincial de Cádiz de 11 de febrero de 2003, o de la Audiencia Provincial de Castellón de 2 de abril de 2007, y otras muchas.
54. Con relación a la multa pecuniaria impuesta al menor autor de la infracción, establece (artículo 21, apartado 8º) que «responderán solidariamente con él sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por este orden, en razón al incumplimiento de la obligación impuesta a éstos que conlleva un deber de prevenir la infracción administrativa que se impute a los menores».
55. No debemos olvidar que se permite a los menores a partir de los 14 años realizar algunas operaciones con transcendencia, como obtener licencia de caza (en algunas

opinión debería estudiarse la introducción en nuestro Código Civil de una regla legal que permita a los Tribunales, establecer, a la vista de las circunstancias de cada caso, y si lo consideran oportuno, la responsabilidad civil propia del menor de edad por los daños que pueda causar, siempre que tenga una mínima capacidad de entender y de querer, y a partir al menos de los 14 años, sin perjuicio o al lado de la responsabilidad de sus padres o guardadores, que seguirán siendo responsables por su falta de cuidado⁵⁶.

Y, para empezar con todo ello, un buen principio es educar a los menores, en los procesos de mediación, en la responsabilidad sobre las consecuencias de los actos propios, y la necesidad de indemnizar los daños causados, siempre teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, y el hecho de que habría de tratarse de daños pequeños que un menor pueda asumir.

5. CONCLUSIONES

En definitiva, la educación en los valores de participación ciudadana, de ejercicio de los derechos, y de ejercicio libre y responsable de los mismos, requiere de un conjunto de experiencias que han de ser vividas por los menores en todos los entornos que le rodean, especialmente el familiar y el escolar.

Creemos, con el profesor VILLAGRASA, que la mediación no es solo un medio alternativo de resolución de conflictos, sino además un procedimiento por el que se aprende el ejercicio democrático y responsable de los derechos, y es también muy útil para abordar los conflictos cotidianos a que se enfrentan los menores de edad, máxime cuando el sistema judicial no tiene recursos para resolver determinados conflictos, sobre todo en los ámbitos familiares y escolares en los que se desenvuelven⁵⁷.

Particularmente en relación a los menores, cuyos conflictos básica-

Comunidades Autónomas, en otras se exige una edad de 16 años), licencia para conducir determinadas motocicletas, determinadas licencias y tarjetas de armas, otorgar testamento (salvo el ológrafo), o contraer matrimonio (aunque sea con dispensa judicial).

56. Esta opinión es compartida por bastantes autores españoles, como DÍAZ ALABART, S. 1987. La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o a tutela. ADC 40 (3) 876-877.

57. VILLAGRASA ALCAIDE, C. 2009. La mediación como medio de resolución de conflictos para los menores de edad. En: AA VV, La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas. Madrid: Exlibris, p. 19.

mente pueden plantearse en la familia o en la escuela, y que deben seguir manteniendo relaciones con las personas con las que tienen el problema, es especialmente aconsejable que se fomente esta vía alternativa de resolución del conflicto, más rápida, adaptable a las circunstancias, y preservadora de la relación entre las partes, previniendo futuros conflictos.

De esta forma los menores se inician en su participación ciudadana, y en el ejercicio de actividades democráticas (que se aprenden, no se adquieren automáticamente al cumplir la mayoría de edad), y se favorece su participación en las decisiones que les afectan, teniendo en cuenta desde luego su edad y su desarrollo personal, favoreciéndose en conjunto el proceso de autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos.

Esta atención a la capacidad de discernimiento, al ejercicio progresivo de los derechos, y a la autonomía gradual en la dirección de su propia vida de los menores de edad, impone el deber de afrontar las consecuencias de sus actos como corolario básico del sistema, y de ahí que en la mediación como sistema educativo pueda tener una especial relevancia la asunción de los daños causados por la propia conducta, indemnizando al perjudicado, sin aplicar el límite de los 18 años de una forma tan absoluta como hoy se hace, y siempre teniendo en cuenta las circunstancias de cada supuesto, la cuantía de la indemnización y las posibilidades económicas de cada afectado.

BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO CARRASCO, M. 2009. Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos: una visión jurídica. Madrid: Reus.
- CALDERER I PÉREZ, N. 2003. Mediación familiar intergeneracional. En: POYATOS GARCÍA, A. (coord.) Mediación familiar y social en diferentes contextos. Pp. 113 y ss. Valencia: Nau Llibres.
- DÍAZ ALABART, S. 1987. La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o a tutela. ADC 40 (3) 876-877.
- HERNÁNDEZ PRADOS, M^a A., LÓPEZ LORCA, H. 2006. Análisis el enfoque actual de la cooperación padres-escuela. Aula Abierta (ICE Universidad de Oviedo) 87, 3-26.
- MARTÍN DIZ, F. 2010. La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

- MEJÍAS GÓMEZ, JF. 2009. La mediación como forma de tutela judicial efectiva: Madrid: El Derecho y Quantor SL.
- MAESO, L. MONJO, M. y VILLANUEVA, N. 2003. Mediación escolar y resolución de conflictos en las escuelas. En: POYATOS GARCÍA, A. (coord.) Mediación familiar y social en diferentes contextos. Valencia: Nau Llibres.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I. 2006. ¿Hay una única infancia? La construcción de ciudadanía desde la niñez y la adolescencia a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño. En: VILLAGRASA ALCAIDE, C., RAVETLLAT BALLESTÉ, A. (coords.) Los derechos de la infancia y de la adolescencia, Congresos mundiales y temas de actualidad. Pp. 49-64. Barcelona: Ariel.
- SÁEZ VALCÁRCCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P. 2007. Alternativa a la judicialización de los conflictos: la mediación. Estudios de Derecho Judicial 111-2006. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- SOLETO MUÑOZ, H. (dir.) 2011. Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos. Madrid: Tecnos.
- SORIA, M. A., VILLAGRASA, C. y ARMADANS, I. (coords.) 2008. Mediación familiar: conflictos, técnicas, métodos y recursos. Barcelona: Bosch.
- SOUTO GALVÁN, E. (dir.) 2010. La mediación, un instrumento de conciliación. Madrid: Dykinson.
- TORREGO SEIJO, J. C. 2009. Modelo integrado de mejora de la convivencia: estrategias de mediación y tratamiento de conflictos. Barcelona: Graó.
- TORREGO SEIJO, J. C. 2007. Convivencia y disciplina en la escuela: el aprendizaje de la democracia. Madrid: Alianza Editorial.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C. 2009. La mediación como medio de resolución de conflictos para los menores de edad. En: AA VV, La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas. Madrid: Exlibris.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C. 2006. Perspectivas de la Convención sobre los Derechos del Niño: reivindicaciones formuladas desde los Congresos Mundiales sobre los Derechos de la Infancia y la Adolescencia. En: VILLAGRASA ALCAIDE, C., RAVETLLAT BALLESTÉ, A. (coords.) Los derechos de la infancia y de la adolescencia, Congresos mundiales y temas de actualidad. Pp. 17-48. Barcelona: Ariel.
- VIOLA DEMESTRE, I. 2009. Minoría de edad y mediación escolar. En: VILLAGRASA ALCAIDE, C., RAVETLLAT BALLESTÉ, A. (coords.) Por los derechos de la infancia y de la adolescencia. Barcelona: Bosch.

Capítulo VIII

El interés del menor en la Mediación: Programas de actuación

MARÍA CRESPO GARRIDO

Profesora Titular de Hacienda Pública, Universidad de Alcalá

SILVIA VALMAÑA OCHAÍTA

Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. PRELIMINARES. 2. PANORAMA SOBRE LOS RECURSOS DISPONIBLES EN MATERIA DE MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL ÁMBITO ESTATAL, AUTÓNOMICO Y LOCAL. 2.1. *La mediación familiar: concepto y fines*. 2.2. *Régimen jurídico de la mediación familiar*. 2.2.1. Normativa internacional. 2.2.2. Legislación estatal. 2.2.3. Disposiciones autonómicas. 3. MATRIMONIOS Y RUPTURAS MATRIMONIALES EN PERSPECTIVA. 3.1. *Tasa de nupcialidad*. 3.2. *Nulidades, separaciones y divorcios*. 3.3. *La situación en Castilla-La Mancha*. 4. ESTUDIO DEL CASO: LA REALIDAD DE LA MEDIACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA. 4.1. *Programa de Mediación en Ruptura de Pareja*. 4.2. *Programa de Orientación e Intervención Familiar*. 4.3. *Atribución de custodias tras la mediación*. 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. PRELIMINARES¹

La mediación familiar constituye una forma confidencial, privada y voluntaria de resolver los conflictos familiares mediante la intervención de una tercera persona cualificada, que desde una perspectiva neutral ayuda a la familia a alcanzar acuerdos consensuados. En un clima positivo se persigue la mejora del bienestar de los hijos, como alternativa a la vía judicial de resolución de los conflictos, disminuyendo el coste emocional y económico de tales procesos. Aquellas parejas que quieran romper su unión y pretendan un acuerdo en materia; de custo-

1. Resultado del Proyecto de Investigación patrocinado por el Instituto Franklin de la UA: Economías de escala de las políticas sociales: Estados Unidos vs España.

dia de hijos, régimen de visitas, pensiones y reparto de bienes, u otras situaciones derivadas del proceso de separación o divorcio, así como aquellas parejas en las que, tras la separación, hayan surgido dificultades para el cumplimiento de convenio regulador o para llegar a nuevos acuerdos que beneficien la relación familiar, pueden contar con la mediación como instrumento de resolución de conflictos.

Se plantea como un método alternativo de solución de conflictos en el ámbito familiar, ya que evita el litigio y satisface las demandas de las partes tras un proceso en el que se haya reforzado la cooperación y el consenso entre ambas. La intervención de la persona mediadora, como elemento neutral entre las partes involucradas, es un punto clave pues es la forma de proporcionar un espacio en el que se fomenta el respeto, la colaboración, la flexibilidad y la participación como características definitorias del proceso de la resolución de los posibles litigios que pudieran surgir.

La tendencia legislativa en los últimos años ha agilizado la resolución de los casos de divorcio, fundamentalmente eliminando los requisitos causales y los posibles obstáculos procesales surgidos en el proceso. De ahí que a la vista de los datos, las rupturas matrimoniales siguen una tendencia alcista por lo que, parece indispensable que la Administración articule instrumentos que atenúen los efectos perjudiciales de las rupturas matrimoniales, más allá de la mera agilización de los trámites administrativos conducentes al divorcio, como única solución posible a los conflictos matrimoniales, como demuestra la experiencia empírica tras la pasada modificación del Código civil. Las rupturas matrimoniales conllevan consecuencias negativas no sólo desde la óptica psicológica de los cónyuges e hijos sino que también producen externalidades negativas que, justifican sobradamente la intervención de los poderes públicos en estos procesos, de forma que se atenúen los posibles efectos externos que repercutan negativamente en la sociedad.

La mediación familiar que, tradicionalmente se ha limitado a evitar la conflictividad entre los cónyuges en el proceso de ruptura matrimonial, como ente facilitador de la gestión del divorcio, presenta un panorama mucho más amplio en el momento actual pues puede ser una herramienta muy útil capaz de amortiguar los efectos negativos derivados de las disoluciones matrimoniales o, incluso reduciéndolas.

Por todo ello, y a pesar de que los actuales instrumentos se han centrado en la resolución de los conflictos que ya habían surgido la tendencia futura debe ir dirigida a la utilización de instrumentos pre-

ventivos más que reactivos, pues los costes disminuyen sustancialmente.

2. PANORAMA SOBRE LOS RECURSOS DISPONIBLES EN MATERIA DE MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL ÁMBITO ESTATAL, AUTONÓMICO Y LOCAL

2.1. LA MEDIACIÓN FAMILIAR: CONCEPTO Y FINES

La mediación familiar es un procedimiento extrajudicial de resolución de los conflictos familiares, en virtud del cual un tercero imparcial y neutral ayuda a los miembros de la pareja e hijos a encontrar un acuerdo a su situación personal y patrimonial posterior a la ruptura². A diferencia del árbitro que actúa en el arbitraje, el mediador no impone su criterio como forma de zanjar la controversia, sino que trata de aproximar las posiciones de los cónyuges, facilitando la negociación entre ellos e intentando que alcancen un acuerdo satisfactorio para ambos³. De ahí que, en ocasiones se le denomine como sistema cooperativo, pues busca la colaboración de ambas partes para resolver la disputa y no la confrontación. En el espacio de mediación es más fácil el diálogo y permite a las partes expresar sus necesidades, así como escuchar las demandas de la otra parte, de manera que se haga más factible que surjan propuestas que satisfagan a ambos cónyuges.

Los beneficios de la mediación se extienden a todos los miembros de la familia, no sólo a los cónyuges, pues son múltiples las situaciones que pueden tratarse en este proceso. Tales como los relativos a; reclamación de alimentos, emancipación, capitulaciones matrimoniales, elección del domicilio, el cuidado de personas a cargo, derecho de visita, cuestiones tutelares, de acogimiento y adopción.

Un novedoso planteamiento que podría contener el proceso de mediación familiar, como espacio de comunicación, y que, en el momento

-
2. Un sistema cooperativo de gestión y resolución de conflictos entre los miembros de una familia, entendida ésta en sentido extenso, que a través de un proceso no jurisdiccional, voluntario y confidencial posibilita la comunicación entre las partes, para que traten de plasmar los intereses comunes en un acuerdo viable y estable que resulte satisfactorio para ambas, y atienda, también, a las necesidades del grupo familiar, especialmente las de menores y discapacitados. Dicho proceso es facilitado por el mediador, que es un tercero imparcial, neutral, capacitado idóneamente y sin ningún poder de decisión (GARCÍA VILLALUENGA 2006).
 3. Aunque poseen puntos en común, la mediación es una figura distinta del arbitraje y de la conciliación.

actual no se tiene en consideración en España, es la propuesta contenida en el estudio «Second Chances», cuya autoría corresponde, entre otros a la magistrada Sears, candidata al Tribunal Supremo de los EE UU por Obama en dos ocasiones. Esta opción propone un período de reflexión de, al menos un año, en el que los cónyuges se dan una segunda oportunidad de reconciliación. Dejando siempre la posibilidad a que la resolución del conflicto finalice en divorcio.

2.2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

La Constitución reconoce que «*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes*»⁴. No obstante, ante la situación de la justicia española ha proliferado otro tipo de medios que tratan de dar solución a los conflictos de manera alternativa a la vía judicial, son las denominadas ADR (*Alternative Dispute Resolution*) entre las que se encuentra la mediación.

2.2.1. Normativa internacional

La mediación familiar⁵, como proceso voluntario entre las partes, ha sido regulada en el derecho español a través de diversas normas y Recomendaciones, siendo la Ley 5/2012, de 6 julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, la más reciente disposición que regula esta figura.

Este instrumento puede utilizarse tanto al inicio, como durante o bien, una vez iniciado el proceso judicial, en ejecución de la sentencia. No obstante, suele tener carácter previo al inicio del proceso, sin perjuicio de que pueda tener lugar durante su tramitación, ya sea por derivación del juez o a petición de las partes. Concretamente la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio, introduce la siguiente regla 7ª al artículo 770 «*Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación*»⁶.

4. Art. 117.3 de la Constitución Española.

5. VILLAGRASA (2010) define en el mismo sentido la figura de la mediación.

6. El citado artículo 19.4 LEC confiere a las partes la posibilidad de solicitar «la suspensión del proceso, que será acordada, mediante auto, por el tribunal, siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días». Sin embargo este plazo no coincide con el plazo máximo de resolución que otorgan algunas leyes autonómicas.

En el ámbito europeo el Reglamento 2201/2003 del Consejo de Ministros, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental dispone en su artículo 55 la necesidad de establecer una cooperación entre autoridades centrales en materia de responsabilidad parental en los siguientes términos «... e) *facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza*». Esta recomendación ha marcado un punto de inflexión en la mediación familiar europea, pues en ella se contienen tanto la fundamentación de la institución, como los principios rectores para que los estados pongan en marcha tal institución. En concreto recomienda a los gobiernos «Instituir o promover la mediación familiar o, en su caso, reforzar la mediación familiar existente».

Posteriormente la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de mediación en asuntos civiles y mercantiles pretende dar homogeneidad a los principios esenciales que deben regir en el ámbito europeo. En concreto, la Comisión Europea reconoce la mediación como un procedimiento rápido y económico que puede dar solución extrajudicial a los conflictos en asuntos civiles y mercantiles, adaptado a las necesidades de las partes.

2.2.2. Legislación estatal

La realidad de la mediación en España no ha quedado ajena al desarrollo internacional y podemos referirnos a la Constitución de 1978 como el referente legislativo primario español, pues reconoce la igualdad de los cónyuges en su artículo 32, así como en su artículo 39 pone de relieve la necesidad de una protección económica y jurídica de la familia, y una especial protección del interés del menor.

Posteriormente la Ley 30/1981, de 7 de julio reconoce la posibilidad de disolver el matrimonio mediante divorcio, por lo que la figura de la mediación adquiere protagonismo a partir de estos presupuestos. Su corta historia legislativa en España puede situarse a partir de esta ley, en virtud de la cual fue posible arbitrar sistemas colaborativos para abordar extrajudicialmente las crisis matrimoniales.

Más concretamente, nuestro ordenamiento jurídico estatal contempla la mediación es en el artículo 87 *ter* de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), introducido por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra

la Violencia de Género. La referencia que el artículo 44 de la Ley hace al artículo 87 *ter* de la LOPJ en su apartado 5 advierte que «en estos casos está vedada la mediación».

La norma estatal que mayor trascendencia ha tenido en este ámbito ha sido la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, y se refiere a la mediación familiar al introducir ciertas modificaciones a los artículos 770 y 777 LEC⁷.

En su Exposición de Motivos prevé que: «*Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral*».

Como reciente novedad se ha aprobado la Ley 5/2012, de 6 julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles que ha establecido un marco jurídico de la mediación, que será de aplicación también en asuntos familiares.

Esta Ley responde no sólo a la necesidad de incorporar al derecho español la Directiva 2008/52/CE⁸, sino también al intento de impulsar la mediación como cauce extraprocésal de resolución de conflictos, que sirva para descargar de trabajo a la Administración de Justicia.

En ella se establece un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y que verse sobre asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos. No se aplica, en cambio, a la mediación penal, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo. En consecuencia se aplica a la mediación familiar, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias.

7. El artículo 777 LEC regula el procedimiento por el que se tramitan las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. Según su apartado 2, al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, «incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar».

8. MORETÓN (2011) hace una descripción de la evolución seguida por la normativa española.

2.2.3. Disposiciones autonómicas

La pluralidad de normas aprobadas por las distintas Comunidades Autónomas tiene un punto en común que consiste en conceptualizar la mediación como un instrumento de paz social y de apoyo a la familia, con especial interés por conseguir una protección de los intereses de los hijos inmersos en el proceso.

La diversidad de normas autonómicas muestra la heterogeneidad de la regulación existente en materia de mediación en España. Cataluña fue la Comunidad Autónoma que en 2001, en virtud de la Ley 1/2001, de 15 de marzo introdujo la mediación familiar, como institución jurídica, desarrollada por el Decreto 139/2002, de 14 de mayo y posteriormente derogada y modificada por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito privado, que extiende su ámbito material de aplicación a conflictos que exceden el ámbito familiar.

Tras la iniciativa catalana, otras regiones, en el uso de sus competencias promulgaron diversas leyes de mediación familiar; Galicia aprobó la Ley 4/2001, de 31 de mayo, desarrollada por el Decreto 159/2003, de 31 de enero.

La Comunidad Valenciana reguló la mediación por la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, desarrollada por el Decreto 41/2007, de 13 de abril. Canarias, en virtud de la Ley 15/2003, de 8 de abril, desarrollada por el Decreto 144/2007, de 24 de mayo introdujo la mediación en su territorio. Castilla-La Mancha aprobó la Ley 4/2005, de 24 de mayo. Castilla y León la Ley 1/2006, de 6 de abril, desarrollada por el Decreto 50/2007, de 17 de mayo. Las Islas Baleares⁹ aprobaron la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, y desarrollada por el Decreto 66/2008, de 30 de mayo. El texto balear fue derogado por la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, cambiando el modelo inicialmente propuesto, pasando de ser una iniciativa privada a pública, de carácter gratuito, prestada por las Administraciones Autonómica y Local, ésta última de carácter potestativo. En 2007 dos Comunidades Autónomas aprobaron sus correspondientes leyes; por una parte, la Comunidad de Madrid regula la mediación según la Ley 1/2007, de 21 de febrero y por otro lado, el Principado de Asturias aprobó la Ley 3/2007, de 23 de marzo. El País Vasco promulgó la Ley 1/2008, de 8 de febrero. Andalucía introdujo la mediación en virtud de la Ley 1/2009, de 27 de febrero. A lo largo del año 2011 la mediación se introdujo en Aragón, por la Ley 9/2011, de 24 de marzo y en Cantabria según la Ley 1/2011, de 28 de marzo.

9. En este sentido ver MORETÓN (2011).

A la vista de la heterogeneidad de la normativa promulgada por las Comunidades Autónomas puede decirse que estos territorios, en general regulan en sus normativas aspectos relacionados con; la definición de lo que se entiende por mediación familiar, los principios generales que rigen las mismas, las materias que pueden ser objeto de mediación, las partes intervinientes, la figura del mediador, los requisitos académicos para ser mediador, sus derechos, deberes, e incompatibilidades, el registro de mediadores, la función de los colegios profesionales, etc. En general no existen diferencias sustanciales en estos aspectos básicos aunque no son homogéneas las normas referidas a aspectos administrativos como; los requisitos de accesos a la profesión, quienes pueden someterse a la mediación, retribución o el beneficio de la gratuidad, etc.

3. MATRIMONIOS Y RUPTURAS MATRIMONIALES EN PERSPECTIVA

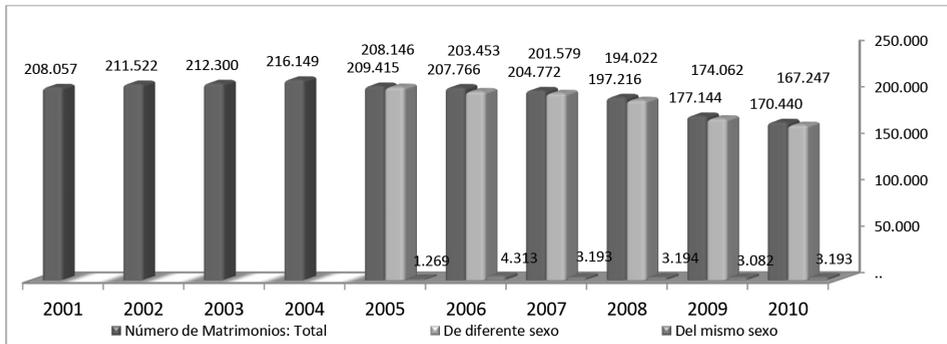
El papel de la mediación adquiere especial relevancia en una situación, como la actual, en la que el número de rupturas matrimoniales que finalizan en divorcio ha aumentado significativamente desde el año 2005. Sin embargo, para analizar objetivamente esta tendencia se hace imprescindible conocer previamente la evolución seguida por los españoles, en lo que a número de matrimonios contraídos se refiere, tanto en términos absolutos como en tasa de nupcialidad por cada 1.000 habitantes.

Por otra parte, la Ley 15/2005 modificó el Código Civil en materia matrimonial, por lo que, a partir de esa fecha, el número de matrimonios contraídos se diferencia según sea hayan materializado entre personas del mismo o de distinto sexo. Si bien la tendencia no se ve alterada por esta novedad, en los datos recogidos se hace notar tal distinción.

3.1. TASA DE NUPCIALIDAD

El papel de la mediación es especialmente relevante en una situación en la que, a pesar de estar cayendo la tasa de nupcialidad, el número de separaciones y de divorcios sigue aumentando tanto en valores absolutos, como en tasa según la población, como en relación al número de matrimonios contraídos.

Número de matrimonios en España



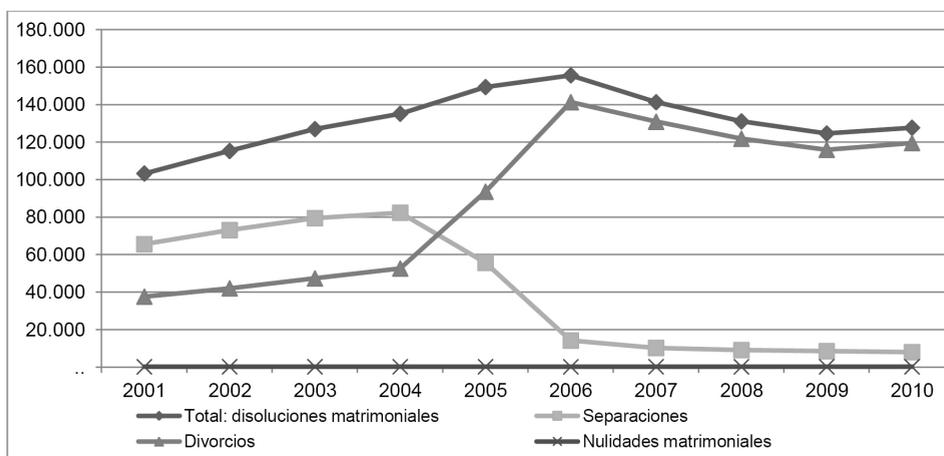
Fuente: Elaboración propia sobre datos del INE (2012)

La tasa de variación de los matrimonios entre 2001 y 2010 ha caído un 18%. Esta tendencia se inició en 2005, año en el que, por primera vez el número de matrimonios era inferior al del año inmediato anterior. No obstante, en 2005 la tasa de crecimiento del número de matrimonios desde 2001 había crecido un 0,6%. Entre 2005 y 2010 el número de matrimonios ha disminuido un 18,6% y entre 2010 y 2009 la disminución ha sido de un 3,78%, en términos absolutos. Una aproximación simplista a esta tendencia pone el énfasis en la crisis económica que acecha a España, como la principal causa de este descenso. Sin embargo, como se observa en el gráfico, el punto de inflexión de la caída del número de matrimonios se sitúa en 2005, fecha en la que la crisis económica no estaba generalizada. No se dispone de datos solventes clarificadores del porqué de esta tendencia pero lo cierto es que la caída del número de matrimonios es una evidencia desde el año 2005 y continúa la misma evolución desde entonces, tanto en valores absolutos como en tasas por cada mil habitantes.

3.2. NULIDADES, SEPARACIONES Y DIVORCIOS

Analizadas las cifras referidas al número de matrimonios celebrados se estudia la evolución seguida por las rupturas matrimoniales, distinguiendo si son meras separaciones, nulidades o divorcios, pues en cualquiera de los tres casos el proceso de mediación adquiere protagonismo.

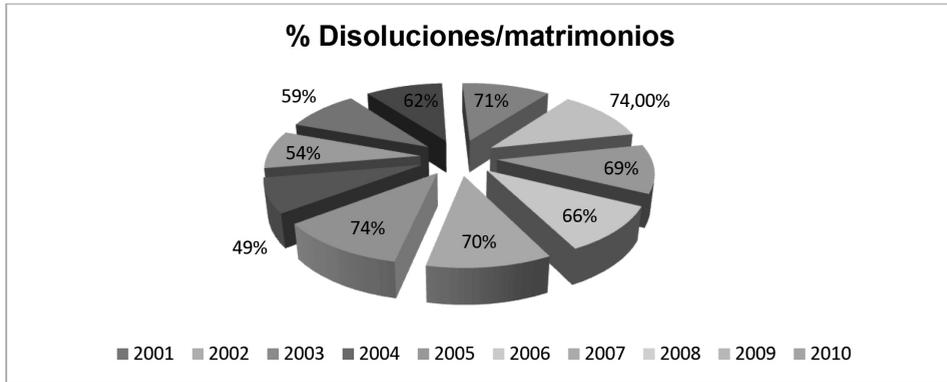
Datos sobre nulidades, separaciones y divorcios en España



Fuente: Elaboración propia sobre datos del INE (2012)

Como se observa en el gráfico, desde el año 2005, fecha en la que se modifica el Código Civil, como se citó más arriba, y se introduce el llamado «divorcio express» el número de procesos iniciados que culminan en divorcio aumentaron significativamente, por lo que puede decirse que si uno de los objetivos de la reforma consistía en agilizar los trámites de separación para que ésta terminara en divorcio, ha visto cumplidas sus expectativas sobradamente. Desde el año 2001 hasta el 2004 los porcentajes de procesos de separación que culminaban en divorcio oscilaban entre el 36% y el 39%, pasando en el año 2005 al 62%. Y desde el año 2006 que se situó la cifra en el 90%, no han disminuido del 93% el número de rupturas matrimoniales concluidas mediante divorcio.

Aunque no se dispone de datos que aporten la duración de los matrimonios disueltos en cada año, puede realizarse una aproximación al estado de la realidad si se toma en consideración el número de disoluciones que anualmente se resuelve en relación con el número de matrimonios celebrados, de forma que se pueda establecer una tendencia de la evolución seguida, como muestra el siguiente gráfico.

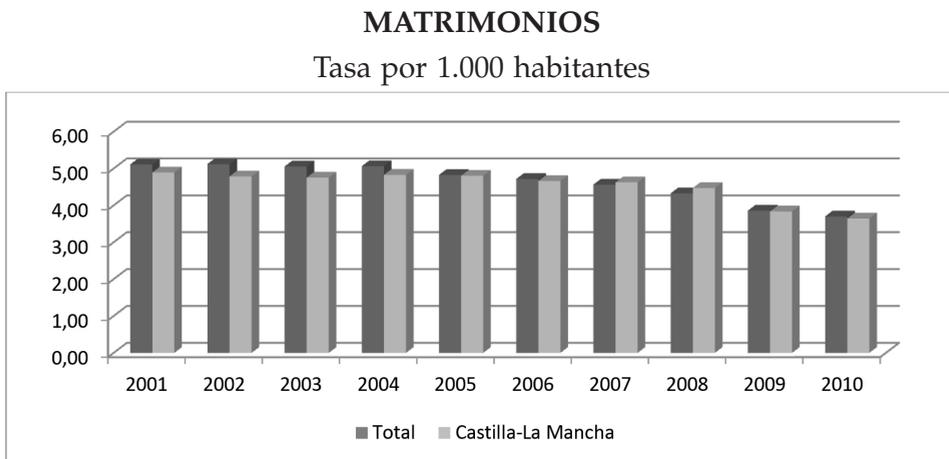


Fuente: Elaboración propia sobre datos del INE: (2012)

La tendencia muestra que, si bien en 2001 el ratio de matrimonios contraídos sobre matrimonios disueltos no alcanzaba el 59%, a partir de este año, la tendencia fue creciente hasta llegar en 2006 a su punto máximo situándose en el 74%. En los años posteriores descendió suavemente, situándose en el 69% en 2007 y en el 66% en 2008, volviendo a subir en 2009 y llegando al 74% en 2011.

3.3. LA SITUACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA

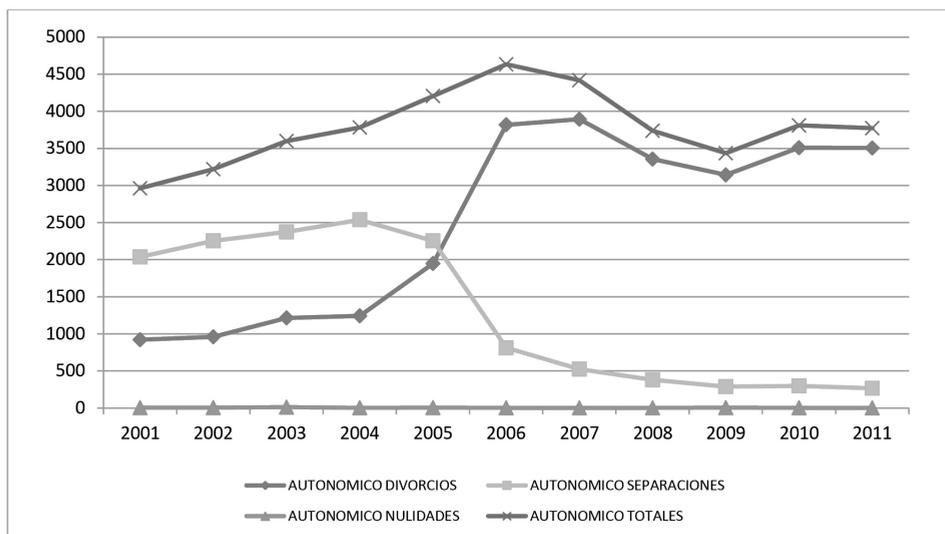
Castilla-La Mancha es una región que sigue la misma evolución que el resto de España tanto en lo referido a tasa de nupcialidad como en lo referente a rupturas matrimoniales, como muestran los siguientes gráficos.



Fuente: Elaboración propia sobre datos del INE (2012)

El número de matrimonios contraídos en Castilla-La Mancha, sigue una tendencia decreciente desde 2005. En 2010 se sitúa en 3,7 matrimonios por cada 1.000 habitantes, fecha en la que el número de matrimonios contraídos adquiere su punto mínimo desde 2001.

Datos sobre nulidades, separaciones y divorcios en Castilla-La Mancha



Fuente: Elaboración propia sobre datos del INE (2012)

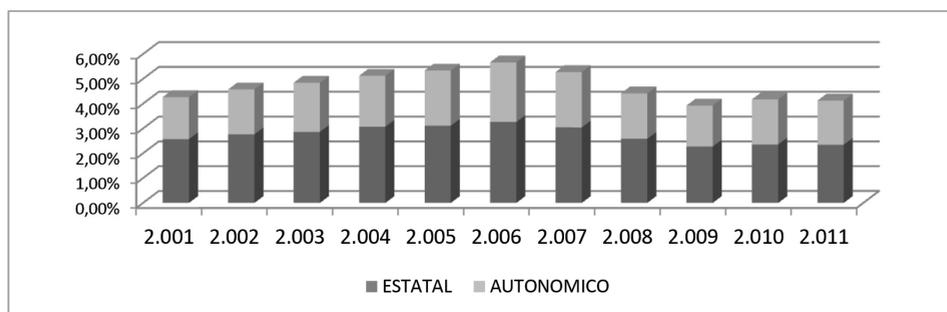
Al igual que en el caso de la tasa de nupcialidad, el número de disoluciones matrimoniales aumentó significativamente en 2006, registrándose un 54,52% de demandas de separación por cada 100 matrimonios. Esta tendencia disminuyó en 2007 y 2008, situándose en el 52,37% y 48,98% respectivamente, para posteriormente aumentar en 2009 y 2010 al 53,38% y 59,20% respectivamente. Es preciso señalar que los casos de disolución matrimonial en la región manchega son significativamente inferiores a la media nacional que se situaban en 2003 en el 59,79%, en 2006 en el 74,91% y en 2010 en 74,91 de los casos por cada 100 matrimonios contraídos.

Siguiendo la misma evolución que en el caso nacional el número de procesos de separación que finalizan en divorcio aumentaron significativamente desde 2005, fecha en la que el 30,16% de los casos finalizaban en divorcio, siendo esta cifra del 14,49% dos años antes. En 2010 el 54,99% de las demandas concluyen en divorcio. Los datos nacionales son significativamente más elevados pues son del 22,29% en 2003, del

24,33% en 2004, del 44,67% en 2005, 68,02% en 2006, 63,92% en 2007, 61,77% en 2008, 65,46% en 2009 y 70,14% en 2010.

DISOLUCIONES MATRIMONIALES

Tasa por 1.000 habitantes



Fuente: Elaboración propia sobre datos del INE (2012)

Si se toman en consideración el número de rupturas matrimoniales por cada 1.000 habitantes se observa cómo siguen la misma tendencia referida anteriormente.

4. ESTUDIO DEL CASO: LA REALIDAD DE LA MEDIACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA

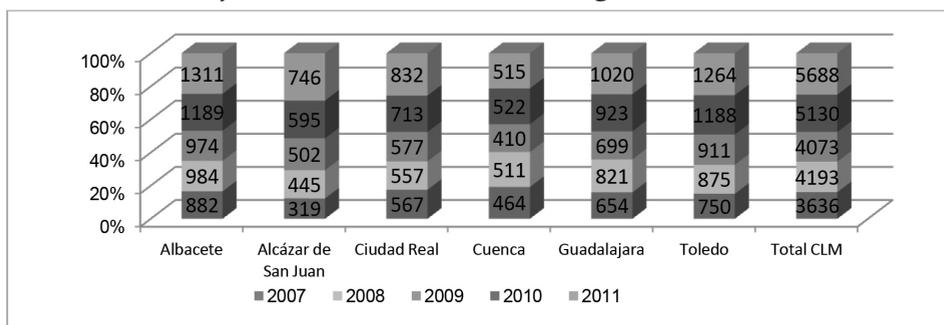
La figura de la mediación familiar se desarrolló en Castilla-La Mancha al amparo de la Recomendación nº 98 del Comité de Ministros de la Unión, bajo los siguientes principios¹⁰; fomentar la coparentalidad, evitar que los enfrentamientos que surjan entre la pareja influyan entre los hijos, disminuir los procesos contenciosos como forma legal de resolver la separación o divorcio y evitar los incumplimientos en los procedimientos matrimoniales. En definitiva, los dos programas desarrollados buscan disminuir el coste emocional, el número de procedimientos contenciosos, la duración del proceso, el coste económico..., de forma que se prevengan los sentimientos y efectos negativos, aumentando la libertad de organización, el compromiso de los acuerdos, la autoestima de padres e hijos, la cooperación entre ellos y, en definitiva, el fomento de la mejora del bienestar de los hijos.

El número de hijos que se benefician de la prestación de los servicios ofrecidos se muestran en el siguiente gráfico, donde se puede obser-

10. Memorias de Consejería de Bienestar Social de Castilla-La Mancha (AA VV).

var que desde 2007 el número de hijos atendidos ha ido en aumento, siendo el incremento entre 2007 y 2011 de más del 56% en toda la Región, habiendo aumentado en todas las provincias, aunque el grado de intensidad ha sido variable según el punto de atención. Así en Albacete creció un 48% entre las fechas referidas, Alcázar de San Juan un 33%, Ciudad Real un 46%, Cuenca un 11%, Guadalajara un 56% y Toledo un 69%.

Total de hijos beneficiarios de los Programas de Mediación



Fuente: Elaboración propia sobre datos de las Memorias Anuales de la Consejería de Bienestar de CLM

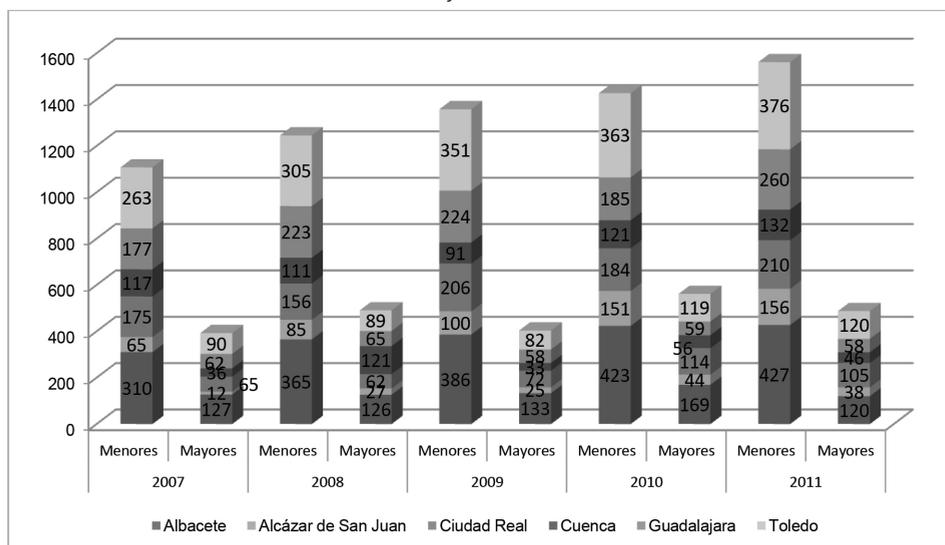
En Castilla-La Mancha la mediación familiar se estructura a través de dos programas; el Programa de Mediación en Ruptura de Pareja y el Programa de Orientación e Intervención Familiar

4.1. PROGRAMA DE MEDIACIÓN EN RUPTURA DE PAREJA

El Programa de Mediación en Ruptura de Pareja se ofrece a personas casadas o no, que quieran iniciar la ruptura de su pareja, o que ya estén separados o divorciados pero que deseen modificar algún punto de su convenio regulador.

Los hijos beneficiarios de este programa son fundamentalmente hijos menores de edad, tanto a nivel regional como en cada uno de los puntos provinciales en los que se presta el servicio, si bien, la tendencia no es homogénea. En concreto, entre 2007 y 2011 la atención a menores aumentó un 41% y a menores un 24%.

Programa de mediación en la ruptura de pareja Perfil de hijos beneficiarios



Fuente: Elaboración propia sobre datos de las Memorias Anuales de la Consejería de Bienestar de CLM

Si se desagregan los datos por provincias, en los seis puntos de atención familiar de referencia ha crecido el número de menores beneficiarios del programa en los cinco años estudiados y oscilan entre el 12,8% de Cuenca y el 140% de Alcázar de San Juan, situándose en torno al 40% en las cuatro provincias restantes, excepción hecha en Ciudad Real, donde la atención a menores ha crecido un 20%; Albacete (37,7%), Toledo (42,9%) y Guadalajara (46,9%).

Este programa beneficia y atiende también a hijos mayores y en casi todas las provincias, excepto en Guadalajara (-6,5%) ha crecido el número de hijos mayores de edad que han sido beneficiarios entre 2007 y 2010. En Albacete la tasa ha crecido un 5,5%, en Alcázar de San Juan un 216%, en Ciudad Real un 61,5%, un 27,8% en Cuenca y un 33,3% en Toledo.

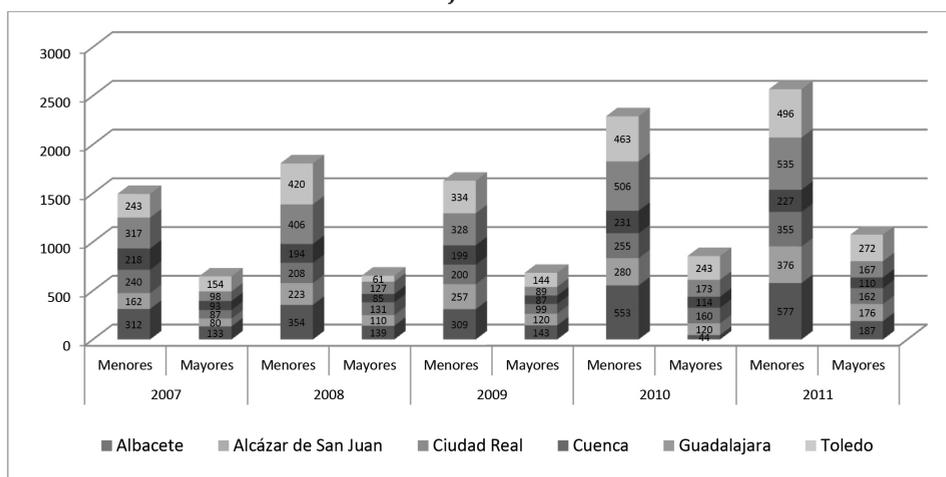
Por todo esto puede decirse que el Programa de Mediación en la Ruptura de Pareja ha beneficiado mayoritariamente a los hijos a lo largo de los años de estudio y, especialmente, a los hijos menores de edad.

4.2. PROGRAMA DE ORIENTACIÓN E INTERVENCIÓN FAMILIAR

El Programa de Orientación e Intervención Familiar, forma parte de los servicios que la Región Castellanomanchega ofrece dentro del sistema de mediación familiar y consiste en un servicio de atención psicológica para todas aquellas familias o parejas que presenten una relación familiar conflictiva o insatisfactoria y deseen mejorarla. También se ofrece este servicio a parejas y familias que persigan mejorar su relación.

Uno de los protagonistas básicos en este programa son los hijos, pues su finalidad es contribuir a favorecer su desarrollo afectivo-social, de manera que se reestablezca una convivencia armoniosa entre todos los miembros de la familia, y desde el punto de vista preventivo se trabaja en el ámbito de la violencia intrafamiliar¹¹.

Programa de Orientación e Intervención Familiar Perfil de hijos beneficiarios



Fuente: Elaboración propia sobre datos de las Memorias Anuales de la Consejería de Bienestar de CLM

De nuevo, en este programa se ven especialmente beneficiados los hijos menores a nivel regional en un 71%, frente a un 29% de los mayores usuarios del programa. La tasa de crecimiento, para menores entre 2007 y 2011 ha sido de un 84,9% en Albacete, un 132% en Alcázar de San Juan y un 104% en Toledo, frente a un crecimiento del 40,6% de

11. Memorias de la Consejería de Bienestar Social de Castilla-La Mancha (AA VV).

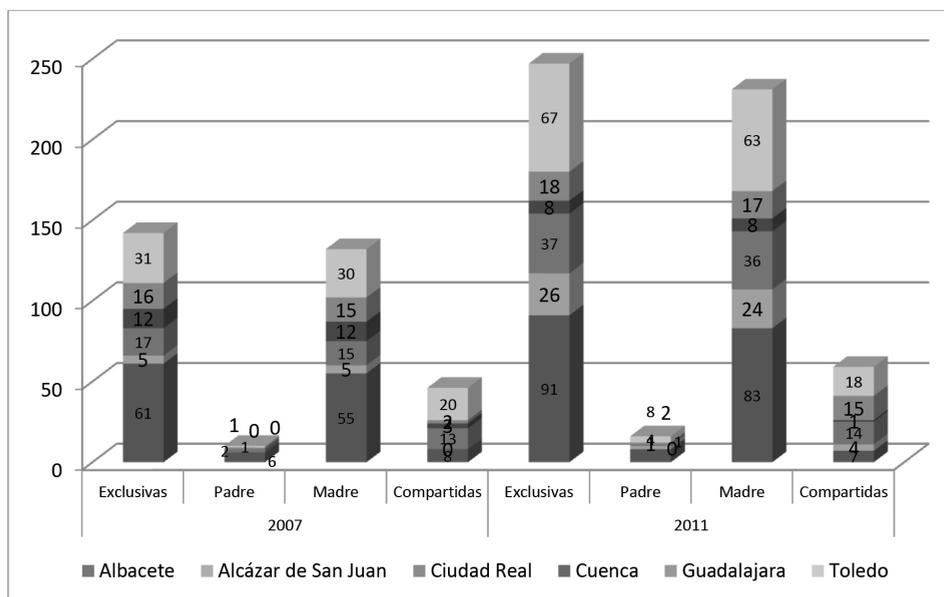
atención a mayores en Albacete, un 120% en Alcázar de San Juan y un 76,6% en Toledo. Los tres puntos de atención restantes se caracterizan por un incremento en la atención a hijos mayores de edad de un 86,2% en Ciudad Real, un 18% en Cuenca y un 70% en Guadalajara. Mientras que la atención a hijos menores por parte de este programa entre 2007 y 2011 creció un 47,9% en Ciudad Real, un 4,1% en Cuenca y un 68,7% en Guadalajara.

Como se ve, no hay datos concluyentes para afirmar que este programa es más reclamado o beneficia fundamentalmente a hijos menores, pues los resultados son heterogéneos y no permiten realizar afirmaciones concluyentes.

4.3. ATRIBUCIÓN DE CUSTODIAS TRAS LA MEDIACIÓN

La atribución de las custodias de los hijos tras el proceso de mediación en la ruptura de pareja se realiza mayoritariamente a las madres en Castilla-La Mancha a lo largo de los años analizados. En concreto en 2007 las custodias atribuidas a las madres alcanzan el 93% de las atribuidas en exclusiva a alguno de los dos ex cónyuges, siendo el 7% de las mismas atribuidas al padre. El 24% de las custodias otorgadas en el año 2007 fueron custodias compartidas. La evolución seguida cuatro años después tiende a aumentar los indicios apuntados en el año de referencia. Así, en 2011 el 81% de las custodias atribuidas en Castilla-La Mancha fueron custodias exclusivas, de las cuales el 96% se atribuyeron a la madre y el 4,1% al padre y el número de custodias compartidas disminuyó, siendo el 19% de ellas custodias atribuidas a ambos progenitores.

Custodias



Fuente: Elaboración propia sobre datos de las Memorias Anuales de la Consejería de Bienestar de CLM

5. CONCLUSIONES

La realidad española y castellanomanchega siguen la misma tendencia, si bien, Castilla-La Mancha muestra cifras inferiores a la media nacional, en lo que a procesos de disoluciones matrimoniales se refiere. No obstante, la tendencia desde el año 2005 es que estos procesos concluyen en divorcio en la mayoría de los casos.

Esta situación hace que la figura de la mediación adquiera especial protagonismo, fundamentalmente, haciendo cumplir el principio de protección jurídica, económica y social de la familia, siendo elementos clave de su actuación los menores.

La principal beneficiaria del proceso de mediación debe ser la familia, por lo que todas las herramientas puestas a disposición de este proceso deberían ir dirigidas a cumplir este objetivo; la mejora del bienestar familiar. El proceso de mediación debería ser un lapso de tiempo en el que el matrimonio se encuentre y se redescubra, por lo que la mediación debe tener un perfil más preventivo y educativo que «curativo». De

hecho, en un momento de crisis económica como la actual, en el que la necesidad de una administración de los recursos públicos eficaz es una imposición lógica, parece necesario un cambio de paradigma en la acción de los instrumentos de mediación familiar, de forma que pasen de ser meros elementos reactivos a herramientas preventivas de las rupturas matrimoniales, pues los costes psicológicos, administrativos, económicos y de oportunidad se reducirían sustancialmente.

La estabilidad familiar genera indudables externalidades positivas a la sociedad, que el legislador debe tener en cuenta en los procesos de separación o divorcio. Incluso desde una óptica extremadamente liberal la aparición de externalidades negativas en las rupturas matrimoniales justifica sobradamente la intervención del Sector público. Por ello, en materia de mediación, es imprescindible que la figura del mediador adquiera el protagonismo debido, se les dé la debida formación acorde con la responsabilidad de la tarea encomendada, dotándoseles de los medios suficientes para que desarrollen su función de manera neutral e integral. Por todo ello, un modelo de mediación moderno y eficaz, acorde con el momento actual, requiere un nuevo enfoque, en el que se planteen soluciones positivas a las situaciones de crisis familiares, tratando de amortiguar los efectos negativos de las mismas.

Por otras parte, en el proceso de mediación los hijos y especialmente los hijos menores constituyen ejes vertebradores del proceso, por lo que en país como España, en el que la mayoría de los procesos de separación concluyen en divorcio, la mediación puede ser un proceso básico para que tanto cónyuges como hijos sepan canalizar y analizar objetivamente la situación de manera que las decisiones adoptadas amortigüen al máximo las pérdidas de bienestar derivadas del proceso de separación matrimonial y familiar.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ SACRISTÁN, I. 2009. Aproximación a la mediación prejudicial que viene. Madrid: La Ley-Actualidad.
- ÁLVAREZ, H. *et al.* 2006. Marriage and the Public Good. Ten Principles. Princeton: The Whitedspoon Institute.
- BLANCO CARRASCO, M. 2009. Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos: una visión jurídica. Madrid: Reus.
- BOLAÑOS CARTUJO, I. 2008. Hijos alineados y padres alienados: Mediación familiar en rupturas conflictivas. Madrid: Reus.

- Bradford et al. 2005. Why marriage matters, 2ª ed. New York: Institute for American Values.
- Dirección General de Familia de Castilla-La Mancha 2011. Memorias Anuales de la Consejería de Bienestar de CLM. Toledo: CLM.
- Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Diario Oficial de la Unión Europea de 24 de mayo de 2008.
- GARCÍA PRESAS, I. 2009. La mediación familiar: una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio. Madrid: La Ley.
- GARCÍA VILLALUENGA, L. 2006. Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia. Madrid: Reus, Madrid.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. 2009. Principios de Derecho Civil, I, Parte General y Derecho de la Persona, 19 ed. Madrid: Tecnos.
- LLOPIS GINER, J. M. (coord.) 2003. Estudios sobre la Ley valenciana de mediación familiar. Sedaví: Editorial Práctica de Derecho, D.L.
- LÓPEZ PELÁEZ, A., SEGADO SÁNCHEZ-CABEZUDO, S. 2013. Empowerment, Well-being and the Welfare State: Family Social Work in Spain. Pp. 277-301. In: Moreno, A. (coord.): Family Well-Being: European Perspectives. Social Indicators Research n.º. 49. New York: Springer.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. 2010. La Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de los padres: una aproximación inicial. Revista Actualidad del Derecho en Aragón, III (8) 18-19.
- MORETÓN SANZ, F. 2011. El legado alternativo y la facultad de elección o concentración: la mediación como fórmula recomendada judicialmente para la resolución de controversias patrimoniales y familiares derivadas de la sucesión *mortis causa*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 721, 2406-2425.
- SEGADO SÁNCHEZ-CABEZUDO, S., LÓPEZ PELÁEZ, A 2013. Social work with middle-class Spanish families: The challenge of the work-family conflict. International Journal of Social Welfare. DOI: 10.1111/ijsw.12012.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C. 2007. El papel de la mediación familiar en la solución de los conflictos. En: LASARTE ÁLVAREZ, C. (dir.) La protección de las personas mayores. Pp. 130-143. Madrid: Tecnos.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZEZNARRIAGA, L. et al. 2002. Los hijos menores de edad en situación de crisis familiares. Madrid: Dykinson.

Transformando México y España a través de la Mediación como política social

PARIS ALEJANDRO CABELLO TIJERINA

Doctor en Intervención Social y Mediación por la Universidad de Murcia. Colaborador del CA Consolidado de Derecho Comparado de la UANL. CA-158-UANL
Profesor en el Doctorado y en la Maestría en Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la Universidad Autónoma de Nuevo León, profesor invitado en el máster de Mediación de la Universidad de Murcia e Investigador del Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica de la Universidad Autónoma de Nuevo León

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. APROXIMACIÓN A LA POLÍTICA SOCIAL. 3. LA MEDIACIÓN: UNA POLÍTICA SOCIAL DE AUTORREGULACIÓN PACÍFICA DE CONFLICTOS. 4. CONTEXTO ACTUAL DE LA MEDIACIÓN EN MÉXICO Y ESPAÑA. 5. TRANSFORMANDO MÉXICO Y ESPAÑA A TRAVÉS DE LA MEDIACIÓN COMO POLÍTICA SOCIAL. 6. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia podemos observar que el ser humano desde que se constituyó en pequeños grupos para poder subsistir, necesitó crear formas que le auxiliaran a solucionar sus conflictos, bajo esta perspectiva podemos identificar tres grandes métodos de resolución de conflictos: la fuerza, el derecho y la palabra¹, y según que sociedades o momentos históricos ha dominado uno u otro método². Es por eso que se dice que la mediación o una figura muy similar ha coexistido con la humanidad desde hace muchos años, llegado incluso a considerársele como la segunda profesión más antigua del mundo³. De igual manera,

1. REDORTA, J. 2007. Entender el conflicto. Barcelona: Paidós, pp. 196-200.
2. REDORTA, J. 2009. La justicia del futuro. En: Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones. Pp. 3-10. Barcelona: GEMME.
3. BOQUÉ TORREMORELL, M. C. 2003. Cultura de mediación y cambio social. Barcelona: Gedisa, p. 19.

se precisó que el grupo social debía ser regido correctamente y al igual que con los conflictos, las sociedades necesitaron elaborar estrategias que auxiliaran al mantenimiento y fortalecimiento de la cohesión social, estrategias que posteriormente se convertirían en políticas sociales.

A raíz de los problemas sociales que generaron los primeros sistemas liberales, surgió el término de la «cuestión social» entendida como los problemas a resolver socialmente con el concurso del Estado y fue a través de la implementación de las políticas sociales que esos problemas fueron abordados y solucionados.

Los constantes cambios políticos, económicos, culturales y tecnológicos que se están viviendo en la actualidad, han evidenciado la insatisfacción de ciertas necesidades sociales por ejemplo, la justicia social. En relación con lo anterior es que se propone la realización de la presente investigación que pretende justificar que la mediación sea considerada una política social que venga a transformar a las sociedades, potenciando valores como la solidaridad, el respeto, la colaboración y el diálogo entre otros, que impactan positivamente en la impartición de la justicia, satisfaciendo la necesidad de las sociedades en el rubro de la justicia social.

El diseño propuesto para la elaboración de la presente investigación, consiste primero, en la conceptualización de política social y algunos de sus precursores, posteriormente se relacionará la mediación con la política social, conoceremos el contexto actual de aplicación de la mediación en México y España y, como ésta, ha contribuido a la transformación de sus sociedades.

2. APROXIMACIÓN A LA POLÍTICA SOCIAL

Adentrándonos en el estudio de las políticas sociales, podemos vislumbrar que el mismo puede realizarse desde dos perspectivas; el análisis de su locución y la observación de sus principales precursores.

Por política social se entiende, aquella política relativa a la administración pública de la asistencia, es decir, al desarrollo de servicios y prestaciones que intentan paliar determinados problemas sociales o, de una forma más modesta, perseguir objetivos que generalmente son percibidos como respuesta a tales problemas⁴.

Tradicionalmente, suele decirse que la expresión de *política social*

4. MONTAGUT, T. 2008. Política Social. Una introducción, 3ª ed. Barcelona: Ariel, p. 19.

fue utilizada por primera vez por el publicista Robert VON MOHL en 1845, sin embargo, su incorporación al lenguaje científico, fue obra de Wilhem H. RIEHL en 1854 quién en su libro denominado «*La historia natural del pueblo como fundamento de una política social para Alemania*», registra el uso de la locución *soziale Politik*, para subrayar en esta novísima rama de la política, una mediación entre la sociedad civil o económica –*bürgerlichen Gesellschaft*– y el sistema político –*politischen Gesellschaft*–⁵.

Las políticas sociales han sido definidas por algunos autores, a partir de la deconstrucción de su vocablo; por ejemplo:

El economista Ignaz JASTROW, analizando por separado las palabras que configuran el término de política social, concluye que la misma se refiere a aquella rama administrativa de la política en cargada del ámbito de lo social⁶.

Otro de los personajes que abordó el estudio de las políticas sociales mediante la disección de su terminología es el profesor Adolf GÜNTHER, quien considera que las políticas sociales pueden ser percibidas como *aquellas conductas realizadas en interés general, mediante el influjo sobre cada una de las distintas partes que constituyen la sociedad*⁷.

Lorenz VON WIESE realiza la misma travesía y consideraba que primero debía esclarecer lo que entendía por Política. La Política era considerada por WIESE como una actividad que busca la obtención de unos fines en concreto; reduciendo el cerco de éste término, puede entenderse como la actividad del Estado y sus órganos de funcionamiento; y si cercáramos aún más esta expresión, se podría concluir que política es una actuación que se dirige a la consecución o a la protección del poder⁸.

De igual manera realizó una aproximación de lo que entendía por social desde tres perspectivas diferentes, la primera considerada una perspectiva sociológica percibe lo social en yuxtaposición con lo individual; la segunda desde un cariz ético significa la dependencia de unos hombres respecto a otros y finalmente la tercer perspectiva hace referencia a un término altamente difundido, el socialismo, en referencia a las clases trabajadoras. Este contexto le permite a Lorenz VON WIESE a exponer el significado de política social, al contemplarla como la actuación del Estado frente a las clases sociales.

5. MOLINA CANO, J. 2007. Epítome de la Política social (1917-2007). Murcia: Isabor, p. 25.

6. RODRÍGUEZ, F. 1979. Introducción en la política socia. Madrid: Civitas, p. 43.

7. *Ibidem* p. 46.

8. *Ibidem* p. 47.

Como hemos podido observar, la elaboración de una definición global e inequívoca de política social no es tarea sencilla, Manuel MOIX MARTÍNEZ acertaba al decir que el afán por otorgar un concepto de política social, podría incidir a la creación de un significado existencialista, es decir, como expresaba Heidegger «el ser de una cosa es lo que ha sido esa cosa» –*Wesen ist was gewesen ist*–⁹.

Precursos de las políticas sociales.

Extinto el Antiguo Régimen y la aparición de los primeros Estados liberales, potenció la libre iniciativa de los intereses privados, es decir, solamente se pedía que el Estado garantizase el juego de las libertades para que funcionase el nuevo sistema. Sin embargo, este sistema lejos quedó de ser la panacea para llegar a la tan anhelada justicia social¹⁰. El florecimiento de las ciudades, el desarrollo del comercio, el crecimiento demográfico, el surgir de la burguesía¹¹, el aumento incesante del proletariado, crearon necesidades que obligaron a replantearse los términos de pobreza y asistencia por parte del poder público.

Las primeras medidas sociales para mitigar esas incipientes necesidades se centraron en controlar la mendicidad a través de una represiva reclusión y rehabilitación para el trabajo –Ley de pobres de 1601, el desarrollo de las workhouses, los hospicios, etc.¹²–. Pero a partir del siglo XIX, más específicamente a partir de la Revolución Francesa de 1848¹³ se observó la necesidad de crear políticas que mantuvieran la estabilidad de la volátil sociedad, aumentando los estándares de calidad de vida mejorando las condiciones salariales y reduciendo la duración de las jornadas, políticas que auguraran el mantenimiento de la cohesión y la paz social. Siendo éstos los primeros objetivos de las políticas sociales, que posteriormente ampliarían su campo de acción, por ejemplo, la educación y salud, entre otras.

Se podría considerar al ginebrino Jean C. L. DE SISMONDE, mejor

-
9. MOIX MARTÍNEZ, M. 1988. Cómo se entiende hoy la política social, Cuadernos de Trabajo Social 1, p. 79. Disponible en: <http://revistas.ucm.es/trs/02140314/articulos/CUT-S8888110077A.PDF>.
 10. FERNÁNDEZ GARCÍA, T. y DE LA FUENTE ROBLES, Y. (coords.). 2009. Política social y Trabajo Social. Madrid: Alianza Editorial, p. 52.
 11. MONTAGUT, T., *op. cit.*, nº 5, p. 53.
 12. *Idem*.
 13. El acontecimiento más importante de toda la moderna historia de Europa, a juicio de Lorenz VON STEIN. *Vid.* VON STEIN, L. 1981. Movimientos sociales y monarquía. Madrid: C. E. C., p. 225. *Apud.* MOLINA, J. 2007. Epítome de la Política social, *op. cit.* nº 6, p. 21.

conocido como SISMONDE DE SISMONDI, como el primer teórico de la política social moderna, al manifestar su convicción de que la Economía política –Término acuñado por algunos reformadores liberales burgueses que teniendo una sensibilidad humanista creían en el motor de las libertades, pero al mismo tiempo constataban las desigualdades insalvables que afectaban a la sociedad tal como estaba constituida¹⁴– debiera estar acorde con la ética y manifestaba que era deber del gobierno crear los medios por los cuales se beneficiara al mayor número posible de individuos, para que puedan alcanzar el grado máximo de felicidad y que éste grado se difundiera entre todas las clases sociales. Dos elementos ha de tener, indudablemente, siempre el legislador: –decía SISMONDI¹⁵– El aumento de la felicidad y su difusión entre todas las clases sociales.

Su alegato a favor del intervencionismo estatal para combatir los nuevos fenómenos asociados a las recesiones económicas, le convierte, como recordara Joseph A. SCHUMPETER, en un teórico de lo que hoy se llama Estado de Bienestar¹⁶.

Posterior a las revueltas que culminarían en la revolución francesa de 1848, se estableció un gobierno provisional que perseguía entre otros objetivos, instaurar el sufragio universal y reformas sociales que mejoraran las condiciones de los trabajadores. Es en este contexto donde aparecen los talleres sociales y Louis BLANC, quien bajo la encomienda del gobierno provisional fue investido como presidente de una comisión gubernamental para los trabajadores, que logró reducir la duración de las jornadas de trabajo a 10 horas en París y a 11 horas en las provincias¹⁷.

Para BLANC, el abandono de la economía de mercado en favor de una economía asociativa fue considerado el principal medio de lograr la justicia social en el trabajo¹⁸.

Por su parte, el economista y sociólogo alemán Lorenz VON STEIN, quien manifestaba que un proceso de industrialización voraz y sin contenciones podría significar un grave agravio a las sociedades.

14. FERNÁNDEZ GARCÍA, T., DE LA FUENTE ROBLES, Y., *op. cit.* n° 11, p. 53.

15. *Vid.* SISMONDE DE SISMONDI, J. C. L. 1969. Economía política. Madrid: Alianza Editorial, p. 208. *Apud.* MOLINA CANO, J., *op. cit.* n° 6, p. 27.

16. *Idem.*

17. *Vid.* MOLINA CANO, J., *op. cit.*, n° 6, p. 28.

18. VUOTTO, M., Algunas referencias sobre la noción de trabajo asociado en el siglo XIX. Economía, n° 28, julio-diciembre, pp. 103-127.

<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=195617795005>.

Lorenz VON STEIN constituye uno de los más notables ejemplos del pensamiento jurídico político de gran estilo del siglo XIX, sus investigaciones contribuyeron a esclarecer el conflicto o dialéctica entre sociedad y Estado, la primera con su inagotable capacidad de desear, exige al Estado la satisfacción de sus necesidades y al verse insatisfechos en el actuar del gobierno, se cohesionan y pueden sublevarse violentamente buscando por medio de la lucha, la satisfacción a sus necesidades. Por tal motivo, VON STEIN atribuía a la Monarquía social como única instancia neutral e independiente, capaz de contener los efectos de las revoluciones, encarnando el ideal ético del Estado. Sólo esta especie monárquica, convencida de su misión social, podría adoptar las medidas adecuadas para la elevación de la condición de las masas proletarizadas, sin poner en peligro la estabilidad del orden social¹⁹.

La propuesta de Lorenz VON STEIN de crear un Estado integrador con la responsabilidad de salvaguardar sus intereses político-económicos y al mismo tiempo, los sociales, encaminaba los trabajos de lo que hoy conocemos como política social²⁰.

Hemos abordado algunos autores que han contribuido al desarrollo de la teorización de las políticas sociales y mostrando su vital importancia llegando incluso a considerárseles como importantes factores de desarrollo del crecimiento económico²¹.

3. LA MEDIACIÓN: UNA POLÍTICA SOCIAL DE AUTORREGULACIÓN PACÍFICA DE CONFLICTOS

El ser humano desde el inicio de su actividad social ha convivido con conflictos que pudieran amenazar la integridad y desarrollo de sus comunidades, de tal manera que la gestión positiva de los mismos, se convirtió en tema de gran interés social. En este marco es donde encontramos a los métodos alternos de solución de conflictos –entre ellos la mediación– auspiciados por terceros reconocidos en sus comunidades, que tenían como objetivo la búsqueda de opciones que solventaran esos conflictos. Sin embargo, el uso de estas vías de pacificación quedó casi en el olvido si no fuera por algunos grupos que los mantuvieron en activo. El desvanecimiento de esas estructuras habituales para la regulación de los conflictos²², dio como resultado una cierta fragmentación del

19. MOLINA CANO, J., *op. cit.*, n° 6, p. 31.

20. FERNÁNDEZ GARCÍA, T., DE LA FUENTE ROBLES, Y., *op. cit.*, n° 11, p. 60.

21. KLIKSBERG, B. 2005. Más ética más desarrollo, 4ª ed. Buenos Aires: Temas, p. 188.

22. SIX, J.-F. 1997. Dinámica de la mediación. Barcelona: Paidós, p. 109.

tejido social, repercutiendo en el establecimiento de la actual cultura del litigio al potenciar como recurso primario para la resolución de conflictos a la denuncia, que a la postre saturaría la capacidad de los órganos jurisdiccionales ralentizando el acceso y la impartición de la justicia.

Ya lo anunciaba Roscoe POUND²³ en 1906, que si persistía la gran acumulación de causas en los juzgados, el excesivo formalismo y la burocratización del proceso, el sistema judicial tarde que temprano terminaría por colapsar. Esta situación, planteó la necesidad de una política que articulara el sistema judicial en base a los objetivos generales de eficacia y satisfacciones de los intereses de la ciudadanía y la sociedad²⁴.

En relación con lo anterior, no suena descabellado que en la actualidad, la implementación nuevamente de sistemas de autorregulación de conflictos como la mediación, se hayan convertido en temas sociales de relevancia mundial.

La mediación se define como aquel método alternativo para la transformación pacífica de los conflictos, fundamentada en un proceso comunicacional en el que interviene una tercera persona denominada mediador que guía, orienta y ayuda a las partes inmersas en el conflicto, a que colaboren entre sí, a través de técnicas que potencian la participación y el empoderamiento de las mismas, logrando que sean ellas mismas las que elaboren una solución positiva que ponga fin a su conflicto, fortaleciendo el tejido y la cohesión social, y a la instauración de una cultura de paz.

La mediación se ha erigido como un método eficaz en la resolución de conflictos y como resultado, ha sido integrada en varias agendas políticas como estrategia para la prevención y resolución de conflictos, misma que potencia valores de responsabilidad social, diálogo, solidaridad, tolerancia, empatía y cooperación en las sociedades, haciéndolas más participativas y pacíficas.

Que la sociedad adquiera la potestad de resolver sus conflictos bajo el esquema de la autorregulación es el nuevo paradigma jurídico del siglo XXI y en los MASC encontramos ese propósito al solucionar y prevenir los conflictos, logrando así, la ciudadanización de la justicia²⁵.

23. VARELA WOLFF, A. O., VARELA, F. O. 1998. Los medios alternativos para solucionar los litigios, mediación y conciliación. XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 199-208. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/745/14.pdf>.

24. REDORTA, J., *op. cit.*, n.º. 3, p. 7.

25. GORJÓN GÓMEZ, FRANCISCO J., SÁNCHEZ VÁZQUEZ, R. 2011. Los métodos alternos de solución de controversias como herramientas de paz. En: GONZALO QUIROGA, M. y GORJÓN

Si partimos de la idea de concebir a las políticas sociales, como aquellas estrategias implementadas por parte de los gobiernos, que pretendan satisfacer las necesidades de las sociedades en distintos rubros, por ejemplo, la justicia social, la mediación puede ser considerada como una política social que cubra ese mismo rubro. Representa pues, la respuesta del sistema político-administrativo a una situación de la realidad social juzgada políticamente como inaceptable²⁶, es decir, la crisis en la impartición de una justicia de calidad.

Por tal motivo, los gobiernos de España y México conscientes de su responsabilidad social, han decidido implementar estrategias o programas que gestionen positivamente los conflictos, inculcando valores como el respeto, solidaridad, igualdad, tolerancia, diálogo, etc., que han potenciado el fomento de la participación ciudadana y el fortalecimiento del tejido social, programas como el establecimiento de la mediación como método resolutorio de conflictos, impactando positivamente en la modernización y mejora de los sistemas de impartición de justicia.

La implantación de la mediación implica un paso adelante de mucha trascendencia en la calidad de la justicia, en el servicio público que se presta a los ciudadanos y en la pacificación de buen número de los conflictos que asuelan la vida ciudadana y que desbordan las capacidades naturales de los tribunales de justicia²⁷.

La relevancia de estos programas ha sido tal, que inclusive la Organización de las Naciones Unidas, se ha comprometido a la creación de políticas sociales que auguraran una «sociedad para todos»²⁸ conforme a los elementos integradores de la cultura de paz propuesta por la UNESCO.

Algunas de esas políticas sociales han consistido en el establecimiento de programas para la resolución pacífica de los conflictos como la mediación, misma que cumple con los objetivos perseguidos por la cultura de la paz propuesta por la UNESCO; como el fomento de la tolerancia, la solidaridad, la participación activa de la sociedad, la demo-

GÓMEZ, F. J. Métodos alternos de solución de conflictos. Herramientas de paz y modernización de la justicia. Madrid: Dykinson, p. 30.

26. SUBIRATS, J. *et al.* 2010. Análisis y gestión de políticas públicas. Barcelona: Ariel, p. 35.

27. ORTUÑO MUÑOZ, P. 2008. Prólogo a SORIA, M. A., VILLAGRASA, C. y ARMADANS, I. (coords.) Mediación Familiar. Conflicto: técnicas, métodos y recursos, Barcelona: Bosch, p. 12.

28. ORTIZ, Í. 2007. Guías de Orientación de Políticas Públicas. Política Social. Nueva York: UN DESA, p. 10.

cracia, la equidad, la justicia, el arreglo pacífico de los conflictos, la cooperación y la empatía.

La detección temprana o la prevención de los conflictos son elementos cruciales para la estabilidad política de cualquier Estado, solo bastaría recordar los grandes conflictos sociales acaecidos en el pasado, que motivaron el surgimiento de las políticas sociales. Por tal motivo, entendemos prudente implementar el uso de la mediación así como de los diversos métodos alternativos, como importantes vías hacia la construcción de sociedades cada vez más pacíficas y participativas, con gran fortaleza en sus tejidos sociales, económicamente más sostenibles y políticamente más estables.

El establecimiento de políticas sociales que consideren a la mediación, pudiera ser el camino a seguir para la concreción de uno de los fines superiores de las políticas sociales, es decir, la Cultura. Hemos sido testigos del crecimiento de investigaciones acerca de la Educación para la Paz, porque la educación se convierte en piedra angular para la transformación y configuración de las sociedades, en este sentido la mediación como política social puede ser considerada como política de cultura, pues trata de generar una nueva cultura del conflicto y su tratamiento, es decir, una cultura de paz.

4. CONTEXTO ACTUAL DE LA MEDIACIÓN EN MÉXICO Y ESPAÑA

La implementación de la mediación en ambos países, se ha convertido en un eje central en las políticas reformadoras de los sistemas de impartición de justicia, los cuales han estado adquiriendo paulatinamente el dinamismo y efectividad que los nuevos tiempos demandan. En relación a lo anterior, Ricardo UVALLE en el contexto del *arte de gobernar* nos comenta que la funcionalidad de las democracias depende, de las capacidades de gestión pública, las cuales permiten el diseño e implementación de las decisiones y acciones que favorecen la producción del valor público que la sociedad contemporánea necesita para su conservación, expansión y desarrollo²⁹.

En el presente apartado se expondrá de manera sintética el proceso de instauración y el lugar que ocupa actualmente la mediación como método alternativo para la transformación pacífica de conflictos en ambos países.

29. UVALLE-BERRONES, R. 2011. Las ciencias sociales y las políticas públicas en el fortalecimiento del arte de gobernar. *Convergencia: Revista de Ciencias Sociales* 18 (55), 37-68. Fuente Académica Premier, EBSCOhost, viewed 7 December 2012.

- México

La inclusión de la mediación así como de los demás métodos alternativos para la solución de conflictos en México –con la excepción del arbitraje, que ya se contemplaba en el código de comercio, sin embargo, fue modificado para concordar con la ley modelo de la UNCITRAL–, fue la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte –TLCAN– en 1994, el cual obligó a los tres países signatarios –México, Estados Unidos de América y Canadá– a que tuvieran una normativa legal *ad hoc* para la resolución de conflictos³⁰.

Por tal situación, fueron apareciendo diversos esfuerzos a lo largo del país por incluir en sus legislaciones locales a los métodos alternativos para la solución de conflictos.

