

# NUEVAS PERSPECTIVAS EN EL DERECHO DE FAMILIA: MEDIOS COMPLEMENTARIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Nuria BELLOSO MARTÍN\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Otras formas de resolver los conflictos*.  
III. *La mediación familiar*. IV. *La mediación familiar en Latino-*  
*américa*. V. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

Estamos ante una nueva cultura de la pacificación social e interpersonal. La postmodernidad, la globalización y otras diversas corrientes y acontecimientos actuales han puesto de manifiesto la necesidad de buscar una concepción renovada del tratamiento y resolución de los conflictos. Hay un nuevo paradigma de relación y comunicación intra e interpersonal y de gestión de las diferencias y divergencias. Frente a la resolución de conflictos “tradicional” —la administración de justicia a través del proceso—, promovido por el Estado moderno, se alza este nuevo movimiento de los sistemas autocompositivos del conflicto. Diversos factores han permitido poner de relieve las carencias y la ineffectividad de un sistema heterocompositivo, que no consigue resolver, a plena satisfacción de las partes en disputa, los diversos conflictos que surgen en la sociedad (empresariales, laborales, de consumo, penales, de convivencia, interculturales y, principalmente, familiares). Una nueva sensibilidad ciudadana impone la búsqueda de nuevos sistemas de resolución y de gestión de divergencias conforme a un verdadero criterio de eficiencia y eficacia. La sociedad civil reclama un mayor protagonismo en

\* Profesora titular en la Universidad de Burgos, España.

todos los ámbitos y esto tiene su reflejo en la gestión de los conflictos. La negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, permitirán hacer posible otro tipo de “justicia” no sustitutiva sino complementaria de la que llevan a cabo los órganos judiciales.

En cierto tipo de conflictos la aplicación de la mediación resulta especialmente aconsejable, como es en el caso de los conflictos familiares: casos de separaciones, divorcios, temas de menores, conflictos en definitiva que tengan su raíz en el marco de la familia. El mediador ayuda a las partes a que gestionen su conflicto y propongan la solución más adecuada al problema. El mediador no decide, no impone la decisión, sino que son los propios protagonistas del conflicto quienes deciden. La formación del mediador, a través de un curso especializado que le habilite y le permita adquirir las técnicas adecuadas, reviste una gran importancia.

La familia está experimentando actualmente un importante proceso de transformación. Este fenómeno no se circunscribe únicamente al ámbito europeo sino que es generalizado, derivado posiblemente de la propia globalización en la que nos vemos inmersos. Los países de Centroamérica y de América del Sur comparten también estas mutaciones en el núcleo familiar que acaban haciendo imprescindible una reflexión seria sobre los nuevos problemas que pueden surgir en el ámbito de la familia y que reclaman una solución y ayuda por parte del derecho, que no puede dejar de configurar el marco de seguridad jurídica que es necesario, más en un ámbito tan delicado como es el de las relaciones familiares, en las que los menores, las personas con discapacidad y las personas mayores deben ser objeto preferente de atención y protección.

Cabe constatar que se ha pasado de una preocupación por las cuestiones relativas al normal funcionamiento de la familia a un interés mayor por el estudio de aquellas materias que se refieren a las soluciones posibles ante los conflictos familiares. Sabemos que la sociedad y el derecho tienen un ritmo de cambio diferente pues la sociedad evoluciona mucho más rápidamente que el derecho. Y esto es lo que ha acaecido en el tema de la crisis matrimonial.<sup>1</sup> Estamos ante la configuración

<sup>1</sup> Utilizamos esta acepción en un sentido amplio pues lo importante es el hecho de haber convivido en pareja y tener o no hijos y no tanto el hecho de haber contraído matrimonio.

de nuevos patrones de familia: separación, divorcio, uniones de hecho, madres solteras con hijos, separados y divorciados con o sin hijos, parejas de hecho, parejas del mismo sexo con o sin hijos, nuevas formas de filiación y parentesco, custodia compartida, adopción nacional e internacional, violencia de género, y tantos otros que exigen una reflexión por parte de los legisladores para configurar un derecho que realmente de solución a las nuevas problemáticas que derivan de estas complejas situaciones actuales.

Algunos autores apuntan que, después de mucho meditar sobre el asunto, han llegado a la conclusión de que, comparándolos con dos deportes, las parejas son de dos tipos: las parejas tipo “tenis” y las parejas tipo “frescobol”. Las parejas tipo tenis son una fuente de rabia y resentimiento y siempre terminan mal. Las parejas de tipo frescobol son una fuente de alegría y tienen la oportunidad de perdurar en el tiempo. El tenis es un juego feroz. Su objetivo es derrotar al adversario y su derrota es equivocarse. El frescobol guarda una gran similitud con el tenis: dos jugadores, dos raquetas y una bola. Sólo que, para que el juego sea bueno, es preciso que ninguno de los dos pierda. Si la pelota llega medio torcida, los jugadores saben que no ha sido a propósito y hacen el mayor esfuerzo para devolverla, adecuadamente, en el lugar debido, para que el otro pueda cogerla. No existe adversario porque no hay ningún derrotado. La pelota viene a representar nuestras fantasías, irrealidades, sueños bajo la forma de palabras. Hablar e ir intercambiando sueño para aquí, sueño para allá... Pero hay parejas que juegan con los sueños como si jugaran el tenis. Se quedan esperando el momento adecuado para dar el corte. El tenis es así: se percibe el sueño del otro para destruirlo, arrebatarlo. El juego del frescobol es diferente: el sueño del otro es un juguete que debe ser preservado pues ya se sabe que el sueño es una cosa delicada, de corazón. El buen oyente es aquel que, al hablar, abre espacios para que las pelotas del otro vuelen libres. Pelota va, pelota viene y crece el amor. Nadie gana para que los dos ganen. Y se desea entonces que el otro viva siempre, eternamente, para que el juego nunca tenga fin.<sup>2</sup>

En ocasiones a la normativa legal le resulta difícil acomodarse a las circunstancias concretas de los conflictos que se presentan como es

<sup>2</sup> Texto de Rubem Alves.

el caso de las relaciones familiares. No se puede utilizar un patrón-modelo que se ajuste a los diversos conflictos familiares aunque en ciertos casos en los que las partes no consiguen o no quieren llegar a un acuerdo no hay más remedio pues resulta más adecuada una solución individualizada a cada conflicto familiar que se presente, ya que cada conflicto, por semejante que sea a otro, tendrá unos matices diferenciadores. Y ciertamente, nadie mejor que las propias partes implicadas en el conflicto para intentar dar una solución al mismo. Son las partes las que conocen la historia de todo su tiempo de convivencia juntos, los entresijos de su vida familiar.

Si las partes no han llegado a una situación de enfrentamiento exagerada, con odio o deseo de venganza hacia el otro, si continúan conservando una cierta capacidad de diálogo y de comunicación con el otro, entonces, debidamente ayudados por el mediador, elemento fundamental en posibilitar y hacer fluida esa comunicación, podrán llegar a ser capaces de “gestionar su conflicto”. La mediación en materia de familia conlleva una serie de ventajas tanto para los cónyuges (es un recurso voluntario, económico, breve, los acuerdos que se adoptan suelen ser más duraderos, hay menos enfrentamientos) y para los hijos (al haber menos hostilidad hay menos daño afectivo y patrimonial para los hijos, así como ausencia de miedo y de culpa) e incluso para la propia administración de justicia (disminución de demandas, los conflictos familiares no se hacen públicos, etcétera).<sup>3</sup>

En España, la familia está constituyendo un foco central de atención: la reforma de la ley del divorcio, las medidas de protección contra la violencia de género, la ley del matrimonio de parejas del mismo sexo regulando la posibilidad de adoptar por los mismos y otras diversas medidas legislativas que han propiciado numerosos debates y polémicas entre la clase política —llegando incluso algún partido político a presentar recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional— y también entre la ciudadanía. La familia constituye uno de los pilares básicos de nuestra sociedad y está experimentando numerosas modificaciones, fruto de los cambios económicos, sociológicos y sexuales, propios del siglo XXI. Las opiniones están divididas: desde los que

<sup>3</sup> Cfr. Barona Vilar, S., *Solución extrajudicial de conflictos. “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y derecho procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 180 y 182.

acompañan los cambios con entusiasmo a aquellos otros que intentan rebelarse ante lo que consideran una deformación del concepto de familia y de matrimonio.

Se han promulgado Leyes de Mediación Familiar en algunas comunidades autónomas españolas pero falta una legislación estatal sobre mediación familiar que habría sido deseable para articular unas pautas comunes a seguir en el desarrollo de la mediación familiar.<sup>4</sup> Una regulación estatal de Ley de Mediación Familiar con vigencia en todo el territorio nacional es pues una reivindicación pendiente.<sup>5</sup> Entendemos que resulta imprescindible una regulación de las relaciones entre el proceso de mediación y los tribunales. La mediación como “complementaria” de resolución de conflictos, implica que tribunales y mediadores estén llamados a entenderse en aras de una adecuada colaboración entre ambos que redunde en beneficio de las familias en procesos de ruptura matrimonial. Consideramos que debería hacerse a través de una ley de ámbito nacional, que permitiera una adecuada regulación de cuestiones tales como las que se refieren a la possibili-

<sup>4</sup> El actual ministro de justicia español ha justificado esta circunstancia durante la conferencia de prensa posterior al Consejo de Ministros de 17 de septiembre de 2004, apuntando que: “la mediación se corresponde con competencias que las comunidades autónomas ejercen legítimamente... en sus ámbitos de atribución, de bienestar social, de protección social y asistencia social... una institución que no debe tener su sede en el Código Civil... ya que estaríamos invadiendo competencias de las comunidades autónomas si regulásemos con esta ocasión el instituto de la mediación”.

<sup>5</sup> Hasta ahora lo que existen son legislaciones particulares o autonómicas, como hemos advertido en páginas anteriores, tales como la de Cataluña, primera comunidad autónoma con una Ley de Mediación —Ley de Mediación Familiar de Cataluña, 1/2000, de 15 de marzo y Decreto 139/2002 de Desarrollo Reglamentario de la Ley 1/2001—. Se ha promulgado también la Ley de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Galicia, Ley 4/2001, de 31 de mayo, en cuyo título preliminar se configura la institución de la mediación Familiar como “una manifestación de una actividad de interés público, promovida por la Junta de Galicia en razón de la indudable utilidad pública que representa para las familias y unidades de convivencia establecidas, particularmente, para los hijos”. También hay que destacar la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la comunidad de Valencia, “como un procedimiento extrajudicial, sin atribuirle en ningún caso efectos procesales... se constituye como un recurso complementario o alternativo a la vía judicial”. En 2003 se ha aprobado la Ley de Mediación Familiar en la comunidad de las Islas Canarias. Y, por último, en la comunidad de Castilla y León, contamos con un Proyecto de Ley de Mediación Familiar, de la Conserjería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, que está actualmente está siendo objeto de discusión y reflexión (congresos, reuniones científicas) y que posiblemente, tras la preceptiva aprobación de los órganos competentes, verá la luz en enero de 2006.

dad de configurar una cláusula de mediación previa, pactada entre las partes, frente a una demanda interpuesta, la posibilidad de interrumpir la prescripción al iniciar un proceso de mediación y que se determinaran claramente los requisitos para ser mediador.<sup>6</sup>

Recientemente se ha creado en España, el Foro Español de Mediación —del cual formamos parte—, que pretende integrar a representantes de las diversas comunidades autónomas que cuentan con una Ley de Mediación Familiar o que ya están trabajando en la mediación familiar o en otro ámbito de mediación. Este foro viene a intentar colmar la laguna que hasta ahora existía pues prácticamente, cada comunidad autónoma contaba con una o varias asociaciones de mediación pero sin una perspectiva nacional. En el ámbito internacional, el Forum Europeo de Mediación Familiar, creado en 1998, intenta ofrecer un marco para el intercambio de experiencias y conocimientos entre los centros de formación de los diversos países.

También sería conveniente una reforma del derecho procesal para regular uniformemente los puntos donde la mediación y el proceso judicial puedan encontrarse: envío a la mediación por parte del juez a las partes (cuándo, cómo, en qué casos), presentación del acuerdo de mediación en sede judicial, plazos de suspensión del proceso y otros.

