



La mediación. Razonamiento jurídico para impulsar su aplicación práctica

Francisco de la Torre Olid

*Profesor de Derecho Civil.
Universidad Isabel I*

Extracto

Urgidos por impulsar la mediación, al igual que lo está el legislador, contribuimos con la tarea normativa según un modelo ajustado al plan de sistematización ofrecido en el sumario, a fin de dar luz a un proceso gradual que va desde los fundamentos a la razón que, en coherencia con los principios informadores, debe latir en la solución positiva. Se hace necesario colaborar en la concienciación para consolidar este instrumento que, inicialmente, se planteó como alternativo y ya es acogido como complementario y cooperativo de la Administración de Justicia, al tiempo que va ganando impulso en su ámbito de aplicación.

Ponemos el acento en la enumeración de un cuadro amplio de principios que está justificada porque su amplitud y significación jurídica multiplica los valores inspiradores y los argumentos de justicia para implantar la mediación, entendiendo que, a partir de esos pilares, se pueda desarrollar un Derecho con mayores garantías de aplicación y grado de eficacia.

Hasta ahora han faltado referentes para enraizar la mediación por lo que, implicados en la tarea de impulso, se aportan razones para hacer inexcusable su invocación.

Palabras clave: resolución alternativa de conflictos (RAC); mediación; principios rectores; autonomía privada; institucionalización.

Fecha de entrada: 15-07-2019 / Fecha de aceptación: 03-09-2019

Cómo citar: Torre Olid, F. de la (2019). La mediación. Razonamiento jurídico para impulsar su aplicación práctica. *Revista CEFLegal*, 225, 45-76.



Mediation. A legal essay to invigorate its legal implementation

Francisco de la Torre Olid

Abstract

Impelled to launch mediation, as is the legislator, we contribute to the normative task with a model adjusted to the systematization plan offered in the table of contents with the aim of giving birth to a gradual process that goes from the foundation to the reason which, according to the former principles, must be involved in the positive solution. A collaboration is needed to raise awareness in order to consolidate this instrument which was, initially, planned as an alternative although currently is already considered as complementary and cooperative in the Administration of Justice, and at the same time it is growing stronger in its field of implementation.

We highlight the enumeration of a broad list of principles which is justified because its amplitude and law significance multiplies the inspiring values and the justice arguments to institute mediation, understanding that, parting from this base, Law can be developed with better guarantees in its application and a greater efficacy level can be achieved.

Until now we have lacked of examples to invigorate mediation. Given that, involved in the task of strengthen this issue, reasons are provided with the goal of making its invocation mandatory.

Keywords: alternative dispute resolution (ADR); mediation; guiding principle; private autonomy; institutionalization.

Citation: Torre Olid, F. de la (2019). La mediación. Razonamiento jurídico para impulsar su aplicación práctica. *Revista CEFLegal*, 225, 45-76.





Sumario

1. Principios rectores, una relación necesaria para dar fundamento y legitimidad
 - 1.1. Nota preliminar
 - 1.2. Principio de autonomía privada
 - 1.3. Principio de libertad
 - 1.4. Principio de participación
 - 1.5. Principio de igualdad
 - 1.6. Principio de legalidad
 - 1.7. Principio de voluntariedad
 - 1.8. Principio de confidencialidad
 - 1.9. Principio de imparcialidad y neutralidad
 - 1.10. Principio de bilateralidad y buena fe
 - 1.11. Principio de profesionalidad
 - 1.12. Principio de eficacia y de eficiencia
 - 1.13. Principio de oportunidad
 - 1.14. Principio de estabilidad
 - 1.15. Principio de fiducia
 - 1.16. Principio de interculturalidad
 - 1.17. Otros principios formales o procedimentales
 - 1.18. Recapitulación
2. Técnicas de aplicación. Habilidades complementarias para la buena praxis
 - 2.1. Técnica de la escucha
 - 2.2. Técnica de la comunicación, habilidades del lenguaje
 - 2.3. Técnica de la negociación
 - 2.4. Técnica jurídica
3. Perfil de participación. Competencias a desplegar. Idoneidad de mediadores y de mediados
 - 3.1. Responsabilidad, asunción de ventajas y sacrificios, compromiso de someter a la mediación el asunto y de estar en Derecho a su resultado
 - 3.2. Compromiso social con la participación, con la voluntad de resolver y de servir al interés particular y social de pacificación
 - 3.3. Vocación de proyección práctica, compromiso de realización
4. Justificación de la ordenación jurídica de la mediación. Positivización para una proyección práctica y eficaz
5. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Principios rectores, una relación necesaria para dar fundamento y legitimidad

1.1. Nota preliminar

Antes de invocar los referentes normativos que regulan la mediación, es necesario justificar esta figura con el cuadro de principios rectores que la informan para ofrecer su configuración jurídica y asegurar su eficacia práctica. Los principios rectores son aquellos de construcción doctrinal que explican los fundamentos del Derecho de la Mediación para, legitimando la institución, explicar el desarrollo normativo que ha de tener abarcando todos sus extremos, desde la organización hasta la eficacia jurídica del acuerdo, desde el método y procedimiento al aseguramiento del cumplimiento del acuerdo alcanzado.

De igual modo, con carácter introductorio, hay que afirmar que los medios alternativos de resolución de conflictos, entre los que se encuentra la mediación, son considerados instrumentos idóneos que deben ser impulsados para conseguir generalizar su aplicación. El movimiento ADR (*alternative dispute resolution*)¹ responde a una demanda universal y de modo más cercano se ha consolidado como una iniciativa europea impulsora de la normativa de la Unión Europea que regula estos distintos mecanismos de solución extrajudicial de conflictos. Y es en este catálogo de medios alternativos donde ya gozaba de más larga tradición e implantación el arbitraje y la conciliación, donde irrumpe la mediación de manera justificada en tanto en cuanto coloca a los sujetos afectados por un problema, controversia o conflicto, como protagonistas de la solución que lo pacifique, por lo que el acceso a la justicia constitucionalmente garantizado, lejos de más remoto, se hace más accesible.

Dos son los pilares sobre los que asentar la doctrina relativa a la mediación y, con base en la misma, confiar la tarea al legislador que ha de saberse urgido² en articular un marco regulador con el que desarrollar y garantizar la implantación de este instrumento pacificador.

Procede, en primer lugar, afirmar la fuerza de la autonomía privada, ya que en la mediación encontramos una manifestación de la libertad de la persona y de su capacidad para negociar y resolver sus conflictos de intereses. Y, en segundo lugar, completar el citado cuadro de principios que no sean sino expresión de valores y argumentos de justicia que im-

¹ Con este título ADR, y para profundizar en esta, se publicó una obra colectiva (De la Torre Olid, 2012).

² En estos términos de urgencia se pronuncia Magro Servet (2014).

pulsan esta herramienta. Es por ello que la batería que se expone responde a la convicción de que su amplio número dará mayor peso, necesidad, legitimidad y garantía de eficacia. En todo caso, respecto a los principios, aunque se apueste por un orden en la exposición, la sistemática seguida en este estudio no busca afirmar una relación jerárquica, más bien corresponde concluir que en el equilibrio entre los diferentes principios está su bondad (argumentos de justicia) y éxito (en el papel informador del Derecho).

El compromiso de profundizar en valores positivos comporta también el interés en no seguir argumentando a favor de la mediación con base en argumentos negativos como la dilación indebida que se sufre en los tribunales, patología que, por inconstitucional (en tanto quebranta la tutela judicial efectiva), solo cabe erradicarse; como tampoco se puede abundar en el ahorro de costes, ya que la ventaja económica no es tal si se tiene en cuenta la intervención del profesional mediador quien, salvo en una actuación de oficio y por razones de servicio público e interés social, no está sujeto a mayores restricciones en sus honorarios.

1.2. Principio de autonomía privada

Históricamente se ha defendido, frente a la heteronomía (o que la solución a un problema venga dispuesta rígidamente por la ley o por laudo arbitral –en todo caso por un tercero–), que los particulares han de disfrutar de un margen de autonomía a la hora de resolver sus divergencias (y, en general, a la hora de disponer, constituir, desenvolver y terminar sus situaciones jurídicas). Dicho margen se ha querido proclamar como inquebrantable y, además, defendido en su conveniente progresión creciente; de conformidad con la convicción de situar a la persona en el centro de toda ordenación.

De este modo, en el Derecho de los ciudadanos o Derecho ordenador de las relaciones entre los particulares, el Derecho civil siempre se ha residenciado en el principio de autonomía privada. La *lex privata* o capacidad de libre pacto entre los particulares³ se encuentra positivizada (pudiendo ser elevada a fuente del Derecho) en el artículo 1.255 del Código Civil («Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público»). Este precepto es calificado como motor del Derecho civil y, desde el mismo, queda justificado el impulso dado a la sociedad civil para que los ciudadanos puedan ser agentes activos y decisivos en la pacificación de sus contiendas. Así se puede entender la mediación como una vía favorable al deseable empoderamiento de la persona.

³ El poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el poder de gobernarse y de ordenar la esfera privada, expresión de libertad del individuo. Según doctrina fundamental de Díez-Picazo y Gullón Ballesteros (2012, p. 367).

Conviene advertir que pueden existir cuestiones que, por ser de orden público o estar reservadas imperativamente a un pronunciamiento del legislador, queden fuera de esta libre negociación (pensemos, por ejemplo, en la proscripción de renunciar al cuidado de un hijo menor). En todo caso, aun debiendo armonizar la materia susceptible de negociación y aquella que quedaría excluida o reservada, el peso de la primera debe ser mayor (como expresión del necesario protagonismo de la comunidad y de la capacidad de la persona para ordenar sus situaciones jurídicas) que el de la segunda y, por ende, se ha de fomentar que los particulares se comprometan de manera más decisiva en negociar y dar solución a los conflictos entre ciudadanos.