Los primeros esfuerzos en cristalizarse fueron las reformas constitucionales de varios estados, que permitieron la implementación de los MASC, entre los que destaca el estado de Quintana Roo al ser el primero en incluir en su constitución política a la mediación como método alternativo para la solución de conflictos en el año de 1997³¹. A QUINTANA ROO le prosiguieron los estados de Querétaro y Baja California Sur en los años 2000 y 2001 respectivamente, así mismo, es meritorio mencionar al municipio de San Pedro Garza García, Nuevo León, quién creó el primer centro de mediación en el país en el año de 1999.

El papel desempeñado por el Consejo para las Iniciativas Jurídicas de Latinoamérica de la American Bar Association –LIALIC-ABA–, la Sección de Resolución de Controversias de la propia ABA, la organización no gubernamental Freedom House y la Agencia Estadounidense para el Desarrollo Internacional –USAID por sus siglas en inglés– fue muy fructífero, al lograr aumentar el uso de la mediación como instrumento idóneo para la solución de conflictos en México.

El 28 de septiembre de 2001 se lanzaba el «Proyecto para la Mediación en México ABA-USAID» con la participación de 18 estados –comunidades autónomas en España– de la República que ya contaban o buscaban contar con procedimientos alternativos al proceso jurisdiccional, los estados partícipes: Aguascalientes, Baja California Sur, Chihua-

30. GORJÓN GÓMEZ, F. J., SALAS SILVA, C. A., *et al.* 2003. Contexto Internacional de los MASC: Estudio comparado sobre arbitraje y mediación. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, p. 41.

31. GORJÓN GÓMEZ, F. J. (ed.) 2009. Mediación y Arbitraje. Leyes comentadas y concordadas del estado de Nuevo León. México: Porrúa, p. 46.

hua, Coahuila, Colima, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, así como el Distrito Federal.

Punto determinante para la implementación de los *MASC* en México es sin duda la reforma del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos de México realizada el 18 de junio de 2008, que establece que las entidades federativas deberán contar con leyes que prevean mecanismos alternativos de solución de controversias, lo que originó que aumentaran en número las entidades federativas que regulan algún método alterno de solución de conflictos. Los estados que últimamente se han incorporado a este movimiento son: Campeche, Estado de México, Veracruz, Durango, Baja California, Chiapas, Hidalgo, Tlaxcala, Zacatecas, Yucatán y San Luis Potosí –iniciativa de ley de mediación–.

De las 29 entidades federativas mencionadas con anterioridad, solamente 23 tienen una ley de mediación o su similar, 15 han realizado reformas a sus normativas internas para incluir algún método alternativo de solución de conflictos, o bien, realizan la práctica de alguno de ellos mediante centros creados para tal efecto –27 entidades federativas con algún centro de mediación o justicia alternativa–. A continuación lo podremos observar en la tabla de la situación de los *MASC* en México con mayor claridad:

Situación de los MASC en México.				
De las 29 entidades federativas que prevén algún MASC				
23 tienen Ley de Mediación o Justicia Alternativa.		15 han reformado su constitución local, incluyendo a los MASC	27 cuentan con algún centro de mediación o justicia alternativa	
1. Aguascalientes	12. Jalisco	1. Baja California	1. Aguascalientes	14. Jalisco
2. Baja California	13. Morelos	2. Chiapas	2. Baja California	15. Michoacán
3. Chiapas	14. Nayarit	3. Coahuila	3. Baja California Sur	16. Nuevo León
4. Chihuahua	15. Nuevo León	4. Colima	4. Campeche	17. Oaxaca
5. Coahuila	16. Oaxaca	5. Durango	5. Chiapas	18. Puebla
6. Colima	17. Quintana Roo	6. Guanajuato	6. Chihuahua	19. Querétaro
7. D. F.	18. Sonora	7. Hidalgo	7. Coahuila	20. Quintana Roo
8. Durango	19. Tamaulipas	8. Jalisco	8. Colima	21. San Luis Potosí
9. Estado de México	20. Tlaxcala	9. Michoacán	9. D. F.	22. Sonora
10. Guanajuato	21. Veracruz	10. Nayarit	10. Durango	23. Tabasco
11. Hidalgo	22. Yucatán	11. Nuevo León	11. Estado de México	24. Tamaulipas
	23. Zacatecas	12. Oaxaca	12. Guanajuato	25. Veracruz
		13. Quintana Roo	13. Hidalgo	26. Yucatán
		14. Veracruz		27. Zacatecas
		15. Yucatán		

Fuente: Elaboración propia

• España

La mediación fue tomando forma en España a partir del marco normativo europeo y las posteriores leyes autonómicas promulgadas en materia de Mediación. El marco normativo europeo que sirvió de plataforma para la implementación de la mediación consistió en cuatro rubros, el ámbito civil, penal, administrativo y laboral.

La investigadora Aura Esther VILALTA realiza la siguiente recopilación³², nos menciona que en el ámbito civil se inicia con la Recomendación 12/1986, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a medidas tendientes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de

32. AAVV. 2009. Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, p. 38 y ss.

los Tribunales de Justicia; Después del Plan de Acción de Viena de 1998 y de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999, el Consejo de Ministros Justicia e Interior invitó a la Comisión de las Comunidades Europeas a confeccionar un Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en materia de Derecho Civil y Mercantil diferentes al arbitraje, dando origen a la Recomendación R (98) I sobre Mediación Familiar, aprobada el 21 de enero de 1998; la Recomendación (2002) 10, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de mediación en asuntos civiles; la Recomendación 2001/310/CE, de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 4 de abril de 2001, relativa a los Principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución de consensual de litigios en materia de consumo; el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil de fecha 19 de abril de 2002; el Código de Conducta Europeo para los mediadores; y, finalmente, la Directiva comunitaria 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

En el ámbito penal se destacan las siguientes recomendaciones: La Recomendación (83) 7, de 23 de junio de 1983, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que recomienda la indemnización a la víctima por parte del delincuente; la Recomendación (85) 11, de 28 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, insta a los países miembros para que valoren las ventajas de la mediación y la conciliación; la Recomendación (87) 21, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención y victimización, donde se prevé la mediación; la Recomendación (95) 12, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la gestión de la justicia penal, subraya el papel de la mediación; la Recomendación (99) 19, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 15 de septiembre de 1999 donde se fijaron los Principios aplicables a la mediación penal; el Consejo de la Unión Europea adoptó la Decisión marco (2001/220/AI), relativa al Estatuto de las víctimas en el marco de los procedimientos penales, de 15 de marzo, cuyo artículo 10 establece que los Estados miembros tienen que introducir la mediación penal en los procesos que consideren oportuno.

En el ámbito administrativo se han dictado dos Recomendaciones, la Recomendación (81) 7, de 14 de mayo, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre medios de facilitar el acceso a la justicia, que apela en su anexo a tomar medidas para facilitar el recurso a la concilia-

ción y al a mediación; y la Recomendación (2001) 9, de 5 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre alternativas al litigio entre autoridades administrativas y terceros, que invita a que se introduzca la mediación a nivel de los conflictos entre las autoridades administrativas y los particulares.

Y finalmente, en el ámbito laboral, Europa ha manifestado también su preferencia por los mecanismos voluntarios de resolución y, en concreto, por la mediación. En este sentido son significativas las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Laeken, de 14-15 de diciembre de 2001.

Por otra parte, la mediación en España inicia mediante la promulgación de leyes que la regulan, siendo Cataluña la primer comunidad autónoma en contar con una ley de mediación, al promulgar la Ley 1/2001, el 15 de marzo, sobre Mediación Familiar³³; posteriormente fueron apareciendo distintas leyes autonómicas que regulan la mediación; las comunidades que han aprobado una ley de mediación familiar son: la comunidad de Galicia aprobó la Ley 4/2001, de 31 de mayo; la comunidad Valenciana con la Ley 7/2001, de 26 de noviembre; las islas Canarias promulgó la Ley 15/2003, de 8 de abril; la comunidad de Castilla la Mancha con su Ley 4/2005, de 25 de mayo; la comunidad de Castilla y León aprobó la Ley 1/2006, de 6 de abril; las islas Baleares aprobó su Ley 18/2006, de 22 de noviembre; La comunidad de Madrid promulgó su Ley 1/2007, de 21 de enero; la comunidad Asturiana promulgó su Ley 3/2007, de 23 de marzo; el País Vasco con su Ley 1/2008, de 8 de febrero; la última comunidad en decretar su ley de mediación familiar fue la comunidad de Andalucía con la Ley 1/2009, de 27 de febrero.

Los buenos resultados que ha arrojado la mediación en estas comunidades autónomas, sirvió de precedente para la realización del Anteproyecto de la Ley Estatal –nacional– de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles que el Consejo General del Poder Judicial, institución que registró la entrada del anteproyecto enviado por el Ministerio de Justicia, el día 9 de marzo de 2010, siendo aprobado como Real Decreto el día 5 de marzo de 2012 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 6 de marzo de 2012 -BOE-A-2012-3152-.

Como hemos podido observar, en ambos países la mediación ha ido

33. La comunidad de Cataluña sigue siendo un referente dentro del ámbito de la mediación en España, al convertirse en la primera comunidad autónoma en ampliar el marco de actuación de éste método alternativo de solución de conflictos, abarcando todo el Derecho Privado.

permeando en todos los niveles, principalmente en el correspondiente al de procuración de justicia y en México se le ha llegado a considerar como el procedimiento idóneo para abatir el rezago judicial³⁴.

5. TRANSFORMANDO MÉXICO Y ESPAÑA A TRAVÉS DE LA MEDIACIÓN COMO POLÍTICA SOCIAL

Históricamente las políticas sociales han sido las herramientas del Estado que pretenden satisfacer las necesidades de las sociedades, otorgando una mejor calidad de vida, mayor equidad y justicia social. Satisfaciendo éstas necesidades y otorgando otras mejoras, las políticas sociales han contribuido a la construcción de las sociedades actuales.

Uno de los reclamos que exigen las sociedades del siglo XXI consiste en alcanzar una justicia que sea efectiva, eficiente, de fácil acceso y sobre todo que tenga celeridad en sus resoluciones. En este sentido, se han implementando diversas políticas que pretenden eficientizar y modernizar la impartición de justicia, como por ejemplo, el aumento de juzgados, la implementación de los juicios orales, la inclusión de las «nuevas tecnologías», la justicia restaurativa, programas de redes ciudadanas con conocimientos en la gestión y contención de conflictos³⁵, y la regulación de métodos alternativos para la transformación pacífica de los conflictos.

La implementación de la mediación como política pública social, ha contribuido en la modernización y eficiencia de los sistemas judiciales, convirtiéndose en un importante auxiliar de la misma. Así mismo, ha favorecido al proceso de transición de la cultura de la confrontación, por una cultura donde se prima el diálogo, la cooperación, la participación ciudadana y la solidaridad, transformando las sociedades donde se implementa, instaurando y fortaleciendo una cultura de paz.

La mediación, así como los otros métodos alternativos para la solución de conflictos –MASC–, son formas participativas pues buscan que las partes tengan un rol activo en el proceso y sean los protagonistas

34. GORJÓN GÓMEZ, F. J., STEELE GARZA, J. G. (coords.) 2008. Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. México: Oxford University Press, p. 26.

35. Tuve la oportunidad de conocer la efectividad de éste tipo de programas cuando trabajé como mediador comunitario en el centro de mediación municipal de San Pedro Garza García, Nuevo León, México. Allí capacitamos a un grupo de 15 jueces auxiliares (jueces de paz o avenencia en España) en materia de mediación comunitaria, que realizan funciones de puentes de canalización y contención de conflictos en sus comunidades.

del mismo. Son formas democráticas pues promueven que se hable y que sean escuchados y fomentan tanto en el proceso como al término de éste, valores como la solidaridad y la cooperación³⁶.

El fomento de sociedades que sean cada vez más participativas, es un punto crucial en la transformación y fortalecimiento de las comunidades, y la mediación se convierte en un instrumento que potencia esta participación al incorporar directamente a los involucrados en la solución de sus conflictos fomentando el uso del diálogo, la solidaridad, la cooperación, la empatía, la no-violencia, la comprensión, la integración, la creatividad, factores que inciden en la participación y el consenso social.

Por tal motivo, consideramos necesario la creación y el apoyo a políticas públicas sociales que potencien la participación ciudadana en la prevención y gestión de los conflictos que surgen en el seno de las sociedades, donde la autodeterminación y participación de las partes es fundamental. La inclusión de estas políticas públicas están orientadas a hacer participar a la población en la solución de sus conflictos como miembros de la sociedad, incidiendo notoriamente en la mejora de su sociabilidad cotidiana³⁷ y en la transformación de sus sociedades.

En relación con lo anterior, la investigadora Maritza Montero nos comenta que en la transformación de las sociedades, es muy importante la participación y el compromiso de los grupos organizados y de las personas interesadas en su comunidad, por lo tanto, promover y lograr esa participación comprometida es un objetivo inmediato dentro de la finalidad más amplia de la transformación³⁸, este proceso de transformación e innovación tendrá que proceder desde la base social de toda democracia, es decir, de la participación social³⁹.

36. GORJÓN GÓMEZ, F., SÁENZ LÓPEZ, K., 2009. *Métodos Alternos de Solución de Controversias. Enfoque educativo por competencias*, 2ª ed. México: Patria, p. 22.

37. GARCÍA-LONGORIA SERRANO, M. P., PASTOR SELLER, E. 2011. La negociación mediadora en conflictos sociales. En: GONZALO QUIROGA, M., GORJÓN GÓMEZ, F. J. *et al.* *Métodos Alternos de Solución de Conflictos. Herramientas de paz y modernización de la justicia*. Madrid: Dykinson, p. 168.

38. MONTERO, M. 2010. Fortalecimiento de la Ciudadanía y Transformación Social: Área de Encuentro entre la Psicología Política y la Psicología Comunitaria (Spanish) *Psyke* 19, (2) 51-63 (Academic Search Complete, EBSCOhost, viewed 18 December 2012).

39. GUTIÉRREZ GARZA, M. A. 2011. Visión de futuro: preparándonos para la transición. En: GUTIÉRREZ GARZA, E. (coord.) *Cambiar México con participación social: trabajos del Fono Nacional Participación Ciudadana en el Proyecto de Nación*. México: Siglo XXI, p. 364.

La visión a futuro consiste en el impulso de un nuevo modelo en la gobernación, donde se prima la interacción ciudadana con el Estado, fomentando redes de cooperación entre la administración pública, las organizaciones privadas y el tercer sector, con la finalidad de resolver los conflictos e interpretar las demandas y solucionar las necesidades de las sociedades⁴⁰.

La mediación como política social contribuye a vigorizar la participación ciudadana y al capital social, entendido este como el grado de confianza entre los actores sociales de una sociedad, las normas de comportamiento cívico y su nivel de asociatividad, elementos que otorgan fortaleza al tejido social evitando el surgimiento de conflictos sociales⁴¹, entre más denso y fuerte sea el tejido interno de las sociedades, mayor será la participación y la presión ciudadana⁴² en la mejora de la impartición de justicia así como en la gobernanza.

6. CONCLUSIONES

La implementación de programas o estrategias como la mediación, que gestionen positivamente los conflictos que surgen en el seno de las sociedades e inculquen valores como el respeto, solidaridad, igualdad, tolerancia y diálogo, y que fomenten la participación ciudadana, han formado parte del fortalecimiento del tejido interno de las sociedades, por tanto, son ejes primordiales en el actuar de los gobiernos. Un ejemplo, es el compromiso adoptado por los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas en la Declaración del Milenio acogida en el año 2000, que consistió en la creación de políticas sociales que asegurarán una «sociedad para todos» conforme a valores fundamentales como la libertad, igualdad, solidaridad y paz⁴³, características encontradas en la mediación.

La utilización de políticas públicas sociales, propicia gestionar las necesidades sociales en aras del cambio social, la legalidad y la representatividad⁴⁴, algunos países del orbe entre los que podemos encontrar a México y España, están apostando en crear políticas sociales que promuevan la participación ciudadana.

40. VILLAMIL QUIROZ, J. 2011. Los MASC: facilitadores en los procesos de gobernanza. En: GONZALO QUIROGA, M., GORJÓN GÓMEZ, F. J. *et al.*, *op. cit.* n° 38, p. 84.

41. KLIKSBERG, B., *op. cit.* n° 22, p. 33.

42. *Ibidem*, p. 34.

43. ORTIZ, I., *op. cit.* n° 29, p. 10.

44. PRIETO, D. 1993. Intervención comunitaria a nivel municipal. En MORENO, L., *Intercambio social y desarrollo del bienestar*. Madrid: CSIC, p. 266.

Implementando la mediación como política pública social, se contribuye a la formación de una cultura cívica con actitudes basadas en la participación, la solidaridad y el respeto mutuo. Promueve la convicción de que las personas puedan ser actores en la resolución de sus conflictos, vincula la participación con la aceptación de puntos de vista ajenos y diferentes, crea canales de diálogo que generan una red de integración social ayudando a detectar de forma temprana los conflictos sociales⁴⁵. Por lo que podemos concluir que en aquellos países donde se implementen políticas públicas sociales como la mediación entre otras, que favorezcan e incentiven la participación ciudadana, respeten todos los derechos humanos, resuelvan los problemas de inequidad económica, seguridad pública, eleven los estándares en la educación y salud, propicien el desarrollo sustentable y la justicia social, estarán configurando las sociedades del siglo XXI.

BIBLIOGRAFÍA

- Asociación Respuesta para la Paz. 2006. Proyecto de Mediación Comunitaria como Política Pública para la Participación Ciudadana. Dubai: Concurso de Buenas Prácticas.
- BOQUÉ TORREMORELL, M. C. 2003. Cultura de mediación y cambio social. Barcelona: Gedisa.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, T., DE LA FUENTE ROBLES, Y. (coords.) 2009. Política social y Trabajo Social. Madrid: Alianza Editorial.
- GONZALO QUIROGA, M., GORJÓN GÓMEZ, F. J. 2011. Métodos alternos de solución de conflictos. Herramientas de paz y modernización de la justicia Madrid: Dykinson.
- GORJÓN GÓMEZ, F., SÁENZ LÓPEZ, K. 2009. Métodos Alternos de Solución de Controversias. Enfoque educativo por competencias. 2ª ed. México: Patria-UNAL.
- GORJÓN GÓMEZ, F. J. (ed.) 2009. Mediación y Arbitraje. Leyes comentadas y concordadas del estado de Nuevo León. México: Porrúa.
- GORJÓN GÓMEZ, F. J., SALAS SILVA, C. A., *et al.* 2003. Contexto Internacional de los MASC: Estudio comparado sobre arbitraje y mediación.

45. Proyecto de Mediación Comunitaria como Política Pública para la Participación Ciudadana, presentado por la Asociación Respuesta para la Paz, en el Concurso de Buenas Prácticas en Dubai 2006. Disponible en: <http://habitat.aq.upm.es/bpal/onu06/bp0832.html>.

- México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.
- GORJÓN GÓMEZ, F. J. STEELE GARZA, J. G. 2008. *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos*. México: Oxford University Press.
- GUTIÉRREZ GARZA, Esthela (coord.) 2011. *Cambiar México con participación social: trabajos del Fono Nacional Participación Ciudadana en el Proyecto de Nación*, uMéxico: Siglo XXI.
- KLIKSBERG, B. 2005. *Más ética más desarrollo*, 4ª ed. Buenos Aires: Temas.
- AAVV. 2009. *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Generalitat de Catalunya. Barcelona: Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- MOIX MARTÍNEZ, M. 1988. *Cómo se entiende hoy la política social*. Cuadernos de Trabajo Social 1, 77-94.
- MOLINA CANO, J. 2007. *Epítome de la Política social (1917-2007)*. Murcia: Isabor.
- MONTAGUT, T. 2008. *Política Social. Una introducción*, 3ª ed. Barcelona: Ariel.
- MONTERO, M. 2010. *Fortalecimiento de la Ciudadanía y Transformación Social: Área de Encuentro entre la Psicología Política y la Psicología Comunitaria*. Psykhe 19 (2), 51-63.
- MORENO, L. 1993. *Intercambio social y desarrollo del bienestar*. Madrid: CSIC.
- ORTIZ, I. 2007. *Guías de Orientación de Políticas Públicas. Política Social*. Nueva York: uUN DESA.
- REDORTA, J. 2009. *La justicia del futuro*. En: *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia*. Comunicaciones. Barcelona: GEMME.
- REDORTA, J. 2007. *Entender el conflicto*. Barcelona: Paidós.
- RODRÍGUEZ, F. 1979. *Introducción en la política social*. Madrid: Civitas.
- SIX, J.-F. 1997. *Dinámica de la mediación*. Barcelona: Paidós.
- SORIA, M. A., VILLAGRASA, C., ARMADANS, I. (coords.) 2008. *Mediación Familiar. Conflicto: técnicas, métodos y recursos*. Barcelona: Bosch.
- SUBIRATS, J. *et al.* 2010. *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Ariel, 2010.
- UVALLE-BERRONES, R. 2011. *Las ciencias sociales y las políticas públicas*

en el fortalecimiento del arte de gobernar. *Convergencia: Revista de Ciencias Sociales* 18 (55), 37-68.

VARELA WOLFF, A. O., VARELA, F. O. 1998. Los medios alternativos para solucionar los litigios, mediación y conciliación. XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal. México: UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas).

VUOTTO, M. 2009. Algunas referencias sobre la noción de trabajo asociado en el siglo XIX. *Economía* 28, 103-127.

La viabilidad legislativa de la Mediación civil y su evolución contemporánea

ARNULFO SÁNCHEZ GARCÍA

Doctor en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor titular a tiempo completo de Derecho Internacional de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Investigador del Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminología de la Facultad de Derecho y Criminología de la misma Universidad. Especialista en contratación internacional y en métodos alternos de solución de conflictos

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. RANGO CONSTITUCIONAL DE LOS MASC. 2. LA EVOLUCIÓN DE LA MEDIACIÓN EN LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA. 2.1. *Facultades legislativas de las Entidades Federativas mexicanas en materia de mediación.* 2.2. *Facultad legislativas de los Comunidades Autónomas en materia de mediación.* 3. PRIMEROS AVANCES LEGISLATIVOS EN MATERIA DE MEDIACIÓN EN ESPAÑA Y MÉXICO. 4. ESTADO ACTUAL DEL MARCO REGULADORIO DE LA MEDIACIÓN CIVIL. 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Distinto a lo que de común sucede con temas de estudio poco explorados, los avances de la mediación civil han partido de la adopción de medidas legislativas, por lo menos esto ha sido así en España¹. En México la cuestión es distinta, pues a la fecha no se cuenta con una legislación federal sobre mediación civil y las distintas legislaciones de las Entidades Federativas no guardan uniformidad en lo que respecta a su ámbito de aplicación.

Partiendo de la idea de que en México el estudio doctrinal de la mediación civil es prácticamente inexistente, resulta importante comen-

1. Se debe precisar que entre la publicación del proyecto español de Ley estatal de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y su promulgación se observó una gran efervescencia doctrinal en torno al tema.

zar por el principio y centrar el presente estudio en el análisis de sustento jurídico de la legislación en materia de mediación civil, sobre todo después de la reforma constitucional en materia procesal penal en México, la cual, por paradójico que parezca, ha tenido incidencia directa en la forma de conceptualizar la necesaria modernización del sistema legal mexicano en cuanto a mediación civil se refiere.

El primer apartado ha de comenzar por una comparación de la salvaguarda constitucional de los métodos alternos de solución de conflictos en el Estado español y el mexicano, donde se pondrá especial atención en el nuevo redimensionamiento de la tutela de los métodos alternos de solución de conflictos (MASC) a partir de la reforma penal constitucional de 2008. Posteriormente, en un segundo apartado se procederá a realizar una descripción de la evolución del proceso legislativo de la mediación, pasando por un análisis pormenorizado de la viabilidad legal para legislar en la materia al interior tanto de las Entidades Federativas en México, como en las Comunidades Autónomas en España.

Posteriormente se considera pertinente hacer referencia a los primeros pasos legislativos que se dieron en España y México en materia de MASC con el objeto de entender el proceso legislativo en la materia, para pasar finalmente a un apartado donde se exponga el Estado que guarda actualmente la legislación de la mediación en materia civil tanto en México como en España.

1. RANGO CONSTITUCIONAL DE LOS MASC

A fecha de hoy, en España no se ha concedido reconocimiento de rango constitucional a los MASC. De hecho, la Constitución española pareciera conferir jurisdicción exclusiva a los tribunales estatales para conocer de las controversias². Sin embargo, la realidad es que esas funciones supuestamente monopolizadas por el Estado pueden ser realizadas por los operadores de los MASC³, a partir de la fusión del principio de libre disposición de las partes y el principio de la autonomía de la voluntad, siempre y cuando se respete la tutela efectiva del artículo 24 de la CE⁴.

2. CREMADES, B. 2006. El arbitraje en la doctrina constitucional española. *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje* 1, p. 187.

3. Se hace referencia a los casos donde se pretende dotar a los acuerdos de mediación y laudos arbitrales de eficacia jurídica traducida en definitividad y ejecutabilidad.

4. *Op. cit.* pp. 199 y ss.

Por su parte, el reconocimiento de los MASC a nivel constitucional en México obedeció a un motivo *sui generis*. La idea surge simultáneamente a la reforma procesal penal constitucional de 2008. Dicha reforma orientada principalmente hacia el derecho procesal penal sancionó la implementación del sistema penal acusatorio en sustitución de inquisitorio que prevalecía anteriormente en México. Junto al nuevo sistema de justicia penal se incluyeron mecanismos de descongestión judicial, a mencionar: la aplicación de criterios de oportunidad, el archivo temporal de la investigación, facultades de abstenerse de investigar y salidas alternas al proceso.

Estos procedimientos además de ser herramientas pertenecientes al Derecho Penal⁵ constituyen parte de una política de racionalidad, eficiencia y equidad en la implementación del nuevo sistema penal⁶, eso sí, porque no decirlo, empleando un criterio selectivo y algunas veces arbitrario que en su momento ha de ajustarse a la política en turno de combate al delito. Sin embargo, la balanza se equilibra con la inclusión adicional de los Métodos alternos de solución de controversias en materia penal que, más allá de discriminar delitos, busca atacar el conflicto de raíz.

El Constituyente Permanente abordó cuestiones que exceden los límites del Derecho Penal cuando se elaboró el Proyecto de Reforma. La forma en que se redactó la modificación al Artículo 17 Constitucional repercute directamente en diversas ramas del Derecho. El párrafo 4 del art. 17 se divide en dos partes⁷ claramente diferenciadas: En la primera parte señala que «*Las Leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversia.*». De esa manera se establece los Métodos alternos de forma general sin limitar su aplicación a un área concreta y se abre la posibilidad de implementar los métodos alternos sin restricción material, pues se elimina cualquier clase de candado constitucional que pudiera limitar su eficacia. Con lo anterior, se crea un clima favorable desde el foro constitucional para legislar en materia de mediación civil. Es más, pareciera que la reforma constitucional imprime obligatoriedad para estable-

5. Por esa razón no se abordará su estudio en el presente trabajo de investigación.
6. En cierta parte la implementación de estos mecanismos es dar respuesta a la imposibilidad de investigar y perseguir todos los hechos delictivos, por lo cual, literalmente, se pretende hacer una selección arbitraria de casos para cumplir con ciertos fines. VASCONCELOS MÉNDEZ, R. 2009. Constitución, Ministerio Público y principio de oportunidad. *Inter Críminis* 8, cuarta época, 55-56.
7. «*Las Leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversia. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en que requerirá supervisión judicial.*».

cer una regulación exhaustiva de promoción⁸ e implementación de los MASC en todo el territorio nacional⁹.

La segunda parte del párrafo se refiere concretamente al área penal «...En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en que requerirá supervisión judicial». De tal suerte que se establecen reglas concretas para los MASC cuando son aplicados exclusivamente en materia penal, claramente diferenciadas del resto de las ramas jurídicas.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA MEDIACIÓN EN LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA

En el presente apartado se abordará la creciente corriente *pro*-mediación y su desarrollo legislativo en España y México. El proceso en ambos Estados es relativamente nuevo, en realidad se encuentra en fase de adaptación y ajuste a los requerimientos sociales aunque, como se verá adelante, es un camino todavía inacabado. Actualmente en materia de mediación existen marcadas diferencias en las distintas legislaciones autonómicas españolas y al interior de los Estados que componen la Federación Mexicana. Pareciera que cada región se ha preocupado más por crear una ley innovadora distinta a las demás, que por buscar la armonización de principios pretendida por el Derecho Comunitario y la corriente internacional *pro* MASC que busca compatibilizar las distintas legislaciones estatales.

Eso sí, a través del tiempo se han venido perfeccionando la técnica legislativa y se ha logrado acrecentar la tendencia liberalizadora en la implementación de las MASC. Actualmente se realizan esfuerzos para crear un marco regulatorio en la totalidad de las regiones españolas y mexicanas, sobre todo en aquellas desprovistas de normativa propia. También se ha buscado la ampliación temática en las regiones que ya han promulgado leyes enfocadas solamente a parcelas especializadas de resolución de conflictos a través de los MASC, un ejemplo de ello es que hasta hace poco solamente existían leyes de mediación especializadas en materia familiar¹⁰. La pregunta fundamental es si el Estado actual que

8. Como se verá más adelante, es cada vez más recurrente el que las legislaciones sobre MASC en México le impongan la obligación a los jueces para ofrecer y exhortar a las partes a acudir a esa clase de métodos para la resolución de las controversias.

9. Con similar opinión DE VILLA CORTÉS, J. C. 2012. La mediación en Guanajuato. Acata Universitaria, febrero/marzo, Vol. 22, Issue 2, p. 20.

10. Cataluña cuenta con una Ley de Mediación que se ocupa de regular las materias civil y comercial.

guarda la legislación España y México es suficiente para crear un marco de referencia que entienda y sienta las bases para trazar reglas claras y generales sobre la mediación civil.

2.1. FACULTADES LEGISLATIVAS DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS MEXICANAS EN MATERIA DE MEDIACIÓN

Es necesario detenernos para realizar un diagnóstico de las razones que justifican la existencia mayoritaria de Leyes que regulan la mediación en el ámbito Autonómico español y Estadual mexicano respectivamente.

Al interior de los Estados federales es común encontrarse con una abundante actividad legislativa. Una de las razones radica en su propia organización, para muestra el Estado Mexicano compuesto por 31 Entidades Federativas y un Distrito Federal, todas ellas libres y soberanas (dotadas de Constitución propia, excepto el Distrito Federal) unidas bajo el Pacto Federal y con capacidad de autodeterminación¹¹. Los Estados que componen la Federación gozan de facultades para emitir sus propias leyes con la única limitación de las materias reservadas para la Federación. Estas facultades consagradas en el artículo 73 en relación con el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)¹² crean un sistema rígido de distribución de competencias¹³, en el cual se conceden una serie de facultades legislativas residuales en favor de los Estados¹⁴. En México se puede hablar de la existencia de tres tipos de normas generales: la norma constituyente, las de orden federal y las estatales¹⁵.

Dos son las principales facultades legislativas: las explícitas y las implícitas¹⁶. Las primeras consisten en aquellas que el texto Constitucio-

11. GARZA GARCÍA, C. C. 1997. Derecho Constitucional mexicano. México: Mc.Graw-Hill, p. 60.

12. El artículo 124 Constitucional señala que «*Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados*».

13. SERNA DE LA GARZA, J. M. 2003. Federalismo y sistemas de competencias legislativas. En: HERNÁNDEZ, A. M., VALADÉS, D. (coords.), Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías. México: UNAM, p. 313.

14. CARBONELL, M. 2003. El Federalismo en México: principios generales y distribución de competencias. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, p. 386.

15. SÁNCHEZ BRIGAS, E. 2006. Derecho Constitucional 10ª edición. México: Porrúa, pp. 323-324.

16. MONTERO ZENDEJAS, D. 2006. Derecho Constitucional comparado. México: Porrúa, pp. 332-334.

nal reserva ámbito federal, las cuales en su mayoría están contenidas en las primeras XXIX fracciones del artículo 73 Constitucional y delimitan de forma precisa el margen de actuación del Legislador Federal¹⁷. El problema surge al llegar a la fracción XXX, donde se encuentra una disposición regulatoria de las facultades las implícitas¹⁸, las cuales vienen a ampliar en gran medida las atribuciones legislativas en el ámbito Federal¹⁹. La función de la fracción XXX²⁰ tiene como objetivo que el Poder Legislativo Federal pueda concederse a sí mismo facultades de ejercicio legislativo que de ordinario no podría asumir, se trata de un aditamento para dar mayor movilidad a la Federación con el objetivo de cubrir aspectos necesarios en su función.

No se trata de conceder facultades ilimitadas a la Federación. Tampoco que arbitrariamente pueda ser utilizada la fracción XXX para ejercer autonomía legislativa en rubros que originalmente corresponde a los Estados. Todo lo contrario, existen reglas bien definidas (por lo menos doctrinalmente) para su utilización. Según TENA RAMÍREZ los requisitos de ejercicio son:

1.-La necesidad de existencia de una facultad implícita que por sí sola no podría ejecutarse;

2.-La relación de medio necesario respecto del fin entre la facultad implícita y el ejercicio de la facultad explícita, de suerte que sin la primera no podría alcanzarse la segunda, en otras palabras, se presupone la esterilidad de la facultad explícita si su ejercicio no se actualizara por medio de la facultad implícita;

3.-El tercer elemento es el reconocimiento del Congreso de la Unión de la necesidad de la facultad implícita y su otorgamiento por parte del Poder Legislativo al Poder que la necesite. Es decir, que ni el Poder Ejecutivo, ni el Judicial pueden conferirse a sí mismos las facultades indispensables para emplear las que la Constitución les concede, por regla las tienen que recibir del Poder Legislativo²¹.

17. Con igual parecer TENA RAMÍREZ al señalar que «...tenemos pues en nuestro derecho constitucional un sistema estricto que recluye a los Poderes Federales dentro de una zona perfectamente ceñida.» Cfr. TENA RAMÍREZ, F. 2005. Derecho Constitucional mexicano, 37ª ed. México: Porrúa, p. 115.

18. MONTERO ZENDEJAS, *op. cit.*, p. 334.

19. CARBONELL, *op. cit.*, p. 385.

20. «Art. 73. El Congreso tiene facultad: ... XXX.-Para expedir todas las Leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores, y todas las otras concedidas por esa Constitución a los poderes de la Unión».

21. TENA RAMÍREZ, *op. cit.*, pp. 115-116.

Las Entidades Federativas en México están facultadas plenamente para legislar en materia de mediación, pues se trata de un rubro que no figura dentro de las facultades explícitas de consagradas en la CPEUM. Sin embargo, como ya ha quedado expuesto, la Federación en uso de las facultades que le concede la fracción XXX podría perfectamente legislar en materia de mediación civil, sin embargo, a la fecha, no se ha concretado proyecto legislativo alguno en la materia a ese ámbito.

2.2. FACULTAD LEGISLATIVAS DE LOS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE MEDIACIÓN

La tendencia legislativa en España en materia de mediación²² se asemeja mucho al caso mexicano, sobre todo si se toma en cuenta que en ese país el Constituyente diseñó un Estado organizado en forma de monarquía parlamentaria compuesto por 17 Regiones autonómicas. FERRANDO BADÍA sostiene la existencia de tres requisitos indispensables para que una comunidad territorial goce de autonomía: debe estar facultada para organizarse jurídicamente, crear su derecho propio y que éste sea obligatorio²³. En España se cumplen cabalmente todos ellos. Las competencias autonómicas, específicamente las de carácter legislativo, dependerán de dos situaciones: de los rubros que están expresamente reservadas al ámbito estatal²⁴ y, que de los restantes (cuando el estatuto autonómico los autorice) la Comunidad asuma tales competencias²⁵.

Los Estatutos de Autonomía son instrumentos con la función de establecer las competencias del legislador autonómico. Sirven para delimitar el ámbito material legislativo, de tal forma que crean las denominadas competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas. En cualquier caso, aunque el artículo 149 Constitucional habla de compe-

22. El comentario se hace guardando las debidas proporciones. El Reino de España está conformado por 17 Comunidades Autónomas y, la República Mexicana por 31 Entidades Federativas y un Distrito Federal. Las diferencias demográficas, geográficas y económicas crean escenarios diferentes aunque parecidos en su dinámica de operación sobre todo en el rubro correspondiente al crecimiento legislativo en materia de mediación.

23. FERRANDO BADÍA, J. 1981. La potestad legislativa de las Comunidades Autónomas. *Revista Estudios Regionales* 7, p. 133.

24. En el artículo 149 de la Constitución Española.

25. Al respecto MARTÍN OVIEDO matiza dos aspectos. El primero de ellos es por restricción, así se afirma que la asunción de las competencias se basará solamente en las que la Constitución ofrece, en segundo término por expansión, ya que las facultades exclusivas del Estado pueden ser transferidas o delegadas a las Comunidades Autónomas. *Cfr.* MARTÍN OVIEDO, J. M. 1980. El régimen constitucional de las Comunidades Autónomas. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* 18, p. 164.

tencias exclusivas del Estado, no aclara la naturaleza de éstas, lo que da como resultado una mera presunción de que se trata de competencias de carácter legislativo, por lo cual, la respuesta se encontrará en los Estatutos de Autonomía²⁶ de acuerdo a las competencias que asuman en correlación con el art. 148 constitucional, incluida la competencia para legislar en materia de mediación civil.

La comparación del avance legislativo en materia de mediación es explicable de forma más o menos paralela en España y México. Si se piensa en que la forma que adopta el Estado Español (eso incluye el sistema de fuentes) «*no se distancia mucho del régimen federal*»²⁷. Para ejemplificar lo anterior es especialmente adecuada la definición de GARZA GARCÍA: «*Federalismo es la forma del Estado para organizar el poder público, por medio de la delimitación de competencia y con referencia a las distintas demarcaciones territoriales por las que se conforma el país, pero otorgando autonomía dentro de las mismas*»²⁸. La diferencia principal es que las comunidades autónomas derivan del reconocimiento que le otorga la Constitución Estatal, y las entidades federativas que conforman la Federación están unidas bajo un pacto federal consagrado al auspicio de una sola Constitución, pero dotadas cada una de la propia²⁹.

3. PRIMEROS AVANCES LEGISLATIVOS EN MATERIA DE MEDIACIÓN EN ESPAÑA Y MÉXICO

En México se han regulado toda clase de MASC en las distintas Entidades Federativas a través de leyes estatales. Se ha previsto su aplicación a los más variados tipos de conflictos y áreas jurídicas. Existe un sinnúmero de combinaciones en las diferentes normas jurídicas, algunas de ellas con alternativas interesantes, hasta el punto de desafiar los más afianzados principios de la mediación. El primer antecedente legislativo

26. FERRANDO BADÍA, *op. cit.*, pp. 147-148. Por otro lado, los diferentes Legisladores Autonómicos toman como referencia al art. 148.20 de la CE, el cual posibilita asumir competencias en el rubro de asistencia social e incorporan tal competencia en sus Estatutos de Autonomía, lo que los habilita para legislar en materia de mediación.

27. *Cfr.* DIEZ-PICAZO, L. M. 1989. Ley autonómica y Ley Estatal. Revista Española de Derecho Constitucional 9 (25), p. 64. En el mismo sentido Pizzorusso, A. 1988. En torno a algunas particularidades de la Constitución Española de 1978 observaciones comparadas. Revista del Centro de Estudios Constitucionales 1, p. 222.

28. Con esa definición de ninguna manera se propone equiparar al régimen federal con la monarquía parlamentaria, sólo se pretende poner de manifiesto la cercanía de ambos modelos. Véase GARZA GARCÍA, *op. cit.* p. 60.

29. FERRANDO BADÍA, *op. cit.* pp. 133-134.

en resolución alternativa de conflictos³⁰ es la Ley Federal denominada: «Ley para la el Diálogo, la Conciliación y la Paz digna en Chiapas», publicada el 11 de marzo de 1995. Fue parte de la respuesta gubernamental para la solución del conflicto armado en Chiapas surgido el 1 de enero de 1994, entre el Gobierno Federal y grupo armado autodenominado «Ejército Zapatista de Liberación Nacional»³¹.

La iniciativa procuró la solución conciliatoria antes que la adversarial. Como característica principal, se buscó generar condiciones para que los negociadores identificasen el foco del conflicto erigiéndose como un verdadero instrumento de paz. Se trata de una norma que dista de pertenecer al derecho privado o regular cuestiones de índole particular, sin embargo, es justo tenerla en cuenta, ya que antes de su promulgación no existía en México alguna Ley especializada sobre Métodos Alternos. Afirmar que esta Ley significó un parte aguas en la creación de leyes de mediación significaría sacarla de contexto. Más bien se trató de un intento por solucionar un problema concreto en un momento específico en la historia de México y, si bien es cierto que la cuestión afecta a la sociedad mexicana en general, también lo es que se trata de un caso de imposible aplicación al ciudadano promedio. Sin embargo, para efectos prácticos se puede decir que es el primer antecedente moderno de los MASC en México.

Posteriormente una copiosa producción legislativa en materia de mediación se ha desarrollado en la República Mexicana. La actividad ha sido útil pero hasta cierto punto desordenada y desprovista de uniformidad. La cuestión se entiende tomando en cuenta que un número importante de los profesionales en México (abogados, jueces, funcionarios judiciales³², empleados de la administración pública, profesionales

30. GORJÓN GÓMEZ, F. J., SÁENZ LÓPEZ, K. A. C. 2009. Métodos alternos de solución de controversias enfoque educativo por competencias, 2ª ed. México: Patria, p. 15.

31. Distintos puntos de vista sobre una base jurídica sobre el conflicto armado en Chiapas en MELGAR ADALID, M., RUIZ MASSIEU, J. F., SOBERANES FERNÁNDEZ, J. L. (Coords.). 1994. La rebelión en Chiapas y el Derecho. México: UNAM Coordinación de Humanidades e Instituto de Investigaciones Jurídicas.

32. Se debe reconocer que en algunos Estado de la República Mexicana los jueces toman cada vez mayor conciencia de la conveniencia que aporta derivar los juicios a mediación, p. ej., algunos jueces del Estado de Nuevo León y del Distrito Federal al momento de dictar los autos de admisión de demandas suelen agregar un párrafo donde sugieren a las partes que acudan a la mediación para resolver el conflicto. Así mismo, dicha actividad es cada vez más extendida gracias a la obligatoriedad que imprimen algunas leyes para que los jueces inviten a las partes a acudir a la mediación, v. gr., la Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social del Estado de México, de 22 de diciembre de 2010, que en el artículo 24 señala «Los jueces y magistrados en materia civil, familiar y penal y de justicia para adolescentes, debe-

de la educación, trabajadores del sector salud, etc.) no están debidamente concientizados sobre las ventajas que ofrece solución pacífica de las controversias.

En la actualidad persiste una marcada inclinación a la confrontación. Es patente la falta de cultura en resolución alterna, lo que permea el ánimo de los diferentes legisladores y sociedad en general. En la realidad actual de México se cuentan leyes de mediación especializadas (monotemáticas), otras que contemplan la existencia de más de un MASC (multitemáticas), también se han hecho diversas reformas legislativas en diferentes Estados, y otros más actualmente no cuentan con ninguna ley en la materia.

En España el fenómeno Legislativo sobre mediación comenzó recientemente. El camino ha sido lento (si se compara con México), sin embargo, han sido abiertos nuevos nichos de oportunidad y lentamente se ha introducido en la mayoría de las Comunidades Autónomas. Los diferentes legisladores regionales han asumido una posición ciertamente tímida en regular la introducción de los MASC en áreas diversas a la materia familiar. Para abordar la evolución normativa en España se hará un análisis igualmente cronológico que permita entender el proceso de forma integral, pero limitándonos a la materia civil. Así, el proceso normativo de la mediación en sus inicios estuvo concentrado únicamente en la mediación familiar y, a la postre, se ha diversificado a otras materias a instancia de la nueva Ley Catalana de mediación³³ promulgada con motivo de la Directiva 2008/52/ce del Parlamento Europeo y de Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Cabe agregar que en España el primer cuerpo normativo especializado en regular la mediación fue la Ley de mediación Catalana de 2001, promulgada como respuesta a Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia³⁴. La Ley 9/1998 sentó el primer precedente sobre mediación en el Artículo 79.2, donde se contempla la posibilidad de remitir a la partes de un conflicto sobre la nulidad del matrimonio, divorcio o separación judicial³⁵, a una persona o entidad mediadora con el fin de sol-

rán hacer saber a los interesados la existencia de la mediación, de la conciliación y de la justicia restaurativa, así como la ubicación del Centro más próximo para la solución alterna del conflicto».

33. Ley 15/2009 de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado.

34. Véase el preámbulo de dicha norma.

35. Art. 76 Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia.

ventar la controversia y llegar a un acuerdo de mediación³⁶. Posteriormente apareció la Ley 1/2001, de 15 de marzo, la cual fue el primer precedente debidamente aterrizado en la materia³⁷. Vale la pena hacer un pequeño recuento de contenido, ya que fue el punto de arranque definitivo en la mediación institucional española³⁸.

La Ley 1/2001, de 15 de marzo, en su momento estuvo enfocada únicamente a la mediación familiar. Incluía los principios contenidos en la Recomendación Núm. R (98) I, de 21 de enero de 1998 del Comité de Ministros del Consejo de Europa³⁹. Fue sancionada con la visión de institucionalizar, potenciar y extender a todo Cataluña la mediación familiar⁴⁰, y evitar en lo posible la judicialización de los conflictos o, en su caso, terminar los ya iniciados extra sede judicial.

Se dividió en 5 capítulos a lo largo de los cuales se especificaba la actividad del Centro de Mediación. Contenía disposiciones detalladas sobre las funciones de los prestadores de servicios de medición, el ámbito de aplicación y la naturaleza de los acuerdos de mediación, los cuales debían versar sobre materias de derecho privado disponibles para las partes. Aglomeraba los principios rectores de la mediación: la imparcialidad, la voluntariedad, la confidencialidad, el carácter personalísimo, así como la posibilidad de intervención de expertos en determinadas materias cuando así se requiera. El diseño del procedimiento de mediación era sumamente sencillo, abreviado y desprovisto de formalismos. Otorgaba un plazo para la mediación de no más de tres meses⁴¹, y para ese entonces ya se contaba con un régimen sancionador.

Posteriormente aparece la Nueva Ley de Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado abriendo una nueva posibilidad en España para la mediación. El legislador Catalán por fin creó una Ley con un ámbito de aplicación más extenso respecto de las anteriores. En la Exposición de Motivos de dicha Ley se hace especial énfasis en la necesidad de mediar conflictos de derecho civil,

36. De acuerdo al art. 78 necesita aprobación judicial.

37. Esta Ley actualmente fue abrogada.

38. Actualmente la derivación judicial de las partes contendientes en una controversia de índole familiar encuentra fundamento en el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificado mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil en Materia de Separación y Divorcio.

39. Los Principios consagrados en ese Instrumento han influenciado de forma trascendental toda la legislación en materia de mediación en España.

40. Preámbulo de la Ley.

41. El término de 3 meses es aceptado en la mayoría de las Leyes de mediación en España.

especialmente aquellas donde se vean involucradas personas que deben seguir relacionándose entre sí, v. gr., conflictos que son propiamente nacidos de la comunidad, de la vida asociativa y fundacional. De ese modo el abanico de posibilidades se incrementa dando cabida también a la mediación intercultural⁴² y a la mediación internacional.

4. ESTADO ACTUAL DEL MARCO REGULATORIO DE LA MEDIACIÓN CIVIL

A continuación se hará un listado de las leyes que regulan actualmente la mediación civil en España y México, con el objeto de tener un panorama general sobre el estado legislativo que guarda dicha disciplina en ambos Estados, lo cual es de vital importancia para guardar coherencia con el tema principal de la presente obra⁴³.

México		
Ordenamiento legal que regula la mediación civil	Ámbito de aplicación territorial (Entidad Federativa)	Artículos relacionados
Ley de Mediación y Conciliación del Estado de Aguascalientes Ley Publicada el 27 de diciembre de 2004.	Aguascalientes	Artículos: 4 y 22 <i>Artículo 4.</i> Podrán someterse a mediación o conciliación los derechos y obligaciones susceptibles de transacción o convenio entre particulares, los que se relacionen con conductas que pudieran constituir delitos perseguibles por querrela o en los cuales sea admisible el perdón de la víctima u ofendido para extinguir la acción penal y la facultad de ejecutar penas y/o medidas de seguridad, así como los relativos a la reparación del daño en los demás delitos. <i>Artículo 22.</i> El Centro es un órgano adscrito al Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado, y tiene a su cargo la prestación de los servicios de mediación y conciliación en materia civil, familiar y mercantil.
Ley De Justicia Alternativa Para el Estado De Baja California Ley Publicada el 19 de octubre de 2007	Baja California	<i>Artículo: 4</i> <i>Artículo 4.</i> Los medios alternativos serán aplicables solamente en los asuntos que sean susceptibles de convenio, que no contravengan alguna norma de orden público o afecten derechos de terceros.

42. La Ley del Estado de Hidalgo, de igual forma, considera la mediación intercultural, enfocada especialmente a mediar conflictos que se susciten entre y con individuos pertenecientes a alguna etnia indígena. Para esos casos se tomarán en cuenta sus usos y costumbres. Se establecen inclusive las cualidades que debe poseer un mediador-conciliador para asuntos indígenas.

43. Se infiere que toda ley que se limite a indicar que es mediable todo aquello disponible a las partes tácitamente se refiere a la materia civil.

X. LA VIABILIDAD LEGISLATIVA DE LA MEDIACIÓN CIVIL...

México		
Ordenamiento legal que regula la mediación civil	Ámbito de aplicación territorial (Entidad Federativa)	Artículos relacionados
Ley de mediación y conciliación del estado de Campeche Ley Publicada el 4 de agosto de 2011	Campeche	<p><i>Artículos: 6, 52, 53. I y 55</i></p> <p><i>Artículo 6.</i> El Centro Estatal de Justicia Alternativa será un órgano del Poder Judicial del Estado con autonomía técnica- para conocer y solucionar conflictos a través de los procedimientos previstos en este ordenamiento, de las materias civil, familiar y mercantil que les planteen los particulares y los que sean enviados por el órgano jurisdiccional u otra institución, en los términos de esta Ley.</p> <p><i>Artículo 52.</i> Los procedimientos alternativos regulados por esta Ley pueden ser antes o complementarios al proceso, en consecuencia, podrán aplicarse tanto en controversias que no han sido planteadas ante las instancias jurisdiccionales como en aquéllas que sean materia de un proceso formalmente instaurado. En éste último caso, se sujetará a lo siguiente:</p> <p>I. Que no se haya dictado sentencia ejecutoriada tratándose de asuntos de naturaleza civil, familiar o mercantil.</p> <p><i>Artículo 53.</i> Serán aplicables la mediación y la conciliación como mecanismos alternativos de solución de controversias, en los siguientes casos:</p> <p>I. En materia civil, familiar o mercantil, aquellos asuntos que sean susceptibles de transacción o convenio siempre y cuando no se trate de derechos irrenunciables, no se contravenga alguna disposición legal expresa y no se afecten derechos de terceros.</p> <p><i>Artículo 55.</i> En los juicios del orden civil, familiar o mercantil en los que proceda el trámite de procedimientos alternativos, el Juez tendrá la obligación de hacer del conocimiento de las partes de los beneficios y ventajas que les brindan los procedimientos alternativos, en consecuencia, al emitir, el auto de radicación se expondrá por escrito esta información, indicando el domicilio del Centro Estatal, Centro Regional o Unidad de Justicia Alternativa correspondiente y deberá, ser notificado este auto a las partes.</p>
Ley de Medios Alternos de Solución de Controversias para el Estado de Coahuila de Zaragoza Ley Publicada el 12 de julio de 2005	Coahuila	<p><i>Artículos: 2 y 7</i></p> <p><i>Artículo 2.</i> El objeto. Esta Ley tiene por objeto regular y fomentar el desarrollo y empleo de medios alternativos para la solución de controversias interpersonales, como opciones distintas a las jurisdiccionales, a las que las partes pueden acudir a fin de prevenir y solucionar sus diferencias en forma pacífica y colaborativa.</p> <p><i>Artículo 7.</i> El derecho de las partes para optar por los medios alternos. Es facultad de toda persona física o moral, recurrir a los medios alternos de solución de controversias, para resolver sus diferencias sobre derechos de naturaleza disponible.</p>

A. LÓPEZ PELÁEZ/FCO. GORJÓN GÓMEZ: ESTADO DEL ARTE DE LA MEDIACIÓN

México		
Ordenamiento legal que regula la mediación civil	Ámbito de aplicación territorial (Entidad Federativa)	Artículos relacionados
<p>Ley de Justicia Alternativa del Estado de Colima Ley Publicada el 27 de septiembre de 2003</p>	<p>Colima</p>	<p><i>Artículos: 3.I, 7,10 y 14</i> <i>Artículo 3.</i> Para los efectos de esta Ley se entenderá por: I.–Justicia alternativa, todo procedimiento no jurisdiccional para solucionar un conflicto de índole civil, familiar, mercantil o penal, al cual pueden recurrir voluntariamente las partes involucradas, para buscar una solución acordada que ponga fin a su controversia, por medio de técnicas específicas aplicadas por especialistas; <i>Artículo 7.</i> Son susceptibles de solución a través de los medios alternativos previstos en este ordenamiento, las controversias jurídicas de naturaleza civil, familiar y mercantil, siempre y cuando no se contravengan disposiciones de orden público, no se trate de derechos irrenunciables y no se afecten derechos de terceros... <i>Artículo 10.</i> En los juicios del orden civil y familiar, una vez contestada la demanda y resueltas las excepciones de previo y especial pronunciamiento relativas a la legitimación de las partes, el Juez tendrá la obligación de convocar a las partes a una audiencia, a fin de que comparezcan personalmente y conozcan la posibilidad de someter el conflicto a la mediación o a la conciliación... <i>Artículo 14.</i> Se crea el Centro Estatal de Justicia Alternativa de Colima, como un órgano auxiliar del Poder Judicial, con autonomía técnica para conocer y solucionar, a través de los procedimientos no jurisdiccionales previstos en este ordenamiento las controversias jurídicas en materia civil, familiar, mercantil y penal que le planteen los particulares o le remita el órgano jurisdiccional, en los términos de esta Ley.</p>
		<p><i>Artículos: 2.IV, 5, 6,17 y 76</i> <i>Artículo 2.</i> Para efectos de esta Ley, se entiende por: IV.–Justicia Alternativa: Todo procedimiento alternativo al proceso jurisdiccional para solucionar conflictos de índole civil, familiar, mercantil, penal o en materia de justicia para adolescentes, al que pueden recurrir voluntariamente las partes involucradas, para buscar una solución acordada que ponga fin a su controversia, a través de las diversas técnicas previstas en esta Ley. <i>Artículo 5.</i> Corresponde al Poder Judicial del Estado de Chiapas, a través del Centro Estatal, solucionar las controversias de naturaleza jurídica en las materias civil, familiar, mercantil, penal o en materia de justicia para adolescentes, mediante los procedimientos no jurisdiccionales que esta Ley regular... <i>Artículo 6.</i> Son susceptibles de solución a través de la mediación y la conciliación, previstas en este orde-</p>

X. LA VIABILIDAD LEGISLATIVA DE LA MEDIACIÓN CIVIL...

México		
Ordenamiento legal que regula la mediación civil	Ámbito de aplicación territorial (Entidad Federativa)	Artículos relacionados
Ley de Justicia Alternativa Del Estado De Chiapas Ley Publicada el 18 de marzo de 2009	Chiapas	namiento, las controversias jurídicas de naturaleza civil, familiar y mercantil, siempre y cuando no se contravengan disposiciones de orden público, no se trate de derechos irrenunciables, no se afecten derechos de terceros o exista recurrencia de leyes federales. <i>Artículo 17.</i> El Centro Estatal de Justicia Alternativa del Estado de Chiapas, es un órgano del Poder Judicial, con independencia técnica, de gestión y operativa para conocer y solucionar, a través de los procedimientos no jurisdiccionales previstos en este ordenamiento, las controversias jurídicas en materia civil, familiar, mercantil, penal o en materia de justicia para adolescentes, que le planteen los particulares, le remita el órgano jurisdiccional, o el órgano de procuración de justicia, en los términos de esta Ley. <i>Artículo 76.</i> El arbitraje ante el Centro Estatal y Subdirecciones Regionales, será gratuito, y sólo es aplicable en las controversias de índole mercantil y civil, siempre y cuando las partes hubiesen agotado previamente ante el mismo Centro Estatal y Subdirecciones Regionales, la mediación y conciliación previstas por esta Ley.
Ley de Mediación del Estado de Chihuahua Ley Publicada el 7 de junio de 2003	Chihuahua	<i>Artículo: 4.II</i> <i>Artículo 4.</i> La mediación será aplicable: II.-En materia civil, mercantil y familiar, en los asuntos que sen(sic) objeto de transacción o convenio, que no alteren el orden público, ni contravengan alguna disposición legal expresa o afecten derechos de terceros.
Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia DF Ley Publicada el 08 de enero de 2008	Distrito Federal	<i>Artículos: 5.I y 6</i> <i>Artículo 5.</i> La mediación procederá en los siguientes supuestos: I. En materia civil, las controversias que deriven de relaciones entre particulares, sean personas físicas o morales, en tanto no involucren cuestiones de derecho familiar... <i>Artículo 6.</i> La mediación es independiente a la jurisdicción ordinaria y tiene como propósito auxiliar a los jueces en materia civil, familiar, penal y de justicia para adolescentes deberán hacer saber a las partes la existencia de la mediación como forma alternativa de solución, en los términos de esta Ley...

A. LÓPEZ PELÁEZ/FCO. GORJÓN GÓMEZ: ESTADO DEL ARTE DE LA MEDIACIÓN

México		
Ordenamiento legal que regula la mediación civil	Ámbito de aplicación territorial (Entidad Federativa)	Artículos relacionados
Ley de Justicia Alternativa del Estado de Durango Ley Publicada el 14 de julio de 2005	Durango	<p><i>Artículos: 6.VIII,10,11,15 y 19</i></p> <p><i>Artículo 6.</i> Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:</p> <p>VIII. Justicia Alternativa: Todo procedimiento no jurisdiccional para solucionar un conflicto de índole civil, familiar, mercantil o penal, al cual pueden recurrir voluntariamente las partes involucradas, para buscar una solución acordada que ponga fin a su controversia, por procedimiento de técnicas específicas aplicadas por especialistas;</p> <p><i>Artículo 10.</i> Son susceptibles de solución a través de los Procedimientos Alternativos, las controversias jurídicas de naturaleza civil, familiar y mercantil, siempre y cuando no contravengan disposiciones de orden público, no se trate de derechos irrenunciables y no se afecten derechos de terceros...</p> <p><i>Artículo 11.</i> En lo relativo a sentencias ejecutoriadas en materia civil, familiar y mercantil, las partes podrán someter a mediación o conciliación la regulación de su cumplimiento...</p> <p><i>Artículo 15.</i> En los juicios del orden civil o familiar, al inicio de la audiencia de pruebas, el Juez tendrá la obligación de convocar a las partes a avenirse mediante un acuerdo y exponerles la posibilidad de concurrir a los centros de justicia alternativa a someter su conflicto a algún Procedimiento Alternativo. Igualmente lo hará en materia mercantil en la primera audiencia que se celebre.</p> <p><i>Artículo 19.</i> El Centro Estatal es el órgano del Poder Judicial con autonomía técnica para conocer y solucionar, a través de los procedimientos previstos en este ordenamiento, los conflictos en materia civil, familiar, mercantil y penal que le planteen los particulares, le remita el órgano jurisdiccional u otra institución, en los términos de esta Ley.</p>

X. LA VIABILIDAD LEGISLATIVA DE LA MEDIACIÓN CIVIL...

México		
Ordenamiento legal que regula la mediación civil	Ámbito de aplicación territorial (Entidad Federativa)	Artículos relacionados
Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social del Estado de México Ley Publicada el 22 de diciembre de 2010	Estado de México	<i>Artículos: 24 y 43</i> <i>Artículo 24.</i> Los jueces y magistrados en materia civil, familiar, penal y de justicia para adolescentes, deberán hacer saber a los interesados la existencia de la mediación, de la conciliación y de la justicia restaurativa, así como la ubicación del Centro más próximo para la solución alterna del conflicto. <i>Artículo 43.</i> En los juicios de orden civil, familiar y mercantil, el juez, en el auto donde ordene el emplazamiento, deberá hacer del conocimiento de las partes, la posibilidad de solucionar la controversia en el Centro Estatal.
Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato Ley Publicada el 1 de agosto de 2006	Guanajuato	<i>Artículos: 1 y 29</i> <i>Artículo 1.</i> La presente Ley es de orden público e interés social y tiene como finalidad regular la mediación y la conciliación como formas de autocomposición asistida de las controversias entre interesados, cuando recaigan sobre derechos de los cuales sus titulares puedan disponer libremente. <i>Artículo 29.</i> Siempre que no se contravengan otras disposiciones legales, en materia civil del fuero común, los procedimientos de mediación y conciliación suspenden todos los plazos y términos judiciales dentro del juicio, a partir del día en que se informe que en dichos procedimientos se haya señalado lugar, fecha y hora para la audiencia de mediación o conciliación, hasta aquél en que se comunique la conclusión de los mismos. Para ambos extremos, el Centro deberá informar al juez lo conducente.
Ley de Justicia Alternativa del Estado de Hidalgo Ley Publicada el 21 de abril de 2008	Hidalgo	<i>Artículo: 12.I</i> <i>Artículo 12.</i> La Mediación y la Conciliación serán aplicables: I.-En materia civil y familiar en aquellos asuntos que sean susceptibles de transacción o Convenio...

A. LÓPEZ PELÁEZ/FCO. GORJÓN GÓMEZ: ESTADO DEL ARTE DE LA MEDIACIÓN

México		
Ordenamiento legal que regula la mediación civil	Ámbito de aplicación territorial (Entidad Federativa)	Artículos relacionados
Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco Ley Publicada el 30 de enero de 2007	Jalisco	<i>Artículo: 5</i> <i>Artículo 5.</i> Los métodos alternos serán aplicables a todos los asuntos del orden civil susceptibles de convenio a transacción. Cuando el procedimiento pueda afectar intereses de terceros, éstos deberán ser llamados para la salvaguarda de sus derechos...
Reglamento del centro de mediación y conciliación del poder judicial	Michoacán	<i>Artículo: 5</i> <i>Artículo 5.</i> El Centro de Mediación y Conciliación podrá recibir todos aquellos asuntos que se refieran a controversias que sean susceptibles de convenirse, de conformidad con la legislación vigente y con criterios de eficacia y conveniencia de la aplicación de la mediación y la conciliación establecidos en el presente reglamento, siempre que no se afecte la moral o derechos de terceros, ni se contravengan disposiciones de orden público.
Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Nayarit Ley Publicada el 23 de abril de 2011	Nayarit	<i>Artículos: 5.I y 8</i> <i>Artículo 5.</i> Son susceptibles de solución a través de los medios alternativos las controversias siguientes: I. En materia civil, familiar o mercantil aquéllos asuntos que sean susceptibles de transacción o convenio, siempre y cuando no se trate de derechos irrenunciables, no alteren el orden público, ni contravengan alguna disposición legal expresa ni afecten derechos de terceros; <i>Artículo 8.</i> En los juicios del orden civil, familiar o mercantil en los que proceda el trámite de medios alternativos, el juez tendrá la obligación de hacer del conocimiento a las partes de los beneficios que les brindan éstos, en consecuencia, al emitir el auto de radicación se expondrá por escrito esta información, indicando el domicilio del Centro Estatal o del Centro Regional correspondiente y notificando a las partes.

X. LA VIABILIDAD LEGISLATIVA DE LA MEDIACIÓN CIVIL...

México		
Ordenamiento legal que regula la mediación civil	Ámbito de aplicación territorial (Entidad Federativa)	Artículos relacionados
Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos Ley Publicada el 14 de enero de 2005	Nuevo León	<i>Artículo: 3</i> <i>Artículo 3.</i> Los Métodos Alternos serán aplicables solamente en los asuntos que sean susceptibles de convenio, que no alteren el orden público, ni contravengan alguna disposición legal expresa o afecten derechos de terceros...
Ley de Mediación para el estado de Oaxaca Ley Publicada el 12 de abril de 2004	Oaxaca	<i>Artículo: 5.I</i> <i>Artículo 5.</i> La mediación será aplicable: I.-En materia civil, mercantil, familiar y vecinal o en aquellos asuntos que sean susceptibles de transacción o convenio, que no alteren el orden público, ni contravengan alguna disposición legal expresa o afecten derechos de terceros...
Ley de Justicia Alternativa para el estado de Quintana Roo Ley Publicada el 22 de marzo de 2011	Quintana Roo	<i>Artículos: 2 y 7.I</i> <i>Artículo 2.</i> Es objeto de esta Ley establecer medios alternativos a la justicia ordinaria a fin de que los particulares resuelvan sus controversias de carácter jurídico, privado o simplemente de interrelación personal mediante un procedimiento ágil y sencillo bajo el principio de voluntariedad llamado procedimiento alternativo de conciliación, mediación, amigable composición o negociación como métodos alternativos de solución de conflictos. <i>Artículo 7.</i> Se crea el Centro Estatal de Justicia Alternativa, como Órgano Desconcentrado del Poder Judicial del Estado, encargado de la aplicación de la presente Ley con funciones no jurisdiccionales dado su carácter alterno a los medios ordinarios de justicia, caracterizado principalmente como un área específica para el manejo y resolución pacífica de los conflictos interpersonales en el ámbito socio-jurídico, bajo el principio de autonomía de voluntad, a través de los siguientes servicios: I.-Substanciación del procedimiento alterno voluntario contemplando todos los medios alternativos referidos en la presente Ley según la naturaleza del conflicto de que se trate en función de la voluntariedad de las partes, que puede concluir en un acuerdo o convenio verbal o escrito o con el archivo del caso por alguna de las causas previstas...

A. LÓPEZ PELÁEZ/FCO. GORJÓN GÓMEZ: ESTADO DEL ARTE DE LA MEDIACIÓN

México		
Ordenamiento legal que regula la mediación civil	Ámbito de aplicación territorial (Entidad Federativa)	Artículos relacionados
<p>Ley de Mediación y Conciliación para el estado de San Luis Potosí Ley publicada 16 de octubre de 2012</p>	<p>San Luis Potosí</p>	<p>Artículos: 3.III,16,17, 28 y 88 <i>Artículo 3.</i> Para efectos de la presente Ley se entenderá por: XIII. Mecanismos Alternativos: Todo procedimiento de solución de controversias de índole civil, familiar y mercantil, tales como la mediación, conciliación y los demás que permitan a las personas prevenir conflictos previstos en otras disposiciones legales o, en su caso, solucionarlos sin necesidad de intervención de los órganos jurisdiccionales, salvo aquellos que tiendan a garantizar la eficacia del convenio adoptado por los participantes y el cumplimiento del mismo... <i>Artículo 16.</i> Pueden ser materia de la aplicación de los mecanismos alternativos, todas o algunas de las diferencias que se susciten entre personas interesadas con relación a determinado hecho, derecho, contrato, obligación, acción o pretensión, siempre que se trate de asuntos que puedan ser objeto de transacción, y que no se afecten la moral, los derechos de terceros, ni se contravengan disposiciones de orden público, ni se trate de derechos irrenunciables. <i>Artículo 17.</i> Los jueces en materia civil y familiar, deberán hacer saber a las partes la existencia de los mecanismos alternativos como forma de solución de controversias en los términos de esta Ley. <i>Artículo 28.</i> El Centro Estatal para el cumplimiento de su objetivo, tendrá las siguientes funciones y obligaciones: XI. Conocer de los conflictos de naturaleza jurídica en materia civil, familiar y mercantil, que le planteen los particulares o le remita el órgano jurisdiccional... <i>Artículo 88.</i> En los juicios del orden civil, familiar y mercantil, una vez contestada la demanda y resueltas las excepciones de previo y especial pronunciamiento relativas a la legitimación de las partes, el Juez tendrá la obligación de convocar a las partes a una audiencia, a fin de que comparezcan personalmente y conozcan la posibilidad de someter el conflicto a los mecanismos alternativos de mediación y conciliación, a través del Centro Estatal o de los Centros Públicos o Privados...</p>

X. LA VIABILIDAD LEGISLATIVA DE LA MEDIACIÓN CIVIL...

México		
Ordenamiento legal que regula la mediación civil	Ámbito de aplicación territorial (Entidad Federativa)	Artículos relacionados
Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias Ley Publicada el 7 de abril de 2008	Sonora	<p><i>Artículos: 7, 9 y 16</i></p> <p><i>Artículo 7.</i> Pueden ser materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, todas o algunas de las diferencias que se susciten entre personas interesadas en relación con determinado hecho, derecho, contrato, obligación, acción o pretensión, siempre que se trate de asuntos que puedan ser objeto de transacción, o de conductas tipificadas como delito, respecto de las cuales proceda el perdón o la manifestación de desinterés jurídico por la víctima en cuanto a la prosecución del procedimiento, y que no se afecten la moral, los derechos de terceros, ni se contravengan disposiciones de orden público...</p> <p><i>Artículo 9.</i> Los mecanismos alternativos pueden aplicarse aun en aquellos casos en que haya sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada. En materia civil, las partes podrán sujetarse a algún medio alternativo en lo relativo al cumplimiento o ejecución del fallo...</p> <p><i>Artículo 16.</i> Los jueces del orden civil, una vez fijada la litis, analizarán si el conflicto planteado es susceptible de solucionarse por mecanismos alternativos, y en su caso, podrán convocar a las partes y exponerles la posibilidad de acudir a los centros de justicia alternativa para tal efecto.</p>
Ley de Mediación para el Estado de Tamaulipas Ley Publicada el 21 de agosto de 2007	Tamaulipas	<p><i>Artículos: 4 y 38.b</i></p> <p><i>Artículo 4.</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La conciliación es propia de las autoridades de procuración o de impartición de justicia que conozcan del conflicto. 2. La mediación es propia de los centros de carácter público o privado que funcionen en términos de esta Ley. 3. La mediación o la conciliación son procedentes en las siguientes hipótesis: <ol style="list-style-type: none"> a) En los asuntos que sean objeto de transacción o convenio y que no alteren el orden público ni el interés social o afecten derechos de terceros ajenos al procedimiento, que sean de materia civil, mercantil o familiar.. <p><i>Artículo 38.</i></p> <p>La mediación podrá llevarse a cabo:</p> <ol style="list-style-type: none"> b) En el caso de juicios civiles, mercantiles, familiares o de paz ya iniciados, se ajustará a las siguientes reglas:

A. LÓPEZ PELÁEZ/FCO. GORJÓN GÓMEZ: ESTADO DEL ARTE DE LA MEDIACIÓN

México		
Ordenamiento legal que regula la mediación civil	Ámbito de aplicación territorial (Entidad Federativa)	Artículos relacionados
		<p>I. Una vez fijada la litis, si la autoridad judicial considera que el asunto es susceptible de ser solucionado a través de la mediación, invitará a las partes a que conozcan un Centro de Mediación con sede judicial para que obtengan la información pertinente; y</p> <p>II. A petición expresa de una de las partes, realizada ante el juez en cualquier etapa del juicio, siempre y cuando la contraparte esté de acuerdo y la sentencia que ponga fin al proceso no haya causado ejecutoria...</p>
<p>Ley que Regula el Sistema de Mediación y Conciliación Ley Publicada el 13 de abril de 2007</p>	Tlaxcala	<p><i>Artículos: 4.I y 34</i> <i>Artículo 4.</i> La mediación o conciliación será aplicable: I. En materia civil, familiar, administrativa o mercantil, en asuntos que sean susceptibles de convenio y que no alteren el orden público ni contravengan alguna disposición legal o afecten derechos de terceros...</p>
<p>Ley de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos Ley Publicada el 15 de agosto de 2005</p>	Veracruz	<p><i>Artículo: 5.I</i> <i>Artículo 5.</i> La mediación o conciliación será aplicable: I. En materia civil, mercantil, laboral y en aquellos asuntos que sean susceptibles de convenio y que no alteren el orden público ni contravengan alguna disposición legal o afecten derechos de terceros;</p>
<p>Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias Ley Pública el 24 de julio de 2009</p>	Yucatán	<p><i>Artículos: 8, 9 y 56</i> <i>Artículo 8.</i> Pueden ser materia de la aplicación de los mecanismos alternativos, todas o algunas de las diferencias que se susciten entre personas interesadas con relación a determinado hecho, derecho, contrato, obligación, acción o pretensión, siempre que se trate de asuntos que puedan ser objeto de transacción, o de conductas tipificadas como delito, respecto de las cuales proceda el perdón o la manifestación de desinterés jurídico por la víctima en cuanto a la prosecución del procedimiento, y que no se afecten la moral, los derechos de terceros, ni se contravengan disposiciones de orden público, ni se trate de derechos irrenunciables...</p> <p><i>Artículo 9.</i> Los jueces en materia civil, familiar, penal y de justicia para adolescentes, deberán hacer saber a las partes la existencia de los mecanismos alternativos como forma de solución de controversias en los términos de esta Ley...</p> <p><i>Artículo 56.</i> En los juicios del orden civil, familiar y mercantil, una vez contestada la demanda y resuel-</p>

X. LA VIABILIDAD LEGISLATIVA DE LA MEDIACIÓN CIVIL...

México		
Ordenamiento legal que regula la mediación civil	Ámbito de aplicación territorial (Entidad Federativa)	Artículos relacionados
		<p>tas las excepciones de previo y especial pronunciamiento relativas a la legitimación de las partes, el Juez tendrá la obligación de convocar a las partes a una audiencia, a fin de que comparezcan personalmente y conozcan la posibilidad de someter el conflicto a la mediación o a la conciliación, a través del Centro Estatal o de los Centros Públicos o Privados de Solución de Controversias...</p>
<p>Ley de Justicia Alternativa de Zacatecas Ley Publicada de 31 de diciembre de 2008</p>	<p>Zacatecas</p>	<p><i>Artículos: 3.X, 8.I, 11 y 13</i> <i>Artículo 3.</i> Para los efectos de esta Ley se entenderá por: X. Justicia Alternativa: todo procedimiento no jurisdiccional para solucionar un conflicto de índole civil, familiar, mercantil o penal, al cual pueden recurrir voluntariamente las partes involucradas, para buscar una solución que ponga fin a su controversia, mediante procedimientos de técnicas específicas aplicadas por especialistas... <i>Artículo 8.</i> Son susceptibles de solución a través de los procedimientos alternativos las controversias siguientes: I. En materia civil, familiar o mercantil aquéllos asuntos que sean susceptibles de transacción o convenio, siempre y cuando no se trate de derechos irrenunciables, no alteren el orden público, ni contravenzan alguna disposición legal expresa ni afecten derechos de terceros... <i>Artículo 11.</i> En los juicios del orden civil, familiar o mercantil en los que proceda el trámite de procedimientos alternativos, el Juez tendrá la obligación de hacer del conocimiento a las partes de los beneficios y bondades que les brindan los procedimientos alternativos, en consecuencia, al emitir el auto de radicación se expondrá por escrito esta información, indicando el domicilio del Centro Estatal o Centro Regional correspondiente y notificando este auto a las partes. <i>Artículo 13.</i> Se crea el Centro Estatal de Justicia Alternativa, como un órgano del Poder Judicial del Estado, con autonomía técnica para conocer y solucionar, a través de los procedimientos previstos en este ordenamiento, los conflictos en materia civil, familiar, mercantil que le planteen los particulares, le remita el órgano jurisdiccional u otra institución, en los términos de esta Ley. Por lo que ve a la materia penal serán los mediadores, facilitadores, conciliado-</p>

A. LÓPEZ PELÁEZ/FCO. GORJÓN GÓMEZ: ESTADO DEL ARTE DE LA MEDIACIÓN

México		
Ordenamiento legal que regula la mediación civil	Ámbito de aplicación territorial (Entidad Federativa)	Artículos relacionados
		res dependientes de la Procuraduría General de Justicia del Estado.