La efectiva implementación de la mediación en la sociedad necesita también de la disponibilidad de los fondos públicos suficientes para su implantación y aplicación. No basta con aumentar la oferta desde los sectores públicos y privados sino que resulta imprescindible incrementar la difusión de la mediación que, actualmente, sigue siendo una gran desconocida. Los ciudadanos no pueden demandar servicios de mediación si no conocen su existencia y su finalidad. Sólo de esta

<sup>6</sup> La ya citada Recomendación R (98)1 sobre mediación familiar recomienda a los gobiernos de los Estados miembros: “a) Introducir y promover la mediación familiar o, en su caso, reforzar la mediación familiar existente; b) Adoptar o fortalecer todas las medidas que se consideren necesarias con el fin de que se pongan en práctica los principios que se proponen para la promoción y el uso de la mediación familiar en tanto que medio apropiado de resolución de conflictos familiares” (Véase a este respecto Palao Moreno, G., “¿Hacia una armonización de la mediación familiar en Europa?, en *CREA*, 2001, pp. 135-145). Aunque la Recomendación núm. (98)1 reconoce que la mediación familiar puede comprender, en un sentido amplio, “todas las controversias entre miembros de la misma familia, sean parientes por consanguinidad o afinidad”, la recomendación se refiere fundamentalmente a la mediación familiar en los supuestos de separación o divorcio, que es el ámbito en que internacionalmente se halla más consolidada.

forma se pondrá incrementar la demanda de estos servicios. La divulgación de la cultura de la mediación requiere de un esfuerzo y un compromiso de todos los sectores implicados, desde la administración hasta los profesionales de la mediación.

A través de congresos internacionales de familia, como el que ahora nos ha permitido reunirnos en espacio de diálogo y estudio, acertadamente promovido por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, se puede contribuir a crear un foro de discusión y reflexión imprescindible para que los juristas y operadores jurídicos, así como otros muchos profesionales provenientes de otras áreas de formación junto con la sociedad civil, puedan conocer y decidir, de una forma pausada y con conocimiento del derecho comparado, las nuevas posibilidades legales que se vislumbran principalmente en un área como el de la familia. Las formas complementarias de resolución de conflictos y, principalmente la mediación, se erigen como un instrumento valioso para que los conflictos familiares se puedan gestionar de forma más flexible y autónoma por las propias partes implicadas.

No dudamos que la práctica de la mediación en ciertas áreas (comunitaria, escolar, laboral, familiar) sea ya una realidad en México. De hecho, casi coincidiendo con el Congreso de Familia en el que nos encontramos, se está desarrollando también en México —en la ciudad de Sonora— un congreso sobre mediación. Estos encuentros permitirán un estudio sosegado de la conveniencia o no de buscar otros cauces para gestionar los conflictos. Y, principalmente, de qué procedimiento a seguir y cómo se debe desarrollar ese camino para construir nuevas formas de gestionar positivamente el conflicto y, en su caso, su posible resolución.

El propósito que nosotros nos proponemos con esta exposición es modesto. Nos limitaremos en primer lugar a ofrecer unas reflexiones sobre la mediación y, principalmente, sobre la mediación familiar. Básicamente, queremos dejar constancia de la experiencia que hasta ahora, en el contexto español y europeo, tenemos sobre la mediación. México, como una República compuesta por varios estados federados, debería plantearse la posibilidad de trabajar en un diseño de ley de mediación, de ámbito nacional a ser posible, para evitar el inconveniente de que haya tantas leyes como estados federados existen

actualmente en México, superando así una de las grandes dificultades que en España tenemos: la existencia de varias leyes autonómicas de mediación familiar —una por cada comunidad Autónoma es lo que se prevé habrá en el futuro— que acaban produciendo desconcierto y dificultad a la hora de ejercer la mediación por parte de los mediadores profesionales.

La justicia alternativa ha sido una característica común a los países latinoamericanos, tal vez conveniente en una época en la que el derecho era creado por los intereses de unos grupos privilegiados. Ahora, con sistemas democráticos, con principios básicos como el estado de derecho, el principio de legalidad y la separación de poderes, la sociedad civil debe recuperar su protagonismo y la mediación es un cauce propicio para ello.

En segundo lugar, en nuestra exposición presentamos algunas de las experiencias de la mediación en algunos países latinoamericanos, como es el caso de Argentina, Colombia y Brasil, donde la práctica de la mediación está bastante extendida. Confiamos en que, en breve plazo, podamos ya ofrecer unas reflexiones sobre el avance de la mediación en México, pero eso sí, sin que México esté condicionado por la urgencia de una legislación apresurada para contar también con el instituto de la mediación. Las prisas nunca han sido buenas a la hora de legislar. La reflexión prudente sobre las áreas en las que se puede trabajar la mediación, el tipo de profesionales que pueden formarse como mediadores, la importancia de configurar la mediación como una vía efectivamente autocompositiva de resolución de conflictos y otros muchos aspectos, precisan de estudio serio y riguroso y de un conocimiento de la experiencia de otros países que ya trabajan con la mediación, para evitar errores o superar dificultades que en otros marcos geográficos se han cometido.

## II. OTRAS FORMAS DE RESOLVER LOS CONFLICTOS

La mediación posee una larga historia en casi todas las culturas del mundo. Judíos, cristianos, budistas, hindúes, islámicos y muchas culturas indígenas tienen todas una extensa y efectiva tradición en esta práctica. Comunidades judías en los tiempos bíblicos utilizaban la media-

ción —que era practicada por líderes religiosos y políticos— para resolver diferencias civiles y religiosas. La tradición judía de resolución de conflictos influyó en las emergentes comunidades cristianas, que veían en Cristo al mediador supremo, interpuesto entre Dios y el hombre (I Timoteo, 2:5-6). Hasta el Renacimiento, la Iglesia católica y la Iglesia ortodoxa en el Mediterráneo occidental eran probablemente las organizaciones centrales de mediación y resolución de conflictos en la sociedad occidental. El clero mediaba disputas de familia, casos criminales y conflictos diplomáticos entre la nobleza.

La práctica moderna de la mediación se expandió mundialmente, principalmente en los últimos veinticinco años. Ese crecimiento se debe básicamente a la expansión de las aspiraciones por la participación democrática en todos los niveles sociales y políticos, la creencia de que todos los individuos tienen derecho de participar y tener control sobre las decisiones que afectan a su vida y a una apelación por una mayor tolerancia y respeto por la diversidad. La ideología que subyace a la práctica de la mediación es contraria a las manipulaciones autoritarias y profundamente democrática; contraria a la simplificación que masifica y enfocada a la valorización de lo especial, original y único de cada individuo; contraria a la crítica, a la descalificación y desvalorización del que es o piensa diferente y legitimadora de lo humano, lo complejo y lo sutil. Es contraria a la importación de soluciones prefabricadas estándares y enfocada al diseño de acuerdos a medida en cada caso y en cada lugar; contraria a las soluciones definitivas y para siempre —imaginadas por unos pocos— y a favor de procesos inclusivos y participativos paso a paso.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Algunos de los conceptos de la disciplina de la psicología social son fundamentales para entender cómo se pueden resolver los conflictos pacíficamente. Los estudios de Kurt Lewin (1931, 1935) dieron lugar a algunos de los primeros conceptos aplicados a la comprensión de los conflictos: sistemas de tensión, fuerzas conductivas y restrictivas, niveles de aspiración, esferas de poder e interdependencia, crearon un nuevo vocabulario para el estudio de los conflictos y de las ideas de cooperación y competición.

Otra vertiente de la psicología social que también ha supuesto una contribución notable al estudio de la resolución de conflictos fue la llamada Teoría de los Juegos (*Game Theory*), desarrollada por Von Neumann y Morgnster en 1944. Esta teoría tenía como objetivo expresar en términos matemáticos el problema de los conflictos de interés, pero su mayor contribución fue enfatizar la interdependencia de intereses entre las partes en conflicto. Esta teoría fue la primera en admitir que el destino de las personas (inclusive su desgracia) es tejido conjuntamente.

En líneas generales, las investigaciones actuales de la psicología social, en este campo, se concentran básicamente en ocho cuestiones: 1. ¿Cuáles son las condiciones

La utilización de medios alternativos a la vía jurisdiccional puede justificarse desde diferentes ópticas. La posición liberal, que plantea sus pretensiones desde la órbita de la libertad de elección del medio adecuado para casos concretos, considera que estos cauces constituyen un abanico de posibilidades en ese ejercicio de libertad de elección. Quienes defienden una óptica del papel socializador del Estado, entendiendo que es al Estado al que corresponde el ejercicio de la tutela efectiva de los ciudadanos, no se oponen a que se reconozca una pluralidad de medios para alcanzar la citada protección, si bien será el Estado el que delimitará y regulará estos medios, así como la posibilidad de acudir a estos cauces de forma voluntaria u obligatoria, con carácter previo al proceso o bien otorgándoles un carácter *intra* o *post* procesal.

La utilización de las técnicas de resolución de conflictos alternativas al Poder Judicial —conocidas como ADR, terminología que deriva de su denominación en inglés, *Alternative Dispute Resolution*— es cada vez mayor.<sup>8</sup> En el derecho extranjero es paradigma esencial en el movi-

que proporcionan un proceso constructivo (donde las partes puedan llegar conjuntamente a una solución que sea positiva para ambas) o destructivo en la resolución de conflictos? 2. ¿Cuáles son las circunstancias estratégicas y tácticas que llevan a una persona a salir mejor parada que otra en una situación de conflicto? 3. ¿Qué determina la naturaleza del acuerdo entre las partes en conflicto, si ellas mismas tienen las condiciones de hacerlo? ¿Cuál es, por ejemplo, la noción de justicia que las partes poseen? 4. ¿Cómo pueden ser utilizadas terceras partes para evitar que los conflictos se conviertan en destructivos o para ayudar a los mediadores a conducir constructivamente su conflicto? 5. ¿Cómo se pueden educar a las personas para que resuelvan sus conflictos constructivamente? 6. ¿Cómo intervenir en conflictos profundos (*intractable conflicts*), que ya tomaron una forma destructiva y violenta? 7. ¿Por qué conflictos étnicos, religiosos y de identidad frecuentemente se convierten en destructivos y profundos? 8. ¿Son relevantes y útiles para otras culturas las teorías e ideas sobre la resolución de conflictos que fueron desarrolladas principalmente en Estados Unidos y en Europa?

<sup>8</sup> Aunque solemos utilizar la traducción literal de la terminología anglosajona —ADR—, hay que dejar constancia de que preferimos calificarlas de formas “complementarias” de resolución de conflictos y no de formas “alternativas” pues no se trata de sustituir a la administración de justicia ni al proceso sino de complementarlo.

Sostenemos que se trata de formas “complementarias” de resolución de conflictos y no “alternativas” porque los diversos acuerdos a los que lleguen las partes implicadas para solucionar sus conflictos no pueden ser *contra legem*. Es decir, los acuerdos alcanzados, bien sea en la conciliación, en la negociación o en la mediación, deben cumplir una serie de requisitos establecidos por la ley dentro del marco legal. Y si es el propio ordenamiento jurídico el que facilita ese entendimiento y complementariedad entre diversas formas de resolver los conflictos —como es el caso de la conciliación previa al proceso o de las diversas leyes autonómicas de mediación familiar— hay que felicitarlo por ese logro.

miento de búsqueda de formas o mecanismos alternativos de resolución de conflictos el sistema anglosajón. La ideología que subyace en los Estados Unidos, cuna del sistema de derecho anglosajón, basado no en la ley sino en la actividad judicial y en la jurisprudencia, creaba un clima propenso para ser el caldo de cultivo de estas ADR. Algunos ubican los orígenes en el movimiento del *Critical Legal Studies*. Este movimiento, nacido en la Universidad de Harvard, defendía el realismo jurídico y luchaba con el sistema jurídico estatalmente configurado. De ahí el interés que se produjo, desde diversos ámbitos, por la propuesta de “mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales o mediante medios no judiciales”.<sup>9</sup>

Las vías alternativas-complementarias de resolución de conflictos pueden sistematizarse en dos grandes opciones: la vía autocompositiva y la vía heterocompositiva. Las vías autocompositivas son aquellas que se caracterizan porque son las propias partes, auxiliadas, ayudadas o motivadas o no por un tercero, las que protagonizan el acuerdo. No se someten a un tercero para que éste resuelva sino que son las propias partes las que determinan la solución al conflicto, limitándose el tercero mediador a aproximar a las partes en el acuerdo pero nunca hasta el punto de imponerles la solución. Se trata de que las partes intenten resolver el conflicto pendiente con el otro mediante la acción directa, en lugar de servirse de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso. Es cierto que al Estado le conviene aprovechar estas fórmulas para liberar a los tribunales del exceso de trabajo pero siempre y cuando no constituyan un peligro para la paz social.<sup>10</sup>

En este trabajo, utilizaremos indistintamente el calificativo de “alternativas” y “complementarias”.

<sup>9</sup> Entre las formas alternativas de resolución de conflictos se encuentra el arbitraje. Pero este instituto no va a ser objeto de estudio porque se trata de una de las formas heterocompositivas de resolución de conflictos —es un tercero, el árbitro, quien decide—. En esta exposición vamos a ocuparnos únicamente de las formas autocompositivas de resolución de conflictos —son las propias partes las que, ayudadas o no por un tercero, encuentran una solución a su conflicto—.