Tal como se manifiesta en el preámbulo de la Ley reguladora de la mediación⁴, la mediación, como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes. En este sentido es vía alternativa al proceso judicial y a la vía arbitral, por lo que precisa de una separación no ya de la heteronomía pública, sino también de la privada, a fin de consagrar y preservar la solución negociada, directa y propia de las partes.

Todo lo anterior se podrá seguir afirmando en términos generales, abstracción hecha de la política legislativa tendente a liberar cuestiones de orden público para brindarlas a la vía negociadora, en coherencia con un respeto a la interculturalidad en la que se abundará posteriormente; y en correspondencia con una alteración de cuestiones de moralidad que fueran informadoras otrora del orden público (sirve de ejemplo cuando, manteniendo un sistema matrimonial monógamo, este convive con uniones no matrimoniales, al tiempo que se desvincula de otro carácter que lo definiera y con el que estuviera entrelazado: la indisolubilidad).

Con la autonomía afirmamos la autotutela y la autocomposición por lo que, la intervención del mediador se ha de reconducir a la imparcialidad, actuar desde la neutralidad, ofrecer la asistencia y el asesoramiento, la facilitación del proceso, posibilitando la comunicación e impulsando el procedimiento, con una postura no intervencionista.

1.3. Principio de libertad

La Constitución Española (CE), con ocasión de recoger un catálogo de derechos fundamentales (es decir, de darse legitimidad como Carta Magna y residenciar el pilar de toda solución positiva del legislador en unos referentes inherentes a la persona –art. 10 CE–), proclama el derecho a la libertad (art. 17 CE). En ejercicio de este derecho el particular puede instar la mediación, desarrollar la misma y decidir la solución de los conflictos en los que se ve inmerso.

⁴ Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 6 de julio de 2012. BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

El derecho a la libertad justifica constitucionalmente el protagonismo de la persona como preferente a toda *razón de Estado*. Precisamente, con base en los derechos fundamentales, y en particular en la libertad, se reinterpreta el artículo 24 de la CE que, garante de la tutela judicial efectiva, no exige que el escenario judicial sea el que presida la pacificación de controversias⁵.

El ejercicio de la libertad se proyecta en la mediación si bien, como en toda titularidad activa, debemos considerar un contenido obligacional que implica la responsabilidad de asumir los actos con todas sus consecuencias.

1.4. Principio de participación

En coherencia con lo anteriormente dicho y dentro del marco constitucional, es necesario facilitar e impulsar la participación ciudadana, cuanto más en la práctica de la mediación para la que se está insistiendo en el protagonismo de la persona. Ciertamente, la mediación requiere que el individuo, además de estar imbuido de una cultura de la paz y de tener la inquietud o necesidad de solucionar un conflicto, tenga una conducta proactiva a la hora de abordar las diferencias entre ciudadanos. Pues bien, para ello, es el propio texto articulado de la Carta Magna el que repetidamente proclama esta participación ciudadana (arts. 9, 23, 47, 48 y 129 CE)⁶. De igual modo, si asumimos que la participación es una manifestación del ser social, también es la Constitución la que nos da referente autorizado, en sede de derechos fundamentales, para avalar que la naturaleza humana lleva inherente la proyección de la persona a su encuentro con terceros (sociabilidad recogida, por todos, en los arts. 21 y 22 CE).

En esta selección de preceptos constitucionales se aprecia la voluntad decidida del constituyente para que, en todo orden, se favorezca la participación, ya que los artículos citados están diseminados a lo largo de todo el texto de la Carta Magna. Esta plasmación se aprecia desde el título preliminar hasta el capítulo de los derechos fundamentales e incluso contemplando dicha participación, además de en asuntos de interés público o de colaboración con la Administración, en cuestiones relativas a la empresa privada.

Con frecuencia es olvidado este principio cuando su llamamiento es crucial para que la persona se sienta compelida a comprometerse en sus asuntos con una añadida noble in-

⁵ De la autonomía privada y de la libertad individual se ocupa extensamente la doctrina civilista para reconocer que esta libertad significa permitir hacer, ejercer, la capacidad de obrar. Libertad y libre pacto, manifestación de la capacidad jurídica, que en Derecho se atribuye a toda persona y se articula con base en la expansión y presunción de la capacidad de obrar para negociar, por lo que el Derecho ha de garantizar al individuo una esfera de actuación. En este sentido se explica por Díez-Picazo y Gullón Ballesteros (2012, p. 367).

⁶ Para profundizar en el papel de este principio se desarrolló el estudio en De la Torre Olid y Conde Colmenero (2015).

tención, cual es la de servir a la paz social: si uno está en conflicto, todos sufren la violencia. Con la creación del foro para la mediación, constituido por Orden de 22 de enero de 2019, se valida este presupuesto de la participación. Nace, según se justifica en la citada orden, para atender la necesidad de contar con un foro de participación y diálogo con la sociedad civil, en el que se procure el debate y el intercambio de información con los diferentes sectores civiles y profesionales implicados en la actividad mediadora.

La participación requiere una implicación mayor que la del destinatario de la Administración de Justicia, por ello se habla de la necesidad de un cambio cultural en tanto el papel de la sociedad civil con frecuencia ha sido tildado de pasivo, como también, ante el conflicto, la tradición ha mostrado más a una población litigante que negociadora⁷.

La concienciación, el cambio cultural, la educación en valores donde se aprenda a gestionar la libertad y a negociar para superar y solucionar la conflictividad, implica educar en la participación a fin de formar esa sociedad civil con protagonismo.

De la mano de la participación se sugiere, incluso, el cambio nomenclatura para que hablemos de «participantes» mejor que de «partes» al poderse entender que con el término «partes» se evoca un proceso adversarial y competitivo, con ganadores y perdedores, resultando más constructivo acogernos a la teoría de la riqueza donde no se gana a costa de otro, sino que todos los participantes ganan. No es un tema menor la cuestión terminológica ya que, bien acuñada, ayuda a crear cultura y escenarios favorables, no acogiendo en la mediación acepciones como actor y demandado ni parte actora y contraparte que son, todos ellos, términos que separan. Reivindicar la participación sirve, en fin, para hablar de un trabajo en equipo compuesto por un colectivo de mediador y mediados.

1.5. Principio de igualdad

De conformidad con lo que se viene razonando y aunque el deseable impulso de la mediación se extienda a todo tipo de relaciones jurídicas, tanto privadas como también pueda avanzar en las públicas, es cierto que, de partida, contamos con un primer y principal argumento para institucionalizar este mecanismo en el marco de los conflictos entre particulares (ya sean personales, familiares, vecinales, comerciales, etc.) por lo que, en ese escenario, hay que reconocer la igualdad y garantizar que esta no sea quebrantada.

⁷ La incorporación de la mediación a la resolución de conflictos supone un cambio de cultura cuya base esencial se asienta en: 1. La voluntariedad de las partes de incorporarse a una nueva dinámica negociadora, después de no haber llegado a un acuerdo por los sistemas tradicionales, en los que ellos una vez más serán los protagonistas, esta vez con la concurrencia de una tercera parte neutral. 2. El abandono, en principio, de las soluciones impuestas por terceros (vías judiciales, etc.) y con ello de la creencia de que las partes no son capaces de resolver los conflictos que su relación organizacional provoca y en los que se encuentran totalmente inmersos, aunque las soluciones pudieran venir desde fuera (Munduate Jaca y Barón Duque 2001).

De nuevo, el referente constitucional ofrece un fundamento jurídico básico para reconocer este principio de igualdad (art. 14 CE). Todo ello acompañado de la necesaria correspondencia entre la igualdad formal y la igualdad material o real (evitando que nos quedemos en un pronunciamiento teórico y no una efectiva equiparación entre partes).

De igual modo, a la vez de proclamar este principio, hay que salvar también una reserva, puesto que ciertas relaciones jurídicas, por definición, no pueden considerarse como relaciones entre iguales. Así, cuando entre hombre y mujer existe una discriminación real, el legislador, consciente de ello, ha de reequilibrar la medida de justicia ofreciendo mecanismos de «discriminación positiva». En la misma línea, en las relaciones donde se ven envueltos los consumidores, (en las que también existe una relación de superioridad e inferioridad) han de regularse instrumentos que eviten cláusulas abusivas o situaciones de poder de las empresas que ofrecen los bienes o servicios. Otro supuesto sería el de las relaciones paternofiliales en las que los menores están sujetos a la patria potestad por lo que está rota la igualdad, aunque todo poder de los padres debe ejercerse en favor de los hijos (solo así estará legitimado un despliegue de potestad).

Es la igualdad la que ha de condicionar e informar en varios sentidos: para trascender de toda voluntad particular, jerarquizando intereses a sobreproteger como el interés supremo del menor, rompiéndose la libre negociación y la paridad de intereses o su equidistancia. Y, en segundo lugar, para legitimar la intervención del menor o de otra persona con capacidades especiales en el proceso de mediación cuando su suficiencia intelectual y volitiva en Derecho le permita actuar por sí, excusando la representación ordinaria de la patria potestad o del tutor (en este sentido se habla del menor maduro o se justifica la presunción de capacidad, en tanto no exista una sentencia de incapacitación). Así las cosas, se puede, desde la igualdad, afirmar la mediación idónea a una *justicia accesible*.

La igualdad no descarta la autoridad profesional ni excluye una autoridad moral que se haga valer en la negociación para hacer prevalecer una decisión. A propósito de esta situación jurídica triangular se visualiza una relación jurídica de consumo, donde las partes se encuentran en una posición de paridad entre sí aunque subordinadas como particulares respecto al profesional actuante.

La igualdad, en fin, se tiene que tener muy presente cuando se proyecte la mediación en el ámbito de lo público a fin de corregir todo *imperium* que, en las relaciones de los ciudadanos con la Administración, se pueda tener que corregir.