Elaboración propia

España		
Ordenamiento legal que regula la mediación civil	Ámbito de aplicación territorial	Artículos relacionados
Ley 5/2012, de 6 de julio, sobre asuntos civiles y mercantiles	Estatal	<p><i>Artículo: 2</i> <i>Artículo 2. Ámbito de aplicación.</i> 1. Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.</p>
Ley de Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado	Cataluña	<p><i>Artículo: 2.2</i> 2. La mediación civil a la que se refiere la presente Ley comprende cualquier tipo de cuestión o pretensión en materia de derecho privado que pueda conocerse en un proceso judicial y que se caracterice porque se haya roto la comunicación personal entre las partes, si estas deben mantener relaciones en el futuro y, particularmente, entre otros:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Los conflictos relacionales surgidos en el ámbito de las asociaciones y fundaciones. b) Los conflictos relacionales en el ámbito de la propiedad horizontal y en la organización de la vida ordinaria de las urbanizaciones. c) Las diferencias graves en el ámbito de la convivencia ciudadana o social, para evitar la iniciación de litigios ante los juzgados. d) Los conflictos derivados de una dife-

X. LA VIABILIDAD LEGISLATIVA DE LA MEDIACIÓN CIVIL...

España		
Ordenamiento legal que regula la mediación civil	Ámbito de aplicación territorial	Artículos relacionados
		rente interpretación de la realidad debido a la coexistencia de las diversas culturas presentes en Cataluña. e) Cualquier otro conflicto de carácter privado en que las partes deban mantener relaciones personales en el futuro, si, razonablemente, aún puede evitarse la iniciación de un litigio ante los juzgados o puede favorecerse la transacción.

Por otro lado, es pertinente señalar que con la nueva tutela constitucional de la mediación, y especialmente de la mediación civil en México, se ha abierto un enorme nicho de oportunidad creando la posibilidad de abordar a través de la a la mediación conflictos que de ordinario correspondería someterlas ante un juez mediante el ejercicio del derecho de acción⁴⁴, en varias de sus modalidades, las cuales se pueden resumir en las siguientes⁴⁵:

Acción <i>Ad Exhibendum</i>	Acción <i>Aquae Pluvia</i> o <i>Aquae Arcendae</i>	Acción <i>Communi Dividundo</i>	Acción Confesoria
Acción de cumplimiento de contrato	Acción de enriquecimiento sin causa	Acción estimatoria o <i>quantis minoris</i>	Acción de Jactancia
Acción de Nulidad	Acción Oblicua	Acción de Pago	Acción Proforma
Acción Pauliana	Acción publiciana o plenaria de posesión	Acción Redhibitoria	Acción Reivindicatoria
Acción de repetición	Acción de responsabilidad objetiva y subjetiva	Acción rescisoria	Acción de constitución de servidumbre
Acción de simulación	Acción Hipotecaria		

44. Siempre y cuando la materia que se someta a la mediación sea disponible para las partes.

45. GORJÓN GÓMEZ hace referencia a la viabilidad jurídica de suplir el ejercicio de las acciones enumeradas mediante la estructuración de procesos de mediación. Cfr. GORJÓN GÓMEZ, F. J. 2013. Mediación y arbitraje Civil: aportación de México al Mundo. En: GORJÓN GÓMEZ, F. J. (coord.), Modernización de la justicia desde la perspectiva panameña y mexicana. Panamá: Corte Suprema de Justicia de Panamá.

5. CONCLUSIONES

Con el presente estudio se ha podido establecer el esquema legislativo al cual, tanto las Entidades Federativas en México, como las Comunidades Autónomas en España, han ajustado sus procesos de elaboración de normas sobre la mediación civil. Ha sido especialmente útil para determinar el estado aun inacabado sobre el esquema de regulación estatal, pero eso sí, recalcando las similitudes del esquema legal que da sustento a la legislación en la materia en ambos Estados. Por otro lado, se ha hecho una recapitulación esquemática de los ordenamientos legales que imperan en este momento en ambos países, herramienta útil a los operadores de la mediación, con el objeto de contribuir a la aplicación práctica de la mediación civil en España y México.

BIBLIOGRAFÍA

- CARBONELL, M. 2003. El federalismo en México: principios generales y distribución de competencias. Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2003, 379-396.
- CREMADES, B. 2006. El arbitraje en la doctrina constitucional española. Revista del círculo peruano de arbitraje 1, 185-220.
- DE VILLA CORTÉS, J. C. 2012. La mediación en Guanajuato. Acata universitaria 22 (2).
- DÍEZ-PICAZO, L. M. 1989. Ley autonómica y Ley estatal. Revista española de derecho constitucional 9 (25) enero-abril.
- FERRANDO BADÍA, J. 1981. La potestad legislativa de las comunidades autónomas. Revista Estudios Regionales 7.
- GARZA GARCÍA, C. C. 1997. Derecho constitucional mexicano. México: McGraw-Hill.
- GORJÓN GÓMEZ, F. J. 2013. Mediación y arbitraje civil: aportación de México al mundo. En: GORJÓN GÓMEZ, F. J. (coord.), Modernización de la justicia desde la perspectiva panameña y mexicana. Panamá: Corte Suprema de Justicia de Panamá.
- GORJÓN GÓMEZ, F. J., SÁENZ LÓPEZ, K. A. C. 2009. Métodos alternos de solución de controversias enfoque educativo por competencias, 2ª ed. México: Patria.

- MONTERO ZENDEJAS, D. 2006. Derecho constitucional comparado. México: Porrúa.
- MARTÍN OVIEDO, J. M. 1980. El régimen constitucional de las comunidades autónomas. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* 18, 153-170.
- MELGAR ADALID, M., RUIZ MASSIEU, J. F., SOBERANES FERNÁNDEZ, J. L. (coords.) 1994. *La rebelión en Chiapas y el derecho*. México: Unam.
- PIZZORUSSO, A. 1988. En torno a algunas particularidades de la constitución española de 1978 observaciones comparadas. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 1, 213-227.
- SÁNCHEZ BRIGAS, E. 2006. *Derecho constitucional* 10ª edición. México: Porrúa.
- SERNA DE LA GARZA, J. M. 2003. Federalismo y sistemas de competencias legislativas. En: HERNÁNDEZ, A. M., VALADÉS, D. (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*. México: Unam.
- TENA RAMÍREZ, F. 2005. *Derecho constitucional mexicano*, 37ª edición. México: Porrúa.
- VASCONCELOS MÉNDEZ, R. 2009. Constitución, ministerio público y principio de oportunidad. *Inter Críminis* 8, cuarta época. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

La mediación civil en el espacio judicial europeo

PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ

Vicepresidente europeo de GEMME (Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación). Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona (Corte de Apelación). Ex director de la Escuela Judicial española y representante de España en la negociación de la Directiva 52/2008 (Ley Marco europea) sobre la mediación en el ámbito civil y mercantil. 22 años juez y 15 abogado litigante. Autor de numerosos libros y profesor universitario de Fundamentos de Derecho Patrimonial

SUMARIO: 1. LA MEDIACIÓN EN LA CONVERGENCIA LEGISLATIVA EUROPEA. 2. LOS PRECEDENTES DE LA LEY MARCO EUROPEA: EL LIBRO VERDE. 3. LA PROMULGACIÓN DE LA DIRECTIVA 52/2008, DE MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL. 3.1. *Objetivos de la directiva y su trasposición por la Ley 5/2012.* 3.2. *Los principales objetivos, según el dictamen de los servicios jurídicos del Consejo, se circunscriben a cuatro.* 3.3. *La base jurídica competencial del Tratado CE es la de los art. 61.c) y 67.5 del tratado CE, y se limita su finalidad a aquellas situaciones o litigios con trascendencia transfronteriza, aun cuando propugna que al realizar la trasposición los EEMM puedan regular la mediación en el derecho interno, como efectivamente se está realizando.* 3.4. *La mediación y el mediador en la directiva europea.* 4. LOS PRECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTINENTAL-EUROPEO Y ANGLOSAJÓN. 5. LA MEDIACIÓN: UNA DIMENSIÓN MÁS RACIONAL DE LA TUTELA EFECTIVA. 6. LA GENERACIÓN DE FUENTES NORMATIVAS INTERNACIONALES EN LA PERSPECTIVA DE LA MEDIACIÓN. 7. LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN CIVIL EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL. 8. EL PAPEL DEL ABOGADO EN LA MEDIACIÓN. 9. LITIGIOS SUSCEPTIBLES DE SER MEDIADOS. 9.1. *Especial complejidad.* 9.2. *Utilidad.* 10. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA MEDIACIÓN CIVIL. 10.1. *La confidencialidad y la neutralidad.* 10.2. *Las partes en la mediación.* 10.3. *Estaduto del mediador.* 10.4. *El papel del mediador.* 10.5. *La neutralidad del mediador.* 10.6. *Una metodología pluridisciplinar.* 11. LA MEDIACIÓN EN EL ENTORNO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA. 11.1. *Precisiones conceptuales.* 11.2. *La Ley 5/2012, de 6 de julio tiene por objeto, precisamente, la regulación de las relaciones entre la mediación y el proceso judicial.* 11.3. *La garantía de la ejecución es, posiblemente, el momento en el que se engarza de una manera más visual la mediación con el proceso judicial.* 11.4. *Características de la*

mediación intrajudicial. 12. EL DERECHO CIVIL DE LA MEDIACIÓN. 13. CONCLUSIONES. 14. PROPUESTAS. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA.

1. LA MEDIACIÓN EN LA CONVERGENCIA LEGISLATIVA EUROPEA

La razón principal para una regulación común de la mediación en el ámbito de la Unión Europea radica en la existencia de lo que se denomina «espacio común europeo de seguridad y justicia». La desaparición de las fronteras interiores entre los Estados Miembros de la UE supone que los ciudadanos pueden establecerse libremente en cualquier lugar de la Unión, y desarrollar en el mismo su entramado de relaciones sociales. De dichas relaciones surgen conflictos que necesitan ser resueltos extendiendo su eficacia a todo el territorio, por lo que una de las líneas fundamentales de actuación desde el Tratado de Ámsterdam hasta la Constitución Europea que la consolida, es la de garantizar la libre circulación de las resoluciones judiciales y el mutuo reconocimiento de los derechos, tal como si se tratase de un único país, en la visión tradicional de la soberanía que siempre ha preservado la administración de justicia como una competencia exclusiva y excluyente de cada Estado, para ser ejercida dentro de sus fronteras.

Si se ha optado como política propia de la UE configurar la mediación como un sistema autónomo, complementario y alternativo a la vez, respecto al sistema judicial clásico para la resolución de controversias, es lógico que se procure un mínimo homologable de carácter común para toda Europa, al igual que ocurre en otros países que tienen la administración de justicia atribuida a regiones provincias o Estados confederados, con la finalidad de que se garantice de forma igual la vigencia de unos principios comunes. Lo importante es que existan mecanismos que permitan reconocer la efectividad de los acuerdos sin ulteriores dificultades, en cualquier lugar del territorio europeo.

También se pretende con esta acción común que exista una línea de actuación de convergencia legislativa en la materia, precisamente en una fase en la que la mediación está en un proceso de desarrollo todavía muy incipiente en la mayor parte de los EEMM para que, sin menoscabo de las competencias internas, se pueda disponer de legislaciones estatales con rasgos mínimos uniformes, evitando con ello los problemas que se plantean en otras esferas del derecho en las que la consolidación de

leyes históricas diferentes, dificulta en gran medida la implantación de unas instituciones similares en el ámbito comunitario.

2. LOS PRECEDENTES DE LA LEY MARCO EUROPEA: EL LIBRO VERDE

Desde la Comisión de la Unión Europea y con la perspectiva de un espacio judicial común, se ha impulsado la implantación de los ADR para que sea un signo de identidad de la nueva Europa, a la vez que un medio para abordar la crisis de la administración de justicia, que no es únicamente un problema nacional, sino que representa un grave problema común de toda la Europa continental. En esta línea se encuentra la Recomendación 98/257/CE sobre procedimientos extrajudiciales, en la que propugna la intervención de un sistema alternativo al judicial para la resolución de conflictos basado en la intervención de un tercero mediador, ante la desproporción de los costes económicos del juicio contencioso y la peculiaridad de los intereses ventilados en determinados litigios. De esta forma el Consejo de la Unión Europea de 29.5.2000 pidió a la Comisión que elaborara un estudio legislativo preliminar, sobre los ADR, que se presentó el día 19 de abril de 2002 con el título de «Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil». Con este texto se inició la reflexión y el diálogo entre los EEMM sobre las ventajas e inconvenientes de esta metodología, al tiempo que se promovió el análisis de los problemas jurídicos que planteaba.

3. LA PROMULGACIÓN DE LA DIRECTIVA 52/2008, DE MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL

En el mes de mayo de 2008 fue publicada finalmente la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Este texto legislativo planteó una problemática diversa, en tanto en cuanto fueron numerosos los países de Europa que se opusieron a destinar fondos públicos a la creación de un sistema paralelo al de la administración de justicia, especialmente cuando no disponían de mediadores profesionales para garantizar unos servicios de esta naturaleza. Por tales razones se circunscribió su ámbito, finalmente, a los litigios transfronterizos, y se introdujo un sistema de gran flexibilidad para que los EEMM pudieran ir adaptando su legislación poco a poco¹ y por

1. Direction de l'information légale et administrative. 2010. *Developper la Médiation dans le cadre de l'Union Européenne*. Paris : Conseil d'Etat.

niveles de intensidad distintos, sin obligación de dedicar fondos públicos.

La Directiva, como ley marco, fue aprobada con un período de transposición al derecho interno de tres años y con la previsión de mecanismos de control respecto a su implantación. A tal efecto se han previsto diversas comisiones de control. La primera tuvo lugar en la comisión de asuntos jurídicos del parlamento europeo del 13.9.2011 con el objetivo de evaluar el grado de implantación. Con los trabajos de esta comisión se elaboraron unas interesantes conclusiones. El seguimiento de la transposición se realiza por la Comisión en el marco del Programa de Estocolmo [COM (2010) 171 final], que ha previsto realizar una comunicación para el otoño de 2013).

3.1. OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA Y SU TRASPOSICIÓN POR LA LEY 5/2012

En cuanto a los objetivos y campo de aplicación se especifica en su considerando primero que es el de «*promover el arreglo amigable de los litigios*», esta matización es trascendente puesto que no solo se pretende con la Directiva implementar un instrumento propio del derecho internacional privado comunitario, sino también la «promoción» o «fomento» de la mediación, lo que significa una apuesta por el desarrollo de esta metodología desde instancias públicas y, singularmente comunitarias.

La segunda inclusión, entre los objetivos, es la instauración de una relación «*equilibrada*» entre mediación y proceso judicial, es decir, que el interés de la Directiva no es tanto la mediación global, sino la relación de la misma con el proceso judicial.

Se mencionan específicamente como ámbitos excluidos las materias fiscales, aduaneras o administrativas, así como el estado y capacidad de las personas físicas, los concursos y quiebras y la seguridad social.

3.2. LOS PRINCIPALES OBJETIVOS, SEGÚN EL DICTAMEN DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DEL CONSEJO, SE CIRCUNSCRIBEN A CUATRO

- a) Mejorar la calidad de los servicios de mediación (especialmente respecto de los elementos transfronterizos).
- b) Facilitar la ejecución internacional de los acuerdos de mediación.
- c) Dar protección eficaz a la confidencialidad.
- d) Clarificar la suspensión de los plazos de prescripción.

3.3. LA BASE JURÍDICA COMPETENCIAL DEL TRATADO CE ES LA DE LOS ART. 61.C) Y 67.5 DEL TRATADO CE, Y SE LIMITA SU FINALIDAD A AQUELLAS SITUACIONES O LITIGIOS CON TRASCENDENCIA TRANSFRONTERIZA, AUN CUANDO PROPUGNA QUE AL REALIZAR LA TRASPOSICIÓN LOS EEMM PUEDAN REGULAR LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO INTERNO, COMO EFECTIVAMENTE SE ESTÁ REALIZANDO

(La base jurídica competencial de la ley española radica en el art. 149.1.6ª y 8ª de la Constitución española, y mediante esta ley ordinaria, que modifica otras de carácter estatal, se efectúa la trasposición de la norma europea).

3.4. LA MEDIACIÓN Y EL MEDIADOR EN LA DIRECTIVA EUROPEA

Definiciones de mediación y de mediador. En cuanto a la definición, se impuso que el proceso de mediación debe ser *«estructurado»*, para que quede mejor precisado que se trata de un método científico. En cuanto a la definición de *«mediador»*, se han introducido los calificativos de *«independiente, imparcial y competente»*, en el sentido de que quede claro que es obligación de cada Estado garantizar una formación seria, que imponga criterios de competencia. También se introduce en los considerandos la obligación de los EEMM de promover:

- a) Códigos voluntarios deontológicos, tanto para los mediadores como las organizaciones intermedias que ofrezcan servicios de mediación.
- b) La introducción de mecanismos de control eficaces.
- c) Que se definan los principios que han de regir en la formación de los mediadores en orden a asegurar su capacidad y eficacia, que cada EEMM concretará con unos requisitos mínimos de carácter técnico (formación), para ejercer como mediador, con un régimen jurídico de responsabilidad de los mediadores y con unos criterios académicos para homologar la enseñanza que deben recibir los mediadores.

La derivación o renvío a la mediación por los tribunales está prevista expresamente en el artículo 3.a), que utiliza la expresión *«sugerir u ordenar»*. Lo que es opción de cada EEMM es si, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, los jueces pueden: (1) invitar o (sugerir) a las partes que recurran a la mediación; (2) requerir a las partes para que asistan a una reunión informativa en todo momento, durante la tramitación del litigio, con carácter obligatorio, (siempre que existan

servicios de mediación accesibles); (3) ordenar que se inicie un proceso de mediación, sin perjuicio del derecho de las partes a, una vez iniciado, desistir del mismo.

Se prevé, así mismo, que haya EEMM que implanten la obligatoriedad de la mediación prejudicial, o imponer sanciones a la parte que se niegue a asistir a las sesiones informativas directamente (multas) o indirectamente (en la condena en costas si en el litigio contencioso judicial, si no se da la razón a quien se negó a ir a la mediación). Se parte de la idea de fomentar la mayor calidad y el mayor rango posible del acuerdo de mediación respecto al contrato privado de cara a su eficacia transfronteriza.

4. LOS PRECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTINENTAL-EUROPEO Y ANGLOSAJÓN

Para entender las razones históricas de la hiper-judicialización de la vida social que padecemos en la Europa continental y en los países que comparten esta misma tradición jurídico-procesal, es útil reflexionar sobre el origen de uno de los sistemas más típicos del modelo heredado de la codificación napoleónica, que es el de la administración de justicia en la España de hoy. El impulso de la Revolución francesa, supuso la consolidación de las bases del moderno estado de derecho, en el que el poder judicial juega un papel equilibrador del sistema. En su implantación práctica inicial, el poder judicial emanado de la revolución, fue un vehículo para la implantación de las ideas liberales, por medio de la aplicación imperativa de la ley emanada de la Asamblea Legislativa. El peso de la tradición y el orden social del absolutismo era una amenaza enorme contra las reformas revolucionarias, por lo que se precisaban jueces entrenados en la aplicación rígida de la ley, igual para todos, y de carácter iterativo. No se podía permitir ningún tipo de flexibilidad en la aplicación individual del derecho. El individuo debía ser tutelado por la ley y por los jueces, sin preguntarle al efecto su opinión, para convertirlo en ciudadano libre e igual. Lamentablemente, con el paso del tiempo la burocratización del sistema² puso todo en su sitio, basta recordar la actualidad de «El Proceso», de KAFKA.

En el mundo anglosajón, la experiencia fue distinta, puesto que la

2. Kelsen, H. 1949. Teoría General del Derecho y del Estado. México: Imprenta Universitaria, México. Defendió una visión iuspositivista, que llamó teoría pura del derecho, como fenómeno autónomo y ajeno a consideraciones ideológicas y morales, del que se excluye cualquier idea de derecho natural.

pérdida de los privilegios de la aristocracia con la revolución de Cromwell, casi cien años antes de la francesa, el desarrollo del impulso democrático en las colonias inglesas que fortaleció un sistema popular de justicia muy distinto, que hasta hoy conserva sus peculiaridades respecto al sistema continental europeo con la gestación de la Commonlaw. La extracción popular y democrática de los jueces (frente a los que imponía la corona), y el prestigio profesional y social de los mismos, determinó que no existiera una dependencia tan rigurosa de la ley escrita como en el modelo denominado de «código civil». La norma es consuetudinaria en muchos ámbitos, y el sistema ha generado medios más variados de realización del derecho, (como el «mini trial», las audiencias previas y el arbitraje) reservando para el proceso judicial, en la forma en la que lo entendemos nosotros, únicamente lo imprescindible, la intervención mínima.

Mientras tanto, el sistema del imperio de la ley escrita surgido de la necesidad de imponer a los ciudadanos la concepción del derecho que surge de la Revolución Francesa exige la existencia de jueces férreamente sujetos a la misma, (muestra de desconfianza social en estos profesionales), lo que ha desarrollado el positivismo, y la exacerbación del mismo en las sociedades burocratizadas del siglo XX. La pirámide de Kelsen mostraba cómo cualquier conflicto de intereses tenía la respuesta legal adecuada dentro de la red normativa, dentro de una visión «iuspositivista», que llamó teoría pura del derecho, como fenómeno autónomo y ajeno a consideraciones ideológicas y morales, del que se excluye cualquier idea de derecho natural.

Giovanni PAPINI ha ironizado sobre ello en su «cuento negro» La Máquina de la Justicia³. De hecho el sistema fue puesto en entredicho por la actitud servil del sistema de administración de justicia en la Alemania nazi, en la Italia de Mussolini, en la Rusia de Stalin, o en la España de Franco. La ley era la que estaba publicada en el boletín oficial y ningún individuo podía sustraerse a la misma. Unos jueces desprovistos de toda capacidad de crítica, hacen cumplir la norma, como garantía de que el sistema tenga una implantación efectiva. La opinión del ciudadano que resulte perjudicado, y ni siquiera la de la víctima, tiene aquí

3. PAPINI, G. 1990. El Tribunal Electrónico. En: Papini, El libro negro. México: Editorial Porrúa. Narra el mayor estadio imaginable de la justicia con la aplicación de la cibernética, con un ordenador el que se haya introducido toda la legislación y toda la jurisprudencia, que indagaría, mediante unos cátodos, en el cerebro del justiciable, hasta averiguar si es inocente o culpable. En este caso, la propia máquina se encargaría de electrocutarlo, (incinerarlo, y entregar las cenizas a la viuda)..

la menor relevancia. La eficiencia de la administración de justicia pasa a medirse por el número de asuntos que tramita y decide.

Al margen de las profundas reflexiones que desde el ámbito de la justificación ética de la función judicial y de lo que la filosofía del derecho ha de aportar a este debate, necesariamente ideológico, de futuro, no hemos de olvidar que la maquinaria de la justicia de la que nos valemos no ha realizado, en países como el nuestro, una verdadera transición a la democracia en el sentido de repensar su estructura. De nuevo el orden público nacional, la idiosincrasia y los valores propios de la cultura patria, han impedido durante muchos años que los ciudadanos pudieran desarrollar un sistema de justicia más cercano, más próximo a sus intereses. Nótese que, salvo en lo cuantitativo, y en la introducción del modelo de consejo para el gobierno de los jueces, el sistema de acceso a la función judicial, las provisiones de vacantes por el sistema de antigüedad y, sobre todo, los métodos de trabajo, no han cambiado prácticamente nada desde el siglo XIX. Las nuevas leyes surgidas en la democracia son aplicadas por la misma maquinaria, que se ha rejuvenecido ciertamente, pero que adolece del dinamismo, de la implicación en la construcción y defensa de los vínculos sociales, y en la realización de la justicia que la sociedad moderna y dinámica de hoy necesita.

Del estado legal de derecho, al estado constitucional y democrático de derecho JÜRGENHABERMAS es el filósofo actual que de forma más precisa ha indagado en la justificación de la ley en el estado democrático, el papel del derecho en la sociedad y la administración de justicia. Al acercarse al mundo de la justicia, él mismo narra como punto de partida, la paradoja del juicio e NÜREMBERG, que él escuchaba siendo muy joven desde la radio, y no entendía la discusión sobre el principio de legalidad, que los juristas que sirvieron al régimen nazi alegaban en sus defensas, frente a la realidad de su familia en los campos de exterminio. HABERMAS critica los métodos que implantó en la administración de justicia la democracia tradicional, como insuficientes para las necesidades de la sociedad actual, y destaca la importancia de la participación ciudadana en la sociedad civil, en general, y en la administración de justicia en particular.

El desarrollo social, la profundización de la democracia, el éxito de la economía occidental, y la nueva sociedad de hombres y mujeres libres, han evidenciado la crisis del sistema judicial de la Europa continental. En España se ha multiplicado por cuatro el número de juzgados, se modernizan las leyes, se quintuplica el número de jueces (en los treinta últimos años), y el sistema judicial sigue sin funcionar. Sin em-

bargo, parece que nadie se para a pensar que en el Reino Unido, sólo con 1.200 jueces se ofrece, al doble de los ciudadanos de España (que cuenta ya con 5.000 jueces), una justicia de mayor calidad que la media de la Europa continental o, cuando menos, una justicia mucho mejor valorada entre la ciudadanía. Igual ocurre en otros muchos Estados del área del Common Law, significativamente Nueva Zelanda y Australia, y de forma más significativa en Canadá. Curiosamente, es en estos países en los que se desarrollaron los métodos alternativos de resolución de controversias en el último siglo, y en los que, en los últimos veinte años, se ha implantado y desarrollado la mediación.

5. LA MEDIACIÓN: UNA DIMENSIÓN MÁS RACIONAL DE LA TUTELA EFECTIVA

De lo analizado en el párrafo precedente se concluye que la función judicial en nuestro país se ha devaluado hasta extremos increíbles. El sistema absorbe, impropriamente, conflictos que no le corresponden como consecuencia de una errónea concepción del principio de tutela efectiva. Si se realiza una medición de los tiempos empleados en estos trabajos por funcionarios bien cualificados que emplean horas y horas en el montaje y formalización del proceso, en tramitar, emplazar, citar, resolver incidencias, nombramiento de abogados y procuradores (en su caso, previa tramitación del expediente de justicia gratuita), el coste de cada proceso supera los 3.000 €, como ha puesto de relieve el estudio econométrico sobre «Los costes de la Justicia», desarrollado en el año 2009 a propósito del proyecto de investigación «El Libro Blanco de la Justicia»⁴, impulsado por las universidades catalanas y GEMME (grupo europeo de magistrados por la mediación), que dirigió la profesora Mercedes AYUSO, de la Universidad de Barcelona. Este esfuerzo humano y económico al fin no sirve para otra cosa que para que los ciudadanos implicados se pongan de acuerdo en algo que, posiblemente, podrían haber hecho al principio con un cauce idóneo.

Por lo que se refiere a otros muchos casos en los que, aparentemente, existe controversia real, puede comprobarse que la disputa es notoriamente infundada y tiene su causa en posiciones subjetivas (o sentimientos) de ofuscación, o a malos entendidos, como después suele quedar de manifiesto cuando ya han desarrollado una batalla judicial, y la propia existencia del litigio se ha convertido en el principal problema. En muchos asuntos hubiera bastado un mínimo esfuerzo nego-

4. A disposición libre (versión en español) en: www.llibreblancmediacio.com.

ciador para que los litigantes hubiesen aclarado el problema que les originó la situación de conflicto.

SÓCRATES, tal como lo recoge PLATÓN en el Diálogo Eutiphron, le dice a éste que «si tu y yo somos de diferentes pareceres sobre el número de huevos que hay en una cesta, o en el ancho que tiene una pieza de paño, o sobre el peso de una pala de trigo, no discutiremos sobre ello ni entablaremos ningún tipo de litigio, puesto que bastará con contar, con medir o con pesar, y el litigio se habrá resuelto». Es decir, que lo que se precisa es la accesibilidad a los instrumentos de medida y que éstos sean útiles y efectivos. Desde luego, es notoriamente desproporcionado seguir un pleito con esta finalidad puesto que, al final, el perjuicio para una y otra parte es siempre superior, incluso, al que provocaba la diferencia de criterio, y no se ha obtenido ningún mayor beneficio con el empecinamiento y la prolongación de la discusión.

Destaca Charles PERELMAN en «La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica», a propósito de estas enseñanzas socráticas, que el anterior ejemplo nos ayuda a ver cómo aparece el carácter central de la noción de acuerdo, tan descuidado en las filosofías racionalistas o positivistas, en las que lo que importa es la verdad de una proposición (y el acuerdo viene por añadidura una vez que se ha establecido mediante el recurso a la deducción o a la prueba). Sin embargo la noción de acuerdo se transforma en una noción central cuando faltan los medios de prueba o éstos son insuficientes y, sobre todo, cuando el objeto del debate no es la verdad de una proposición, sino el valor de una decisión, de una opción o de una acción, consideradas como justas, equitativas, razonables, oportunas, honorables o conformes a derecho.

Con estas consideraciones se pone de manifiesto que es necesario buscar instrumentos para evitar que se judicialicen conflictos de forma innecesaria⁵. Se ha dicho que es, incluso, una medida de higiene social, desde el punto de vista de la salud mental de muchas personas, puesto que la generación y multiplicación de pleitos innecesarios produce trastornos psíquicos, y deriva en la «querulancia», (trastorno mental caracterizado por la obsesión por el litigio), que como un fetiche siniestro, se convierte en el centro de la vida de muchas personas

6. LA GENERACIÓN DE FUENTES NORMATIVAS INTERNACIONALES EN LA PERSPECTIVA DE LA MEDIACIÓN

En la medida que el ámbito de aplicación territorial y personal de

5. HELLER, A. 1990. Más allá de la Justicia. Barcelona: Editorial Crítica, pp. 390-407.

las normas es más reducido, el legislador plasma en el derecho positivo las reglas y las normas reguladoras de los conflictos jurídicos que, eventual y previsiblemente, pueden surgir en una comunidad determinada. Cuanto más amplio es el ámbito de aplicación, especialmente cuando la soberanía de un Estado concreto no alcanza a regular todas las condiciones de aplicación, los principios generales cumplen una función integradora de las normas, y suponen, con frecuencia, un factor importante para la evolución del derecho y para la homogenización, a nivel internacional, de determinadas instituciones.

El sistema de fuentes de estos principios es doble: a) por una parte emanan de los instrumentos internacionales, especialmente los relativos a los derechos humanos, entre los que se encuentra la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos y Políticos de 1966, el Convenio de Roma, las Recomendaciones del Consejo de Europa, determinadas fuentes normativas de la Comunidad Europea, y la jurisprudencia, fundamentalmente la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en menor dimensión, la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; b) por otra parte, existen también unas fuentes denominadas «informales», que vendrían representadas por lo que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, define genéricamente como «principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas», o las «tradiciones constitucionales comunes» a las que se refirió la Sentencia del TJCE de 17 diciembre 1979 (Handelsgezeellschaft).

Una aproximación a los principios generales del derecho que tienen una proyección universal, debe realizarse con metodología inductiva, es decir, extrayendo de la casuística, la solución dada por los tribunales de justicia a puntuales discrepancias, en las que ha prevalecido una interpretación de las normas más acorde a tales formulaciones generales. Pero hemos de partir de la base de que, algunos de éstos principios, se han plasmado de alguna forma en normas concretas, y otros no. Por lo que se refiere al sistema de ley aplicable, las normas reguladoras de los conflictos de ley del derecho interno de cada Estado, conviven con otras internacionales de superior rango, como pueden ser los Reglamentos comunitarios, o con tratados internacionales multilaterales o bilaterales. La complejidad en hallar la norma aplicable complica la resolución de los conflictos transfronterizos, lo que pugna con el dinamismo que reclama la estructura económica moderna. Otros elementos de incertidumbre se generan con los problemas e elección del tribunal competente (foro), emplazamientos y notificaciones en el extranjero, práctica de

pruebas y, finalmente, idoneidad de la resolución para que pueda ser reconocida y ejecutada en otro Estado.

Todas las razones apuntadas (sin el necesario detenimiento), en los párrafos precedentes, ponen de manifiesto las ventajas de los ADR en las relaciones privadas internacionales. El perfeccionamiento del arbitraje internacional, que no se ha acometido todavía desde perspectivas de eficacia, podría evitar muchos problemas y, sobre todo, puede ser útil, efectivo, rápido y satisfactorio, siempre que se den unas condiciones mínimas que el Estado garantice respecto a la calidad de la mediación, las condiciones de prestación de los servicios, y la facilitación del reconocimiento y ejecución de los acuerdos.

7. LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN CIVIL EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

Aun cuando la norma jurídica que ha realizado la trasposición de la Directiva 52/2008, la Ley 5/2012, de 5 de marzo ha supuesto la real inserción de esta metodología en el sistema español, las referencias a la «mediación» son ya relativamente frecuentes en numerosas normas de derecho interno en España. En el derecho social, la mediación se practica desde antiguo, aun cuando los Institutos de Mediación y Arbitraje, de preceptiva intervención antes de la acción contenciosa, son estructuras burocráticas que necesitan de importantes medidas de modernización. En la justicia de menores, la previsión legal data de 1992, aun cuando desde entonces se ha desarrollado muy irregularmente, puesto que las funciones de los equipos técnicos han sido orientadas hacia este fin y con la metodología propia de la mediación en algunas demarcaciones, y en otras se han limitado a la presentación de informes psicosociales. También en la Ley de Transporte Terrestre, en la de Colegios Profesionales y otras, se hace referencia a la mediación como instituto distinto del arbitraje o de la conciliación, y como vía alternativa al método clásico jurisdiccional.

Tal vez las referencias legales más relevantes sean en el derecho de familia, comenzando por la mención que a la mediación realiza la Ley 15/2005, sobre reforma del divorcio, a las que precedieron el Código de Familia de Cataluña y las leyes de Mediación Familiar de Andalucía, Galicia, Canarias, Cataluña, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Madrid, Islas Baleares, País Vasco, Navarra y Asturias y Valencia.

8. EL PAPEL DEL ABOGADO EN LA MEDIACIÓN

Con la mediación la abogacía cuenta con un nuevo recurso para

cumplir la misión que tiene encomendada de velar por los intereses de su cliente. En un sentido amplio la función del abogado es, por una parte, la de prestar asesoramiento legal a los ciudadanos mediante el análisis preventivo de los negocios jurídicos en los que su cliente interviene al objeto de evitar posteriores conflictos, por otra parte defiende sus intereses extrajudicialmente y, finalmente, le representa ante los Tribunales de Justicia dirigiendo técnicamente su posición en los procesos judiciales en los que se ve obligado a intervenir. Con la mediación, el abogado ha de desempeñar un papel diferente, pero con la misma finalidad, procurar en los casos en los que los intereses de su cliente lo exijan, una solución pactada, rápida y eficaz.

El abogado desempeña un papel central en el fortalecimiento del estado de derecho. Su función en el proceso judicial es la plasmación del derecho fundamental al acceso a la justicia y a la defensa. Pero socialmente es más relevante el papel que la abogacía juega desde los despachos en la pacificación de los conflictos, en la negociación y en el asesoramiento legal.

Los ámbitos de intervención de la abogacía se han ampliado a nuevas esferas. La apuesta hacia un espacio judicial europeo ha aportado nuevos instrumentos de actuación con el fin de facilitar la resolución de litigios en un espacio en el que existen múltiples sistemas legales. Intentar un proceso de mediación es una excelente ayuda para la negociación y favorece que se agoten las posibilidades de solución extrajudicial, sin perjudicar en absoluto al derecho de acudir, en cualquier momento, ante los tribunales de justicia. Cuando un ciudadano está ante un conflicto de dimensión transfronteriza, el instrumento de la mediación puede ahorrarle mucho tiempo y mucho dinero, tanto en asuntos comerciales, en compraventas y suministros, como en el derecho societario o en la responsabilidad civil y el derecho de seguros. Si el caso es de familia, puede además evitar mucho sufrimiento para todas las personas que padecen el conflicto, y especialmente a los hijos.

Aun cuando la mediación es un instrumento al servicio de la abogacía es necesario que su función en este sistema esté bien clarificado, bien acotado. La idea fundamental es la de que su papel, también en la mediación, es el de defender los intereses de su cliente y acompañarlo durante todo el proceso para garantizar la calidad de los acuerdos y la redacción de los mismos.

El abogado es quien mejor puede informar al cliente de la posibilidad de acudir a la mediación, y de recomendar ésta metodología cuando

las circunstancias del caso lo aconsejen. El abogado debe sopesar en cada caso las circunstancias personales, económicas y sociales de su cliente y de la parte con la que mantiene el conflicto, para ver si la solución puede requerir un acto judicial de autoridad, o si es posible la búsqueda de un acuerdo dialogado. Cuando la mediación se sugiere por el juez, una vez entablado el litigio, el abogado debe reforzar ésta opción cuando considere que puede ser idónea. Incluso es conveniente una primera entrevista de los abogados con el mediador.

Durante el desarrollo de la mediación el abogado debe seguir la evolución de las sesiones, y mantener un diálogo constructivo con el cliente respecto de las propuestas que se formulen. Cuando existan dudas serias sobre la idoneidad del método, debe aconsejar al cliente que se aparte del proceso y entable la vía judicial, haciéndole ver las consecuencias de su decisión, o solicitando una reunión directa entre el mediador y los abogados de ambas partes para aclarar los problemas que se hayan planteado.

Finalizada la mediación con acuerdo, parcial o total, los abogados de las dos partes han de trabajar para la adecuación del mismo al instrumento legal que resulte más idóneo en aras a la efectividad de lo acordado, tras analizar las consecuencias jurídicas, fiscales, personales y de toda índole que resulten de la voluntad expresada por las partes y, en su caso, retomar la negociación para que se tomen en consideración aspectos omitidos.

9. LITIGIOS SUSCEPTIBLES DE SER MEDIADOS

9.1. ESPECIAL COMPLEJIDAD

La mediación está indicada en conflictos que presentan una especial complejidad o en los que el componente legal es secundario ante la presencia de otros factores de mayor incidencia en la génesis o desarrollo de la disputa. Casos en los que priman los enfrentamientos personales o en los que se sabe de antemano que una sentencia judicial no solucionará el problema o llegará excesivamente tarde son los más apropiados. La necesidad de mantener un negocio familiar en condiciones de rentabilidad o de adoptar una decisión urgente en relación con los hijos comunes o con una persona discapacitada, o la regulación de las medidas reguladoras de una crisis familiar son ejemplos típicos.

9.2. UTILIDAD

Para determinados conflictos su utilidad es indudable, especial-

mente cuando para las dos partes se derivan beneficios de la rapidez y la eficacia. El coste económico suele ser muy inferior al del proceso judicial contradictorio e incluso al del arbitraje. La escasa incidencia de problemas en la ejecución de los acuerdos adquiere especial relevancia en conflictos de familia o en otros en los que es de interés recíproco dejar abierta la expectativa de colaboración personal o económica.

10. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA MEDIACIÓN CIVIL

10.1. LA CONFIDENCIALIDAD Y LA NEUTRALIDAD

El eje del método es la combinación de dos condiciones que las partes han de aceptar desde el principio del proceso: una es la confidencialidad y la otra es la voluntariedad. La dinámica de la negociación en un entorno de mediación implica la exigencia de que la persona del mediador es y será absolutamente neutral, lo que significa que queda vinculado por el secreto profesional. Así mismo ni los documentos que se utilizan como borradores, ni las informaciones que se intercambian en el proceso pueden ser utilizadas por las partes en los casos que finalizan sin acuerdo. Junto a lo anterior, el otro de los atractivos del método al que aludíamos es la voluntariedad en el sentido de que cualquiera de las partes, en cualquier momento, puede optar por desvincularse formalmente del proceso de mediación e iniciar o proseguir un proceso judicial.

10.2. LAS PARTES EN LA MEDIACIÓN

En cuanto a los actores en la mediación lo más relevante es que los protagonistas son los propios interesados y no sus representantes ni sus abogados. En la mediación se negocia directamente puesto que el punto de partida es que quienes mejor conocen el conflicto son los ciudadanos que lo protagonizan y, en consecuencia, son los únicos que tienen conciencia de la complejidad las causas que lo han provocado y también pueden comprenderlo en todas sus dimensiones. Por lo que se refiere a la búsqueda de soluciones, son los propios afectados los que pueden prever las consecuencias de las diversas opciones que se sugieran en el proceso de negociación. En una palabra, son los dueños del conflicto y tienen la plena disponibilidad respecto del mismo. Los abogados, los economistas y los técnicos o peritos pueden ofrecer su visión profesional y su punto de vista (que es sumamente necesario), pero si lo que se pretende es buscar una solución satisfactoria son los propios interesados

los que tiene la última palabra, es decir, los que tienen el poder de solucionarlo. También tienen toda la responsabilidad, puesto que van a ser ellos (y no los abogados ni los técnicos), los que soporten las consecuencias de las decisiones que se tomen.

10.3. ESTATUTO DEL MEDIADOR

La figura central del sistema es el mediador. Se ha de distinguir su papel al de figuras afines con las que suele confundirse. En este sentido el mediador no es un árbitro, pues no ha de decidir, ni es un asesor legal ni un terapeuta, ya que no debe aconsejar, ni es un conciliador puesto que en el origen de la mediación se desechó este término por su concomitancia con la «reconciliación». Su intervención en el conflicto es peculiar y típica: no puede participar con su opinión en la búsqueda de los acuerdos, pues sería otorgarle un poder que pugna con la función que le es propia, la de restaurar el diálogo entre los propios interesados. Tampoco es un asesor del juez ni un perito, pues si se le dota de la capacidad de informar al juez de los pormenores de las conversaciones y de la pugna subyacente, la comunicación que debe propiciar entre las partes no sería sincera. Tampoco puede ser un fedatario, un notario ni un certificador de los acuerdos ya que su actuación está sujeta a la regla de la más estricta confidencialidad.

En su actuación el mediador debe abstenerse incluso de participar en la redacción de los acuerdos en el sentido legal, que es el papel que corresponde a los abogados. No es ni siquiera un testigo, debe permanecer como extranjero, desarmado en medio de los contendientes, como aconseja Yves CUMUNEL en su trabajo «À chacun son rôle en médiation-judiciaire». Tampoco puede intervenir como abogado, éste es un auxiliar de la justicia que desempeña otra función, pues garantiza con el juez la aplicación de la ley y el asesoramiento jurídico y la defensa de su cliente.

10.4. EL PAPEL DEL MEDIADOR

El mediador ayuda a las partes buscar la «clave» para la solución del litigio. Recibe las informaciones que ambas partes le transmiten conjunta o separadamente, pero siempre bajo el compromiso de guardar confidencialidad. Trabaja con las competencias que posee para que reanudar la comunicación interrumpida. Es un especialista en análisis del conflicto y su principal misión no es que las partes lleguen a un acuerdo, sino en que sean capaces de identificar sus verdaderos intereses. A partir

de ahí la búsqueda de la solución está más cerca. Por otra parte el mediador garantiza la igualdad entre las partes con una actitud de neutralidad activa y asegura que los abogados y asesores realicen su función para que el pacto que ponga fin al litigio tenga la solidez y la calidad suficiente para que las partes lo asuman como la mejor opción posible.

10.5. LA NEUTRALIDAD DEL MEDIADOR

La más importante característica de la mediación es la neutralidad. Es «neutral» quien no es de uno ni de otro, quien no toma parte en una guerra movida por otros. «Neutralizar» es debilitar o compensar el efecto de una causa, por la concurrencia de otra. El alcance semántico de este principio no es unívoco y, de forma unánime, es mencionado entre los vértices de la mediación. Así la Disposición Final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, ya lo remarcó como principio esencial (junto con la voluntariedad, la imparcialidad y la confidencialidad) y ha sido incluido en todas las leyes autonómicas y en el artículo 8 de la Ley 5/2012 que destaca que serán las partes quiénes alcancen por sí mismas los acuerdos. Sin embargo hay que destacar que neutralidad e imparcialidad no son términos sinónimos, sino que cada uno tiene un significado diferente y una nota distintiva propia en la construcción de la mediación.

Las líneas de la intervención del mediador deben partir del reconocimiento profundo de la legitimidad de todas las posiciones que puedan mantener las partes, de todas las opciones vitales ante un problema, pues únicamente así podrá intentar que cada parte comprenda el punto de vista de la otra. Para ello el mediador debe saber escuchar, inspirar confianza, analizar la personalidad de las partes, estudiar la estructura del conflicto, para poder encontrar un nivel de comunicación viable y común, que les permita encontrar la solución por sí mismas. Por esta razón, entre las habilidades del mediador destaca la tarea de ayudar a las partes a diferenciar entre las posiciones y los intereses reales que subyacen tras las mismas.

Para distinguir la mediación de otras figuras afines, la importancia de este significado de neutralidad es muy ilustrativa, puesto que en el proceso judicial y en el arbitraje, el tercero dirimente adopta una posición pasiva frente a la situación de las partes, ya que son sus abogados, en todo caso, los que suplen las deficiencias de sus clientes, limitándose la exigencia legal a la imparcialidad y a la igualdad de armas en el proceso, principios que tienen un alcance más limitado al ámbito pura-

mente formal. Al igual que la voluntariedad, la neutralidad debe predicarse desde el principio del proceso de mediación, y ha de perdurar durante todo su desarrollo. Para ello el mediador dispone de recursos que la aseguran y, si en algún momento se quiebra o no puede recomponerse, se debe suspender la entrevista e incluso el proceso se ha de dar por finalizado si no se consigue una superación pronta del desequilibrio surgido. Así se prevé, por ejemplo, en el artículo 87 *ter* 5 de la LOPJ, reformado por LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que prohíbe la mediación en contextos de violencia contra la mujer, puesto que difícilmente puede aceptar un acuerdo no viciado quien está sufriendo los efectos psicológicos de un amedrentamiento por violencia física o psíquica.

10.6. UNA METODOLOGÍA PLURIDISCIPLINAR

En este sentido también se ha de precisar que la mediación, como metodología, es en buena parte ajena al derecho. Muchos de sus principios, de sus fundamentos, de su acervo científico, son extrajurídicos, lo que supone un elemento de innovación importantísimo. Pero no hay que olvidar que el derecho pertenece a la esfera de las ciencias sociales, junto con la filosofía (la ética), y la psicología. Tal rama de las ciencias alberga una dicotomía esencial, y es que, por una parte, intenta dar una explicación coherente a los comportamientos sociales de los individuos, y por otra parte, pretende modificar las conductas que pueden ser generadoras de conflictos en la vida social. En este sentido, la metodología clásica del contencioso jurídico, únicamente ha explorado y utilizado los métodos de autoridad, los métodos coercitivos ajenos al propio proceso de racionalización interna, para restaurar el orden social, en los casos en los que éste se había alterado, es decir, cuando alguien no se ajustaba al deber ser de la conducta socialmente esperada. Lo que la mediación aporta, es la apertura de la justicia hacia otras metodologías que, en cierta forma, son de superior rango cultural, puesto que se sustituye la coerción por la racionalización. Para ello se han de incorporar métodos y conocimientos de otras ciencias, como es la psicología, para la gestión de litigios que reúnan unas determinadas peculiaridades.

La reforma de la justicia necesita diversificar sus métodos, y cualquier intento de modernización de la justicia que olvide completar el sistema clásico con las nuevas metodologías está abocado al fracaso, puesto que no hará más que reproducir las carencias estructurales. Es una realidad que nuestra sociedad ha cambiado, que ya no hay una masa de personas incultas y una élite de intelectuales que tienen el mo-

nopolio del poder y la clave para dar las respuestas precisas en derecho. Los conceptos de autodeterminación y usos participativos en la toma de decisiones están implantados en todas las esferas, como ha puesto de manifiesto MELANO al analizar las corrientes en el pensamiento jurídico contemporáneo, y es natural que también sean recibidos por el sistema de administración de justicia en el que está teniendo una importante incidencia la justicia deliberativa como manifestación democrática de las posibilidades de colaboración de los ciudadanos en la solución de los problemas sociales.

11. LA MEDIACIÓN EN EL ENTORNO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

11.1. PRECISIONES CONCEPTUALES

El término es equívoco, puesto que no se califica como tal la mediación realizada por los jueces, sino las intervenciones que se derivan desde la administración de justicia, generalmente cuando el litigio ya se ha entablado por vía contenciosa. No se trata de «judicializar la mediación», pues en este caso nada se habría adelantado con el desarrollo de las ADR ni se podría afirmar que estamos ante una metodología alternativa, pero tampoco se puede ignorar que ante absoluta ausencia de filtros de entrada a la maquinaria de la administración de justicia en nuestro país (recientemente se está instalando como sistema de criba el peor de los imaginables, que es el de las tasas por la prestación de servicios), se insertan en el sistema judicial procesos que podrían haber sido resuelto con mayor eficacia, prontitud y satisfacción de los ciudadanos por otros medios. En consecuencia, se denomina mediación intrajudicial al conjunto de actuaciones que se realizan desde los tribunales de justicia para que, determinados procesos que ya han sido judicializados, se sometan a un término suspensivo para intentar una solución mediada, cuando el tribunal pondera que, atendidas las circunstancias del caso, todavía es posible y aconsejable una solución amistosa.

11.2. LA LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO TIENE POR OBJETO, PRECISAMENTE, LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE LA MEDIACIÓN Y EL PROCESO JUDICIAL

Los puntos tangenciales entre ambos sistemas son diversos y complementarios:

- a) Es en el seno del proceso judicial donde se realizan las garantías

- de la confidencialidad del proceso de mediación (art. 9 Ley 5/2012).
- b) Se prevé la interrupción de plazos de caducidad y prescripción (art. 4 Ley 5/2012).
 - c) Para facilitar el acceso de los ciudadanos al sistema, se deben arbitrar medios para el ofrecimiento de servicios de mediación por los tribunales (Disposición adicional segunda de la Ley 5/2012).
 - d) En los casos en los que el acuerdo ponga fin a un proceso judicial, deberá ser aprobado u homologado (art. 25.4 de la Ley 5 / 2012)
 - e) Garantía de la eficacia y la exigibilidad del cumplimiento de los acuerdos. el referente último del Estado de Derecho y que, por lo tanto, también ha de ser la imprescindible garantía de que los acuerdos alcanzados por vía de la mediación serán reconocidos por los tribunales españoles o de los Estados miembros de la Unión Europea (salvo Dinamarca), y por las autoridades que en cada país tienen la capacidad de disponer su ejecución forzosa y de garantizar en último extremo el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva.

11.3. LA GARANTÍA DE LA EJECUCIÓN ES, POSIBLEMENTE, EL MOMENTO EN EL QUE SE ENGARZA DE UNA MANERA MÁS VISUAL LA MEDIACIÓN CON EL PROCESO JUDICIAL

Es la misma relación que se produce cuando se trata de articular la relación entre el arbitraje y la jurisdicción, o entre la conciliación y la ejecución forzosa de la misma. Como se trata de instituciones con desarrollo histórico, se comprende fácilmente que no se podría hablar ni de conciliación ni de arbitraje, si no estuviera la garantía jurisdiccional detrás de estos institutos jurídicos. Lo mismo pasa con la mediación.

11.4. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL

Entre las diferentes clases de mediación, pública o privada, abierta o cerrada, total o parcial, es importante destacar las características de la mediación intrajudicial, y observar las diferencias respecto a la que no está vinculada al proceso judicial. Dicho de otra forma, este tipo de mediación se suscita y comienza después de que el litigio ya esté en sede de un tribunal de justicia, lo cual significa que tiene unas características que la diferencian del resto de los procesos de negociación, aun

cuando por lo que se refiere a la metodología que debe ser utilizada y las competencias que debe poseer el mediador, comparte muchos elementos comunes con la mediación que se practica antes de que el litigio esté residenciado en sede judicial.

Algunas de las notas definitorias que marcan estos litigios son las siguientes:

- a) La comunicación entre las partes está interrumpida, puesto que el hecho de haberse decidido a acudir a los tribunales significa que se han agotado las vías amistosas tradicionales. Por estas razones la derivación hacia un proceso mediador va a chocar con el ambiente de confrontación que ya existe.
- b) Las partes ya han encargado la defensa de sus intereses a sus respectivos abogados, lo que significa que han recibido un refuerzo psicológico importante, pues la estrategia profesional de la abogacía es, lógicamente, infundir confianza en su cliente de que le puede ganar el pleito.
- c) Cuando desde el ámbito de los tribunales se hace llegar a las partes la conveniencia de que acudan a un proceso de mediación, la disposición a la colaboración suele ser absolutamente nula. Es como al principio de una guerra, hasta que no empiecen a venir las primeras catástrofes, la moral de victoria provoca la ceguera para comprender la trascendencia del riesgo que estás corriendo.
- d) Suspender la confrontación ante el tribunal una vez iniciada para ir a la mediación, produce una sensación de frustración frente al deseo de ganar y de vencer al otro. En las experiencias piloto que se han desarrollado para la implantación de la promoción de la mediación desde los tribunales, invariablemente se ha experimentado que ésta es la primera reacción de los ciudadanos que les lleva a rechazar ésta metodología. Esto es mucho más evidente cuando los abogados desconocen o desconfían del sistema y lógicamente inculcan a sus clientes que opten por oponerse a la mediación que les es ofrecida por el juez.
- e) Es lógico que este rechazo se produzca, y las razones son evidentes por cuanto acudir a la mediación no solo significa interrumpir el juicio, y con ello la frustración de las expectativas de victoria, sino que también se produce un gran temor ante un nuevo retraso judicial. Si se ha tardado mucho en ser llamado a juicio, intentar en ese momento un «arreglo» que de antemano ya se

sabe que no va fructificar porque ya lo han intentado con los abogados, la participación en un intento de mediación se percibe como un retraso inútil del juicio y de lo que esperan que sea la solución definitiva.

12. EL DERECHO CIVIL DE LA MEDIACIÓN

Junto con los aspectos metodológicos, psicológicos y administrativos que inciden en la mediación, están los de carácter procesal a los que hemos aludido, pero también existe un amplio campo propio del derecho civil, como:

- a) La definición de la mediación y su proyección en la teoría de las fuentes de las obligaciones.
- b) La naturaleza jurídica específica del acuerdo de mediación como un negocio jurídico típico.
- c) La diferenciación de figuras afines, como el acuerdo conciliatorio y el laudo arbitral.
- d) Los requisitos del acuerdo, tanto de forma como de condiciones para su concertación: si se concierta un plazo de reflexión con una fórmula de revocabilidad.
- e) El régimen jurídico de la eficacia, la nulidad, la anulabilidad y rescisión de los acuerdos de mediación.
- f) El desarrollo teórico (y jurisprudencial) de los principios básicos de la mediación: la voluntariedad, la imparcialidad, la neutralidad del mediador y la confidencialidad.
- g) La proyección en la mediación del principio de la autonomía de la voluntad.
- h) La naturaleza del contrato de mediación y la teoría del negocio jurídico mediado.

13. CONCLUSIONES

España está participando activamente la tarea común de la nueva Europa de renovar el sistema de justicia y de construir un espacio común de justicia, libertad y seguridad. En este marco la mediación debe jugar un papel fundamental no solo en la disminución de la carga de trabajo que pesa hoy sobre los tribunales, sino también en la inserción de nuevos mecanismos para resolver los conflictos transfronterizos

puesto que el mercado único interior exige confianza en los operadores económicos y seguridad jurídica basada no solo en los principios clásicos del derecho, sino también en las exigencias de la sociedad del siglo XXI de eficacia, rapidez y conservación de los vínculos sociales y económicos.

14. PROPUESTAS

Desde una perspectiva regional, Latinoamérica heredó el sistema de justicia de la Europa de la Ilustración, y las repúblicas que surgieron en el siglo XIX adoptaron los mismos principios que surgieron de la sociedad liberal del siglo XIX. En la actualidad el proceso de cambio, ya en una perspectiva global, exige la inserción de los métodos alternativos en la vida cotidiana por lo que es conveniente intercambiar experiencias, compartir la forma en la que los países de los dos lados del Atlántico están siendo capaces de renovar el obsoleto aparato judicial para incorporar las nuevas metodologías para conseguir una justicia más ágil y eficaz, al servicio de las necesidades de las personas de hoy.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

- CUMUNEL, Y. 1999. *Qu'est la médiation judiciaire?* Gazette du Palais 188, 7 julio 1999. Paris.
- DÍEZ PICAZO, L. 1962. El negocio jurídico del derecho de familia. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XLIV.
- GARCÍA VILLALUENGA, L. 2007. *Mediación en Conflictos Familiares: una construcción desde el Derecho de Familia*. Madrid: Editorial REUS.
- HABERMAS, J. 1981. *Théorie de l'agir communicationnel*. Tome Deuxieme. Paris: Editorial Fayard.
- HAYNES, J. M. 1998. *La Mediación en el Divorcio*. Madrid: Editorial Granica.
- KASLOW, F. W. 1983. *La mediación en el divorcio, y su impacto emocional en la pareja y los hijos*. New York: Handbook of Family Therapy.
- KELLY, J. B. 1996. A Decade of Divorce Mediation Research. *Family And Conciliation Review* 34 (3) 373-385.
- KELSEN, H. 1949. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México D.F.: Imprenta Universitaria.
- MARLOW, L. 1999. *Mediación Familiar*. Madrid: Granica.

- PERELMAN, CH. 1979. La lógica jurídica y la nueva retórica. Madrid: Editorial Civitas.
- REDORTA LORENTE, J. 2005. El Poder y sus Conflictos. Barcelona: Paidós.
– 2004. Cómo analizar los conflictos. Barcelona: Paidós.
- COY, A. (coord.) 2000. La Mediación en España. Revista Apuntes de Psicología, del Colegio Oficial de Psicólogos de Andalucía Oriental en colaboración con la Universidad de Sevilla. Número monográfico vol. 18, n^{os} 2 y 3.
- LAUROBA, E. (coord.). 2011. Materiales Jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics y Formació Especialitzada.

Los modelos de Mediación aplicables en España y México

Los modelos de mediación aplicables en España

EMILIA DE LOS ÁNGELES ORTUÑO MUÑOZ

Maestra. Profesora en Educación Secundaria. Máster Propio en Mediación Familiar y Social por la Universidad de Murcia
Máster Universitario en Mediación por la Universidad de Murcia
Profesora del Máster Oficial de Mediación de la Universidad de Murcia
Formadora de Formadores en los Centros de Profesores y Recursos de la Región de Murcia en cursos de Mediación, y Resolución de conflictos en el ámbito Educativo.
Ponente en cursos organizados por la Fundación Cives y el Ministerio de Educación y Ciencia

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LOS MODELOS DE MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR. 1.1. *Modelo de competencia.* 1.2. *Modelos de mediación intrajudicial utilizado en los Juzgados de Barcelona.* 1.3. *El modelo AVAMEDI (Lapasió y Ramón, 1997).* 2. MODELOS EN EL ÁMBITO SOCIAL: MEDIACIÓN COMUNITARIA, MEDIACIÓN INTERCULTURAL, MEDIACIÓN PENAL JUVENIL, MEDIACIÓN ESCOLAR. 2.1. *Mediación Comunitaria.* 2.2. *Mediación Intercultural.* 2.2.1. *Aplicación de las características principales de los diferentes métodos a la Mediación Intercultural.* 2.3. *Mediación Penal Juvenil.* 2.3.1. *Proceso de mediación-reparación.* 2.3.2. *Programas sin participación de la víctima.* 2.4. *Mediación en el ámbito educativo.* 3. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Desde la década de los 80, la mediación ha despertado un notable interés en España, y ha dado lugar a abundante literatura. Los estudios realizados, en cualquier ámbito, y la formación de mediadores desde distintas entidades, recogen como objetivos teóricos, tanto la definición terminológica de mediación como las características y rol de la persona

mediadora o los distintos modelos de mediación existentes en el panorama internacional. No es tarea fácil encontrar consenso en ninguno de estos objetivos, aunque como señala Giménez (2001), como en tantos otros aspectos, también en la mediación es importante atender y tener en cuenta paralelamente su unidad y su diversidad para no perder la visión y los principios básicos compartidos, y al mismo tiempo posibilitar las innovaciones que van surgiendo¹.

Compartimos con MUNNÉ y MAC-CRAGH (2006), la apreciación de que las tres escuelas o modelos más estudiados y utilizados, Harvard, Circular-Narrativo, Transformativo, muestran la evolución del método hacia un cambio cultural y social.

La existencia de los distintos enfoques, que dan lugar a distintos paradigmas o modelos de mediación, está condicionada fuertemente tanto por la concepción que cada uno de ellos tiene del conflicto, como por el objetivo que persigue: obtener soluciones y llegar a un acuerdo, mejorar las relaciones entre las personas o transformar el conflicto. Las cuestiones que hacen decantarse por uno u otro planteamiento son, el contexto, las características de las personas en conflicto y las relaciones que se dan entre ellas, la tipología de los conflictos o el ámbito donde se dan éstos, familiar, laboral, mercantil, intercultural etc.

No obstante, la práctica de la mediación, también en España, ha dado lugar a una búsqueda de modelos adaptables a las características de cada ámbito de desarrollo de la mediación y a su vez, características propias y *sui genere* de esos ámbitos, han dotado de ciertas singularidades a los modelos preexistentes.

Por otro lado, en cada uno de las esferas de mediación, el mediador, ha de ejercer un rol determinado y acorde a esa especificidad y al mismo tiempo cada mediador, en el ejercicio de su función mediadora, va adaptando y utilizando, aquellas herramientas clave, que le aporta cada uno de los modelos básicos. Pesa también en esta elección, la orientación filosófica y la formación recibida por estos profesionales y su cercanía a planteamientos más o menos centrados en el mundo de las ciencias jurídicas, la psicología, o por el contrario su afinidad es mayor con los planteamientos sociológicos de la transformación de los conflictos.

A continuación se presentan las líneas básicas de las tres escuelas de mediación más generalizadas:

1. Modelos de mediación y su aplicación en el ámbito de la mediación cultural. Revista Migraciones 10, Diciembre 2001 http://fongdcam.org/wp-content/uploads/2012/01/Gimenez_Modelos-deMediacion.pdf.

XII. LOS MODELOS DE MEDIACIÓN APLICABLES EN ESPAÑA Y MÉXICO

ESCUELA TRADICIONAL-LINEAL DE HARVARD	ESCUELA CIRCULAR-NARRATIVA	ESCUELA TRANSFORMATIVA
REPRESENTANTES		
Fisher, Ury, Rafia, Antonio Vidal	Sara Coob, Marinés Suares, Cristhian Chambert	Folguer, Busch, Léderach. Sergi Farré
OBJETIVO		
<ul style="list-style-type: none"> • Llegar al acuerdo mutuo. • Ganar/ganar. • Disminuir las diferencias. 	<ul style="list-style-type: none"> • Trabajar la comunicación con el fin de cambiar la perspectiva para cambiar la realidad. 	<ul style="list-style-type: none"> • Transformar conflicto y relaciones • Trabajar las diferencias
MÉTODO		
Trabajo con los 7 elementos de Harvard: 1. Intereses 2. Criterios objetivos 3. Alternativas 4. Opciones de acuerdo 5. Compromiso 6. Relación 7. Comunicación	Realización de 4 modelos: 0. Prerreunión: realizada por un profesional del equipo, distinto al mediador 1. Encuadre del proceso 2. Conocer las distintas perspectivas 3. Reflexionar sobre el caso. Fomentar tensión creativa (el equipo sin las partes) 4. Narrar una historia alternativa que llevará al acuerdo (cambiar las perspectiva)	4 acciones para conseguir la transformación: 1. Reuniones preferentemente conjuntas 2. Introducción de comunicación relacional de causalidad circular 3. Potenciar el protagonismo de cada parte 4. Reconocer su cuota de responsabilidad
ÁMBITOS PREFERENTES		
Empresarial, mercantil, internacional	Familiar, escolar	Comunitaria, escolar, internacional, intercultural
ASPECTO ESENCIAL		
Llegar a intereses negociables, partiendo de posiciones contrapuestas e innegociables	Modificar las narraciones, para llegar a modificar la percepción de la realidad. Somos lo que nos contamos	Cambiar no sólo las situaciones, sino a las personas. La mediación es un útil más en esta meta
CONCEPCIÓN DEL CONFLICTO		
<ul style="list-style-type: none"> • El conflicto es acultural, atemporal y apersonal. • Es la contraposición de las posiciones • Es negativo y debe eliminarse 	<ul style="list-style-type: none"> • El conflicto es un proceso mental, con un potencial de cambio a través de otro proceso mental. • Un solo elemento es suficiente para iniciar el cambio en los sistemas en conflicto 	<ul style="list-style-type: none"> • El conflicto es una oportunidad de crecimiento • El conflicto es inherente a la sociedad. No desaparece, se transforma

Fuente: MUNNÉ MAC-CRAGH, 2006: 68-69.

1. LOS MODELOS DE MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR

En España la mediación familiar moderna llega más tarde que a otros países del Continente Europeo, es concretamente con la Ley española de 7 de julio de 1981, conocida como ley del divorcio, cuando, como nos dice RIPOL-MILLET (s.f. p. 1) se «faculta a las parejas en proceso de separación a pactar los efectos de la ruptura y a presentar al juez una propuesta de convenio regulador».

En un principio, este tipo de mediación, sigue diciendo este mismo autor, estuvo muy polarizada alrededor de la ruptura conyugal, y a veces se confundía con la «reconciliación familiar»

Es en 1981 cuando se crean los Juzgados de Familia donde se llevarán a cabo las actuaciones judiciales previstas en el Título VII del Libro I del Código Civil, sobre conflictos surgidos en los casos de ruptura conyugal; más tarde, los jueces de familia piden, al Consejo General del Poder Judicial, la creación de servicios de asesoramiento psicosocial, con el fin de poder conocer en profundidad, los conflictos específicos que se dan en este ámbito, a tal fin, en 1983 se crean diecisiete equipos integrados por trabajadores sociales y psicólogos.

Posteriormente y como señala ORTUÑO (2006, p. 105), «la Ley 15/2005, de 8 de julio, introduce en el derecho procesal español la institución de la "Mediación familiar"». Dicha ley en su Exposición de Motivos señala; «Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral».

En este espacio de mediación, se estudian y utilizan todos los modelos más internacionalmente generalizados a nivel teórico: Tradicional Lineal de Harvard, Transformativo de Bush y Folger, Circular Narrativo de Cobb, el modelo de FOLBERG y TAYLOR (1984), el de HAYNES (1993), y como específicos en razón de su territorialidad, nos encontramos con el Modelo de Competencias de ATYME², el Modelo de los Juzgados de Barcelona y el Modelo AVAMEDI, de LAPSIÓ y RAMÓN (1997), desarrollado en la Comunidad Valenciana.

2. ATYME es la Asociación para la Atención y Mediación a la Familia en Proceso de Cambio, primera entidad española que impulsó la mediación familiar.

Respecto a la utilización de unos u otros paradigmas, en razón de su finalidad, puntualiza ROMERO (s.f. p. 17) «No es posible considerar la conyugalidad, la parentalidad y la realidad familiar sin la relación. Ésta es el elemento esencial [...] Como consecuencia, el conflicto conyugal y familiar se comprende dentro de la consideración de la familia como un sistema de relaciones»³.

No obstante y como señalan LAPASÍO y RAMÓN (2008, p. 155) «En general, a fecha de hoy, en España la mediación familiar es un procedimiento voluntario que persigue la solución extrajudicial de los conflictos que en ella se plantean».

BOLAÑOS (2003 p. 1) también señala como modelos de mediación intrajudicial, el de CRAMER Y SCHOENEMAN (1985, p. 5)) consistente en cinco fases: Orientación, inicio, exploración, formulación y finalización. Defienden que la mediación minimiza la experiencia traumática que supone el proceso contencioso y logra una mayor satisfacción a las parejas.

En el proceso de mediación familiar, se tienen que tener en cuenta características específicas propias del ámbito judicial y otros elementos propios de este medio, como los tipos de conflictos asociados a la ruptura de pareja, estructurales, por ausencia o invalidación de uno de sus miembros, o uno muy peculiar en esta área, los conflictos de lealtades⁴.

En 1990 nacen las dos primeras experiencias de Mediación Familiar, fueron subvencionadas por el Ministerio de Asuntos Sociales, nos referimos a los programas desarrollados por ATYME, y la Unión de Asociaciones Familiares (UNAF). Como precisa MATO (2009) «Ambas experiencias fueron pioneras, con ellas se trató de iniciar una corriente de «no confrontación» en los litigios familiares (separación y divorcio) en beneficio de todos los miembros de la unidad familiar, particularmente, de los menores»⁵. Tras sus resultados, el Ministerio de Sanidad y Política Social consideró necesario impulsar la creación de servicios de mediación familiar de carácter público en todo el país.

3. Fermín ROMERO NAVARRO, La formación en mediación familiar en canarias. paradigmas inspiradores. la escuela canaria de prácticas en mediación familiar-formación continua.

En línea: <http://diocesisdecanarias.es/pdf/mediacionfamiliarcanarias.pdf>.

4. Conflictos de lealtades. Los hijos pueden verse presionados por los padres para asumir la lealtad de uno en detrimento de la del otro (BOLAÑOS, *op. cit.*, p. 3).

5. Juan Carlos MATO GÓMEZ, Director General de Política Social, de las Familias y de la Infancia. Ministerio de Sanidad y Política Social. Prólogo de la Guía ¿Conoces la Mediación? La Guía que enseña a separarse y a seguir siendo padre y madre, dirigida por de Trinidad Bernal Samper.

1.1. MODELO DE COMPETENCIA

Desde ATYME, y bajo la dirección de Trinidad Bernal, se desarrolló un modelo de intervención en este ámbito, denominado MODELO DE COMPETENCIA, BERNAL (1991). Sus rasgos fundamentales son:

- **Fundamentación:** propiciar un ambiente de confianza a través de la credibilidad de mediador; fomentar la autodeterminación, incrementar la inteligencia emocional.
- **Método:** reducir las emociones para evitar que éstas dificulten los acuerdos, ofrecer herramientas a las partes para que realicen sus negociaciones.
- **Metas:** Conseguir una relación de confianza entre las partes y el mediador, que mejore la relación de éstas entre sí; alcanzar acuerdos consensuados, a través de un buen proceso.

1.2. MODELOS DE MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL UTILIZADO EN LOS JUZGADOS DE BARCELONA

Este modelo denominado *Programa de Disolución de Disputas Legales (PDDL)* es, como indica BOLAÑOS (2003, en POYATOS, A. p. 6), «el resultado de aplicar técnicas de mediación a parejas en proceso contencioso de separación y divorcio, en general, y a familias con conflictos en torno a la relación paterno-filial, en particular» se pone en marcha entre los años 1989 y 2000 primero en los Juzgados de Familia de Barcelona y luego en la Comunidad de Madrid. Es una adaptación del método de la *estrategia de construcción del tratamiento*, de KAZDIN Y WILSON (1978), caracterizado por ir desde un programa básico con componentes bien definidos, a uno cuyos componentes logren mejorar los resultados. El modelo está estructurado en ocho fases diferenciadas que a continuación presentamos brevemente:

- **FASE I. Clarificación y reconvertir la demanda.** El objetivo de esta fase es clarificar el origen de la demanda, es decir, quién la propone (abogado, juez, Perito, alguna de las partes o las dos conjuntamente). **FASE II. Valoración de la indicación del proceso.** Consiste en la aceptación de la mediación. En esta fase se deben tener en cuenta factores relacionados con el conflicto y con posibles influencias externas (abogados, familia, etc.). Se valorar si es viable o no la mediación.
- **FASE III. Encuadre del proceso,** es el momento de asesorar en aspectos legales y emocionales. Se informará a las partes de la

estructura del proceso, de su funcionamiento, del papel que va a ejercer la persona mediadora y su independencia del juez, como característica propia de este ámbito. Tiene lugar la legitimación y el reconocimiento de las partes, éstas pueden expresar sus metas y aspiraciones, al tiempo que reflexionan sobre los intentos fallidos de negociaciones anteriores. Como señala BOLAÑOS (*op. cit.*, p. 15) «el enfrentamiento judicial ha producido unos daños que conviene valorar, reconocer y redefinir».

- **FASE IV. Definición de los problemas.** Se diferenciar previamente, entre las posiciones legales que ha generado el proceso contencioso y las reales, para descubrir los intereses que tiene cada parte y lo que verdaderamente defienden.
- **FASE V. Creación de opciones y alternativas.** Al igual que en los demás modelos de mediación se trabaja en esta fase la lluvia de ideas, las partes ofrecen cuantas alternativas quieran. La diferencia con otros modelos, radica en que deben ponerse en conocimiento del juez las opciones aportadas, que puedan modificar o suprimir medidas adoptadas con anterioridad por él.
- **FASE VI. Negociación.** El objetivo de esta fase es el de lograr acuerdos viables, en los que se logre el equilibrio de poder y se consiga satisfacer a las necesidades y los intereses de todos. Como en los demás modelos no se puede pactar contra ley.
- **FASE VII. Redacción de los acuerdos.** Tras la aceptación verbal de las dos partes, se pasa a redactar el documento que se genera, llamado «acuerdo de mediación», en el que se recoge todo aquello que las partes quieran y consideren conveniente, aunque a efectos legales sean irrelevantes. La validez será la de un contrato privado.
- **FASE VIII. Legalización de los acuerdos.** Existen dos opciones dependiendo del tipo de procedimiento y el momento procesal, se puede haber llegado a acuerdos parciales o globales, en este último caso conviene que se redacten éstos, por los abogados, y solicitar el paso de procedimiento, de contencioso a mutuo acuerdo. Este documento se presenta por el mediador al juez. La legalización definitiva se logra por la ratificación de las partes ante el juez. Posteriormente, se abre un periodo de seguimiento, pactado con la pareja, susceptible de ajustes futuros.