<sup>10</sup> L. Schvarstein expone unas reflexiones, en forma de proposiciones, sobre la mediación: 1. *La comunidad es el ámbito privilegiado para la utilización de la mediación como técnica para conducir disputas*: son los miembros de la comunidad, sobre la base de sus intereses, quienes pueden establecer un contexto de interpretación que facilite las significaciones comunes. Es su necesidad compartida de una convivencia plena y saludable lo que debe promover una actitud de cooperación como base para la conducción de disputas; 2. *La mediación, como proceso de educación informal, tiene un altí-*

La heterocomposición hace referencia a aquellos sistemas de solución de conflictos, sean de carácter público (jurisdicción) o sean de carácter privado (arbitraje), en los que un tercero da la solución a las partes, las cuales se limitan a realizar las alegaciones que consideran oportunas y desarrollan los medios de prueba pertinentes para la defensa de sus respectivas posiciones.

Estos métodos ofrecen pues unas claras ventajas: sus resultados son más rápidos porque el tercero neutro, sea árbitro, conciliador o mediador, puede ayudar a llegar a un resultado antes de que el proceso progrese o incluso se inicie. Se caracterizan por la confidencialidad de

*simo potencial educativo*: basta que el lector se imagine a sí mismo teniendo que tomar turnos para hablar (sin interrupciones), identificar objetivos, recursos, necesidades, analizar opciones y tomar decisiones, redactar acuerdos, reflexionar en equipo. Son conductas que no asumimos con facilidad en nuestra vida cotidiana, y la participación en la mediación, desde cualquier de los roles, las desarrolla y las favorece; 3. *La resolución de disputas en el ámbito del Poder Judicial suele ser una conducta moral. La opción por la mediación fuera de dicho ámbito es una conducta ética*: el sujeto moral debe ajustarse a una ley preexistente, mientras que el sujeto ético se constituye sólo por su relación con la ley a la que se adhiere. La moral remite a la ley y a la organización social en la que cada uno se desenvuelve, mientras que la ética es asunto entre cada uno y los demás, haciendo del sujeto un actor con plenas facultades; 4. *La mediación no es una privatización de la justicia*: la manera como intentamos resolver nuestras disputas en el ámbito público del Poder Judicial constituye, paradójicamente, una *privatización* de las mismas. Estamos allí *privados* del conocimiento de las reglas del juego, de las alternativas a nuestro alcance, del contacto con nuestros oponentes y con los jueces que deben resolver sobre nuestras diferencias y, muchas veces, de la confianza de nuestros abogados que parecen pleitear en beneficio propio (baste recordar *El proceso*, de F. Kafka); 5. *La mediación, como técnica, no es una panacea universal*: la mediación no deja de ser una técnica limitada por el contexto en el que se utiliza. La mediación, además, no es valorativamente neutral. Los valores que la sostienen y la concepción de sujeto de la que es portadora, hacen que sea imposible de aplicar en contextos que no sean congruentes. En contextos rígidos, autoritarios, cerrados, opacos en cuanto a la información e intenciones, donde priman las interacciones estratégicas destinadas a sacar ventaja respecto de los demás, es difícil generar el contexto adecuado de aplicación de la mediación; 6. *Las organizaciones que se estructuran jerárquicamente no constituyen ámbitos propicios para la utilización de la mediación*: las organizaciones jerárquicas determinan conversaciones verticales superior-subordinado, en un marco de responsabilidades exigibles. Aun cuando se den conversaciones horizontales entre colegas de la misma o de distintas áreas, lo que en ellas sucede no puede dejar de interpretarse en el marco de rendición de cuentas que cada uno de los participantes debe a su jefe. En la mediación, siempre la inclusión de un tercero crea un nuevo sistema, siendo este nuevo sistema diferente del que existía antes de su inclusión. Es esto lo que se pretende con la mediación: crear un sistema distinto entre las partes en conflicto para ayudarles a gestionar sus diferencias. Prólogo a Suares, M., *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*, 4a. reimp., Buenos Aires-Barcelona-México, Paidós, 2004, pp. 21-32.

sus procedimientos, pues a diferencia de los judiciales, no son públicos sino secretos. Son también “informales”, dado que los pocos procedimientos existentes revisten escaso formalismo; son flexibles, ya que las soluciones no se encuentran prefijadas en la ley y se tiene la facultad de hacer justicia en cada caso según las peculiaridades. Son económicos, pues no se pueden comparar sus costes a los de litigar siguiendo un sistema formal, como el judicial. Son más justos en las decisiones, pues la resolución depende de lo que las partes acuerden.

Sin embargo, estos mecanismos han sido también objeto de duras críticas, tales como: el desequilibrio de poder entre las partes pues la mayoría de los conflictos abarcan personas con posición económica diferente, lo que acaba por influir en la parte con menor poder por falta de recursos; también, el problema de representación pues a veces estos mecanismos presuponen individuos actuando por sí mismos y otros mediante abogados o representantes, e incluso grupos y organizaciones firman acuerdos que no son los que mejor atenderían los intereses de sus clientes, subordinados, etcétera; también, la falta de fundamento por la actuación judicial posterior que, según los críticos, los que creen en la resolución alternativa, minimizan el juicio a un remedio y erróneamente consideran que el acuerdo realizado por las partes es un sustituto de la sentencia poniendo fin al proceso. Así, cuando las partes solicitaran alguna modificación, el juez estará limitado por los pactos de las decisiones ya firmadas. De igual manera, los medios extrajudiciales no serían adecuados para tratar conflictos que suscitan cuestiones de principio o que envuelven valores básicos y cuya resolución excluye cualquier tipo de transacción.

Aunque nuestro sistema de justicia fuese más eficaz, la obligación de los tribunales y otros foros tradicionales de tener que pronunciarse sobre lo justo y lo injusto, y de designar vencedores y perdedores, destruye necesariamente cualquier relación previa entre las personas involucradas. Tanto si las partes son un marido que se quiere divorciar de su esposa y tiene que continuar con ella compartiendo la custodia de los hijos, o empresas que desean conservar sus clientes y proveedores, o trabajadores que quieren mantener sus puestos de trabajo, es prácticamente imposible que las personas, que en su día tuvieron una con-

frontación en una sala del juzgado, conserven luego sus relaciones. Tal vez el éxito de las ADR haya que buscarlo en que las partes en conflicto pueden adoptar el “papel de juez”,<sup>11</sup> de tal forma que desde los vecinos enfrentados a los directores de empresas, todos se sienten satisfechos al desempeñar un papel activo en la solución de sus propios conflictos o en los de otros.

Las decisiones que toman conjuntamente todas las partes afectadas pueden adaptarse a la medida de las necesidades de cada una de ellas. Por ejemplo, es más factible que las medidas relativas al cuidado de los hijos que determinan los padres que se van a divorciar reflejen mejor las preferencias de los mismos, que las fijadas por el juez o por los abogados de las partes. En definitiva, las partes afectadas por el conflicto, debidamente ayudadas por un tercero, tienen más posibilidades de encontrar una solución eficaz que si la propone un extraño. Además de que también ayuda a conservar una relación de continuidad entre las partes, lo que sería más difícil si se acaba en una batalla judicial. Y, como última ventaja, hay que apuntar que las personas que llegan a un acuerdo por sí mismas son más propensas a cumplirlo que cuando lo dicte un juez. El cumplimiento de estos acuerdos afecta a una amplia gama de personas y da origen a numerosos problemas: desde los padres que se niegan a pagar la pensión alimenticia a sus hijos, hasta las compañías cuyos productos contaminan el medio ambiente.

Las técnicas de ADR principales son tres, la negociación, la conciliación y la mediación. No es nuestra intención insistir en este trabajo en las diferencias de cada una de ellas y sus características. Vamos a limitarnos únicamente a la mediación.<sup>12</sup> Para ello, partimos de un con-

<sup>11</sup> Precisamente, este “papel de juez” es criticado por parte de algunos miembros de la administración de justicia. Critican, por ejemplo, si nos referimos a la mediación, que el mediador sea una especie de “juez a la carta”, de forma que si las partes mediadas no están satisfechas, pueden desistir de ese mediador y buscar otro. Rechazamos este planteamiento porque implica no conocer realmente el concepto y la finalidad y funciones de las formas autocompositivas de resolución de conflictos.

<sup>12</sup> Los principios o características de la mediación son la voluntariedad, la imparcialidad-neutralidad, la confidencialidad, el carácter personalísimo, la autocomposición —protagonismo de las partes— y el principio de buena fe.

En este estudio no abordamos el concepto y las características de la mediación sino que nos limitamos a presentar algunas experiencias de mediación familiar en el ámbito del derecho comparado. Para una mayor información sobre las características o principios de la mediación, véase Sastre Peláez, A., “Principios generales y definición

cepto de mediación que podría ser el siguiente: la mediación es una forma de gestionar el conflicto a través de un mediador que ayuda a las partes enfrentadas a identificar los puntos de conflicto y a buscar las posibles vías de solución. El mediador no puede imponer la solución a las partes. Se debe limitar a facilitar el diálogo y la discusión e instar a las partes a conciliar sus intereses. La relación entre las partes es planteada en términos de cooperación, con una proyección en el futuro y con un resultado en el cual todos ganan.<sup>13</sup>

Sería deseable que los jueces, funcionarios, mediadores, psicólogos, trabajadores sociales, educadores sociales y abogados, así como los demás actores encargados de hacer que el sistema funcione y se consolide, pudieran mirar las situaciones que se les presentan a su intervención con los ojos de la mediación. Esto es, con la conciencia de que aquí hay un campo de actividad nuevo que se está consolidando y que está tomando forma, que permite que las personas utilicen una manera distinta y no competitiva de buscar la solución de sus problemas. Que tomen conciencia de que el objetivo de resolver las disputas a través del consenso se merece, al menos, un esfuerzo y una inversión de recursos de la sociedad, proporcional al que se invierte en otros métodos de resolución de conflictos interpersonales, comunitarios o sociales no basados en el consenso (como los enfrentamientos sociales violentos, la guerra o la pelea judicial).

de la mediación familiar: su reflejo en la legislación autonómica”, *La ley*, núm. 5478, 8-2-2002, p. 5.

<sup>13</sup> Destacamos otra de las diversas definiciones de la mediación que han formulado los estudiosos de ese campo: “La mediación supone el uso de una tercera parte neutral para ayudar a los contendientes a llegar a un acuerdo consensuado tanto en asuntos civiles como criminales”. La mediación difiere del arbitraje y de la adjudicación —proceso—, en los que el oficial judicial determina el acuerdo. Grover Duffy, K., “Introducción a los programas de mediación comunitaria: pasado, presente y futuro”, en Grover, K.; Grosch, Duffy, J. W. y Olczak, P. V. (coords), *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, trad. de Garoz, Ma. A., Barcelona, Paidós, 1996, p. 63.

Hemos destacado algunas de las principales ventajas que ofrece la mediación como forma alternativa de gestionar los conflictos. Pero también es cierto que no puede aplicarse a cualquier tipo de conflicto. Por ejemplo, cuando se aprecie que no hay un equilibrio entre las dos partes enfrentadas (por ejemplo, en el caso de una mediación entre una pareja, si se observa que hay malos tratos a la mujer, o una situación de desequilibrio emocional de alguna de las dos partes, etcétera.) Por ello, la mediación, en algunos casos concretos y según qué circunstancias, puede no resultar aconsejable.

Las formas alternativas de gestionar los conflictos están adquiriendo nuevo protagonismo.<sup>14</sup> La “educación para la paz”<sup>15</sup> está comenzando a dar sus frutos. Pero el hecho de que la paz signifique la ausencia de todo tipo de violencia no quiere decir que no puedan existir conflictos. La paz niega la violencia, no así los conflictos que forman parte de la vida.<sup>16</sup> Es más, a través de los conflictos que surgen a lo largo del desarrollo de nuestra vida, de cómo nos enfrentamos a ellos y los superamos, vamos creciendo. El conflicto no es malo en sí, lo malo en muchas ocasiones es la forma en que pretendemos resolverlos (con violencia, con autoridad, por la fuerza, aprovechándonos de nuestra superioridad con respecto a la otra parte, buscando la eliminación del adversario). El conflicto, como las crisis, es consustancial al ser humano. La dificultad estriba en que el conflicto es un fenómeno multidimensional que requiere ser explicado desde una perspectiva multidisciplinar. Resulta necesario diferenciar la agresión o cualquier respuesta violenta de intervención en un conflicto, del propio conflicto.