1.6. Principio de legalidad

El imperio de la ley y el reconocimiento de la misma como primera fuente del Derecho que nos sujeta a todos (según el art. 9 CE y el art. 1 CC), explica que el impulso de la mediación, desde un movimiento social y doctrinal, alcance su eficacia jurídica y su proyección

práctica en tanto el ordenamiento jurídico (comenzando por la propia Constitución) lo ordene y sistematice dándole carta de naturaleza. De esta manera, además de directivas europeas de indubitada vinculación, las normas particulares de Derecho español son definitivas para implantar la mediación. Por esta razón, la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles tiene un especial interés y, en la misma línea, se valora que en enero de 2019 el Gobierno haya instado un anteproyecto de Ley de impulso de la mediación, además de estar expectantes de la nueva ley de expansión. Ha de ser este marco normativo el que sirva para implantar e impulsar la mediación, resolviendo dos cuestiones nucleares: el quién (está legitimado para mediar) y el qué (o materia que se ofrece a la disposición o libre negociación).

Con independencia de lo anterior, la fuerza del principio de legalidad debe atemperarse con el margen de autonomía privada que se ha proclamado primeramente, cuanto más si nuestro Estado se configura como social y democrático de Derecho (es decir, que compromete el imperio de la ley al referente social y, con este, a procurar una sociedad civil participativa).

En efecto, el impulso a la libre negociación relativiza la rigidez de la norma escrita, aunque esta es indispensable para fijar límites, es decir, para determinar aquellas cuestiones que por razón de orden público o de interés general, excluyen el libre pacto y requieren estar a la imperativa solución del Derecho positivo.

La ley incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; además de buscar dar desarrollo a la previsión de la disposición final tercera de 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, que encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación. La Directiva 2008/52/CE se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles. Por su lado, la regulación de esta norma conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y dentro de una articulación que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley modelo de la CNUDMI⁸.

Posteriormente ha ofrecido el legislador un nuevo impulso a la mediación, por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

La legalidad se completa con referentes reguladores de menor rango al normativo: desde el código de conducta europeo para ajustar el estatuto del mediador hasta la armonización con el Derecho de las Naciones Unidas (CNUDMI).

⁸ Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Conciliación Comercial Internacional, de 24 de junio de 2002.

En este punto relativo al marco normativo sí ha preocupado citar preceptos constitucionales de referencia, si bien consideramos innecesario provocar un gran Derecho de la Mediación en tanto la autonomía privada descarta una profusión normativa, siendo preocupante que, además en España se nos aboque, ante cualquier inquietud normativa, a multiplicarlo por diecisiete.

Es cierto que, en materia concursal, es preciso recurrir a la normativa especial para que, según la misma, la Ley concursal del 2003, se determine por ley una actuación del mediador que ha de completar un plan de pagos, plan de viabilidad según el acuerdo extrajudicial alcanzado. Incluso, según esta normativa, la figura del mediador cambia su naturaleza para que, en la continuidad del concurso, se convierta en un administrador, separándose de la figura propia del mediador.

Avanzando en los referentes normativos se ha de citar la Orden JUS/57/2019, de 22 de enero, por la que se crea el foro para la mediación que viene a impulsarla desde la consideración más enriquecedora de cooperación con la Administración de Justicia, de colaboración sociedad civil y Estado.

En la actualidad el compromiso del legislador está dirigido en una nueva ley de mediación que acoja, entre los supuestos a mediar, un catálogo amplio de materias jurídicas tradicionalmente excluidas de la negociación por estar presididas por normas imperativas de convivencia, por estar ordenadas según el criterio político de reparto de bienes, por ser propias de cuestiones del estado civil... viniendo a proponerse como objeto de la mediación las cuestiones relativas a propiedad horizontal, los conflictos sobre derechos reales, la nulidad matrimonial o los asuntos sucesorios⁹. Así las cosas, se ha de dar significado añadido al principio de legalidad anteriormente relacionado en tanto el Derecho, en lugar de dar rigidez y fronteras estrechas a la mediación, amplía su ámbito en una constante apuesta por la *lex privata*. El Derecho se revisa a sí mismo para hacer evolucionar las cuestiones de orden público que se reservan a ley imperativa y que, en nuestro razonamiento, han de disminuir.

El desarrollo del Derecho de la Mediación no debe implicar mayor profusión normativa si, como ha ocurrido, se han multiplicado leyes desde distintas autonomías, ya que esta dispersión no ha aportado sino contradicción e inseguridad jurídica. De igual modo, tampoco debe impulsarse la mediación, bajo su vocación de servir al referente social, hasta el punto de provocar una mediación *contra legem* (por ejemplo, en un diálogo con grupos políticos de tendencia terrorista o separatista, como desde una histórica tensión foralista se sufre de forma recurrente en España).

⁹ El Consejo de Ministros, a propuesta de la ministra de Justicia, ha aprobado un anteproyecto de Ley de impulso de la mediación el 11 de enero de 2019. <www.lamoncloa.gob.es>.

1.7. Principio de voluntariedad

La mediación descansa en la voluntariedad ya que las partes no están obligadas a mediar, esta es solo su opción (la primera y principal, según estamos razonando). Se trataría de un proceso voluntario, en contraposición a la contienda judicial donde el particular queda supeditado al llamamiento de los tribunales, que son poder público jurisdiccional. Todo ello excepción hecha de los supuestos en los que, para impulsar la mediación, se obligue por el legislador a la misma (tal como el anteproyecto de nueva ley de mediación viene a prever)¹⁰. Sin embargo, en este supuesto, aunque se relativice o debilite el principio de voluntariedad (al menos en ese momento inicial de acudir a la mediación, que no en un momento ulterior cuando todo acuerdo descansa en el puro consentimiento de parte), no deja de tener vigor el mismo. A propósito de este nuevo planteamiento se ha pronunciado el Consejo General del Poder Judicial favorablemente, en el sentido de entender que no hay quebranto de derechos fundamentales, estando preservado el artículo 24 de la CE¹¹.

¹⁰ Con la nueva norma, todavía como anteproyecto, se pretende la implantación definitiva de la mediación como figura complementaria de la Administración de Justicia para la resolución extrajudicial de conflictos en el ámbito civil y mercantil.

En la actualidad, el artículo 6 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (que transpone la Directiva 2008/52/CE al ordenamiento jurídico español), establece la voluntariedad de la mediación.

En el anteproyecto de ley, si bien se mantiene este principio de voluntariedad, se añade la obligación para las partes de intentar la mediación con carácter previo al inicio de un procedimiento judicial, en un número concreto de supuestos, que son los siguientes: 1. Medidas que se adopten con ocasión de la declaración de nulidad del matrimonio, separación, divorcio o las relativas a la guardia y custodia de los hijos menores, alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores; 2. Responsabilidad por negligencia profesional; 3. Sucesiones; 4. División judicial de patrimonios; 5. Conflictos entre socios y/o con los órganos de administración de las sociedades mercantiles; 6. Reclamaciones en materia de responsabilidad extracontractual que no traigan causa de un hecho de la circulación; 7. Alimentos entre parientes; 8. Propiedad horizontal y comunidades de bienes; 9. Derechos reales sobre cosa ajena; 10. Contratos de distribución, agencia, franquicia, suministro de bienes y servicios siempre que hayan sido objeto de negociación individual; 11. Reclamaciones de cantidades inferiores a 2.000 euros entre personas físicas cuando no traigan causa de un acto de consumo; 12. Defectos constructivos derivados de un contrato de arrendamiento de obra; 13. Protección de los derechos al honor, intimidad o la propia imagen; 14. Procesos arrendaticios que hayan de ventilarse por los cauces del juicio ordinario.

Por tanto, en todos los conflictos sobre alguna de estas materias, los litigantes deberán asistir a una sesión informativa y exploratoria en los seis meses previos a la interposición de la demanda. (Chélliz Inglés, 2019).

¹¹ La mediación obligatoria «mitigada» no vulnera el artículo 24.1 de la Constitución, porque la obligatoriedad prevista en el articulado no excluye que la decisión última de acudir a esta vía se adopte de forma voluntaria por las partes ni tampoco impide la intervención judicial. La mediación obligatoria «mitigada», explica el dictamen, «no empaña la voluntariedad que caracteriza a este instrumento de solución extrajudicial de conflictos, ni desplaza la intervención judicial [...] permaneciendo incólume la plenitud del ejercicio de la función jurisdiccional».

En principio, la voluntariedad alcanza tanto a la decisión de iniciar el proceso mediador como a su desarrollo y a su finalización. Por demás, las partes involucradas tienen en su mano desistir de continuar la mediación en cualquier momento de la misma.

Según este principio la mediación se considera una justicia negociada y satisfactiva. Los conflictos necesitan una gestión inteligente y una mayor implicación de sus protagonistas para conferir estabilidad a la solución de la diferencia. Eludiendo la judicialización del conflicto, evitaremos una solución impuesta que suele llegar tardíamente y, por lo general, sin plena satisfacción de las partes (en ello se insiste desde el inicio, dando significado a la autonomía privada y la estabilidad que se gana) en tanto expresa un compromiso de sujetarse a la mediación (excepción hecha de los supuestos en que esta venga impuesta); y su conclusión será exitosa en tanto se acomode a lo que quieren las partes (o participantes-mediados) y a sus necesidades (atendidos sus intereses y, por tanto, alcanzando el bien común).

La voluntariedad, en clave jurídica, lleva a hablar de la fuerza dispositiva y de la complejidad negocial que soporta la mediación, con un compromiso personal de sujeción, una contratación de servicios con el mediador, un consentimiento que da contenido al acuerdo y una responsabilidad de cumplimiento. Complejidad en el plano subjetivo (con relaciones entre mediados y con el mediador, con relaciones con terceros –caso de derivación judicial o de protocolización notarial–) y en el plano objetivo (con un objeto diferente entre mediados –ventilando sus intereses– y con mediador –que conduce, asiste en cuestiones de forma y de fondo–).

En suma, respecto a la voluntariedad, hay que apreciar un querer ya que el compromiso activo que exige la mediación no se compeadece con un talante de entrega a la actuación de un tercero o acomodo a que las soluciones a los problemas nos vengan dadas.