1.3. EL MODELO AVAMEDI (LAPASÍO Y RAMÓN, 1997)

Sus autoras lo crean para AVAMEDI⁶. Es un modelo estructurado en tres etapas que a continuación presentamos brevemente:

- **Primera etapa.** En ella se distinguen cuatro apartados: 1) recepción de la demanda, 2) discriminar la necesidad 3) Clarificar y canalizar la demanda, 4) valorar la indicación y la necesidad de la aceptación del proceso tanto por las partes como por los agente externos, abogados o juez.
- **Segunda etapa,** dividida a su vez en seis apartados: 1) Encuadre del proceso, referido a la aceptación mutua de las partes y aclaración de las reglas que rigen el proceso. 2) Definición del problema desde los intereses concretos para su posterior negociación. 3) Generación de opciones y alternativas, lluvia de ideas. 4) Negociación, consecución de acuerdos viables. 5) Redacción de acuerdos, elaboración de un documento común llamado «ACUERDO DE MEDIACIÓN», que posteriormente se presentará en el juzgado. 6) Escucha de los hijos y explicación, de forma sencilla lo que les atañe del acuerdo; en este modelo el mediador/mediadora concierta una reunión donde informará a los hijos de la nueva situación.

Como apuntan LAPASÍO y RAMÓN (2008 en Soria, Villagrasa y Armadans 2008, p. 139), el objetivo de escuchar a los hijos implica «que los serena con respecto a la posible culpabilidad que los menores sienten ante la separación o divorcio de sus padres».

- **Tercera etapa.** Esta etapa se compone de dos apartados, la legalización que consiste en la puesta en conocimiento de los acuerdos pactados y la ratificación de las partes ante el juez de dichos acuerdos y el seguimiento, que en este modelo se expresa de manera concreta en una sesión de seguimiento que tendrá lugar a los tres meses de la ratificación, un posterior contacto a los seis meses y uno final al año.

Para los modelos específicos desarrollados en España, podemos destacar las siguientes particularidades:

En el modelo utilizado en los juzgados de Barcelona, la incorporación de una fase denominada «reconversión de la demanda», consiste en reconvertir la demanda de mediación impulsada por los jueces y

6. AVAMEDI es la Asociación Valenciana de Mediación Familiar.

hacer que los interesados vean la necesidad de recurrir a la mediación. También es singular el hecho de determinar si es indicado o no el proceso de mediación.

Desde el modelo AVAMEDI se pueden destacar como singularidades el reconocimiento de ambas partes sobre la existencia de un conflicto y su disposición personal a trabajar para lograr un objetivo común; la necesidad de hacer constar que el acuerdo común es propio de las partes y de que se responsabilizan de su cumplimiento, además de, como apuntan LAPASÍO y RAMÓN (2008, en Soria, Villagrasa y Armadans) el hecho sustancial de escuchar a los menores.

Por último las autoras destacan la necesidad del establecimiento de una fase de seguimiento con el objetivo de consolidar y reforzar los acuerdos.

Las autoras del modelo AVAMEDI, LAPASÍO y RAMÓN (2008), crearon otro modelo, el modelo AFLE considerado más novedoso por adaptarse a los requerimientos que la Ley de Mediación Familiar exigía para las diferentes comunidades autónomas.

2. MODELOS EN EL ÁMBITO SOCIAL: MEDIACIÓN COMUNITARIA, MEDIACIÓN INTERCULTURAL, MEDIACIÓN PENAL JUVENIL, MEDIACIÓN ESCOLAR

2.1. MEDIACIÓN COMUNITARIA

Para indagar sobre los modelos de mediación en el ámbito comunitario, partiremos de las siguientes peculiaridades destacadas por PUNTES (2007, p. 71): apuesta por el ejercicio de la ciudadanía⁷, se ocupa de «los conflictos derivados del hecho de compartir el espacio, los servicios, las relaciones, las responsabilidades y los desafíos». Está orientada a la reconstrucción, voluntaria y participativa, de la convivencia y los vínculos sociales.

Por todo ello y considerando junto a PUNTES (2007), que los distintos modelos de mediación, además de lo expuesto con anterioridad, responden a un sistema circular de relación entre *conceptos, técnicas y objetivos*, pasamos a describir los tres modelos más utilizados en Mediación Comunitaria, diferenciados entre sí, no en cuanto al desarrollo de un proceso concreto, sino en cuanto a la formación específica del tercero media-

7. Se entiende por ciudadanía la relación funcional entre pertenencia, identidad, derechos y deberes;

dor, a continuación se muestran las características básicas de cada uno de ellos:

- **Modelo Disciplinar:**

Aboga por un periodo corto de formación, tendente a ampliar el bagaje de la formación de base del mediador, en cuanto a aspectos jurídicos, psicológicos, terapéuticos, pedagógicos. Por tanto, esta formación consistirá en la adquisición de nuevas técnicas y habilidades tendentes a la adquisición de competencias capaces de responder a las demandas sociales en materia de mediación.

- **Modelo Patchword:**

Desde este modelo se entiende la formación en mediación, como un perfeccionamiento consistente en ir añadiendo trozos de otras disciplinas, de sus teorías y habilidades, para reforzar la nueva profesión de mediador que, como en el modelo anterior, sea capaz de responder a las demandas sociales en este campo. Se basa por tanto, en una metodología interdisciplinar, que necesita de la intervención de formadores provenientes de esas otras disciplinas de las que provienen los nuevos aportes, Psicología, Derecho, Trabajo Social. De esto se desprende, que el periodo de mediación debe ser más largo, para alcanzar, de una manera más sólida, cada una de estas aportaciones disciplinares, dando lugar a programas de experto, postgrado o máster.

- **Modelo Democrático:**

Utilizado, como indica PUNTES (2007), en la formación de mediadores comunitarios realizada en el Máster de gestión y resolución de conflictos: Mediación, de la Universidad de Barcelona.

Defiende los objetivos de la teoría constructivista, por considerarlos apropiados para este campo de la mediación, a saber: crear oportunidades para que el alumnado pueda enfrentarse a situaciones conflictivas, partiendo de experiencias previas; plantear actividades que ayuden a reestructurar su conocimiento; utilizar actividades de resolución de problemas provenientes de casos reales; Fomentar la interacción y colaboración, tanto con el profesorado como con el resto de compañeros.

Como base teórica, defiende la toma de conciencia personal que lleve a una modificación de estructuras, situaciones y relaciones, desde la participación activa, y tendente a una acción transformadora.

También es de destacar que este modelo responde más al denominado Modelo Latino, y en particular a la aportación hecha desde España, consistente en la idea de *ciudadanía igualitaria*. No obstante y como ya hemos dicho con anterioridad, cada modelo, aporta a los siguientes, técnicas, herramientas y habilidades, que posteriormente el mediador adaptará al contexto y al desarrollo del proceso.

De igual modo, este modelo supera la creencia de que la formación en mediación consiste en la adquisición de técnicas y habilidades, y defiende la idea de que también se debe conseguir la interacción entre mediadores y mediados.

Sus principales premisas son:

1. La formación en mediación, contempla los aportes teóricos culturales, técnicos y experimentales de todos sus participantes, dando lugar a una nueva tecnología integradora que posibilite intervenciones apropiadas a la gestión de conflictos comunitaria. El trabajo del docente es el de facilitador.
2. Un trabajo que se realice, debe hacerse en un lugar concreto, con personas que compartan la misma cultura del conflicto.
3. El trabajo de los docentes, respecto a los contenidos teóricos y prácticos de esta formación, consiste en promover la participación, la discusión y la reflexión.

• **Proceso de Mediación en el Modelo Democrático**

Desarrolla las siguientes fases o etapas: a) Preparación del espacio de trabajo. b) Presentación individual y colectiva de los participantes. c) Presentación del método de trabajo y aceptación de éste. d) Aportaciones de los participantes para delimitar el objetivo de la formación. e) Propuesta concreta de trabajo de los docentes/facilitadores. f) Acuerdo de todos sobre la propuesta. g) Ejecución de la propuesta. h) Evaluación conjunta de la propuesta

Como señala PUNTES (2007, p. 104), «Formar mediadores comunitarios es situar a los alumnos en la misma posición que ellos situarán, ya como mediadores, a las partes en conflicto.»

2.2. MEDIACIÓN INTERCULTURAL

Antes de ocuparnos de los modelos en la Mediación Intercultural,

recogeremos algunas definiciones que consideramos esenciales para la adecuación o no de un modelo determinado:

«Entendemos la Mediación Intercultural como un recurso profesionalizado que pretende contribuir a una mejor comunicación, relación e integración entre personas o grupos presentes en un territorio, y pertenecientes a una o varias culturas» («MEDIACIÓN INTERCULTURAL. Retos en los contextos multiculturales. Fundación Secretariado Gitano», p. 98)⁸.

A partir de esta definición se diferencian tres tipos de mediación: la mediación *preventiva*, que consiste en facilitar la comunicación y la comprensión entre personas con códigos culturales diferentes; la mediación *rehabilitadora*, que interviene en la resolución de conflictos de valores, entre minorías culturales y la sociedad mayoritaria, o en el seno de las propias minorías y la *mediación creativa*, que consiste en un proceso de transformación de las normas, o más bien de creación de nuevas normas, nuevas ocasiones basadas en unas nuevas relaciones entre las partes.

Desde su perspectiva, VILLAOSLADA y PALMEIRO (2006, p. 126) defienden que «a grandes rasgos podemos entender la mediación intercultural como aquella en la que la diversidad de culturas (y el componente de su identidad, valores, etc.) es su rasgo más destacado, por lo que exigirá al mediador unas destrezas específicas para afrontar ese tipo de conflictos».

Por su parte, CARLOS GIMÉNEZ (1997, p. 143), subraya en su definición, los aspectos comunicacionales y relacionales, cuando dice:

La mediación ha estado asociada al concepto de conflicto; sin embargo, la mediación intercultural no siempre persigue resolver una disputa entre enfrentados, sino que en la mayoría de las ocasiones –ya sea desde una vertiente más formal o más informal– busca el establecimiento de comunicación entre los interactuantes provenientes de legados culturales diferentes, o, más correctamente, una mejora en la comunicación, pues realmente la comunicación siempre existe.

Además de clasificar la mediación desde sus ámbitos de actuación, también presenta diferencias atendiendo a sus peculiaridades al desarrollarse entre grupos culturales diferenciados, en razón de ello, GIMÉNEZ (1997, p. 144) puntualiza:

A nuestro entender lo más relevante de la nueva «mediación inter-

8. En la Revista Asociación de Enseñantes con Gitanos, nº 29.

cultural» no radica en la emergencia de un nuevo campo de aplicación [...] sino que se trata sobre todo de un enfoque y metodología específica para mediar en contextos de multiculturalidad. En este sentido, la mediación intercultural también trabaja en asuntos familiares, vecinales, laborales o educativos, cuando en éstos se plantean esas situaciones que hemos llamado de multiculturalidad significativa.

2.2.1. Aplicación de las características principales de los diferentes métodos a la Mediación Intercultural

- **Utilidad del Modelo Harvard**

Respecto a este modelo GIMÉNEZ (2001: 72-73) señala cuatro aspectos para su diseño de metodología integradora, y defiende que este método puede ser considerado como un estadio o fase dentro de un proceso más amplio de mediación intercultural:

1. Ofrece y encuentra soluciones directas y más o menos rápidas, necesarias en algunos casos.
2. Es una metodología con potencialidad terapéutica puesto que al llegar a un acuerdo se produce cierta mejoría en la relación
3. La separación entre persona y problema que ofrece este método, puede evitar tendencias muy comunes hacia las culpabilizaciones y estigmatizaciones étnicas y culturales. Además el hecho de centrarse en los intereses, puede servir para esclarecer que, en muchos casos, estamos ante motivaciones y necesidades distintas y no ante incompatibilidades de valores.
4. La búsqueda de opciones conjuntas de beneficio mutuo, por las propias partes, que se produce en este modelo, puede ser muy útil en el contexto multicultural.
5. El trabajo que se hace con criterios objetivos, favorece el respeto a las diferencias y el trabajo en los terrenos comunes.

- **Utilidad del Modelo Transformativo en el ámbito intercultural:**

La clave de esta metodología, que radica en la relación y su transformación, según este autor, lo convierte en un referente muy útil en este campo, puesto que el concepto de «lo étnico» se considera relacional⁹.

En el mundo de la interculturalidad hay un número considerable

9. GIMÉNEZ ROMERO explica que esta afirmación proviene de la Antropología y su reconceptualización de los años cincuenta propuesta por Barth.

de relaciones existentes que tienen que transformarse, éstas se dan, como indica Giménez, entre inmigrantes y administración, entre inmigrantes y autóctonos, entre distintas instituciones y sus usuarios, entre indígenas y no indígenas.

Por último, se aprecia su utilidad en el aspecto de las revalorizaciones (p. 77) y reconocimiento, ya que existe un vasto campo de reconocimientos mutuos a nivel de pensamientos, palabras, actos, para superar los frecuentes estereotipos que se dan en este ámbito.

- **Modelo Circular-Narrativo**

De este modelo, GIMÉNEZ (2001: 102-104) destaca cuatro puntos fundamentales:

1. Ofrece un aspecto muy interesante para la mediación en interculturalidad, nos referimos al tratamiento que se hace desde él, de la comunicación en cuanto a la narrativa y las historias.
2. Respecto a las relaciones, este método comparte con el anterior, el hecho de considerar un elemento esencial la relación entre las partes en conflicto, y en el terreno intercultural, es muy importante tener en cuenta las relaciones interétnicas.
3. En cuanto a la importancia de la comunicación, que se defiende en este modelo, es igualmente aprovechable para el ámbito intercultural, en donde la «no relación» o distanciamiento de distintos sectores etnoculturales, indica una forma concreta de comunicación, puesto que es imposible no comunicar¹⁰.
4. Esta metodología también aporta su amplio repertorio de técnicas, clasificadas por SUARES (1996) y de entre ellas destacaremos las referentes a la legitimación y la recontextualización.

2.3. MEDIACIÓN PENAL JUVENIL

En España, de manera expresa, sólo se encuentra regulada en la actualidad, la mediación penal en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores, concretamente, en la Ley Orgánica sobre Responsabilidad Penal del Menor (en adelante LORPM)¹¹.

10. Primer axioma de la teoría de la comunicación de Watzlawick: Es imposible no comunicarse: Todo comportamiento es una forma de comunicación.

11. La Ley 5/2000 regula la mediación penal juvenil en los arts. 19, 27.4 y 51.

También la LORPM incorpora por primera vez en la legislación española los principios de Justicia Restaurativa o Reparadora.

No obstante, a nivel estatal, los primeros programas de mediación y reparación en el contexto penal juvenil se iniciaron en mayo 1990, inspirados en las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa (Resolución 87/20) y estos programas encontraron base legal en la Ley Orgánica 4/92.

«Tras varios años de experiencias de los diferentes programas de mediación y reparación, la Ley Orgánica 5/2000 vino a establecer un modelo de mediación y reparación, y a regular de forma explícita las posibilidades de la justicia restaurativa en el ámbito penal juvenil». ÁLVAREZ (2008, p. 6).

El programa de mediación y reparación se fija como objetivo solucionar el conflicto entre víctima y ofensor de manera extrajudicial, con la ayuda de un mediador, como ocurre en cualquier otro tipo de mediación, con la particularidad de inscribirse dentro del marco penal, por tanto desde allí y basándose en principios y normas legales, se indica cual es el delito, quien es la víctima y quien es el infractor. Como señalan SOLER y GIMENO (p. 20)¹² «hemos de recordar que el Derecho penal conforma las partes. El autor del delito será un menor de edad penal, es decir 14-18 años tal como establece la Ley 5/2000, que haya cometido un delito (o una falta) tipificado como tal en el código penal».

El programa tiende a conseguir una serie de objetivos respecto a los siguientes puntos de vista: el infractor, la víctima, la relación con la justicia y la comunidad. Respecto a la Justicia, uno de los objetivos es el de aplicar el principio de oportunidad dentro de los límites legales, siempre partiendo de la manifestación, por parte del menor, de la voluntad de reparar el daño causado a la víctima. El otro objetivo es el de potenciar, desde el ámbito de la justicia, el restablecimiento de la paz social. Respecto al infractor, se perseguirán los objetivos de aceptar la responsabilidad de las propias acciones y sus consecuencias; compensar y reparar el daño causado con el esfuerzo personal y lograr la participación activa en el programa. En cuanto a la víctima, le ofrece la oportunidad de participar en el proceso, ser escuchada, tranquilizada y reparada o compensada por los daños que se le han ocasionado. Respecto a su incidencia en la comunidad, supone brindar una justicia más cercana a los ciudadanos, con formas más ágiles, útiles y participativas.

12. GIMENO VIDAL, R., SOLER ROQUE, R., 2007. Máster de Mediación: La mediación en el ámbito penal. Apuntes sin publicar. Universidad de Murcia.

2.3.1. Proceso de mediación-reparación

El objetivo es el de llegar a acuerdos entre infractor y víctima que posibiliten la solución al conflicto ocasionado por una infracción penal. La solución del conflicto tiene un doble objetivo, el de la reparación del daño causado a la víctima y el de que la víctima pueda ser compensada o reparada.

Mientras que el hecho delictivo está definido por la instancia judicial, como hemos señalado anteriormente, el conflicto lo definen las partes al igual que su forma de solucionarlo.

«El modelo más extendido es el de contacto por separado con las partes (menor autor y víctima) para llegar a un encuentro con conciliación y acuerdos de reparación. Todo ello, facilitado por un mediador imparcial que utiliza diferentes técnicas y/o habilidades que facilitan la comunicación entre las partes y flexibilizan el conflicto». ÁLVAREZ (2008, p. 2).

Fases del proceso;

- **1ª Fase: entrevista con las partes**

a) Entrevista con el menor, con una doble misión:

- Informar sobre el motivo de la intervención judicial, de las características de la justicia penal juvenil, de las particularidades del programa de mediación-reparación y del rol que deben ejercer las personas mediadoras.

La información, en opinión de Soler y Gimeno (2007), tratará de disipar recelos, desconfianzas hacia la justicia, en la mayoría de los casos, es el primer contacto que se tiene con ella. Se informará sobre el funcionamiento de la justicia penal juvenil, de las alternativas existentes, de la mediación-reparación, y de las ventajas e inconvenientes aparejadas, a la elección de cada alternativa.

- Conocer la actitud del infractor frente a los hechos y la responsabilidad que va a asumir por propia voluntad, de reparar a la víctima, estando capacitado para ello.

También es necesario valorar la visión que tienen los padres de los hechos y la aceptación de la decisión del hijo.

Tras una valoración positiva de la conveniencia de la mediación-reparación, y tras el compromiso previo de menor y el consentimiento de sus padres, se informa a Fiscalía.

Aprobado el programa por la Fiscalía, el mediador se pone en contacto con la víctima.

- b) Entrevista con la víctima, puede ser considerada como tal cualquier persona, joven, niño, adulto, empresa, que se sienta perjudicada por los hechos ocasionados por el infractor.

En esta entrevista se destacan también dos cuestiones:

- La de informar de los aspectos legales y del programa de mediación y reparación, del rol del mediador y de la voluntad del menor de reparar.
- Conocer la versión de los hechos desde la perspectiva de la víctima, así como las consecuencias que tanto a nivel psíquico, como físico o material, ha sufrido.

• **2ª Fase: Encuadre**

El cometido de esta fase es el de explicar en qué consiste la mediación, así como el rol que desempeña el mediador y las reglas del juego. Parte de los contenidos ya se han explicado en el trabajo previo con las partes, por lo que se realizará un recordatorio fácil y útil. SOLER y GIMENO.

- **3ª Fase: Recogida de la información o comunicación.** Momento de intercambio de información sobre las distintas versiones de los hechos y las consecuencias de estos.
- **4ª Fase: Identificación del problema.** En este momento se ordenan los discursos y se separa lo esencial de lo accesorio.
- **5ª Fase: Resolución de desacuerdos.** Se establece el debate encaminado a la búsqueda de soluciones.
- **6ª Fase: Acuerdos.** En esta fase y como suele ocurrir en cualquier otro proceso de mediación, se recogerá por escrito de forma clara y en términos comprensibles el acuerdo alcanzado. Puede ser que los menores prefieran los acuerdos verbales, pero al recogerlos por escrito, pueden valer como documento de apoyo para presentar a la Instancia judicial.
- **7ª Fase: Seguimiento de los acuerdos.** Consiste en verificar que lo acordado, un pago, una determinada actividad, se cumple.

2.3.2. Programas sin participación de la víctima

En aquellos casos en los que no se puede llevar a cabo el proceso tal y como ha sido descrito anteriormente, se puede optar por un pro-

grama sin participación de la víctima. El hecho de que la víctima no participe no significa por tanto, que el menor no pueda optar por la solución extrajudicial, si se había valorado que podría hacerlo. La no participación puede deberse a varios motivos: no es conocida ni responde a las cartas ni al teléfono; se niega a participar tanto directa como indirectamente, no es conveniente en interés del menor, cuando se entiende que solo existe ánimo de venganza o se consideran excesivas sus demandas.

El programa de reparación indirecta, está recogido en la Ley 5/2000, y detallado en su Reglamento.

Requiere un interés reparador por parte del menor infractor, demostrar su capacidad de esfuerzo y se debe comprobar su nivel de compromiso así como su capacidad de reparar.

SOLER y GIMENO (2007) consideran que hay que distinguir entre la «reparación social» por haber vulnerado una norma, impuesta por el Juez de Menores y la decisión extrajudicial, que ha sido valorada y decidida de forma voluntaria, por el propio menor en el procesos.

- **Valoración final del programa**

Tras la fase de ejecución, e independientemente del programa adoptado, el mediador valorará el resultado del proceso seguido.

Las cuestiones a valorar, centradas especialmente en el menor infractor, girarán en torno a la responsabilidad, el esfuerzo, el cumplimiento de los compromisos adquiridos, la reparación efectiva y la valoración que han hecho las partes del proceso.

Posteriormente, el mediador hace un informe a la instancia judicial.

2.4. MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO EDUCATIVO

En este punto y al indagar sobre el modelo o modelos de mediación desarrollados en España, en la esfera educativa, hay que hacer de nuevo mención a las escuelas existentes y junto a MUNNÉ, M. y MAC-CRAGH (2006) entendemos que la mediación en el ámbito educativo, tomando herramientas de cada una de estas escuelas, supera lo que es el *proceso de mediación*, en sentido estricto, para pasar a ser una *cultura de mediación* o como denomina BONAFÉ-SCHMITT, J. P. (2004), una *contracultura* que supone un nuevo modo de regulación social.

- De la escuela Tradicional de Harvard, toman las «herramientas negociadoras» y la estructuración del proceso.

- La Escuela Circular-narrativa, aporta herramientas para lograr el reconocimiento y la reconstrucción del conflicto.
- En cuanto a la Escuela Transformativa, que pretende el cambio social, reconocemos sus principales herramientas en la función de corresponsabilizar y empoderarlas a las partes en conflicto.

Respecto a los modelos de implementación de la mediación en los centros educativos, primero distinguiremos entre dos modelos¹³ según se entienda que el servicio de mediación debe ser atendido por un profesional especializado, ajeno al centro o por personas del mismo centro con una preparación adecuada:

PRIMER MODELO: es el que recurre a una persona externa al Centro que prestará sus servicios cuando surjan problemas. Este modelo tiene dos acepciones: 1º) El mediador es un profesional cualificado de libre ejercicio.

2º) El mediador es una persona ajena al Centro, formada en técnicas de resolución de conflictos, pero que forma parte de la administración.

Este modelo estaría cercano al modelo profesional de la mayoría de los otros tipos de mediación: *familiar, medioambiental, empresarial, penal...*

SEGUNDO MODELO: se forma a los miembros de la comunidad educativa en técnicas de mediación mediante programas de entrenamiento, con el objetivo de que ellos mismos puedan gestionar sus conflictos.

Este modelo estaría más cercano al modelo comunitario, donde en principio cualquier persona de la comunidad puede tener funciones de mediador con una preparación específica.

Es el modelo que encontramos en programas como los que plantea RAMÓN ALZATE (1999) quien distingue entre:

1. *Programas curriculares* de resolución de conflictos, negociación y mediación, donde todos los alumnos llevan a cabo un aprendizaje y comprensión teórica del conflicto y su gestión.

2. *Programas de mediación entre compañeros* donde los estudiantes practican la resolución de conflictos en sus disputas reales y cotidianas, practicando lo que han aprendido, ya sea en programa curricular o en un entrenamiento específico.

13. MONJÓ, M. 1999. La mediación escolar: historia, modelos y programas. Ponencia presentada en las II Jornadas de ACDMA y I Jornada de ME de Olot.

3. *Programas escolares globales de resolución de conflictos* que se distinguen por tener un programa curricular, poner en marcha un programa de mediación entre compañeros, contar con la implicación de los padres que utilizarían las habilidades mediadoras en el hogar, deriva a mediación los conflictos entre compañeros y dispone de un programa de resolución de conflictos para los adultos de la comunidad escolar.

Este mismo autor destaca que, si bien los programas globales van dirigidos al núcleo de la cultura escolar y, por tanto, los cambios que producen son más estables, introducir solo programas de mediación entre compañeros está justificado por las importantes repercusiones que éstos ocasionan, en las actitudes y los comportamientos de los estudiantes, y en la mejora del clima escolar.

3. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Podemos concluir, tras el análisis de las distintas metodologías de mediación desarrollados en España en los diversos contextos, que la elección entre las diferentes escuelas, modelos, herramientas, es consecuencia, como pasa a nivel internacional, de aspectos que conforman cada área de la mediación, la definición que de cada una se haga, los fines que se pretendan, o la formación específica de las personas mediadoras.

Aunque hemos podido constatar también que algunas de las singularidades, venían causadas por el tratamiento legal que se hacía desde las diferentes leyes que se han ido promulgando en España, con motivo de la irrupción de la moderna mediación como metodología de resolución de conflictos, no se puede hablar desde la práctica, de unos modelos rígidos ni excluyentes, más bien al contrario, y como hemos dicho con anterioridad, son fruto de una evolución paulatina ocasionada por la práctica y las necesidades de los contextos.

En cuanto a las propuestas, vemos como esencial, una formación de calidad, que proporcione a la persona mediadora un exhaustivo conocimiento del proceso, de los diferentes modelos, estrategias y herramientas, para que de esa manera pueda adaptarse, y a la vez adaptar, a su personal ejercicio de la mediación, en cada uno de los conflictos que se le puedan plantear, a lo largo de su vida profesional.

BIBLIOGRAFÍA

ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R. 1999. *Transformación del Conflicto: Curriculum para Educación Primaria*. Bilbao: Universidad del País Vasco.

- ÁLVAREZ, F. 2008. Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales. *Revista Internacional e-Journal of Criminal Science*, nº. 2. Donostia: Universidad del País Vasco.
- BERNAL, T. 2009. ¿Conoces la mediación? La guía que enseña a separarse y a seguir siendo padre y madre. Madrid: ATYME.
- BOLAÑOS, I. 2003. Mediación familiar en contextos judiciales. En: POYATOS GARCÍA, A. (coord.), *Mediación familiar y social en diferentes contextos*. Pp. 1-30. Valencia: Nau Llibres.
- BONAFÉ-SCHMIDT, J. P. 2004. La mediación: prevención de la violencia o proceso educativo [En línea]. *Rev. La Trama*, edición julio 2004 [Consulta 21 de noviembre de 2012).
- GIMÉNEZ, C. 1997. La naturaleza de la mediación intercultural. *Revista Migraciones* 2, 125-160.
 – 2001. Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural. *Revista Migraciones* 10, 59-110.
- KAZDIN, D. E. y WILSON, G. T. 1978. *Research strategies for therapy evaluation. Evaluation of Behavior Therapy*. Nebraska: University of Nebraska Press.
- MONJÓ, M. 1999. La mediación escolar: historia, modelos y programas. Ponencia presentada en las II Jornadas de ACDMA y I Jornada de ME de Olot, marzo de 1999.
- MUNNÉ, M., MAC-CRAGH, P. 2006. *Los diez principios de la cultura de mediación*. Barcelona: Graó.
- ORTUÑO, P. 2006. *El nuevo Régimen Jurídico de la crisis matrimonial*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- PUNTES, S. 2007. *La mediación comunitaria, ciudadanos, derechos y conflictos*. Barcelona: Uniempresarial.
- SOLER, R. y GIMENO, R. 2007. *La mediación en el ámbito penal (Apuntes sin publicar)*. Universidad de Murcia, Máster de Mediación.
- SUARES, M. 1996. *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós.
 – 2005. *Mediando en sistemas familiares*. Buenos Aires: Paidós.
- VILLAOSLADA, E., PALMEIRO, C. 2006. *Formación de los equipos de mediación y tratamiento de conflictos*. Barcelona: Graó.

Estado y perspectivas de la Mediación Escolar en México y España

REYNA LIZETH VÁZQUEZ GUTIÉRREZ

Doctora en Intervención Social y Mediación por la Universidad de Murcia, España. Profesora de Tiempo Completo e Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Tecnológicas de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Máster en Métodos Alternos de Solución de Conflictos y Psicóloga Conductual por la UANL

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CARACTERÍSTICAS. 3. OPERATIVIDAD Y ÁMBITO DE ACTUACIÓN. 4. VISIÓN GENERAL DEL ESTADO DE LA MEDIACIÓN ESCOLAR EN ESPAÑA. 5. VISIÓN GENERAL DEL ESTADO DE LA MEDIACIÓN ESCOLAR EN MÉXICO. 6. PERSPECTIVAS PRÓXIMAS PARA LOS PROGRAMAS DE MEDIACIÓN ESCOLAR. 7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La mediación escolar como estrategia de resolución de conflictos en los centros educativos tiene su nacimiento en las prácticas realizadas en instituciones de los Estados Unidos, se comenzó a trabajar con estrategias en las que se involucraba a los propios alumnos en un proceso de diálogo y exposición de motivos sobre el problema que se presentara, para posteriormente, con ayuda de un tercero, lograr el perdón y la reparación de la relación que existiese.

Según nos relatan MUNNÉ & MAC-CRAGH¹, es en los años 60 que surge por vía de grupos religiosos y organizaciones para la paz mediante el objetivo de enseñar a los niños resoluciones de conflictos desde la no violencia, aunque es en los años 70, específicamente en la ciudad

1. MUNNÉ, M., MAC-CRAGH, P. 2006. Los 10 principios de la cultura de mediación. Barcelona: GRAÓ, p. 81.

de Nueva York, donde apareció por primera vez un programa de resolución de conflictos dentro de los centros educativos, el cual buscaba educar en la no violencia bajo cinco objetivos básicos:

1. Desarrollar una comunidad en la que los niños deseen y sean capaces de una comunicación abierta.
2. Ayudar a los niños a desarrollar una mejor comprensión de la naturaleza de los sentimientos, capacidades y fortalezas humanas.
3. Ayudar a los niños a compartir sus sentimientos y a ser conscientes de las propias cualidades.
4. Ayudar a cada niño a confiar en las propias habilidades.
5. Pensar creativamente sobre los problemas, previniendo y resolviendo los conflictos.

Implementado por los docentes cuáqueros, el programa denominado *Children's Creative Response to Conflict*², estaba basado en las enseñanzas de GANDHI y MARTIN LUTHER KING, en la creencia de que la no violencia reside en la fuerza de la justicia, el amor y el cuidado, y en el deseo de integridad personal. Con talleres realizados en las escuelas públicas se enseñó a los maestros a ayudar a los niños a adquirir las habilidades de la resolución creativa de conflictos.

Para la década de los 80, se da el nacimiento de asociaciones como la Educators for Social Responsibility, la National Association for Mediation of Education manteniendo diversas formaciones y asociaciones entre todos los interesados en el tema para que finalmente se dé por constituida la Conflict Resolution Education Network, hasta llegar al logro de que en la actualidad el país cuente con más de 5000 programas de mediación escolar, convivencia o educación para la paz.

El éxito, permite la extensión y ha logrado comprobar su utilidad en otros países como Francia, Argentina, Colombia, Nueva Zelanda, Inglaterra, Canadá, Chile, Costa Rica, entre otros, que aun cuentan con la medición escolar como programas iniciales de convivencia y de estrategias de disminución de conflictos.

Y, es precisamente de esta forma, que en los 90, a raíz de esta diversificación en el terreno de la mediación se hace eco el ámbito educativo en España, incorporando por un lado, los programas de mediación escolar, desde la perspectiva de la resolución de conflictos, y por otro la

2. JOHNSON, D. W., JOHNSON R. T. 2004. Cómo reducir la violencia en las escuelas. Buenos Aires: Paidós, p. 37.

mediación social intercultural trabajando en la escuela desde la perspectiva de la convivencia intercultural³.

Es, formalmente, en 1993 cuando gracias a la iniciativa del Centro de Investigación para la Paz Gernika Gogoratuz del País Vasco, se pone en marcha el primer programa piloto de la mediación en las escuelas extendiéndose rápidamente por el resto de comunidades españolas a grado de que se han ido involucrando en el tema año con año, en 1996 inician los trabajos en Catalunya, donde actualmente su éxito ha permitido que todos los IES cuentan ya con un programa de mediación escolar, mismo año en que Canarias realiza su Proyecto Educativo para la mejora de la convivencia, en 1998 la Comunidad de Madrid lanza su programa piloto del que gracias a sus resultados se logra extender a una gran parte de sus colegios e Institutos de Educación Secundaria, en 2003 Andalucía trabaja en el programa denominado Escuelas: Espacio para la Paz y desde 2004 la Comunidad Valenciana lleva a cabo encuentros y jornadas de trabajos sobre la mediación escolar.

Hoy en día es cada vez más creciente el interés de diversos países en la participación de programas de mediación escolar, iniciando con proyectos pilotos y posteriormente implementando los mismos a los institutos, países como Polonia, Alemania, Sudáfrica, etc.

En el caso de México, es durante la última década cuando se han reconocido los mayores avances en la materia de la convivencia escolar por vía de programas pilotos e iniciativas aisladas de los órganos responsables de la educación en cada uno de los Estados del País. Destacando principalmente el Estado de Sonora y el Estado de México, que han puesto en marcha diversos programas con éxito de aplicación en el sistema de educación básica del Estado.

En la presente participación realizaremos un recorrido por las principales características que identifican a la mediación escolar como proceso de formación para los estudiantes, resaltando las ventajas que aporta al sistema educativo, y posteriormente haciendo mención a los diversos programas con los que actualmente se cuenta en los dos países centrales de este análisis, México y España.

2. CARACTERÍSTICAS

De las diversas experiencias que se han aplicado en países tanto

3. PÉREZ CRESPO, M. J. 2003. La mediación escolar, proceso de suma de dos modelos de intervención mediadora en la escuela: los programas de mediación escolar y la mediación social intercultural a su paso por las instituciones educativas. *Revista Educación y Futuro* 8, 171-182.

en América como en Europa se han podido establecer características principales de los programas de mediación escolar. LEDERACH⁴, en su aportación sobre la mediación en general, la describe como una *respiración* en la que alternan unos momentos más generales y amplios, con otros más concretos y puntuales: dejamos que las personas se expresen y les convidamos a que vayan sacando conclusiones de sus discursos.

Por otra parte, desde la visión de la mediación específicamente escolar, ésta es considerada como un proceso de diálogo para la resolución pacífica de conflictos por el cual, las partes enfrentadas encuentran soluciones consensuadas con la intervención de una tercera persona neutral el mediador, que ayuda, facilitando el entendimiento entre las partes, a que estas soluciones sean satisfactorias y restablezcan la convivencia en las aulas⁵.

Sabemos que, la conflictividad escolar puede traer como consecuencias negativas, la disminución del rendimiento escolar, modificación y degradación del rol del profesor. Además, FERNÁNDEZ⁶, nos explica que, podemos enfrentarnos a la existencia de: conflictos visibles y conflictos invisibles en el centro educativo, los primeros se identifican como, aquellos conflictos que causan una alteración al ritmo del aula o del centro educativo, y los segundos, son aquellos que afectan frecuentemente a necesidades de los alumnos, que no se manifiestan con expresiones que atenten contra las necesidades institucionales, es decir, aquellos problemas entre los alumnos, que se podrían esconder detrás de situaciones cotidianas.

En su intervención, la mediación hace frente a los conflictos admitiéndolos, explorándolos y considerándolos oportunidades de aprendizaje⁷, al mismo tiempo que fortalece a las personas, les da voz y las hace protagonistas de su vida⁸. La mediación escolar como programa para la prevención y la resolución de conflictos dentro de la escuela, es reconocida, como un enfoque de educación para la paz que pretende una

-
4. DE LA HERRÁN GASCÓN, L. 2010. Programa Taldeka para la convivencia escolar. Bilbao: Desclée de Brouwer, p. 49.
 5. GARCÍA-LONGORIA, M. P., ORTUÑO MUÑOZ, E. 2010. Aplicación del recurso de la mediación como estrategia de mejora de la convivencia en un centro educativo. En: La convivencia escolar: aspectos psicológicos y educativos. Granada: GEU, 2010, pp. 237-242.
 6. FERNÁNDEZ HERRERÍA, A. 1994. Educando para la paz. Nuevas propuestas. Granada: Eirene.
 7. BOQUÉ TORREMORELL, M. C. 2010. Mediación escolar: pasado, presente y futuro. En: La convivencia escolar: aspectos psicológicos y educativos. Granada: GEU, pp. 209-214.
 8. BUSH, R., FOLGER, J. 1996. La promesa de la mediación. Barcelona: Garnica, p. 16.

nueva imagen de los conflictos y el aprendizaje de las técnicas de análisis y regulación de conflictos de modo no violento⁹. El aprendizaje de técnicas y el apego a los principios fundamentales de la mediación, desarrollan en los alumnos habilidades socio-afectivas que le beneficiarán en un futuro en sus relaciones sociales.

La mediación escolar, cuenta con diversas características, que la distinguen de los demás programas de convivencia educativa, en primer lugar, impacta directamente con la participación activa del alumnado, del profesorado, y de todos los miembros del centro educativo, además de ser un programa que crece continuamente y con ello asegura a largo plazo el éxito de participación.

Como ejemplo de sus características esenciales se mencionan¹⁰:

- Sistema en el que intervienen dos o más sujetos conscientes de sufrir un conflicto que no pueden pero que desean resolver y recurren a una tercera persona neutral, cuyo objetivo es establecer la comunicación y velar por los intereses de ambas partes.
- Modelo integrado de resolución de conflictos.
- Proceso alternativo y no opuesto a otras vías resolutorias de conflictos del centro educativo.
- Participación voluntaria por las partes implicadas ya que son éstas las que solicitan el proceso de mediación.
- Actitud cooperativa y negociadora por ambas partes, de manera que la búsqueda de una solución satisfactoria sea fácil.
- Mediador imparcial a ambas partes, con habilidades sociales y comunicativas.

La mediación escolar no solo se debe implementar como una estrategia aislada de resolución de conflictos, sino que su éxito dependerá de la implicación de todos los relacionados con el centro en la búsqueda de un cambio significativo de actitudes y reacciones ante el conflicto, para lograr aprender de cada situación que se presente.

3. OPERATIVIDAD Y ÁMBITO DE ACTUACIÓN

En todo momento, el establecimiento de un programa de mediación

9. FERNÁNDEZ HERRERÍA, A., *op.cit.*, nota 7.

10. PÉREZ-FUENTES, M. C. *et al.* 2010. Programas de mediación educativa. En: La convivencia escolar: aspectos psicológicos y educativos. Granada: GEU, pp. 269-273.

escolar debe respetar que la formación para el alumno, cuente con las fases correspondientes para lograr su intervención como tercero mediador y, aún, cuando se ha podido observar, que cada uno de ellos adopta su estilo de mediador, como en el caso de los profesionales, la continuada intervención y dirección de los procesos en los que participe, debe contar siempre con las fases esenciales del mismo, a fin de dar los espacios oportunos para el cambio de perspectiva, apertura de las opciones de solución y la reparación del daño moral, es su caso, existente a raíz del conflicto.

La literatura sobre resolución de conflictos es prácticamente unánime: hay que empezar por diagnosticar bien el problema, luego hay que imaginar soluciones alternativas y prever las consecuencias que estas soluciones tendrían, hay que mirar el problema desde la perspectiva del otro y por último hay que tener muy claro lo que queremos conseguir¹¹. De esta forma, en resumen, Manuel SEGURA nos permite conocer cuáles son las principales fases por las que se compone un proceso de mediación escolar.

Ahora bien, no podemos perder de vista que los programas de mediación escolar deben contar con el interés del alumnado, la credibilidad del profesorado y la participación de toda la comunidad educativa, cada uno en su papel correspondiente. Por lo que todos deben conocer las características de los casos específicos en los que se puede solicitar la mediación.

La intervención o los alcances de un programa de mediación escolar no son absolutas para todos los conflictos entre iguales, por lo que no se debe perder de vista el análisis de los casos que se reciban para confirmar si son o no viables de solucionarse por mediación.

Lo importante de realizar el correcto análisis, sobre la viabilidad del caso que se recibe para mediación, es descartar la posibilidad, de que un igual intervenga en un conflicto que ha pasado la barrera de la reparación y, del que se tiene claro, que necesita la aplicación de normas disciplinarias, bajo el reglamento correspondiente, es por ello, que, a cada uno de los centros educativos, se les brinda la oportunidad de clasificar detenidamente, las características de los conflictos que serán aceptados en los procesos de mediación.

En los conflictos entre estudiantes de los niveles de educación bá-

11. SEGURA, M. 2005. Enseñar a convivir no es tan difícil, 14 ed. Bilbao: Desclée de Brower, p. 26.

sica, es bastante probable que se reaccione ante ellos, de forma violenta e irracional, a veces un suceso relativamente trivial puede ser suficiente para evocar una cólera intensa si la creencia preconcebida es firme¹², destacadamente en el caso de la comunicación entre adolescentes, es probable que sus reacciones sean producto de un pensamiento arraigado, que juzga al emisor del mensaje y no al mensaje en sí.

Lo cierto es que todo mediador, para llevar a cabo un buen procedimiento de mediación y ayudar correctamente a las partes implicadas, debe seguir una serie de fases¹³:

1. Premediación.–El mediador se reúne con las dos partes del conflicto de forma separada para explicarles el procedimiento del proceso de mediación y si el conflicto planteado es idóneo para una mediación y si esto es así; comprometerse a acatar las reglas de dicho proceso.
2. Presentación y reglas del juego.–El mediador, con las dos partes presentes, explica el proceso a seguir y recuerda reglas básicas como son la confidencialidad y la colaboración.
3. Cuéntame.–Durante esta fase, ambas partes presentan su versión del conflicto de manera desahogada mientras que el mediador escucha activamente sin emitir juicios.
4. Aclarar el problema.–Durante esta fase se consensuarán los aspectos más importantes y los puntos de unión entre ambas partes.
5. Proponer soluciones.–La labor del mediador durante esta fase es primordial, ya que fomentará la creatividad de las partes para que busquen soluciones e ideas, resaltarán los comentarios positivos de las dos partes y planteará a las partes la conformidad o no conformidad con las soluciones que se vayan proponiendo.
6. Llegar a un acuerdo.–Los mediadores ayudan a definir las características tomadas para el acuerdo de manera que sean claras, realistas, concretas y aceptadas por ambas partes.

DE LA HERRÁN GASCÓN¹⁴, por su parte, divide las etapas de la mediación escolar en: Premediación, en la que el mediador se reúne por

-
12. BECK, A. T. 2003. Prisioneros del odio, Las bases de la ira, la hostilidad y la violencia. Barcelona: Paidós, p. 436.
 13. TORREGO SEIJÓ, J. C. 2000. Mediación de conflictos en instituciones educativas, Manual para la formación de formadores. Madrid: Narcea, p. 55.
 14. DE LA HERRÁN GASCÓN, L., *op. cit.* nota 5, pp. 50-54.

separado con los que intervienen en el conflicto, la fase de Cuéntame/ Escúchame, en donde aportan su visión de la situación que les ha llevado a mediación, la fase de Situarse o Redefinición, en donde se realiza un resumen de lo contado por las partes, expuesto por el mediador, la fase de Arreglar/Proponer Alternativas, en donde se van proponiendo ideas para resolver la situación y por último el Acuerdo, donde se reflexiona sobre las opciones de solución, y se llega a un acuerdo final, en el que las partes están de acuerdo con las opciones.

Independientemente del nombre con el que se etiquete, a cada una de las etapas del proceso, en los diferentes programas de resolución pacífica de conflictos, lo que debemos tomar en cuenta es cumplir con las características que definen a cada una de ellas. Mismas que menciono a continuación:

1. Pre-mediación.–Es el tiempo destinado para la identificación y conocimiento del caso y de las partes que participan en el conflicto, los mediadores podrán analizar el mismo y decidir si es o no adecuado para solucionarlo por vía de la mediación escolar. Antes de entrar de lleno en el proceso de mediación es conveniente reunir cierta información sobre el conflicto, sus protagonistas y la manera cómo llegan a mediación. Este contacto inicial ayuda a los mediadores a enfocar mejor el proceso¹⁵.
2. Bienvenida y Presentación.–Es el espacio en el que los mediadores se presentan en reunión conjunta con las partes en conflicto, se caracteriza por algunos puntos esenciales a abordar: El mediador o mediadores, se presentan y agradecen a los estudiantes, haber aceptado acudir a mediación. Explican las características esenciales de un proceso de mediación y destacan las normas básicas que se deberán respetar. Abordan el tema de la confidencialidad y pactan el acuerdo de la misma, mediante lo que indique el procedimiento del centro. Lo más importante es la creación del contexto adecuado que posibilite la comunicación¹⁶.
3. Exposición y Preguntas.–En esta etapa, los mediadores brindan la palabra a cada uno de los implicados en el conflicto, respetando los turnos de habla y escuchando atentamente las exposi-

15. BOQUÉ TORREMORELL, M. C. 2005. Tiempo de mediación. Taller de formación de mediadores y mediadoras en el ámbito educativo. Barcelona: CEAC, p. 38.

16. VILLAESCUSA ALEJO, M. I. 2010. Condiciones para la mediación de conflictos en educación primaria. En: La convivencia escolar: aspectos psicológicos y educativos. Granada: GEU, pp. 189-192.

ciones. Los implicados cuentan una única versión de lo ocurrido y se potencia hablar de los hechos y de los sentimientos¹⁷. El mediador, regresa la información que le han expuesto cada uno de ellos, con el fin de que, haya sido comprendida al completo y permitir a la otra parte, escuchar la versión de los hechos, desde la neutralidad de un tercero imparcial. Utiliza las preguntas como herramienta aliada en la búsqueda y clarificación de la información. Después de reconocer la posible falla de su perspectiva, puede mirarla con objetividad y cuestionar su validez, y de ahí desprenderse cuestionamientos hacia sí mismo del tipo ¿es posible que haya interpretado mal el comportamiento aparentemente ofensivo de la otra persona?, ¿están basadas mis interpretaciones en pruebas reales o prejuicios?, ¿existe una explicación alternativa?¹⁸, etc.

4. Opciones de Solución.–Lograr distanciarse de la interpretación egocéntrica que uno hace de una situación conflictiva va de la mano con un descentramiento: replantear el significado de dicha situación con la objetividad de un observador imparcial¹⁹, permite, percibir la situación con claridad y generar opciones de solución. El mediador, abre el espacio para la exposición de opciones posibles, que nos acerquen a la resolución del conflicto, a la reparación del daño y a la no reparación del mismo. Las opciones generadas, deberán ser, analizadas y comentadas en sesión, para descartar las inviables y destacar las que estén en acuerdo de cumplir. Las partes proponen soluciones y el mediador ayuda a superar puntos muertos, valorar las posibilidades reales de cada alternativa y clarificar el acuerdo²⁰.
5. Acuerdo Final.–En mediación escolar el acuerdo va ligado al proceso de aprendizaje de los enfrentados, a diferencia de los casos de las normas disciplinarias en las que un acuerdo entre las partes está sujeto a lo establecido en las normas educativas del centro²¹. Participar en la generación y el análisis de las opciones de solución y reparación de daño, beneficia, a que los estudiantes en conflicto, cumplan el acuerdo, ya que su participación es res-

17. *Idem.*

18. BECK, A. T., *op. cit.* nota 13, p. 366.

19. *Idem.*

20. VILLAESCUSA ALEJO, M. I., *op. cit.*, nota 17, pp. 189-192.

21. MUNNÉ, M., MAC-CRAGH, P., *op. cit.*, nota 2, p. 15.

petada en todo momento durante el proceso y el resultado obtenido no deriva de una imposición.

TORREGO & MORENO²² establecen, por ejemplo, 10 ámbitos de actuación que consideran más importantes de identificar, y que ayudan para encaminar acertadamente los programas de convivencia o de mediación escolar: el conocimiento del alumnado, los cambios en el currículum, las normas de comportamiento en el aula, la colaboración con las familias, el entorno social del alumnado, la mejora de los procesos de gestión en el aula, las habilidades de comunicación y resolución de conflictos, las medidas organizativas, las normas de convivencia en el centro y las condiciones mínimas de seguridad.

Xesús JARES²³, por su parte, destaca 6 marcos de convivencia en los que se debe centrar el impacto de una estructura creada para la disminución de conflictos escolares y el beneficio de la convivencia: la familia, el sistema educativo, el grupo de iguales, los medio de comunicación, los espacios e instrumentos de ocio y el contexto político, económico y cultural dominante. A su vez, GONZÁLEZ VALCÁRCEL & MARTÍNEZ²⁴, nos sugieren, citando a Pearson en su obra, algunas orientaciones a las que se pueden dirigir acciones de intervención a favor de la mejora de la convivencia en el centro educativo, desde nuestra opinión, concuerdan con lo que reúne como características esenciales la mediación escolar: crear un ambiente en el que la cooperación, la comunicación, la autodiscusión y la conciencia de grupo se desarrollo; canalizar la desorganización hacia una conducta constructiva; conseguir que los alumnos participen en la solución de los problemas de los demás, a la vez que se comprometan a establecer su propia función social; reforzar los valores positivos de cada uno; organizar discusiones productivas en clase y evitar que los conflictos se agraven.

La mediación escolar es una herramienta que lleva a la práctica elementos que aportan tanto las teorías de la escuela nueva, la educación para la paz, la educación en valores, entre otras propuestas de educación que en su momento revolucionaron al sistema educativo pero que posteriormente se han ido convirtiendo en el alimento educativo y de formación que cada día exige más la sociedad moderna, la escuela de FREIRE con su pedagogía del oprimido por ejemplo, aportaba ideas

22. TORREGO, J. C., MORENO, J. M. 2003. Convivencia y disciplina en la escuela. El aprendizaje de la democracia. Madrid: Alianza.

23. JARES, X. 2006. Pedagogía de la convivencia. Barcelona: GRAÓ, p. 16.

24. GONZÁLEZ VALCÁRCEL, J. A., MARTÍNEZ, J. B. 2007. La violencia en el ámbito escolar. Murcia: Jóvenes sin Fronteras.

de la formación en actitudes necesarias para el diálogo aplicadas al contexto escolar, directamente relacionadas con el profesor, mediante la interiorización de amor por el mundo y los educandos, humildad de aprender juntos sobre el problema, fe en los alumnos y su capacidad de ser más, confianza y acercamiento personal, esperanza activa de hacer avanzar las situaciones humanas problemáticas, pensamiento crítico sobre la realidad para promover su transformación, no la acomodación de los sujetos a ella²⁵.

4. VISIÓN GENERAL DEL ESTADO DE LA MEDIACIÓN ESCOLAR EN ESPAÑA

En los últimos años, y, en específico, en la última década, es sabido que en España ha aumentado la circulación de temas relacionados con la violencia escolar y más aún la implementación de estrategias para contrarrestar sus efectos y frenar su inflación.

Encontramos un aumento en las publicaciones de interés sobre el tema, es ahora son más frecuentes los eventos nacionales e internacionales, además de revistas informativas, simposios y reuniones en la Unión Europea, tesis doctorales, investigaciones y sobre todo las acciones y comunicados del Ministerio de Educación, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Derecho a la Educación y la Ley de Ordenamiento General del Sistema Educativo artículos 2g y 1g, establecen que la educación en pro de la paz, la comprensión y la cooperación internacionales son un imperativo legal del sistema educativo²⁶.

Actualmente, la Ley Orgánica de la Educación 2006 (LOE) es el régimen normativo del sistema educativo español, vigente desde 2006, tiene como principal objetivo, subsanar lo necesario respecto a los datos que se arrojan en el diagnóstico derivado del documento denominado, *Una educación de calidad para todos y entre todos*²⁷, documento en el que se realiza un diagnóstico general, sobre el estado de la educación en el país, y se recogen propuestas y debates de expertos en educación. Se rige por tres principios fundamentales: la exigencia de proporcionar una educación de calidad para todos los ciudadanos de ambos sexos en todos los niveles del sistema educativo, la necesidad de que todos los

25. FREIRE, P. 1975. Pedagogía del oprimido. Buenos Aires: Siglo XXI.

26. Asociación Pro Derechos Humanos. 1994. Educar para la paz, una propuesta posible. Madrid: Los Libros de Catarata, p. 71.

27. Ministerio de Educación y Ciencia 2004. Una educación de calidad para todos y entre todos. Madrid: Gobierno de España.

componentes de la comunidad educativa colaboren para conseguir ese objetivo tan ambicioso y un compromiso con los objetivos educativos planteados por la Unión Europea. Para el cumplimiento de estos tres objetivos fundamentales, la LOE presenta la importancia de la transmisión de los valores que favorecen la libertad, responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, el respeto y la justicia, representadas como la base de la vida en convivencia. Aportando acciones directas para dejar de concebir la educación escolar como una práctica basada únicamente en la simple transmisión de conocimientos, ya que ello responde sin duda a una visión limitada e incompleta respecto a los fines de la educación y al papel de las instituciones escolares²⁸.

Partiendo de resaltar el espacio en el que, la normativa educativa del país da cabida a la necesidad y la propia implementación de planes de convivencia escolar, como los de mediación y la educación en valores, a continuación, hacemos mención a algunos de los programas que por una parte, marcaron el inicio de proyectos futuros y por otra, actualmente siguen implementándose y creciendo en sus áreas de actuación.

En primera instancia, el Ministerio de Educación, ha realizado estrategias de intervención, prevención y disminución de los conflictos escolares, con la implementación de programas como el de Inclusión Educativa, que tiene como principales objetivos, el lograr que la escuela eduque en el respeto de los Derechos Humanos, que todos los miembros de la comunidad colaboren para facilitar el crecimiento y desarrollo personal y profesional individual, a la vez que el desarrollo y la cohesión entre los iguales y con los otros miembros de la comunidad, que la diversidad de todas las personas que componen la comunidad educativa se considerada un hecho valioso que contribuye a enriquecer a todo el grupo y favorecer la interdependencia y la cohesión social, así como buscar la equidad y la excelencia para todos los alumnos y se reconocer su derecho a compartir un entorno educativo común en el que cada persona sea valorada por igual.

También se han llevado a cabo, acciones como, la modernización de los currículos escolares, con la implementación de los programas denominados temas transversales, en los que se ha solicitado a los docentes, enseñar sus clases de manera cotidiana y programada pero enfatizando la debida importancia a los valores, el respeto por los demás, la participación democrática y la resolución de conflictos y la convivencia pacífica.

28. CARRERAS, L., *et al.* 2009. *Cómo educar en valores*, 15ª ed. Madrid: Editorial Narcea, p. 13.

Es por tanto que, los avances son importantes en materia de convivencia escolar. En el 2007, se formaliza, mediante el Decreto 275/2007, la creación del Observatorio Estatal de la Convivencia Escolar con las características de órgano consultivo al que le corresponde asesorar sobre situaciones referidas al aprendizaje de la convivencia escolar y proponer políticas estatales que ayuden a mejorar el clima escolar y la convivencia en los centros educativos.

El observatorio deberá cumplir con diversas funciones, entre las que se destacan: la recogida de información respecto a la convivencia y los casos de violencia o acoso escolar, difundir todas las prácticas que se recojan de diversos centros o instituciones privadas y dar difusión y apoyo para la implementación en los demás centros siempre que colaboren para la disminución de las conductas violentas así como la mejora del clima escolar y promover la colaboración entre todas aquellas instituciones dedicadas al tema de la convivencia escolar, etc.

Cada comunidad, dispone de libertad de probar y crear técnicas y programas que favorezcan la mejora de la convivencia, de forma que sus actuaciones puedan ser adaptadas a las necesidades y características de su población estudiantil y docente. A continuación, un recorrido por algunas de las estrategias llevadas a cabo:

Andalucía cuenta con su programa Escuela: Espacio de Paz que realiza trabajos de promoción y asesoría de los centros educativos en busca de una convivencia positiva.

Aragón con su programa de Las Tres C: Convivir, Compartir y Conciliar que nace en escuelas para personas adultas, la plataforma de este programa recoge las propuestas de estrategias que realizan los centros educativos y las promueve en los demás miembros, realiza convocatorias de participación y gestiona el compartir las actividades.

En Asturias se realizan encuentros escolares por la convivencia con el fin de formar a todos los miembros de la Comunidad Educativa en estrategias pacíficas de resolución de conflictos en los contextos escolares.

Baleares por su parte cuenta con el Instituto para la Convivencia y el Éxito Escolar, un órgano consultivo y organizativo de actividades que ayudan a la prevención y resolución pacífica de los conflictos escolares.

En Canarias se encuentra en marcha el Programa de Educación para la Convivencia en el que se abarcan líneas de actuación sobre la educación para la paz, educación para la igualdad, programas, orientaciones, apoyo y asesorías a centros educativos.

Cantabria trabaja según lo establecido en el Plan de Convivencia para los Centros Educativos en Cantabria, en el que se establecen acciones dirigidas a todos los miembros de la comunidad educativa en busca de favorecer la cultura de la convivencia.

Castilla-La Mancha ha logrado que la educación en valores sea el centro de actuación en su currículo educativo, por lo que se realizan actividades tanto académicas y extracurriculares en donde se ponga en práctica en aprendizaje e interiorización de los valores.

Castilla y León, mediante la plataforma de Convivencia Escolar, proporciona apoyo, asesoría y orientación en los centros educativos.

Cataluña, sin duda alguna una de las comunidades más avanzadas en materia de convivencia escolar, sus trabajos son dirigidos por lo establecido en los Programas de Innovación Educativa que albergan los planes de Convivencia y Mediación Escolar. En este caso parten de la realización de un diagnóstico previo de la realidad escolar del centro para, posteriormente, dar una estrategia de intervención sobre la resolución pacífica de los conflictos.

Extremadura realiza Jornadas de Convivencia y exposición de Modelos de Convivencia con el fin de que convivan entre sí los miembros directivos y docentes de la comunidad educativa en busca de mejorar las acciones de convivencia.

Galicia cuenta con el denominado Plan Galego de Convivencia como parte del Plan Integral de Mejora de la Convivencia Escolar en Galicia para el fomento de una cultura de paz, donde se recogen materiales de apoyo para difusión en los centros educativos.

Madrid da impulso a la elaboración de los Planes de Convivencia y los Consejos de Convivencia en cada centro educativo de los niveles básico y postobligatorio, en donde es responsabilidad de los directivos de los centros vigilar el funcionamiento, cumplimiento y aplicación de las estrategias y normas disciplinarias para la disminución de los conflictos.

En Navarra existe el plan de Asesoría para la Convivencia, un servicio público para el profesorado, alumnos y familias que brinda asesoría, orientación y apoyo en la resolución de conflictos que se generan en el ámbito escolar.

La Rioja también brinda asesorías y orientaciones mediante el servicio de Convivencia Escolar y Atención a Casos de Acoso Escolar.

En la Comunidad Autónoma de Murcia se cuenta con el Observato-

rio para la Convivencia Escolar como órgano colegiado, de actuación continua, mediante la recogida de información sobre la convivencia escolar, con el objetivo de la mejora constante. El observatorio y el Plan de Convivencia y Mejora son resultado de los trabajos del Pacto Social por la Educación en la Región de Murcia 2009-2012. Además Murcia tiene en funcionamiento, desde el 2007, un Programa realizado por la Consejería de Educación en conjunto con el Consejo General del Poder Judicial, a través del Tribunal Superior de Justicia de la Región, denominado Juez de Paz Educativo, que se desprende del Programa General Educando en Justicia. Desde este programa se apoya a los estudiantes en la resolución de sus conflictos con los compañeros, mediante el diálogo y los acuerdos consensuados.

Ahora bien, en referencia a algunas estrategias y prácticas específicas en el tema de la mediación escolar, cada día son más los grupos que participan en la capacitación y el diseño de programas en las distintas Comunidades Autónomas, del mismo modo, se han ido involucrando, cada vez más, las Universidades, aportando la especialización del tema, en busca de unir esfuerzos para el desarrollo de la educación para la paz.

Por ejemplo, en el País Vasco existe la Escuela de la Paz –*Eskola Bake Gune*– de la que sus líneas principales de actuación son la educación para la paz y los derechos humanos, los planes de convivencia en los centros educativos y realizan su trabajo mediante la distribución de materiales de apoyo y la disposición para el apoyo y la asesoría en los casos que se generen.

Valencia cuenta con su Observatorio para la Convivencia Escolar de acuerdo con el decreto de su creación estatal y realizan intervenciones también según lo establecido en el Plan de Prevención de la Violencia y Promoción de la Convivencia.

Cada vez mas institutos y centros educativos, han tomado acciones al respecto, por lo que es importante resaltar que, dentro de las estrategias de convivencia y educación en valores que el Ministerio de Educación y los Organismos Internacionales solicitan, cada una de las comunidades escolares es consciente de la ascendencia de la violencia escolar por lo que se han puesto cartas en el tema apoyados por las universidades u otros grupos, para la implementación de nuevos programas.

Por mencionar algunos, encontramos, el Centro Universitario de Transformación de Conflictos Geuz de la Universidad de País Vasco,

liderado por Ramón ALZATE²⁹, durante más de una década han trabajado en el desarrollo de un Modelo Global de Convivencia en los Centros Escolares, programa de intervención educativa, con enfoque preventivo y transformativo que incide en las relaciones personales, en los procesos de resolución de conflictos, en el sistema disciplinario y en la participación de todos los colectivos de la comunidad educativa en su desarrollo³⁰, que ha sido implementado en más de 70 centros educativos, tanto en educación primaria como en educación secundaria obligatoria de la Comunidad Autónoma del País Vasco³¹.

También, el grupo Accord de Gerona o el Departament d'Ensenyament de la Generalitat de Cataluña trabajan en mediación desde la perspectiva de cultura de mediación y de paz³². El Departamento de Educación de Madrid con la Asociación Interdisciplinaria Europea de Estudios de la Familia (AIEEF), lleva unos años impulsando iniciativas de mediación, como también a la diócesis de Canarias³³.

Lo cierto es que actualmente son numerosos los trabajos realizados en cada una de las comunidades autónomas del país, y que los intercambios de experiencias y aplicación de estrategias permiten el crecimiento de los programas en general, cada día son más los institutos que logran implementar herramientas directamente relacionadas con la disminución de los conflictos y la mejora de la convivencia, sin embargo, debemos reconocer que, el acelerado desarrollo social provoca que al mismo tiempo los conflictos y la violencia aumente, por lo que se debe realizar una labor constante y de objetivos claros en beneficio de nuestros integrantes infantes y adolescentes.

5. VISION GENERAL DEL ESTADO DE LA MEDIACIÓN ESCOLAR EN MÉXICO

En este país son diversas las medidas que se han llevado a cabo al respecto de la educación para la paz, desde la Secretaría de Educación Pública, órgano federal encargado de todo el ámbito educativo, se han

29. MUNNÉ, M., MAC-CRAGH, P., *op. cit.*, nota 2, p. 22.

30. Geuz, SL, Centro universitario de transformación de conflictos, recuperado el 21 de febrero de 2012. www.geuz.es.

31. DE LA HERRÁN GASCÓN, L., *op. cit.*, Nota 5, p. 15.

32. MUNNÉ, M., MAC-CRAGH, P., *op. cit.*, nota 2, pág. 22.

33. MORAL MORA, A. M. 2011. Una aproximación metodológica a la evaluación de programas de mediación para la mejora de la convivencia en los centros escolares. Tesis Doctoral. Valencia: Universidad de Valencia, p. 176.

lanzado programas constantemente en busca de la unión, interacción y convivencia entre todos los integrantes de las comunidades escolares.

Las acciones han sido dirigidas desde la responsabilidad de los centros educativos, realizando actividades de restauración y protección de mobiliario escolar, en busca del reconocimiento de actos por parte de los estudiantes, así mismo se implementan estrategias encaminadas a la integración grupal y convivencia mediante actividades deportivas o eventos, en los que se procura la integración de grupos con características distintas para promover la diversificación de opiniones y la eliminación de discriminaciones o aislamientos sociales.

Sin embargo, si buscamos exponer específicamente lo relacionado con el tema de resolución de conflictos o mediación escolar, en México es más común que cada una de las instituciones o cada uno de los Estados del país, tome medidas de implementación en busca de la disminución de la violencia.

En la última década, el organismo federal ha implementado programas de capacitación en la resolución de conflictos, dirigidos a directivos escolares y a integrantes de la comunidad docente, se han modificado del mismo modo los currículos educativos, insertando temas específicos en la enseñanza de valores, respeto a los demás, participación democrática y solución de conflictos.

A reacción de esto, diversas organizaciones dedicadas específicamente a la mediación en otros ámbitos, a la organización de congresos y la publicación de libros y artículos de revistas, han colaborado en la construcción de programas específicos en mediación escolar en estados como Coahuila, Sonora, Ciudad de México, Oaxaca, Nuevo León, entre otros.

Asimismo en los últimos años, se ha resaltado la participación de las organizaciones de dependencia gubernamental dedicadas a la resolución de conflictos en el ámbito tanto comunitario como intrajudicial, en la creación de programas de mediación escolar, convivencia escolar y medidas para la disminución de la violencia, siendo estas mismas dependencias la protagonistas de la capacitación e implementación de cada programa.

Con respecto a la convivencia y la mediación escolar, se perciben diferencias en torno a los mencionados en España, las estrategias en los centros educativos se han dado de manera independiente y no colectiva. Cada estado y más aún cada municipio ha realizado tareas de investiga-

ción y participación en la lucha de la mejora en la convivencia escolar, pero aún no se ha dado el gran salto del trabajo colectivo.

Es destacable que por normativa nacional encontramos que en el artículo 7° de la Ley General de Educación, recientemente modificado el 28 de enero de 2011, en su fracción VI textualmente cita como uno de los fines principales de la educación impartida por el Estado: *Promover el valor de la justicia, de la observancia de la Ley y de la igualdad de los individuos ante ésta, propiciar la cultura de la legalidad, de la paz y la no violencia en cualquier tipo de sus manifestaciones, así como el conocimiento de los Derechos Humanos y el respeto a los mismos.*

Las Secretarías de Educación de cada uno de los Estados han realizado trabajos con instituciones privadas o universidades en el campo de la convivencia escolar y la mediación en las escuelas. Dentro de ellas destaca el trabajo realizado en el Estado de Sonora, reconocidos como pioneros en el país, en desarrollar el tema y las estrategias de actuación con programas pilotos y, luego, generalizados, un trabajo conjunto entre el Centro de Mediación de México, la Secretaría de Educación del Estado y la Universidad de Sonora. Aunque los trabajos comenzaron a finales de la década de los 90 cabe resaltar la formalización de la Ley de Seguridad Escolar para el Estado de Sonora, publicada en el 2009, que alberga en su artículo 2° la promoción de los mecanismos alternativos de solución de controversias como alternativa a los conflictos entre la comunidad escolar. Los programas realizados en el Estado comprenden, principalmente, el trabajo de capacitación, asesoría y orientación a los centros educativos de nivel primaria y la formación de alumnos mediadores para la resolución de conflictos en la comunidad estudiantil.

Actualmente la Universidad de Sonora imparte una especialidad en Gestión de Conflictos y Mediación Escolar en conjunto con la Secretaría de Educación y Cultura y el Instituto de Mediación de México.

El Estado de México lleva a cabo actualmente un programa de Mediación Escolar en escuelas secundarias y de bachillerato.

En San Luis Potosí durante el período comprendido desde 2007 hasta el 2010 se llevó a cabo un programa considerado piloto denominado Mediación Escolar: Una estrategia hacia la cultura de la paz, en nivel de preescolar con excelentes resultados por lo que se está preparando su implementación oficial, apoyados por la asociación privada del Centro de Trabajo para la Paz Aurora, que se compone de un grupo de voluntarios civiles comprometidos para ayudar a la construcción de la paz social, en el que trabajan, en conjunto, con escuelas, organismo

civiles, religiosos y administrativos en la construcción de una cultura de la paz.

En el caso del Estado de Nuevo León se han realizado diversos trabajos de sensibilización con el tema, dirigidos principalmente por el Centro Estatal de Métodos Alternos, en coordinación con la Secretaría de Educación. De igual forma se han realizado diversas labores por parte de los municipios respecto a los trabajos de convivencia escolar, como el caso de San Pedro Garza García Nuevo León en el que tengo el honor de haber participado. El Programa de Mediación Escolar llamado Educando Hoy para un Mejor Mañana, impulsado por el Centro de Mediación Municipal, centro de mediación municipal creado en 1999, el primero en su tipo en el país, ante la necesidad de acercar a la comunidad herramientas de solución pacífica para problemas entre particulares³⁴; en el que se implementó el programa piloto en un colegio privado del sector y se trabajó por etapas, iniciando con la difusión y sensibilización sobre el tema para, posteriormente, brindar la capacitación a los docentes interesados y finalizando con la capacitación a los alumnos iniciadores del programa. Actualmente se debe continuar con el seguimiento del mismo por parte del Centro de Mediación.

El Estado de Nuevo León, en un significativo avance hacia la mediación escolar y la educación para la paz, el 9 de febrero de 2012 firma un convenio entre la Secretaría de Educación y el Poder Judicial del Estado de Nuevo León, con lo que se da inicio al Programa Mediación en tu Escuela. Dicho convenio fue signado por el Secretario de Educación, José Antonio González Treviño y por la Presidenta del Tribunal Superior de Justicia y Consejo de la Judicatura de Nuevo León, Graciela Buchanan Ortega.

Mediación en tu Escuela, es un programa en el que personal del TSJNL y de instituciones de educación superior, tanto públicas y privadas, capacitarán a maestros para que sean mediadores de conflictos en la comunidad escolar. El Secretario de Educación durante la firma destacó que: en cada escuela tenemos niños, jóvenes, docentes y padres de familia con cualidades para ser mediadores, por lo que es necesario crear oportunidades para que ellos se desarrollen, promoviendo modelos que ayuden a tener ambientes en donde reine la armonía, la justicia, la democracia, la inclusión, la seguridad y la paz³⁵.

34. VÁZQUEZ GUTIÉRREZ, R. L. 2009. Mediación Municipal. En: Mediación y Arbitraje. Leyes comentadas y concordadas del Estado de Nuevo León. México: Porrúa, pp. 319-329.

35. Gobierno de Nuevo León. 2012. Nuevo León unido, Secretaría de Educación, recuperado el 21 de febrero de 2012, www.nl.gob.mx.

El objetivo central de la implementación del programa es el de proporcionar herramientas didácticas a través de capacitaciones a docentes para que, ellos a su vez apoyándose en esta metodología, promuevan entre estudiantes y padres de familia, mediadores que apliquen modelos de convivencia pacíficos en las comunidades educativas. Está proyectado que para el mes de Marzo del presente dé inició la capacitación de los primeros 100 maestros en participar en el programa.

En el caso de México, es sabida la existencia de programas aislados de mejora de la convivencia y la disminución de conflictos escolares, sin embargo, han sido encaminados principalmente desde la perspectiva institucional, diseñados con características diversas e individuales.

Al día de hoy, el órgano federal ha comenzado a entablar estrategias generales de atención principalmente al bullying, con formación y capacitación docente en atención al crecimiento del mismo, de igual manera, la mediación escolar se alza como una de las principales estrategias a desarrollar en este modelo.

Por parte, en la última propuesta de Reforma Educativa en el país con fecha 10 de diciembre de 2012, el gobierno actual, destaca la importancia de trabajar en forma grupal la creación de estrategias de educación integral y de calidad, mediante la participación de la escuela, la sociedad, la familia y demás grupos de influencia directa en el educando. Por lo que, es reconocible resaltar que dentro de los principios de la mediación escolar, se mantiene precisamente la relevancia de la cooperación de los tres principales agentes socializadores en busca de brindar una formación integral.

6. PERSPECTIVAS PRÓXIMAS PARA LOS PROGRAMAS DE MEDIACIÓN ESCOLAR

Actualmente en ambos países abordados para la presente investigación, es notorio que los trabajos realizados han sido principalmente encaminados hacia el ámbito de la educación primaria y secundaria, sin embargo, también se reconoce que dado de la modernización educativa, las futuras estrategias deberán ser implementadas desde la educación inicial, con el fin de que el alumno interiorice y se familiarice con las conductas de cooperación e integración, para que formen parte de su personalidad.

Respecto a lo anterior, aprovecho para destacar el caso de Francia, en donde de la mano del reconocido Jean Pierre BONAFE SCHMITT, quien

defiende que ante otros sistemas de resolución de conflictos en la escuela, donde el acuerdo recae siempre en la decisión adoptada por un tercero, la mediación aporta un gran cambio de mentalidad³⁶, se han enfocado los trabajos de la mediación escolar desde la formación en niños de 3 años, con destacables resultados respecto al desarrollo de habilidades sociales e integración.

Por su parte MUNNÉ³⁷, también ha defendido la eficacia de la mediación escolar desde la etapa de la primera infancia, y nos expone que, como resultado de estos programas, se alcanza una cultura cooperativa, colaborativa y de resolución pacífica de conflictos una cultura de mediación, distinguida en los 10 principios siguientes:

1. La humildad de admitir que muchas veces se necesita ayuda externa para poder solucionar las propias dificultades.
2. La responsabilización de los propios actos y de sus consecuencias.
3. La búsqueda de los propios deseos, necesidades y valores. El respeto por uno mismo.
4. El respeto por los demás. La comprensión de los deseos, necesidades y valores del otro.
5. La necesidad de privacidad en los momentos difíciles.
6. El reconocimiento de los momentos de crisis y de los conflictos como algo inherente a la persona.
7. La comprensión del sufrimiento que producen los conflictos.
8. La creencia en las propias posibilidades y en las del otro.
9. La potenciación de la creatividad sobre una base de realidad.
10. La capacidad para aprender de los momentos críticos, la apuesta por un avance no siempre puede ser a través de un camino llano.

Lo cierto es que, el futuro éxito de programas como el de la mediación escolar dependerá de diversos aspectos fundamentales, entre ellos, su implementación desde las etapas tempranas del desarrollo social, con el firme objetivo de la interiorización de conductas, y por otra, de forma

36. BONAFE-SCHMITT, J. P. 2004. La mediación escolar: prevención de la violencia o proceso educativo. Revista La Trama Interdisciplinaria de Mediación y Resolución de Conflictos (Argentina), núm. 11.

37. MUNNÉ, M., MC-CRAGH, P., *op. cit.*, nota 2, p. 89.

relevante el entender a la mediación escolar y a la propia educación para la paz desde un enfoque integrador.

Desde las perspectivas teóricas y prácticas más actuales, creo firmemente en que el futuro de la mediación escolar como programa de formación integral, dependerá de que las acciones y estrategias sean realmente diseñadas y enfocadas a todos los grupos sociales relacionados con el desarrollo tanto social como intelectual del estudiante.