Tanto por la propia dinámica del conflicto como por las repercusiones pedagógicas que ello trae consigo, debe destacarse la especial importancia de la percepción de los protagonistas tanto en la génesis del conflicto como en su desarrollo, hasta el punto de que “regular o resolver un conflicto supone a menudo clarificar las percepciones y hacerlas comprensibles a los ojos de ambas partes”.<sup>17</sup> En definitiva,

<sup>14</sup> Véase nuestro trabajo, *Otros cauces para el Derecho: formas alternativas de resolución de conflictos*, en “Los nuevos horizontes de la filosofía del derecho. Libro homenaje al profesor Luis García San Miguel”, V. Zapatero (ed.), Universidad de Alcalá de Henares, 2002, pp. 55-92. También, en lengua italiana, “Altre strade per il diritto: forme alternative di risoluzione di conflitti”, *Annali del Seminario Giuridico*, Università di Catania, Giuffrè Editore, 2000-2001, vol. II, pp. 347-385.

<sup>15</sup> Sobre esta temática véase el interesante libro de Jares, X. R., *Educación para la paz. Su teoría y su práctica*, 2a. ed., Madrid, Editorial Popular, 1999.

<sup>16</sup> *Op. cit.*, nota 15, pp. 106 y 107.

<sup>17</sup> Hay que tener cuidado con los falsos conflictos, es decir, aquellos conflictos que se generan no por causas objetivas —intereses ideológicos, económicos, educativos— sino por un problema de percepción o de mala comunicación principalmente.

Xesús R. Jares, para ejemplificar un falso conflicto, cita el cuento de David Mckee, *Los dos monstruos*, Madrid, Espasa Calpe, 1987, pp. 112-113.

El libro narra la historia de dos monstruos que viven cada uno a un lado de la montaña que los separa, mirando uno hacia el este y el otro hacia el oeste. Los dos monstruos nunca se han visto y se hablan a través de un agujero que hay en la montaña que los separa. El supuesto conflicto surge cuando uno de los monstruos le comunica al otro: “¿Has visto que bonito? El día se marcha”. A lo que el otro contesta: “¿Que el día se

hay que resaltar la educabilidad del ser humano, y en esta renovada educación para la paz, las nuevas formas de gestionar los conflictos pueden desempeñar un papel fundamental.

La negociación, la conciliación y la mediación no niegan que el conflicto existe. Lo que pretenden es ayudar a las partes enfrentadas a poner los medios adecuados y a enfatizar las estrategias de resolución pacífica y creativa del mismo. La clave no está en la eliminación del conflicto sino en su regulación y resolución de forma justa y no violenta. Hay pues que aprender y practicar unos métodos, no de eliminar el conflicto sino de regularlo y encauzarlo hacia resultados provechosos. Las técnicas de ADR trabajan con el conflicto para de ahí obtener un cambio. Se trabaja con el “conflictograma” que enfrenta a las partes —porque sigue un determinado proceso con subidas y bajadas de intensidad, con sus momentos de inflexión—, y este “cuadro” es común, pues lo mismo se ajusta a un conflicto entre vecinos, que a un conflicto entre trabajador y empresario que a un conflicto familiar entre los dos cónyuges.

A pesar de la tendencia común a utilizar indistintamente la palabra mediación, arbitraje, e incluso negociación, o a recurrir al término global “ADR”, más reciente, cada una de estas técnicas representa un método distinto para tratar el conflicto. Cuando la gente se decide a solucionar sus conflictos, el método más utilizado es el de la negociación, en el que las partes intentan solucionar sus diferencias personalmente. Conforme van recurriendo a vías de solución más elaboradas, empiezan a intervenir terceras personas en el proceso, como en el

marcha?, ¡querrás decir que la noche está llegando, tonto!”. A partir de entonces se enzarzan en un proceso de violencia —violencia verbal en este primer estadio— cada vez con mayores insultos y posteriormente prosigue la escala de violencia lanzándose trozos de la montaña, que poco a poco se va desintegrando —violencia ambiental—, aunque la mala puntería de ambos hace que no se hayan llegado a dar con los pedruscos. Cuando por último agarra cada uno la última roca que quedaba de la montaña los dos monstruos se ven por primera vez, precisamente cuando empezaba una nueva puesta de sol. Y el primer monstruo, sorprendido, dice “¡Increíble!, ahí llega la noche. Tenías razón”. “Asombroso —dice el segundo monstruo—, tenías razón, es que el día se va”. Y se reunieron en medio del desastre que habían organizado y contemplaron juntos la llegada de la noche y la marcha del día.

En el análisis de este falso conflicto, hay que tener presente el papel que juega la montaña como contexto que imposibilita una buena comunicación que, junto con su diferente percepción e incapacidad para mirar desde la perspectiva del otro, precipitan la aparición del conflicto.

caso de la mediación, o en el caso de técnicas mixtas. Cuanto más se incrementa la participación de un tercero, tanto más poder ceden las partes para solucionar sus conflictos. La cesión de poder alcanza su máximo nivel cuando las partes se someten a un veredicto, en el que los terceros toman decisiones vinculantes para las partes.<sup>18</sup>

Estos medios no jurisdiccionales de resolución de conflictos en ocasiones son complementarios, sucesivos o previos a la vía jurisdiccional, pero no puede olvidarse que también constituyen vías alternativas. Como advierte S. Barona Vilar, cuando se llega a un acuerdo y el proceso ya había comenzado implica una terminación anormal del proceso basado en el principio dispositivo que rige la autonomía de la voluntad. En este sentido, las formas anormales de terminación del proceso son medios a través de los cuales se produce una alternativa al desarrollo íntegro del proceso; por ejemplo, basta pensar en el desistimiento, la renuncia, el allanamiento, la transacción y la caducidad, con efectos procesales, ya sea por voluntad de una de las partes, que hace dejación de la pretensión o del proceso, bien por voluntad de ambas que dejan transcurrir el tiempo sin actividad alguna o porque deciden llegar a un acuerdo.<sup>19</sup>

En las formas tradicionales de resolución de conflictos y en el arbitraje se decide conforme a ley, en la mediación se resuelve o se transforma el conflicto recurriendo a su reconstrucción simbólica. Cuando se decide judicialmente se consideran normativamente los efectos; de este modo, el conflicto puede quedar hibernando, volviéndose más grave en cualquier momento futuro. Solucionar un conflicto equivale a que las partes implicadas han “creado” la solución y a nadie se le ha “impuesto”.

En un procedimiento contencioso, el juez decide una vez que las partes han presentado las pruebas y los argumentos de sus pretensiones. Todo dentro de un ritual inflexible en que si se olvida algún dato es casi imposible corregir ese olvido. En las mediaciones los “olvidos” no resultan tan fatales como en la cultura tradicional del litigio. Ello es debido a que las partes tienen en sus normas la posibilidad de resolver el conflicto, pudiendo utilizar todos los mecanismos que consideren necesarios para poder elaborar, transformar o resolver sus desavenencias con el

<sup>18</sup> Cfr. Singer, L. R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, trad. Tausent, P., Barcelona, Paidós, 1996, pp. 31 y 32.

<sup>19</sup> Cfr. *op. cit.*, nota 3, pp. 196 y 197.

otro. “No existe ningún juez que amenace a una de las partes con la extinción de la acción por no cumplir con un tiempo procesal, arbitrario-unilateralmente declarado por el juez”.<sup>20</sup>

Entre las diversas formas complementarias de resolución de conflictos vamos a prestar especial atención a la mediación y, entre los posibles campos susceptibles de trabajar con la mediación, al ámbito de la familia, a la mediación familiar, por ser precisamente el ámbito en el que parece más factible aplicar las técnicas de mediación. Es también el ámbito que ha comenzado a ser objeto de regulación legal en diversas Comunidades Autónomas españolas.

### III. LA MEDIACIÓN FAMILIAR

La mediación se presenta como una nueva instancia normativa, como una nueva posibilidad, un recurso educativo que propone la solución a través de la negociación y del consenso, a pesar del disenso previo. La mediación busca un lenguaje común entre las leyes que rigen la familia y las leyes del Código Civil. Con todo, reconocer el fracaso parcial del sistema jurídico no significa escoger la mediación como solución universal. La mediación familiar no puede ser presentada como la panacea que nos va a permitir resolver los conflictos familiares rápida y satisfactoriamente. Es preciso una visión pluridisciplinar de las cuestiones, que abarca una postura profesional de apertura, disposición para intercambio, reciprocidad; en definitiva, una nueva mentalidad para hacer posible el conocimiento de la realidad desde otros ángulos. La transdisciplinariedad también es imprescindible en el mediador, pues tenemos valores, ideas y creencias distintas.

La mediación constituye un importante instrumento para la paz aplicada, en este caso, a los conflictos de familia. La cada vez mayor desvinculación de patrones religiosos, morales, culturales y legales, y la menor presión social sobre ciertos aspectos de la vida en familia (la estabilidad de los matrimonios y la obediencia de los hijos a los padres, entre otros) ha dado lugar a la aparición de nuevos conflictos familiares, agravando los tradicionales. A ello hay que añadir que la

<sup>20</sup> Warat, L. A., *O oficio do mediador*, Florianópolis, Habitus Editora, 2001, vol. I, p. 12.

intervención de autoridades extra familiares (como la del juez) no resuelve, en la mayoría de los casos, los conflictos satisfactoriamente para ambas partes.

Existe el convencimiento de que, a pesar de los conflictos, los vínculos permanecen y deben ser conservados y, si es posible, enriquecidos. Esta es la tarea del mediador: crear el contexto para que las conversaciones puedan desenvolverse y, eventualmente, fructifiquen los entendimientos. No se trata de cambiar a nadie ni de que nadie sacrifique sus aspiraciones, sino de que éstas se compatibilicen en un plano superior, más rico y productivo, que permita la continuación del ciclo vital de la familia. El papel del mediador debe ser modesto, sencillo, colaborador. Son las familias las que triunfan, no los mediadores.

Ofrecer un concepto de la mediación familiar no resulta una tarea fácil. Primero porque son numerosas las definiciones que hasta la actualidad ha presentado la doctrina de la mediación, cada una de ellas resaltando determinadas características, y resulta difícil decantarse por una en concreto. En segundo lugar, porque intentar la construcción de una propia definición resulta una tarea ardua. Son muchos los matices que pueden introducirse en el concepto de mediación familiar que pueden desembocar en uno u otro concepto. Ciertamente es que la figura del abogado y del mediador parecen estar próximas, pero no es lo mismo una y otra función. El mediador va a intentar que las partes vuelvan a hacer las cosas como las hacían antes y que vuelvan a tomar decisiones como “siempre han hecho en el pasado, a saber, sentarse y tomar esas decisiones por sí mismos”.<sup>21</sup>

La mediación familiar y otras ADR se han venido desarrollando en Europa en las tres últimas décadas. Sin embargo, los países europeos se encuentran en diferentes fases en cuanto a la existencia de una legislación y a la dotación de fondos públicos para la mediación familiar. En algunos Estados la mediación ha tenido un reconocimiento legislativo y se le ha vinculado a la aparición de una nueva profesión, la de mediador. Pero en otros países, aún no ha obtenido un reconocimiento legal y no recibe apoyo estatal. Tal es el caso de Italia, Alemania y Portugal, que aún no cuentan con una Ley de Mediación Familiar; en cambio, Austria, Inglaterra y Gales, Francia, Malta, Noruega, Suecia y algunas

<sup>21</sup> Marlow, L., *Mediación familiar. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del derecho*, Barcelona, Granica, 1999, p. 42.

comunidades autónomas de España ya disponen de una Ley de Mediación Familiar. La propia formación y ampliación de la Unión Europea, ahora a veinticinco países, demanda unas fórmulas que permitan superar la rigidez y complejidad de un conflicto familiar de carácter internacional en aras del establecimiento de unos acuerdos cooperativos y perdurables en el tiempo.

En 1998, el Comité de Expertos en Derecho de Familia del Consejo de Europa llegó a la conclusión de que:

...la investigación en Europa, América del Norte, Australia y Nueva Zelanda indica que la mediación familiar se adapta mejor a la solución de los delicados problemas emocionales que circundan los asuntos familiares que mecanismos legales más formales. Llegar a acuerdos en mediación se ha revelado como un componente vital para establecer y mantener relaciones cooperativas entre los padres que se divorcian: reduce el conflicto y estimula la continuación del contacto de los hijos con ambos progenitores (Recomendación núm. R (98)1, 21 de enero de 1998, párraf. 7).