1.8. Principio de confidencialidad

Una ventaja extraordinaria que presenta la mediación es el escenario de privacidad en el que se desarrolla, frente a la publicidad de los tribunales y el ámbito forense. Esta privacidad garantiza la intimidad proclamada y querida por nuestra Constitución, principalmente en las relaciones y asuntos que la necesitan, como son los familiares (art. 18 CE). Sobre todo, porque en la actualidad la realidad está plagada de ataques graves a la intimidad, por lo que todo marco que sirva a esta será bien venido.

El órgano de gobierno de los jueces plantea la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación de la mediación obligatoria con el fin de mejorar su funcionalidad, «El Poder Judicial avala el anteproyecto de ley de impulso a la mediación». <<https://elderecho.com/poder-judicial-avala-anteproyecto-ley-impulso-la-mediacion>>.

En este sentido, hay que asumir que la ordenación completa de la mediación, además de una normativa supranacional de la Unión Europea o de una ley nacional, debe completarse con normas que sirven a garantizar la predicada confidencialidad (por ejemplo, la Ley 1/1982 reguladora del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la Ley Orgánica 3/2018 de protección de datos y de garantía de los derechos digitales o la Ley 1/2019 reguladora de secretos empresariales).

Esta cautela se ha de extremar cuando acercamos el escenario de la mediación a la comunicación telemática o a la posibilidad de sostener el encuentro *vía online*¹² que, de un lado, facilita la mediación frente a la presencialidad requerida en los tribunales, y, de otro lado, demanda unas garantías en la identidad, gestión de datos y confianza en el soporte y dispositivos que sirven a la comunicación. Todo lo cual representa un reto de cara a preservar la intimidad y la privacidad.

1.9. Principio de imparcialidad y neutralidad

En la mediación preside el principio según el cual debe respetarse una objetividad y equidistancia por parte del profesional al que voluntariamente acuden las partes para solventar su conflicto. El mediador no debe tener intereses respecto de ninguna de las partes implicadas, ni en relación al objeto del conflicto, puesto que la persona que dirige el proceso actúa como mero catalizador, debiendo ser neutral e imparcial. Por tanto, el mediador debe evitar involucrarse en la disputa y ha de velar por el equilibrio de las partes durante el procedimiento para conseguir un acuerdo satisfactorio.

La nota de neutralidad aporta un plus a favor de la autonomía de las partes en conflicto para facilitar que sea la voluntad de estas la prevalente, por lo que se habla, en el punto I del preámbulo de la ley, de un profesional neutral que facilita que las partes alcancen su propio acuerdo, evitando proferir preferencias personales o hacer juicios de valor para no condicionar ni presionar en la decisión de las partes.

Este planteamiento puede merecer una matización si valoramos al profesional mediador en un papel dinamizador del diálogo que sea tan generoso o constructivo que llegue a consistir en facilitar alternativas a los mediados que no son capaces de encontrar solución¹³.

¹² De la pretensión y enfoque de utilización de la mediación *online* ya publicó un estudio de referencia Tortajada Chardi (2019).

¹³ «El mediador evaluativo o directivo se involucra más en el procedimiento hacia la búsqueda del acuerdo. La cuestión de si puede el mediador en este caso proponer soluciones a las partes es una cuestión ciertamente controvertida. Entiendo que si las partes [...] son incapaces por sí mismas de generar opciones encaminadas a la solución [...] el mediador podría involucrarse y ofrecer soluciones» (Carretero Morales, 2014, p. 18).

La equidistribución como solución de justicia y la equidistancia, como escenario a configurar para un juego de intereses equilibrado, no significa siempre apostar por la equidad si se tienen en cuenta las situaciones en las que se ha de romper la igualdad cuando la ley marca intereses preferentes o dignos de mayor tutela: el interés supremo del menor, la sobretutela que merecen los consumidores, la discriminación positiva que puede disponerse para mujeres, etc. Sin embargo, en otros campos, bien que se debe confiar en esa solución mediada y en equidad, si se piensa en las relaciones financieras y con los bancos, donde cabe apreciar con frecuencia un abuso de posición dominante o una necesidad de asumir un endeudamiento que, en tal estado, merece la revisión de la contratación para validarla según la causa negocial y la justa contraprestación.

1.10. Principio de bilateralidad y buena fe

El principio de bilateralidad en la mediación se traduce en el hecho de que las partes, bajo la batuta del profesional que dirige el proceso y establece límites mínimos para el buen desarrollo del proceso, dispongan de las mismas oportunidades para expresarse. No puede prevalecer una sobre otra (lo que supondría romper la igualdad, la equidad y dar paso a cláusulas abusivas, a abocar a la adhesión o al arbitrio de uno a costa del otro –excluido en el art. 1.256 CC–).

Entre las partes debe reinar la buena fe, la lealtad y el respeto mutuo, puesto que son reglas que permitirán poner las bases de un acuerdo a satisfacción de todos. La fiducia entre las personas en controversia, así como la colaboración y apoyo al mediador garantizarán que el conflicto sea planteado adecuadamente y que la negociación se encauce adecuadamente.

La bilateralidad permite enlazar con el principio de relatividad y la buena fe permite su presunción favorable, ambas afirmaciones con sustento en el Código Civil (cfr. arts. 1.257 y 6 CC). Con base en esta ley afirmamos que la buena fe excluye la frustración de la expectativa negocial, que traiga causa en un ejercicio arbitrario del derecho, lo que se sabe proscrito. El derecho a negociar se podrá ver contrariado con el desacuerdo, pero no se puede conculcar con el abuso de derecho (art. 7 CC), por ello, entre partes se habla de cooperación y, respecto al mediador, de un coadyuvante o asistente.

1.11. Principio de profesionalidad

Tal como se viene apuntando, la mediación es un proceso de diálogo en el que se facilita el acercamiento de las partes. Dicho acercamiento está asistido, dirigido y gestionado por un profesional que ha de tener una preparación técnica adecuada para poder reconducir las posturas iniciales de las partes hacia los intereses de cada uno.

La figura del mediador se configura como clave para coadyuvar a las partes facilitando su negociación. En este sentido no puede asumir una intervención directa, sino de informador y autorizante, sin embargo esta labor es necesaria y gana importancia para potenciar la cultura de la mediación, dar seguridad y rigor en su forma y en su fondo: tanto a nivel procedimental para incoar, impulsar y conducir de forma ordenada el procedimiento, como determinar su tratamiento y dar referentes para cómo solucionarlo, de conformidad con el interés social, económico y, por supuesto, jurídico. En consecuencia, el mediador debe tener una cualificación, es decir, ha de haber adquirido unas competencias en técnicas negociadoras que le permiten establecer un marco de aproximación de posturas que culmine en un acuerdo apropiado y conforme.

Hace falta que la persona que conduzca el procedimiento de mediación tenga la destreza para asistir con solvencia y guardando un complicado equilibrio entre ser garante de la legalidad y mantener una imparcialidad y neutralidad (cuando, por ejemplo, aporta soluciones normativas que consagran discriminaciones positivas o sugieren una sobretutela); como también se han de saber gestionar los datos, acorde a la exigente regulación de la protección de datos¹⁴; guardar el secreto profesional, sobresalir del marco de privacidad para colaborar con la Administración de Justicia o para dar la publicidad a los acuerdos.

Desde el punto I del preámbulo de la ley (la Ley 5/2012) se habla del profesional y es esta cualificación la que da garantía de despliegue de una labor complicada, para mantener la citada imparcialidad y neutralidad; al tiempo de saber suministrar argumentos y asesoría a las partes. Se requiere un papel activo pero no protagonista. Añadiendo a su tarea la orientación al logro del acuerdo, por lo que su labor es proactiva en tanto que es constructiva.

La intervención del profesional implicará también, de una parte, hablar, en materia de responsabilidad civil, de una autogestión prudente, ajustada a una diligencia ordinaria, respecto a los mediados; como también, del lado del profesional, a confirmar una *lex artis* a fin de medir con el rigor de la misma esa diligencia y reprochar la negligencia. Se habla de responsabilidad profesional derivada de una relación contractual que vincula al mediador y a los mediados (además de una relación extracontractual que, con la institución de mediación, se pueda depurar). En todo caso, se trata de una responsabilidad civil medida desde el principio de la culpa (según el art. 14 de la ley). Sin perjuicio de ello se ha de precisar que, en línea con la tendencia objetivadora cuando se exigen unos estándares de calidad, en el marco de una relación lucrativa y de jerarquía con posición de *contratante débil*, se puede dar una mayor exigencia de responsabilidad o que, de la mano de la *lex artis*, se endurezca la culpa leve cuando es inexcusable profesionalmente la negligencia. Por demás, junto a la responsabilidad civil, se puede abrir el reproche jurídico con una responsabilidad estatutaria y, con ella, la vía disciplinaria; o incluso la responsabilidad penal si la conducta se criminaliza por caso de violación de

¹⁴ Enlaza esta mayor preocupación por la protección de datos y, por ende, su profesionalización con la virtualidad de que saberlos gestionar se traduce en un elemento de competitividad: es un signo de confianza y competitividad, tal como concluye la directora de la AEPD. (28-06-2019. <diariolaley.es>).

secreto profesional, de ataque a la intimidad, de falsedad documental, de fraude al consumidor o de otra conducta tipificada en la que por relación puede degenerar la actividad mediadora.

En este punto hay que tener en cuenta una crítica sostenida desde el propio colectivo profesional (incluso escribiendo en un tono tan traumático como para afirmar su inexistencia [Criado Inchauspé, 2010] o expresando una fijación de honorarios poco acordes a la dignidad profesional).

La nota de profesionalidad lleva a hablar, según anteriormente quedó apuntado, de una relación de consumo con sus consecuencias propias de la tutela de esta posición, empezando por la más básica y primera en el tiempo de observar el deber de información para servir a la justicia desde la labor preventiva de evitación misma del conflicto.

1.12. Principio de eficacia y de eficiencia

La mediación persigue el logro del objetivo pacificador, presentando desde su conformación una cierta garantía de éxito ya que, aunque la labor sea de medios y no de resultado, desde que en su inicio está ese compromiso negociador se puede adivinar un alto porcentaje de obtención de una solución favorable.