En relación a lo anterior, es importante retomar lo expuesto por diversos autores que encaminan sus estudios en este enfoque integral, Rosario ORTEGA³⁸, por su parte, identifica a su modelo como eminentemente preventivo, que abarca acciones hacia: alumnado, familias, profesorado y sociedad en general, nos propone que miremos a la comunidad educativa como una comunidad de convivencia en la que se inscriben distintos microsistemas sociales.

En el mismo sentido, Ramón ALZATE³⁹, plantea el denominado Enfoque Escolar Global (EEG), que supone la puesta en marcha simultánea en el marco escolar, de programas curriculares de resolución de conflictos, programas de mediación entre compañeros, transformación de la relación pedagógica, intervención en el clima escolar, etc., y la implicación de los distintos protagonistas, alumnos/as, profesores/as, equipo directivo y padres/madres.

Y, de igual forma, Juan Carlos TORREGO, en sus obras y programas, sigue la línea que él mismo diseñó y denominó como Modelo Integrado de Mejora de la Convivencia⁴⁰, desde el que se actúa en tres ámbitos educativos: la inserción de un equipo de mediación y tratamiento de los conflictos en la estructura del centro, la elaboración democrática de las normas y la creación de un centro de aptitudes generales que actuará en la modificación de currículo, colaboración con las familias, revisión de las interacciones en el aula, y medidas que impacten en los diversos círculos sociales de influencia directa para el alumno.

38. ORTEGA, R. 2010. La convivencia escolar: qué es y cómo abordarla. Programa educativo de prevención de la violencia entre compañeros y compañeras. En: HERRÁN GASCÓN, L. de la (coord.) Programa Taldeka para la convivencia escolar. Bilbao: Descleé de Brouwer, p. 38.

39. Alzate Sáenz de Heredia, R. 2003. Resolución de Conflictos. Transformación en la Escuela. En Vinyamata, E. (coord.), Aprender del Conflicto. Conflictología y Educación. Barcelona: Editorial GRAÓ, p. 48.

40. ARRIBAS ÁLVAREZ, J. M., TORREGO SEIJO, J. C. 2007. El modelo integrado. Fundamentos, estructuras y su despliegue en la vida de los centros. En: Torrego, J. M. (coord.) Modelo integrado de mejora de la convivencia. Barcelona: Editorial GRAO, p. 32.

Los diversos programas enfocados a la convivencia escolar, la integración en las aulas y la disminución del bullying, muestran actualmente un gran avance de implementación y generalización de estrategias, al mismo tiempo que nos dejan ver que en un futuro todos los programas de estas características deberán versar sobre modelos integrales que impacten en todos los círculos directos en los que se desarrolle el alumno, acrecentando la interiorización de habilidades sociales, y valores de respeto, aceptación, colaboración e integración.

7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Nos hemos dado cuenta, que son muchas y diversas las estrategias que los centros educativos y organismos de la educación, han seguido para llevar a cabo la implementación de programas de convivencia y mediación escolar como programas educativos. Han sido abordadas perspectivas actuales sobre la mediación escolar y los programas de convivencia escolar en los países de México y España, ambos países cuentan ya con trabajos avanzados al respecto y, sabemos, que cada estrategia ha sido adaptada según las necesidades del centro y las características de su población estudiantil y su entorno social más cercano.

En una breve comparativa entre ambos, resaltamos, en primer momento, en ambos países se tiene titularidad pública en la responsabilidad del desarrollo y organización de los centros escolares, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de España y la Secretaría de Educación Pública en México. En cuanto al ámbito de la mediación escolar, España parece obtener cierta ventaja en la aplicación de programas de estas características ya que 17 Comunidades Autónomas se han sumado a los programas de convivencia pacífica, frente a los 6 programas encontrados en México.

Lo importante en ambos cuentan con el apoyo de instituciones de educación superior y organizaciones públicas que benefician directamente al éxito de este tipo de programas.

Desde la perspectiva teórica que nos muestran autores como Llorenç CARRERAS, Pilar EIJO, María Teresa GÓMEZ entre otros, en relación a la educación en valores en la época actual, cabe destacar que concuerdo con la visión integral de que, antes de la implementación de un programa de convivencia debemos plantearnos por lo menos tres finalidades principales⁴¹:

41. CARRERAS, L. *et al.* 2009. *Cómo educar en valores*. Madrid: Narcea Ediciones, p. 17.

1. Reflexionar sobre el momento actual de nuestra sociedad, lo cual nos lleva decididamente a abordar el tema de valores en la escuela.
2. Partir del marco legal vigente para enfocar el trabajo en valores, actitudes y normas en el ámbito escolar.
3. Plantear esta propuesta práctica en función de nuestra experiencia como educadores y formadores de profesorado con el propósito de proporcionar una aportación útil y eminentemente práctica, así como facilitar elementos de trabajo que se ajusten a las necesidades del profesorado.

Anteriormente, hemos mencionado también a otros autores que nos proponen un modelo integral con atención a todos los focos de influencia directa sobre el alumno, con el fin de que la formación y la interiorización de valores perduren en su formación de personalidad. En su caso, el equipo de GEUZ, Centro Universitario de Transformación de Conflictos ha dado continuación a los trabajos que durante más de una década han desarrollado un modelo global de convivencia en cerca de 70 centros educativos en la Comunidad Autónoma del País Vasco⁴².

Partimos en nuestro caso, desde la convicción de que la mediación escolar como proceso de diálogo para la resolución de conflictos escolares, en el que los propios alumnos adquieren el protagonismo principal, desde los terceros que ayudan, hasta los que participan en la resolución del conflicto, se convierte en una herramienta práctica ideal para la aplicación de las estrategias y programas que se relacionan directamente con el desarrollo de una educación en valores y por ende una educación para la paz, aunado a la influencia que ejerce la educación en cultura de paz y procesos constructivos de gestión de conflictos en la evolución pacífica de la sociedad⁴³.

Actuar desde las etapas tempranas del desarrollo de personalidad del ser humano, nos permite asegurar más el camino hacia el éxito en la interiorización de habilidades sociales que permitirán al alumno ser exitoso en su futura inclusión al mundo laboral y familiar de pertenencia.

La mediación escolar, nos proporciona un programa vivencial para los alumnos, en donde son ellos los principales protagonistas. La participación se realiza ayudando a los demás compañeros de su edad, alla-

42. DE LA HERRÁN GASCÓN, L., *op. cit.* nota 5, pág. 15.

43. Ídem.

nando así el camino hacia la formación integral en los estudiantes de educación secundaria y permitiendo la interiorización de valores de respeto, así como, la aceptación a la diversidad y cooperación, cada día más exigidos por las necesidades sociales de nuestra actualidad.

Debemos continuar el trabajo del diseño de programas integrales que beneficien directa e indirectamente a la mayor composición social en la que nos desenvolvemos, así como no perder de vista que un programa de estas características debe contar con delimitaciones precisas de actuación por fases, y debe ser adaptado a las necesidades y tipología de los conflictos que se desarrollan en cada centro educativo.

BIBLIOGRAFÍA

- Asociación Pro Derechos Humanos. 1994. *Educación para la paz, una propuesta posible*. Madrid: Los Libros de Catarata.
- BECK, A. T. 2003. *Prisioneros del odio, Las bases de la ira, la hostilidad y la violencia*. Barcelona: Paidós.
- BONAFE-SCHMITT, J. P. 2004. La mediación escolar: prevención de la violencia o proceso educativo. *Revista La Trama Interdisciplinaria de Mediación y Resolución de Conflictos (Argentina)* núm. 11.
- BOQUÉ TORREMORELL, M. C. 2010. *Mediación escolar: pasado, presente y futuro*, Granada: GEU (Universidad de Granada).
- BOQUÉ TORREMORELL, M. C. 2005. *Tiempo de mediación. Taller de formación de mediadores y mediadoras en el ámbito educativo*. Barcelona: CEAC.
- BUSH, R., FOLGER, J. 1996. *La promesa de la mediación*. Barcelona: Garnica.
- CARRERAS, L. *et al.* 2009. *Cómo educar en valores*, 15ª ed. Madrid: Editorial Narcea.
- DE LA HERRÁN GASCÓN; Luis, *Programa Taldeka para la convivencia escolar*, España, Desclée de Brower, 2010.
- FERNÁNDEZ HERRERÍA, A. 1994. *Educando para la paz. Nuevas propuestas*, Granada: Eirene (Universidad de Granada).
- FREIRE, P. 1975. *Pedagogía del oprimido*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- GARCÍA-LONGORIA, M. P., ORTUÑO MUÑOZ, E. 2010. *Aplicación del recurso de la mediación como estrategia de mejora de la convivencia en un centro educativo*. En: GÁZQUEZ LINARES, J. J., PÉREZ FUENTES, M.

- C. (coords.), *La convivencia escolar: aspectos psicológicos y educativos*. Pp. 237-242. Granada: GEU.
- GEUZ, SL 2012. Centro universitario de transformación de conflictos, recuperado el 21 de febrero de 2012. *www.geuz.es*.
- Gobierno de Nuevo León. 2012. Nuevo León unido, Secretaría de Educación, recuperado el 21 de febrero de 2012, *www.nl.gob.mx*.
- GONZÁLEZ VALCÁRCEL, J. A., MARTÍNEZ, J. B. 2007. *La violencia en el ámbito escolar*. Murcia: Jóvenes sin Fronteras.
- JARES, X. 2006. *Pedagogía de la convivencia*. Barcelona: GRAÓ.
- JOHNSON, D. W., JOHNSON R. T. 2004. *Cómo reducir la violencia en las escuelas*, Buenos Aires: Paidós Educador.
- Ministerio de Educación y Ciencia 2004. *Una educación de calidad para todos y entre todos*. Madrid: Gobierno de España.
- MORAL MORA, A. M. 2011. *Una aproximación metodológica a la evaluación de programas de mediación para la mejora de la convivencia en los centros escolares*. Tesis Doctoral, Universidad de Valencia.
- MUNNÉ, M., MACCRAGH, P. 2006. *Los 10 principios de la cultura de mediación*, Barcelona: GRAÓ.
- PÉREZ CRESPO, M. J. 2003. *La mediación escolar, proceso de suma de dos modelos de intervención mediadora en la escuela: los programas de mediación escolar y la mediación social intercultural a su paso por las instituciones educativas*. *Revista Educación y Futuro* 8, 171-182.
- PÉREZ-FUENTES, M. C., *et al.* 2010. *Programas de mediación educativa*. En: GÁZQUEZ LINARES, J. J., PÉREZ FUENTES, M. C. (coords.), *La convivencia escolar: aspectos psicológicos y educativos*. Pp. 269-273. Granada: GEU.
- SEGURA, M. 2005. *Enseñar a convivir no es tan difícil*, 14ª ed. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- TORREGO SEIJÓ, J. C. 2000. *Mediación de conflictos en instituciones educativas. Manual para la formación de formadores*. Madrid: Narcea.
- TORREGO, J. C., MORENO, J. M. 2003. *Convivencia y disciplina en la escuela. El aprendizaje de la democracia*. Madrid: Alianza.
- TORREGO, J. C. (coord.) 2007. *Modelo integrado de mejora de la convivencia*. Barcelona: GRAÓ.
- VÁZQUEZ GUTIÉRREZ, R. L. 2009. *Mediación Municipal*. En: AA VV, Me-

diación y Arbitraje. Leyes comentadas y concordadas del Estado de Nuevo León. Pp. 319-329. México: Porrúa.

VILLAESCUSA ALEJO, M. I. 2010. Condiciones para la mediación de conflictos en educación primaria. En: GÁZQUEZ LINARES, J. J., PÉREZ FUENTES, M. C. (coords.), La convivencia escolar: aspectos psicológicos y educativos. Pp. 189-192. Granada: GEU.

VINYAMATA, E. (coord.) 2003. Aprender del Conflicto. Conflictología y Educación. Barcelona: GRAÓ.

Mediación en el consumo en España y México*

Consumer mediation in Spain and Mexico

JOSÉ GUADALUPE STEELE GARZA

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA MEDIACIÓN EN EL CONSUMO. 3. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. 4. NORMATIVA EUROPEA. 5. MEDIACIÓN EN EL CONSUMO EN ESPAÑA. 6. CONCILIACIÓN EN EL CONSUMO. 7. CONSTITUCIÓN MEXICANA. 8. MEDIACIÓN EN MÉXICO. 9. CONCILIACIÓN EN EL CONSUMO. 10. LA FIGURA DEL MEDIADOR. 11. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Los Métodos alternativos de solución de conflictos (MASC) surgen por las indudables ventajas que las caracterizan, ofreciendo una solución a los conflictos en forma rápida, ágil, efectiva e, incluso, más cercana al ciudadano que los tribunales ordinarios, lo que se presenta espe-

* Doctor en Intervención Social y Mediación por la Facultad de Trabajo Social de la Universidad de Murcia España. Maestro en Ciencias con Especialidad en Métodos Alternos de Solución de Controversias, por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Coordinador y Catedrático de la Maestría de Métodos Alternos de Solución de Controversias, en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Profesor de tiempo completo con perfil Promep, Mediador y Arbitro Certificado por el Centro Estatal de Métodos Alternos y del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado Libre y Soberano del Estado de Nuevo León, conferencista en instituciones públicas y privadas, Presidente del Colegio de Mediadores del Estado de Nuevo León, Coordinador del Centro de Litigación y Mediación de la facultad de derecho y Criminología de la U.A.N.L., Coordinador de Análisis y normatividad en la Subprocuraduría Justicia en la Procuraduría General de Justicia en el Estado de Nuevo León. correo electrónico steele.jose@gmail.com, jose.steele@nuevoleon.gob.mx

cialmente relevante en sede de consumo, pues cualquier ciudadano con conflictos en esta materia, tiene derecho a solicitar su acceso, sin importar los montos económicos de sus reclamaciones. La mediación en el consumo, surge como una forma interprocesal extrajurisdiccional que en forma pacífica conlleva a la resolución de conflictos, no es un concepto novedoso de resolver justicia, ejemplo de lo anterior nos remontarnos en el tiempo, encontramos en el Nuevo Testamento, 1 Corintos 6-4, cuando Pablo se dirige a la congregación de Corinto pidiéndoles que resuelvan sus diferencias con ayuda de personas de su propia comunidad y no en los Tribunales. Ahora bien, la resolución de conflictos ha evolucionado y transformándose *desde una perspectiva de la confrontación habiendo hecho del proceso adversarial y judicial un factor determinante, los índices de litigiosidad de todos los países demuestran que el sistema de justicia actual ya no funciona y lo que es peor se ha colapsado*, de lo que resulta que la justicia tradicional está en crisis¹.

En este trabajo se pretende presentar perspectivas generales de la mediación en el consumo que resulten viables de aplicación en España y México a la luz de la praxis y legislación de ambos países, lo anterior surge de la problemática de la justicia judicial que enfrentan los consumidores y usuarios y los empresarios al someter sus diferencias a los laberintos del sistema que conlleva fallas en la impartición de justicia, dificultades que se advierten por la sobrecarga de litigios, el alargamiento de los procedimientos y los gastos a ellos inherentes, pues no cabe duda que son numerosas las controversias jurídicas que surgen en el esfera del consumo y muchas de esos conflictos se quedan sin solución, de ahí detona la importancia de difundir y culturizar el sometimiento de los conflictos de consumo a la Mediación al aportar prerrogativas importantes como podría ser el evitar sobre todo el desgaste emocional y económico, además de obtener una real justicia. La mediación en el Consumo como sistema alternativo de resolución de conflictos constituye una respuesta a las dificultades de acceso a la justicia que deriva de sus características especiales que tendremos ocasión de analizar como un elemento importante de política legislativa, podemos decir que es un instrumento básico para garantizar el acceso de los consumidores a la justicia y un componente de gran trascendencia en esta sociedad del consumismo, pretendiendo otorgarle una mayor eficacia y certeza jurídica en las relaciones entre consumidores-usuarios y comerciantes o profesionales a través de normativas especiales en materia de me-

1. GORJÓN GÓMEZ, F. J., STEELE GARZA, J. G. (coords.) 2008. *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos*. México: Editorial Oxford, p. 7.

diación en el consumo que regule específicamente este sistema extrajudicial de resolución de conflictos. Por tanto, y consecuencia de este vacío legal, no existe homogeneidad en la práctica de la mediación por lo que el desarrollo de la mediación suele fundamentarse y motivarse en leyes, reglamentos o decretos en forma general y administrados por diversas organizaciones públicas y privadas, pero en la mayoría de los casos con inclinación al sujeto débil que es la parte consumidora. La creación y ejecución de la mediación como una justicia informal o flexible permiten enfrentar los conflictos desde su raíz, escuchando la historia del conflicto, no solamente considerando los aspectos jurídicos que en reiteradas ocasiones quedan fuera de la contienda, pues son los sentimientos los que emanan del conflicto por lo que resulta que la participación directa de las partes en la resolución de sus disputas y conflictos son determinantes para construir acuerdos útiles, viables y duraderos².

2. LA MEDIACIÓN EN EL CONSUMO

La mediación en el consumo es un procedimiento voluntario en el que las partes inmersas en conflicto de índole comercial (consumidor o usuario y profesional o empresario) solicitan la intervención de un tercero neutral e imparcial con conocimientos especiales en materia de consumo, que través de técnicas de comunicación efectiva, facilita el entendimiento entre las partes para alcanzar un acuerdo que ponga fin al conflicto. El o los tercero neutrales, «son los defensores de un proceso equitativo, y no de un determinado resultado. Carecen de poder de decisión autorizado, esto es lo que los distingue básicamente, del juez o del árbitro»³ su actividad inequívoca tiene por objeto ayudar a las partes a enfrentar el conflicto comercial, activando el proceso de comunicación y facilitando la obtención por ellos mismas de un acuerdo satisfactorio.

2. En un asunto que participamos, la parte consumidora reclamaba a un comerciante la reposición o devolución de su dinero por la compra de unos zapatos que visiblemente se apreciaba defecto en su composición, una vez que fue invitado al dueño de la zapatería a la sesión de mediación, comento que estaba en la mejor disposición de resolver el conflicto pero por la actitud del consumidor al comportarse prepotentemente y con agresiones verbales en su negocio, se había a negado a solucionarle el problema, al saber el consumidor de esta situación pidió una disculpa sincera en la sesión conjunta, manifestando que por el momento que estaba pasando de enojo se había comportado de esta manera, ya que había adquirido los zapatos con mucho esfuerzo, pidió una disculpa y se resolvió pacíficamente el problema, reponiendo los zapatos al consumidor.
3. PASTOR SELLER, E., IGLESIAS ORTUÑO, E. 2011. La mediación intrajudicial como método de resolución de conflictos en el seno familiar. *Entramado* 7 (1), 75.

Una de las características del Mediador es su imparcialidad es decir no inclinarse a favor de ninguna de las partes, no prejuzgar, tampoco imponer soluciones, solamente conduce el procedimiento a que las partes participen activamente, debiendo de evitarse que el Mediador tenga conflicto de intereses que puedan perturbar a los conflictuados. Es un procedimiento que refiere a la confidencialidad, como un principio importante, pues la persona mediadora y las partes en conflicto deben mantener la discreción sobre la información de que se trate. En cumplimiento de este deber, las partes se comprometen a mantener la discrecionalidad del desarrollo de las sesiones y acuerdos e incluso los documentos y las actas que elaboren a lo largo del proceso de mediación tienen carácter reservado, además renuncian a proponer la persona mediadora como testigo en algún procedimiento que afecte al objeto de la mediación. Sin embargo, el mediador no está sujeto en forma total y amplia al deber de confidencialidad, pues está obligada e incluso por ley a informar a las autoridades competentes de los datos que puedan revelar la existencia de hechos delictivos perseguibles de oficio.

3. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El artículo 51.1 de la Constitución Española de 1978⁴, obliga a la defensa de los consumidores y usuarios protegiéndolos mediante procedimientos eficaces para la mejor defensa de sus intereses, por lo tanto la mediación en el consumo lo podemos ubicar dentro de esos procedimientos especiales que refiere el texto constitucional, pero esta exigencia de la protección de los consumidores y usuarios en lo específico de proteger por norma a una de las partes del conflicto, no engrana con el concepto puro, objetivo y neutral de lo que es la figura de la mediación, en el que una de las características principales es la imparcialidad y neutralidad con el que deben de actuar los mediadores en la potestad que le otorgan los particulares sin predisposición hacia algunos de los implicados, al incurrirían en un desequilibrio y violación al principio de igualdad, que afectaría al empresario, si bien es cierto que el artículo 51.1 de la Constitución Española, refiere a la protección de defensa de los consumidores y usuarios, como parte más sensible y débil en las relaciones de consumo, no obstante lo anterior en la práctica de la reso-

4. En el capítulo III, de la Constitución Española, refiere a los Principios Rectores de la Política Social y Económica y señala en su artículo 51.1 Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

lución de conflictos que administran los gobiernos como entes institucionales es por demás conocidos la transparencia, imparcialidad y honorabilidad de los mediadores en aquellos casos que son de su conocimiento, debiendo recordar que todos somos consumidores en distintos momentos de nuestra vida.

4. NORMATIVA EUROPEA

Como antecedente del interés de la Mediación en la Unión Europea, se advierte que en fecha 30 de marzo de 1998 la Comisión de la UE adoptó una Comunicación sobre la solución extrajudicial de los conflictos en materia de consumo. Dicha Comunicación, se incluye en la Recomendación 1998/257/CE, de 30 de marzo así como también un formulario de reclamación por parte del consumidor, otro formulario de respuesta del empresario, aceptando la reclamación, proponiéndole alguna otra alternativa u ofreciéndole el sometimiento de la reclamación a la mediación y el tercero de aceptación, o no, por el consumidor reclamante. Este formulario europeo de reclamación del consumidor también se adecua plenamente al sistema español de arbitraje de consumo, de manera que se presenta como una vía idónea para la formación del convenio arbitral. Asimismo en fecha de 22 de octubre de 2004, se presentó por la Comisión de la Unión Europea una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, excluyendo al consumo e irónicamente es el tema que nos ocupa, pero no obstante lo anterior y de su importancia en lo general de la Mediación, podemos resaltar algunos objetivos, que servirán como antecedentes para la praxis del mediador especializado:

- Facilitar el acceso a la resolución de litigios a través del establecimiento de una relación dinámica entre la mediación y el proceso judicial, estableciendo unas reglas mínimas comunes en todo el ámbito de la Unión Europea, de manera que las partes puedan considerar recurrir a la mediación inmediatamente después del surgimiento del conflicto y como alternativa a la incoación de un proceso judicial civil.
- Proporcionar herramientas necesarias para que los órganos judiciales de los Estados miembros promueva activamente el uso de la mediación, pero sin hacerla obligatoria ni sujetarla a sanciones específicas.

De todo lo anterior el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión

Europea adoptaron en definitiva la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles que entró en vigor el 13 de junio de 2008 y que se compone de 14 artículos⁵. La Directiva se pidió a los Estados miembros que instauraran procedimientos alternativos de carácter extrajudicial. Se acordó que el objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia, como parte de la política de la Unión Europea, debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios. La Directiva debe contribuir a la disponibilidad de servicios de mediación. Se asumió como más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Se estimó que la mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial, por lo que los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva con el fin de alentar a las partes a hacer uso de la mediación, los Estados miembros deben garantizar que sus normas sobre plazos de caducidad y prescripción no impidan a las partes recurrir a los tribunales o al arbitraje en caso de que fracase su intento de mediación. También se garantiza la confidencialidad de la mediación. Los Estados miembros deben alentar a que se informe al público en general de la forma de entablar contacto con mediadores y organizaciones que presten servicios de mediación. También deben alentar a los profesionales del derecho a informar a sus clientes de las posibilidades que ofrece la mediación. Los Estados miembros fomentarán la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación a dichos códigos, así como otros mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación y fomentarán la formación inicial y continua del mediador, lo anterior para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes.

En esta orden de ideas la Comisión Europea está convencidas de los beneficios y ventajas de la Mediación como forma efectiva en la resolución de controversias de consumo transfronterizo en el territorio de la Unión Europea (UE) pues el objetivo es aumentar la confianza en el Mercado Único, a través de una alternativa más ágil y barata que permita resolver conflictos con los comerciantes sin necesidad de acudir a

5. *Diario Oficial de la Unión Europea 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.*

los tribunales y es que según afirma la Comisión, «una de las razones por las que a menudo los consumidores se abstienen de compras transfronterizas es la incertidumbre acerca de qué hacer o a quién dirigirse en caso de que surja algún problema con un comerciante extranjero», a pesar de que los estados miembros cuentan para los casos transfronterizos con un mecanismo de cooperación a través de una red de servicios de seguridad de los consumidores o la opción para los perjudicados de acudir a los tribunales, sin embargo, estos sistemas no suelen proporcionarles una compensación por los daños sufridos.

5. MEDIACIÓN EN EL CONSUMO EN ESPAÑA

Ahora bien una de las forma en que se desarrolla la mediación en el consumo, es a través de las quejas o de las reclamaciones planteadas por los particulares ante las Oficinas Municipales de Información al Consumidor, Asociaciones de Consumidores y desde luego ante el sistema arbitral de consumo, conforme al Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero⁶, en su artículo 38 señala *que contempla «la posibilidad de utilizar la mediación para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto»*, así mismo el artículo 41 del Real Decreto Mencionado refiere *«Que los árbitros, los mediadores, las partes y quienes presten su servicio en la juntas arbitrales de consumo, están obligados a guardar confidencialidad de la información que conozcan en el procedimiento arbitral»*, y para finalizar en el artículo 49 del referido Real Decreto señala *«que el plazo para dictar el laudo se suspenderá para el intento de mediación previa por un período no superior a un mes desde el acuerdo de iniciación del procedimiento arbitral»*, si bien existen instancias que tienen reconocidas tareas de mediación en el referido Real Decreto pero es importante mencionar que no se le concibe como una fase autónoma, sino que sólo es posible cuando proceda o se active el arbitraje, es decir cuando la reclamación sea admitida a trámite por reunir los requisitos legales⁷ por

6. BOE, número 48, de 25 de febrero de 2008.

7. Ídem. Artículo 2. Materias objeto de arbitraje de consumo.

1. Únicamente podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos a que se refiere el artículo 1.2 que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho.

2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquellos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos, conforme a lo previsto en el artículo 57.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

tanto, puede ser una alternativa voluntaria, previa o coetánea al arbitraje, a la que se invita a las partes y que las juntas arbitrales deben asegurar como un servicio que se debe prestar, lo ideal desde mi perspectiva sería que la mediación en el consumo sea una vía autónoma sin depender del arbitraje de consumo, ejemplo de lo anterior lo tenemos en el Consejo Andaluz, en el ejercicio de la mediación en el consumo que funciona a través de órganos especializados de ámbito sectorial en los que delega funciones consultivas y de mediación para lograr un tratamiento específico de las peculiaridades propias de cada sector en materia de consumo, han surgido distintos convenios de colaboración sectoriales que han llevado a la creación de los órganos regionales de mediación en distintos ámbitos en las que se han creado los órganos provinciales de mediación que están compuestos por:

- Un representante de la Delegación Provincial de Trabajo e Industria.
- Un representante de la asociación de consumidores a través de la cual se ha presentado
- la reclamación, de entre las que suscriben el convenio o de no ser así por turnos rotativos.
- Un representante del sector al que se refiere la reclamación.

La secuela del procedimiento de Mediación de consumo es el siguiente:

- Se inicia con el escrito de reclamación que contiene la solicitud de mediación.
- Se notifica al reclamado para que éste conteste en un plazo no superior a 15 días si acepta o no la mediación y acompañe prueba documental, citándosele en día y hora.
- El acto comienza con la exposición por el reclamante de la reclamación y con la
- fundamentación de la misma. A esto sigue la contestación y fundamentación por parte
- del reclamado.
- Turno de réplicas y duplicas.
- Intento por los miembros del consejo de mover al acuerdo.
- Acta de la avenencia o desavenencia⁸.

8. MOYANO, E., NAVARRO, E. J. 1999. El movimiento de consumidores en Andalucía. Sevilla: Junta de Andalucía, Consejería de Trabajo e Industria.

En esta orden de ideas debemos de considerar también que el acuerdo de la mediación fuera del procedimiento oficial tiene el carácter de un acuerdo privado inter-partes, consumidor y empresario, que el valor y la importancia y su eficacia se la otorgan los propios protagonistas del conflicto, lo que no sucede en el arbitraje, pues a través de la emisión del laudo por los órganos arbitrales, la resolución definitiva adoptada adquiere eficacia jurídica *erga omnes* como una sentencia judicial.

6. CONCILIACIÓN EN EL CONSUMO

tenemos que conforme al artículo 42 del Real Decreto 231/2008, refiere a que «*el órgano arbitral puede instar a las partes a la conciliación*», así mismo el diverso artículo 49 del mencionado Real Decreto señala que «*si las partes logran un acuerdo conciliatorio sobre todos los aspectos del conflicto, una vez iniciadas las actuaciones arbitrales, el plazo para dictar el laudo conciliatorio será de quince días desde la adopción del acuerdo*», lo cierto es que la conciliación aun y que se encuentra dentro del procedimiento arbitral de consumo, la forma de desarrollarse es independiente a este respecto revierte mayor importancia el que los árbitros o árbitro se les otorgue facultades para que resuelvan el conflicto a través de la conciliación antes de emitir el Laudo, lo anterior es así cuando el objetivo es la resolución del conflicto entre las partes contendientes.

En el contexto universal, el concepto de la conciliación. «*merece un tratamiento especial para su definición y características, ya que es muy similar al de la mediación*»⁹. «*La línea que separa ambas figuras es tan delgada.*»¹⁰ «*La unificación de los conceptos de mediación y conciliación no depende solo desde el punto de vista personal, doctrinal o practico, sino principalmente de las características que encierra en cada uno,*»¹¹ por una parte tenemos que la conciliación «*es el mecanismo de resolución de conflictos a través del cual dos o más personas gestionan la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.*» Podemos decir también que las características de la conciliación son:

- El tercero propone la solución y persuade a las partes.

9. GORJÓN GÓMEZ, F. J., SÁENZ LÓPEZ, K. 2009. Métodos Alternos de Solución de Controversias, Enfoque Educativo por Competencias, 2ª ed. México: Patria, p. 101.

10. AZAR MANSUR, C. 2003. Mediación y conciliación en México; dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar. México: Porrúa, p. 13.

11. GIL ECHEVERRI, J. H. 2002. La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Bogotá: Ed. Themis, p. 6.

- El tercero debe ser un experto en la materia.
- Se pretende la satisfacción de intereses públicos y no fines públicos.
- Se puede apegar a reglamentos, leyes o decretos previamente establecidos por instituciones arbitrales.
- El proceso termina en el momento que lo dispongan las partes.
- Es un método rápido y económico¹².

Solamente cuando las partes así lo decidan el órgano arbitral procederá ubicar la controversia a la conciliación, la única desventaja que puede crear es que el tribunal arbitral tendrá acceso a las posturas reales de las partes, las debilidades de su caso, así como las circunstancias en el que las partes estarían dispuestas a transigir, lo anterior ocasionaría que en caso de no lograr la conciliación algunos tribunales arbitrales se han contaminado y existiría el riesgo de tener una óptica distinta y actuaría con menor frialdad y sensibilidad al momento de resolver en su laudo, por lo tanto *«en el ejercicio de esta facultad los árbitros han de actuar con prudencia pero con eficacia. Será poco operativo que se limiten a una exhortación formal y formularía para que las partes lleguen a un acuerdo, pues al principio hay que pensar que cuando aquellas han decidido poner en marcha el procedimiento arbitral es porque ya han fracasado las tentativas de avenencia entre ellas. Pero tampoco han de excederse en su intento, ni mucho menos adelantarles el contenido del laudo, porque de ser así alguna de las partes podría haberse compelida a transigir, y los árbitros perderían la imparcialidad que debe caracterizar su actuación»*¹³.

7. CONSTITUCIÓN MEXICANA

En México se incorporó en la Constitución General de la República el artículo 17¹⁴, al ordenar que las *leyes preverán mecanismos alternativos*

12. PEÑA BELARDO DE QUIRÓS, C. M. 1991. El arbitraje. La conciliación. Los métodos anormales de terminación del proceso. Granada: Ed. Comares, p. 103.

13. SAMANES ARA, C. 1997. El sistema arbitral de consumo. Pamplona: Ed. Aranzadi, p. 177.

14. Diario Oficial de la Federación 5 de febrero de 1917, adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación de fecha 29 de Julio de 2008, señala: Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determina-

de solución de controversias, establece la posibilidad de que las personas puedan resolver sus conflictos sin autoridades como un mecanismo complementario al servicio de la justicia ordinaria. Esta nueva opción constitucional significa que debemos desaprender la creencia de que frente a un conflicto, la única y mejor opción es que un tribunal judicial intervenga. La inclusión en la Constitución de los mecanismos alternativos de solución de controversias constituye también un paso para fortalecer a la democracia, al privilegiar la participación de voluntades privadas en el manejo de sus conflictos; y así convertir dicha opción en un derecho de las personas para decidir por sí mismas sus conflictos, sin la tutela de órganos del Estado.

Respecto al consumo el artículo 28 constitucional mexicano se advierte similitud en sus conceptos conforme al artículo 51.5 constitucional español que tiene por objeto garantizar la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones de consumo, protegiendo los derechos del consumidor. El numeral 28 Constitucional, señala *«La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses. De la misma manera, se establece que por vía legal se controlarán los precios de artículos necesarios para la economía nacional o el consumo popular y se manejará el sistema de distribución de estos artículos para asegurar su abastecimiento suficiente y oportuno»*, esa seguridad jurídica en las relaciones de consumo y de protección de interés a los consumidores a que alude la carta magna se contraponen a la inequidad de la tutela efectiva a favor del gobernado en los casos de conflictos en el consumo, al igual que en España se requiere que las relaciones de consumo se equilibren entre el consumidor y proveedor o comerciante, de esta forma los mecanismos alternos de solución de conflictos, cumplan con su función y puedan activarse como una forma social en el que se enaltezcan los principios de imparcialidad, igualdad, neutralidad y confidencialidad,

rán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos. Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial. Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes. Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones. La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público. Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

así como pacificadores de paz, pero sobre todo la continuación de sus relaciones comerciales.

8. MEDIACIÓN EN MÉXICO

Son los organismos públicos y privados que acceden a la mediación como una forma de resolver conflictos en las relaciones de consumo en los que podemos mencionar en el ámbito privado, la Cámara de Comercio y Servicios de Turismo de la Ciudad de México¹⁵, el Instituto de Mediación México¹⁶, el Instituto Mexicano de Mediación¹⁷, el Centro Mexicano de Mediación¹⁸, el Centro de Mediación Notarial¹⁹, y el Centro Interdisciplinario para el Manejo de Conflictos²⁰, la Asociación para la Resolución de Conflictos, A. C.²¹, y el Colegio de Mediadores de Nuevo León, quien me honro en presidir²². En el ámbito público más de 22 Estados de La República Mexicana ya tiene contemplada la Ley de justicia Alternativa llamándola de diversas formas pero con el objetivo de resolver diferencias de diversas materias que incluye la mediación en el consumo, pero siempre con el consentimiento voluntario y pacífico de las partes en conflicto, estas formas de resolución de conflictos son administrados por el estado y los municipios en el territorio nacional.

Sin lugar a dudas la mediación en el consumo, es un procedimiento muy accesible y por demás benévolo en cuanto al ahorro de tiempo para solucionar conflictos de diferente índole, indudablemente que en México y España se tiene acceso a diferentes servicios por parte de los gobiernos e incluso servicios particulares que se dedican a proporcionar alternativas profesionales a los ciudadanos interesados en solucionar una controversia de forma rápida, pacífica, económica y satisfactoria, además se garantiza la obtención de beneficios a corto y largo plazo que implica de inicio el conocimiento de la existencia de esta forma de solución los conflictos al formar ciudadanos inteligentes y capacitados con

15. <http://www.ccmexico.com.mx/>. Fecha de visita 1 de diciembre de 2011.

16. <http://www.congresodemediacion.org/sp/index.php>. Fecha de visita 1 de diciembre de 2011.

17. <http://www.imm.org.mx/listado.htm>. Fecha de visita 1 de diciembre de 2011.

18. <http://www.centromexmediacion.com/>. Fecha de visita 1 de diciembre de 2011.

19. <http://www.vivirenpaz.org.mx/pg/convocatorias.html>. Fecha de visita 1 de diciembre de 2011.

20. <http://www.solucionenegociada.com>. Fecha de visita 3 de diciembre de 2011.

21. <http://www.arco.org.mx/>. Fecha de visita 3 de diciembre de 2011.

22. <http://www.colegiodemediadoresdenuevoleon.com>. Fecha de visita 3 de diciembre de 2011.

mayor posibilidad de afrontar situaciones adversas y solucionarlas de forma asertiva, además entre otros beneficios personales del conocimiento, pudiendo mencionar lo siguiente:

- La participación activa de las partes para llegar a un acuerdo satisfactorio es decir el conocimiento de una vía alterna en la resolución de sus conflictos
- Las partes en Conflicto obtienen un aprendizaje debido a la experiencia, ya que conoce sobre sus derechos y obligaciones.
- Aprenden a conocer y analizar la publicidad engañosa, etiquetas, instrucciones, garantías, costos de los productos que adquieren y venden.
- Elegir servicios que garanticen su seguridad.
- Concientizarse sobre la implicación de las especificaciones de los productos que se adquieren.

9. CONCILIACIÓN EN EL CONSUMO

La Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), administra la ley Federal de Protección al Consumidor y protege los derechos de los consumidores, no contempla la figura de la Mediación, solo se constriñe a la facultad de procurar la Conciliación entre las partes en un conflicto, se trata de una conciliación atípica que prevé en su parte adjetiva el procedimiento de conciliación conforme a los dispositivos ubicados del 111 al 116²³ el cual tiene como fin primordial componer, ajustar

23. ARTÍCULO 111.-La Procuraduría señalará día y hora para la celebración de una audiencia de conciliación en la que se procurará avenir los intereses de las partes, la cual deberá tener lugar, por lo menos, cuatro días después de la fecha de notificación de la reclamación al proveedor.

La conciliación podrá celebrarse vía telefónica o por otro medio idóneo, en cuyo caso la Procuraduría o las partes podrán solicitar que se confirmen por escrito los compromisos adquiridos.

Párrafo reformado DOF 4-febrero 2004 LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN Secretaría General Secretaría de Servicios Parlamentarios Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis Última Reforma DOF 26 mayo 2011 40 de 80, Queda exceptuado de la etapa de conciliación, cuando el consumidor sea menor de edad y se haya vulnerado alguno de los derechos contemplados en el Título Segundo de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Párrafo adicionado DOF 19 agosto 2010.

ARTÍCULO 112.-En caso de que el proveedor no se presente a la audiencia o no rinda informe relacionado con los hechos, se le impondrá medida de apremio y se citará a una segunda audiencia, en un plazo no mayor de 10 días, en caso de no

y equilibrar los intereses y derechos del consumidor y del proveedor²⁴. De los presupuestos procesales para que se instaure el procedimiento

asistir a ésta se le impondrá una nueva medida de apremio y se tendrá por presuntamente cierto lo manifestado por el reclamante. En caso de que el reclamante no acuda a la audiencia de conciliación y no presente dentro de los siguientes 10 días justificación fehaciente de su inasistencia, se tendrá por desistido de la reclamación y no podrá presentar otra ante la Procuraduría por los mismos hechos.

ARTÍCULO 113.—Previo reconocimiento de la personalidad y de la relación contractual entre las partes el conciliador expondrá a las partes un resumen de la reclamación y del informe presentado, señalando los elementos comunes y los puntos de controversia, y las exhortará para llegar a un arreglo.

Sin prejuzgar sobre el conflicto planteado, les presentará una o varias opciones de solución, salvaguardando los derechos del consumidor. Párrafo reformado DOF 4 febrero 2004 Tratándose de bienes o servicios de prestación o suministro periódicos tales como energía eléctrica, gas o telecomunicaciones, el solo inicio del procedimiento conciliatorio suspenderá cualquier facultad del proveedor de interrumpir o suspender unilateralmente el cumplimiento de sus obligaciones en tanto concluya dicho procedimiento. Párrafo adicionado Diario Oficial de la Federación de fecha 04 de Febrero de 2004.

ARTÍCULO 114.—El conciliador podrá en todo momento requerir a las partes los elementos de convicción que estime necesarios para la conciliación, así como para el ejercicio de las atribuciones que a la Procuraduría le confiere la ley. Asimismo, podrá acordar la práctica de diligencias que permitan acreditar los hechos constitutivos de la reclamación. Las partes podrán aportar las pruebas que estimen necesarias para acreditar los elementos de la reclamación y del informe.

Párrafo reformado DOF 4 febrero 2004. El conciliador podrá suspender cuando lo estime pertinente o a instancia de ambas partes, la audiencia de conciliación hasta en tres ocasiones. Asimismo, podrá requerir la emisión de un dictamen a través del cual se cuantifique en cantidad líquida la obligación contractual. Párrafo reformado DOF 4 febrero 2004, En caso de que se suspenda la audiencia, el conciliador señalará día y hora para su reanudación, dentro de los quince días siguientes, donde en su caso, hará del conocimiento de las partes el dictamen correspondiente, las cuales podrán formular durante la audiencia observaciones al mismo. Párrafo reformado DOF 4 febrero 2004.

Para la sustanciación del procedimiento de conciliación a que se refiere el presente Capítulo, se aplicará supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles. Párrafo adicionado DOF 4 febrero 2004

ARTÍCULO 115.—Los acuerdos de trámite que emita el conciliador no admitirán recurso alguno.

Los convenios celebrados por las partes serán aprobados por la Procuraduría cuando no vayan en contra de la ley, y el acuerdo que los apruebe no admitirá recurso alguno.

ARTÍCULO 116.—En caso de no haber conciliación, el conciliador exhortará a las partes para que designen como árbitro a la Procuraduría o a algún árbitro independiente para solucionar el conflicto. Para efectos de este último caso, la Procuraduría podrá poner a disposición de las partes información sobre árbitros independientes. Párrafo reformado DOF 4 febrero 2004 En caso de no aceptarse el arbitraje se dejarán a salvo los derechos de ambas partes.

24. El artículo 1º de la Ley Federal de Protección al Consumidor, señala que el objeto de esta ley es promover y proteger los derechos y cultura del consumidor y procurar

de conciliación se requiere la queja o reclamación del consumidor y las manifestaciones que al respecto realice el proveedor a través del informe que rinde ante la Unidad Administrativa de la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco). La función jurídica en el procedimiento de conciliación se podría entender como aquella acción que se lleva a cabo para lograr un acuerdo entre las partes y terminar con el conflicto de manera amistosa y pacífica. El procedimiento de conciliación llevado ante las Unidades Administrativas de la PROFECO tiene como fin primordial ser un medio eficaz y rápido de solución de controversias entre los consumidores y proveedores. De acuerdo a los procedimientos de conciliación llevados ante las Unidades Administrativas de la PROFECO existen varios tipos de conciliación:

- Conciliación inmediata, la cual a su vez se divide en:
- Conciliación telefónica, o
- Conciliación domiciliaria.
- Conciliación personal.

Por conciliación inmediata debe entenderse aquel medio de solución de controversias a través del cual se busca solucionar el conflicto en el momento en que es presentada la queja por el consumidor. Lo anterior indica que este procedimiento busca acelerar el trámite realizado por el consumidor a quien trata de proporcionársele un servicio pronto y expedito, buscando solucionar el problema planteado en el mismo momento en que se hace del conocimiento de la autoridad. Para poder determinar si procede la conciliación inmediata o personal el receptor de quejas deberá analizar los hechos, pretensiones y motivo de la reclamación planteados por el reclamante para determinar la factibilidad de resolver el conflicto en el momento inmediato posterior a la recepción de la queja. Asimismo, se deberá analizar al proveedor, ya que si ha sido recurrente la falta de compromiso al celebrarse la conciliación inmediata en cualquiera de sus dos modalidades, convendrá más determinar y seguir la conciliación personal como una vía más formal, donde la autoridad requiere a las partes para que argumenten sus pretensiones, lo atípico de esta conciliación administrada por el Gobierno Federal Mexicano es que al no acudir el proveedor o comerciante se procede a aplicar medidas de apremio, consistente en multas económicas e incluso sanciones (clausura y arresto) con el apoyo de la fuerza pública y a

la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores, es decir regulara las relaciones de consumo ente el consumidor y proveedor, tratando a las partes por igual en sus derechos y obligaciones.

contrario sensu si no acude la parte consumidora se procede a dejar sin efecto su reclamación en forma temporal y posteriormente en definitiva para el caso de no acreditar fehacientemente su insistencia. De todo lo anterior expuesto se puede concluir que la PROFECO a través de este tipo de procedimiento de conciliación cumple de manera regular sus objetivos como institución conciliadora y con las políticas de protección al consumidor, brindando un servicio de calidad, eficiencia y una auténtica participación en la protección del consumidor, la única desventaja que se advierte como mecanismo alternativo de solución de conflictos son los actos de coacción a que alude la Ley Federal de protección al Consumidor.

10. LA FIGURA DEL MEDIADOR

Ahora bien en fecha 9 de junio de 2005, el Comité Económico y Social Europeo emitió Dictamen sobre la referida Propuesta de Directiva 2005/C 286/01; DOUE de 17 de noviembre de 2005. Considerándola como un instrumento positivo, insistiendo en la importancia del mediador en el procedimiento, considerando que debería incorporarse a la Directiva unas líneas directrices que permitan garantizar cierta armonización entre todos los Estados miembros, así como la autoridad y calidad de los mediadores, proponiendo, a estos efectos, como requisitos mínimos exigibles a los mediadores, los que siguen:

- Titulación adecuada y formación en las materias objeto de la mediación.
- Independencia e imparcialidad en relación con las partes litigantes.
- Transparencia y responsabilidad en sus actuaciones.
- Libertad de prestación de servicios entre todos los Estados miembros, lo que favorecerá la independencia del mediador respecto de las partes.

El mediador o facilitador deberá tener habilidades, destrezas, técnicas y herramientas procedimentales que faciliten el proceso, así como ser conocedor del tema en conflicto, para evitar incertidumbre y desconfianza a lo largo de proceso, además la importancia que deberá cumplir con un perfil que reúna mínimo las siguientes características:

- Ser imparcial y neutral es decir no inclinarse a favor de ninguna de las partes y no dejarse contaminar en el conflicto.

- Debe dar confianza y seguridad a las partes.
- Ser un buen puente de comunicación.
- Ser un buen observador.
- Saber reconducir las situaciones a términos objetivos, en el caso de crisis e ira.
- Tener capacidad de síntesis para los argumentos que le proporcionen las partes.
- Tener capacidad de convicción, de seducir a las partes, para que lleguen a acuerdos.
- Tener imaginación, creatividad y capacidad de improvisación.
- Saber escuchar activamente.
- Ser paciente y tolerante.
- Tener sentido del Humor.

En este tenor como lo afirma el Dr. Enrique PASTOR SELLER E IGLESIAS ORTUÑO, «Los profesionales de la mediación tienen un punto en común, que es su formación en técnicas, habilidades y procesos de mediación, difieren en sus profesiones de base, sus ámbitos de trabajo y el tipo de mediación especializada que realizan. La formación previa para un mediador es esencial, pero sin duda es la formación continua la que lo va a transformar es un buen profesional, al proporcionarle eficacia y eficiencia a su labor mediadora»²⁵, lo anterior es así como lo señala el referido autor, pues si no tienes la capacitación continua tanto teórica como practica el resultado sería la disminución de respuesta a los propósitos y fines de la mediación, pudiendo incluso crear entornos de desconfianza frente a los mediados.

Por su parte el Mediador en la sesión de Pre-mediación y / Mediación debe de observar lo siguiente:

- De inicio analiza y califica el conflicto, es constante que en una controversia concurren circunstancias de percepción entre las cuales podemos destacar intereses personales, tratos indebidos, falta de diálogo, ideas preconcebidas, que hacen que cada parte se ubique en una sola postura y que, sin la ayuda del mediador, se haga difícil la comunicación. Por ello el mediador intenta iden-

25. PASTOR SELLER, E., IGLESIAS ORTUÑO, E. 2011. La mediación intrajudicial como método de resolución de conflictos en el seno familiar. *Entramado* 7 (1) 83-84.

tificar cuáles son las causas fundamentales o decisivas del desacuerdo.

- El mediador explorara el conflicto con el objeto de sustraer la mayor información para ubicar los intereses reales de la controversia y conducir a las partes a que puedan entender la situación desde otra perspectiva.
- Debe persuadir a las partes de la conveniencia de la negociación que equivale a tener cierta flexibilidad.
- Es importante fijar las pretensiones de cada una de las partes e intentar valorar las posibilidades reales de resolver las diferencias mediante la aproximación de posturas.
- El mediador ayuda a recapitular, resumir y fijar las bases a fin de que el acuerdo se viable y duradero.
- Dependiendo de cada caso en concreto y de las posiciones de las partes, así como del grado de confianza mutua que haya observado el mediador propone la forma más adecuada de plasmar los acuerdos.

En todo el procedimiento de mediación, los mediadores estarán sujetos en su actuación a los requisitos y principios elementales como lo es independencia, imparcialidad, igualdad y la confidencialidad, partiendo también de la buena fe para la solución del conflicto pues es claro que la responsabilidad y la competencia del mediador es elemental para producir satisfacciones o desilusiones entre los protagonistas de un conflicto, «De ahí que los ajenos (partes-mediados) muchas veces quedan desilusionados con actuaciones que no siempre pueden calificarse de esfuerzo colaborativo o que a menudo carecen de afectos concretamente vislumbrarte, si estos facilitadores fracasan, puede producirse un impacto negativo sobre la profesión: si tienen éxitos rotundos estos se reflejan con energía favorable y da a todos un sentido de trascendencia,» aunado como lo comenta Dra. María Paz GARCÍA y el Dr. Enrique PASTOR SELLER «respecto a la legitimidad profesional y social se mantiene de manera dinámica a lo largo de todo el proceso de mediación, a partir de la negociación constante que el mediador realiza consigo mismo, por un lado entre las diversas valoraciones y preferencias que tienen las partes al asumir la Imparcialidad, y por otro su ego profesional, el respeto a la capacidad y soberanía de las partes para la construcción de sus acuerdos, neutralidad.»²⁶ Por lo tanto debemos de considerar además de

26. GARCÍA-LONGORIA SERRANO, M. P., PASTOR SELLER, E. 2011. Métodos Alternos de Solución de Conflictos, herramientas de paz y modernización de la justicia. En: GONZALO QUIROGA, M., GORGÓN GÓMEZ, F. J., SÁNCHEZ GARCÍA, A. (coords.), op. cit., p. 173.

la responsabilidad, competencia, legitimidad, las actitudes o aptitudes de aquellos que conforman los órganos de mediación, pues de ellos depende la generación de la confianza de quienes solicitan el servicio para someter sus diferencias a estos métodos alternos de solución de controversias. De tal modo «Aquel que quiera desempeñar este rol debe, fundamentalmente, emprender una transformación personal en su manera de concebir la relación con el otro, en el modo de construir ese lugar de terceridad, en la capacidad para crear un espacio de encuentro y de incentivar la verdadera emancipación de los individuos.»²⁷ Por su parte cuando se alude a la figura del tercero neutral llamado conciliador para el caso de la Profeco en México, lo que se busca que los partes conflictuadas logren acuerdos, no obstante lo anterior los proveedores han cuestionado la imparcialidad y neutralidad de su actuación pues la ley de referencia fue elaborado para la defensa del consumidor, quedando en desventaja por la ley al proveedor, de esta forma se rompe con la igualdad y equidad que se debe de considerar en una conciliación voluntaria, al estar coaccionado por normatividad. No obstante lo anterior el Mediador oficial o privado debe tener las cualidades que mencionamos en el perfil deseado y obvio decirlo tener la capacidad de facilitar la construcción del acuerdo con la restricción del Mediador que los sujetos involucrados en el conflicto son los que deciden la solución del problema con la característica de contribuir a que se logre un alto grado de cumplimiento de los acuerdos alcanzados además de la rapidez que suele acompañar a este tipo de procedimiento y el bajo costo que implica utilizarlos, por ejemplo, en el ámbito del consumo que administra las juntas arbitrales en España y la Procuraduría Federal del Consumidor en México, los servicios que se prestan es totalmente gratuito, salvo erogaciones especiales en los casos de solicitar algún medio de convicción por alguna de las partes.

11. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

El derecho comparado es una disciplina jurídica a efecto de conocer las diferencias y similitudes entre distintos sistemas jurídicos. Proporciona una base intelectual para la interpretación y el análisis, lo que en definitiva ayuda también a entender e interpretar un sistema a partir de sus propios derechos lo que permite una mejor comprensión de la realidad jurídica en la que se encuentra. El acceso a la justicia es un derecho reconocido constitucionalmente, implica dar respuesta a las necesidades

27. Ídem, p. 175.

de justicia en forma integral, oportuna, eficiente y eficaz, es un derecho que permite hacer efectivos aquellos que han sido vulnerados o que deben ser reconocidos a quienes acuden ante el sistema de justicia para solucionar sus diferencias jurídicas, asimismo el acceso a la justicia se configura como una garantía del derecho de igualdad en la medida que supone que los Estados deben asegurar que todos los ciudadanos tengan las mismas oportunidades, y hagan efectivo su reclamo sin sufrir discriminación alguna, de esta forma la solución extra jurisdiccional de los conflictos ha despertado en las últimas décadas un gran interés, por la necesidad de buscar nuevos medios de solución de controversias por las ventajas que las caracterizan, ofreciendo una justicia diferente, más rápida, ágil, efectiva e, incluso, más cercana al ciudadano que los tribunales ordinarios, desde la década de los setenta en México comienzan a concebirse los medios de resolución de conflictos del consumo a través de la conciliación y el arbitraje en la década de los ochenta en España comenzaba con la experiencia piloto para poner en marcha un sistema arbitral de consumo.

En este mismo contexto la normativa constitucional tampoco hace alusión al derecho de mediar en los conflictos entre consumidores y proveedores solamente señala la defensa de los consumidores en sus derechos pero de ninguna forma ni por asomo realiza alguna observancia en el mecanismo alterno del tal forma se procede a realizar las siguientes:

Propuesta.—La incorporación de un párrafo en el ordenamiento constitucional Mexicano (art. 28) y Español (art. 51.1) que señale «las controversias que resulten entre un consumidor o usuario y un proveedor o empresario podrán sujetarse a los mecanismos alternos de solución de conflictos (Mediación, Conciliación y Arbitraje) en el que contenga las características de voluntariedad rapidez, eficacia, ejecutividad», lo anterior para generar una clarificación de los conceptos y desistiendo de la interpretación o analogía que solo crea incertidumbre en las relaciones con el gobernado, pues si bien es cierto en nada afecta ni es violatoria de las garantías constitucionales, considerando que el fundamento jurídico se encuentra plasmado en normas de carácter general y especialmente *basado en la autonomía de la voluntad de la libertad*, también es cierto que los derechos fundamentales deben de ser claros precisos que no confundan a la población o a la libre interpretación.

Propuesta. Se propone la incorporación de la mediación de consumo, como un acto previo e independiente como requisito de procedibilidad en el Real Decreto Español 231/2008 que refiere al Sistema Arbi-

tral de Consumo, sin que existan excepciones y condicionamientos para su sometimiento o en su defecto se incluya en forma independiente en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, lo anterior conforme a las inconsistencias normativas establecido en la presente investigación. Del mismo modo se propone que la Ley Federal de Protección al Consumidor se incorpore la Mediación de Consumo como acto previo e independiente como requisito de procedibilidad con el objetivo de otorgarle a las partes y en especial al proveedor que las actuaciones del mediador se conduzcan con absoluta imparcialidad, neutralidad, confidencialidad e independencia o en su defecto se propone una nueva Ley de mediación en el consumo con todas sus características y principios esenciales para su funcionamiento. De la anterior propuesta en ambas normatividades traería como consecuencia que las partes en conflicto no dudarían en someter sus diferencias al presente mecanismo alterno, considerando las ventajas y bondades en el que los protagonistas del conflicto y resolutor de sus acuerdos al ser ellos mismos sin la necesidad que un tercero heterocompositivo les determine su verdad legal.

BIBLIOGRAFÍA

- AZAR MANSUR, C. 2003. Mediación y conciliación en México; dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar. México: Porrúa.
- GARCÍA-LONGORIA SERRANO, M. P. 2011. La negociación mediadora en los conflictos sociales. En: GONZALO QUIROGA, M., GORJÓN GÓMEZ, F. J., SÁNCHEZ GARCÍA, A. (coords.) Métodos Alternos de Solución de Conflictos, herramientas de paz y modernización de la justicia. Pp. 167-180. Madrid: Dykinson.
- GIL ECHEVERRI, J. H. 2002. La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Bogotá: Themis.
- GONZALO QUIROGA, M., GORJÓN GÓMEZ, F. J., SÁNCHEZ GARCÍA, A. (coords.) 2011. Métodos Alternos de Solución de Conflictos, herramientas de paz y modernización de la justicia. Madrid: Dykinson.
- GORJÓN GÓMEZ, F. J., SÁENZ LÓPEZ, K. 2009. Métodos Alternos de Solución de Controversias, Enfoque Educativo por Competencias, 2ª ed. México: Patria

- GORJÓN GÓMEZ, F. J., STEELE GARZA, J. G. 2008. *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos*. México: Oxford.
- MOYANO, E., NAVARRO, E. J. 1999. *El movimiento de consumidores en Andalucía*. Sevilla: Junta de Andalucía, Consejería de Trabajo e Industria.
- PASTOR SELLER, E., IGLESIAS ORTUÑO, E. 2011. *La mediación intrajudicial como método de resolución de conflictos en el seno familiar*. *Entramado* 7 (1) (enero-junio) Universidad Libre Cali, Colombia.
- PEÑA BERLADO DE QUIROS, C. M. 1991. *El arbitraje. La conciliación. Los métodos anormales de terminación del proceso*. Granada: Comares.
- SAMANES ARA, C. 1997. *El sistema arbitral de consumo*. Pamplona: Aranzadi.

La Mediación penal y penitenciaria en España

ROSA MARÍA FREIRE PÉREZ

Juez y profesora de la Escuela Judicial de España. Juez de Instrucción, en A Coruña (1992-2000) y en Barcelona (2000-2009). Profesora encargada de las prácticas jurisdiccionales de los futuros jueces en la Escuela Judicial. Colaboradora docente de diversas universidades (Carlos III, Salamanca, UB) y de diversas Instituciones en el ámbito latinoamericano en materia de Justicia restaurativa. Autora de diversas publicaciones

SUMARIO: INTROITUS. 1. LA MEDIACIÓN PENAL. 1.1. *Visión panorámica.* 1.2. *Concepto y características de la mediación penal tal como se conoce y practica en España.* 1.3. *Amparo normativo.* 1.3.1. *Legislación española.* 1.3.2. *Naciones Unidas.* 1.3.3. *Europa.* 1.4. *Amparo Institucional.* 2. LA MEDIACIÓN PENITENCIARIA. 3. A MODO DE CONCLUSIÓN.

INTROITUS

La mediación penal –y en menor medida la mediación penitenciaria– ha tenido en los últimos años, en el ámbito de la Administración de justicia penal en España, un importante protagonismo, derivado de un imparable y contagioso desarrollo de experiencias que, con el amparo de diferentes Administraciones, y el sustento de la filosofía, los principios, y el método de la Justicia restaurativa y de la normativa internacional, han permitido contar con una rica y singular experiencia en la materia, a pesar de la ausencia de regulación expresa en el orden penal de adultos. Este contexto material y normativo es el que me dispongo a exponer.

1. LA MEDIACIÓN PENAL

1.1. VISIÓN PANORÁMICA

Las primeras experiencias de Mediación Penal en España se lleva-

ron a cabo en el **ámbito de la Justicia Juvenil**, a principios de los años 90 y fueron impulsadas por psicólogos de los Equipos Técnicos del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña.

En el año 2000 entra en vigor la **Ley Penal del Menor, donde expresamente se regula y reconoce –por primera vez en la Justicia Penal– la posibilidad de acudir a la mediación-reparación**, en delitos con pena aparejada inferior a 5 años de prisión, en íntima conexión, a su vez, con el reconocimiento, también por primera vez en nuestro derecho, del principio de oportunidad. La Fiscalía de Menores de Cataluña, a la que se ha adscrito por la Administración autonómica un equipo estable de mediadores, ha publicado estadísticas que permiten concluir que entre el 25 % y el 30% de asuntos penales registrados en dicho órgano, terminan con mediación/reparación. Además, se han realizado trabajos de investigación a cargo del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de Cataluña que concluyen en estimar un bajo nivel de reincidencia –un 12 %– por parte de los jóvenes que han acudido o han participado en un programa de mediación-reparación.

Siguiendo esta vía iniciada en la Justicia de Menores, en el año 1998 se desarrolló, también en Cataluña, y por impulso de Técnicos de la Administración de Justicia autonómica, la primera experiencia piloto en el ámbito de la **Justicia Penal de adultos**.

En el año 2000, el Departamento de Justicia creó el primer Servicio de Mediación Penal, vinculado a la Dirección General de Ejecución Penal y Medidas Alternativas, ubicándolo en la misma sede de los Juzgados de Instrucción y de lo Penal de Barcelona, si bien con vocación de servicio a toda Cataluña, ya que existían delegaciones en todas las capitales de provincia.

En el ámbito de la **Justicia Penal de adultos**, se siguió y se sigue trabajando en Cataluña, propiciado por la apuesta en firme de la Administración catalana en mantener el Servicio de Mediación y Reparación Penal de Adultos adscrito a los Juzgados de Instrucción y de lo Penal, servicio que ha visto como se incrementaba su trabajo, hasta el punto de que en el año 2009, y solo en esa comunidad autónoma, se llegaron a registrar 1.250 solicitudes, provenientes de alrededor de 100 órganos judiciales de toda la comunidad.

Y a la espera de que el legislador estatal se decida a acometer la transposición de la Decisión Marco relativa al Estatuto de la Víctima, fuera ya del plazo vencido en marzo de 2006, otras Administraciones

como la del País vasco, y diversas Administraciones locales, y Universidades como la Universidad Carlos III de Madrid han creado y sostienen servicios de mediación que han puesto a disposición de Juzgados concretos para desarrollar experiencias de mediación penal.

Pero es sobre todo el **Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)**, a pesar de este contexto fragmentario y huérfano de regulación, al menos en el ámbito del Derecho Penal de adultos, el que, en los últimos años, hizo una apuesta decidida por este método de resolución de conflictos, amparando y coordinando el desarrollo de Experiencias piloto de Mediación penal en aquellos Juzgados de Instrucción y de lo Penal y secciones penales de las Audiencias provinciales, que voluntariamente se adhirieron al Protocolo elaborado por el propio CGPJ.

El Consejo impulsa además, la celebración de cursos y seminarios de formación que se imparten tanto en Formación Inicial, en la Escuela Judicial y dirigidos a los futuros jueces, como en Formación Continua, destinados a jueces en activo y con un contenido multidisciplinar y que atañe a todos los órganos jurisdiccionales.

En su **Plan de Modernización de la Justicia**, el CGPJ ha abogado por dar impulso a fórmulas alternativas de resolución de conflictos, apostando expresamente por la mediación familiar, civil, y penal. Así se recoge en su página web: *www.poderjudicial.es*.

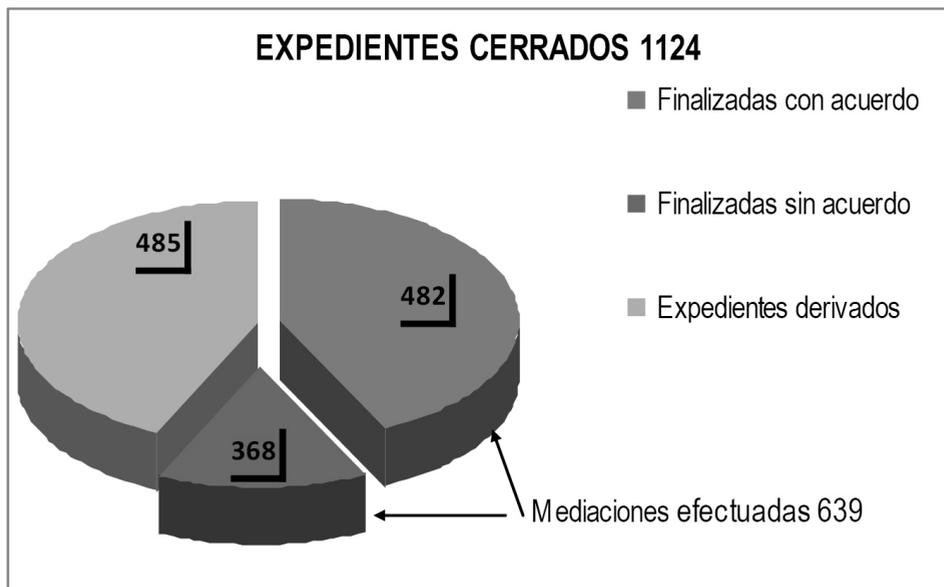
Ilustrativos del panorama actual pueden ser los últimos datos estadísticos publicados en la extranet de la carrera judicial, recopilados por el Servicio de Modernización del CGPJ, relativos a la actividad en mediación penal en órganos judiciales de todo el territorio nacional durante el año 2011:

MEDIACION PENAL

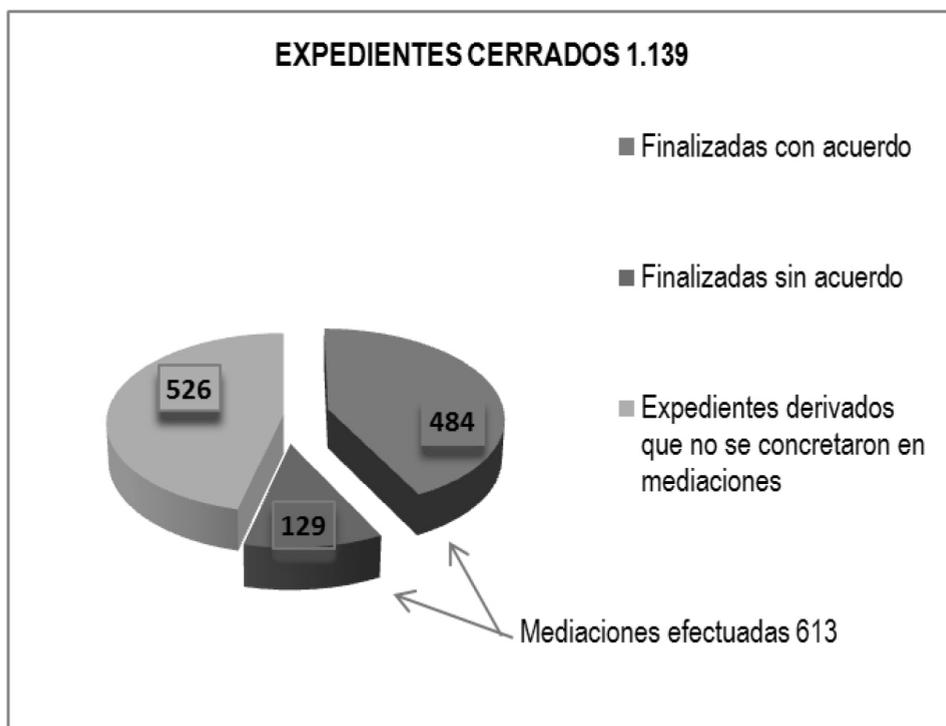
1.-Datos por semestre:

PRIMER SEMESTRE 2011		
Nº de Juzgados que derivaron	128	
TOTAL derivaciones realizadas	1.162	
Pendientes	329	
Expedientes CERRADOS	1.124	
		Porcentaje
Total de mediaciones efectuadas	639	56,8%
Finalizadas con acuerdo	482	75,4%

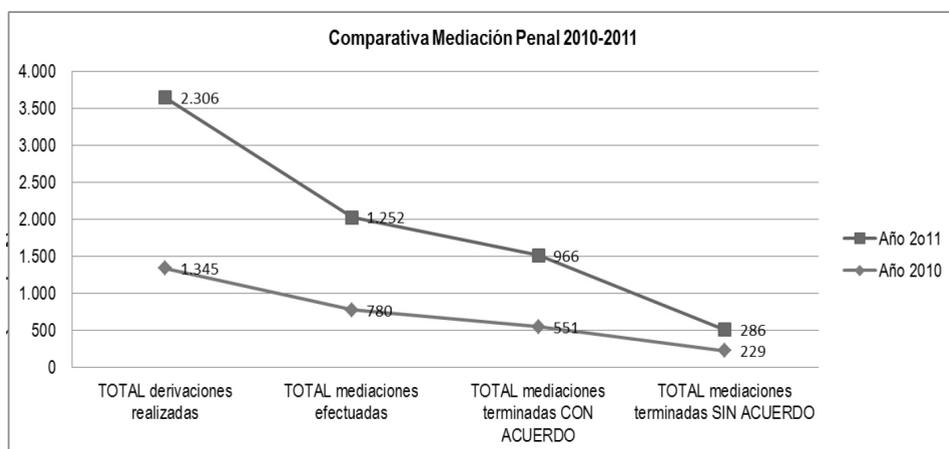
PRIMER SEMESTRE 2011		
Finalizadas sin acuerdo	157	24,5%
Expedientes derivados que no se concretaron en mediaciones	485	43,1%



SEGUNDO SEMESTRE 2011		
Nº de Juzgados que derivaron	140	
TOTAL derivaciones realizadas	1.144	
Pendientes	359	
Expedientes CERRADOS	1.139	
		Porcentaje
Total de mediaciones efectuadas del total de expedientes derivados	613	53,8%
Finalizadas con acuerdo	484	78,9%
Finalizadas sin acuerdo	129	21,04%
Expedientes derivados que no se concretaron en mediaciones	526	46,18%



2.-Comparativa 2010/2011



Como se puede comprobar, han participado en el último ejercicio del que se dispone de datos completos publicados, **175 órganos judicia-**

les del orden penal –tanto unipersonales como colegiados–, que han derivado 2.302 causas penales. Excluyendo aquellos asuntos en que no se pudo iniciar el proceso de mediación por diferentes motivos, de los cuales el más numeroso suele ser la no localización de alguna de las partes, de los restantes en que si se inició el Proceso se alcanzó un **Acuerdo en el 77,15%** de los procesos. Ello indica que en las mediaciones penales llevadas a término existe un **alto grado de acuerdo**, o, al menos, un alto grado de «reparación» a la víctima.

Respecto a la **tipología** de las infracciones que se derivan, en primer lugar lo ocupan las lesiones, en segundo lugar, las amenazas, en tercer lugar los delitos contra la propiedad –incluidos robos violentos– y a continuación los quebrantamientos de custodia... le siguen injurias y otras.

En cuanto al **plazo** de desarrollo del proceso se sitúa entre 30 y 60 días.

1.2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN PENAL TAL COMO SE CONOCE Y PRACTICA EN ESPAÑA

–Concepto

La mediación se define como un **sistema de gestión de conflictos** en que **una parte neutral**, con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, **independiente** de los actores institucionales del proceso penal e imparcial, **ayuda** a dos o más personas implicadas en un delito o falta, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a **elaborar acuerdos** sobre el modo de reparación, tanto material como simbólica

Suele centrarse, sustancialmente, en las infracciones con víctimas definidas, en las que la interacción entre víctima y victimario está presidida por la **simetría de fuerzas, lo que garantiza un espacio de libertad recíproco**.

Se discute el recurso a la mediación en la criminalidad de dominio, por ejemplo la **violencia de género** en la relación de pareja, y también en la **criminalidad difusa o colectiva, por la ausencia de una víctima individual**. En este último caso se ha señalado por algunos expertos la conveniencia de la mediación cuando existe una organización o asociación que representa a las víctimas y que puede servir de interlocutor válido con el victimario.

La mediación descansa en cuatro **criterios vertebrales**:

1. La consideración de la **víctima** como una persona capaz de comprender, que no justificar, el hecho delictivo mediante la escucha de las motivaciones del infractor en un contexto de calma emocional, y la estimación del **victimario** como un individuo susceptible de mejora y responsabilidad.

2. La implantación de un **espacio de encuentro** entre la víctima y el victimario que facilite el análisis reposado de lo que el delito ha significado en sus proyectos vitales.

3. La presencia de un **mediador imparcial** y adecuadamente formado, encargado de crear las condiciones precisas para el diálogo entre la víctima y el victimario. El mediador es una pieza clave en la mediación, al ser la persona que facilita el diálogo, pero que no resuelve el conflicto, cuya composición queda residenciada en las partes. Sus características han de ser la neutralidad, la empatía, la flexibilidad y la creatividad.

4. La construcción por la víctima y el victimario de una respuesta encaminada a la **reparación** adecuada del daño causado, reparación que puede ser **simbólica** (admisión de la responsabilidad y petición de disculpa a la víctima), **prestacional** (realización de una actividad en beneficio de la víctima o de terceros) o **material** (abono de una cantidad de dinero en concepto de indemnización).

-Características esenciales

a. Voluntariedad de las partes. El proceso de mediación exige la participación voluntaria e informada de la víctima y de la persona infractora. Se garantiza para la víctima la ausencia de cualquier tipo de presión y para la persona acusada la posibilidad de volver a la fase procesal que corresponda.

b. Gratuidad. El proceso debe ser totalmente gratuito para las partes **debido al carácter público que tiene el derecho penal**. Se garantiza, así, el principio de igualdad.