Este comité de expertos subrayó la necesidad de una directiva internacional en mediación familiar y preparó unas recomendaciones que fueron adoptadas formalmente por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en la citada recomendación:

Conscientes del hecho de que un cierto número de Estados tienen en perspectiva la puesta en marcha de la mediación familiar... convencidos de la necesidad de recurrir más a la mediación familiar... recomendamos a los gobiernos de los Estados miembros: I. Instituir o promover la mediación familiar, o, en su caso, reforzar la mediación familiar existente; II. Adoptar o reforzar todas las medidas que se juzguen necesarias para asegurar la aplicación de los siguientes principios para la promoción y el uso de la mediación familiar como medio apropiado de resolución de los conflictos familiares.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> La recomendación define la mediación como un medio de resolver las disputas familiares, particularmente aquéllas que se plantean durante el proceso de separación y de divorcio, con los objetivos siguientes:

I. Promover los enfoques consensuales, reduciendo de ese modo el conflicto en el interés de todos los miembros de la familia.

II. Proteger el mayor interés y el bienestar de los niños en particular, alcanzando arreglos apropiados sobre la custodia y las visitas.

III. Minimizar las consecuencias perjudiciales de la ruptura familiar y la disolución matrimonial.

En cumplimiento de esta normativa, varias comunidades autónomas en España han promulgado una Ley de Mediación Familiar o están trabajando en un Proyecto de Ley. Concretamente, Cataluña reguló la mediación familiar mediante la Ley de 15 de marzo de 2001 de mediación familiar; Galicia desarrolló la mediación mediante la Ley de 31 de mayo de 2001; la Comunidad Valenciana ha regulado la mediación mediante la ley de 26 de noviembre de 2001; y también la Ley de la Comunidad Canaria de 8 de abril de 2003.<sup>23</sup> En nuestra Comunidad Autónoma, de Castilla y León, se está ultimando el Proyecto de Ley de Mediación Familiar, que probablemente vea la luz en enero de 2006. Con todo, hay que subrayar la conveniencia de una Ley de mediación

IV. Apoyar la continuación de las relaciones entre los miembros familiares, sobre todo aquéllas entre los padres y sus hijos.

V. Reducir los costes económicos y sociales de la separación y el divorcio para los implicados y los Estados.

<sup>23</sup> Actualmente, son cuatro las leyes autonómicas vigentes sobre mediación familiar, de las que sólo dos cuentan con desarrollo reglamentario:

- La Ley 1/2001, de 15 de marzo de Cataluña y su Reglamento, decreto 139/2002, de 14 de mayo.
- La Ley 4/2001 de 31 de mayo de Galicia; y su Reglamento, el decreto 159/2003, de 31 de enero.
- La Ley 7/2001, de 26 de noviembre de Valencia.
- La Ley 15/2003, de 8 de abril de Canarias, de la que se está tramitando en el Parlamento canario una Proposición de Ley para su modificación.

En otras comunidades autónomas se está trabajando con anteproyectos y proyectos de ley: un Anteproyecto de Ley en Castilla-La Mancha; una vieja Proposición de Ley Foral en Navarra, de 2000, y el Anteproyecto de Ley de Mediación general para Andalucía. La Comunidad de Madrid está también trabajando en una Ley de Mediación Familiar. El Colegio de Abogados de Baleares ha enviado al gobierno un borrador de anteproyecto de ley para que se estudie la posibilidad de aprobar una ley en dicho territorio. Por consiguiente, la tendencia es la de que lleguemos a disponer de diecinueve leyes diferentes, una por comunidad autónoma.

Algunas leyes autonómicas de mediación familiar regulan sólo la actividad realizada como servicio público (Cataluña) y otras contemplan toda la mediación familiar (Galicia, Valencia y Canarias). Efectivamente, la ley catalana sólo regula la mediación voluntariamente iniciada por las partes y gratuita, para una o ambas partes, financiada con fondos públicos, y la mediación iniciada por sugerencia del juez (sea o no gratuita). No contempla pues la mediación familiar privada (convencional y retribuida), aunque sí reconoce en su preámbulo la importancia de la actividad privada ya existente en el ámbito asociativo (véase Prats Albertosa, L., (ed.), *Legislación de mediación familiar*, Madrid, Aranzadi-Thomson, 2003).

Véase también *Cfr.* Sánchez Durán, A. Ma., apéndice, “La regulación de la mediación familiar en España: análisis comparativo de las leyes autonómicas”, en Parkinson, L., *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, ed., española a cargo de A. Ma. Sánchez Durán, Barcelona, Gedisa, 2005, pp. 331-346.

familiar de ámbito nacional, que actuara como marco legislativo amplio en esta materia, pues el conflicto no se limita en ocasiones a una única comunidad autónoma, provocando problemas interpretativos. Asimismo, algunos aspectos —como por ejemplo, qué formación previa deben de tener los mediadores para poder ser tales— están regulados de forma diversa en las distintas legislaciones autonómicas sobre mediación familiar.

La Recomendación (98)<sup>1</sup> no ofrece una verdadera definición de la mediación familiar, limitándose a fijar el campo de aplicación de la mediación. En los puntos *a*) y *b*) del primer principio establece que la mediación familiar trata del conjunto de litigios que pueden suceder entre los miembros de una misma familia, que están unidos por la sangre o por el matrimonio y entre las personas que tienen o han tenido unas relaciones familiares. En la Exposición de Motivos, en el punto 10, se ofrece una aproximación a un concepto de mediación familiar: “Esta recomendación considera la mediación como un proceso en el cual un tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste a las partes en la negociación sobre las cuestiones objeto del litigio, con vistas a la obtención de acuerdos comunes”.<sup>24</sup> Como acertadamente apunta J. M. Llopis Giner,<sup>25</sup> de este texto pueden deducirse las claves para el concepto de mediación: “proceso”, “tercero” y “ayudarles”.

En conclusión, la mediación se presenta como un *proceso* —procedimiento con una serie de fases para el logro de un resultado— no regulado exhaustivamente —la ley establece sólo las grandes líneas

<sup>24</sup> El informe del Consejo de Europa señalaba, en su párrafo, 15, que las disputas familiares presentan unas características especiales que deben ser tenidas en cuenta en la mediación:

1. Normalmente hay relaciones interdependientes y duraderas. El proceso de solución del conflicto debe facilitar unas relaciones constructivas para el futuro además de permitir que se resuelvan las discrepancias actuales.

2. Por lo general, los conflictos familiares afectan a relaciones emocionales y personales en las que los sentimientos pueden exacerbar las dificultades, o enmascarar la verdadera naturaleza de los conflictos. Se suele considerar conveniente que las partes y el mediador reconozcan y entiendan estos sentimientos.

3. Las disputas surgidas en el proceso de separación y divorcio tienen impacto en otros miembros de la familia, especialmente en los hijos, quienes pueden no ser incluidos directamente en el proceso de la mediación, pero cuyos intereses se consideran superiores y por consiguiente relevantes para el proceso.

<sup>25</sup> Llopis Giner, J. M., “La mediación: concepto y naturaleza”, *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación Familiar*, Valencia, Práctica de Derecho, 2003, pp. 15 y 16.

generales de su desarrollo— para que sean las propias partes, ayudadas por el mediador, quienes establezcan el marco de desarrollo para decidir, acordar y cumplir. La mediación se inicia con un contrato de mediación y termina con un acta de mediación, favorable o no al acuerdo, pero que pone fin al proceso. El cómo se desarrolle concretamente todo ese *iter* dependerá del mediador y de las partes en conflicto. El éxito de la mediación es que desaparezca el conflicto pero, si en ocasiones no se consigue llegar a un acuerdo total, el mediador puede propiciar acuerdos parciales sobre determinados temas que hagan menos traumática la crisis entre la pareja. Asimismo, el conflicto ha de ser *familiar*, pero en un sentido amplio, es decir, no sólo de crisis en una pareja, también por la partición de una herencia, por conflictos en el seno de una empresa familiar o en las relaciones entre padres, hijos y abuelos o por problemas de interculturalidad entre los miembros de una familia. La mediación familiar se basa en la libertad y en la autonomía privada, de manera que si falta esa libertad, por ejemplo, porque haya violencia o un desequilibrio de poder entre las partes, no puede existir verdadero consentimiento y el acuerdo está viciado. Y por último, hay que destacar el relevante papel que desempeña el *agente mediador* en esta delicada operación de ayudar a las partes a gestionar su conflicto.

Como características de la mediación familiar reglada destacamos el protagonismo de las partes: son los propios interesados los que resuelven la controversia —autocomposición— en forma negociada. El tercero solamente presta ayuda, careciendo de poder de decisión; la voluntariedad: son las partes quienes deciden si iniciar o no un proceso de mediación, incluso en la mediación judicial, conservando la facultad de ponerle fin en cualquier momento; la neutralidad: el mediador no debe influir en la toma de decisiones de las partes ni imponer sus criterios personales (artículo 10.1); la imparcialidad: el mediador no puede tomar partido e implica una actitud de equidistancia que no impide tratar de reequilibrar las diferencias de poder entre las partes; la confidencialidad: secreto profesional respecto a los datos conocidos en el procedimiento de mediación (artículo 4.4 y artículo 10.13); la inmediatez y el carácter personalísimo de todos los participantes: todos los participantes, incluido el mediador, deben asistir personalmente a todas las sesiones, sin poder delegar o nombrar representantes (artículo 4.8 y artículo

lo 7.d); la competencia profesional y ética de la persona mediadora; buena fe de las partes: actuando de buena fe en el procedimiento de mediación, proporcionando al mediador información veraz y completa sobre el conflicto (artículo 7.b); antiformalismo y flexibilidad: desarrollo de la mediación sin sujetarse a procedimientos regulados salvo en los mínimos requisitos establecidos en la ley (artículo 4.9).

Uno de los elementos claves de la mediación es el mediador. Él es quien va a encarnar la imagen concreta de la mediación. La impresión que reciban las partes del mediador, en la primera entrevista, les va a animar a optar por la vía de la mediación o a desterrarla. Y el cómo discorra el proceso de mediación y, en gran parte, el resultado del proceso de mediación, va a ser responsabilidad del mediador. El mediador desempeña el papel de la imagen pública del proceso de mediación. De ahí que la credibilidad de la mediación, como proceso eficaz para la solución de controversias, se vincula directamente al respeto que los mediadores van a conquistar a través de un trabajo de alta calidad técnica, basado en los más rígidos principios éticos. Con frecuencia los mediadores también tienen obligaciones con respecto a otros códigos éticos relacionados con su formación universitaria de origen. Pero se hace necesario un código específico de los mediadores o unas normas deontológicas con criterios concretos que deben ser respetados por los profesionales en el desempeño de la mediación.

El mediador ha de tener conocimientos jurídicos dado que debe tener en consideración los límites que suponen las normas de derecho de familia a los pactos que las partes mediadas puedan acordar. Pero también es cierto que una de las características del proceso de mediación es la flexibilidad que poco tiene que ver con la rigidez del marco normativo-jurídico. Si alguno de los pactos parece que vulnera el orden público, el mediador debe ayudar a las partes a examinar y comprender cuáles son las necesidades y si las soluciones que se proponen son viables con vistas a salvaguardar el interés de los hijos. Si el mediador observa que alguna de esas necesidades está quedando sin cubrir deberá hacérselo saber a las partes, por si fuera necesario un asesoramiento al respecto. Como apunta L. García García,

si se trata de acuerdos que por su creatividad se apartan de los criterios jurisdiccionales, el mediador, con vistas a la homologación judicial, deberá

detallar cuidadosa y explícitamente las razones en que se fundamenta tal decisión, a fin de que el juez pueda valorar las circunstancias que las partes han tomado en consideración para llegar al acuerdo.<sup>26</sup>

El proceso de mediación conlleva una serie de etapas: el inicio del proceso comienza con la designación del mediador. Esta designación se hará conforme a lo establecido en el marco legal: a solicitud de las partes o por indicación del juez. Si se hace a iniciativa de las partes, se elegirá a uno de los mediadores inscritos en el Registro de Mediadores, creado a tal efecto. El procedimiento consta de una primera reunión, siempre en presencia de ambas partes y tendrá una finalidad preferentemente informativa, en la que el mediador les clarifica las características, las reglas y el proceso de mediación. La mediación se desarrollará a lo largo de posteriores sesiones y puede tener una duración flexible, aunque no superior a los tres meses, plazo prorrogable si se justifica. El mediador debe levantar un acta de cada sesión y un acta de la sesión final, que deben firmar las partes y él mismo, entregando una copia a cada una de las partes. Una vez terminada la mediación, las partes deben facilitar el acta a sus abogados para su tras-

<sup>26</sup> Frente al acuerdo de mediación al que las partes pueden llegar en un proceso de mediación se puede oponer que existe en la legislación española una posibilidad de resolución de conflictos no contradictoria: el procedimiento de mutuo acuerdo. De hecho, en el procedimiento que se tramita de común acuerdo, se prevé la posibilidad de que intervenga un solo abogado, cuya intervención, en interés de ambas partes le reviste de un cierto carácter de componedor. Cierto que, como hemos visto, comporta grandes ventajas con respecto a la vía contenciosa. Sin embargo, este instrumento procesal por sí solo no sirve para resolver eficazmente la crisis y regular satisfactoriamente para ambas partes, los efectos de la separación y divorcio. El inconveniente es que muchas veces, los acuerdos alcanzados a través de un mutuo acuerdo, se acaban por no cumplir. El núcleo de la cuestión está en la forma en que se llega a los acuerdos que se presentan a la homologación judicial, si es por un acuerdo de mediación o por un convenio regulador. La comprensión de los problemas que las partes desarrollan en el proceso de mediación ayudados por el mediador, difiere del asesoramiento legal sobre “derechos y deberes” de cómo un abogado va a asesorar a su defendido. Es por ello que el ser y la formación del mediador, y su específico papel, le hacen un profesional claramente distinto del abogado o del terapeuta.