Esta eficacia que se afirma se acompaña con la nota de eficiencia, en tiempo y en costes, en cuanto el interés de los promotores y del legislador es evitar la dilación en el tiempo (entre las muestras que el legislador ofrece para ganar eficacia se da el atractivo de la interrupción de la prescripción); como también el objetivo es configurar el procedimiento con un abaratamiento en costes, en comparación con los procesos judiciales, por lo que con todo ello deberá producirse a la postre un importante ahorro en recursos.

La flexibilidad del procedimiento debe también servir a esta finalidad de eficacia y eficiencia; así como a la solución alcanzada se le dotará de eficacia en tanto el acuerdo se revestirá de una ejecutividad formal y portará un carácter de justicia voluntaria y satisfactiva (o que la decisión es acorde a la voluntad y necesidad de los participantes). En efecto, la herramienta gana en eficacia, eficiencia y, por ende, en efectividad, siendo esta medición con resultado favorable posible al apreciar la virtualidad de fondo, por descansar en ese protagonismo de la persona y en la fuerza de la voluntad negocial.

1.13. Principio de oportunidad

Son muchas las muestras que el legislador ha ido ofreciendo para sobresalir de la rigidez de la norma y confiar en una *justicia de precisión* o de solución para el caso concreto según los referentes y condiciones que la contextualización sugiere y necesita construir *ad hoc* para la resolución. Así es, tenemos ejemplos como las «sentencias de conformidad»,

que fueron creadas en un momento pasado, en un marco de reformas legales como las de los juicios rápidos que emanaron para administrar justicia sin dilaciones.

La mediación muestra su gran virtualidad en su confianza a que sean las partes en conflicto las que negocien y resuelvan, en tanto son las más conocedoras del juego de sus intereses y bajo qué construcción pueden ser atendidos.

Se trata de apostar por una visión amplia de los problemas y de barajar distintas posibilidades, en tanto, ordinariamente, los intereses pueden ser atendidos y satisfechos de diferentes formas. Para ello será decisivo el papel del profesional mediador que, con base en sus conocimientos y experiencia, ayuda a localizar diferentes soluciones para que, previa evaluación por los mediados, puedan sugerir y apostar la solución.

De todas formas, este principio de oportunidad, en coherencia con todos los principios anteriormente citados, no se explica si no es en equilibrio con el principio de legalidad, de autonomía privada, etc. Todos los principios enumerados no pugnan entre sí, ni se enumeran con un propósito jerárquico sino enunciativo, en saludable equilibrio y dentro de una política de robustecimiento, así como de juego en equidad.

1.14. Principio de estabilidad

El acuerdo en el que se materialice la mediación goza de una proyección en el tiempo en tanto, al haber sido alcanzado desde la propia voluntad de las partes y no dispuesto por un tercero, cuenta con un grado de interés y compromiso de materialización mayor (así se ha razonado cuando se habla de justicia satisfactiva).

La estabilidad no solo se gana a favor del asunto en particular objeto de la mediación, sino que, a partir de cada asunto mediado, es la propia mediación la que se consolida. Estabilidad, por tanto, en el asunto particular y para el procedimiento en general.

La ley, desde el primer punto de su preámbulo, ensalza que, con la mediación, se está permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes. Esta ventaja es particularmente necesaria en aquellas relaciones jurídicas que tienen largo recorrido, sobre todo las personales de carácter familiar, ya que en este ámbito se reconocen vínculos que permanecen, como puede ser el paterno-filial, o que, aunque desaparezcan, como el caso del matrimonio nulo, las relaciones se mantienen.

1.15. Principio de fiducia

La fiducia se hace valer y se reconoce en las partes, los mediados, para sujetarse a este procedimiento de mediación, de confianza en el profesional, de confianza en ellos mismos

para saber negociar, de confianza en la eficacia de la solución que se alcance¹⁵. Es desde esta fiducia que se proclama como se facilita la cooperación necesaria para promover y desarrollar la mediación.

Ciertamente la actualidad, caracterizada por un tráfico en masa y cierta anonimización en las relaciones empresariales y profesionales, requiere afirmar con más fuerza esta necesidad de confianza. Precisamente, con ocasión de haber desarrollado la significación del principio de profesionalidad, hemos tenido ocasión de citar las palabras de la directora de la Agencia Española de Protección de Datos que, al tiempo de reconocer la exigente labor en esta gestión de datos, valora este buen hacer como un signo de confianza y competitividad.

1.16. Principio de interculturalidad

La interculturalidad permite sobresalir de una batería de reglas morales inspiradoras de un sistema jurídico para abrir las soluciones en Derecho a la conciliación de diferentes preceptos¹⁶. Se trata de lograr una convivencia más allá de la coexistencia, desde la diversidad de ideas y sentimientos, y a ello sirve la mediación.

Se ha de pensar en la conformación de la realidad social caracterizada, en la actualidad y cada día con mayor impacto, por el fenómeno migratorio, como también se pueden entender otras causas de movilidad e intercambio derivados de medidas como (recurriendo a un ejemplo cercano a la vida académica) puede ser el programa Erasmus. Con base en esta realidad el *diálogo entre culturas* debe permanecer abierto (en un mismo territorio o en relaciones transfronterizas).

El mestizaje no es fruto de una coyuntura económica, sino que es acorde a un Derecho que se construye y armoniza conforme a unos derechos fundamentales de vocación universal y estable, concretándose en la preservación de la libre circulación de las personas que, con independencia del destino, han de gozar de libertad y autonomía, como también de legitimidad para resolver sus conflictos, mereciendo el respeto a su identidad.

¹⁵ «El constructo alianza terapéutica conceptualizado por Bordin (1979) ha congregado uno de los elementos que, según el citado estudio, determinan el éxito de la Mediación: la "confianza". De acuerdo con el mismo autor, la alianza terapéutica ha sido estructurada en tres componentes: Los acuerdos entre los mediadores y las partes sobre los objetivos de la Mediación. Los acuerdos entre los mediadores y las partes sobre las prescripciones para acometer los objetivos formulados y la conexión entre los mediadores y las partes». (Riera Adrover y Casado de Staritzky, 2018).

¹⁶ «La democracia profunda permite tomar conciencia de la diversidad de posiciones en los diálogos fijándonos por una parte en elementos más visibles como el género, la etnia, la edad, lo que englobamos en el concepto "realidad consensuada", y por otra en elementos menos visibles como son las creencias, los sueños y las maneras de ver el mundo de las personas involucradas en un conflicto en relación con las de un sistema relacional, lo que denominamos "realidad de sueños" (Mindell, 2014)». (Basagoiti Rodríguez y Ortiz García, 2018).

1.17. Otros principios formales o procedimentales

Además de los principios informadores antes recogidos, que han sido esgrimidos como argumentos de justicia material, para explicar la virtualidad de la mediación, es posible relacionar otros principios de orden meramente formal que sirvan de referentes del procedimiento de la mediación:

- El principio de espiritualidad (o antiformalismo). Este principio ha caracterizado nuestro Derecho privado a lo largo de la historia (basta recordar preceptos clave del Código Civil que han asentado en la contratación esa consensualidad: arts. 1.258, 1.261, 1.262, 1.278, 1.279 y 1.280).
- El principio de flexibilidad, frente a la rigidez normativa ya que, aunque en cuanto al fondo se asume la existencia de cuestiones innegociables, en el plano procedimental la flexibilidad es garantía de acomodo al diálogo y a favorecer una negociación más despreocupada del corsé formal.
- El principio de oralidad (para favorecer la negociación o la agilidad de la misma), armonizada con la escritura de los momentos clave donde se fijan acuerdos.
- El principio de inmediatez (con el que se establece una relación procedimental que favorece el encuentro y la cercanía entre las partes en desavenencia, incluso ganado la sincronía en la distancia física).
- El principio de transversalidad (para abordar los conflictos en todas sus derivaciones jurídicas y que el tratamiento de los intereses en juego sea integral antes que sectorial).
- El principio de extraterritorialidad (que favorece acometer el tratamiento de cuestiones, abstracción hecha de fronteras territoriales), Así nació la mediación en la Edad Moderna para aplicar la justicia entre los Estados que solo se podía acordar a través de los buenos oficios, el arbitraje y la mediación¹⁷.

1.18. Recapitulación

El cuadro de principios expuesto sirve para fijar la institucionalización de la figura convirtiéndola en un centro de imputación de normas que, tras esa homologación en Derecho (por acomodo de los citados principios con la razón suprallegal de rango iusnaturalista y la razón práctica económica social), permite ofrecer un plan de exposición coherente, ordenado, regulador del Derecho de la Mediación. Con su positivización se garantiza la aplicación y eficacia.

¹⁷ Durante la Edad Moderna la mediación se utilizó especialmente en el ámbito del Derecho internacional, debido a la importancia del establecimiento de relaciones y al respeto de los pactos basados en la autoridad, respeto siempre difícil de conseguir en este ámbito del derecho (Miranzo de Mateo, 2010).

Según se ordena este estudio, tras completar el catálogo anterior en extenso, queda expedito el campo para explicar el Derecho que se debe conformar, con una reseña previa a la técnica y a las competencias (que, aunque son extremos secundarios, sirven al tratamiento más integral de la materia).

Respecto a cuerpo regulatorio, procede anunciar la necesaria expansión que debe tener, lo que podrá motivarse profusamente, guardando coherencia y lógica con la extensa enumeración expuesta. De igual modo, merecerá depurarse su clasificación como Derecho general o especial, comprobando la nota de la generalidad por referirse al Derecho privado y por tener vocación de seguir la política legislativa que lo nutre progresivamente de nuevos ámbitos de aplicación en la materia civil y mercantil. El carácter instrumental facilita que sirva a distintos sectores del ordenamiento y que se insista en su generalidad, al tiempo que se concluye a favor de su naturaleza civil en cuanto que descansa en la voluntad negocial. Por demás, queda garantizado el pleno acomodo al marco constitucional, en el que hemos encontrado numerosos referentes desde la ordenación principal de los derechos fundamentales en los artículos 10, 14, 16 y 24, principiando por el artículo 1 de la CE que proclama un Estado social y democrático de Derecho.