La mediación penal no debe responder a finalidades u orientaciones puramente economicistas; sin embargo, es evidente que su incorporación al proceso y su puesta en marcha en los Juzgados y Tribunales provoca dos efectos esenciales en tal sentido: en primer lugar, un efecto de «**economía procesal**», que a corto y medio plazo se traduce en la **evitación de dilaciones procesales indebidas**, y que podrá dar lugar a un **cambio cultural** que, derivado del reconocimiento del diálogo como

base de las relaciones sociales y de la solución negociada como fórmula de resolución de los conflictos, contribuirá a **reducir los niveles de litigiosidad** que hoy padecen nuestros Juzgados y Tribunales. En segundo lugar, derivado del anterior, un segundo efecto, de «**economía de medios**» personales y materiales **de la Administración de Justicia**, que podrán destinarse a otros objetivos más urgentes o complejos.

c. Confidencialidad. Se garantizará la confidencialidad de la información que se obtenga en el proceso de mediación. **El Juez no tendrá conocimiento del contenido del proceso salvo lo pactado en el documento final –acta de acuerdos–.** La utilización como material probatorio, fundamentalmente en sentido incriminatorio, de las manifestaciones vertidas en el procedimiento de mediación o en el acta por la que se le ponga fin, solo debe ser posible con el consentimiento de ambas partes. Ello hace compatible la mediación con el derecho a la presunción de inocencia. Precisamente por ello, **el mediador nunca podrá ser llamado al proceso ni como testigo ni como perito.**

d. Oficialidad. Le corresponde al Juez o al Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, abogado defensor o Equipo Técnico, la derivación de los casos al Servicio de Mediación Penal. **El proceso no puede suponer ninguna limitación al ejercicio de los derechos que la Ley reconoce a las partes.** En todo caso, el derecho a la defensa debe quedar garantizado. El mediador, aunque independiente de los actores oficiales del proceso y autónomo respecto a los fines del proceso, a los que no se vincula, se configura, no obstante, como una **pieza que viene a garantizar valores y derechos** fundamentales comprometidos por su propia intervención, como son la **igualdad de las partes, el derecho a la presunción de inocencia del imputado, su derecho a defenderse y su derecho a la dignidad.**

e. Flexibilidad. El proceso de mediación debe ser flexible **en cuanto a los plazos** específicos para las entrevistas individuales y la conclusión del proceso. En base a este principio de flexibilidad se dará **primacía** a la reparación real sobre la simbólica, y en todo caso, a los **criterios de las partes sobre la forma más adecuada de reparación**, sin que de ninguna manera la determinación del contenido reparador exigido por la víctima pueda suponer una **pena que exceda** de las previsiones establecidas en el código penal.

f. Bilateralidad. En el proceso de mediación ambas partes tienen oportunidades para expresar sus pretensiones. Esto no impide que la mediación se desarrolle **sin el encuentro dialogado** y presencial de la

víctima con el acusado. Puede existir conciliación entre las partes a través de un proceso de entrevistas individuales si es voluntad de la víctima no encontrarse con el acusado. El mediador deberá **expresar los motivos por los que no ha sido posible el encuentro dialogado**. Por otro lado, este principio deja abierta la posibilidad de que intervengan en la mediación otras **personas distintas de la víctima o victimario, y que estén vinculadas a la situación-conflicto**. No obstante, deben valorarse la simetría de las relaciones y los objetivos que se pretenden en orden a la reparación de la víctima.

1.3. AMPARO NORMATIVO

1.3.1. Legislación española

El contexto normativo es el siguiente:

La Ley Penal Juvenil¹ es la única ley penal donde se regula la mediación entre víctima e infractor.

La Ley de Violencia contra la Mujer² prohíbe expresamente la mediación en los supuestos contemplados en su ámbito de aplicación.

El Código Penal vigente³ no regula la mediación. No obstante, prevé expresamente el otorgamiento de determinados **beneficios jurídicos al infractor que repare el daño causado a la víctima**, que según los casos pueden consistir en:

- La apreciación de **la atenuante genérica** del artículo 21.5, que recoge como una de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal, que el culpable haya reparado el daño ocasionado a la víctima o aminorado sus efectos en cualquier momento del procedimiento, antes del juicio oral.
- La apreciación de alguna de **las atenuantes específicas** reguladas en diversos tipos penales de la parte especial del Código.
- Por otra parte, el Código Penal tipifica diferentes delitos y faltas perseguibles únicamente mediante **denuncia de la persona ofendida** (así, la falta del artículo 620.2). En estos casos un proceso de mediación puede facilitar la obtención de un acuerdo con el cual

1. Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
 2. Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género.
 3. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

el perjudicado se considere plenamente reparado y, como consecuencia retire la denuncia y el Juez o Tribunal pueda archivar la causa.

Asimismo, la flexibilidad de algunos artículos del Código Penal hace posible una amplia interpretación que permite, en diferentes casos, la mediación como un instrumento muy útil para:

- Facilitar una efectiva reparación al perjudicado.
- Favorecer la rehabilitación del infractor.
- Posibilitar la obtención de otros beneficios jurídicos, como la suspensión de la condena, la libertad condicional, o el indulto de la pena. Así:

a) El artículo 88 del Código Penal prevé que el Juez o Tribunal, previa audiencia de las partes, pueda **sustituir las penas** de prisión que no excedan de un año (excepcionalmente hasta dos) para la de arresto de fin de semana o multa, cuando la naturaleza del hecho, las circunstancias especiales del reo, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen.

La reparación a la víctima, por tanto, puede evitar el ingreso en prisión del condenado y hacer posible un cumplimiento alternativo a la pena privativa de libertad.

b) El artículo 83.1.5 del Código Penal prevé la posibilidad de que el Juez o Tribunal pueda condicionar la **suspensión de las penas** privativas de libertad no superiores a dos años al cumplimiento de determinados deberes que se considere convenientes para la rehabilitación social del condenado, contando con su consentimiento y siempre que se den los requisitos del artículo 81.

Valorando las circunstancias del caso, el Juez puede estimar la mediación y reparación como uno de estos deberes posibles y convenientes para la rehabilitación social del condenado. Esta posibilidad, queda sujeta a la previa conformidad del condenado, respeta plenamente la voluntariedad, como un principio básico de la mediación.

c) En una interpretación flexible del mismo Código Penal y de otras normas penales, podríamos llegar a deducir, siguiendo ejemplos de derecho comparado, que la reparación conseguida a través de un proceso de mediación, realizado con posterioridad a la sentencia o, incluso, durante la ejecución, hace posible la

obtención de determinados beneficios, como por ejemplo la **progresión de grado** en el cumplimiento de la pena privativa de libertad, la **libertad condicional** o el **indulto**.

- **Progresión en el grado de cumplimiento:** el régimen vigente de ejecución de las penas de prisión responde a las características del modelo progresivo o individualización científica, según el cual se fragmenta la ejecución de la pena privativa de libertad en diferentes etapas (tres, en nuestro sistema). Cada vez que el preso progresa de etapa, se le otorgan más ventajas y privilegios. El progreso en las etapas depende de la evolución favorable del interno.

Una reparación voluntaria del preso a favor de la víctima, fruto de una mediación, puede entenderse como una prueba concreta de esta evolución positiva y del interés por reinserirse de nuevo en la comunidad. Por tanto, esta reparación voluntaria obtenida a través de un proceso de mediación puede facilitar un cambio que implique una mejora en su clasificación, es decir, la progresión a un grado superior con más ventajas.

- **La libertad condicional:** El artículo 90 del CP prevé que para acceder a la libertad condicional, el preso ha de estar clasificado en tercer grado de tratamiento penitenciario y han de darse los otros requisitos exigidos en el mismo artículo. Entre estos requisitos, se recoge como circunstancia necesaria para obtener la libertad condicional, **la buena conducta y un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social**, emitido por expertos que el Juez de Vigilancia Penitenciaria estime conveniente.

La implicación voluntaria del penado en la obtención de un acuerdo de reparación, la participación también voluntaria de la víctima por compensar o minimizar el daño causado pueden ser considerados, en determinados casos, como una manifestación práctica y concreta del concepto indeterminado de «buena conducta». Por otra parte, la voluntad, unida a la reparación, facilita la emisión de un pronóstico favorable de reinserción social, que favorece la prevención especial sin detrimento de la general.

- **El indulto** es una manifestación concreta del derecho de gracia, mediante el cual el Estado, titular del *ius puniendi* renuncia a su ejercicio efectivo, en determinados casos particulares. Se inspira en el principio de humanidad y sus fundamentos de política criminal hacen referencia al principio de necesidad de la pena, des-

tacando, especialmente, la no necesidad de la pena respecto a las personas rehabilitadas.

En aquellos casos, en que por sus características y en especial, teniendo en cuenta las circunstancias del penado, sea innecesaria o, incluso, contraproducente la ejecución de la pena y esto no cause alarma social ni represente detrimento para la prevención general; **la reparación voluntaria del preso, a favor del perjudicado, contando con su participación y voluntad, conseguidas a través de un proceso de mediación, pueden representar un argumento sólido y concreto para demostrar la no necesidad de la pena**, la resocialización del penado y por tanto, para fundamentar la solicitud del indulto.

1.3.2. Naciones Unidas

Ante la ausencia de regulación expresa en el ámbito de la justicia penal de adultos, los jueces, fiscales, abogados y demás operadores jurídicos han buscado su inspiración y apoyo, para desarrollar las experiencias de mediación penal, en la normativa internacional, significativamente en el ámbito de Naciones Unidas y Europa.

En el primer ámbito, podemos citar:

- *Carta de los Derechos Humanos, de 26 de junio de 1945, Capítulo VI, artículo 34, refleja para la solución de controversias «la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos a su elección».*
- *Resolución 53/243, de 6 de octubre de 1999, sobre la declaración y programa de acción sobre una cultura de Paz.*
- *X Congreso sobre la Prevención del Delito y Tratamiento de la Delincuencia, abril de 2000, Viena, que estableció la necesidad de que el concepto de Justicia Restaurativa debía de ser un elemento fundamental de los debates sobre responsabilidad y equidad respecto a los delincuentes y a las víctimas en el proceso penal de justicia. Opinando que esta clase de Justicia ofrecía al proceso penal una alternativa a las modalidades establecidas de enjuiciamiento y castigo y a toda la sociedad en el proceso restaurativo.*
- *Resolución 55/59 sobre Plan de acción sobre Justicia Restaurativa.*
- *Resolución 26/1999, de 28 de julio, sobre el desarrollo y la implemen-*

tación de la mediación y las medidas de la Justicia Restaurativa en la Justicia criminal.

- **Resolución 14/2000, de 27 de julio, sobre principios básicos del uso de la Justicia Restaurativa en los procesos criminales, que anima el intercambio y experimentación en el ámbito de la mediación penal.**
- *Informe del Secretario General del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 7 de enero de 2002, sobre la reforma del sistema de justicia penal: logro de la eficacia y la equidad. La Justicia Restaurativa.*
- *Standards y normas para la prevención del crimen y la Justicia criminal, Comisión de Prevención del Crimen y Justicia Criminal, de 18 de abril de 2002, sobre Principios básicos sobre el uso de los programas de Justicia Restaurativa en los procesos criminales.*

1.3.3. Europa

Consejo de Europa.

Las Recomendaciones:

Diversas resoluciones del Consejo de Europa instan a los estados miembros a incorporar la mediación y la reparación, así como el reconocimiento de un mayor protagonismo de los ciudadanos en los procedimientos judiciales y en la resolución de los conflictos penales que les afectan:

La **Recomendación núm. R (87)18, sobre la simplificación de la justicia penal**, recomienda a los gobiernos potenciar la aplicación de los principios de no criminalización y de intervención mínima; tomar medidas que faciliten la simplificación de los asuntos menores; y evitar, siempre que sea posible, la intervención judicial en primer término. Así mismo, en estos asuntos, se recomienda recurrir a acuerdos de compensación entre el autor y la víctima y evitar la acción penal, si el sujeto cumple las condiciones acordadas.

La **Recomendación núm. R (99)19, sobre mediación en el ámbito penal:**

Considera a la mediación penal como una opción flexible, basada en la resolución del problema y en la implicación de las partes, como complemento o como alternativa al procedimiento penal tradicional;

Valora la necesidad de posibilitar una participación personal ac-

tiva en el procedimiento penal de la víctima, del delincuente y de todos aquellos implicados como partes, así como de la comunidad;

Reconoce el interés legítimo de las víctimas para que puedan expresar las consecuencias de su victimización, comunicarse con el delincuente, obtener razones de él, explicaciones y una reparación;

Considera que es importante reforzar el sentido de la responsabilidad en los delincuentes y darles la oportunidad de rectificar;

Reconoce que la mediación puede contribuir a la solución de los conflictos y a una justicia penal con resultados más constructivos.

Por todo ello, **recomienda a los gobiernos de los estados miembros que inspiren su legislación y práctica internas en los principios de la Recomendación para ponerlos en marcha progresivamente y dar a este texto la más amplia difusión posible.**

Define la mediación y establece los principios generales de actuación, orientados tanto a las jurisdicciones penales juveniles como a la jurisdicción penal de adultos.

Entre estos principios generales recoge que la mediación en el ámbito penal tendría que ser un servicio generalmente disponible y que habría de ser posible en todas las fases del procedimiento penal.

Por otra parte, en los fundamentos jurídicos, prevé que la legislación tendría que facilitar la mediación en el ámbito penal.

Entre otros criterios, propone que la mediación únicamente se haga con el **libre consentimiento de las partes**, tanto para iniciarla como para dejarla en cualquier momento del proceso. En cuanto al contenido de la mediación, es **confidencial** y no se puede utilizar la mediación como una prueba de culpabilidad en los procedimientos penales.

También, establece criterios de derivación, y de funcionamiento de los servicios, los cuales considera que tendrían que gozar de suficiente autonomía. Igualmente define las líneas de actuación en relación con la formación, el rol y las funciones de los mediadores, etc.

El CEPEJ:

En el marco del Consejo de Europa se ha creado una comisión, el CEPEJ, European Commission for the Efficiency of Justice⁴, que ha venido a ocuparse de la mediación a través de varios informes, el último de ellos, relativo a la mediación penal, de fecha 7 de diciembre de 2007,

4. <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/mediation>.

se titula «**Líneas directrices para mejorar la puesta en práctica de la Recomendación en materia penal**» y se ocupa de diversas cuestiones que afectan a la eficacia de la mediación.

Unión Europea

Decisión Marco (2001/220/JAI) del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal.

En las consideraciones previas, de la Decisión Marco, se estima que de acuerdo con el plan de acción del Consejo y de la Comisión, esta Decisión se orienta a buscar la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam, relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

Esta Decisión Marco hace referencia explícita a la mediación penal en diferentes apartados:

Artículo 1. Contiene la definición de diferentes conceptos y concretamente en el **apartado e) se define «la mediación en causas penales»** como «la busca, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción en la cual interviene como mediador una persona competente».

Artículo 10. En sus apartados 1 y 2 insta a los estados miembros a impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a estos tipos de medidas.

Los estados también han de vigilar para que puedan tenerse en consideración los acuerdos a los cuales hayan llegado la víctima y el inculpado con motivo de la mediación en las causas penales.

Según el **artículo 17**, referente a la aplicación, los estados miembros han de poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a esta disposición «a más tardar» el día **22 de marzo de 2006**.

El Estado español no ha acometido hasta la fecha la regulación de la mediación penal en el ámbito de adultos infractores, si en el ámbito de la justicia penal juvenil.

Sin perjuicio de la transposición a la que vienen obligados los Estados miembro, la Decisión Marco será sustituida por la **Directiva sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos**,⁵ res-

5. Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

pecto a la cual se contemplan dos años de plazo para adaptación en el derecho interno de sus disposiciones.

1.4. AMPARO INSTITUCIONAL

Cumple hacer referencia a algunos organismos que promueven foros de difusión, diálogo y estudio sobre la mediación y especial referencia merece el *European Forum for Victim– Offender Mediation and Restorative Justice*⁶, creado en 1999 bajo los auspicios de la Unión Europea, Programa Grotius, y que participa en diferentes programas europeos de impulso de la Justicia Restaurativa y asimismo dirige el programa AGIS.

Cabe destacar, asimismo, el GEMME⁷, Grupo de Magistrados europeos pro mediación.

GEMME es una asociación europea y europeísta que tiene por finalidad la de promover, desde el ámbito de los propios tribunales de justicia, los sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR) y, especialmente, de la mediación.

Se creó en Francia en el año 2004. Su impulsor y primer presidente fue el presidente de la Cour de Casación francesa Guy Canivet. Hoy existen secciones en Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia, Noruega, Portugal, Eslovenia y Suiza... y miembros asociados de Gran Bretaña, Grecia, Hungría, Polonia y Lituania. La sección española se constituyó en 2007.

Es una asociación que tiene el estatus de observadora en el Consejo de Europa, y que está vinculada recientemente a la Red Europea de Cooperación Judicial.

Es una asociación de carácter no gubernamental, de adscripción absolutamente voluntaria, que respeta en su seno el pluralismo ideológico de sus miembros, y que pretende ser un punto de encuentro entre profesionales de diversas procedencias y roles en la administración de justicia.

Pueden ser socios los jueces, magistrados, fiscales, secretarios judiciales y jueces de paz que lo deseen, sin otro requisito que su presentación por dos miembros que pertenezcan al ámbito territorial del candidato y su admisión por el consejo de administración.

A pesar de que el núcleo fundamental lo constituyen profesionales

6. www.euforumrj.org.

7. www.gemme.eu.

de la administración pública de la justicia, los estatutos prevén que pueden ser admitidos como socios un 30 % de profesionales de la mediación, o del ámbito de la abogacía o de la enseñanza, que tengan reconocido prestigio por su trabajo en pro de la resolución alternativa de conflictos, y trabajen en el ámbito de los tribunales de justicia.

En la actualidad la asociación cuenta con más de 300 miembros en toda Europa, y la sección española –con más de un centenar de socios– ha abierto sus estatutos para que puedan integrarse, también, magistrados y jueces latinoamericanos en condición de observadores.

La finalidad de la asociación es la de generar entre los operadores jurídicos y desde el ámbito forense **la cultura de la mediación**. Se parte de la base de que es posible incrementar la calidad de la justicia si se potencian las formas de composición extrajudicial de las controversias desde los tribunales, especialmente con la implantación de la metodología de la mediación, que está arraigada en países de cultura de la *Common Law*, de la conciliación judicial practicada de forma elaborada y sistemática y la justicia reparadora.

La experiencia del derecho comparado muestra que la introducción de la metodología de forma eficaz, con independencia de su formulación legal, requiere que los ciudadanos perciban una actitud positiva desde los operadores jurídicos hacia la mediación.

La asociación pretende ser un eficaz colaborador de los poderes públicos en la introducción de la metodología, un instrumento adecuado para la coordinación de iniciativas interdisciplinares, así como un punto de referencia para los colegios profesionales de abogados y para las asociaciones de mediadores.

En el ámbito de América Latina, los Jueces y Magistrados implicados en la difusión de la Mediación seguimos muy atentos la labor de promoción de la Justicia restaurativa llevada a cabo por el ILANUD, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, y los estudios e investigaciones patrocinadas por el Centro de Estudios de la Justicia de las Américas –CEJA⁸.

2. LA MEDIACIÓN PENITENCIARIA

La mediación tal y como se acaba de exponer hace referencia a

8. www.cejamericas.org.

experiencias y procesos de mediación penal intrajudicial, es decir, aquellos que se llevan a cabo entre víctima e infractor, en el seno de un proceso penal abierto. Este proceso penal puede estar en fase de investigación, de enjuiciamiento, o ejecución de sentencia firme. En cualquier caso, a efectos de método y tampoco estadístico, no se distingue que el victimario se halle ingresado en un centro penitenciario en calidad de preso preventivo o de penado. Quiere ello decir que cuanto expongo sobre mediación penal se refiere también al proceso que, en su caso, se pueda desarrollar, en todo o en parte, en un ámbito penitenciario, por hallarse en dicho espacio alguna o algunas de las partes inmersas en el conflicto que llamamos delito y que ha dado lugar a la apertura de un proceso penal.

Sin embargo, la mediación puede ser un sistema apto para resolver los conflictos interpersonales de naturaleza disciplinaria y sancionadora que aparecen durante el cumplimiento de las penas privativas de libertad. Se presenta como un método eficaz para reducir la violencia en el ámbito penitenciario, a través del aprendizaje de actitudes de respeto, escucha, diálogo y tolerancia. Los actores implicados son los internos, los mediadores y la administración penitenciaria, sin que, en principio, suponga la intervención ni el control de la autoridad judicial. No se trata, por tanto, de una mediación penal intrajudicial. Y ello, sin perjuicio de que la participación en la mediación pueda ser considerada de forma positiva por las autoridades, no solo administrativas, sino también judiciales, a los efectos de considerar o apreciar un buen comportamiento que se halle en la base de la concesión de un beneficio penitenciario.

En España, a partir de 2005, se han desarrollado experiencias de mediación penitenciaria, en diversos centros penitenciarios –Madrid III, Alhaurín de la Torre, Nanclares, Zuera– llevadas a cabo por asociaciones de voluntarios especializados en mediación, que quisieron explorar las posibilidades de este método de resolución de conflictos en el ámbito penitenciario. En el año 2010 han participado 12 centros, con un total de procesos iniciados de 510, con un grado de acuerdo con fin positivo del 74,99%⁹.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

La mediación, como instrumento auxiliar de la justicia, presenta

9. Datos extraídos de estadísticas de la Secretaría General de Instituciones Penitenciaria (Área de diseño, evaluación y seguimiento de programas).

una metodología especialmente adecuada para dar mejor respuesta a los intereses en juego que subyacen en determinados tipos de conflictos en los que las partes enfrentadas necesitan mantener una relación posterior viable.

La mediación, además, alienta la madurez de los individuos al permitirles decidir por ellos mismos cómo solucionar sus conflictos sin privarles jamás del derecho a acudir, en cualquier momento, a los tribunales de justicia. Es por tanto un sistema complementario a la administración de justicia y en ningún caso sustitutivo de la misma.

En la órbita del Derecho penal, es sobre todo, y lo que es más importante, un sistema que humaniza la Justicia. La fuente de inspiración nace de la Justicia restaurativa. Este modelo de Justicia reclama de la dogmática jurídico-penal y de los procesos rituales, excesivamente formalizados, airearse un poco con la vida real de las personas y sus contextos vitales para descubrir lo que acontece detrás de los papeles y no quedarse en imponentes construcciones legales de impecable factura pero ayunos de humanidad.

La experiencia de estos años me ha llevado a constatar que en un entorno hostil o cuando menos incierto, como lo es el proceso penal, por virtud de los mecanismos que la mediación introduce en el proceso se crean las condiciones idóneas para hacer posible que brote lo mejor de cada uno y que se produzca el –aparente– milagro de que quienes han llegado hasta nosotros enfrentados (a veces hasta irreconciliablemente) se escuchen, atiendan los argumentos del otro, se disculpen y perdonen. Tener la fortuna de contemplar este fenómeno, desplegado de manera natural por los justiciables en los estrados ante nosotros, juristas ya en buena medida experimentados y en no poca descreídos, produce casi de manera tan inevitable como imperceptible una notable alteración en nuestra manera de mirar, de contemplar, y por ende de analizar los fenómenos humanos que constituyen la base de nuestro trabajo.

En definitiva, la mediación, a través de la poderosa herramienta del diálogo, nos humaniza a todos.

Mediación penal y penitenciaria instrumentos de restauración y pacificación de los conflictos sociales

JOSÉ ZARAGOZA HUERTA

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. DE LA CRISIS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL MEXICANO, AL MODELO RESTAURATIVO DE JUSTICIA. 3. LA REORIENTACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL EN EL SIGLO XXI: HACIA LA JUSTICIA RESTAURATIVA VÍA LA MEDIACIÓN PENITENCIARIA. 4. EL RETO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA AD INTRA DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO. 5. LA RESTAURACIÓN DEL CONFLICTO VÍA LA MEDIACIÓN PENITENCIARIA Y SUS ELEMENTOS. 6. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el Estado de Derecho¹ debe configurarse como el Garante de la convivencia social resultando indispensable que el mismo se cuente con instrumentos que permitan llevar a cabo tal encomienda.

Aludimos al derecho. Aquel «conjunto de normas que regulan la convivencia social»². Esto es, que el Estado solamente puede interferir en la esfera del gobernado a través del éste, de lo contrario estaríamos

1. El estado mexicano con esta reforma se integra al proceso de transformación donde se reafirma el ingreso a la vida cultural democrática tolerante ideológicamente y plural políticamente, véase, GARCÍA DOMÍNGUEZ, M. 2006. Diagnóstico del proceso penal mexicano. En: GARCÍA RAMÍREZ, S. (coord.), La reforma a la justicia penal. México: UNAM, p. 89.
2. Cfr. ABOUHAMAD HOBAICA, C. 1983. Anotaciones y comentarios de Derecho Romano I, 4^ª ed. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, p. 18.

volviendo a la etapa de los Estados despóticos o absolutos (siglos XVI-XVII) de funestes resultados³.

Particularmente, cuando aludimos a las normas penales debemos mencionar que éstas se encuentran en una constante evolución, que se configuran como expresiones de disconformidad de lo que se está pretendiendo superar para instalarse en otro mundo a veces diferente del que existía⁴.

Tratándose de las normas penales, la interacción: Estado-ciudadano, debe realizarse atendiendo al principio de *ultima ratio*⁵, agotándose previamente otras alternativas⁶, toda vez que el *ius poenale* se constituye el medio coactivo más contundente con que cuenta el Estado⁷, invadiendo la esfera de las personas de manera violenta⁸.

Lo antes mencionado resulta extrapolable a la realidad mexicana, toda vez que en el año 2008, se llevó a cabo una profunda renovación al modelo de justicia penal del país.

3. Con respecto a esta temática, ampliamente, *vid.* NÚÑEZ TORRES, M. 2007. La positivación de los Derechos Humanos. En: ZARAGOZA HUERTA, J., AGUILERA PORTALES, R., NÚÑEZ TORRES, M. 2007. Los Derechos Humanos en la sociedad contemporánea. México: Lago ediciones, pp. 23 y sigs.
4. *Vid.* RUIZ VADILLO, E. 1999. La mediación penal. Eguzkilore, núm. Ext. 13, p. 311.
5. Sin embargo, claramente se ha venido observando una expansión punitiva estatal. Al respecto, véase, SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2001. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed. Madrid, *passim*.
6. Críticamente, véase, MAIER, J. 2008. Estado democrático de derecho, Derecho penal y procedimiento penal. En: GARCÍA VALDÉS, C., CUERDA RIEZU, A., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., ALCÁZER GUIRAO, R., VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (coords.) 2008. Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, t. II. Madrid: Edisofer, p. 2389.
7. Al respecto, véase, MIR PUIG, S. 2006. Estado, pena y delito. Buenos Aires: Editorial B de F, pp. 37 y ss.; Ídem, 1994. El Derecho penal en el Estado social democrático de derecho, Barcelona: Ariel, *passim*.
8. El derecho punitivo se completa con el proceso penal a través del cual se delimita y concreta la responsabilidad criminal del individuo actuante y la pena a aplicar. Todo ello demanda la presencia del actor del hecho delictivo, cosa que no es pacífica y que, salvo en casos de excepción como el de la presentación voluntaria del inculpado, obliga a la aplicación de medidas restrictivas que en la mayoría de los casos resulta ser violenta, pues acudir al Derecho penal es aludir de una u otra forma a la violencia. Esto es entendido así por MUÑOZ CONDE, cuando expresa: «Hablar del Derecho penal es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el derecho penal (robo, asesinato, terrorismo, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos)». Cfr. MUÑOZ CONDE, F. 1996. Derecho penal. Parte general, 2ª ed. Valencia: Reppertor, p. 25.

La misma estuvo impregnada de humanismo⁹, legalidad¹⁰ y racionalidad¹¹.

Dicha reforma obedeció a varios factores, así entre otros puedo señalar:

- El distanciamiento normativo existente frente a la realidad nacional, lo que generó un «evidente» fracaso sistema punitivo nacional¹².
- El descontento social, toda vez que, a la fecha, existe una gran desconfianza en el aparato de justicia y los operadores del mismo¹³.
- El cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado mexicano.

Ante estas circunstancias, el legislador constitucional realiza una búsqueda de opciones para solucionar los conflictos sociales, que hasta ese momento no alcanzaban los resultados esperados para todos los intervinientes. Para ello, se acude al derecho extranjero, para que a través del método comparado¹⁴, se puedan extrapolar algunas instituciones jurídicas.

-
9. *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C. 1997. Una nota acerca del origen de la prisión. En: GARCÍA VALDÉS, C. (dir.), *Historia de la prisión. Teorías economicistas*. Madrid: Crítica, p. 399.
 10. La función del Derecho penal en la actualidad está vinculada de manera muy estrecha a las concepciones sobre su legitimidad. *Vid.* Al respecto, BACIGALUPO ZAPATER, E. 2006. La función del Derecho penal y las teorías de la pena. En: ZAMORA JIMÉNEZ, A. (dir.), *Estudios Penales y Política Criminal*. México: Editorial Ángel Editor, p. 21.
 11. En este sentido, *vid.* VÁZQUEZ ESQUIVEL, E. 2007. El poder del imaginario y lo simbólico en la determinación de las ideas de justicia, autoridad y soberanía. *Conocimiento y Cultura Jurídica* 1 (2), p. 46.
 12. MORENO HERNÁNDEZ, M. 2006. Principio de ultima *ratio* o expansión del Derecho Penal. En: GARCÍA RAMÍREZ, S., ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, O., VARGAS CASILLAS, I. A. (coords.), *La reforma a la justicia penal*. México: UNAM, p. 308. Dicho desfase normativo se corrobora tan solo con cifras, como aquella relativa al hecho que, menos de cinco de cada cien delitos denunciados reciben sentencia en México, debiendo agregar que, a la fecha, existe una gran desconfianza por parte de la ciudadanía con respecto a las autoridades, ello debido a la intromisión de los grupos delincuenciales en el aparato de justicia estatal. Al respecto *vid.* CÁMARA DE DIPUTADOS. LX LEGISLATURA: Reforma constitucional de Seguridad y Justicia, México, 2008, p. 1.
 13. *Vid.* GONZALO QUIROGA, M. 2011. Métodos alternos: una justicia más progresista y universalizada. En: GONZALO QUIROGA, M., GORJÓN GÓMEZ, F. J., SÁNCHEZ GARCÍA, A. (eds.), *Métodos Alternos de Solución de Conflictos. Herramientas de paz y modernización de la justicia*. Madrid: Dykinson, p. 42.
 14. *Vid.* PEGORARO, L. 2002. Premisas metodológicas para una investigación de derecho comparado de las garantías constitucionales y subconstitucionales de los entes locales. *Letras Jurídicas*, núm. 6 (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Veracruzana), p. 17.

Como resultado se introduce un nuevo modelo de justicia¹⁵, que incentiva la participación de todas las partes del conflicto, pues hasta ese momento sólo interesaba someter al sujeto activo del mismo y atender parcialmente al sujeto pasivo (víctima u ofendido).

La opción acogida fue la denominada justicia restaurativa¹⁶.

En este sentido, la justicia restaurativa puede entenderse como «una manera de ver el crimen como algo más que violar la ley, sino que también causa daños a las personas, las relaciones, y la comunidad. Así que una respuesta justa debe responder a esos daños también. Si ellos están dispuestos, la mejor manera de hacerlo es que las partes se reunirán para discutir los daños y la forma de llevar a cabo la resolución»¹⁷.

Por tanto, podemos decir que, el nuevo modelo de justicia mexicano se constituye a través de aquél proceso que describe Kemelmajer quien retomado los conceptos de Marshall establece que dicha justicia es: «un proceso en el que las partes implicadas en un delito, determinan de manera colectiva las formas en que habrán de manejar sus consecuencias e implicaciones»¹⁸.

Sin duda que con este nuevo paradigma de justicia se hace «un viraje hacia una cultura donde la empatía entre las partes de una contienda es un eslabón determinante para pretender, una vez satisfechas ciertas condiciones, restablecer las cosas al estado inicial, en la medida de lo posible»¹⁹. Aquí, el reto de implementar el nuevo paradigma de justicia penal mexicana.

Con este nuevo modelo garantista mexicano²⁰, se supedita, parcial-

15. Vid. PÁSARA, L. 2004. En busca de una justicia distinta (comp.), 2ª ed. México, *passim*.

16. Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. 2004. Justicia restaurativa. Argentina: Rubinzal-Culzoni, *passim*.

17. «Restorative justice is a way of seeing crime as more than breaking the law – it also causes harm to people, relationships, and the community. So a just response must address those harms as well. If they are willing, the best way to do this is for the parties themselves to meet to discuss the harms and how to about bring resolution. (Other approaches are available if they are unable or unwilling to meet.) Sometimes those meetings lead to transformational changes in their lives». Cfr. MARSHALL, T. F. 1999. Restorative justice: an overview. London: Home Office. Research Development and Statistics Directorate, p. 5.

18. Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *op. cit.*, p. 113.

19. Cfr. ZARAGOZA HUERTA, J., VILLAREAL SOTELO, K. 2011. La justicia restaurativa: un nuevo paradigma de justicia en México, a partir de la reforma constitucional del año 2008. En: GONZALO QUIROGA, M., GORJÓN GÓMEZ, F. J., SÁNCHEZ GARCÍA, A. (eds.). Métodos Alternos de Solución de Conflictos. Herramientas de paz y modernización de la justicia. Madrid: Dykinson, p. 99.

20. Al respecto, *vid.* FERRAJOLI, L. 1995. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, pp. 851 y ss. Sobre este tema, *vid.* BARBA ÁLVAREZ, R., GORJÓN GÓMEZ,

mente, la justicia retributiva²¹, toda vez que, si bien se privilegian los métodos alternos de solución de conflictos²² (artículo 17 constitucional, párrafo cuarto), se garantiza la judicialización de la ejecución penal²³ (artículo 21 párrafo tercero constitucional), y se reorienta el fin del sistema penitenciario mexicano (artículo 18 párrafo segundo Constitucional); no obstante, se establece un régimen especial²⁴ (artículo 18 párrafos penúltimo y último constitucional) para aquellas conductas consideradas graves o actividades desarrolladas por grupos organizados²⁵.

En definitiva, el presente trabajo mostraremos la importancia del

-
- F. J. 2006. Apuntes sobre el Derecho Penal Mínimo *vs.* Derecho Penal Simbólico en el Código Penal. En: ZAMORA JIMÉNEZ, A. (dir.), *op. cit.*, pp. 501 y ss.
21. *Vid.* RÍOS MARTÍN, J. C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A., SEGOVIA BERNABÉ, J. L. 2008. La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y sufrimiento humano, 2ª ed. Madrid: Colex; NEUMAN, E. 2005. La mediación penal y la justicia restaurativa. México: Porrúa, p. 37. La inclusión del derecho penal humanista encontró abono a partir pensamiento del Marqués de Beccaría. *Vid.* BECCARÍA, C.: De los delitos y de las penas (edición de TOMÁS Y VALIENTE, F.). Madrid, *passim*; GARCÍA RAMÍREZ, S. 2000. Estudios Jurídicos. México: UNAM, pp. 447 y sigs; MELGOZA RADILLO, J. 1993. La prisión. Correctivos y alternativas. México: Zarahemia, pp.16 y sigs.
22. Al respecto, *vid.* entre otros, NÚÑEZ TORRES, M. G. 2009. La constitucionalidad de los MASC. En: GORJÓN GÓMEZ, F. J. (dir.): Mediación y Arbitraje. México: Porrúa, p. 214; RÍOS ESPINOSA, C. 2008. Recomendaciones para la optimización de los principios constitucionales de la reforma procesal penal. En: VV AA, El sistema de justicia penal en México: retos y perspectivas, México: UNAM, p. 65; GORJÓN GÓMEZ, F. J., STEELE GARZA, J. G. (coords.) 2008. Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, México: Oxford, *passim*.
23. Sobre este tema, *vid.* MONTES DE OCA RIVERA, L. 2003. Juez de Ejecución de Penas. México: Porrúa, *passim*; GÓMEZ PIEDRA, R. 2006. La judicialización penitenciaria en México. México: Porrúa, *passim*.
24. *Vid.* JAKOBS, G., Meliá, C. 2006. Derecho penal del enemigo, 2ª ed. Navarra: Aranzadi, *passim*.
25. Este perfil de delincuencia constituye una de las más grandes amenazas del Estado de Derecho contemporáneo, por tanto, la respuesta estatal a través de esta reforma, responde al hecho que dicho fenómeno no es «sólo por la injustificada crueldad de las acciones mediante las que se exterioriza, ni por sus dolorosas e indiscriminadas consecuencias, ni siquiera por su desesperante reiteración, sino también, y fundamentalmente, porque es finalidad esencial de los grupos y bandas terroristas –a la que dirigen su probada capacidad delictiva– la consecución de un efecto de indudable mayor trascendencia: la subversión de ese modelo de Estado democrático de Derecho». Cfr. GARCÍA VALDÉS, C. 1989. Derecho penitenciario (Escritos, 1982-1989). Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 213. El mismo autor años más tarde analiza la previsión normativa a este fenómeno delictivo, *vid.* GARCÍA VALDÉS, C. 2011. La legislación antiterrorista española. En: AGUILERA PORTALES, R. E. (coord.) Políticas de Seguridad Públicas (Análisis y tendencias criminológicas y políticas actuales). México: Porrúa, pp. 207 y ss. Sobre esta temática, *vid.* BARBA ÁLVAREZ, R. 2001. La criminología en el estudio de la delincuencia organizada. Cuadernos de Política Criminal 75, pp. 627-652.

nuevo paradigma de justicia en mexicana²⁶, pues resulta necesario precisar si es posible aludir a la justicia restaurativa a través de la mediación penal²⁷ y penitenciaria como instrumentos de pacificación del conflicto social. Conflicto que ahora demanda positiva una amplia inclusión en el derecho penal²⁸ así como la voluntad de las partes del conflicto, quienes tienen un papel preponderante en la solución del mismo.

Cabe destacar que este modelo de justicia, tan novedoso en México²⁹, ha generado una percepción escéptica por parte de la sociedad, el funcionariado y la doctrina³⁰. No obstante, son muchos los esfuerzos que se vienen realizando por parte de las autoridades para implementar este nuevo sistema de justicia penal en la totalidad del país, estableciéndose una *vacatio legis* de ocho años³¹.

1. DE LA CRISIS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL MEXICANO, AL MODELO RESTAURATIVO DE JUSTICIA

En México, el sistema de justicia penal se encuentra en una profunda crisis³².

26. *Vid.* KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., Justicia..., *op. cit.*, *passim*

27. *Vid.* ETXEBERRIA GURIDI, J. F. 2010. La mediación penal en adultos: algunos presupuestos para su incorporación en el ordenamiento español. En: ETXEBERRIA ESTANKONA, K., ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.). La resolución alternativa de conflictos. Actas de las segundas jornadas: justicia con ojos de mujer. Bilbao: UPV, pp. 163 y sigs.

28. En palabras de ROXIN: «la reparación del daño como sanción novedosa frente a las penas y a las medidas puede dar lugar a una "tercera vía" del Derecho penal». Cfr. ROXIN, C. 1997. Derecho penal. Parte general, 2ª ed., T. I. Madrid: Civitas, p. 108.

29. Sobre esta temática, entre otros, *vid.* RÍOS MARTÍN, J. C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A., SEGOVIA BERNABÉ, J. L. 2008. La mediación penal y penitenciaria, 2ª ed. Madrid: Colex, p. 8.

30. En este orden de ideas, así es la percepción por parte de la doctrina española, al respecto, *vid.* MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. 2008. Justicia reparadora, mediación y sistema penal: diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos? En: GARCÍA VALDÉS, C., CUERDA RIEZU, A., ALCÁCER GUIERAO, R., VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (coords.). Estudios en homenaje a Enrique Gimbernat, T. I. Madrid: Edisofer, p. 466, nota 4.

31. Son muchos los retos que deberá afrontar este modelo de justicia, pues habrá que armonizar las demás normativas al mandato constitucional; destinar presupuesto para la creación de espacios *ad hoc*; capacitar al funcionariado; y lo más importante, implementar políticas públicas que conciencien a la sociedad de la esencia de este nuevo sistema jurídico, lo que redundará en el acercamiento a una cultura del diálogo.

32. En la doctrina mexicana, GARCÍA RAMÍREZ, analiza algunos factores que determinan la crisis de la prisión. *vid.* GARCÍA RAMÍREZ, S. 1975. La prisión. México: Fondo de Cultura Económica, p. 52. Sobre esta realidad, entre otros, *Vid.* SAMPEDRO URRUBLA, J. L. 1998. Apuntes sobre la resocialización en el sistema colombiano. Eguzkilore, núm. extraordinario 12, p. 109; DELGADO ITURRIZA, D. 1989. Derechos humanos y sistema penitenciario. CENIPEC 4, p. 154; JIMÉNEZ, M. A. 1994. La cárcel en Latinoamérica

Sus causas las listamos a continuación:

- La dispersión normativa³³;
- Procesos lentos y burocráticos;
- Ausencia de institutos jurídicos que potencien el acceso a la justicia;
- Corrupción;
- El factor económico³⁴;
- La ausencia de voluntad política³⁵;
- La violencia³⁶;

en las tres últimas décadas. Capítulo Criminológico 22, 65-80; ZAMBRANO PASQUEL, A. 1996. Aproximación al sistema penitenciario ecuatoriano. *Revista Chilena de Ciencia Penitenciaria y de Derecho Penal*, 3ª Época, núm. 22, 33-43; Naquira, J. 1994. La pena privativa de libertad: Una sanción penal en crisis. *Revista Chilena de Ciencia Penitenciaria y de Derecho Penal*, 3ª Época, núm. 19, 37-48. Como el nuevo modelo de justicia mexicano, particularmente, en la ejecución de la sanción penal, acude al modelo español (por cuanto atiende a las funciones del Juez de Vigilancia penitenciaria), y con el fin de aprovechar la experiencia española, parece necesario señalar que, la situación penitenciaria que se padece en México, se experimentaba de manera similar, en España, a finales de la década de 1970; entre los varios factores adversos, se encontraba, en primer lugar, la dispersión de los textos normativos penitenciarios, contenidos en preceptos sustantivos y adjetivos, en unión de diversos decretos, órdenes ministeriales y circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias; así como, el momento conflictivo que se suscitaba en los establecimientos penitenciarios de todo el país, motivado por el sentimiento discriminatorio que de sus derechos sentían los reclusos, respecto de los beneficiados por la amnistía política. Al respecto, *vid.* GARRIDO GUZMÁN, L. 1988. En torno al proyecto de Ley General Penitenciaria. En: GARRIDO GUZMÁN, L. *Estudios Penales y Penitenciarios*, Madrid: Edersa, p. 204.

33. Comentando dicho fenómeno, *vid.* GARCÍA VALDÉS, C. 1988. Un modelo penitenciario latinoamericano en transición: Colombia. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLI, Fascículo I, p. 182; TÉLLEZ AGUILERA, A. 1996. Derecho penitenciario colombiano: Una aproximación desde la experiencia española. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLIX, Fascículo II, pp. 594, 598-599.
34. GARCÍA RAMÍREZ, entiende que la situación económica del país influye en el escaso desarrollo penitenciario. Al respecto, *vid.* GARCÍA RAMÍREZ, S.: *La prisión...*, *op. cit.*, p. 53. Analizando tales carencias económicas en el mundo carcelario, *vid.* SLOKAR, W. A.: «Orientación de la legislación penitenciaria en América Latina», en *Orientación actual de la legislación penitenciaria. V reunión nacional de directores generales de prevención y readaptación social*, Hermosillo, Sonora, México, México, 1998, pp. 199-200; NEUMAN, E./IRURZUN, V. J.: *La Sociedad carcelaria*, 3ª ed., Buenos Aires, 1990, p. 6.
35. Al respecto, *vid.* GARCÍA RAMÍREZ, S. 1975. *La prisión...*, *op. cit.*, p. 52.
36. Sobre esta temática, *vid.* AMBOS, K. 1994. La detención preventiva en Colombia, Perú y Bolivia. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLII, Fascículo I, p. 197; DELGADO ROSALES, F. J. 1994. Crónica penitenciaria. El caso Sabaneta. Capítulo Criminológico, núm. 22, 83-105; HIDALGO R. L., MICHAEL, L. J. 1994. Amotinamientos carcelarios: De los cambios administrativos a la ruptura del control (Sabaneta, enero

- El hacinamiento en las prisiones³⁷;
- La falta de profesionalización del personal³⁸;
- La inoperancia de muchas instituciones penitenciarias (trabajo³⁹, educación⁴⁰, etc.).

A los anteriores factores debemos precisar, que existe otro que, en nuestra opinión, es el más importante; éste radica en el hecho que, en México, el reconocimiento y defensa de los Derechos Humanos tanto del hombre en libertad como aquel que se encuentra privado de la misma, al interior de las cárceles⁴¹, a la fecha es una asignatura pendiente. No

de 1994). CENIPEC, núm. 15, 125-142; PÉREZ PERDOMO, R., ROSALES, E. 1999. La violencia en el espacio carcelario venezolano. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. 3, 293-313.

37. En esta temática, *vid.* PÉREZ PERDOMO, R., ROSALES, E. 1999. La violencia..., *op. cit.*, p. 298.
38. *Vid.*, al respecto, GRACIA MORAIS, M. 2009. El sistema penitenciario venezolano durante los 50 años de la democracia petrolera 1958-2008. Caracas: UCAB, p. 190; ANDRÉS MARTÍNEZ, G. M. 2007. Derecho penitenciario, México: FLORES EDITOR, p. 433 y sigs. La historia de la constata crisis de la prisión, la encontramos descrita años atrás, en palabras de SALILLAS y PANZANO, quien mencionaba: «La cárcel formada por una necesidad social se ha desenvuelto en el abandono y siendo buena en el principio, la hicieron mala sus guardianes y sus huéspedes». Cfr. SALILLAS Y PANZANO, R. 1888. La vida penal en España. Madrid, p. 383.
39. Sobre esta problemática, *vid.* RODRÍGUEZ CAMPOS, I. 1986. El trabajo penitenciario. Monterrey: UANL, *passim*.
40. *Vid.*, entre otros, PIÑA Y PALACIOS, J. 1972. El problema de la educación en las prisiones. *Criminalia* 11-12, 316-325; Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. 2010. Sistematización del trabajo educativo de la CDHDF en el sistema penitenciario. México: CDHDF, *passim*.
41. Efectivamente, en la mayoría de los casos, la defensa de los derechos de los reclusos, sucumbe ante los actos de las autoridades penitenciarias, toda vez que no obstante existe un mandato constitucional por proteger los mismos, a la fecha, en la totalidad de los establecimientos penitenciarios nacionales, se carece de la salvaguarda de éstos; es decir, se deja a los internos en un completo abandono. (No obstante, el derecho de las personas a privadas de su libertad a ser tratadas humanamente y con el debido respeto a la dignidad humana, es una problemática que ha inspirado la elaboración de un número importantes de instrumentos normativos. Ampliamente, *vid.*, entre otros, O'DONNELL, D. 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. México: Tierra Firme, *passim*, particularmente, pp. 200-203; PINTO, M. 1997. Mecanismos de protección internacional de los Derechos Humanos. En: VV AA, Jornadas sobre sistema penitenciario y Derechos Humanos. Buenos Aires: Editorial del Puerto, p. 69 y ss.). Así pues, ahora se olvida del (nuevo) fin primario de la prisión mexicana, la reinserción social, para aplicarse (permutarse) a éstos la justicia retributiva. Cfr. ZAGREBELSKY, G., MARTINI, C. M. 2006. La exigencia de justicia. Madrid: Trotta, p. 37. Como podemos constatar de los preceptuado por el artículo 18 párrafos penúltimo y último de la Carta Magna mexicana. Además, debo mencionar que: «pese a las declaraciones normativas que señalan que a los reclusos solo se les

obstante que en el año 2001, se realiza una reforma constitucional relativa a los Derechos Humanos y sus garantías. Queda mucho por hacer en el ámbito de la justicia nacional.

Si bien se cuenta ahora con un marco jurídico que permita hacer valer tales prerrogativas⁴², insistimos, el distanciamiento entre la ley y la realidad en cada día más amplio⁴³.

Aquí, la importancia de la reforma constitucional del año 2008, toda vez con en ella, también se pretende dar solución a la realidad punitiva mexicana al introducir nuevas instituciones, principios y objetivos.

2. La reorientación de la justicia penal en el siglo XXI: Hacia la justicia restaurativa vía la mediación penal

La inclusión del nuevo paradigma de justicia mexicana demanda una serie de actuaciones por parte de las autoridades⁴⁴ y la sociedad. Esto es, que se presenta un vuelco a la resolución de los conflictos, ahí donde los actores principales procurarán, en primer término, poner solución a los mismos.

En esta tesitura, por disposición de la Carta magna federal, la constitucionalización de los mecanismos de solución de controversias penales detentan como condición *sine qua non* el aseguramiento de la reparación del daño, así como que se establece que la norma secundaria determinará los casos en los que se requiera supervisión judicial.

Debemos destacar que si bien la constitución no establece cuales serán dichos mecanismos de solución alternativos de controversias, también deja abierta la posibilidad que se contengan en otras normativas.

ha de privar de su libertad, todos y cada uno de sus derechos fundamentales (a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica, a la defensa, al trabajo remunerado, al respeto de su vida privada, al secreto de su correspondencia, etc.) se encuentran devaluados en comparación con la tutela que poseen esos mismos derechos cuando los mismos se refieren a quienes viven en libertad». Cfr. RIVERA BEIRAS, I. 1994. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. En: RIVERA BEIRAS, I. (coord.). Tratamiento penitenciario y Derechos Humanos. Barcelona: Bosch, p. 47.

42. En opinión de GARCÍA RAMÍREZ, Los Derechos Humanos se constituyen en nuestro tiempo como un asunto explosivo y expansivo que demandan sus propias garantías. Al respecto, *vid.* GARCÍA RAMÍREZ, S. 2002. Los Derechos Humanos y la jurisdicción interamericana. México: UNAM, p. 5.

43. Así, lo ha entendido CÁRDENAS GRACIA, quien señala que: «hacen falta instrumentos constitucionales y legales para la protección de intereses colectivos y difusos». Cfr. CÁRDENAS GRACIA, J. 2006. Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico. En: ESTRADA TORRES, P. (comp.). Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho. México: Limusa, pp. 62-63.

44. Al respecto, *vid.* NÚÑEZ TORRES, M. G. 2009. La constitucionalidad de los MASC. En: GORJÓN GÓMEZ, F. J. (dir.). Mediación y Arbitraje. México: Porrúa, p. 214.

Nosotros nos ocuparemos, en primer término, de la mediación penal, adhiriéndonos a la recomendación número 99 del Comité de Ministros del Consejo de Europa que establece que la medicación penal es: «todo proceso que permite a la víctima y al delincuente participar activamente, si lo consienten libremente, en la resolución de los resultados de un delito, con ayuda de un tercer independiente (mediador)».

Dos vertientes surgen de esta temática:

La primera, relativa a determinar quien será este mediador. Entendemos que en el caso mexicano, y teniendo como referente la reforma constitucional del año 2008, definitivamente será el Ministerio Público. Para tales efectos, ahora deberá replantearse asimismo la actuación del órgano persecutor del delito para que privilegie la comunicación entre las partes. Lo que resulta un reto sin tenemos claro que la *vacatio legis* de implementación del sistema acusatorio adversarial mexicano es de ocho años y a la fecha se llevan 5, lo que hace que incluso algunas entidades estatales no estén cumpliendo con la mencionada disposición generando una vacío jurídico y un falta de acceso a la justicia por parte de los justiciables.

La segunda, alude a los casos en que el ministerio público pueda hacer las veces de mediador. Es decir, habremos de establecer que el fiscal solamente puede valer el principio de oportunidad, la normativa contempla una serie de casos que en nuestro criterio resultan sin sentido, toda vez que lo que se pretende con la justicia restaurativa es un resultado pacífico del conflicto, y al establecerse que solamente aquellos comportamientos delictivos de poca importancia o [FALTA TEXTO EN ORIGINAL]

3. LA REORIENTACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL EN EL SIGLO XXI: HACIA LA JUSTICIA RESTAURATIVA VÍA LA MEDIACIÓN PENITENCIARIA

Hemos indicado en líneas que anteceden, la importancia que representó la inclusión del nuevo modelo de justicia en el Estado Mexicano. No obstante, consideramos, que hay una reorientación del sistema penitenciario mexicano. Si bien, en el artículo 18 párrafo segundo alude a un nuevo fin de las instituciones penitenciarias mexicanas, las cuales se orientan a la reinserción social del sentenciado, más adelante en los párrafos penúltimo y último se alude a la aplicación de un régimen especial a «cierto perfil de la delincuencia», lo que resulta cuestionable, no

obstante sus críticas⁴⁵, consideramos que son más las bondades que la reforma al sistema carcelario conlleva toda vez que conjuntando esfuerzos entre todas las partes del conflicto podrá alcanzarse esta idea de justicia restaurativa.

Ahora bien, deseamos que la reforma constitucional del año 2008 no corra la misma suerte que las que le han precedido; es decir, que no se convierta en una paradoja más, como aquella que representó en su momento, un modelo a seguir por el resto de las naciones Latinoamericanas e, incluso, por algunos países europeos, al sentar en su texto constitucional del artículo 18 (1917)⁴⁶, las bases del sistema penitenciario mexicano para, posteriormente, a través de la vigente Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados (1971)⁴⁷, potenciar los fines de las instituciones penitenciarias mexicanas, teniendo en cuenta, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, elaboradas por las Naciones Unidas en Ginebra, en el año de 1955.

Volviendo al tema de la reorientación de la justicia penal mexicana, en el ámbito de las prisiones, resultaba necesario replantear las propias instituciones penitenciarias, con el propósito de potenciar, por un lado, la efectiva protección de los Derechos Humanos de los internos, vigilar la actuación de la administración y, por otro, impulsar la consecución del fin primario que debe impregnar a las instituciones penitenciarias mexicanas, la reinserción social⁴⁸, con independencia que se alcancen los fines secundarios, como son: la retención y custodia de los detenidos presos y penados⁴⁹, así como la asistencia internos y liberados (objetivos, que deben ser garantizados, como he señalado, por todo Estado de Derecho, como presumimos, es el caso del Estado mexicano, no obstante su realidad)⁵⁰.

45. MARTÍNEZ ESCAMILA, M. 2008. Justicia reparadora, mediación y sistema penal: diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos? En: GARCÍA VALDÉS, C., CUERDA RIEZU, A., ALCÁ-CER GUIRAO, R., VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (coords.). Estudios..., *op. cit.*, pp. 465-466.

46. Al respecto, *vid.* NÚÑEZ TORRES, M. 2007. La positivación de los Derechos Humanos. En: ZARAGOZA HUERTA, J., AGUILERA PORTALES, R., NÚÑEZ TORRES, M. (Aut.). Los Derechos Humanos en la sociedad contemporánea. México: UNAL, p. 33.

47. Sobre esta materia, *vid.*, ampliamente, GARCÍA RAMÍREZ, S. 1971. La reforma penal de 1971, México: Botas, *passim*, particularmente p. 57 y ss.

48. Así, previsto en la reforma Constitucional del año 2008. Al respecto, *vid.* CÁMARA DE DIPUTADOS. LX LEGISLATURA. 2008. Reforma constitucional de Seguridad y Justicia. México, *passim*.

49. Con respecto a la cárcel custodia, *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C. 1985 (reimp. 1987). Teoría de la pena, 3ª ed. Madrid: Tecnos, p. 67.

50. Con referencia al tema del Estado Democrático y de Derecho su crisis actual, *vid.*

Cabe advertir que la repetidamente citada reforma constitucional del año 2008 vino a colmar asimismo, la ausencia de un órgano que fiscalizara la ejecución de la pena privativa de libertad, independiente del Poder Ejecutivo, como existe en varias normativas de derecho comparado⁵¹.

La Judicialización penitenciaria mexicana⁵², respondió, entre otras razones: a la previsión jurídica en otros modelos penitenciarios de occidente⁵³, a las demandas realizadas por parte de la doctrina penitenciaria

DE VEGA GARCÍA, P. 2006. Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual. CARBONELL, M., VÁZQUEZ, R. (coords.). Estado constitucional y globalización. México: PORRÚA, pp. 135-169. Con una idea que entiende «al Estado Social y Democrático de Derecho», como una cláusula institucional que trata de que el ejercicio de los derechos humanos sean unas utopías realizables, *vid.* NÚÑEZ TORRES, M. 2006. Nuevas tendencias en el Derecho Constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado. En: TORRES ESTRADA, P. (comp.). Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho. México: Limusa, pp. 135-169.

51. En este sentido aludo a instituciones como el Juez de Vigilancia penitenciaria español, entre otros, *vid.* ALONSO DE ESCAMILLA, A. 1985. El juez de vigilancia penitenciaria. Madrid: Civitas, *passim*; MANZANARES SAMANIEGO, J. L. 1989. Naturaleza de la jurisdicción de vigilancia: aspectos procesales y administrativos. Revista de Estudios Penitenciarios, núm. Extra I, *passim*; CHIANG REBODELLO, M. E. 2001. Procedimiento ante el juzgado de vigilancia penitenciaria. Barcelona: Bosch, *passim*; MARTÍN DIZ, F. 2002. El juez de vigilancia penitenciaria. garante de los derechos de los reclusos. Granada: Comares, *passim*; ZARAGOZA HUERTA, J., GARCÍA BARRERA, M. E. 2012. El nuevo juez de ejecución, garante de los derechos humanos de sanciones mexicano desde una óptica comparada. Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo 8, 38-51.
52. Al respecto *vid.*, entre otros, GÓMEZ PIEDRA, R. La judicialización..., *op. cit.*, *passim*; ZARAGOZA HUERTA, J., BARBA ÁLVAREZ, R., PRADO MAILLARD, J. L., CARRETO GUADARRAMA, D., MONTOYA VILLAVICENCIO, M., MARTÍNEZ GÓMEZ, E., GARCÍA BARRIO, A. 2008. La introducción del Juez de Vigilancia Penitenciaria, una necesidad del moderno penitenciarismo mexicano. Revista Electrónica Letras Jurídicas 7, 1-21.
53. Así, por ejemplo, en España la Figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria se configura como el garante de la ejecución prisional, institución que en el momento de su introducción, en la vigente Ley Orgánica 1/79 General Penitenciaria, generó gran expectativa. Toda vez que su introducción respondió, entre otras razones, al hecho de que las cárceles están llenas de reclusos, quienes en su condición de seres humanos son titulares de derechos, a los cuales se debe garantizar su protección judicial. *Vid.* ALONSO DE ESCAMILLA, A. El juez..., *op. cit.*, pp. 19, 157-158; también recogido en ALONSO DE ESCAMILLA, A. 1990. El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria. Cuadernos de Política Criminal 40, 151-152. Analizando esta importante institución penitenciaria, entre otros, *vid.* GARCÍA VALDÉS, C. 1995. Comentarios a la legislación penitenciaria, 2ª ed. Madrid: Civitas, p. 241; MANZANARES SAMANIEGO, J. L. 1981. La problemática actual del juez de vigilancia. Revista de Estudios Penitenciarios 232-235, 10; CANTISÁN ASENSIO, H. 1987. El juez de vigilancia. Revista de Estudios Penitenciarios 237, 10-11; GÓMEZ DE LA ESCALERA, J. J. 1994. El control jurisdiccional en la ejecución de las penas privativas de libertad: el juez de vigilancia penitenciaria.

nacional⁵⁴ y, a los compromisos internacionales asumidos en los instrumentos normativos firmados y ratificados por el Estado Mexicano, que reclamaban entre otras reformas al sistema de justicia mexicano, la inclusión del garante de los derechos humanos y titular de la ejecución de la sanción penal, lo que permitió que, finalmente se constituyera en una reforma progresista⁵⁵ y humanitaria.

Si pudiéramos resumir las funciones de la mencionada institución retomaríamos los postulados señalados por el artífice de la reforma penitenciaria española, GARCÍA VALDÉS quien aludiendo al Juez de Vigilancia español destacará: «fiscalizar la actividad penitenciaria y garantizar los derechos de los internos, configuran dos misiones fundamentales en las que reposa la figura»⁵⁶; así pues, en el caso mexicano, consideramos que dicho instituto viene a garantizar el correcto funcionamiento de la relación de sujeción especial⁵⁷, el reconocimiento y protección de los Derechos Humanos de los reclusos⁵⁸, el efectivo cumplimiento de la sanción penal (concediendo y/o negando beneficios penitenciarios, resolviendo cualquier tipo de recursos, etc.); así como visitar los establecimientos penitenciarios. En definitiva, fiscalizar la actividad al interior de las prisiones mexicanas, introduciendo controles a quienes aplican las penas, en cumplimiento al estricto principio de legalidad ejecutiva⁵⁹, con la consecuente disminución de los vicios prisionales.

No obstante, para el éxito de la institución, hay que tener presentes las recomendaciones del propio GARCÍA VALDÉS que establece: «Ha de quedar diáfana la necesaria separación entre las atribuciones de la administración penitenciaria y la de los jueces de vigilancia, y no puede producirse una invasión de aquellas por las de éste, lo que sería como venir a reconocer facultades de dirección del establecimiento a toda autoridad judicial»⁶⁰.

Actualidad Penal 45, 825-835; GONZÁLEZ CANO, M. I. 1994. La ejecución de la pena privativa de libertad. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 124; CHIANG REBOLLEDO, M. E., Procedimiento..., *op. cit.*, *passim*; MARTÍN DIZ, F., El juez..., *op. cit.*, *passim*.

54. En este sentido, *vid.* GARCÍA ANDRADE, I. 1989. El sistema penitenciario mexicano. Retos y perspectivas. México: Sista, p. 237.
55. *Vid.* MESTRE DELGADO, E. 2005. Un CIS con nombre y apellidos. La Ley, Año II, núm. 12, p. 3.
56. Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., Comentarios..., *op. cit.*, p. 241.
57. Al respecto, *vid.* GARCÍA VALDÉS, C., Derecho..., *op. cit.*, p. 17.
58. Al respecto *vid.*, ampliamente, Federación Iberoamericana de Ombudsmen 2007. Sistema penitenciario. V informe sobre Derechos Humanos. Madrid: Trama Editorial, pp. 273-279; O'DONNELL, D., Derecho..., *op. cit.*, pp. 200 y sigs.
59. *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C. 1995. Diez años de reforma penitenciaria en España: una recopilación. En: GARCÍA VALDÉS, C. Derecho penitenciario. Madrid: Tecnos, p. 270.
60. Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., Derecho..., *op. cit.*, p. 16.

4. EL RETO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA AD INTRA DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO

Como hemos venido señalando, con la reforma constitucional del año 2008, se realizó una transición al modelo de justicia, impactando directamente al ámbito penitenciario. Dicha reforma estableció una *vacatio legis* de tres años, a partir de su entrada en vigor, para introducir en las legislaciones estatales los cambios que en la normativa federal se introdujeron.

Así, al vigente artículo 18 constitucional («la carta magna de los delincuentes»⁶¹), piedra angular del sistema penitenciario mexicano⁶², ha transformado sus instituciones. No obstante, en nuestra opinión, parece que estamos frente a un péndulo que oscila entre la libertad⁶³ y el encapsulamiento del recluso⁶⁴. Basta analizar el artículo en cita para constatar lo mencionado:

«... El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios **para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad** y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para el prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto...

... **Los sentenciados**, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios **más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración** a la comunidad como forma de reinserción social. **Esta disposición no aplicará en caso de** delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada **se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones** de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, **salvo el acceso a su defensor,**

61. Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S. 2002. Artículo 18. En: Carbonell, M. (dir.) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada. Tomo. I. México: Porrúa, p. 267.

62. MALO CAMACHO, señala que el artículo 18 de la Constitución es la disposición legal que fundamenta y establece las bases del sistema penitenciario en el país y, por lo mismo, se afirma como piedra angular del penitenciarismo mexicano, *vid.* MALO CAMACHO, G. 1976. Manual de Derecho Penitenciario mexicano. Serie Manuales de enseñanza, núm. 4. México: INACIPE, p. 45.

63. Sobre este tema, *vid.* BARBA ÁLVAREZ, R., GORJÓN GÓMEZ, F. J. 2006. Apuntes sobre el Derecho Penal Mínimo *vs* Derecho Penal Simbólico en el Código Penal. En: ZAMORA JIMÉNEZ, A. (dir.) Estudios Penales y Política Criminal. México: Editorial Ángel Editor, pp. 501 y ss.

64. *Vid.* JAKOBS, G., MELIÁ, C., Derecho..., *op. cit.*, *passim*.

e **imponer medidas de vigilancia especial** a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley».

Del texto constitucional, advertimos que estamos ante a un doble discurso punitivo, pues ahora quienes se encuentren expurgando una pena privativa de libertad, serán aquellos individuos cuyo comportamiento delictivo no les haya permitido acceder a un método alternativo (artículo 17 constitucional) y si, por el contrario, serán aquellos «etiquetados» en la delincuencia común y de manera especial, quienes son considerados altamente peligrosos, pertenecientes a la delincuencia organizada o grupos terroristas, pudiéndoseles restringir casi todos sus derechos con excepción de la debida defensa (garantía constitucional) (artículo 20 apartado B), siendo, asimismo, destinados a lugares especiales⁶⁵.

Por lo anteriormente mencionado, entendemos que durante la ejecución de la pena privativa de libertad de un sentenciado, existe un péndulo que oscila entre la reinserción social y el encapsulamiento, lo que nos lleva a cuestionarnos si realmente la reforma constitucional del año 2008 está orientada a la justicia restaurativa.

Ente este sentido, diremos que por cuanto se refiere al nuevo fin primario de las instituciones penitenciarias del país, la «reinserción social», consideramos, sólo operará para aquella delincuencia catalogada de común, pues el tiempo por expurgar la pena, le permitirá, con apoyo de una serie de mecanismos (el respeto a los derechos humanos, el trabajo, la instrucción, la educación, la salud y el deporte) alcanzar el mencionado fin⁶⁶, de lo contrario, la reforma representa una simulación jurídica donde se «pretende» reinsertar a una persona a la sociedad, segre-

65. Analizando la existencia de prisiones de máxima seguridad mexicanas GARCÍA RAMÍREZ, las describe señalando que éstas son intimidantes para abrumar al delincuente; son herméticas para retenerlo; son intransitables para aislarlo; agregando el citado autor que no hay mejor ensayo de una cápsula que una prisión de seguridad máxima; el preso se halla en una campana, circunscrito y observado; no hay voz que escuche, ni paisaje que contemple, ni visita que reciba, ni palabras que lea, ni sueño que tenga, ni trabajo que emprenda, ni amor que lo aliente, ni odio que lo agite, fuera del control del otro cerebro: el cerebro de la vigilancia, que compite con el del criminal y lo vence; finaliza el citado autor con reflexiones tales como, «si no se mata al infractor, se congela su vida, atrapada en cada filamento. Si no se le destierra país afuera se le destierra país adentro». *Vid.* GARCÍA RAMÍREZ, S. 1996. Los personajes del cautiverio. Prisiones, prisioneros y custodios. México: Secretaria de Publicación/ CVS Ediciones, p. 188.

66. Debemos señalar que no fue posible lograr la readaptación social del delincuente prevista como eje central del penitenciarismo mexicano hasta antes de la reforma del año 2008.

gándola perpetuamente de la misma⁶⁷, como es el caso de quienes se encuentran dentro de una élite delictiva como la que se prevé en el precepto constitucional número 18 párrafos penúltimo y último.

En definitiva, la imposición de penas con la que el Estado mexicano, pretende interferir la esfera del gobernado⁶⁸, a través del derecho penal subjetivo⁶⁹, a partir del año 2008, está sujeta a valoraciones, es decir que, en este país, puede aplicarse un tratamiento penal denominado de varias velocidades⁷⁰, o bien, ordinario y extraordinario⁷¹, lo que nos lleva a retomar los planteamientos que críticamente ha establecido MANTOVANI que señala: «la ciencia penal debería volver a la realidad y salir del empíreo de los sistemas máximos y del nominalismo abstracto en que se refugia (...) si el estado y la doctrina no aciertan a responder a las exigencias de seguridad de los ciudadanos, se producirá una fractura entre éstos y el poder y se perderá la confianza en el estado, con una fatal regresión a los fenómenos degenerativos de la omisión de denuncia de los delitos, de la autodefensa privada (multiplicación de las policías privados, de los ciudadanos armados, de los lugares blindados, de las alarmas sonoras, etcétera) de la justicia privada y de los delitos de reacción (venganzas, tentativa de linchamiento de los delincuentes detenidos in fraganti, etc.). y con una creciente incomunicación entre el legisla-

-
67. Al respecto, *vid.* ERAÑA SÁNCHEZ, M. 2006. Comentario a la sentencia I-20/2003 de la SCJN que convalida la Legislación Estatal de Penas Perpetuas (fácticas). *Jurídica. Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana* 36, 483; *idem*, 2007. *Reforma penal y constitución*. Sistema Penal, Ed. Especial, agosto, p. 195. Con similares conceptos *vid.* AGUDELO BETANCOUR, N. 2005. FRANCESCO CARRARA y HANS WELZEL: La ciencia del derecho criminal como límite al control punitivo del Estado. En: MORENO HERNÁNDEZ, M., STRUENSEE, E., CEREZO MIR, J., SCHÖNE, W. (comps.): *Problemas capitales del moderno derecho penal*. México: Centro de Estudios de Política Criminal, Jus Poenale, pp. 230; BARBERO SANTOS, M. 2001. Estado constitucional de derecho y sistema penal. En: MORENO HERNÁNDEZ, M. (coord.): *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI. Segundo Congreso Internacional de Derecho Penal*. México: UNAM, p. 14. Críticamente, *vid.* GONZÁLEZ PLACENCIA, L. 2006. *Política criminal y sociología del control penal*, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, p. 166.
68. No entramos al debate de la autonomía o accesoriedad del Derecho penal, al respecto, *vid.* LUZÓN PEÑA, D. M. 1996. *Curso de Derecho penal. Parte general I*. Madrid: Universitas, p. 71.
69. MIR PUIG, establece que: «el Derecho penal suele entenderse en dos sentidos distintos, el objetivo y el subjetivo. En este sentido objetivo significa el conjunto de normas penales. Subjetivo –también llamado derecho a castigar o *ius puniendi*– es el Derecho que corresponde al Estado a crear y a aplicar el Derecho penal objetivo». Cfr. MIR PUIG, S. 2005. *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed. Barcelona: Reppertor, p. 55.
70. Al respecto, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2001. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed. Madrid: Civitas, p. 91.
71. GARCÍA RAMÍREZ, S. 2009. *La reforma penal constitucional*. México: UNAM, p. 52.

dor y la ciencia penal, que se autoexcluye de la política criminal, de modo que hoy los interlocutores privilegiados del legislador son la magistratura y la abogacía»⁷².

Debemos mencionar que la reforma constitucional de seguridad y justicia mexicana, al igual que aconteció en España, con la introducción de la «regresiva»⁷³ Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio en el ámbito penal y de la ejecución penal dirigida a grupos, bandas terroristas y elementos de alta peligrosidad⁷⁴, introdujo acciones como el cumplimiento íntegro de las penas, la no concesión de beneficios penitenciarios, etc., en definitiva, la custodia de los reclusos⁷⁵, en la cual se pretende encerrar a quienes pretenden trastocar las instituciones gubernamentales y atentar contra los bienes jurídicos penalmente relevantes⁷⁶.

5. LA RESTAURACIÓN DEL CONFLICTO VÍA LA MEDIACIÓN PENITENCIARIA Y SUS ELEMENTOS⁷⁷

Nos hemos referido en otro espacio sobre el nuevo paradigma de solución de conflictos, la justicia mexicana, la justicia restaurativa⁷⁸. Advirtiendo que se trata de un movimiento complejo⁷⁹, que puede verifi-

-
72. Cfr. MANTOVANI, F. 2003. Conversaciones: Ferrando Mantovani. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 05, 4-5.
73. Al respecto, *vid.* SANZ DELGADO, E. 2004. La reforma introducida por la regresiva Ley Orgánica 7/2003. ¿Una vuelta al siglo XIX? Revista de Derecho y Criminología, 2ª Época, núm. Extraordinario 2, 195-211. Sobre este punto, entre otros, *vid.* RENART GARCÍA, F. 2003. La libertad condicional: Nuevo régimen jurídico. Madrid: Edisofer, *passim*; PARÉS GALLÉS, R. 2006. Ejecución de penas y medidas. En: MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español, Buenos Aires: Editorial B de F, pp. 131 y ss.
74. Analizando la reforma penal española del año 2003, *vid.* CEREZO MIR, J. 2005. Los fines de la pena en el Código penal después de las reforma del año 2003. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, núm. Extraordinario 2, 13-30.
75. Al respecto, *vid.* MUÑOZ CONDE, F. 2003. Excurso: incapacitación: la pena de prisión como simple aseguramiento o inocuación del condenado. En: DE LEÓN VILLALBA, F. J. (coord.) Derecho y prisiones hoy. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, p. 13.
76. *Vid.* ZARAGOZA HUERTA, J., BARAJAS LANGUREN, E. 2009. La excepcionalidad de los establecimientos penitenciarios en España. Estudios de la Ciénega 19, 9-23.
77. Al respecto, *vid.* MARSHALL, T. F., Restorative justice..., *op. cit.*, p. 20.
78. Al respecto, *vid.* ZARAGOZA HUERTA, J., VILLAREAL SOTELO, K. 2011. La justicia restaurativa: un nuevo paradigma de justicia en México, a partir de la reforma constitucional del año 2008. En: GONZALO QUIROGA, M., GORJÓN GÓMEZ, F. J. (eds.): Métodos..., *op. cit.*, p. 99.
79. MARTÍNEZ ESCAMILLA indica: «bajo la denominación de justicia restauradora han encontrado cabida múltiples inquietudes de carácter muy diverso, lo que hace que no estemos ante un movimiento bien definido en cuanto a sus contornos y contenidos». Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILA, M. 2008. Justicia reparadora, mediación y sistema penal:

carse desde su denominación; así, algunos autores la han denominado: justicia conciliadora⁸⁰, reparativa, reparadora, restitutiva, reintegradora, etc.⁸¹

Apartándonos del debate terminológico⁸², consideramos que lo más importante radica en establecer que ésta idea de justicia restaurativa responde a «diferentes movimientos preocupados por la humanización del sistema penal y por aliviar el sufrimiento que introduce el delito y sus consecuencias»⁸³.

Ahora bien, pareciera que estamos ante un novedoso sistema de justicia, sin embargo, aplicando el método histórico, podría establecer que la reforma del 2008, encuentra su antecedente se encuentra siglos atrás, en la denominada justicia penal negociada, aquella donde la idea de que el delito es antes que nada una ofensa (iniuria) que hay que reparar más que castigar, de que la reparación consiste en la satisfacción y que la satisfacción debe pasar por una negociación, está claramente asumida por la cultura de esas primeras comunidades ciudadanas y condiciona –de manera constitutiva– su concepción de justicia⁸⁴.

Continuando con el estudio del modelo de justicia penal negociada, advierto que, al igual que acontece con la reforma penal, existe un péndulo (como he señalado *supra*) que oscila entre la vindicta y la restauración. En este sentido, Sbriccoli describiendo el tratamiento jurídico de

diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos? En: GARCÍA VALDÉS, C., CUERDA RIEZU, A., ALCÁZER GUIERAO, R., VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (coords.) Estudios..., *op. cit.*, p. 466.