El acuerdo de mediación tiene eficacia jurídica entre las partes que lo han firmado, es decir, tiene efecto obligacional entre quienes lo han suscrito, como cualquier otro contrato. Su legalización definitiva y su oponibilidad frente a terceros se puede conseguir: bien a través de la homologación judicial en el correspondiente proceso de carácter consensual, bien acudiendo al notario, para que se transcriba en el correspondiente documento público, para su posterior inscripción en el registro oportuno.

lado a la propuesta de convenio regulador y posterior homologación judicial. Los acuerdos recogidos en el acta serán válidos y obligarán a las partes.

#### IV. LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN LATINOAMÉRICA

Las ADR se han extendido desde América del Norte, Inglaterra y Australia a Vietnam, Sudáfrica, Rusia, varios países centroeuropeos, Sri Lanka y Filipinas. Todos estos países están desarrollando programas innovadores, acoplados a sus propias características culturales, que van desde la mediación en causas civiles a la protección del medio ambiente. Incluso, estos países también recurren a la mediación para resolver sus conflictos con otros países. El Tratado de Libre Comercio de Estados Unidos y Canadá y el Tratado de Libre Comercio Norteamericano contienen cláusulas expresas de resolución de controversias.

El movimiento de las ADR ya lleva dando sus frutos desde hace algunos años en el contexto latinoamericano.<sup>27</sup> Las carencias de la justicia civil, la duración de los procesos, el coste de los mismos y la insatisfacción con respecto al funcionamiento de la administración de justicia ha acabado provocando un gran interés por las vías alternativas que permitan si no una solución alternativa a los conflictos jurí-

<sup>27</sup> Junto a la particular situación argentina, en la que la mediación es un instituto que goza de gran difusión, hay que destacar las múltiples leyes que en la década de los años noventa han sido aprobadas en los parlamentos latinoamericanos que, con sus diversas connotaciones, ponen de manifiesto un impulso de instituciones históricamente conocidas en la cultura procesal latina, como lo pueden ser el arbitraje o la conciliación, aunque también debe destacarse el interés en impulsar la mediación, como en el caso de Brasil.

Podemos destacar, entre otras, las siguientes leyes: la ley brasileña núm. 9307, de 23 de septiembre de 1996, sobre arbitraje; en Bolivia, la Ley núm. 1770, de 10 de marzo de 1997, sobre arbitraje y conciliación; el decreto colombiano núm. 1818 de 1998, de 7 de septiembre, por medio del cual se expide el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (entre los que se desarrolla la conciliación); en Costa Rica, la Ley núm. 7727, de julio de 1998, sobre resolución alternativa de conflictos y promoción de la paz social, en la que se desarrolla la mediación, la conciliación y el arbitraje (existiendo una cierta confusión entre los términos mediación y/o conciliación); en Ecuador, la Ley núm. 000/145, de 4 de septiembre de 1997, de Arbitraje; en Perú, la Ley núm. 26572, de 6 de enero de 1996, General de Arbitraje; en Venezuela, la Ley de Arbitraje Comercial, aprobada el 5 de abril de 1998.

Todas ellas tienen en común los pocos años de existencia (son producto de la década de los noventa) imaginamos que influidas por las nuevas técnicas de ADR.

dicos, sí una vía previa en muchos casos a la vía procesal. La Asociación Iberoamericana de Difusión de la Mediación —AIDMe— ha realizado una labor de difusión y promoción de la mediación significativa.<sup>28</sup> El paradigma lo encontramos en Argentina, en algunas de cuyas provincias se cuenta con una Ley de mediación. Diferente es el caso brasileño, donde aunque no se haya aprobado todavía una Ley de Mediación, es una fórmula cada vez más extendida de resolución alternativa de conflictos.

### 1. *En Argentina*

La mediación en Argentina se encuentra en una etapa de formación en la mayoría de las provincias. Se encuentra funcionando con rango legal en Santa Fe y en Chubut así como en las provincias de Córdoba y El Chaco. En las provincias de Jujuy y Mendoza funciona sólo para familia. En la capital federal se encuentra regulada por la Ley Nacional 24.573 y su Decreto Reglamentario 91/98, como etapa previa y obligatoria a todo juicio.

El artículo 17.1.d del Decreto Reglamentario 91/98 establece que la Dirección de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos —DIMARC— tendrá a su cargo la autorización y habilitación de los institutos o centros de capacitación para mediadores y ejercerá el control de su funcionamiento y cumplimiento con los requisitos que establezca la reglamentación que dicte el Ministerio de Justicia. En Córdoba, por ejemplo, encontramos el Centro Piloto de Mediación de Tribunales, con carácter público. Y entre otros centros, cabe destacar también, el Centro de Mediación del Colegio de Abogados y el Centro de Mediación de la Cámara de la Propiedad Horizontal de la provincia de Córdoba.

La mediación en Argentina es entendida como “la intervención de un tercero neutral en un conflicto suscitado entre las partes y asesoradas por sus abogados, por lo cual se tiende a arribar a un acuerdo que conforme a los interesados”.<sup>29</sup> Es decir, se destaca ya una gran diferencia con la concepción de la mediación en España pues en Argenti-

<sup>28</sup> Véase prólogo al *Régimen de mediación y conciliación. Ley 24.573*, Buenos Aires, Astrea, p. 12.

<sup>29</sup> Bodnar, P. (de), *Manual de mediación*, Córdoba, La Cañada, 2000, p. 17.

na las partes, obligatoriamente, deben acudir a la mediación personalmente, acompañados de asistencia letrada. Y asimismo, puede observarse que la mediación se aplica a numerosos tipos de conflictos y no sólo a los de familia. Es más, con respecto a la mediación familiar, pueden observarse por el contrario una serie de restricciones pues los casos de separación y divorcio quedan fuera del ámbito de la mediación, a excepción de las cuestiones patrimoniales que deriven de éstos.

#### A. *En la provincia de Buenos Aires*

La Ley General de Mediación y Conciliación núm. 24.573, aprobada el 4 de octubre de 1995, junto con sus dos Decretos Reglamentarios 1021/95 y 477/96, instituyen la mediación previa, con carácter obligatorio, en todos los juicios, a fin de promover la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. Es decir, los tribunales deben ser el lugar donde se reciba el conflicto pero después de haber intentado resolverlo a través de la mediación. Se regula pues, la mediación con una naturaleza obligatoria y previa, para determinados conflictos, antes de acudir a la vía judicial. Es un modelo de mediación prejudicial obligatoria. Se comenzó estableciendo una obligatoriedad por cinco años, plazo que se renovó por otros cinco en abril de 2001, con la finalidad de crear una cultura propicia de la mediación, difundirla y familiarizar a los ciudadanos con este instituto.

De la ley de Buenos Aires podemos destacar las siguientes características:

- *La solicitud de mediación* se realiza mediante la presentación de un formulario ante una mesa general de recepción de expedientes, donde se procederá al sorteo del mediador, juzgado y ministerios públicos que, eventualmente, intervendrán. El plazo máximo de duración del procedimiento es de sesenta días (salvo para los supuestos de mediación optativa, que es de treinta); dicho plazo es prorrogable por acuerdo de las partes. Hay que concurrir personalmente y con asistencia letrada a las sesiones de mediación.

- *Obligatoriedad de utilizar la mediación*: se impone la mediación como requisito previo para cualquier demanda judicial en las cuestiones no expresamente excluidas por la ley. Nadie puede promover

directamente una acción judicial sin pasar por una etapa previa de mediación. Las causas de exclusión de la mediación obligatoria son varias y pueden agruparse en las siguientes categorías: *a)* existencia de una mediación particular previa realizada por mediadores autorizados por el Ministerio de Justicia argentino, puesto que queda claro que ya ha habido una mediación voluntaria por las partes (segunda parte del artículo 1o.); *b)* causas de exclusión expresamente previstas en el artículo segundo de la ley: acciones de separación y divorcio nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas —el juez deberá dividir los procesos derivando la parte patrimonial al mediador—; procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación; causas en que el Estado nacional o sus entidades descentralizadas sean partes; amparo, *habeas corpus* o interdictos; medidas cautelares hasta que se decidan las mismas; diligencias preliminares y prueba anticipada; juicios sucesorios —las cuestiones controvertidas en materia patrimonial, a pedido de parte se podrán derivar al mediador— y voluntarios; concursos preventivos y quiebra; causas que se tramiten ante la Justicia nacional del Trabajo. El artículo tercero establece que el sistema de mediación será optativo para el reclamante en los procesos de ejecución y juicios de desalojo; *c)* que no pueden ser objeto de transacción: son los casos en que, por una cuestión de orden público, quedan excluidos de cualquier tipo de transacción. El objetivo es que la jurisdicción actúe sobre ellos y no se realicen acuerdos.

• *Obligatoriedad del mediador de ser abogado* (artículo 1.6): El Registro de Mediadores depende de la Dirección Nacional de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos de la Secretaría de Asuntos Técnicos y Legislativos del Ministerio de Justicia y tiene a su cargo, entre otras funciones, confeccionar la lista de mediadores habilitados para actuar como tales, mantener actualizada la lista, que deberá ser remitida en forma quincenal a las mesas generales de entradas de cada fuero, confeccionar las credenciales y los certificados de habilitación, llevar un registro de firmas y sellos de los mediadores, llevar un registro de sanciones así como archivar las actas donde conste el resultado de los trámites de mediación.

Los requisitos para la inscripción en el Registro de Mediadores son: *a)* Ser abogado con dos años de antigüedad en el título; *b)* Haber apro-

bado el curso y entrenamiento, con las pasantías y prácticas correspondientes, promovido por el Ministerio de Justicia u otros equivalentes; *c*) Disponer de oficinas que permitan un correcto desarrollo del mecanismo de mediación, y *d*) Abonar la matrícula anual de inscripción correspondiente. Está prohibido el ejercicio de la función de mediador a personas en determinadas circunstancias —en nuestra opinión resulta un tanto discutible la “reserva del mercado” de la función de mediador a los abogados—.

El mediador puede ser sorteado oficialmente o bien puede ser un mediador designado privadamente. En cualquier caso, debe tratarse de un mediador registrado y habilitado por el Ministerio de Justicia. La designación podrá ser por sorteo, cuando el reclamante formalice su requerimiento en forma oficial ante la mesa de entradas del fuero que corresponda o, por elección, cuando privadamente lo designen las partes o a propuesta de la parte reclamante.<sup>30</sup>

Las causas de suspensión del Registro de Mediadores son: incumplimiento o mal desempeño de sus funciones; haber rehusado a intervenir sin causa justificada en más de tres mediaciones, dentro de un plazo de doce meses; haber sido sancionado por la comisión de falta grave por el tribunal de disciplina del colegio profesional al que perteneciera; no haber dado cumplimiento a la capacitación continua e instancias de evaluación que disponga el Ministerio de Justicia por intermedio de la Dirección Nacional de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos; no abonar en término la matrícula que determine el Ministerio de Justicia; haber incumplido alguno de los requisitos necesarios para la incorporación y mantenimiento en el registro.

Las causas de exclusión del Registro de Mediadores son: negligencia grave en el ejercicio de sus funciones que perjudique el procedimiento de mediación, su desarrollo o celeridad; violación de los princi-

<sup>30</sup> Los honorarios que percibirá el mediador por su tarea en las mediaciones oficiales se fija de acuerdo a diversas pautas, en función del monto del litigio en cuestión. Por ejemplo, en asuntos en los que se encuentren involucrados montos de hasta tres mil pesos, cobrará ciento cincuenta pesos. En asuntos con montos entre tres mil y seis mil pesos, sus honorarios serán de trescientos pesos y así sucesivamente.