2. Técnicas de aplicación. Habilidades complementarias para la buena praxis

Se ha hablado de una cualificación profesional, desde luego radicada en el Derecho, si bien tanto en el mediador como en los mediados se han de poder reconocer unas habilidades técnicas como son:

2.1. Técnica de la escucha

La técnica de la escucha se traduce, en quien la domina, en poder realizar una escucha activa, con una disposición para atender al interlocutor que favorece que este gane confianza y pueda sentirse más libre al comunicar con sinceridad y fluidez, adivinado en su escuchante cercanía, comprensión e interés. En 2002, Rost la definió así: «Es un término genérico para definir una serie de comportamientos y actitudes que preparan al receptor a escuchar, a concentrarse en la persona que habla y a proporcionar respuestas». La escucha activa es una estrategia positiva y respetuosa imprescindible para que la comunicación entre dos o más personas sea empática, fructífera y satisfactoria. Cuando dos personas entran en conflicto, la función de la escucha activa es fundamental. Se hace necesaria la disposición y el interés¹⁸.

¹⁸ <www.psicologiaycrianza.com/ejercicio-de-escucha-activa-para-acompanar-los-conflictos-entre-hermanos>

2.2. Técnica de la comunicación, habilidades del lenguaje

Las habilidades de comunicación son precisas para basar la relación en el diálogo, en el manejo constructivo de la palabra y los gestos para servir a la finalidad negociadora del acuerdo. Conocer la significación de las palabras, de los silencios y del lenguaje gestual para ir avanzando en la comunicación y llegando a metas de consenso hasta fijar, si es posible, la solución.

2.3. Técnica de la negociación

Consiste en garantizar que la comunicación se mantenga para que, ante la dificultad, no se encuentre un motivo de ruptura, sino de restablecimiento del diálogo, conduciéndose las partes con un fin claro de alcanzar un acuerdo que sea expresión clara de lo querido por ambos y que sirva para resolver y pacificar el conflicto.

Negociar es un arte y se puede articular, para su éxito, con base en el siguiente catálogo: 1.º respeto hacia el otro, 2.º mantener un diálogo constructivo, tendente al acuerdo, 3.º sostener la mediación desde la fase preparatoria de la misma, conociendo los puntos favorables y desfavorables, y 4.º contemplar diferentes soluciones a fin de evitar el bloqueo o la rigidez de la negociación

Se sugiere para el éxito de esta negociación seguir unos pasos: la preparación (objetivos, presupuestos, etc.), el lenguaje claro y sencillo, evitando emociones y primando razones, prestando también atención al lenguaje no verbal; marcar la estrategia de diálogo y de intereses a fin de alcanzar objetivos perseguidos o estar a los acuerdos posibles y describir con precisión los acuerdos alcanzados a fin de poner término definitivo¹⁹.

En este punto no se puede dejar de afirmar la necesidad de conocer los modelos que tradicionalmente se diferencian para conducir con éxito la negociación²⁰: de una parte se acuñó el modelo del interés, que propone dejar a una lado las posiciones y focalizar la atención en los intereses subyacentes para encontrar la decisión racional que se base en criterios de costes y beneficios y permita alcanzar la opción más racional posible. Un segundo modelo lleva a profundizar en los aspectos emocionales para ir más allá del puro interés a fin de depurar la verdadera cuestión que mueve el conflicto, el epicentro, las causas que lo retroalimentan, etc. todo ello para superar los problemas explícitos y reconocer los intereses subyacentes. Este sería el modelo transformativo. Finalmente se configura el modelo narrativo según el cual ha de conocerse la condición relacional de cada persona antes que su relación particular de conflicto, buscando averiguar cómo interpretamos a los otros y qué esperamos de los demás.

¹⁹ <www.universidadviu.es/las-claves-de-las-tecnicas-de-negociacion>

²⁰ Seguimos la doctrina expuesta por Madrid Liras (2017).

2.4. Técnica jurídica

Es el Derecho el que determina el margen de ejercicio de autonomía de la voluntad, los límites de la negociación, la legitimidad para constituirla y conducirla y la depuración de los intereses en juego y conflicto como jurídicamente relevantes, lo que está excluido del procedimiento de negociación porque esté reservado a una solución legal o al pronunciamiento judicial.

La capacidad para negociar parte del reconocimiento en Derecho de un margen de autonomía de la persona, de inexcusable preservación y reconocimiento en tanto el ordenamiento mismo está presidido por la garantía de la dignidad y, por tanto, por la libertad del individuo.

El Derecho también se pronuncia a la hora de marcar contenidos imperativos o de inexcusable observancia al tiempo que aparta la materia innegociable. Con el Derecho, en el orden sustantivo, se fijan intereses superiores y, en el orden formal, Amaya Arnáiz Serrano (2018, pp. 10-18) se ha preocupado de destacar el papel central del jurista, ofreciéndose cauces para posibilitar y conducir la mediación y la posición que ocupa la abogacía institucional, el Consejo General de la Abogacía Española, en la promoción de los ADR. Los abogados son los primeros intérpretes de las normas y también los actores principales en la canalización de los conflictos sociales a través del Derecho.

Por ello, en este momento clave en el que la justicia atraviesa una profunda crisis, el Consejo General de la Abogacía se encuentra firmemente implicado en el fortalecimiento y modernización de la Justicia a través de la promoción de «una abogacía gestora integral de conflictos».

3. Perfil de participación. Competencias a desplegar. Idoneidad de mediadores y de mediados

3.1. Responsabilidad, asunción de ventajas y sacrificios, compromiso de someter a la mediación el asunto y de estar en Derecho a su resultado

Sin duda apostar por la mediación es asumir que ha de servir a sus fines de solución del conflicto y así abordar la negociación como un acto responsable, asumiendo el acuerdo resultante como dotado de fuerza de ley, como todo lo derivado de la contratación (recordando el tenor del art. 1.091 CC «... las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes...»), complementario de la regla *pacta sunt servanda*.

3.2. Compromiso social con la participación, con la voluntad de resolver y de servir al interés particular y social de pacificación

Hay una sensibilidad propia de la cultura de la paz al acercarse a este medio de pacificación, buscando la solución y confiando en la negociación, por lo que se parte de una actitud proactiva y de respeto y reconocimiento en el otro. Una empatía que va a permitir conciliar los intereses propios con la postura del otro.

Este compromiso muestra la importancia del referente social, tal como anteriormente se ha reseñado al dar significado al principio de legalidad, acorde a la configuración del Estado que proclama la Constitución. Proyección social, inherente a la persona, según se reseñó y justificó al significar el principio de participación.

3.3. Vocación de proyección práctica, compromiso de realización

La confianza en un instrumento no es otra que para servir a un fin desde el medio, por ello se huye de la dilación o del entretenimiento en las formas a fin de alcanzar y materializar la satisfacción de los intereses negociados y determinados en su contenido.

La inquietud por la materialización lleva a entender la mediación en los siguientes términos: del saber a la acción, desplegando un arte de negociar para conciliar en un escenario de interacción saludable.

4. Justificación de la ordenación jurídica de la mediación. Positivización para una proyección práctica y eficaz

Toda la batería de principios rectores informa la conveniencia de implantar este instrumento de solución extrajudicial de conflictos. Ese marco teórico y de fundamentación suprallegal se une a la realidad que presenta una secular Administración de justicia lenta y costosa. Si bien, más allá de un argumento práctico o de coyuntura (aunque la judicialización, beligerante y provocadora de la mayor tensión, además de caracterizada por su lentitud no es una novedad ni algo pasajero, sino que está instalado en su ser), lo cierto es que, desde el cuadro de principios (primer esfuerzo buscado en este estudio, tanto enumerándolos como aportando su significación) ya es fácil continuar la hoja de ruta en Derecho para ir de los principios a la conformación del sistema jurídico, ajustado a un plan de exposición ordenado, lógico y coherente, que recoge el articulado regulador.

A favor de esta fundamentación están también las razones prácticas que acompañan y favorecen la mediación, destacando su virtualidad como medio universal útil para una so-

ciudad globalizada en la que las relaciones jurídicas trascienden el ámbito territorial de un Derecho nacional.

Es un movimiento supranacional el que impulsa la mediación, según podemos recordar por la corriente social para la concienciación en la población americana de separarse de una Administración de Justicia, que despertó mucha desconfianza tras la guerra del Vietnam. En la experiencia americana se cita el Federal Mediation and Conciliation Service, creado en 1947 en los Estados Unidos, que puede ser considerado el primer servicio que asume la mediación a nivel mundial. Los RAC (resolución alterna de conflictos; ADR en inglés) deben su origen a un movimiento anglosajón iniciado en la década de los treinta del siglo XX llamado movimiento de libre acceso a la justicia, produciéndose la aparición de los RAC en la década de los setenta del siglo pasado. Esta corriente filosófico-jurídica, que buscaba cauces alternativos al Poder Judicial, se inicia básicamente en la Universidad de Harvard; es la denominada *Critical Legal Studies* (Miranzo de Mateo, 2010, p. 10). Su evolución sí ha permitido, tal como hoy se consolida, armonizar este sistema con el judicial, plantearlo más que como alternativa, como colaboración.

En nuestro espacio europeo se ha consolidado el citado movimiento ADR y, como referente doctrinal precursor de la normativa se cita el Libro Verde de la Comisión sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de 19 de abril de 2002. Frente a ello se puede apreciar la resistencia de una sociedad con frecuencia poco participativa o muy beligerante y litigiosa. Tradición que exige un cambio cultural a favor de la paz y con una formación desde la infancia favorable a la autocomposición y la autotutela.