80. HIGHTON, E., ÁLVAREZ, G., GREGORIO, C. 1998. Resolución alternativa de disputas y sistema penal. Buenos Aires: *Ad-Hoc*, pp. 71-91.
81. Entre otros *vid.* PÁSARA, L., En busca..., *op. cit.*, *passim*; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., Justicia restaurativa..., *op. cit.*, *passim*; NEUMAN, E.: La mediación penal..., *op. cit.*, pp. 8 y ss.
82. En el Congreso Internacional de Budapest de 1993, la Justicia Restaurativa o Restauradora ganó esta denominación frente a otros términos. *Vid.* KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., Justicia restaurativa..., *op. cit.*, p. 108.
83. Cfr. RÍOS MARTÍN, J. C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A., SEGIOVIA BERNABÉ, J. L. (coords.), La mediación..., *op. cit.*, p. 32.
84. SBRICOLI, da noticia sobre esta temática en los siguientes términos: «En la primera fase de la experiencia ciudadana medieval, entre los siglos XI y XIII, la venganza de la víctima o de su *entourage* es un derecho cuando se trata de crímenes de cierta importancia. Como tal, termina por absorber una cuota importante del ejercicio de la justicia: no se trata de un reprochable pretensión privada ni menos aún de un exceso tolerado, sino más bien de un modo admitido para restablecer el equilibrio violado, para resarcirse y obtener satisfacción». Cfr. SBRICOLI, M. 2004. Justicia criminal. En: FIORAVANTI, M. (ed.) El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho. Madrid: Trotta, pp. 160-162.

la época, de noticia en los siguientes términos: «Los ciudadanos, hasta los últimos en condición y rango, gozan de una serie de tutela o "salvaguarda" que convierte la justicia (negociada) comunitaria en un asunto propio que actúa, por decirlo así, desde la base. Excluye a forasteros, a los vagabundos, a los *sans aveu* y a todos aquellos que, aun siendo miembros de la comunidad se han separado de ella por ir contra de ella (bandidos, ladrones, incendiarios, delincuentes habituales, *inner foes*, pero también *disturbes* "incurregibles" o extraños "peligrosos": son los intratables y, por ello, sometidos a procesos públicos sumarios, a menudo expeditivos, que buscan la pena y están movidos por un espíritu de eliminación. Es otra idea de justicia: la que combate el crimen desde arriba, usando instituciones y exigiendo obediencia; la que asegura la venganza pública y castiga para retribuir pero también para disuadir, con la inexorabilidad y la ejemplaridad de la pena, la que no está en la lógica de la reparación pactada de la ofensa, sino en la represión unilateral de la violación y de la remoción del peligro»⁸⁵.

No hay duda que la justicia penal negociada se erige como un precedente del actual modelo mexicano, donde se aplica un derecho penal de varias velocidades⁸⁶.

Ahora bien, al aludir a la justicia restaurativa a través de la mediación penitenciaria y la reparación del daño, es uno de los nuevos paradigmas que se incluyen en la reforma constitucional penal del año 2008 y que representa muchos restos su implementación.

En esta tesitura, consideramos, se debe replantear (a partir del principio de subsidiariedad)⁸⁷, cuál es la finalidad de la pena, en este caso, la privativa de libertad.

Si bien la prisión debe estar orientada, prioritariamente a la reinserción social del recluso, por disposición constitucional (artículo 18 párrafo segundo)⁸⁸, también ésta debe adecuarse a los postulados de la justi-

85. Cfr. SBRICCOLI, M. 2004. Justicia criminal. En: FIORAVANTI, M. (ed.) El Estado..., *op. cit.*, p. 161. Cuatro lustros atrás, dicho modelo de justicia (donde la reparación del daño se configurara como un eje nuclear), había sido aludido por ROXIN cuando señalaba: solo se podrá hablar de un derecho penal de tres vías (en vez del actual de dos vías) cuando el legislador tenga en cuenta la reparación del daño en el sistema de sanciones de una manera totalmente distinta a la actual. Cfr. ROXIN, C., Derecho penal, *op. cit.*, p. 108; particularmente, nota 54.

86. Al respecto, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M., La expansión..., *op. cit.*, pp. 91 y sigs.

87. ROXIN, C., Derecho penal, *op. cit.*, p. 81.

88. El fin primario de las instituciones penitenciarias mexicanas relativo a la reinserción social del recluso; siguiendo la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre General Penitenciaria española, entendemos que el estado mexicano pretende: «significar que el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino

cia restaurativa⁸⁹, pues queda corta la finalidad resocializadora de la pena si no son tomados en consideración las necesidades de la comunidad y la víctima⁹⁰.

Esto no representa mayores problemas, si estamos frente a figuras delictivas que por su naturaleza permiten privilegiar el dialogo entre las partes de un conflicto carcelario, entre internos; reclusos y personal penitenciario, o cautivos y personas ajenas al establecimiento, todo ello suscitado en este espacio.

Ahora bien, si la justicia restaurativa se configura como: «un proceso en el que las partes implicadas en un delito, determinan de manera colectiva las formas en que habrán de manejar sus consecuencias e implicaciones»⁹¹, podemos cuestionar si es factible llevar a cabo ésta no sólo cuando se trate de conflictos surgidos al interior de la institución penitenciaria, como hemos indicado anteriormente; aludimos al conflicto que subsiste en la ejecución de pena privativa de libertad tratándose de delitos considerados de alto impacto social (piénsese en un homicidio calificado, violación, secuestro, etc.).

Es decir, en el caso mexicano, ¿resultaría posible aplicar la justicia restaurativa a través de una mediación penitenciaria (*lato y stricto sensu*), a quien se encuentra expurgando una pena privativa de libertad, como consecuencia de haber cometido un delito de grave o por delincuencia organizada?

A lo anterior, consideramos necesario precisar por qué aludimos a la mediación penitenciaria como instrumento amplio de la justicia restaurativa.

Entendemos que es en el ámbito del Derecho penitenciario donde se contienen las normas jurídicas reguladoras de la ejecución de las penas y

una persona que continua formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometido a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial anterior de aquél y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente si libertad». Cfr. MESTRE DELGADO, E., GARCÍA VALDÉS, C. 2009. Legislación penitenciaria, 11ª ed. Madrid: Tecnos, p. 28.

89. Dicha justicia, que coincide, se configura como parte del Derecho penal. *Vid.* KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., Justicia..., *op. cit.*, p. 169.

90. *Vid.* HALLEVY, G. 2001. Therapeutic victim-offender mediation within the criminal justice process – sharpening the evaluation of personal potential for rehabilitation while righting wrongs under the ADR philosophy. *Harvard Negotiation Law Review* 65, 2 y ss.

91. Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., Justicia..., *op. cit.*, p. 113.

las medidas privativas de libertad⁹². Por ello, siguiendo a nuestro maestro, el Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Alcalá, Carlos GARCÍA VALDÉS, entiendo que: «es claro que no sólo puede mantenerse la autonomía de este Derecho por tener una denominación propia. Las fuentes, el objeto científico de su conocimiento, y su autonomía jurisdiccional hacen realidad... la autónoma naturaleza de esta disciplina»⁹³. Por tanto, si la ejecución de la pena privativa de libertad es objeto del derecho penitenciario, consecuentemente, lo será todo aquello que acontezca con los penados.

Así, pues, entendemos que la solución de conflictos en la ejecución de la pena privativa de libertad existe una vía (mediación penitenciaria) que puede entenderse en dos sentidos:

- a) Mediación penitenciaria (*stricto sensu*), para la solución de conflictos surgidos en el propio establecimiento penitenciario;
- b) Mediación penitenciaria (*lato sensu*) para la solución de conflictos que, no obstante la imposición de la pena privativa de libertad, no han sido resueltos por tratarse de delitos de alto impacto social (Delitos graves o delincuencia organizada).

Las anteriores reflexiones, nos llevan a establecer los siguientes planteamientos: 1) ¿está preparada la sociedad y autoridades mexicanas para la inclusión de este nuevo paradigma de justicia en la ejecución de la pena privativa de libertad? 2) ¿Podrá llevarse a cabo un proceso restaurador al interior del establecimiento penitenciario? 3) ¿En caso de ser factible, cómo se realizará?

A tales cuestionamientos comenzaremos respondiendo que en el caso mexicano, a la fecha, no existe una cultura de la restauración⁹⁴; somos conscientes de dificultad por implementarla, sin embargo, consideramos, es tiempo de comenzar fomentarla y aplicarla, para ello, servirá acudir otros modelos⁹⁵, para aprovechar sus experiencias y, con posterioridad, aplicando el método comprado⁹⁶, poder extrapolar algunas de éstas para introducirlas al modelo nacional.

92. Vid. GARCÍA VALDÉS, C., Escritos..., *op. cit.*, p. 9.

93. Vid. GARCÍA VALDÉS, C., Escritos..., *op. cit.*, p. 11.

94. Vid. PASTRANA AGUIRRE, L. A. 2010. La justicia restaurativa como modelo de política criminal y defensa de los derechos humanos. *Prospectiva Jurídica* 1, 62.

95. Analizando algunos modelos. Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *Justicia...*, *op. cit.*, pp. 341-545.

96. Debe aplicarse el método comparado si se pretende implementar algunos modelos que propicien la justicia restaurativa en otros países que la han introducido y que la desarrollan en sus normativas, al respecto, *vid.* PEGORARO, L., *Premisas...*, *op. cit.*, p. 17 y ss.

Con referencia a la segunda pregunta, consideramos que definitivamente debe garantizarse el mismo, no obstante, hay que tener claro que el espacio carcelario es un lugar donde cotidianamente surgen conflictos que deben ser resueltos por las propias autoridades penitenciarias.

Con respecto al tercer planteamiento, entendemos que el reto más importante por salvar es el relativo al modelo o modelos que se habrá(n) de implementar(se) en México⁹⁷, pues se está ante un vacío que genera la no consecución de la propia justicia restaurativa en la ejecución de la sanción privativa de libertad. Bajo este tenor, en España, a partir del año 2005, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, han llevado a cabo algunas experiencias con excelentes resultados, vinculando a éstas a diversas instituciones tanto gubernamentales, como no gubernamentales en la solución de conflictos interpersonales en el ámbito penitenciario, de manera pacífica y dialogada preferiblemente (lo que entiendo por mediación penitenciaria *stricto sensu*)⁹⁸, con independencia de contar con una normativa que tiende a reducir los mismos a través de instrumentos secundarios (régimen disciplinario)⁹⁹. Entiendo que sería posible extrapolar estas experiencias al caso mexicano.

Ante la carencia de un modelo o modelos propio(s) restaurativo(s) vía la mediación penitenciaria y la reparación del daño, en la ejecución de la sanción privativa de libertad en México, tratándose de delitos de alto impacto, entiendo que debe instrumentarse un Programa de Restauración Penitenciaria Mexicano (teniendo como ejes rectores la mediación penitenciaria *-lato sensu-* y la reparación del daño causado) que permita atender a este perfil de recluso, pues difiere con lo dispuesto por el mandato constitucional previsto en el artículo 18, párrafos penúltimo y último transcrito *supra*, toda vez que éste simula una misión resocializadora, cuando lo que subyace es la idea de aislar de la sociedad a un perfil delincencial¹⁰⁰, situación inconcebible para quienes creemos en

97. Vid. PEGORARO, L., Premisas..., *op. cit.*, p. 17.

98. Al respecto, *vid.* RÍOS MARTÍN, J. C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A., SEGIO-VIA BERNABÉ, J. L. (coords.) La mediación..., *op. cit.*, p. 150. Sobre esta experiencia ibérica, *Vid.*, asimismo, LOZANO ESPINA, F. 2009. La mediación penitenciaria: centro penitenciario de Madrid III (Valdemoro). *ReCrim* 206-214; LARRAURI, E. 2011. Conviction records in Spain: obstacles to reintegration of offenders. *European Journal of Probation* 3 (1) 50-62.

99. *Vid.* TÉLLEZ AGUILERA, A. 1998. Seguridad y disciplina penitenciaria. Madrid: Edisofer, *passim*.

100. En este sentido, *vid.* MUÑOZ CONDE, F. 2003. Excurso: incapacitación: la pena de prisión como simple aseguramiento o inocuación del condenado. En: LEÓN VILLALBA, F. J. de (coord.): *Derecho...*, *op. cit.*, p. 13.

la recuperación del ser humano y en el Estado Social, Democrático de derecho.

El modelo que proponemos¹⁰¹, debe ser autorizado por parte de un Juez de ejecución, pues éste debe garantizar el proceso restaurador, mismo que deberá estar impregnado de legalidad, dignidad y racionalidad para todas las partes del conflicto¹⁰²: la víctima¹⁰³ u ofendido, el victimario y la sociedad, toda vez que solo de esa manera podrá alcanzarse el resultado deseado¹⁰⁴.

Por cuanto al tiempo en que deba llevarse a cabo la mediación penitenciaria, debe considerarse que, por la propia naturaleza del delito cometido, quizá deba transcurrir algún tiempo, aquí, lo más importante radica en propiciar el encuentro de forma planificada y armoniosa; para ello, el mediador debe estar en conocimiento de todas las circunstancias del evento conflictual, apoyándose con el Juez de ejecución y la administración penitenciaria a través del Consejo Técnico Interdisciplinario.

Una vez que se haya establecido la fecha del evento, el mediador deberá propiciar un ambiente que permita que las partes lleguen a estar en empatía en aras de llegar a un acuerdo conciliador¹⁰⁵, en mi criterio, pacificador.

-
101. Soy consciente de la complejidad de la presente propuesta, máxime si se tiene presente que desde la óptica doctrinal se carece de un modelo teórico, *vid.* MARTÍNEZ ESCAMILA, M. 2008. Justicia reparadora, mediación y sistema penal: diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos? En: GARCÍA VALDÉS, C., CUERDA RIEZU, A., ALCÁCER GUIERAO, R., VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (coords.) Estudios penales homenaje a Enrique Gimbernat, *op. cit.*, p. 487. Para estar en condiciones de aportar alguna propuesta, acudo al análisis de modelos que esté desarrollando la mediación penitenciaria dirigida a quienes han cometido delitos de alto impacto, lo que me permitirá, a través del aplicar el método comparado tomar algunas acciones para incluirlas en mi propuesta. En este sentido, *Vid.* PEGORARO, L., Premisas..., *op. cit.*, p. 17 y sigs.
102. *Vid.* KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., Justicia..., *op. cit.*, p.
103. Una de las grandes bondades de la mediación radica en el espacio que se propicia para que la víctima pueda manifestarse, exteriorizando sus preocupaciones y vías de reparación de su daño causado, esto replantea la posición de la víctima frente al derecho penal, transitando a ser considerada un sujeto de derecho y no un objeto del mismo. Al respecto, *vid.* MARTÍNEZ ESCAMILA, M. 2008. Justicia reparadora, mediación y sistema penal: diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos? En: GARCÍA VALDÉS, C., CUERDA RIEZU, A., ALCÁCER GUIERAO, R., VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (coords.) Estudios penales homenaje a Enrique Gimbernat, *op. cit.*, pp. 471, 473.
104. Recuérdese que en el proceso convencional, no se atiende ni respeta a las necesidades de las partes, y supone una experiencia dolorosa para éstas. *Vid.* RÍOS MARTÍN, J. C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A., SEGIOVIA BERNABÉ, J. L. (coords.) La mediación..., *op. cit.*, p. 49.
105. Acuerdo que puede sustentarse en la reparación del daño económico o simbólico, en este sentido, *vid.* MARTÍNEZ ESCAMILA, M. 2008. Justicia reparadora, mediación y

Las bondades de este proceso pacificador impactarán en todos los participantes del mismo, pues aquí se da por sentado la existencia de una conexión profunda de emociones, factores económicos, culturales, etc.¹⁰⁶.

En definitiva, estas pueden listarse de la siguiente manera:

- A la víctima u ofendido la concienciará del sufrimiento que padece el victimario.
- Al victimario lo responsabilizará de las consecuencias que su comportamiento delictivo generó a la víctima u ofendido así como a la sociedad.
- A la sociedad garantizará que el encuentro propició una empatía entre las partes del conflicto, para que cada una de éstas pueda continuar con su vida.

6. CONCLUSIÓN

Única:

La inclusión de la justicia restaurativa en el nuevo modelo de justicia mexicano, a través de la mediación penal y penitenciaria como instrumentos de pacificación y restauración de los conflictos sociales, representa un distanciamiento entre la finalidad retribucionista, toda vez que se pretende ofertar nuevas herramientas a quienes transgreden la norma, en cumplimiento al principio de *última ratio* (mediación penal).

De la misma forma, en el ámbito de la ejecución de la pena privativa de libertad (mediación penitenciaria *-lato sensu-stricto sensu-*), son muchos los retos que surgen; aquí el momento histórico para decantarse definitivamente por la *justice restorative ad intra* de los establecimientos del país con la finalidad de alcanzar una solución pacífica.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO BETANCOUR, N. 2005. Francesco CARRARA y Hans WELZEL: La ciencia del derecho criminal como límite al control punitivo del Estado. En: MORENO HERNÁNDEZ, M., STRUENSEE, E., CEREZO MIR, J.,

sistema penal: diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos? En: GARCÍA VALDÉS, C., CUERDA RIEZU, A., ALCÁCER GUIRAO, R., VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (coords.) Estudios penales homenaje a Enrique Gimbernat, *op. cit.*, p. 481.

106. Al respecto, *vid.* HALLEVY, G., Therapeutic..., *op. cit.*, p. 3.

- SCHÔNE, W. (comps.): Problemas capitales del moderno derecho penal. México: Centro de Estudios de Política Criminal, Jus Poenale.
- ALONSO DE ESCAMILLA, A. 1985. El juez de vigilancia penitenciaria. Madrid: Civitas.
- ALONSO DE ESCAMILLA, A. 1990. El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria. Cuadernos de Política Criminal 40, 151-152.
- BARBA ÁLVAREZ, R., GORJÓN GÓMEZ, F.J. 2006. Apuntes sobre el Derecho Penal Mínimo *vs* Derecho Penal Simbólico en el Código Penal. En: ZAMORA JIMÉNEZ, A. (dir.) Estudios Penales y Política Criminal. México: Editorial Ángel Editor.
- BARBERO SANTOS, M. 2001. Estado constitucional de derecho y sistema penal. En: MORENO HERNÁNDEZ, M. (coord.): La ciencia penal en el umbral del siglo XXI. Segundo Congreso Internacional de Derecho Penal. México: UNAM.
- CANTISÁN ASENSIO, H. 1987. El juez de vigilancia. Revista de Estudios Penitenciarios 237, 10-11.
- CEREZO MIR, J. 2005. Los fines de la pena en el Código penal después de las reforma del año 2003. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, núm. Extraordinario 2, 13-30.
- CHIANG REBODELLO, M. E. 2001. Procedimiento ante el juzgado de vigilancia penitenciaria. Barcelona: Bosch.
- DE VEGA GARCÍA, P. 2006. Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual. En: CARBONELL, M., VÁZQUEZ, R. (coords.). Estado constitucional y globalización. México: Porrúa.
- ERAÑA SÁNCHEZ, M. 2006. Comentario a la sentencia I.-20/2003 de la SCJN que convalida la Legislación Estatal de Penas Perpetuas (fácticas). Jurídica. Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana 36, 483.
- ERAÑA SÁNCHEZ, M. 2007. Reforma penal y constitución. Sistema Penal, Ed. Especial, agosto, p. 195.
- Federación Iberoamericana de Ombudsman 2007. Sistema penitenciario. V informe sobre Derechos Humanos. Madrid: Trama Editorial.
- GARCÍA ANDRADE, I. 1989. El sistema penitenciario mexicano. Retos y perspectivas. México: Sista.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. 2002. Artículo 18. En: CARBONELL, M. (dir.) Constitu-

- ción Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada. Tomo. I. México: Porrúa.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. 2009. La reforma penal constitucional. México: UNAM.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. 1996. Los personajes del cautiverio. Prisiones, prisioneros y custodios. México: Secretaria de Publicación/CVS Ediciones.
- GARCÍA VALDÉS, C. 1995. Comentarios a la legislación penitenciaria, 2ª ed. Madrid: Civitas.
- GARCÍA VALDÉS, C. 1995. Diez años de reforma penitenciaria en España: una recopilación. En: GARCÍA VALDÉS, C. Derecho penitenciario. Madrid: Tecnos.
- GARCÍA VALDÉS, C. 1995. Derecho penitenciario. Madrid: Tecnos.
- GARCÍA VALDÉS, C., CUERDA RIEZU, A., ALCÁCER GUIERAO, R., VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (coords.) 2008. Estudios penales homenaje a Enrique GIMBERNAT. Madrid: Dykinson.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, J. J. 1994. El control jurisdiccional en la ejecución de las penas privativas de libertad: el juez de vigilancia penitenciaria. *Actualidad Penal* 45, 825-835.
- GÓMEZ PIEDRA, R. 2006. La judicialización penitenciaria en México. México: Porrúa.
- GONZÁLEZ CANO, M. I. 1994. La ejecución de la pena privativa de libertad. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ PLACENCIA, L. 2006. Política criminal y sociología del control penal, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- GONZALO QUIROGA, M., GORJÓN GÓMEZ, F. J. (eds.) 2011. Métodos alternos de resolución de conflictos. Herramientas de paz y modernización para la justicia. Madrid: Dykinson.
- HALLEVY, G. 2001. Therapeutic victim-offender mediation within the criminal justice process – sharpening the evaluation of personal potential for rehabilitation while righting wrongs under the ADR philosophy. *Harvard Negotiation Law Review* 65, 2.
- HIGHTON, E., ÁLVAREZ, G., GREGORIO, C. 1998. Resolución alternativa de disputas y sistema penal. Buenos Aires: *Ad-Hoc*.
- JACOBS, G., MELIA, C. 2003. Derecho Penal del enemigo. Madrid: Civitas.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. 2004. Justicia Restaurativa. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.

- LARRAURI, E. 2011. Coviction records in Spain: obstacles to reintegration of offenders. *European Journal of Probation* 3 (1) 50-62.
- LOZANO ESPINA, F. 2009. La mediación penitenciaria: centro penitenciario de Madrid III (Valdemoro). *ReCrim* 206-214.
- LUZÓN PEÑA, D. M. 1996. *Curso de Derecho penal. Parte general I*. Madrid: Universitas.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L. 1989. Naturaleza de la jurisdicción de vigilancia: aspectos procesales y administrativos. *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. Extra I.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L. 1981. La problemática actual del juez de vigilancia. *Revista de Estudios Penitenciarios* 232-235, 10.
- MARTÍN DIZ, F. 2002. *El juez de vigilancia penitenciaria. garante de los derechos de los reclusos*. Granada: Comares.
- MESTRE DELGADO, E. 2005. Un CIS con nombre y apellidos. *La Ley*, Año II, núm. 12, p. 3.
- MALO CAMACHO, G. 1976. *Manual de Derecho Penitenciario mexicano. Serie Manuales de enseñanza*, núm. 4. México: INACIPE.
- MANTOVANI, F. 2003. Conversaciones: Ferrando Mantovani. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 05, 4-5.
- MARTÍNEZ ESCAMILA, M. 2008. Justicia reparadora, mediación y sistema penal: diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos? En: GARCÍA VALDÉS, C., CUERDA RIEZU, A., ALCÁCER GUIERAO, R., VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (coords.) *Estudios penales homenaje a Enrique GIMBERNAT*, Madrid: Dykinson.
- MARSHALL, T. F. 1999. *Restorative justice. An overview*. London: Home Ofce Research Development and Statistics Directorate.
- MESTRE DELGADO, E., GARCÍA VALDÉS, C. 2009. *Legislación penitenciaria*, 11ª ed. Madrid: Tecnos.
- MIR PUIG, S. 2005. *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed. Barcelona: Repertor.
- MUÑOZ CONDE, F. 2003. Excurso: incapacitación: la pena de prisión como simple aseguramiento o inocuación del condenado. En: DE LEÓN VILLALBA, F. J. (coord.) *Derecho y prisiones hoy*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- NEUMAN, E. 2005. *La mediación penal y la justicia restaurativa*. México: Porrúa.

- NEUMAN, E., Irurzun, V. J. 1990. La sociedad carcelaria, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma.
- NÚÑEZ TORRES, M. 2006. Nuevas tendencias en el Derecho Constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado. En: TORRES ESTRADA, P. (comp.). Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho. México: Limusa.
- O'DONNELL, D. 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. México: Editorial Tierra Firme.
- PARÉS GALLÉS, R. 2006. Ejecución de penas y medidas. En: MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M. (dirs) Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español, Buenos Aires: Editorial B de F.
- PÁSARA, L. (comp.) 2004. En busca de una justicia distinta, 2ª ed. México: UNAM.
- PASTRANA AGUIRRE, L. A. 2010. La justicia restaurativa como modelo de política criminal y defensa de los derechos humanos. *Prospectiva Jurídica* 1, 62.
- PEGORARO, L. 2002. Premisas metodológicas para una investigación de derecho comparado de las garantías constitucionales y subconstitucionales de los entes locales. *Letras Jurídicas* 6 (Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Veracruzana).
- RENART GARCÍA, F. 2003. La libertad condicional: Nuevo régimen jurídico. Madrid: Edisofer.
- RÍOS MARTÍN, J. C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A., SEGOVIA BERNABÉ, J. L. (coords.) 2008. La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y sufrimiento humano, 2ª ed. Madrid: Colex.
- ROXÍN, C. 1999. Derecho Penal. Parte General. Tomo I, 2ª ed. Madrid: Thomson-Civitas.
- SANZ DELGADO, E. 2004. La reforma introducida por la regresiva Ley Orgánica 7/2003. ¿Una vuelta al siglo XIX? *Revista de Derecho y Criminología*, 2ª Época, núm. Extraordinario 2, 195-211.
- SBRICCOLI, M. 2004. Justicia criminal. En: FIORAVANTI, M. (ed.) El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho. Madrid: Trotta.

- SILVA SÁNCHEZ, J. M. 2001. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed. Madrid: Civitas.
- TÉLLEZ AGUILERA, A. 1998. Seguridad y disciplina penitenciaria. Madrid: Edisofer.
- ZARAGOZA HUERTA, J., GARCÍA BARRERA, M. E. 2012. El nuevo juez de ejecución, garante de los derechos humanos de sanciones mexicano desde una óptica comparada. *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo* 8, 38-51.
- ZARAGOZA HUERTA, J., BARBA ÁLVAREZ, R., PRADO MAILLARD, J. L., CARRETO GUADARRAMA, D., MONTOYA VILLAVICENCIO, M., MARTÍNEZ GÓMEZ, E., GARCÍA BARRIO, A. 2008. La introducción del Juez de Vigilancia Penitenciaria, una necesidad del moderno penitenciarismo mexicano. *Revista Electrónica Letras Jurídicas* 7, 1-21.
- ZARAGOZA HUERTA, J., BARAJAS LANGUREN, E. 2009. La excepcionalidad de los establecimientos penitenciarios en España. *Estudios de la Cié-nega* 19, 9-23.
- ZARAGOZA HUERTA, J., VILLAREAL SOTELO, K. 2011. La justicia restaurativa: un nuevo paradigma de justicia en México, a partir de la reforma constitucional del año 2008. En: GONZALO QUIROGA, M., GORJÓN GÓMEZ, F.J. (eds.): *Métodos alternos de resolución de conflictos. Herramientas de paz y modernización para la justicia*. Madrid: Dykinson.

La prestación de servicios de Mediación comunitaria en México y España

EMILIA IGLESIAS ORTUÑO

Diplomada en Trabajo Social

Máster en Intervención Social y Mediación

Profesora Asociada en la Facultad de Trabajo Social de la Universidad de Murcia.

Formadora de Formadores en los Centros de Profesores y Recursos de la Región de Murcia en cursos de Mediación, y Resolución de conflictos en el ámbito Educativo

Ponente en cursos organizados por la Fundación Cives y el Ministerio de Educación y Ciencia

SUMARIO: 1. APROXIMACIÓN A LA MEDIACIÓN COMUNITARIA. 1.1. *¿Qué es la mediación comunitaria?*. 1.2. *Beneficios para la comunidad*. 2. EXPERIENCIA DE MEDIACIÓN COMUNITARIA EN MÉXICO Y ESPAÑA. 2.1. *Prestación de servicios de mediación comunitaria en México y su normativa reguladora*. 2.1.1. *Análisis de la prestación de servicios de Mediación Comunitaria en México y su normativa reguladora*. 2.1.2. *Programas proveedores de servicios de mediación comunitaria en México*. 2.1.3. *Centro Estatal de Métodos Alternos de Nuevo León, México*. 2.1.4. *Centro Municipal de Mediación del municipio de San Pedro Garza García, Estado de Nuevo León, México*. 2.2. *Prestación de servicios de mediación comunitaria en España y su normativa reguladora*. 2.2.1. *Análisis de la prestación de servicios de Mediación Comunitaria en España y su normativa reguladora*. 2.2.2. *Programas proveedores de servicios de mediación comunitaria*. 2.2.3. *Aproximación al Centro de Mediación en Derecho Privado de Cataluña*. 2.2.4. *Aproximación al Servicio de Mediación Comunitaria de la provincia de Barcelona*. 3. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS. BIBLIOGRAFÍA.

1. APROXIMACIÓN A LA MEDIACIÓN COMUNITARIA

1.1. ¿QUÉ ES LA MEDIACIÓN COMUNITARIA?

Mediación es la intervención en un conflicto de una tercera parte

neutral que ayudará a las partes a manejar o resolver su disputa. La tercera parte imparcial es el mediador, quien utiliza diversas técnicas para ayudar a los contendientes a llegar a un acuerdo consensuado con el fin de resolver su conflicto. Este acuerdo es con frecuencia un contrato mutuamente negociado, de obligatoriedad jurídica entre los contendientes. La palabra ayuda es importante en este contexto. Se supone que los mediadores no fuerzan ni imponen la resolución. En lugar de ello, un mediador capacita a los contendientes para llegar a su propio acuerdo sobre el modo de resolución del conflicto, propiciando la discusión cara a cara, resolviendo el problema y desarrollando soluciones alternativas. GROVER, GROSCH y OLCZAK (1996).

La mediación comunitaria, apuesta por reforzar el empoderamiento de la ciudadanía puesto que la mediación comunitaria, como afirma PUNTES (2007) se dirige a los conflictos que se producen por el hecho de compartir, de manera diversa, el espacio, los servicios, las relaciones, las responsabilidades y los desafíos. La mediación comunitaria, tal y como ha sido definida, no se orienta a subsanar las dificultades originadas por la distinta proveniencia de las personas, como si esta proveniencia diferente fuera por sí sola el motivo de conflicto entre los ciudadanos arribados a la ciudad en momentos distintos.

La mediación comunitaria aboga por la reconstrucción de la convivencia y de los vínculos sociales a partir de la participación activa de los ciudadanos en la gestión de los conflictos que les atañen. La horizontalidad¹ del proceso de mediación es también expresión del acercamiento entre la libertad formal y la real, es decir, que no sólo somos titulares de derechos en abstracto, sino que tenemos la misma oportunidad que todo el mundo de decidir qué queremos hacer de ellos, ya que disponemos de un repartimiento justo de oportunidades para defenderlos.

Defiende la idea del respeto para todas las personas y la aceptación de sus opiniones e intereses por el simple hecho de ser personas, de ser ciudadanos que pertenecen a una comunidad. Se trata de atribuir al otro una validez a sus ideas, opiniones y posturas igual que la que consideramos para nosotros. El mediador desempeña su trabajo en ayudar a las personas a construir su acuerdo, o lo que es lo mismo, a redefinir o reconstruir su relación, desde una posición profesional y moral de respeto a la diversidad y a la autonomía de cada persona para decidir el

1. VAN PARIJS, V. 1996. Libertad real para todos. Barcelona: Paidós.

cómo y de qué manera quiere convivir, dentro de la necesaria interacción entre el bien individual y el bien colectivo.

La mediación comunitaria, reparadora del vínculo social², es un servicio público, universal y con garantía de gratuidad para los ciudadanos que lo necesiten. El acceso a la mediación es una condición de la ciudadanía, no un privilegio en función de la pertenencia. La ciudadanía plena se ejercita haciendo visibles los conflictos de convivencia no haciendo invisibles los conflictos y a los ciudadanos que los sufren.

1.2. BENEFICIOS PARA LA COMUNIDAD

En relación con la vida en la comunidad, siempre hay conflictos derivados de la interacción entre unos y otros diariamente. Los conflictos pueden derivar en situaciones negativas cuando no sabemos gestionar esa situación inicial de controversia.

Desde la perspectiva de la mediación comunitaria, se entiende que el conflicto es una situación que se produce siempre que hay dos o más opciones o alternativas ante una situación, y éstas se perciben como incompatibles o contradictorias entre sí. En este sentido, es cuando se habla de inevitabilidad del conflicto o, como apunta LEDERACH (1994), el conflicto como un elemento estructural y estructurador de la vida en comunidad.

Si seguimos las aportaciones de BONAFÉ-SCHMITT (1992), la utilización de la mediación comunitaria, puede servir para lograr dos objetivos genéricos: *cultura de mediación y acciones de mediación*, ambos objetivos fomentan el sentimiento de pertenencia del ciudadano a su comunidad e incrementan la mejora de la cohesión social, y aunque no son mutuamente excluyentes, sí implican desarrollos y dinámicas institucionales diferentes.

Cada uno de nosotros tiene una visión distinta sobre cuáles son nuestros derechos y cuáles son los derechos de los demás y, en estas situaciones, todo el mundo defiende sus posiciones, alternativas o soluciones, si hace falta delante de la autoridad según sea el talante de los ciudadanos implicados (PUNTES, S. 2005). Por ello, podemos decir que el pertenecer a una comunidad no hace que el ser humano desarrolle un sentimiento de pertenencia, ni una necesidad de relación, colaboración o participación.

2. PUNTES, S. 2005. Los servicios de mediación comunitaria. Propuestas de actuación. Barcelona: Diputació de Barcelona.

La mediación comunitaria aporta un sistema de gestión de los conflictos que facilita la negociación en las situaciones de controversia derivadas de la convivencia social. Mediante la participación e implicación de las personas que están en conflicto, y con el apoyo de un mediador neutral e imparcial, intentan encontrar una solución que sea satisfactoria a los intereses de todas las partes. La mediación ayuda a los ciudadanos, los grupos, las partes, a no ver el conflicto de forma unilateral, sino a percibir con una perspectiva diferente la realidad que viven como conflictiva y a asumir que las dos partes pueden tener visiones diferentes y, aún así, resolver pacíficamente y satisfactoriamente sus diferencias.

El conflicto es un proceso Interactivo, el resultado de un juego comunitario, de una construcción social producto de la creación humana, y un depositario de oportunidades que permite que la civilización avance y evolucione. El conflicto no es un peligro, sino una oportunidad, porque tiene una función social positiva que permite el desarrollo de intercambios (Amorós, 2000).

La mediación está estrechamente relacionada con esta visión positiva del conflicto. Lo entiende como una posibilidad de expresión de la diversidad frente a una determinada situación o demanda social. Como apunta DUKES, F. (1996), una expresión que enriquece tanto a las personas como a la colectividad donde se produce. Lo que entiende también como motor de cambio y mejora de situaciones que no son suficientemente adecuadas o no están suficientemente bien resueltas.

Como afirma PUNTES (2005), según cómo una comunidad gestione sus conflictos, se podrán obtener resultados positivos o negativos entendidos tanto respecto al sufrimiento individual como respecto a la ruptura o al refuerzo de los lazos sociales. La obtención de unos resultados u otros dependerá, sobre todo, de los tipos de procedimientos existentes para gestionar el conflicto: procedimientos basados en la mediación, es decir, participativos y consensuales, o bien basados en la justicia, adversariales y delegadores.

Si seguimos a DI ROSA (2002), podemos afirmar que la justicia actúa en virtud de una referencia moral que exige el respeto del derecho y de la equidad, la mediación se fundamenta esencialmente en la búsqueda de un equilibrio que se puede construir fuera del derecho y liberarse así de una noción genérica de equidad y tener un contenido más instrumental, en relación con los valores y los intereses de las personas en conflicto. Esto significa que al carácter universal y estatal de la justicia, la mediación propone los principios de acción particulares y societarios.

La mediación se inscribe, pues, en una relación horizontal, de relación entre ciudadanía, en la que la solución se construye de forma autónoma, mientras que la justicia sacraliza las relaciones verticales de poder entre la autoridad judicial y los sujetos, que son las definidas en los textos normativos. Si la justicia se hace, la mediación se toma, los ciudadanos se apropian de ella.

Lo que cualifica la mediación como mediación comunitaria no es el tipo de conflicto sobre el que interviene, sino su potencialidad de recrear los lazos de la comunidad a través de la gestión participativa de los conflictos.

2. EXPERIENCIA DE MEDIACIÓN COMUNITARIA EN MÉXICO Y ESPAÑA

La mediación, como método de resolución de conflictos perteneciente al grupo denominado *Alternative dispute Resolution (ADR)*, junto a la conciliación y al arbitraje, han sido introducidos tanto en México como en España a partir de experiencias extranjeras que han aportado beneficios comunitarios en sus países de origen. La formación en mediación³ como método para la resolución de conflictos ha experimentado cierto auge en los últimos años, así mismo, el estudio exhaustivo de la mediación como método para la gestión de conflictos es un área de investigación que cada vez tiene más peso en España y México. Este crecimiento teórico debe ir acompañado de un crecimiento práctico, de esta manera, a medida que la investigación en mediación se expande, son numerosas las iniciativas de diversa índole y origen dirigidas a la puesta en marcha de proyectos, programas y servicios de mediación donde la teoría se pone en práctica y la comunidad objeto de intervención experimenta de primera mano los beneficios y aportaciones que la mediación ofrece.

A continuación se presentan las diferentes estrategias y características de los servicios de mediación comunitaria existentes en México y España a través de una aproximación a la normativa reguladora, los programas activos existentes en cada país y mediante el estudio de los

3. Posgrado Oficial en Intervención Social y Mediación. Universidad de Murcia, España; Posgrado en Gestión y Resolución de Conflictos: especialidad mediación comunitaria. IL3, Barcelona; Master en conflictología: especialidad en mediación familiar y educativa, UOB, Barcelona; Maestría en Métodos Alternos para la resolución de controversias, UANL, Nuevo León.

principales centros que realizan programas de mediación comunitaria en México y en España.

2.1. PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE MEDIACIÓN COMUNITARIA EN MÉXICO Y SU NORMATIVA REGULADORA

Para el estudio de la prestación de servicios de mediación en materia de conflictos surgidos en la comunidad, es necesario conocer la normativa reguladora que controla el ejercicio de programas relativos a esta materia. Así mismo es importante conocer los principales servicios proveedores de programas de mediación comunitaria para identificar las directrices, objetivos, pautas e impresiones sobre la realización de programas de intervención, difusión y sensibilización en mediación comunitaria.

2.1.1. Análisis de la prestación de servicios de Mediación Comunitaria en México y su normativa reguladora

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos redactada en 1917 introduce los métodos alternos para la resolución de conflictos. Este hecho junto con la incorporación en 1997 de los métodos alternativos de resolución de conflictos en México⁴ tras su inclusión en una ley de uno de los Estados miembros, se han destacado múltiples trabajos que tienen como principal objetivo el desarrollo de los diferentes métodos alternativos como es la mediación en diferentes ámbitos: familiar, civil, penal o comunitaria.

El país carece de una normativa central que unifique la regulación de la prestación de servicios de mediación como método alternativo, sin embargo los diferentes estados que componen el país poseen legislación relacionada con la justicia restaurativa, la justicia alternativa, los métodos alternos o la mediación y conciliación. Estas leyes⁵ suponen para

4. Publicación primera Ley de Justicia Alternativa del Estado de Quintana Roo en 1997.

5. Ley de Justicia Alternativa de Quintana Roo, 1999; Ley de Justicia Alternativa de Colima, 2003; Ley de Justicia Alternativa de Guanajuato, 2003; Ley de Mediación de Chihuahua, 2003; Ley de Mediación de Oaxaca, abril; Ley de Mediación y Conciliación de Aguascalientes, 2004; Ley de Métodos Alternos para la Solución de conflictos de Nuevo León, 2005; Ley de Medios Alternos de Solución de Controversias de Coahuila, 2005; Ley de Justicia Alternativa de Durango, 2005; Ley de Medios Alternos para la Solución de Conflictos de Veracruz, 2005; Ley de Justicia Alternativa de Jalisco, 2007; Ley que regula el Sistema de Mediación y Conciliación de Tlaxcala, 2007; Ley de Mediación de Tamaulipas, 2007; Ley de Justicia Alternativa de Baja California, 2007; Ley de Justicia Alternativa de Distrito Federal, 2008; Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias de Sonora, 2008; Ley de Justicia Alternativa de Chiapas, 2009; Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias de Yucatán, 2009.

los estados una normativa que les permite la planificación, diseño, regulación y control de las diversas iniciativas en mediación como método alternativo de resolución de conflictos.

Además de las actividades estatales puestas en marcha amparadas por las diferentes normativas propias de cada estado mexicano, son diversos los programas de corte federal para impulsar los MASC⁶, puestos en práctica por la Procuraduría General del Consumidor (PROFECO), la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF), la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), entre otros, están iniciando actuaciones para la aplicación de los métodos alternos de resolución de conflictos en todo el territorio mexicano.

Los Estados miembros de México han realizado diferentes prácticas y experiencias relacionadas con el desarrollo de los diversos métodos alternos de resolución de controversias amparadas en distintas directivas y normativas propias de cada Estado cuya finalidad es la proporción, desarrollo, integración e investigación en la materia.

El sistema judicial en México proporciona las facilidades para implementar los MASC, ya que en el Art. 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos promulgada en 1917, así como en los art. 13, 14 y 16 se establecen garantías individuales de defensa y audiencia para que todo individuo pueda si así lo desea, acercarse u optar por los MASC.

2.1.2. Programas proveedores de servicios de mediación comunitaria en México

La mediación comunitaria se ha desarrollado en diferentes puntos de los estados mexicanos obedeciendo a programas conducidos por organismos oficiales como Ayuntamientos locales o estatales como las Procuradurías de Justicia, Poderes Judiciales o Tribunales Superiores de Justicia. Un ejemplo de las iniciativas comunitarias es la siguiente lista que ofrece una muestra de algunos de los diferentes servicios que desarrollan en la actualidad programas de mediación comunitaria y convivencial.

6. Métodos Alternativos para la Solución de Conflictos: mediación, negociación, arbitraje y conciliación.

	Entidad reguladora	Servicio
1	Poder Judicial de Veracruz	Centro Estatal de Medios Alternos de Resolución de Conflictos
2	Poder Judicial de Hidalgo	Centro de Mediación Municipal de Pachuca
3	Procuraduría General de Justicia del Estado de Oaxaca	Centro de Mediación y Justicia Restaurativa
4	Ayuntamiento de Guadalajara	Centro de Mediación
5	Tribunal Superior de Justicia de Puebla	Centro Estatal de Mediación
6	Poder Judicial del Estado de México	Centro Estatal de Mediación, Conciliación y Justicia Restaurativa.
7	Universidad Autónoma de Nuevo León	Centro de Mediación
8	Poder Judicial del Estado de Nuevo León	Centro Estatal de Métodos Alternos. CEMASCL
9	Procuraduría Estatal de Justicia de Nuevo León	Centro de Mediación
10	Ayuntamiento de Michoacán	Centro Estatal de Mediación de Morelia
11	Poder Judicial de Quintana Roo	Centro de Mediación, Justicia Alternativa y Restaurativa.
12	Ayuntamiento municipio de Calvillo. Guanajuato.	Centro municipal de mediación

Fuente: elaboración propia

Los valores sobre los que se basan y organizan los centros de mediación comunitaria son los siguientes: aceptación del lado positivo del conflicto; la expresión pacífica del conflicto; la toma de responsabilidad individual y comunitaria del conflicto; la resolución voluntaria del conflicto y la asunción de la diversidad comunitaria y el respeto a sus diferencias; todo ello en el marco de un proceso inspirado por los siguientes principios: voluntariedad, consentimiento informado, autodeterminación, imparcialidad y confidencialidad⁷.

7. SOLETO, H. OTERO, M. 2007. Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente. Madrid: Tecnos.

Estos programas persiguen el objetivo principal de gestión y resolución de conflictos así como varios objetivos específicos que buscan educar a la población y fomentar los mecanismos de participación ciudadana, además de la mejora de la convivencia social y la conciencia de pertenencia a una comunidad. Igualmente, muchos de los programas o servicios que desarrollan actividades de mediación comunitaria tienen como objetivo prestar un servicio al Sistema Judicial estableciendo su actividad como complemento y así poder desarrollar iniciativas que pongan en práctica programas de Justicia Alternativa o Justicia Restaurativa.

A continuación se analizan dos centros de mediación que desarrollan su actividad en el ámbito comunitario: el Centro Estatal de Métodos Alternos de Nuevo León y el Centro Municipal de Mediación de San Pedro Garza García.

2.1.3. Centro Estatal de Métodos Alternos de Nuevo León, México

El Centro Estatal de Métodos alternos, inicia su actividad en 2005 y brinda servicios gratuitos de mediación y conciliación, certifica a prestadores de servicios de mediación y lleva a cabo cursos de capacitación en métodos alternos⁸.

El Poder Judicial del Estado de Nuevo León, por conducto del Centro de Métodos Alternos, ha contribuido de manera notable con el desarrollo de la cultura de la solución pacífica de controversias, al colaborar en esta labor de capacitación, con instituciones como los tribunales superiores de justicia de los estados de Baja California, Durango, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz y Zacatecas, así como con instituciones como la Secretaría de Seguridad Pública Federal, con quien se entabló un convenio de coordinación interinstitucional, las delegaciones en Nuevo León de la Procuraduría Agraria y de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Secretaría de Seguridad Pública del Estado de Nuevo León; Comisión Estatal de Derechos Humanos y los gobiernos municipales de Apodaca, China, Dr. González, Escobedo, García, Guadalupe, General Bravo, Los Herreras, Los Ramones, Monterrey, Sabinas, San Pedro Garza García, San Nicolás de los Garza y Santa Catarina.

8. Desde su creación se han realizado cerca de 20 mil audiencias, atendiendo 13.163 solicitudes de servicios de mediación presentadas por personas físicas y morales, de esos casos 5.471 asuntos se convirtieron en mediaciones, logrando 3.215 convenios. En el ámbito de certificación de prestadores de servicios y centros de métodos alternos, se han otorgado un total de 208 certificaciones, acreditando a los centros de mediación de Escobedo, Monterrey y San Pedro, y en vías de entregar la certificación a los municipios de Apodaca, Guadalupe, Sabinas y García.

El objeto de la Ley de Métodos alternos del Estado de Nuevo León es, según se describe en sus disposiciones generales⁹ promover y regular los métodos alternos para la prevención y en su caso la solución de conflictos, la creación de centros públicos y privados que brinden el servicio a la población y la actividad que desarrollen los prestadores de dichos servicios.

Según recoge esta ley en su artículo 9, los prestadores de servicios de métodos alternos serán personas físicas y podrán ejercer esta función dentro del Centro Estatal, en Centros de Métodos alternos o desarrollar su actividad de forma independiente.

El Centro Estatal de Métodos Alternos de Nuevo León (CEMANL) es un organismo Público derivado del Consejo de la Judicatura de Nuevo León mismo que a su vez está emanado del Poder Judicial del estado de Nuevo León.

El Centro Estatal realiza su actividad de gestión y resolución sobre un gran abanico de conflictos diferentes. Una de las áreas de actuación más desarrolladas es el área comunitaria, desde esta área el centro Estatal gestiona conflictos comunitarios donde la mediación entre vecinos podrá ser llevada a cabo cuando el conflicto no contravenga ninguna disposición legal establecida ni afecte a los derechos de terceras personas.

La actividad del centro Estatal de Mediación también se dirige hacia la reeducación social, puesto que de esta reeducación dependerá que los Métodos alternativos se integren en la sociedad y puedan cumplir su papel de gestor eficaz y eficiente de los conflictos así como mecanismo garante de la paz social y la convivencia vecinal¹⁰.

2.1.4. Centro Municipal de Mediación del municipio de San Pedro Garza García, Estado de Nuevo León, México

El Centro de Mediación Municipal se regula por el Reglamento Orgánico de la Administración Pública Municipal de San Pedro Garza García¹¹, Nuevo León, el Código propio de Ética de los mediadores¹², y por

9. Publicada en el Periódico Oficial del Estado n° 6 de fecha 14 de enero de 2005.

10. «Es necesaria la unión de los legisladores, los jueces, el personal educativo, la sociedad par que la sociedad vuelva a darse cuenta de que el máximo responsable de los actos de cada uno es el propio individuo». Coordinador Centro Estatal de Monterrey. Entrevista de 2011.

11. Publicado en el Periódico Oficial del Estado, n° 68, con fecha 21 de mayo de 2008.

12. Publicado en la Página web Oficial del Municipio San Pedro Garza García. 2005.

la Ley de Métodos Alternos para el Estado de Nuevo León. El Objetivo es Difundir la Mediación como valiosa herramienta de solución de conflictos; ofrecer acciones de capacitación y divulgación sobre los beneficios que la implementación de dicha metodología ofrece a la ciudadanía; así como el promover una estrecha colaboración con instituciones, organismos públicos y privados.

El centro Estatal de Mediación de San Pedro realiza mediaciones¹³ en el ámbito familiar y comunitario, siendo las primeras más numerosas aunque la labor educativa del centro hacia la población se dirige sobre todo hacia el ámbito comunitario¹⁴. Del total de mediaciones que se han desarrollado en el centro, se podría decir que más del 60% de estas han tenido como objeto conflictos comunitarios derivados de las relaciones vecinales, quedando las mediaciones familiares en segundo lugar¹⁵.

2.2. PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE MEDIACIÓN COMUNITARIA EN ESPAÑA Y SU NORMATIVA REGULADORA

Las primeras iniciativas que han tenido como objetivo el desarrollo, difusión y práctica de la mediación en España, fueron dirigidas, prácticamente con exclusividad hacia el ámbito de la familia, prueba de ello son las diferentes leyes autonómicas existentes en el país que regulan la práctica de la mediación familiar y la ofrece como método alternativo de resolución de conflictos así como mecanismo que permita una reforma sustancial en el sistema judicial.

Para el estudio de la prestación de servicios de mediación en materia de conflictos surgidos en la comunidad, es necesario conocer la normativa reguladora que controla el ejercicio de programas relativos a esta materia. Así mismo es importante conocer los principales servicios proveedores de programas de mediación comunitaria para identificar las directrices, objetivos, pautas e impresiones sobre la realización de programas de intervención, difusión y sensibilización en mediación comunitaria.

13. Las estadísticas elaboradas por la Secretaría del Ayuntamiento de San Pedro Garza García referentes al Centro Municipal de Mediación revelan que en el año 2012 el 28% de las mediaciones realizadas fueron en el ámbito familiar (308 en total) y el 22% fueron en el ámbito vecinal (239 en total).

14. Proyecto «Miércoles Ciudadano». Área de Participación Ciudadana Gobierno de S. Pedro. Dirigido a la promoción social y la conciencia de participación y pertenencia.

15. Datos proporcionados por la Directora del Centro de Mediación de San Pedro. Fecha mayo 2011.

2.2.1. Análisis de la prestación de servicios de Mediación Comunitaria en España y su normativa reguladora

Las primeras referencias que se tienen de proyectos en los que la herramienta de actuación es la mediación comunitaria se observan en comunidades autónomas como Cataluña, Madrid o Valencia, entre otras, siendo la iniciativa catalana la más desarrollada cuya culminación fue la entrada en vigor de la segunda ley de mediación¹⁶ que tiene como principal novedad la incorporación de la mediación comunitaria a la doctrina que regula¹⁷. Este hecho permitió la incursión de programas dirigidos a la resolución de conflictos comunitarios desde diferentes organismos públicos y privados así como un cierto auge y mejora en la formación especializada en el ámbito comunitario que experimentaron los diferentes programas formativos en mediación y resolución de conflictos.

Esta incursión de la mediación comunitaria aporta a la comunidad un sistema de gestión de los conflictos que facilita la negociación de las contradicciones (PUNTES, 2005:13) y que además ha supuesto una mejora para los ciudadanos en el sistema de resolución de conflictos al ofrecerles un procedimiento novedoso, eficaz y con carga pedagógica que busca la convivencia pacífica y la participación ciudadana.

En España, la actividad relacionada con la práctica de la mediación se inicia de manera particular y paulatinamente en las diferentes comunidades autónomas que componen el país. Esta situación hace que en España la evolución de la actividad mediadora y la normativa que la regula se haya desarrollado de diferentes formas y por ende con diferentes resultados y avances. Es importante destacar que la comunidad pionera en el ejercicio y regulación de la mediación fue Cataluña, comunidad que inicia labores que podríamos denominar «proyectos piloto»¹⁸

16. Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado.

17. La mencionada Ley introduce en su Preámbulo que *determinados conflictos surgidos en el ámbito de las comunidades y de las organizaciones que estructuran de una forma primaria la sociedad no pueden quedar excluidos del campo de aplicación natural de la presente ley, sobre todo cuando son consecuencia de la ruptura de las relaciones personales entre los afectados y exceden el ámbito meramente jurídico. En estos casos, la llamada mediación comunitaria, social o ciudadana se ha revelado muy útil para resolver problemas caracterizados por el hecho de que las personas involucradas deben continuar relacionándose. Son ejemplos evidentes los conflictos derivados de compartir un espacio común y las relaciones de vecindad, profesionales, asociativas, colegiales o, incluso, del ámbito de la pequeña empresa.*

18. Como el Proyecto Piloto de instauración de la Mediación Intrajudicial de 2006, impulsado por el Consejo General del Poder Judicial y coordinado desde la ciudad de Barcelona.

para la inserción y desarrollo de la mediación y diseña la regulación para su actividad mediante una ley autonómica publicada en 2001 y posteriormente reformada y completada en 2009.

La ciudad de Barcelona, perteneciente a la Comunidad Autónoma de Cataluña, regula la prestación de la mediación. En su artículo 3, define al mediador como la persona física que tiene un título universitario oficial y que acredita una formación y capacitación específicas en mediación, debidamente actualizados de acuerdo con los requisitos establecidos reglamentariamente. El mediador debe estar colegiado en el colegio profesional correspondiente o debe pertenecer a una asociación profesional del ámbito de la mediación, acreditada por el departamento competente en materia de derecho civil, o debe prestar servicios como mediador o mediadora para la administración. El mediador puede contar con la colaboración de técnicos, para que intervengan como expertos y con la participación de co-mediadores, especialmente en las mediaciones entre más de dos partes. Estos profesionales deben ajustar su intervención a los principios de la mediación.

Esta ley, establece como entidad organizadora y coordinadora al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, entidad adscrita al departamento competente en materia de derecho civil mediante el centro directivo que tiene atribuida la competencia. Este centro tiene por objeto promover y administrar la mediación regulada por la presente ley y facilitar el acceso.

La actual Ley de Mediación Española¹⁹ tiene como principal novedad un cambio en el objeto de intervención de la mediación, puesto que si observamos las diferentes leyes autonómicas²⁰, todas ellas, a excep-

19. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

20. Las primeras comunidades autónomas en publicar su Ley de Mediación fueron Cataluña (Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar), Galicia (Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar) y Valencia (Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar).

Las siguientes Comunidades fueron Canarias (Ley 15/2003, de 8 de abril, sobre Mediación Familiar que fue modificada con la Ley 3/2005, de 23 de junio, sobre Mediación Familiar) y Castilla la Mancha (Ley 4/2005, de 25 de mayo, reguladora del Servicio Social Especializado de Mediación familiar).

Al año siguiente, publicaron su Ley de Mediación Familiar Castilla y León (Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar) y Baleares (Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar).

En 2007 publicaron su Ley Madrid (Ley 1/2007, de 21 de enero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid) y Asturias (Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar).

Por último se unieron País vasco en 2008 (Ley 1/2008, de 8 de febrero, de regulación de la Mediación Familiar) y en 2009 Andalucía (Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía).

ción de la última Ley de Cataluña publicada en 2009²¹, hacen referencia a la mediación familiar, limitando en gran medida la existencia de servicios públicos de mediación comunitaria.

La mediación como método de resolución de conflictos ha experimentado un gran impulso en los últimos años en el ámbito de las comunidades autónomas, pero se hacía evidente la carencia de una ordenación nacional aplicable a los diversos asuntos civiles y mercantiles. Así mismo, un marco normativo y regulador común para todo el país favorecería la conexión de la mediación con la justicia ordinaria haciendo así efectivo el primero de los ejes de la mediación que es la desjudicialización de determinados asuntos que pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto que la que podría derivarse de la acción legal²².

La Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de 2012 establece como instituciones proveedoras de servicios de mediación²³ a las entidades públicas o privadas, españolas y extranjeras, y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma incluida la designación de mediadores, debiendo garantizar la transparencia en la referida designación.

2.2.2. Programas proveedores de servicios de mediación comunitaria

En España, la mediación comunitaria ha quedado en segundo plano puesto que, como hemos visto anteriormente, esta disciplina se inicia en España con la puesta en práctica de proyectos piloto en mediación familiar. Otra prueba de esto es la existencia de una gran variedad de leyes autonómicas dirigidas a la regulación de la mediación familiar y la creación de servicios/programas cuyo objeto de intervención es la unidad familiar.

La mediación comunitaria se ha desarrollado en diferentes puntos de la geografía española obedeciendo a programas conducidos por asociaciones, ayuntamientos, fundaciones o diputaciones. Un ejemplo de estas iniciativas comunitarias es la siguiente lista que muestra algunos de los diferentes programas que se llevan a cabo en la actualidad.

21. Año 2009, Cataluña publicó otra Ley de Mediación, en la que no se acotaba solo al término de Mediación Familiar, sino que se extendía a todo el Derecho Privado (Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado).

22. Preámbulo Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

23. Título Primero, Disposiciones generales, Anrtículo 5 apartado 1.

XVII. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE MEDIACIÓN COMUNITARIA...

	Entidad reguladora	Servicio
1	Diputación de Barcelona. Barcelona. Cataluña	Programa de Mediación Ciudadana
2	Ayuntamiento de Gandía. Valencia	Centro de Mediación y convivencia
3	Asociación de vecinos de centro – La Latina. Madrid	Programa de mediación comunitaria
4	FUAM Madrid	SEMSI. Servicio de Mediación social en el municipio de Madrid.
5	Generalitat de Cataluña. Departamento de Justicia. Barcelona	Centro de Mediación en derecho privado
6	UNAD Madrid	Programa de Mediación comunitaria
7	Ayuntamiento de Madrid	Servicio de mediación comunitaria con población drogodependiente
8	Ayuntamiento de Zaragoza	Centro municipal de mediación social e intercultural
9	Ayuntamiento de L'Hospitalet de Llobregat. Barcelona. Cataluña	Mediación comunitaria
10	Asociación Madrileña de Mediadores	Difusión y promoción
11	Fundación Gizagune. Bilbao. País Vasco	Elaboración de programas de intervención en mediación social o comunitaria
12	Fundación Mediara. Sevilla. Andalucía	Proyecto de Mediación comunitaria o vecinal
13	Asociación Andaluza para Mediación y Pacificación de Conflictos. Córdoba. Andalucía	Promoción de la Mediación comunitaria

Fuente: elaboración propia²⁴

24. Elaborado a partir de la información aportada por la Dirección General de integración de los Inmigrantes y el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia. Ministerio de Trabajo e Inmigración. 2008.

Como afirma SOUTO (2010), los movimientos que se generaron para la reforma del sistema judicial, centraron sus esfuerzos en dar una respuesta a la ineficacia del sistema y al descontento ciudadano que provocaba. Así pues, estos programas tienen como objetivo principal la gestión y resolución de conflictos así como establecer un nexo de unión con el Sistema Judicial que permita a la mediación actuar como complemento de este sistema y juntos puedan ofrecer un mecanismo de resolución de conflictos eficaz y efectivo.

A continuación se analizan dos centros de mediación que desarrollan su actividad en el ámbito comunitario: el Centro de Mediación en Derecho Privado de Cataluña y el Servicio de Mediación Comunitaria de la Provincia de Barcelona.

2.2.3. Aproximación al Centro de Mediación en Derecho Privado de Cataluña

Tras la puesta en vigor de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar, regulada por el Decreto 139/2002, de 14 de mayo, por lo que se crea el Centro de Mediación de Cataluña. Esta Ley otorga importantes competencias a los Colegios Profesionales; en particular de formación, capacitación, deontología y fomento de la mediación, con la intención de fomentar, entre otras, la mediación en el ámbito familiar.

Estas normas regulan la actividad y los procedimientos internos del Centro de Mediación en Derecho Privado de Cataluña con respecto a la mediación en el ámbito familiar, civil o comunitario. El Centro de Mediación de Cataluña es creado el 27 de diciembre de 2001 como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar y el Reglamento que la desarrolla (Decreto 139/02, de 14 de mayo). Este centro modifica sus funciones, su denominación y sus competencias a raíz de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado²⁵ y pasa a ser el Centro de Mediación

25. La Ley 15/2009, de 22 de julio, se refiere en los apartados 1) y 2) del artículo 20 al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña como un órgano adscrito al departamento competente en materia de Derecho Civil a través del centro directivo que tiene atribuida su competencia y le atribuye el objetivo de promover y administrar la mediación regulada por la presente Ley y facilitar el acceso a este recurso. Así mismo esta Ley, en los apartados a) del artículo 10 designa al Centro de Mediación y Derecho Privado como órgano adscrito al Departamento de Justicia, las competencias en materia de mediaciones familiares y demás materias de derecho civil. En el apartado b) de este mismo artículo establece competencias en este mismo ámbito a las entidades asociadas cuyos convenios así lo establezcan.

en Derecho Privado de Cataluña, con esto se amplía su actuación a ámbitos no solo de conflictos en la familia, sino también de carácter comunitario.

La Ley 15/2009, de 22 de julio²⁶, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado, amplía los supuestos de Mediación familiar e introduce la Mediación civil para gestionar conflictos surgidos de la convivencia ciudadana y social, y para gestionar otros conflictos de carácter privado en los cuales las partes deban mantener relaciones en el futuro. La Mediación puede resultar muy útil, por ejemplo para resolver los conflictos derivados de las relaciones vecinales, asociativas o colectivas y también en los procesos de discapacidad psíquica o de enfermedades degenerativas que limitan la capacidad de obrar o en las disputas familiares por temas de herencia.

En el artículo 2 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, se establecen las situaciones en materia de derecho privado que puedan ser susceptibles de iniciar un proceso judicial y que se caracterizan porque se haya roto la comunicación personal entre las partes, sobre todo si estas han de mantener relaciones en el futuro. Este artículo se divide en dos partes, la primera referida al objeto de la mediación familiar y el segundo al objeto de la mediación en el ámbito civil o más conocido como comunitario, objeto que a continuación se presenta:

a) Los conflictos relacionales surgidos en el ámbito de las asociaciones y fundaciones.

b) Los conflictos relacionales en el ámbito de la propiedad horizontal y en la organización de la vida ordinaria de las urbanizaciones.

c) Las diferencias graves en el ámbito de la convivencia ciudadana o social, para evitar la iniciación de litigios ante los juzgados.

d) Los conflictos derivados de una diferente interpretación de la realidad debido a la coexistencia de las diversas culturas presentes en Cataluña.

e) Cualquier otro conflicto de carácter privado en que las partes deban mantener relaciones personales en el futuro, si, razonablemente, aún puede evitarse la iniciación de un litigio ante los juzgados o puede favorecerse la transacción.

2.2.4. Aproximación al Servicio de Mediación Comunitaria de la provincia de Barcelona

La comunicad Catalana es referente dentro de España en muchos

26. Publicada en el Boletín Oficial del Estado, n° 198, con fecha 17 de agosto de 2009.

ámbitos, siendo especialmente destacado el trabajo realizado para el estudio, la difusión e implantación de la mediación en diferentes ámbitos de aplicación. Cabe destacar el carácter pionero de las iniciativas que en esta comunidad se han impulsado, prueba de ello son las dos leyes autonómicas²⁷ que han regulado el ejercicio de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos en todo el territorio catalán.

El Servicio de Mediación Comunitaria de la Provincia de Barcelona²⁸ surge en el año 2004 promovido por el Área de Bienestar Social de la Diputación de Barcelona, que desarrolló un proyecto técnico elaborado por la entidad AEP Desenvolupament Comunitari. Desde su inicio hasta la actualidad, esta es la entidad que gestiona el SMCPB desde su sede en la ciudad de Barcelona.

El SMCPB es un instrumento puente que favorece la comunicación y promueve un cambio constructivo en las relaciones entre las personas, las entidades y las instituciones. La mediación es una herramienta de colaboración para la prevención y la gestión de los conflictos comunitarios, cuando la dinámica relacional deviene conflictiva y a la vez promueve una comprensión recíproca sobre las diferentes maneras de vivir y entender la realidad. El SMCPB está centrado en la mediación comunitaria en dos campos de intervención: la prevención de conflictos derivados de los usos de espacios públicos y en la convivencia vecinal. Además desarrolla un servicio de orientación y asesoramiento a profesionales cuya actividad está relacionada con el sistema de servicios sociales municipales.

El servicio de mediación comunitaria desarrolla su actividad en el conjunto de municipios de la provincia de Barcelona y supone un soporte y una herramienta a los profesionales municipales y a las personas que conforman la comunidad en general para la resolución de los conflictos latentes o manifiestos y ayuda a prevenirlos y a favorecer la convivencia.

La finalidad del servicio es constituirse en un instrumento puente entre las personas para favorecer un cambio constructivo en las relaciones y en la convivencia ciudadana, así como para facilitar la participación en procesos de desarrollo comunitario y mejorar la gobernabilidad democrática y el desarrollo local de los municipios de la provincia.

27. Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar y Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado.

28. La información referida al CMCPB: «El Servei de Mediació comunitaria a la Província de Barcelona». Colección Documents de Treball. Diputació de Barcelona, área de Bienestar Social. Barcelona, 2008.

3. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

La sociedad es una entidad dinámica y las interacciones entre sus miembros son una constante en la actividad diaria. Estas interacciones pueden ser origen de discrepancias y controversias que, de ser gestionadas por un mecanismo ineficaz o erróneo, podrían dar lugar a un conflicto grave que afecte a la cohesión social y a la convivencia

La gestión alternativa de conflictos otorga al ciudadano la capacidad de gestionar sus propios conflictos y de llegar a conseguir soluciones constructivas que supongan un beneficio para todos los implicados, en contraposición a los mecanismos habituales de resolución de conflictos cuyas soluciones son impuestas y en ocasiones ineficaces.

La mediación en la comunidad produce un cambio sustancial en su conjunto, puesto que los ciudadanos dejan de ser seres pasivos y dependientes de otros pasando a ser sujetos activos y a participar en la toma de decisiones sobre aquellos aspectos de la comunidad que les afectan directamente.

La mediación puede ayudar a crear una cultura de participación, de cooperación, de respeto y de tolerancia que facilita el pleno desarrollo y la cohesión de la comunidad.

La experiencia en mediación de un país, se basa no solo en la introducción de normativa y legislación reguladora de dicha actividad, sino también en la incorporación de iniciativas, programas y proyectos que tengan como objetivo principal la incursión de la mediación como método gestor de conflictos e impulsor de la participación ciudadana y la cohesión social.

Podemos afirmar pues que los resultados que se obtengan en una comunidad de la puesta en práctica de iniciativas para el desarrollo de la mediación, dependen en gran medida de la calidad de estos servicios y del grado de implantación y trayectoria de los programas de mediación comunitaria que se realicen.

A partir de los programas de mediación ya instaurados, se puede observar de primera mano el impacto de la mediación comunitaria sobre los ciudadanos y la conflictividad social; extraer directrices para la creación de otros servicios, y plantear hipótesis para iniciar proyectos de investigación que aporten ideas de mejora novedosas y más eficaces.

No resulta una tarea sencilla, pero es necesario continuar con la creación, desarrollo e innovación de los programas y proyectos que contribuyan a promover la mediación comunitaria y que permitan a la po-

blación experimentar los beneficios que esta disciplina puede generar. Los programas de mediación pueden proporcionar a la población una visión alternativa de la pertenencia social, de la comunidad, del otro como igual y una visión que oriente hacia la cooperación entre sus miembros para que se puedan generar propuestas eficaces que faciliten el desarrollo óptimo y eficiente de los recursos sociales disponibles.

BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS, M., CAMPS, F. y PASTOR, X. 2000. *Mediació comunitaria i gestió alternativa de conflictes a Catalunya. Una guia per a la governabilitat*. Barcelona: Fundació Jaume Bofill.
- BONAFÉ-SCHMITT, J. P. 1992. *La médiation: une justice douce*. Paris: Syros Alternatives.
- BUSH y FOLGER 1994. *The promise of mediation*. Indianapolis: Jossey-Bass.
- DI ROSA, R. 2002. *La mediazione. Gestione del conflitto e (ri)costruzione sociale*. Palermo: La Zisa.
- DUKES, F. 1996. *Resolving public conflict*. Manchester: University Press.
- GROVER, K., GROSCH, J. y OLCZAK, P. 1996. *La mediación y sus contextos de aplicación*. Barcelona: Paidós.
- LEDERACH, J. P. 1994. *Un marco englobador de la transformación de conflictos sociales crónicos*. Gernika.
- PUNTES, S. 2005. *Los servicios de mediación comunitaria. Propuestas de actuación*. Barcelona: Diputació de Barcelona.
- PUNTES, S. 2007. *La mediación comunitaria. Ciudadano, derechos y conflictos*. Barcelona: Uniempresarial.
- SOUTO, E. 2010. *La mediación, un instrumento de conciliación*. Madrid: Dykinson.
- SOLETO, H. OTERO, M. 2007. *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos.
- VAN PARIJS, V. 1996. *Libertad real para todos*. Barcelona: Paidós.

Capítulo XVIII

La Mediación y los medios alternos de solución de controversias. Un acceso a la justicia en materia tributaria

VICENTE TORRE DELGADILLO

Dr. en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid

Maestro en defensa fiscal por la Universidad de Guanajuato

Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Líder del Cuerpo Académico

Reforma del Estado y Derechos Humanos

Profesor Investigador de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho de la UASLP

Profesor Invitado por la Universidad de Würzburg (Alemania) impartiendo la materia de

Arbitraje y Contratación internacional. Miembro de la Red de investigación de

Investigadores Intencionalistas y constitucionalistas de Alemania e Iberoamérica del Max

Planck Institute for International and Comparative Law

Ulpiano: "Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi"

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. ASPECTOS GENERALES DE LOS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. 1.1. *Contexto de los Medios Alternos de Solución de Conflictos en México.* 2. RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN MATERIA TRIBUTARIA. 2.1. *Acuerdos procedimentales en materia administrativa y tributaria. (La experiencia española).* 2.1.1. *Acuerdos Previos de Precios (Advanced Pricing Agreement) APA's, una forma de negociación con las Administraciones Tributarias.* 2.1.1.1. *La celebración de un APA con el fisco mexicano.* 2.2. *Procedimiento Amistoso. Mecanismo de interpretación en los convenios para evitar la doble tributación.* 2.3. *Arbitraje en materia tributaria.* 2.4. *Conciliación y mediación en materia tributaria.* 3. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El acceso a la impartición de justicia es uno de los principales derechos que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexi-

canos¹. Desde nuestra perspectiva, uno de los más importantes en el contexto de una sociedad civilizada, encuadrada en un ámbito político organizado caracterizado «*por la prevalencia del bienestar común, sobre los intereses particulares*», así como por la sujeción a disposiciones internas y externas otorgadas por un orden jurídico y por las instituciones encargadas de discernir el derecho en una controversia.

Para lograr lo anterior se tiene que garantizar a la sociedad lo siguiente: que el acceso a la justicia implique normas generales, instancias jurisdiccionales, jueces o árbitros, un debido proceso llevado conforme a formalidades esenciales, una defensa y la oportunidad de presentar pruebas y argumentos, de acuerdo con las instancias legalmente creadas para ello².

Al respecto JIMÉNEZ ILLESCAS magistrado del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa señala que: «*es obligación del Estado, a través de los órganos jurisdiccionales restituir el derecho que el gobernado considera vulnerado, de manera gratuita, pronta, completa e imparcial*»³.

Ahora bien, la aceptación por parte de los ciudadanos de las soluciones jurídicas y jurisdiccionales a los conflictos personales y sociales es producto de una permanente educación cívica que sujeta éticamente, la plena comprensión de los límites de los intereses particulares en beneficio de la colectividad.

De lo anteriormente señalado se desprende que es función del Estado impulsar una cultura de la legalidad y de prevalencia del Estado de Derecho en la sociedad, para ello su trabajo debe consistir en fomentar el conocimiento de la ley y la confianza en las instituciones de procuración e impartición de justicia.

No obstante lo señalado en líneas precedentes, la realidad es que una de las principales problemáticas que existe en la actualidad es la desconfianza en la impartición de justicia consecuencia del rezago debido al incremento siempre creciente de casos ya en la fase administrativa, ya en la contenciosa, a la duración excesiva de los mismos, a la imposibilidad física de que los organismos judiciales los atiendan y a la necesidad de evitar los perjuicios que ocasiona la demora tanto a las administraciones cuanto a los contribuyentes. Esta situación ha provo-

1. Véase artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. ZAMORA CASTRO, F. de J. 2011. La impartición de justicia federal administrativa, agraria, fiscal y laboral. México: Editado por Secretaria de Gobernación, p. 10.
3. JIMÉNEZ ILLESCAS, J. M. 2009. El juicio en línea. Procedimiento Contencioso Administrativo. México: Ed. DOFISCAL, p. XV.

cado y sigue provocando una percepción de arbitrariedad e injusticia, tanto de las autoridades, como de los órganos jurisdiccionales⁴.

Ante esta situación, las autoridades para evitar esa situación han dado pasos importantes mediante la implementación de las tecnologías de la información, generando con ello alternativas de acceso a la impartición de justicia. Muestra de ello lo encontramos en el juicio en línea, acción mediante la cual se ha buscado atenuar el rezago antes mencionado.

Sin embargo, la realidad es que no han sido suficientes las propuestas por parte del Estado para satisfacer la demanda de justicia por parte de la población, reinando una considerable desproporción entre la carga de trabajo de los tribunales tributarios y la infraestructura con que se cuenta.

En la búsqueda de satisfacer la demanda de justicia surge como una opción viable la aplicación de los Medios Alternos de Solución de Conflictos (MASC en adelante).

Para efectos del presente trabajo se considera que es importante entender ¿qué son los MASC? ¿cuáles son las principales diferencias que existen entre los MASC? ¿qué MASC se aplican en la actualidad en materia tributaria? ¿cuáles de ellos son reconocidos por la normativa mexicana? ¿se puede implementar la mediación y el arbitraje en materia tributaria en nuestro país? Por lo tanto, el objetivo principal de este estudio es describir y analizar los MASC contemplados en la normativa mexicana y ver establecer la factibilidad de su implementación⁵.

1. ASPECTOS GENERALES DE LOS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Siguiendo lo establecido por FIERRO FERRÁEZ y como ya se señaló en líneas anteriores, los MASC surgen como una respuesta a la necesidad de responder a las fallas que se presentan en el actual sistema judicial al momento de administrar justicia y a la imperante necesidad de que los particulares comprendidos en un conflicto puedan participar de común acuerdo en la solución de la propia controversia, teniendo presente que la solución derivada de estos mecanismos puede ser heterocompositiva –arbitraje– o autocompositiva –mediación y conciliación–,

4. *Idem*, p. XVI.

5. TROYA JARAMILLO, J. V. 2004. Los medios alternativos de solución de conflictos, y el derecho tributario internacional. *FORO, revista de derecho*.3, p. 1.

es decir, que puede o no existir subordinación con el cumplimiento del acuerdo logrado⁶.

La base que sustenta a los MASC es que los particulares mediante un acuerdo de voluntades con otro particular o con una autoridad, tienen la capacidad de comunicarse y llegar a acuerdos que proporcionen soluciones a sus conflictos.