Se crea un fondo de financiamiento, que funcionará en la órbita del Ministerio de Justicia. Cuando en las mediaciones oficiales no se llegara a acuerdo alguno, el fondo de financiamiento abonará al mediador, a cuenta de los honorarios que le correspondan la cantidad de quince pesos, quedando habilitado para presentar la solicitud de cobro al Ministerio de Justicia.

pios de confidencialidad y neutralidad; asesorar o patrocinar a alguna de las partes que intervengan en una mediación a su cargo o tener relación profesional o laboral con quienes asesoren o patrocinen a algunas de las partes.

*Las actuaciones:* confidencialidad. Neutralidad del mediador. Asistencia letrada. Presencia personal de las partes (se exceptúa a algunas personalidades la obligación de comparecer personalmente, como es el caso del presidente y vicepresidente de la nación, a rectores y decanos de universidades nacionales, ministros y cónsules, etcétera).

*El acuerdo dispensa de homologación judicial.* El acuerdo al que lleguen las partes se recogerá en un acta, comunicándose el resultado de la mediación al Ministerio de Justicia. El acuerdo tiene efecto de cosa juzgada. Es decir, el acuerdo instrumentado en acta suscrita por el mediador no requerirá homologación judicial y será ejecutable mediante el procedimiento de ejecución de sentencia, regulado en el Código Procesal Civil. La excepción se contempla cuando, en el proceso de mediación, estuvieran involucrados intereses de incapaces y se llegara a un acuerdo, éste debe ser posteriormente sometido a la homologación judicial del juez sorteado, en las mediaciones oficiales, o del juez competente que resultare sorteado, en las mediaciones privadas. Cualquiera que fuere el resultado de la mediación oficial o privada, éste debe ser informado por el mediador al Ministerio de Justicia dentro del plazo de treinta días hábiles de concluido el trámite, acompañando copia del acta con su firma autógrafa.

En caso de incumplimiento de lo pactado, la parte interesada puede solicitar directamente una ejecución, mediante el procedimiento de ejecución de sentencia. Consideramos acertada esta medida dado que uno de los objetivos de la mediación es evitar al Poder Judicial y hacer que las partes tuvieran que buscar una homologación judicial de su acuerdo acabaría desembocando en uno de los problemas que se pretenden evitar con los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

*Resultado negativo de la mediación. Acta final que habilita la vía judicial.* En caso de que las partes no llegasen a un acuerdo, o la mediación fracasare por incomparecencia de la o las partes o por haber resultado imposible la notificación, el acta deberá consignar únicamente esas circunstancias quedando expresamente prohibido dejar constancia de los pormenores de la o las audiencias celebradas. Con el acta final el recla-

mante tendrá habilitada la vía judicial y, ante la mesa de entradas del fuero que corresponda quedará facultado para iniciar la acción ante el juzgado que le hubiera sido sorteado, en las mediaciones oficiales, o en el que resultare sorteado al momento de radicar la demanda, en las privadas. En todos los casos los demandados deben haber sido convocados al trámite de mediación. Si el actor dirige la demanda contra un demandado que no hubiera sido convocado a mediación o en el proceso se dispusiere la intervención de terceros interesados, será necesaria la reapertura del trámite de mediación, el que será integrado con la nueva parte que se introdujere en el proceso.

### B. *En la provincia de Córdoba*

Como ya hemos indicado, en Argentina no hay una ley nacional de mediación sino que ha sido a nivel de provincias como se han ido promulgando. En el ámbito de la provincia de Córdoba han existido dos proyectos. El primer proyecto es el Plan Piloto de Mediación del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, que estuvo vigente hasta inicios de 2000.<sup>31</sup> Este primer proyecto contemplaba dos clases de mediadores:

<sup>31</sup> Previamente a la ley de 2000, en 1998 se establece el régimen legal de la mediación en la provincia de Córdoba a través del Acuerdo Reglamentario 407 serie "A", por el cual en su artículo 1o. se resuelve implementar un programa que contemple la puesta en marcha de un *Plan Piloto de Mediación* en el ámbito del Poder Judicial, el cual prestará servicio gratuito de mediación por el término de 12 meses y contribuirá a la difusión del instituto de la mediación debiendo elaborarse un informe final de evaluación acerca de los resultados obtenidos. Según el artículo 2o., el programa comprendía las controversias judiciales que le sean remitidas por los tribunales ordinarios de la ciudad de Córdoba que voluntariamente decidan participar en esta experiencia piloto. Conforme el artículo 3o., quedaban excluidas las siguientes causas: a) Procesos penales, con excepción de las acciones civiles derivadas de estos siempre que el imputado no se encuentre privado de su libertad; b) Procesos de declaración de incapacidad y rehabilitación; c) Amparo y *habeas corpus*; d) Medidas precautorias y prueba anticipada; e) Concursos y quiebras; g) Juicios de divorcio, salvo los incidentes referidos a separación de bienes, alimentos, visitas, tenencia de hijos, etcétera.

El artículo 4o. establecía que el Tribunal Superior de Justicia abriría un Registro de Mediadores y ejercería la superintendencia y control mientras durara la experiencia piloto.

El artículo 5o. establecía la conformación de un Cuerpo de Mediadores y otro de Co-Mediadores. Para integrar el Cuerpo de Mediadores se debían cumplir los siguientes requisitos: a) Poseer título de abogado con una antigüedad en el ejercicio superior a cinco años; b) Haber aprobado el curso introductorio, entrenamiento y pasantías; el Cuerpo de Co-Mediadores podía estar integrado por profesionales de distintas áreas afines a una controversia judicial: psicólogos, médicos, asistentes sociales, contables,

el mediador, que debería ser desempeñado por un profesional con título de abogado y 5 años de ejercicio en la profesión; y el comediador, que podría ser desempeñado por los restantes profesionales tales como psicólogos, médicos, asistentes sociales, etcétera. El segundo proyecto que es el de la Ley de Ministerios, contempla como mediadores a todos, es decir, tanto para los abogados como para los restantes profesionales, dejando en pie de igualdad a todas las ramas profesionales.<sup>32</sup>

etcétera, quienes debían de cumplir el haber aprobado el curso introductorio, entrenamiento y pasantías.

A este Acuerdo Reglamentario 407 se adjuntaba los “Principios Básicos” y “Procedimientos en el Desarrollo de la Mediación”, incorporándose en el “Anexo A” del presente acuerdo.

<sup>32</sup> El artículo 22 de la Ley Orgánica de Ministerios 8779, en su inciso 11 establece: que le compete al Ministerio de Justicia... y, en particular... propiciar y poner en funcionamiento métodos alternativos de resolución de conflictos (mediación, negociación, conciliación, arbitraje, etcétera). En este mismo objetivo insistía el Decreto reglamentario 1817/99 de la Ley Orgánica de Ministerios, en su artículo 86 inciso 5 establece que: la Secretaría para la reforma judicial y carcelaria tendrá como funciones, entre otras, las de... crear y poner en funcionamiento métodos alternativos de resolución de conflictos (mediación, negociación, conciliación y arbitraje).

Para dar cumplimiento a estas normativas, la Resolución 59/99 del Ministerio de Justicia de Córdoba considera que “se hace necesario implementar en la provincia de Córdoba métodos alternativos de resolución de conflictos”. Y “que, entre ellos se señala, por su economía y celeridad a la metodología de la mediación, para lo cual resulta imprescindible contar con profesionales capacitados”. Para ello, se destaca que “la Dirección de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (DIMARC) ha elaborado un programa que incluye formación de mediadores, su registro y fiscalización”.

Concretamente, en la Programación de la DIMARC se destaca la implementación de la mediación (elaboración de un Proyecto de Ley de Mediación, y celebración de convenios con organizaciones y entes para implementar en sus ámbitos sistemas de métodos de resolución de disputas a efectos de prevención de conflictos; para formar un Cuerpo de Mediadores del Estado. Se contempla también la capacitación, mediante la organización de cursos para la formación y capacitación de mediadores y jueces de paz, abarcando tanto la formación de mediadores mediante un curso dividido en tres etapas: introductorio (20 horas), entrenamiento (60 horas) y pasantías (20 horas); a través también de la capacitación y actualización permanente de mediadores a través de cursos de especialización sobre mediación familiar, empresarial, comunitaria, penal, escolar, etcétera. También mediante la organización de jornadas, congresos y seminarios y por último, mediante la evaluación sobre la idoneidad de quienes soliciten su registro en la DIMARC a través de un examen teórico práctico.

También se contemplaban otros aspectos tales como la creación de un Registro de Mediadores y la elaboración de un Reglamento para Mediadores, con normas de contenido procedimental y ético. Y, por último, se hacía hincapié en la necesidad de la difusión, a través de folletos y de los medios de comunicación, para que el ciudadano común pudiera conocer las ventajas del mecanismo de la mediación y evitar las contiendas judiciales. Se creaba una Escuela de Mediadores dependiendo del Ministerio de Justicia de la Nación.

Actualmente rige la Ley de Mediación núm. 8858 de la provincia de Córdoba, publicada el 14 de julio de 2000, acompañada de su Decreto Reglamentario 1773, publicado el 4 de octubre de 2000. Esta ley cordobesa ha podido incorporar las enseñanzas de toda la experiencia acumulada en Argentina desde el inicio de este movimiento. En lugar de seguir el modelo de la mediación prejudicial obligatoria, que pone en un mismo saco realidades muy diversas y que así como funciona bien para algunas situaciones es contraproducente en otras, la ley de Córdoba diferencia la mediación judicial de la extra-judicial. La mediación puede servir para auxiliar la labor judicial pero es también un método de pacificación social en el que pueden embarcarse los particulares. A partir de esta distinción se crean esferas de acción para el poder judicial, para el poder político y para los particulares. El propio debate parlamentario cordobés suscitado hasta la aprobación de esta ley nos revela que efectivamente se ha entendido el espíritu de la mediación, como un ámbito para que las partes “haciéndose cargo del problema que les convoca, sean ellas mismas quienes encuentren una solución al conflicto”.<sup>33</sup> Pero además se prevén diversos caminos de expansión del instituto: la posible participación del Estado, la mediación de los jueces de paz, la mediación de mediadores estatales o privados y de centros públicos atendiendo conflictos sociales o comunitarios. Una revolución pacificadora que pone el eje en la naturaleza de este procedimiento y en lo que él puede brindar, en lugar de poner el eje en el congestiónamiento de la justicia. Y es precisamente ese cambio de eje, tan sutil, el que lo cambia todo. Por eso también en el sistema establecido por la ley resulta natural pensar que haya mediadores no abogados y que en tres años de “rodaje” del sistema de mediación judicial, se puedan incorporar también a ese ámbito todos los mediadores, cualquiera que sea su profesión de base.

Las características principales de esta ley son: *a)* Se regula una mediación en sede judicial y una mediación en sede extrajudicial; *b)* Se contemplan diversos tipos de centros de mediación, privados y públicos; *c)* Se crea la Dirección de Métodos Alternativos para la Resolución de Conflictos (DIMARC), y *d)* Se crea el Centro Judicial de Mediación.

<sup>33</sup> Debate parlamentario, p. 1104.

La naturaleza de esta Ley de Mediación de la provincia de Córdoba difiere de la argentina, pues es potestativa/obligatoria. Es decir, se instituye la mediación con carácter voluntario, como método no adversarial de conflictos, cuyo objeto sea materia disponible por los particulares, que se regirá por las disposiciones de la citada ley: “declárese de interés público provincial la utilización, promoción, difusión y desarrollo de la instancia de mediación con carácter voluntario, como método no adversarial de resolución de conflictos, cuyo objeto sea materia disponible por los particulares” (artículo 1o.).

Excepcionalmente será de instancia obligatoria en toda contienda judicial civil o mercantil en tres casos: *a)* En contiendas de competencia de los jueces de primera instancia civil y comercial que deban sustanciarse por el trámite de juicio declarativo abreviado y ordinario cuyo monto no supere el equivalente a 140 pesos; *b)* En todas las causas donde se solicite el beneficio de litigar sin gastos, y *c)* Cuando el juez, por la naturaleza del asunto, su complejidad, los intereses en juego, estimare conveniente intentar la solución del conflicto por vía de la mediación. El intento de solución del conflicto por vía de la mediación, realizada en sede extrajudicial a través de un mediador o centro de mediación público o privado, debidamente acreditado, eximirá a las partes del proceso de mediación en sede judicial (artículo 2o.).

Quedan excluidas del ámbito de la mediación algunas causas: *a)* Procesos penales por delitos de acción pública, con excepción de las acciones civiles derivadas del delito y que se tramiten en sede penal; *b)* Acciones de divorcio, nulidad matrimonial, filiación, patria potestad, adopción; con excepción de: las cuestiones patrimoniales provenientes de éstas, alimentos, tenencia de hijos, régimen de visitas y conexos con éstas; *c)* Procesos de declaración de incapacidad; *d)* Amparo, *hábeas corpus*, interdictos; *e)* Medidas preparatorias y prueba anticipada; *f)* Medidas cautelares; *g)* Juicios sucesorios y voluntarios, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstos; *h)* Concursos y quiebras, y *i)* En general, todas aquellas cuestiones en que esté involucrado el orden público o que resulten indisponibles por los particulares (artículo 3o.).