Por tanto, a pesar de los distintos, abundantes incluso, referentes históricos, estos son hitos que, ante la falta de consolidación, no han servido de puntos de partida para asentar una tradición. Ningún pronunciamiento ni medida a favor de la mediación ha sido suficiente para su definitiva acogida en la práctica, en tanto seguimos acusando falta de implantación y necesidad de impulso por el legislador.

Recientemente asistimos a un impulso de la mediación y, por ello, hay que estar expectantes de ciertas novedades normativas, seguramente porque la Ley del año 2012 no ha desplegado toda la eficacia esperada. Insistimos en que hay razones para saber de la dificultad en la implantación de este mecanismo jurídico, seguramente porque nuestra cultura latina es propensa a la litigiosidad y confrontación en los tribunales, por ello hoy el legislador expresamente denomina a la propuesta de actualización ley de impulso.

El referente normativo principal lo constituye la Ley 5/2012, que era de necesaria aparición en coherente acogimiento de la directiva de la Unión Europea. Ley de carácter general que sirve para dar coherencia y agrupar un tratamiento que, en sectores muy sensibles como las relaciones familiares, acusaba dispersión. Ello sin perjuicio de seguir considerando que la mediación, al igual que acude al servicio de una sociedad globalizada que necesita este instrumento, se muestra como medio idóneo para los conflictos entre personas ligadas por vínculos familiares.

Por tanto, por detrás de esta ley tenemos una normativa europea que determina el desarrollo a nivel nacional. Y, por delante de esta ley, además de un real decreto de desarrollo y sin perjuicio de la revisión y mejora que la ley general ya va a tener, se debe recomendar una pluralidad de leyes especiales para que, por razón del territorio (allí donde se aborde una materia transferida a las comunidades autónomas) o por razón de la materia (según se busque regular lo específico del ámbito familiar o de la contratación bancaria o de las situaciones concursales...) se dé tratamiento específico que sirva también para favorecer la mediación. De hecho, contamos con distintos pronunciamientos del legislador autonómico que han venido a regular la mediación en sectores estratégicos como es el deportivo. Previsión normativa que quizá sería deseable normalizarla en un escenario de tensión como es el sanitario, en el que la relación médico-paciente, que se buscó humanizar con la ley de autonomía instauradora del consentimiento informado, se manifiesta con frecuentes e incluso violentos desencuentros.

En suma, un panorama normativo que se dibuja emergente, con una intensa producción normativa, teniendo en cuenta al periodo corto en el que se ha producido; y que ya suma, en el año 2019, dos referentes de mayor proyección: con la creación del foro y el anteproyecto citado.

Hay que añadir que, además de la razón territorial y funcional, el desarrollo normativo tiene sentido y es necesario en otras tantas líneas o dimensiones como las que se enumeran:

- 1.º Porque es necesario impulsar la mediación no solo como alternativa, sino en el marco judicial y como medio complementario y de cooperación, a través de la llamada mediación intrajudicial y la practicada por derivación.

En el anteproyecto citado de impulso de la mediación se establece una mediación intrajudicial que tendrá lugar cuando el juez o tribunal, una vez analizado el caso, considere que una forma alternativa al juicio puede resultar más satisfactoria para las partes, siempre que no se hubiera producido un intento de mediación con carácter previo al inicio del proceso (se opta por no suspender el curso del proceso judicial) o practicada por derivación, confiando todos –tanto los poderes públicos como los particulares– en esa horizontalidad e igualdad, así como en la subsidiaridad que da el protagonismo a la sociedad civil.

La expansión que se busca va a venir desde la cooperación (con la Administración de Justicia), más que alternativa (al recurso jurisdiccional o dictado por los poderes públicos, aunque propio o complementario de lo judicial). Es por ello que la Orden de enero de 2019 ha dispuesto la creación de un foro de diálogo entre sociedad civil y Estado. El objetivo es lograr normalizar este instrumento de solución del conflicto afirmando todas sus ventajas y argumentos de fundamentación, al tiempo de reconocerle toda la eficacia jurídica, disponiendo su necesaria observancia y dando ejecutividad al acuerdo resultante.

- 2.º Porque es preciso regular la labor del mediador de un modo más completo, ya que lo relativo al acceso a la profesión, su formación continua, su registro y su ase-

guramiento es insuficiente. En efecto, la profesionalización de la figura del mediador pasa por contemplar una formación necesaria tanto de acceso a la profesión como de formación continua, una inscripción registral en el control administrativo del ejercicio de esta profesión, la garantía de que su trabajo esté respaldada por un contrato de seguro, si bien el impulso de su tarea pasará por un tratamiento más profundo de su ejercicio profesional que sirva para enmarcarlo revestido de *lex artis*, contratando servicios, constituyéndose en garante de legalidad, asesorando a participantes que, a su vez, son usuarios o parte débil contratante... una complejidad negocial que pivota en torno a un profesional que conduce y asiste, siendo el responsable de sujetar al Derecho todo lo actuado en la forma y en el fondo.

El registro y ordenación de la profesión puede también explicar la colegiación del mediador en tanto su labor social puede precisar que la entidad corporativa vele por el recto ejercicio. Colegiación, por demás, que, en lugar de ser separada se puede vincular a la ya operada por el abogado o psicólogo.

Hay que abordar, en clave jurídica, un análisis particular del tipo de compromiso que se adquiere para, en y consecuencia de la mediación, ya que se tiene que entender la eficacia jurídica que alcanza el cuadro de convenios que se produce y que, efectivamente, se presenta como un caso de complejidad negocial ya que, desde la voluntad primera de las partes en conflicto por mediar, el encargo profesional al mediador, el acuerdo resultante del proceso de mediación, la protocolización notarial del convenio, son distintas manifestaciones de una pluralidad de acuerdos.

- 3.º Porque hay una realidad desbordante y desbordada en el conflicto, con múltiples muestras de su peor versión, que es la violencia. Es difícil evitar y erradicar una conflictividad emergente en ámbitos que debían ser ejemplares como el deporte o las aulas, por ello se hace necesario no solo proyectar la mediación a esos conflictos, sino formar en la mediación²¹. Cuanto más si ciertos escenarios no deben judicializarse como ocurre con el ámbito escolar (si acaso, si son asuntos derivados por la autoridad judicial, que la judicialización no se extienda a la jurisdiccionalización), resultando especialmente útil la mediación como herramienta pedagógica para aprender a negociar.
- 4.º La necesidad de la mediación se aprecia y precisa, de modo particular, en el ámbito familiar²², por lo que se ha de aumentar y facilitar su práctica con base en

²¹ Entre los objetivos de la educación que el legislador ha previsto está: «k) La educación para la prevención de conflictos y la resolución pacífica de los mismos, así como para la no violencia en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social, y en especial en el del acoso escolar» (Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa).

²² Cuanto más se ha de legitimar la solución articulada al caso concreto por medio de la mediación y confiando en la autonomía de las personas y la oportunidad de lo conveniente es cuando se lamenta una

razones como las siguientes: porque cuando el conflicto afecta a una institución nuclear su pacificación es una cuestión de interés social; porque las personas en conflicto están ligadas por vínculos personales (como allegados), económicos (comprometidos en la economía doméstica) y jurídicos (entrelazados en relaciones jurídicamente relevantes desde el nacimiento hasta después de la muerte), siendo recomendable que, por trascendiendo del conflicto particular, se conserven esas relaciones y el marco de diálogo abierto. Otra razón es que a la intimidad familiar, proclamada en la Constitución, le es más apropiado un marco de privacidad como el que ofrece la mediación; y, en relación con este argumento, se hace necesaria la mediación familiar a favor de los hijos menores que, siendo titulares del interés supremo, merecen que en todo orden y, por ende, en la preservación de su intimidad, se articulen medidas tuitivas.

- 5.º La expansión de la mediación, en la que se confía, será referente suficiente para asumir su implantación en otros sectores del ordenamiento más allá del civil y del mercantil, incluso penetrando en las relaciones públicas, de los particulares con la Administración y de las distintas Administraciones entre sí.

La expansión al orden penal o al tributario ya goza de un fuerte predicamento, en el primero para desarrollar la justicia restaurativa y en el segundo para favorecer la negociación en asuntos que requieren un tratamiento flexible, ya que la normativa tributaria rígida se traduce en evasión, en mudanza, en competencia desleal entre países y territorios autonómicos... Advertir que esta proyección en el Derecho administrativo o en el Derecho fiscal, además de su conveniencia y razón, ya cuenta con antecedentes si se tiene en cuenta la fuerza del pactismo como instrumento de desarrollo de la Administración pública (por ejemplo, en materia urbanística), como también en las actuaciones inspectoras de Hacienda se frecuente y favorece la firma en conformidad. Reseñar, en fin, que la labor pública también se muestra en una dimensión negociadora cuando se ofrece, hacia los administrados, una posibilidad de actuar (por ejemplo, con ocasión de elaborar unos presupuestos participativos); y cuando entran las distintas Administraciones (que se multiplican en un Estado autonómico) surgen, cada vez en mayor número, conflictos.

A propósito de lo expresado en el punto anterior, la fuerza expansiva que se quiere dar a la mediación ha llevado a dotar al foro de iniciativas para articular su uso en otros sectores del ordenamiento jurídico, trascendiendo al Derecho privado. Todo

falta de soluciones legales. Es de alto interés y actualidad la reflexión que escribe Seijas Quintana (8 de julio de 2019). «El Código Civil no ofrece en estos momentos una respuesta a los problemas que resultan de las relaciones familiares y, de manera muy especial, a las instituciones claves a la ruptura de la pareja, como es la custodia compartida y el domicilio familiar, y cómo no, a la diversidad de modelos de familia que coexisten en la actualidad».

ello con la prudencia necesaria ya que cabe advertir contra la posibilidad de recurrir abusivamente a la mediación, no ya por querer sujetar a negociación materias vinculadas tradicionalmente al orden público, lo cual, según se va comprobando en la hoja de ruta del legislador, está ganando flexibilidad (por razón de una lógica evolución social, enriquecida con la diversidad derivada de la interculturalidad); la extensión que se ha de evitar es la de plantear la mediación contra Derecho (como, por ejemplo, cuando se ha sugerido aplicarla, a través de un relator, acogiendo una inquietud separatista en Cataluña contraria al marco constitucional).