1.1. CONTEXTO DE LOS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MÉXICO

A partir de la firma del TLCAN, México se vio condicionado por los EEUU a desarrollar una norma que contemplara los MASC, de esta forma en el artículo 2022 del citado tratado queda plasmada la importancia de difundir los MASC como una alternativa a la solución de conflictos y la impartición de justicia.

México en la actualidad cuenta con 12 tratados de libre comercio que prevén la negociación, la mediación y el arbitraje como los principales instrumentos para resolver los conflictos que puedan surgir entre los 44 países participantes de los mismos⁷.

En este contexto se aprecia como los MASC se han ido adaptando al sistema judicial mexicano, de tal forma que hoy en día se encuentran tutelados en el artículo 17 constitucional, respetando en todo momento los preceptos de audiencia y garantía de defensa tutelados en los artículos 14 y 16 constitucionales. Como se puede apreciar existe una tendencia definida en todas las entidades de México por incorporar estas metodologías alternas de impartición de justicia en sus constituciones y leyes locales, así como operar centros estatales públicos encargados de suministrar los servicios inherentes a la justicia alternativa⁸.

El arbitraje comercial es un ejemplo claro de la incorporación de los MASC al ordenamiento jurídico mexicano. Hoy en día México cuenta con una normativa moderna sobre arbitraje comercial, contemplada en el Código de Comercio y que tiene su base en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de la UNCITRAL. De la misma forma encontramos que se han desarrollado programas de corte federal para impulsar los MASC en otras materias, tales como consumo (PROFECO) servicios financieros

6. FIERRO FERRÁEZ, A. E. 2010. Manejo de conflictos y mediación. México: Oxford, p. 18.

7. Véase www.economia.com.mx/comunidad-negocios/comercio-exterior/tlc-acuerdos. Página web visitada el 8/12/12.

8. FIERRO FERRÁEZ, A. E., *op. cit.*, p. 18.

(CONDUSEF) servicios médicos (CONAMED), comercio exterior (BANCOMEXT; SE), propiedad intelectual (IMPI)⁹.

2. RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN MATERIA TRIBUTARIA

En la actualidad debe dejarse de ver la relación entre la Administración tributaria y el contribuyente como una situación de supremacía discrecional y unilateral, esta circunstancia ha llevado a generar en muchas ocasiones una atmósfera de inseguridad en los contribuyentes, pues esta ha sido y es la posición natural para generar el conflicto y la controversia que al final desencadenara en un procedimiento judicial.

Es por ello, que los procedimientos consensuados cada vez tiene una mayor aceptación a nivel internacional, puesto que liberan a las Autoridades y a los particulares de la incertidumbre y el conflicto, permitiendo mediante un proceso de negociación obtener los satisfactores que cada una de las partes pretende.

Es en este punto, donde se puede presentar un esfuerzo conjunto entre la autoridad y el contribuyente a fin de no bloquear la consecución de los fines del Estado, evitando los largos procesos judiciales cuando el interés público administrativo entre en conflicto con el interés particular del contribuyente¹⁰.

Ahora bien, los actos de consenso entre la autoridad y el particular pueden conseguir lograr una objetividad y neutralidad respecto del conflicto planteado y lograr esta finalidad, pero no siempre, y es en estos casos en donde puede intervenir un intérprete de los intereses, un tercero neutral e imparcial, que a través de la organización de las propuestas presentadas por las partes, les permita confrontar sus puntos de vista y buscar con su asistencia una solución al conflicto¹¹. Por lo tanto, como señala el profesor Tulio ROSEMBUJ los conflictos pueden confrontarse o bien, pueden afrontarse.

En el primer caso es a través de los procedimientos judiciales como

-
9. En lo que respecta a la mediación encontramos que la encontramos presente en todos los niveles de la procuración de justicia. GORJÓN GÓMEZ, F. J., STEELE GARZA, J. G. 2008. Métodos alternativos de solución de conflictos. México: Oxford, pp. 24-25.
 10. ROSEMBUJ, T. 2003. La resolución alternativa de conflictos tributarios, en: PONT MESTRES, M., PONT CLEMENTE, J. F. (coords.), Alternativas convencionales en el derecho tributario (XX Jornada anual de estudio de la Fundación A. Lancuentra). Madrid: Ed. Marcial Pons, p. 126.
 11. *Ibidem*, p. 127.

se busca la solución al conflicto, o bien, en el caso del arbitraje, donde se acuerda un procedimiento adversarial pero bajo reglas muy específicas para llegar a una solución rápida y expedita *–las partes eligen a un tercero «árbitro», cuya decisión es vinculatoria–*.

En el segundo caso, se acude a formas no adversariales para buscar la solución que más convenga a los participantes, entre ellas encontramos, acuerdos procedimentales, la negociación *–en este proceso no interviene un tercero, simplemente las partes tratan de llegar a un acuerdo mediante la manifestación ordenada de sus pretensiones, con el propósito firme de llegar a un arreglo satisfactoria para ambas partes–*, la conciliación *–en ella el tercero interviene de manera informal para superar la diferencias, la falta de comunicación o de voluntad de las partes para arreglar o negociar entre ellas–*, la mediación *–el tercero asiste a las partes para lograr un acuerdo respecto de sus diferencias en forma voluntaria y que se traduce en un contrato final–*.

Una vez señalado lo anterior, procedemos a realizar un breve análisis de los diversos medios alternativos de solución de conflictos utilizados tanto nacional como internacionalmente, en el entendido que la implementación de los mismo ya tiene una consolidada tradición en países europeos y Estados Unidos, y que en México se han utilizado en reducidas áreas del derecho y que es hasta últimas fechas cuando se ha empezado a trabajar en su incorporación a la normativa mexicana para lograr una impartición de justicia más pronta y expedita.

2.1. ACUERDOS PROCEDIMENTALES EN MATERIA ADMINISTRATIVA Y TRIBUTARIA. (LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA)

En España desde 1992 se contempla esta figura alterna de solución de conflictos con la expedición de la Ley 30/1992 del 26 de noviembre. En la misma se establece que los acuerdos procedimentales, son aquellos celebrados entre la Administración tributaria y los ciudadanos en el curso de un procedimiento a través del que la Autoridad ejecuta una potestad administrativa concreta».

De lo anterior se desprende que los acuerdos procedimentales constituyen una técnica de negociación que permite tanto evitar la aparición del conflicto entre la administración y los interesados, como resolver, en vía de recurso u otro procedimiento administrativo impugnatorio, un conflicto planteado.

A través de esta figura vemos como el protagonismo del acto administrativo unilateral como figura mítica del derecho administrativo va dando paso a la participación de los interesados en la solución de con-

flictos, teniendo como fundamento los principios de legalidad; eficacia administrativa y participación de los ciudadanos en la Administración.

Consecuencia de la evolución y transformación en la praxis de las actividades que realizan los ciudadanos, nos damos cuenta que las normas jurídico administrativas han ido perdiendo su precisión y, correlativamente, ha ido en aumento la capacidad de decisión de la autoridad en el momento de aplicarlas –discrecionalidad administrativa–, circunstancia que ha incidido en la forma en que la autoridad debe obligar, permitir o prohibir la realización de una determinada actividad a los ciudadanos¹².

Es decir, debido a la transformación y especialidad de las actividades que desarrollan tanto personas físicas, como morales, el legislador ya no logra que la norma contemple todos los hechos y supuestos de hecho que se presentan en la actualidad. Ante esta circunstancia las Administraciones Tributarias, con el propósito de establecer un control en la recaudación han optado por analizar y valorar las circunstancias que prevalecen en cada situación para adoptar un criterio determinado que regule la actividad que se presenta.

Ante esta circunstancia se aprecia cómo se ha tenido que acudir a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, situación que obligada a las autoridades a realizar una interpretación del caso concreto al momento de tratar de aplicar la norma tributaria¹³.

Es en este punto donde se considera que tiene cabida el dialogo y el acuerdo con los interesados, teniendo como fin el lograr un consenso en los términos de aplicación de la norma administrativa¹⁴.

Para alcanzar esos fines la autoridad debe buscar la colaboración y consenso de los afectados, siendo el acuerdo entre las partes el instrumento que pudiese resultar más adecuado para disminuir la conflicti-

12. DE PALMA DEL TESO, A. 2003. Las técnicas convencionales en los procedimientos administrativos. En: PONT MESTRES, M., PONT CLEMENTE, J. F. (coords.), Alternativas convencionales en el derecho tributario (XX Jornada anual de estudio de la Fundación A. Lanza). Madrid: Ed. Marcial Pons, pp. 16-18.

13. PÉREZ DE AYALA, J. L., LÓPEZ DE AYALA, J. 2002. Los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho tributario. Su trascendencia. Anales de la RAJL, n.º. 32, p. 576.

14. Es decir, la tradicional legitimidad de la Administración Tributaria derivada de su actuación conforme a una norma previa para la adopción de decisiones que eran de mera ejecución objetiva de la norma ha cambiado, y hoy en día nos encontramos ante normas incompletas –finalistas– en donde se ha buscado a través de los MASC una solución con la participación de los propios interesados en el momento de su aplicación.

vidad, por lo tanto el principio de eficacia nos conduce por la senda de la colaboración que nos lleva al principio de participación, mismo que dentro del marco democrático de nuestra constitución reviste una gran trascendencia puesto que permite complementar la legitimación de los actos de autoridad.

La legitimación de la acción administrativa obviamente tiene que estar ligada al principio de legalidad, pero no es este el único principio constitucional que debe regir la actuación de la Administración, nuestra constitución acoge un modelo social de estado y configura la Administración como una organización al servicio del interés general, por lo tanto, también deberá buscar ante todo la eficacia de sus actos¹⁵.

2.1.1. Acuerdos Previos de Precios (Advanced Pricing Agreement) APA's, una forma de negociación con las Administraciones Tributarias

Dentro de la fiscalidad internacional y en específico dentro del ámbito de los Precios de Transferencia, encontramos que los Acuerdos Previos de Precios –APA's por sus siglas en inglés– surgen como una alternativa ante la problemática que existe en la determinación del valor de productos tangibles, intangibles, prestación de servicios u operaciones de financiamiento, por lo tanto, mediante este mecanismo el contribuyente se acerca a la Administración tributaria con el fin de encontrar de manera conjunta una metodología que permita llegar a un precio de transferencia que sea aceptado por ambas partes¹⁶.

Un APA es un procedimiento no adversarial cooperativo entre una Administración tributaria y el contribuyente diseñado originalmente en los Estados Unidos que tiene como principal objetivo el ahorro de tiempo al reducir la carga administrativa que implica la realización de un estudio de precios de transferencia y la certeza jurídica que se logra con el resultado del acuerdo previo, lo anterior en virtud de que desde su inicio surge con una naturaleza contractual, pues surge de la manifestación de la voluntad de las partes por llegar a un consenso.

El procedimiento de celebración de un APA se inicia con la solicitud que hace una o más empresas vinculadas a una o más administraciones tributarias. Un primer paso son la realización de reuniones previas entre las partes –negociaciones– para suministrar información, manifestar los

15. DE PALMA DEL TESO, A., *op. cit.*, p. 19.

16. TORRE DELGADILLO, V. 2012. Precios de transferencia. Análisis teórico-práctico. México: Ed. Trillas, p. 89.

métodos y los criterios tomados en cuenta para determina el valor de los bienes objeto de las transacciones, la lista de preguntas que el contribuyente tiene que responder y la documentación que tiene que aportar. La formalización de la propuesta presentada por todos los interesados y acompañada de toda la documentación requerida variará según del tipo de operación de que se trate.

El objetivo de los APA's es sustituir el procedimiento tradicional mediante el cual la empresa presenta su estudio de precios de transferencia y se genera la posterior auditoría por parte del fisco. Corresponde aclarar que se trata de un mecanismo alternativo, siendo el contribuyente quien decide si hace o no la solicitud ante la autoridad fiscal.

2.1.1.1. *La celebración de un APA con el fisco mexicano*

En México el Código Fiscal de la Federación en su artículo 34-A es el que contempla la posibilidad de realización de este tipo de pactos con el Servicio de Administración Tributaria. Estableciendo que los acuerdos alcanzados por las partes surtirán efectos durante cinco ejercicios fiscales: el del año en que se solicita, el ejercicio inmediato anterior a este último y hasta por los siguientes tres ejercicios fiscales.

Los APA's pueden proporcionar una oportunidad a las administraciones tributarias y a los contribuyentes para intercambiar opiniones en una atmósfera de no confrontación, a diferencia de lo que ocurre cuando se está efectuando una auditoría de los precios de transferencia. De esta forma se estimula que exista un libre flujo de información entre las partes involucradas con el propósito de obtener un resultado racionalmente correcto y práctico.

Entre las ventajas que ofrecen esta clase de acuerdos destacan la reducción en el empleo de recursos y tiempo, la certidumbre que proporcionan al contribuyente, no existen ajustes de precios de transferencia durante la duración del acuerdo¹⁷.

2.2. PROCEDIMIENTO AMISTOSO. MECANISMO DE INTERPRETACIÓN EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN

El procedimiento amistoso –*Mutual Agreement Procedure*– surge como una alternativa a la solución de conflictos derivados de la interpre-

17. ROSEMBUJ, T. 2003. La resolución alternativa de conflictos tributarios. En: PONT MESTRES, M., PONT CLEMENTE, J. F. (coords.), *Alternativas convencionales en el derecho tributario (XX Jornada anual de estudio de la Fundación A. Lancuentra)*. Madrid: Ed. Marcial Pons, pp. 110-112.

tación y aplicación de las convenciones y tratados internacionales en materia fiscal. Es un mecanismo reconocido en el Código Fiscal de la Federación en el artículo 124 fracción VIII y que a su vez tiene su origen en el artículo 25 del Modelo Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico para evitar la doble tributación (MCOCDE en adelante).

Mediante este procedimiento las Administraciones tributarias de dos o mas jurisdicciones resuelven disputas respecto de la aplicación de los convenios de doble imposición, constituyendo un medio de defensa para los residentes de los Estados contratantes, para inconformarse de las medidas adoptadas por una de las Administraciones tributarias involucradas que sean contrarias al Convenio, así como un mecanismo para eliminar la doble tributación en aquellos casos no previstos en el mismo.

El ámbito de aplicación del procedimiento amistoso es bastante amplio, de modo que se pueden diferenciar dentro del mismo tres supuestos principales que pueden desencadenar su aplicación: 1º.-Una imposición no acorde con las disposiciones previstas en el Convenio (en general, los casos previstos en los artículos 25.1 y 25.2 del MCOCDE)¹⁸; 2º.-La solución de las dificultades o dudas que plantee la interpretación o aplicación del CDI (art. 25.3 MCOCDE); y, 3º.-Como mecanismo para evitar la doble imposición en los casos no previstos por el texto del Tratado (ex art. 25.3 MC OCDE)¹⁹.

«Entre las características que reviste este procedimiento destacan la completa libertad que se concede a los Estados contratantes para que busquen los medios y medidas necesarios para llegar a un acuerdo, dejando a un lado los formalismos, puesto que la comunicación entre las

18. En este punto, la cuestión principal consiste en definir el concepto «imposición no conforme con las disposiciones del Convenio». A este respecto la praxis administrativa señala los siguientes ejemplos: una aplicación o interpretación equivocada de las disposiciones del Tratado; una incorrecta aplicación de la legislación interna; y una calificación inapropiada de los supuestos de hecho.

19. El Procedimiento Amistoso se utiliza preferentemente en conflictos que se susciten en relación con todos los artículos del MCOCDE, pero de una manera especial en relación con los artículos 7 (beneficios empresariales), 9 (empresas asociadas), 11 (intereses), 12 (cánones y *royalties*) y el 23 (métodos para evitar la doble tributación). SERRANO ANTÓN, F. 2005. La cláusula de procedimiento amistoso de los convenios para evitar la doble imposición internacional. La experiencia española y el derecho comparado. *Revista Crónica Tributaria* 114, pp. 144-146; también TORRE DELGADILLO, V. 2009. El procedimiento amistoso, medio para evitar la doble imposición. *Revista Defensa Fiscal* 121, pp. 12-23.

autoridades competentes se hace de una manera directa, sin necesidad de acudir a los medios diplomáticos.

Su inconveniente más importante es que a las autoridades no se les exige, ni se les obliga a que lleguen a un acuerdo, situación que desde luego no es muy satisfactoria para los contribuyentes»²⁰.

Por lo tanto, el compromiso y la voluntad de las autoridades jugarán un papel muy importante para que se pueda llegar a soluciones que resuelvan los problemas de doble tributación que se llegaren a presentar entre los Estados contratantes.

Otras preocupaciones que los contribuyentes han manifestado respecto del procedimiento amistoso tienen que ver con la falta de coordinación de normas internas y tratados internacionales respecto de los plazos de prescripción para llevar a cabo los ajustes, la diferente interpretación de las normas, la deficiencia en el intercambio de información entre Administraciones tributarias y el hecho de que la resolución de los procedimientos amistosos pueda implicar mucho tiempo antes de ser completados y también con la posibilidad de que no existan procedimientos para solicitar la suspensión del ingreso de las cuotas que se hayan dejado de ingresar.

Como se aprecia, el procedimiento amistoso es un instrumento que puede ayudar, mas no garantiza una solución a los problemas de doble imposición derivados de los precios de transferencia. Sin embargo, al ser un mecanismo que puede conducir al ahorro de recursos y tiempo para las partes, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE en los comentarios al MCOCDE, se sugiere que las deficiencias del procedimiento amistoso podrían eliminarse acudiendo a lo que denominan una «opinión arbitral no vinculante», es decir; a un procedimiento según el cual los Estados contratantes convendrían en solicitar el criterio de un tercero imparcial, aunque la decisión final estaría reservada a los Estados²¹.

2.3. ARBITRAJE EN MATERIA TRIBUTARIA

Dentro del ámbito de las relaciones internacional existen infinidad de tratados, entre los cuales los de carácter comercial y tributarios comparten el mismo objetivo, reducir las barreras al comercio, no obstante

20. TORRE DELGADILLO, V., *op. cit.*, p. 79.

21. OCDE 1995. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OCDE, pp. 4.31-4.55. También GARCÍA FRÍAS, A. 2005. *El arbitraje tributario internacional*. En: SERRANO ANTÓN, F. (coord.), *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Ed. CEF, p. 1054.

lo anterior, el fenómeno de la globalización ha provocado cambios fundamentales en la forma efectuar todo tipo de operaciones, por lo cual, ha sido necesario contemplar en éstos instrumentos internacionales diversos mecanismos de resolución de conflictos. Sin embargo, es de apreciarse que los sistemas de resolución de controversias en estos tratados son sustancialmente distintos, pues en los tratados comerciales las resoluciones recaídas a los medios de solución de conflictos son obligatorias y vinculantes, mientras que en los tratados tributarios no lo son²².

La idea de la implementación del arbitraje tributario ya es añeja, así encontramos en la doctrina española especializada que profesores como FERREIRO LAPATZA, VILLAR EZCURRA y CALVO ORTEGA, por mencionar algunos, ya lo han expresado en diferentes ocasiones. Su propuesta consiste en la implementación de un arbitraje tributario, con características propias y diferentes al arbitraje tradicional o clásico que se implementa en materia comercial²³.

El problema que se ha presentado durante mucho tiempo para la implementación del arbitraje en materia tributaria es la concepción que existe en los juristas, de que la obligación tributaria emana del poder del Estado para imponer las contribuciones, por lo que su conocimiento y fallo solo quedarían bajo la jurisdicción de los tribunales jurisdiccionales, consecuentemente, el arbitraje se opondría a los principios esenciales del derecho tributario, ya que al tratarse de obligaciones emanadas de la Ley, no cabría que fueran negociadas²⁴.

La idea anterior en la actualidad es refutada por la doctrina moderna, ya que es la imposición de las contribuciones lo que emana de la soberanía del Estado, pero no así la determinación del monto de la mismas aplicable a cada caso, hecho que corresponde a un acto administrativo reglado, sujeto al principio de legalidad.

En un proceso de arbitraje se debe entender que se regirá mediante la aplicación estricta de la ley tributaria, por lo que vincular la interpretación o aplicación de la norma tributaria, o bien, la liquidación de contribuciones a la decisión de un arbitro, desde nuestra perspectiva, no implica en forma alguna renunciar o disponer por parte del Estado del crédito tributario. Tampoco se crea desigualdad entre los contribuyentes

22. TORRE DELGADILLO, V. 2012, Aplicación del arbitraje en asuntos tributarios. ¿Es factible su utilización? Revista Consultorio Fiscal 547, pp. 42-44.

23. FERREIRO LAPATZA, J. J. 2003. Resolución extrajudicial de conflictos tributarios, en Revista Quincena Fiscal 3, pp. 15-16.

24. TORRE DELGADILLO, V., *op. cit.*, 45.

cuyos casos sean resueltos por la justicia estatal respecto de los que sometan el asunto a la justicia arbitral, ya que en ambos escenarios se debe resolver conforme a derecho.

Una propuesta sería respecto de la implementación del arbitraje en materia tributaria tendría que partir de establecer de manera clara cual será el supuesto de hecho y el procedimiento que se tendrá que prever en la norma para su aplicación. La implementación de este mecanismo de solución de conflictos debe ir vinculada a la reforma fiscal que necesita México, incorporándola al Código Fiscal de la Federación y a los Códigos Fiscales Estatales, para de esta forma evitar caer en la tentación de proponer solo formulas arbitrales en alguna ley secundaria²⁵.

Ahora bien, debemos entender que un arbitraje genérico y voluntario no puede implementarse en nuestra materia, por lo que se tendrá que proponer un arbitraje legal y obligatorio en derecho, limitado a situaciones prefijadas y a materias establecidas en el Código Fiscal de la Federación²⁶.

No obstante lo anteriormente señalado, la primera limitante que se podría encontrar a la propuesta antes planteada es la tendencia que se ha desarrollado de idealizar al arbitraje como una formula mágica que va a terminar con la litigiosidad de los tribunales, hay que tener en cuenta que es un mecanismo que resulta bastante útil y eficiente, pero que hay que establecer claramente a que casos y en que condiciones se puede aplicar. Otra limitante que se pudiera esgrimir será la posible violación del principio de igualdad, bajo el argumento de que se discriminaría a los contribuyentes cuyas rentas no sean considerables para someterlas al arbitraje.

En México contamos cuando menos con 57 Tratados Internacionales para evitar la doble tributación que incluyen cláusula arbitral, por lo tanto, es prioritario realizar la reforma antes señalada, para que existan las condiciones y la viabilidad de poder llevar un proceso arbitral en materia tributaria, condiciones que en la actualidad no existen²⁷.

25. *Ibidem*, p. 47.

26. CALVO ORTEGA, R. 2001. En defensa del arbitraje tributario. *Revista Crónica Tributaria* 100, pp. 153-166.

27. Los tratados internacionales para evitar la doble imposición que incluyen cláusula arbitral se pueden clasificar en 5 categorías: 1.-aquellos que requieren un intercambio de notas diplomáticas antes de que entre en vigor; 2.-Los que requieren el intercambio de notas diplomáticas, mas no requieren el consentimiento de la Administración tributaria para que entre en vigor; 3.-aquellos en los que el arbitraje puede iniciarse por solicitud de cualquiera de los Estados contratantes; 4.-aquellos en que los particulares pueden solicitar el arbitraje si las autoridades fiscales no han llegado a un acuerdo en un plazo de tres años y; 5.-aquellos en los que se puede iniciar el

2.4. CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA

La conciliación y la mediación constituyen técnicas a través de las cuales un tercero colabora con las partes para que estas alcancen un acuerdo acerca de un conflicto o controversia. La diferencia entre ambas técnicas radica en el distinto protagonismo que, en cada caso, tiene el tercero. La conciliación consiste en una técnica mediante la cual el tercero invita a las partes a acercar posiciones y llegar a un acuerdo. El tercero únicamente se limita a convocar a las partes al efecto de someter a su consideración la posibilidad de llegar a un acuerdo acerca de alguna cuestión incierta, la función del conciliador es reunir y escuchar a las partes, no hace propuestas.

En cambio la mediación intenta acercar las posturas de las partes organizando el intercambio de puntos de vista, propiciando la composición de intereses y, en su caso, proponiendo los términos de un acuerdo. Por lo tanto, a diferencia del conciliador, el mediador adopta una posición activa para la resolución del conflicto.

Tanto la conciliación, como la mediación pueden utilizarse para evitar la aparición del conflicto, como para resolver el ya planteado. Es decir, las partes pueden fijar de mutuo acuerdo aquellas cuestiones que como consecuencia de la incertidumbre que genera la interpretación y aplicación de la norma tributaria, pudieran desembocar en un conflicto, o bien, la implementación de estas técnicas alternativas pueden implementarse en el marco de un procedimiento administrativo, con el propósito de que las partes resuelvan mediante un acuerdo la controversia planteada²⁸.

Las funciones de conciliación y mediación, en el ámbito tributario, podrán ser atribuidas a un órgano colegiado independiente de la Administración tributaria²⁹.

En lo que se refiere a la mediación se aprecia que este mecanismo consiste en un método extrajudicial, rápido, informal y efectivo para la resolución de controversias, mismo que se caracteriza por la intervención de un tercero ajeno al conflicto, y que por manifiesta solicitud de los interesados facilita el dialogo entre las partes enfrentadas para inten-

arbitraje una vez que las negociaciones hubiesen fracasado. *Cfr.* TORRE DELGADILLO, V., *op. cit.*, p. 48.

28. DE PALMA DEL TESO, Á., *op. cit.* p. 38.

29. La independencia y competencia de este tipo de órganos constituye una garantía de su imparcialidad y juicio técnico.

tar llegar de mutuo acuerdo a una solución que satisfaga los intereses de todas las partes involucradas³⁰.

De lo anteriormente señalado se puede concebir a la mediación como un proceso voluntario, en el que las partes son libres de participar o no. Dentro de este proceso voluntario se presenta como una característica inherente la confidencialidad, por lo que para garantizarla se firma un convenio antes del inicio de la sesiones.

En el proceso de mediación las partes tienen la misma oportunidad de expresar su punto de vista sobre la discrepancia y de escucharse recíprocamente, asistidas por el mediador que no impone soluciones, ayuda a las partes a elaborar su propio acuerdo.

Dentro del ámbito del derecho comparado, vemos como la mediación poco a poco ha ido ocupando un espacio en las normativas europeas y anglosajonas, amplificando los efectos de la reglamentación transaccional principalmente en áreas de alta sensibilidad social, tales como el derecho penal, ambiental, consumo, etc. En todos estos ordenamientos se busca ante todo el propósito de facilitar la paz social entre la esfera pública y privada mediante procesos rápidos, especializados y baratos tendientes a la resolución de las controversias entre los propios interesados, con ayuda de un tercero neutral, sin intervención de los tribunales, y en base a recíprocas concesiones.

Ahora bien, es importante preguntarnos ¿A partir de qué momento se puede considerar que surge un conflicto susceptible de mediación entre la Administración tributaria y los contribuyentes? Desde nuestro punto de vista, se considera que se puede proponer la mediación desde el momento que la Administración tributaria emite un acto de molestia, ante el cual los interesados pueden promover un medio de defensa, o bien, como puede ser el caso que las partes de común acuerdo prefieran acudir a la mediación para encontrar una solución³¹.

30. ROSEMBUJ, T., *op. cit.*, p. 129.

31. En los Estados Unidos acudir a un proceso de mediación fiscal es optativo, el contribuyente previa consulta puede solicitarlo a la oficina de apelación, que podrá aceptarlo o denegarlo, en caso de que se admita el procedimiento se firmara un acuerdo escrito de mediación. El acuerdo para mediar debe especificar las cuestiones de hecho que se someten y exponerlas brevemente para información del mediador. Si bien la confidencialidad es importantísima, en la mediación el contribuyente debe autorizar en el acuerdo al mediador y los representantes que participen para que puedan acceder a su información fiscal vinculadas con las cuestiones sometidas a mediación. Las partes elegirán al mediador que puede o no ser funcionario del Internal Revenue Service –IRS por sus siglas en inglés–. En caso de que el mediador sea del IRS, el gobierno correrá con los gastos, pero si es un mediador privado, entre las partes se dividen los honorarios y costas del procedimiento de mediación. Los

Como resultado del análisis realizado en este trabajo, se considera que de conformidad como sucede en otros MASC, la prevención de conflicto se podría llevar mediante la posibilidad de poder solicitar la mediación dentro del término que tiene el interesado para interponer el medio de defensa, pero en el entendido de que el acuerdo al que se llegue tendrá que ser vinculante, y las partes tendrán que observarlo, para generar un ambiente de certeza jurídica que permita la difusión de la mediación tributaria como una alternativa al proceso judicial.

3. CONCLUSIONES

Desde nuestra perspectiva es en este sentido en el que se tiene que realizar un análisis a fondo de la implementación de los MASC en materia tributaria, pues será precisamente en el ejercicio de sus facultades de recaudación el momento en el que se tendrá que estar dispuesto a lograr acuerdos en aras de la obtención de beneficios tanto para la Administración tributaria, como para la comunidad.

Desde este punto de vista se considera que no se limitan las facultades de la Administración tributaria, sino por el contrario se fortalecen debido al cumplimiento de sus objetivos recaudatorios, logrando a su vez establecer un vínculo entre el Estado y el contribuyente que genere seguridad jurídica al momento de resolver una controversia de manera pronta y eficaz.

A efectos de implementar la mediación y demás MASC será necesario estructurar un procedimiento al cual acudan las partes de manera consensuada, cuyas resoluciones o acuerdos sean vinculantes y adquieran el carácter de ejecutoria para la Autoridad y limiten la impugnabilidad para el contribuyente.

Este es el escenario que se presenta, y habrá que aprovechar la coyuntura que se presenta con la reforma fiscal para la implementación de los MASC en materia tributaria, pues es un hecho que en la normativa actual no encontramos ningún impedimento para su establecimiento.

BIBLIOGRAFÍA

CALVO ORTEGA, R. 2001. En defensa del arbitraje tributario, *en revista Crónica Tributaria*, n° 100. Madrid: Ed. Idef.

criterios de selección del mediador se basan fundamentalmente en su reconocimiento profesional, en un conocimiento sustantivo de la ley fiscal y práctica empresarial.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Fiscal de la Federación.

DE PALMA DE TESO, Á. 2003. Las técnicas convencionales en los procedimientos administrativos. En: PONT MESTRES, M., PONT CLEMENTE, J. F. (coords.) Alternativas convencionales en el derecho tributario (XX Jornada anual de estudio de la Fundación A. Lancuentra). Madrid: Marcial Pons.

GARCÍA FRÍAS, A. 2005. El arbitraje tributario internacional. En: SERRANO ANTÓN, F. (ed.) Fiscalidad Internacional. Madrid: CEF.

FIERRO FERRÁEZ, A. E. 2010. Manejo de conflictos y mediación. México: Oxford, México.

GORJÓN GÓMEZ, F. J., STEELE GARZA, J. G. 2008. Métodos alternativos de solución de conflictos. México: Oxford.

JIMÉNEZ ILLESCAS, J. M. 2009. El juicio en línea. Procedimiento Contencioso Administrativo. México: DOFISCAL.

OCDE 1995. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration. Paris: OCDE.

PÉREZ DE AYALA, J. L., LÓPEZ DE AYALA, J. 2002. Los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho tributario. Su trascendencia. Anales de la RAJL, n° 32, Madrid.

ROSEMBUJ, T. 2003. La resolución alternativa de conflictos tributarios. En: PONT MESTRES, M., PONT CLEMENTE, J. F. (coords.) Alternativas convencionales en el derecho tributario (XX Jornada anual de estudio de la Fundación A. Lancuentra). Madrid: Marcial Pons.

SERRANO ANTÓN, F. 2005. La cláusula de procedimiento amistoso de los convenios para evitar la doble imposición internacional. La experiencia española y el derecho comparado. En Revista Crónica Tributaria, n° 114, Ed. IEF, Madrid.

TORRE DELGADILLO, V. 2012. Precios de transferencia. Análisis teórico-práctico. México: Trillas.

- Aplicación del arbitraje en asuntos tributarios. ¿Es factible su utilización? Revista Consultorio Fiscal, n° 547, 1ª. Quincena de Junio. México: FCAUNAM.
- El procedimiento amistoso, medio para evitar la doble imposición. Revista Defensa Fiscal, n° 121. México: Estrategia Tributaria, México.

TROYA JARAMILLO, J. V. 2004. Los MASC y el derecho tributario internacional, en FORO, Revista de derecho, n° 3. Ecuador: UASB, Ecuador.

ZAMORA CASTRO, F. de J. 2011. La impartición de justicia federal administrativa, agraria, fiscal y laboral. México: Editado por Secretaria de Gobernación.

www.economia.com.mx/comunidad-negocios/comercio-exterior/tlc-acuerdos.

La Mediación administrativa en México: una nueva posibilidad de salvaguardar los derechos del administrado

LUIS GERARDO RODRÍGUEZ LOZANO

Doctor en Derecho por la UNAM, Maestro en Derecho Administrativo por la UNAM, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Perfil Promep, Profesor de Cátedra de Derecho Administrativo en la licenciatura y el posgrado de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Profesor de Doctorado del sistema de posgrado de FACDYC UANL. Miembro del Comité Doctoral de FACDYC UANL, Coordinador de la maestría en derecho constitucional y gobernabilidad de FACDYC UANL

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN A LA TEMÁTICA. 2. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA Y LOS CONCEPTOS INDETERMINADOS. 3. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN A LA TEMÁTICA

La mediación administrativa, como un método de solución de controversias alterno a la justicia tradicional ha resultado ser un efectivo instrumento de salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas; es una realidad, que ha ido evolucionando con el paso del tiempo como consecuencia de los esfuerzos que se han hecho desde el campo doctrinal para impulsar ese tipo de soluciones dentro de las legislaciones del país, a manera de ejemplo son de destacar entre otros los esfuerzos del Dr. Francisco GORJÓN GÓMEZ¹ quien de manera seria y discipli-

1. Doctor en Derecho por la UNAM, Maestro en Derecho Administrativo por la UNAM, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Perfil Promep, Profesor de Cátedra de Derecho Administrativo en la licenciatura y el posgrado de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Profesor de Doctorado del sistema de posgrado de FACDYC UANL. Miembro del Comité Doctoral de FACDYC UANL, Coordinador de la maestría en derecho constitucional y gobernabilidad de FACDYC UANL. Correo Electrónico gerardorodriguezmx@yahoo.com.mx. GORJÓN GÓMEZ, F. J. (coord.) 2009. Mediación y arbitraje: leyes comentadas y concordadas del Estado de Nuevo León. México: Porrúa.

nada ha posicionado la reflexión y el análisis de estos temas en el foro jurídico mexicano, basta hacer mención de sus diversos trabajos académicos sobre la materia, y el programa doctoral de excelencia sobre métodos alternos de solución de controversias de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL, se trata de grandes esfuerzos para colocar a la mediación en el centro del debate jurídico en México; todo ello en beneficio de la necesidad que tiene el foro jurídico mexicano de asumir una participación más activa en apoyo del ciudadano en la resolución de sus asuntos públicos, buscando provocar escenarios de mayor equilibrio en sus relaciones con el poder público.

Ahora bien, en lo que concierne al tema objeto de mi ensayo, en el derecho civil, la mediación se da sin mayores problemas, pues se da en el ámbito de la autonomía de la voluntad y, por ello no hay lugar a mayores complicaciones. No ocurre lo mismo en el caso del derecho administrativo, que es la disciplina hacia la que oriento mi análisis, pues de entrada, nos topamos con el interés general, que es un concepto toral que explica la dinámica jurídica de la administración pública y del derecho administrativo, lo que aplica de igual manera en las relaciones de la administración pública con los administrados.

El derecho administrativo, como producto de la genialidad francesa nace expresando unos particulares contornos de verticalidad y de centralidad del poder en manos de la autoridad que hoy en día ya no gozan de un juicio favorable por parte de la sociedad, más aun en estos días que empiezan a cobrar mayor fuerza tendencias democráticas en el concierto de las naciones, desafortunadamente esta orientación de verticalidad continua teniendo fuerza en muchos países; México es uno de ellos, pues tuvo la recepción de la característica de la centralidad del derecho administrativo francés el cual construye su jurisdicción con la finalidad de dictar justicia y asesorar al rey de forma paralela.

Esta particular incomodidad con la que inicia sus primeros pasos la justicia administrativa se hace palpable al día de hoy, pues pese a que los poderes han tratado de disminuir esta influencia no ha resultado sencillo, pero, afortunadamente se avistan señales de progreso, pues en el caso de México se observa cada día una mayor preocupación que se observa en las nuevas tendencias en la jurisdicción local cuya finalidad es apartar al juez administrativo del poder ejecutivo, encuadrándolo en algunos casos en el poder judicial y en otros otorgándole un rango de autonomía. Lo que queda claro es:

El difícil surgimiento de una verdadera jurisdicción contencioso ad-

ministrativa, desde la época anterior a la revolución de 1789 hasta la atribución de la justicia delegada en 1872, muestra los obstáculos que hubo de vencer para llegar paulatinamente a ese resultado de una Administración sin justicia, se ha pasado a una justicia bien retenida, antes de llegar a una justicia autónoma dedicada a garantizar la legalidad de la actividad administrativa².

Por su parte José Eugenio SORIANO GARCÍA en su interesante libro *Los fundamentos históricos del derecho administrativo en Francia y Alemania* también ha hecho referencia a importantes aspectos sobre la evolución del derecho administrativo y sus instituciones, retomando ideas y reflexiones de autores ya clásicos sobre la materia, como resulta ser el caso de M. S. GIANNINI:

El derecho administrativo nació por efecto de la confluencia de las experiencias constituidas por los tipos estructurales del *actus principis* y del *Polizeirecht* con los principios constitucionales introducidos por la Revolución Francesa y con el espíritu de racionalidad de los legistas franceses y también italianos y alemanes, que mantuvieron en aquel período altamente creador, posiciones dominantes. Es exacto, por consiguiente, que al componer el derecho administrativo, concurren la aceptación del principio de división de poderes, el de legalidad de la acción administrativa, el de reconocimiento de los derechos públicos subjetivos, el de accionabilidad de las situaciones subjetivas del ciudadano frente a la administración pública, pero también lo es que a ellos concurren, así mismo, la imperatividad de los actos del príncipe, ahora de los actos administrativos, la coercibilidad que se transformó en autotutela, el carácter autoritario que se transfirió del príncipe a la administración, el principio de jerarquía convertido en jerarquía de los órganos, la preeminencia sobre toda otra instancia administrativa, que pasa del príncipe al gobierno central, el procedimiento contencioso, el carácter meramente derivativo de los poderes locales territoriales, etcétera, es decir, tantos institutos que ya existían y que, después de una acomodación más o menos cuidadosa, reformadas o perfeccionadas, pasaron a la nueva formación³.

El comprender nuestra realidad contencioso-administrativa y sus particularidades que la distinguen me conduce a remontarme un poco

2. JULIEN – LAFERRIÈRE, F. 2008. El difícil nacimiento del Consejo de Estado Francés. *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo* 1, p. 25.
3. M. S. GIANNINI, tomado de: SORIANO GARCÍA, J. E. 1994. *Los fundamentos históricos del derecho administrativo en Francia y Alemania*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, pp. 43-44.

al pasado como condición de comprender y reflexionar más claramente el presente y el futuro. Problemas tales como arbitrariedad, la discrecionalidad, la dignidad de la persona con otros términos, siempre han estado presente en los grandes debates políticos-jurídicos de las asambleas parlamentarias sirviendo para la gestación de nuevas instituciones administrativas. Por ello es importante recuperar la memoria histórica, las raíces, pues solo así se puede emprender a conciencia y a profundidad las transformaciones necesarias para solucionar los problemas del hoy y del mañana.

Para el catedrático español Jaime Rodríguez ARANA MUÑOZ los modelos estatales de desarrollo tienen mucho que ver en los cambios de orientación que se observan en el derecho administrativo, tan solo vasta observar el tránsito del Estado liberal al Estado Social y sus consecuencias en la relación Estado-Sociedad, ya que en el Estado social la influencia del Estado cobra dimensiones inusitadas, pues se convierte en el gran garante del bienestar social, de ahí que el derecho administrativo cobró una enorme importancia al asumirse como el gran instrumento de la operatividad jurídica que reviste de legalidad el gran actuar del Estado, si bien es cierto que en su momento este actuar fue visto de forma positiva por el impacto social a favor de las mayorías y el progreso, lo cierto es que con el paso del tiempo arrojó consecuencias muy negativas, de ahí que sea muy afortunada la tendencia de reconducir el Estado a un justo actuar encuadrado en coordenadas más precisas, pues es muy claro, cierto y preciso el diagnóstico del catedrático español, el cual me permito exponer a continuación:

Hoy, el modelo del Estado de bienestar que ha hecho crisis, nos deja un derecho administrativo pensado para regular omnímodamente la realidad social, casi sin recovecos dejados a los espacios propios de los ciudadanos. La administración pública se convirtió en un fin en sí mismo de actividades. El bienestar se convirtió igualmente en un objetivo, en lugar sociedad. Por eso, afortunadamente hoy vivimos en un nuevo Estado de el interés general ya no se monopoliza desde la alta burocracia, sino que Estado social al servicio de la persona. Y, el derecho administrativo moderno, el derecho del poder público para la libertad⁴.

4. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J. 2011. Aproximación al derecho administrativo constitucional. México: Novum, p. 19. Sin embargo, debe destacarse que este nuevo modelo si bien es cierto que ha empoderado en su dimensión individual al sujeto administrado, lo cierto es que las consecuencias de unir el clientelismo con la nueva tecnocracia dominante hoy en día ha acarreado la consecuencia de ver al capitalismo como el fin principal del devenir histórico, su utilitarismo lucrativo y pragmatismo han corrompido sin que se tengan precedentes de semejante situación en otro momento en el Estado. A mayor abundamiento cabe señalar lo siguiente: «En el Estado liberal

Por otra parte, hay que considerar las nuevas corrientes constitucionales que permean en lo más hondo al derecho administrativo, pues el derecho administrativo hunde sus raíces más profundas en el derecho constitucional, y es aquí donde dio inicio la conformación de nuevas ideas encaminadas a la protección de los derechos fundamentales y en ese sentido se inscribe la reforma constitucional de 2011, y la reforma al artículo 17 constitucional, donde señala expresamente en su párrafo IV la posibilidad de acceder a la justicia a través de técnicas alternas para la solución de controversias, lo que se trata es de aportarle al administrado nuevas vías para acceder y obtener una buena justicia, en el caso del derecho administrativo esto cobra una importancia muy singular pues como señala Jesús González Pérez en su magistral estudio sobre el Administrado, este debe ser el centro y reflexión principal del derecho público administrativo, pero lamentablemente como advierte el tratadista español, esto no suele ser así, lo cual es palpable desde el momento mismo de revisar la doctrina:

Si cogéis cualquier libro, tratado o manual de derecho administrativo, aun de la época dorada del liberalismo, podéis observar que el administrado no tiene derecho ni siquiera a un título, ni a un capítulo, ni a una sección. (...) la administración y sus prerrogativas han absorbido lo mejor de nuestra producción. Es cierto que el administrado aparece en algún capítulo como recurrente, como usuario de los servicios, como expropiado, como contribuyente [...]; pero no en el puesto central que le corresponde.⁵

Retomando las ideas de Jaime RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, estoy de acuerdo con el en la centralidad que le otorga al administrado y el respeto del que debe gozar este en sus derechos fundamentales pues como señala el autor estos ya no son ni deben ser más:

[...] meras barreras para la acción de los poderes públicos por cons-

nos encontramos ante una aparente contradicción. Por una parte, se colocan los fundamentos de un Estado más abierto a partir de la primacía del principio de legalidad y del reconocimiento de unos derechos innatos a la persona humana y, por otra, resulta que el Estado, ha socavado el asalto de la burguesía por encaramarse en el poder a toda costa. Por ello Santamaría Pastor enseña que esta contradicción habría de separarse, en lo que fuera posible, a través de un conjunto de compromisos, entre los que el más relevante es la propia concepción del derecho administrativo, que aparece como un ordenamiento decidido a la juridificación del poder de la administración, precisamente a partir del principio de legalidad y de la garantía judicial de los derechos de los ciudadanos. En el marco de este compromiso se reconocerá a la administración la potestad reglamentaria como potestad subordinada a la ley». *Ibidem*, p. 26.

5. GONZÁLEZ PÉREZ, J. 2003. El administrado. México: Fundap, pp. 21-22.

tituir espacios inmunes a la intervención pública. Más bien, ahora, en el nuevo modelo de Estado, los derechos fundamentales son también, como bien sabemos, directrices que han de orientar la acción de los poderes públicos, al igual que los denominados principios rectores de la política social. En este marco, pues, el papel y funcionalidad de la Administración pública, poco a poco, ha tenido que adaptarse a nuevas exigencias y requerimientos que se derivan de la principal función constitucional de las estructuras administrativas: servir con objetividad al interés general.⁶

Es muy claro que la administración cuenta con diversas potestades y poderes de los que dispone el administrador para el ejercicio de sus funciones, pero también lo es que la administración debe servir a los intereses generales, y debe fomentar las adecuadas condiciones para ubicar en su justo medio la libertad y la igualdad, sin pasar por alto la participación de los ciudadanos en los más diversos ámbitos de la vida: social, político, económico y cultural, si esto es así, y no encuentro objeciones al respecto; asimismo se debería empezar a considerar a la mediación como un mecanismo eficaz, otra opción a la justicia administrativa y su recurso administrativo para la solución de los conflictos del administrado con el fin de lograr la paz y la estabilidad en los Estados.

Las ideas y anhelos por vivir en un país con mayor justicia y paz es tan válido hoy como ayer cuando soñaron los héroes de la indepen-

6. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J. 2011. La mediación en el derecho administrativo. *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo* 7, p. 156. Muy importante es vincular estas técnicas de mediación cuya finalidad es lograr una cultura de justicia y paz en la sociedad, y en todo esto sin duda la mediación juega un papel fundamental, pero esta justicia alternativa no puede ser comprendida si no es a través de una buena administración. En efecto para RODRÍGUEZ ARANA: «Es verdad que las instituciones públicas en la democracia son de la ciudadanía. Es verdad, pero a veces se pierde de vista porque la condición humana en ocasiones prefiere transitar por el proceloso mundo del poder, del dinero y de la notoriedad, con un sistemático olvido de la principal función del gobierno y la dirección en el ámbito público cual es la mejora de las condiciones de vida de la gente. Hoy es frecuente que las nuevas constituciones incorporen como nuevo derecho fundamental el derecho al buen gobierno o el derecho a la buena administración. Es el caso, por ejemplo, de la fallida por el momento Constitución Europea. Esta toma de conciencia del buen gobierno o de la buena administración como derecho humano pone de relieve que el centro de la acción de gobierno o de la acción administrativa es la persona y sus derechos y libertades. El buen gobierno o la buena administración no es solo una característica que debe distinguir a los aparatos gubernamentales o administrativos, sino sobre todo un derecho que asiste a los ciudadanos, exigible ante los tribunales, con las dificultades, es verdad, que implica este nuevo derecho». RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J. 2006. *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*. Navarra: Thomson-Aranzandi, p. 11.

dencia y de la Revolución mexicana que tuvieron el deseo de heredar un mejor país, puede parecer que no se logró el sueño pero los ideales subsisten a través de las ideas en el tiempo tratando de encontrar soluciones a los ya tradicionales problemas, el camino no es fácil, pero es preciso iniciarlo ya, si lo que se pretende es desmontar ya arcaicos paradigmas que impiden que se avance en ese propósito, tengamos muy presente que día a día la doctrina lucha a favor de la reducción de las inmunidades del poder público, a lo que constantemente se resiste la administración pública, pues se niega a un control judicial pleno de sus actos, para lo cual la administración se ha encargado de construir espacios inmunes de fiscalización de la propia actuación de la administración, y esto es de una o de otra forma el devenir constante del derecho administrativo: desde sus inicios hasta nuestros días.

Para comprender de forma más cabal esta idea, me permito transcribir una larga, pero esclarecedora cita de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, que dice así:

Hay que decir, en todo caso, que esa reducción de inmunidades es el resultado de un vasto movimiento de lucha por el Derecho, en el que naturalmente, no es sólo responsable, y ni siquiera quizá primariamente, el legislador. Aquí se inserta, sobre todo, la obra de la jurisprudencia, que ha comenzado ya con arrojo, debemos decir, aunque en ocasiones también con timidez con recelo, a sacar todas las consecuencias de esa espléndida Ley. Es obligación de todos los juristas el auxiliar a esta gran obra de la jurisprudencia, el facilitarle y abrirlle caminos, el animarla en las descubiertas hacia terrenos todavía no por ella recorridos, al organizar y sistematizar sus hallazgos aislados⁷.

Es precisamente la jurisprudencia una fuente del derecho de primer orden, pues, sin duda alguna el carácter tan dinámico que la ha impreso al derecho ha posibilitando mayores y mejores vías de solución para procurar una verdadera justicia, y es en ese tenor que se han introducido nuevas herramientas para procurar un mejor acceso a la justicia, la mediación sin duda es un ejemplo de lo anterior, desafortunadamente la jurisprudencia aun se muestra omisa en cuanto a lo que se refiere pero ya se ha pronunciado sobre asuntos de mediación penal, por eso, es importante la difusión de estos nuevos mecanismos para ir creando una

7. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. 1995. La lucha contra las inmunidades del poder, 3ª ed. Madrid: Civitas, p. 23. Antes de continuar adelante vale la pena señalar que a las inmunidades que se refiere el catedrático GARCÍA DE ENTERRÍA es la discrecionalidad de la administración, los poderes políticos de donde deviene el acto de gobierno y los poderes normativos.

cultura y una reflexión que permita crear un nuevo paradigma en materia de mediación que se extienda a más campos del saber jurídico, y uno de ellos es el del derecho administrativo acerca del cual continuaré refiriéndome en el curso de este trabajo.

Una revisión a la teoría administrativa demuestra que no existe uniformidad en cuanto a considerar a la jurisprudencia una fuente del derecho administrativo, pero considero encontrar mejor identificación con autores como DELGADILLO GUTIÉRREZ y LUCERO ESPINOZA, quienes afirman lo siguiente: «En nuestro país la jurisprudencia es fuente del derecho, dada la obligatoriedad que la misma tiene por los órganos jurisdiccionales, e incluso, con base en ella las autoridades administrativas orientan su actuación, en tanto que de no hacerlo el acto que llegaron a emitir sin apego a la jurisprudencia correría el riesgo de ser anulado»⁸.

En seguida expondré algunos ejemplos de tesis sobre ponderación de derechos fundamentales del Poder Judicial de la Federación, y es aquí donde conviene precisar como los tribunales muestran mayor disposición en garantizar un mejor acceso a la justicia, pese a que también se puede objetar que el método de la ponderación carece de razonabilidad, lo que significa que su aplicación deja un margen a la libre apreciación y por ende a la subjetividad en el juzgador, pero como quiera que sea me parece muy positivo el impulso constructivo para lograr una mejor justicia, que desafortunadamente en el campo administrativo no se ha avanzado mucho, pero lo destacable es que el camino ya inició y existen tribunales administrativos como el de Nuevo León que ya contempla la mediación administrativa.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DERECHO A LA INFORMACIÓN Y A LA INTIMIDAD. PARÁMETROS PARA RESOLVER, MEDIANTE UN EJERCICIO DE PONDERACIÓN, CASOS EN QUE SE ENCUENTREN EN CONFLICTO TALES DERECHOS FUNDAMENTALES, SEA QUE SE TRATE DE PERSONAJES PÚBLICOS O DE PERSONAS PRIVADAS. La libertad de expresión y el derecho a la información operan en forma diversa tratándose de personajes públicos, quienes, como las personas privadas, se encuentran protegidos constitucionalmente en su intimidad o vida privada, por lo que podrán hacer valer su derecho a la intimidad frente a las opiniones, críticas o informaciones lesivas. La solución de este tipo de conflictos ameritará un ejercicio de ponderación entre los derechos controvertidos, a efecto de deter-

8. DELGADILLO GUTIÉRREZ, L. H., LUCERO ESPINOSA, M. 2012. Compendio de derecho administrativo Tomo 1, 9ª ed. México: Porrúa, p. 82.

minar cuál de ellos prevalecerá en cada caso. Así, el interés público que tengan los hechos o datos publicados, será el concepto legitimador de las intromisiones en la intimidad, en donde el derecho a la intimidad debe ceder a favor del derecho a comunicar y recibir información, o a la libertad de expresión cuando puedan tener relevancia pública, al ser un ejercicio de dichos derechos la base de una opinión pública libre y abierta en una sociedad. Por consiguiente, en la solución al conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la información, frente al derecho a la intimidad o a la vida privada, deberá considerarse el caso en concreto, a fin de verificar cuál de estos derechos debe prevalecer distinguiéndose, en el caso de personas públicas a la mayor o menor proyección de la persona, dada su propia posición en la comunidad, así como la forma en que ella misma ha modulado el conocimiento público sobre su vida privada⁹.

PROPORCIONALIDAD EN LA PONDERACIÓN. PRINCIPIOS DEL MÉTODO RELATIVO QUE DEBEN ATENDERSE PARA EVALUAR LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL LEGISLADOR, EN EL JUICIO DE AMPARO EN QUE LALITISIMPLICA LA CONCURRENCIA Y TENSION ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LIBERTAD DE COMERCIO Y LOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, AL PLANTEARSE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA DE OBSERVANCIA GENERAL QUE PROHÍBE LA VENTA DE PRODUCTOS DERIVADOS DEL TABACO. La *litis* en el juicio de amparo cuando se plantea la inconstitucionalidad de una norma de observancia general que prohíbe la venta de productos derivados del tabaco y tiene como objetivo la protección de la salud de los no fumadores, implica la concurrencia y tensión entre derechos fundamentales, como son el de libertad de comercio y los relativos a la protección de la salud y a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar, lo que amerita utilizar el método de proporcionalidad en la ponderación para resolver la controversia. Lo anterior es así, porque la libertad de comercio no es absoluta y, en ese sentido, admite restricciones e incluso la concurrencia de otros derechos como los mencionados. En ese contexto, atendiendo al señalado método, para evaluar la legitimidad de las medidas adoptadas por el legislador ordinario, es pertinente corroborar que se atiendan los principios siguientes: a) Admisibilidad. En primer lugar, la restricción creada por el legislador debe ser admisible conforme a la Constitución

9. [TA]; 9ª Época; 1ª Sala; SJF y su Gaceta; XXXI, marzo de 2010; p. 928; Registro: 164 992.

Política de los Estados Unidos Mexicanos e idónea para regir en el caso concreto donde se actualiza la medida; es decir, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de los derechos fundamentales en los casos y en las condiciones que el propio Ordenamiento Supremo establece, como lo prescribe su artículo 1o. Por tanto, es claro que el legislador no tiene facultades para fijar limitaciones a derechos fundamentales, adicionales a las que derivan de la Norma Fundamental, y sus atribuciones de producción normativa sólo deben desplegarse para dar contenido exacto a aquéllas, que deben ser idóneas y adecuadas para el caso concreto o la necesidad social que determina una regulación; b) Necesidad. La medida legislativa de carácter restrictivo debe ser necesaria para asegurar la obtención de los fines que la fundamentan, porque no basta que la restricción sea en términos amplios, útil para la obtención de ese fin, sino que, de hecho, esa medida debe ser la idónea, óptima e indispensable para su realización. Por ello, el Juez constitucional debe asegurarse de que el fin buscado por el legislador no pueda alcanzarse razonablemente por otros medios menos restrictivos o intrusivos de derechos fundamentales, dado que las restricciones constitucionalmente previstas a éstos tienen un carácter excepcional, lo cual implica que el legislador debe echar mano de ellas sólo cuando sea estrictamente necesario; y, c) Proporcionalidad. La medida legislativa debe ser proporcional, lo que implica respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales. Así, el objetivo es que el resultado del balance entre ventajas y desventajas o entre beneficios y costos, siempre derive en un resultado o cociente positivo, si se quiere superavitario, entendiendo que el beneficio supere al daño, a partir de un equilibrio entre las razones pertinentes y que se atiendan en la medida del óptimo posible para casos concretos. De ahí que los anteriores principios deben contemplarse cuando se trate de restricciones suficientes u oponibles al disfrute de derechos fundamentales, como en el caso, la libertad de comercio¹⁰.

SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. DEBE NEGARSE CONFORME A LA TEORÍA DE PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS, CUANDO EL INTERÉS SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE TUTELADO, ES PREFERENTE AL DE LA QUEJOSA. De acuerdo con la teoría de ponderación de principios, cuando dos derechos fundamentales entran en colisión se debe resolver el problema atendiendo a las características y

10. [TA]; 9ª Época; TCC; SJF y su Gaceta; XXIX, enero de 2009; p. 2788; Registro: 168 069.

naturaleza del caso concreto, conforme al criterio de proporcionalidad, ponderando los elementos o subprincipios siguientes: a) idoneidad; b) necesidad; y c) proporcionalidad. Por tanto, cuando verbigracia, el quejoso solicita la suspensión con el propósito de paralizar la continuación de un proyecto deportivo nacional, en tanto se resuelve el juicio en lo principal y se encuentran en conflicto por un lado, el derecho a la educación académica y deportiva de las personas y, por otro, el derecho del solicitante a continuar practicando fútbol americano como actividad deportiva en equipo reducido, los elementos o subprincipios señalados tienen plena aplicación, pues el interés de la sociedad que con la continuación de los actos impugnados se busca tutelar y salvaguardar, derrotan y prevalecen sobre los intereses particulares del quejoso. Por ende, el derecho o principio a primar debe ser, en la especie, aquel que cause un menor daño y el cual resulta indispensable privilegiarse, o sea el que evidentemente conlleve a un mayor beneficio. Lo anterior se obtiene, en el caso particular, negando la suspensión solicitada al quejoso, a fin de permitir la plena eficacia de las consecuencias del acto reclamado, traducido en la consecución de la obra pública denominada Centro de Desarrollo de Talentos y Alto Rendimiento, concretamente para que se continúe con la orden de demoler el inmueble defendido por el solicitante, en beneficio del interés social de los dos mil quinientos atletas a quienes se encuentra dirigido, pues con ello se salvaguarda el derecho a la educación académica y deportiva en una infraestructura pública dirigida a un grupo mayoritario o colectivo, constitucionalmente tutelado, con prioridad a los estrictamente individuales, como es el derecho a practicar fútbol americano en un grupo reducido titularidad del quejoso¹¹.

2. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA Y LOS CONCEPTOS INDETERMINADOS

Para Eduardo FERRER MAC-GREGOR la lucha por lograr establecer un mejor acceso a la justicia ha sido siempre una preocupación de la ciencia jurídica donde destaca la figura de Niceto ALCALÁ ZAMORA, quien en su ya clásico estudio *Proceso, Autocomposición y Autodefensa* denotaba un interés que se mantiene vigente a nuestros días, ya que: «[...] ha significado un parteaguas para la comprensión de las similitudes y diferencias de los instrumentos para resolver la conflictiva social, sea en sus formas más primitivas de autodefensa (como la legítima defensa penal y el es-

11. [TA]; 9ª Época; TCC; SJF y su Gaceta; XXIV, agosto de 2006; Pág. 2347; Registro: 174 337.

tado de necesidad); en sus formulas autocompositivas (desistimiento, allanamiento, perdón del ofendido y transacción); o a través de sus significaciones más avanzadas de heterocomposición (mediación, conciliación, arbitraje y *ombudsman* y proceso), que ha decir de Alcalá Zamora se nos presentan como las tres posibles desembocaduras del litigio»¹².

Como he venido mencionando en esta investigación, soy de la idea de que la mediación ofrece posibilidades muy positivas de acceso a la justicia y de salvaguarda de esta, y aún lo más importante es que estos mecanismos con la reforma al artículo 17 constitucional, en lo que se refiere a justicia alternativa, el párrafo IV es muy claro sobre el particular marcan el inicio de un avance que no se detiene y que día con día demuestra ser una alternativa bastante eficaz respecto del tradicional proceso jurisdiccional.

En efecto el artículo 17 constitucional dispone los mecanismos alternos de solución de controversias, desafortunadamente no hace referencia claramente a la mediación administrativa, pero si se puede empezar a suponer que estos mecanismos se encuentran imbuidos de cierta objetividad que contrasta con la subjetividad del actuar de la administración pública del antiguo régimen, pues estos mecanismos alternativos deben conducir su mediación con mayores argumentos que la simple imposición que en ocasiones prescribe la norma positiva. En este orden es pertinente sostener que si se atiende a la posibilidad de vincular la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, la que se ha visto bastante influenciada de la ideología neoconstitucional, con el artículo 1 y 17 de la constitución es evidente el cambio radical que empapa a las formas tradicionales de acceso a la justicia, y en el específico caso de la administración pública esta deja de ser la detentadora oficial del interés general, y tome en consideración al administrado al momento de hacer e impartir justicia, tales son las coordenadas actuales sobre las que se debate el Estado Social hoy en día.

Por eso se hace referencia atrás sobre conceptos tales como interés general, administrado, derechos fundamentales, todo esto cobra una inusitada trascendencia con los nuevos cambios paradigmas que permean todo el amplio espacio del derecho. De esta manera se observa como los nuevos paradigmas jurídicos resuelven, ponderando, mediando un conflicto de intereses, etcétera. Así aparece la obviedad que: «La centralidad del ser humano y de su dignidad, corolario del Estado

12. FERRER Mac – GREGOR POISOT, E. 2010. Prólogo. En: URIBARRI CARPINTERO, G. Acceso a la justicia alternativa: la reforma al artículo 17 constitucional. México: Porrúa, p. IX.

de derecho, va a exigir también que las personas dispongan de mayores espacios de participación para que la definición del interés general se pueda realizar tal y como parece querer el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, en contextos de integración y complementariedad. Como, haya de hacerse esto en cada caso es algo que ha de resolverse en el marco de la ejecución e implementación de las diferentes políticas públicas la cuestión es tener claro que el interés general ya no es un concepto estático o cerrado, sino que ha de abrirse permanentemente a la participación social para que pueda tener el grado y la intensidad que reclama su propia redacción»¹³.

Con la introducción de los métodos alternos de solución de controversias como técnica extraprocesal de resolución de conflictos queda advertir que jamás se ha estado tan cerca de aproximar al administrado con la administración pública en cuanto al interés general se refiere, pues lentamente, pero de forma firme se reconoce el inicio de un nuevo paradigma donde el administrado ya no es ese sujeto menesteroso del que nos habló GONZÁLEZ PÉREZ en su ya clásico estudio monográfico sobre el administrado: «Es decir, el interés general solo podía circular por los ámbitos del poder, de la estructura administrativa. La sola aproximación de la ciudadanía al ámbito de lo público se consideraba un sacrilegio burocrático. Ahora, al contrario lo que ya no tiene justificación alguna es el secuestro del interés general por quienes pretenden erigirse en sus únicos y definitivos, gestores o administradores»¹⁴.

13. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J., *op. cit.*, nota 6, p. 158.

Por otra parte, y continuando con las ideas del mismo autor, Jaime RODRÍGUEZ ARANA expone de forma muy aguda la problemática de la mediación administrativa, pues pese a que son muchas las ventajas no se encuentra exenta de ser cuestionada, al sostener que: «El problema de la mediación en el derecho administrativo no es de orden constitucional sino de naturaleza legal, de cumplimiento como dice CARBALLO GARCÍA, de los presupuestos necesarios para dotar de eficacia a esta institución, de no superar sus límites legales y, sobre todo, de aclarar que en el derecho procesal litigioso, la mediación no debe comportar una renuncia de la acción ante la jurisdicción porque, a diferencia de lo que acontece en el caso del arbitraje, el sometimiento de las partes al poder del mediador se produce al final del procedimiento, no antes. El arbitraje, bien lo sabemos está sometido en última instancia al control jurídico de los jueces y tribunales: por eso se considera equivalente jurisdiccional. En cambio, la mediación no implica equivalencia judicial sino, más bien, complementariedad ya que la tutela judicial efectiva, como principio y como derecho fundamental de la persona no puede oponerse a la posibilidad de vías complementarias a la solución de conflictos. Igualmente, la existencia de vías complementarias no puede descartar la tutela judicial efectiva que es, como sabemos, principio general y derecho fundamental de la persona». *Ibidem*, p. 165.

14. *Ibidem*, p. 159.

En estos supuestos es donde aparece claramente el replanteamiento del interés general como concepto supremo de la administración pública al aparecer entra en escena un nuevo concepto de administrado lo que provoca toda una avalancha de cambios, tan solo se tienen que replantear los equilibrios y reconducir en esta nueva etapa en su justa dimensión al administrado. Esto, implica un nuevo ejercicio argumentativo al que no estaba acostumbrada la administración pública, ya que ahora debe justificar correcta y debidamente el uso de sus potestades administrativas, y esta justificación debe vincularse al interés general en todo sentido, por ende atendiendo las necesidades del sujeto administrado.

En cuanto a las tardías experiencias judiciales de introducción del método de ponderación en la jurisdicción administrativa en México, y que se avistan como importantes pasos orientadores hacia la mediación administrativa, se encuentran actualmente dos tesis del Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa de la Federación, la primera en materia administrativa y la segunda en materia fiscal, mismas que adjunto a continuación:

RETIRO POR INUTILIDAD DEBIDO A CAUSAS AJENAS AL SERVICIO DE UN MARINO PERTENECIENTE A LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS.-CRITERIOS DE PONDERACIÓN QUE JUSTIFICAN EL OTORGAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL ACTO O RESOLUCIÓN IMPUGNADA EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.—Conforme a lo dispuesto en el artículo 28, fracción IX, incisos a), b) y c) de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, se establecen como condiciones para poder decretar la suspensión respectiva que de concederse no se afecte al interés social, se contravenga disposición de orden público o quede sin materia el juicio y como criterios de ponderación para tales efectos, que se esté en cualquiera de los supuestos previstos por dicho numeral en los incisos mencionados, esto es, a) Que no se trate de actos que se hayan consumado de manera irreparable; o b) Que se le cause al demandante daños mayores de no decretarse la suspensión; o c) Que sin entrar al análisis del fondo del asunto, se advierta claramente la ilegalidad manifiesta del acto administrativo impugnado, lo que se conoce en la doctrina como la apariencia del buen derecho, *fumus boni iuris*. En ese orden de ideas, si en la especie se trata de una solicitud de suspensión de la declaratoria definitiva de retiro por inutilidad por causas ajenas al servicio emitida por la Secretaría de Marina respecto de un marino a su cargo, se justifica el otorgamiento de dicha medida cautelar si además de la actualización de las condiciones establecidas en el

primer párrafo, de la fracción IX, del artículo mencionado, se actualiza cualquiera de los supuestos previstos en los incisos a), b) y c) de dicha fracción. Por tanto, si de autos se desprende que la marino solicitante de la suspensión sigue percibiendo sus haberes y el servicio médico ello evidencia que no se trata de actos que se hayan consumado de manera irreparable. De igual forma, es de considerar que con la negativa de suspensión la marino correría el peligro de dejar de percibir sus haberes y recibir el servicio que requiere para la manutención de su familia y atender el padecimiento sufrido del que será materia en el juicio principal si existe o no un nexo causal entre dicho padecimiento sufrido y el servicio prestado en la marina; por lo cual también se actualizaría la hipótesis de que de no decretarse la suspensión se cause al demandante daños mayores. Por lo que hace a la hipótesis de ponderación para la concesión de la suspensión a que se refiere el inciso c), es de señalar que si de autos se desprende a primera vista de la resolución impugnada y de lo manifestado por la actora que existe un padecimiento sufrido éste derivado de un accidente en el lugar de trabajo, ello es suficiente para actualizar el supuesto del citado inciso, sin que con ello se prejuzgue sobre el fondo de la cuestión planteada en la demanda, aun cuando la autoridad niegue el nexo de causalidad respectivo, pues este será materia de la *litis* en el juicio principal. Por lo que esta última hipótesis también permitirá que se justifique el otorgamiento de la suspensión previo cumplimiento de las condiciones del primer párrafo, de la fracción IX mencionada, en el sentido de que la suspensión decretada no afecte el interés social, contravenga disposición de orden público o deje sin materia el juicio¹⁵.

A la parte demandante se le concedió la suspensión, en razón del método de ponderación utilizando las variables establecidas en la ley federal del procedimiento contencioso administrativo, que el artículo 28, fracción IX, incisos a), b) y c) establecen causales para otorgar la suspensión, siempre que ello no afecte el interés social o valla en contra de una disposición de orden público, que afecte a la materia del juicio. Por lo que los criterios de ponderación fueron correctos en ese juicio para conceder la suspensión a la parte actora alegándose que su padecimiento fue originado en el lugar de trabajo, que tal hecho constituye el objeto de litigio.

La siguiente tesis, es en materia fiscal, pero fue resuelta en un juicio contencioso administrativo, el Tribunal en cuestión decide en ambas ma-

15. RTFJFA. Sexta Época. Año I. N° 5. Mayo 2008. P. 78.

terias, por lo que también es útil para efectos de mi trabajo, por emplear el método de la ponderación:

RESOLUCIÓN IMPUGNADA.—AL RESOLVER SOBRE SU LEGALIDAD DEBE ATENDERSE AL PRINCIPIO DE MAYOR BENEFICIO.—No se apega a derecho la multa impuesta en cantidad de \$9,661.00, prevista en el artículo 86, fracción I del Código Fiscal de la Federación; vigente a partir del 1º de enero de 2004; cuando de autos se desprende que a la fecha de comisión de la conducta infractora, existe una diversa actualización a las cantidades contempladas en el numeral en cita, cuyo importe mínimo es de \$10,720.00; por lo cual, dicho acto conlleva una afectación a los principios de legalidad y seguridad jurídica que todo gobernado debe gozar en un Estado de derecho; no obstante lo anterior, al emitir las resoluciones inherentes a la función jurisdiccional conferida a este Tribunal, se debe optar por resolver en la vía más favorable para el promovente, atento al principio de mayor beneficio, recogido por el artículo 50 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo; de tal forma, que en el supuesto planteado, se actualiza un conflicto de principios, pues si bien, en contravención de los principios de legalidad y seguridad jurídica, la resolución impugnada no se fundó debidamente respecto del monto de la sanción determinada a la actora, resulta que la establecida en el acto impugnado, es inferior al propio mínimo previsto en la norma aplicable para el caso concreto, lo cual sin duda redundaría en un mayor beneficio para la concursante, pues será menor la afectación que resienta en su peculio, para cubrir el importe respectivo.—En tales circunstancias, es oportuno recurrir a la teoría de ponderación de principios para resolver dicho conflicto, bajo la cual se debe analizar la idoneidad del principio elegido, por ser el adecuado para la obtención del objetivo pretendido; y la proporcionalidad entre medios y fines, donde el principio elegido debe tener un privilegio superior al detrimento que conlleva su aplicación, entre otras cuestiones; de tal forma, si la actora no logró desvirtuar la conducta infractora y en tal medida, se aplica la consecuencia legal para tal infracción, verbigracia, la imposición de la multa conducente, aunado al hecho de que el fundamento que establece la sanción conducente fue debidamente citado por la autoridad en el acto impugnado (86, fracción I, del Código Fiscal de la Federación), y la ilegalidad incurrida recae únicamente en la debida actualización del importe de la multa mínima impuesta, lo que no motiva a declarar la nulidad lisa y llana de acto impugnado por derivar de una violación de carácter formal; debe prevalecer el principio del mayor beneficio a favor de la demandante, consis-

tente en la imposición de la multa determinada en su contra en cantidad de \$9,661.00, al representar una menor afectación en su peculio, ya que de optar por la aplicación de los diversos principios en disenso, si bien implicaría que la actuación de la autoridad se apegue a derecho, no podría traer otra consecuencia que, en todo caso, se diera la emisión de una nueva resolución en la que se determinara la multa bajo los parámetros monetarios previstos en la actualización vigente de mérito, donde incluso el mínimo es significativamente superior a la sanción impuesta en el acto impugnado¹⁶.

En el caso anterior se resolvió mediante el método de ponderación, aplicando el principio de mayor beneficio para la parte actora, con el fin de no afectar en su peculio. En la tesis se resolvió que entre los diversos principios que entraron en conflicto, la autoridad jurisdiccional eligió, escoger la multa que representara menor afectación, esto en esquemas monetarios y actuándose apegado a derecho, ya que aunque el mínimo establecido por la ley era otro, el acto impugnado en razón del principio de mayor beneficio fue aplicado, utilizando la proporcionalidad a favor de la parte demandante. Ello en virtud del caso concreto, se aclara que no fue una violación a la legalidad.

3. CONCLUSIONES

La mediación administrativa es una realidad importante en el derecho administrativo mexicano, es una oportunidad para reconducir las relaciones entre la administración y la ciudadanía. Como se indicó, requiere un cambio de paradigma en las prácticas tradicionales de la administración y de los demás poderes públicos. Significa la sustitución del paradigma de estricto derecho, por un paradigma de orden neoconstitucional, reforzado mediante el ejercicio de la ponderación, la argumentación jurídica en base a principios, y la colocación de la persona como el centro de las actividades estatales, especialmente la administrativa. La mediación administrativa se encuentra estrechamente vinculada al derecho de libertad.

BIBLIOGRAFÍA

DELGADILLO GUTIÉRREZ, L. H., LUCERO ESPINOSA, M. 2012. Compendio de derecho administrativo Tomo 1, 9ª ed. México: Porrúa.

FERRER MAC-GREGOR POISOT, E. 2010. Prólogo. En URIBARRI CARPINTERO,

16. RTFJFA. Sexta Época. Año II. No. 15. Marzo 2009, p. 532.

- G., Acceso a la justicia alternativa: la reforma al artículo 17 constitucional. México: Porrúa.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. 1995. La lucha contra las inmunidades del poder, 3ª ed. Madrid: Civitas.
- GORJÓN GÓMEZ, F. J. (coord.) 2009. Mediación y arbitraje: leyes comentadas y concordadas del Estado de Nuevo León. México: Porrúa.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. 2003. El administrado. México: Fundap.
- JULIEN-LAFERRIÈRE, F. 2008. El difícil nacimiento del Consejo de Estado Francés. *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo* 1, julio-diciembre.
- SORIANO GARCÍA, J. E. 1994. Los fundamentos históricos del derecho administrativo en Francia y Alemania. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J. 2011. Aproximación al derecho administrativo constitucional. México: Novum.
- RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J. 2011. La mediación en el derecho administrativo. *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo* 7, julio-diciembre.
- RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J. 2006. El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas. Navarra: Thomson-Aranzadi.

Tesis Aisladas

- RTFJFA. Sexta Época. Año I. n° 5. Mayo 2008, p. 78.
- RTFJFA. Sexta Época. Año II. n° 15, marzo 2009, p. 532.
- [TA]; 9ª Época; 1ª Sala; SJF y su Gaceta; XXXI, marzo de 2010; Pág. 928; Registro: 164 992.
- [TA]; 9ª Época; TCC; SJF y su Gaceta; XXIX, enero de 2009; Pág. 2788; Registro: 168 069.
- [TA]; 9ª Época; TCC; SJF y su Gaceta; XXIV, agosto de 2006; Pág. 2347; Registro: 174 337.