La dinámica de estímulo la muestra el legislador con su compromiso en una nueva ley de mediación que amplía de forma extraordinaria los supuestos sujetos a la misma. Este catálogo evidencia aún más la política de incentivar la mediación, al incluir materias jurídicas tradicionalmente excluidas de la negociación por estar ordenadas por normas imperativas o ser, directamente, cuestiones de orden público. A costa de la voluntariedad, aunque con plena virtualidad, se empieza a extender la mediación, entre otras situaciones jurídicas, a la materia sucesoria, a los conflictos vecinales en régimen de propiedad horizontal, a los derechos reales, a las crisis matrimoniales o a las tensiones entre parientes por razón de alimentos.

- 6.º La regulación de la mediación para favorecer su implantación, generando una *opinio iuris* que acoja con agrado la figura, depende de un tratamiento amable que ayude a un cambio de mentalidad (construyendo una *communis opinio*). Es una rigidez de la tradición litigiosa y de la falta de cultura negociadora lo que está dificultando que eche raíces algo que, *per se*, es bueno y que, a mayores, se basa en un cuadro de principios tan basto que consolida la mediación como instrumento idóneo.

5. Conclusiones

Primera. Necesidad de un cuadro de principios amplio y expresivo de unos valores

El esfuerzo del legislador no es suficiente para implantar la mediación por lo que es preciso, antes de que asomarnos al texto impuesto, abundar en los referentes o principios informadores. Se hace necesario profundizar en valores positivos (no, ahora, en el sentido de positivizados, sino de bondadosos) en lugar de vernos abocados a tener que asumir la mediación por exclusión al comprobar su ventaja en tiempo, dada la dilación indebida que en los tribunales se sufre, cuando esta patología no exige sino superarse, por lo que no debe perpetuarse como argumento.

Donde sí se encuentra razón es en un cuadro de principios que sirve para humanizar y democratizar la gestión y superación del conflicto (desde luego por lo que implica del cara a cara y por lo que acerca al voto directo o decisión personal sin representante).

Segunda. De los principios al Derecho positivo. Una sistemática propuesta para la gradual implantación y consolidación

El plan de exposición ofrecido en este estudio ha venido a enlazar una fundamentación con una técnica de materialización a fin de garantizar la aplicación. Se considera que ese recorrido aporta la lógica necesaria para hacer inexcusable una práctica jurídica. Esta realización o proyección necesaria en la realidad material se posibilita con el desarrollo normativo en el que el legislador está comprometido y con el estudio se legitima y fundamenta su razón.

El panorama normativo, precisamente, nos habla de un Derecho emergente que va a traer novedades en Derecho privado y público, además de incidir las reformas en derechos sectoriales como el estatutario (para completar la clave de profesionalización de la tarea mediadora) y el de consumo (para atender la posición de los mediados respecto al profesional). Por demás se adivinan cambios en otras leyes que se van a ver afectadas (desde la Ley de propiedad horizontal a la Ley de educación, para resolver conflictos vecinales y para inculcar cultura de la mediación, solventando de manera sencilla, eficaz y pedagógica conflictos del ámbito escolar).

Tercera. Medidas de impulso en catálogo abierto y emergente

El impulso de la mediación se manifiesta con el compromiso del legislador de construir un nuevo texto el cual, en su denominación misma, expresa esa inquietud de servir para expandir la figura. Y es este este escenario abierto al desarrollo donde destaca un cambio: de instrumento alternativo a medio de cooperación, como también se aprecia la expansión del ámbito de aplicación a numerosos supuestos, incluso disponiendo (además de aquella derivación) la sujeción obligatoria e incluso motivándose a favor de continuar esa tendencia proyectando la mediación en el Derecho público (potenciando la autonomía frente a la heteronomía y disminuyendo, por tanto, los límites legales al marcar el margen de esa autonomía).

Nos encontramos con una realidad material que remueve al Derecho para continuar el impulso y la expansión en tanto aumentan los conflictos en determinados ámbitos en los que la mediación no es alternativa sino medio idóneo y principal si se acusan notas como, por ejemplo, la interculturalidad, supraterritorialidad, comunicación a distancia y telemática, además de aquellos conflictos que, por razón del perfil de las personas afectadas, requieren extremar la privacidad, sobre todo cuando se habla de familiares que, por mandato constitucional, precisan una preservación superior de su intimidad.

Investigar en la mediación, explicarla, razonarla, requiere mostrarse como una contribución con la divulgación e implantación exitosa del recurso, convencidos de unos valores y de todo lo que sirve a la realización de una sociedad civil protagonista y responsable.

Cuarta. Necesaria mejora del estatuto del mediador

La dignidad profesional, la relación de consumo que surge de la convivencia de diferentes medidas de la responsabilidad civil, diligencia ordinaria –en los mediados– y diligencia ajustada a *lex artis* –en el mediador–, la contratación de servicios en un escenario de mercado libre y oneroso, el acceso y el mantenimiento en la profesión, la colegiación, ... son extremos abiertos que sugieren la mejora de la regulación. En particular, respecto a la retribución, no parece acertado sostener las ventajas de la mediación en su menor coste, tal como sí confirma el anteproyecto, cuando la no intervención de abogado ni procurador no excusa el llamamiento a un profesional y los honorarios derivados de su intervención.

La labor profesional se complica en tanto la normativa es cada vez más exigente en materia, por ejemplo, de protección de datos; como también cuando se suma una tarea de medios con trabajos de resultado cierto, por ejemplo, elaborando un plan de pagos, denunciando o reportando a la autoridad judicial, mandando elevar a escritura pública.

No cabe sino insistir en que ciertos aspectos, incluso ya reglados aunque mejorables, sugieren la mejora de la regulación también a nivel estatutario. Desde luego en lo relativo a los requisitos de acceso (perfil, titulación y pruebas, en su caso, de habilitación, colegiación), la formación más amplia tanto la inicial como la continua y el aseguramiento de los riesgos de la actividad, por su proyección al mercado como servicio y por la complejidad de los asuntos que se abordan. De todas formas, en coherencia con lo razonado en este estudio, la formación jurídica se muestra como esencial.

Quinta. El Derecho es clave en la fijación de la naturaleza e institucionalización de la mediación

Como categoría jurídica que es la mediación, ganada en su institucionalización y, por ende, convertida en centro de imputación de normas, justifica y exige un desarrollo normativo radicado en el Derecho civil, en tanto descansa en la autonomía privada y en la voluntad negocial, aunque con vocación de servir y proyectarse al resto del ordenamiento jurídico.

Construimos un Derecho (ordenador de la mediación) con las mejores virtudes que se pueden proclamar: autonomía, autocomposición, autotutela, negociación, libertad, empoderamiento, cooperación, colaboración, participación, pacificación, humanización, empoderamiento, democratización (*ad exemplum*). Una relación de palabras clave que confirman y completan las que, en una sintética presentación, se han podido reseñar en el encabezamiento de este estudio. Por demás, con este Derecho, se puede hablar de una justicia accesible, satisfactiva, negociada y de precisión.

La clave jurídica resulta decisiva para entrelazar una complejidad negocial que se da tanto del lado objetivo como del lado subjetivo: pluralidad de objetos (en las distintas relaciones jurídicas ya sea entre mediados, con el mediador o con otros profesionales, públicos –jueces, notarios– o privados –peritos–) y pluralidad de sujetos, ligados por diferentes vínculos jurídicos, particulares en relaciones ordinarias o comunes e inmersos en relaciones profesionales.

Referencias bibliográficas

- Arnáiz Serrano, A. (2018). Hacia una abogacía gestora integral de conflictos. *Revista de Mediación*, 11(2), 10-18.
- Basagoiti Rodríguez, M. y Ortiz García, A. (2018). El foro abierto como herramienta de diálogo para la mediación comunitaria intercultural. *Revista de Mediación*, 11(2).
- Carretero Morales, E. (2014). El estatuto del mediador civil o mercantil. *Revista de Mediación*, 7(1), 18.
- Chélin Inglés, M. C. (2019). A la luz del Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación, ¿va a ser obligatorio acudir a la mediación antes de iniciar un proceso judicial. *El Derecho Responde*, LXXXII.
- Criado Inchauspé, A. (2010). Los mediadores no existimos. *Revista de Mediación*, 5.
- De la Torre Olid, F. (2012). *La solución extrajudicial de conflictos*. Aranzadi.
- De la Torre Olid, F. y Conde Colmenero, P. (2015). *El Principio de Participación en la Mediación*. *Diario La Ley*, 8469.
- Díez-Picazo L. y Gullón Ballesteros, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, I.
- Madrid Liras, S. (2017). Por qué un cuarto modelo de mediación: oportunidades e integración del modelo de mediación insight. *Revista de Mediación*, 10(2).
- Magro Servet, V. (2014). La mediación civil y mercantil: ante la última oportunidad en la resolución extrajudicial de los conflictos. *Revista Ceflegal*, 158.
- Miranzo de Mateo, S. (2010). Quiénes somos, a dónde vamos... origen y evolución del concepto mediación. *Revista de Mediación*, 3(5).
- Munduate Jaca, L. y Barón Duque, M. (2001). Jornada *La mediación como estrategia de solución de conflictos*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Archivos de la Facultad de Psicología de la Universidad de Sevilla.
- Riera Adrover, J. A. y Casado de Staritzky, T. (2018). Fundamentos para la construcción de una relación de confianza en mediación familiar. *Revista de Mediación*, 11(2).
- Seijas Quintana, A. (8 de julio de 2019). Derecho de familia y Seguridad jurídica, en el cumpleaños del Código Civil. Recuperado de <diariolaley.es>.
- Tortajada Chardi, P. (2019). Redes empresariales y mediación. *Revista Ceflegal*, 217.