Los principios del proceso de mediación son neutralidad, confidencialidad de las cuestiones,<sup>34</sup> comunicación directa de las partes, satisfactoria composición de intereses y consentimiento informado (artículo 4o.).

Tal vez lo más destacable de esta ley sea los dos diversos ámbitos de mediación que presenta: en sede judicial y en sede extrajudicial. Veamos cada uno de estos ámbitos.

*La mediación en sede judicial* (artículos 6o. y ss.): La apertura del procedimiento de mediación será dispuesta por el tribunal a solicitud de parte si fuera voluntaria o de oficio (si se insta la mediación con carácter de excepción, como regula el artículo 2o.). La instancia de mediación podrá ser requerida por las partes al interponer la demanda, al contestarla, o en cualquier oportunidad procesal y en todas las instancias. En los supuestos del artículo 2o., incisos *a*) y *b*), el juez lo dispondrá de oficio, en la oportunidad procesal que corresponda y, en el inciso *c*) en la oportunidad de tomar conocimiento de la existencia de los extremos que justifican la mediación. En lo que se refiere a la designación del mediador, el Centro Judicial de Mediación fijará en un plazo no mayor de cinco días hábiles, a partir de la recepción de las actuaciones una audiencia en la que las partes propondrán de común acuerdo el mediador a designar. Si no se lograra acuerdo, el Centro Judicial hará el nombramiento de oficio por sorteo, debiendo notificar a quien resulte electo y a las partes (artículo 10). Al igual que en la ley de Buenos Aires, las partes deberán concurrir al proceso de mediación con asistencia letrada particular.

Cualquiera de las partes puede solicitar la homologación del acuerdo. El tribunal podrá negar la homologación fundando su resolución, cuando el acuerdo afecte a la moral, las buenas costumbres y el orden público. Esta resolución será recurrible por las partes. Firme la resolución el acuerdo le será devuelto al mediador para que junto con las partes, en una nueva audiencia, subsanen las observaciones o en su caso den por terminado el proceso (artículo 23). En caso de incumplimiento del acuerdo homologado, podrá ejecutarse por el procedimiento de ejecu-

<sup>34</sup> El procedimiento de mediación tendrá carácter confidencial y las partes, sus abogados, el o los mediadores, los demás profesionales o peritos y todo aquel que intervenga en la mediación tendrán el deber de confidencialidad, el que ratificarán en la primera audiencia de la mediación mediante la suscripción del compromiso.

ción de sentencia (artículo 24). El plazo máximo de mediación será de hasta 60 días hábiles a partir de la primera audiencia. El plazo puede prorrogarse por acuerdo de las partes, de lo que deberá dejarse constancia por escrito, con comunicación al Centro Judicial de Mediación y al tribunal actuante (artículo 25). Se contempla la posibilidad de intervención de otros profesionales expertos en la materia objeto del conflicto en todas las causas y si mediare consentimiento de las partes, cuyos honorarios serán abonados por la parte solicitante (salvo acuerdo en contrario).

Los requisitos de los mediadores en sede judicial (artículo 33) son los siguientes: *a)* Poseer el título de abogado con una antigüedad en el ejercicio profesional de tres años; *b)* Haber aprobado el curso introductorio, entrenamiento y pasantías, que implica la conclusión del nivel básico del Plan de Estudios de la Escuela de Mediadores del Ministerio de Justicia de la Nación, u otro equivalente de jurisdicción provincial y haber obtenido el registro y la habilitación provincial; *c)* Estar inscrito en el Centro de Mediación del Poder Judicial.

Los requisitos de los co-mediadores en sede judicial son los siguientes: *a)* Poseer cualquier título universitario con una antigüedad superior a tres años en el ejercicio profesional; *b)* Haber aprobado el curso introductorio, entrenamiento y pasantías que implica la conclusión del nivel básico del plan de estudios de la Escuela de Mediadores del Ministerio de Justicia de la Nación u otro equivalente de la jurisdicción provincial, y *c)* Estar inscrito en el Centro de Mediación del Poder Judicial.

En lo que se refiere a los honorarios del mediador, la ley establece que el mediador percibirá por la tarea desempeñada en la mediación lo convenido con las partes. Si no existiese acuerdo sobre los honorarios, el mediador percibirá la remuneración que se establezca por vía reglamentaria teniendo en cuenta las circunstancias y complejidad de los conflictos que se sometan a mediación. Los honorarios serán soportados en igual proporción por las partes.

Habrà una *mediación en sede extrajudicial* (artículos 37 y ss.) cuando las partes, sin instar proceso judicial previo, se adhieran voluntariamente al proceso de mediación para la resolución de un conflicto, ante un mediador, centro de mediación público o privado habilitado a tal fin

(artículo 37). Esta mediación en sede extrajudicial se regirá en todas sus partes, en lo que corresponda, por lo dispuesto en los artículos precedentes referidos a la mediación en sede judicial (artículo 38). El acuerdo al que se llegue tendrá el mismo efecto de un convenio entre partes, e igual validez independientemente del centro público, privado o mediador habilitado interviniente (artículo 39). Cualquiera de las partes podrá solicitar la homologación del acuerdo ante el juez de turno con competencia en la materia (artículo 40).

Para actuar como mediador en sede extrajudicial se requiere (artículo 41): *a*) Poseer cualquier título universitario con una antigüedad superior a tres años en el ejercicio profesional; *b*) Haber aprobado el curso introductorio, entrenamiento y pasantías que implica la conclusión del nivel básico de estudios de la Escuela de Mediadores del Ministerio de Justicia de la Nación, u otro equivalente de jurisdicción provincial; *c*) Estar matriculado en el Centro Público de Mediación, y *d*) Disponer de oficinas adecuadas para un correcto desarrollo del proceso de mediación.

En la mediación extra-judicial los honorarios del mediador podrán ser convenidos libremente por las partes. En su defecto, se regirá por las disposiciones relativas a los honorarios de los mediadores en sede judicial (artículo 42).

Conviene destacar la distinción entre Centros de Mediación públicos y privados que establece la ley cordobesa. Se consideran Centros de Mediación privados a

todas las entidades unipersonales o de integración plural, dedicadas a realizar la actividad mediadora, implementar programas de asistencia y desarrollo de la mediación y formación de mediadores. Estos centros deberán estar dirigidos e integrados por mediadores matriculados y habilitados según las disposiciones de la presente ley (artículo 44).

Estas entidades deberán estar habilitadas, supervisadas y controladas por la DIMARC del Ministerio de Justicia de la Provincia de Córdoba (artículo 45).

...El Centro Público de Mediación en el ámbito del Poder Ejecutivo, desarrollará programas de asistencia gratuita para personas de escasos

recursos (artículo 46). En cuanto a su competencia, el Centro Público de Mediación intervendrá en aquellas cuestiones extrajudiciales que le sean voluntariamente presentadas por los particulares (artículo 48).

En lo que se refiere a su actuación,

El Centro Público de Mediación recibirá la solicitud de mediación por parte del interesado, a quien se le deberá informar el sentido y alcance de la mediación. El centro deberá requerir la presencia de la otra parte si ambas no hubiesen concurrido a solicitar el servicio. La invitación se realizará a través de una notificación a la que se adjuntará material informativo sobre la mediación; en caso de concurrencia se le informará sobre el procedimiento que se llevará a cabo y se fijará día y hora para la primera sesión conjunta que deberá ser notificada a los interesados (artículo 49).

El Centro Público de Mediación deberá girar semestralmente una estadística de las mediaciones realizadas a la DIMARC. Este informe tendrá carácter público (artículo 50).

Se crea el Centro Judicial de Mediación en el ámbito de la provincia de Córdoba, que dependerá del Poder Judicial de la Provincia (artículo 53). Las funciones de este Centro serán: *a)* Organizar la lista de mediadores que actuarán en este ámbito; *b)* Supervisar el funcionamiento de la instancia de mediación; *c)* Cumplimentar las obligaciones impuestas por esta ley; *d)* Recibir las denuncias por infracciones éticas de mediadores en su actuación judicial, que serán remitidas al Tribunal de Disciplina; *e)* Registrar los datos pertinentes con el objeto de elaborar estadísticas útiles y confiables para el control de gestión; *f)* Organizar cursos de capacitación específica en materia de mediación, y *g)* Instrumentar las acciones necesarias para publicar y hacer conocer las ventajas de la mediación como método alternativo de solución de conflictos (artículo 54).

Destacamos también la creación del Tribunal de Disciplina de Mediación, en el ámbito del Ministerio de Justicia, que se encargará del conocimiento y juzgamiento de las infracciones a los regímenes ético y disciplinario, de los mediadores aplicando las sanciones que correspondan conforme a la naturaleza, gravedad del hecho y antecedentes del infractor. Este tribunal estará integrado por un representante de la Dirección de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos y un represen-

tante de cada colegio profesional según lo establezca la reglamentación. El desempeño de los cargos es *ad honorem* (artículo 55).

Resulta también curiosa la vinculación que se establece entre los jueces de paz y los mediadores. Los jueces de paz legos actuarán como mediadores en sus respectivas jurisdicciones, en la medida en que las partes lo soliciten, en las causas comprendidas en contiendas de competencia de los jueces de primera instancia civil y comercial que deban sustanciarse por el trámite del juicio declarativo abreviado y ordinario cuyo monto no supere el equivalente a 140 pesos, pudiendo las partes concurrir con patrocinio letrado. A tales fines los jueces de paz deberán estar habilitadas conforme al curso introductorio, entrenamiento y pasantías ya citado anteriormente. En los casos en los que actúe como mediador un juez de paz, el acuerdo al que se llegue podrá ser ejecutado en sede judicial sin necesidad de homologación (artículo 56).

## 2. *En Colombia*

Los sacerdotes y los médicos indígenas, las parteras de las comunidades negras o los mediadores naturales campesinos o compadres que ayudan a las personas o comunidades a resolver los conflictos y a convivir pacíficamente, instrumentan formas de justicia comunitaria que se vienen dando en muchas zonas de Colombia. Desde la promulgación de la Constitución de 1991 en Colombia son muchos los actores que vienen haciendo aportes reales a la construcción de la paz en Colombia mediante instrumentos de resolución democrática y dialogada. Para ello la justicia comunitaria tiene dos importantes campos de acción: los mecanismos culturales de tratamiento de conflictos y los mecanismos institucionales de tratamiento de conflictos.

Entre los primeros están lo que las comunidades indígenas, campesinas o urbanas han desarrollado en su interior o para relacionarse unas con otras en la búsqueda de solucionar sus controversias. Aunque tienen una larga trayectoria no están suficientemente generalizados y, en muchos casos, han ido perdiendo eficacia frente al sistema jurídico estatal o por los procesos de inmigración y aculturación. Entre los segundos están la conciliación en equidad y los jueces de paz. Con ellos el Estado se encamina a reconocer en la comunidad la posibilidad

de resolver por sí misma muchas de las controversias. La Constitución de 1991 prescribió la justicia de paz, la jurisdicción indígena y la conciliación mediante particulares.

a) *La Conciliación en equidad*, que viene a ser equivalente al instituto de la mediación, tiene su desarrollo legal a través de la Ley 23 de 1991. Se trata de un mecanismo que ofrece alternativas de solución a las partes que no logran ponerse de acuerdo en la solución de un conflicto, acudiendo a un mediador de la misma comunidad llamado conciliador en equidad. La Constitución y la Ley 23 facultan al conciliador para que procure el acuerdo entre las partes y de esta manera facilite un compromiso con efectos de sentencia judicial. En este proceso intervienen las partes en conflicto y el conciliador. Pueden acudir a la conciliación las personas, organizaciones o comunidades que estén directamente involucradas en un conflicto.

Si bien la perspectiva inicial fue la descongestión de la administración de justicia se le ha ido encontrando un gran potencial para la construcción de convivencia pacífica en las diferentes regiones del país. La implementación de la conciliación en equidad trabaja con dos ejes principales. Uno es el de las comunidades en las cuales se establece el programa. El otro es el de los conciliadores, debiendo desarrollar las potencialidades del conciliador como actor que contribuye en el tratamiento de los conflictos de su comunidad y facilita la convivencia.

El papel básico del conciliador es servir como facilitador para que las partes junto con él puedan lograr la solución de su conflicto, por lo tanto el conciliador no tiene poder para imponer una solución. El conciliador debe acercarse a las partes y proponer soluciones al conflicto de manera imparcial reflejando los criterios morales y de equidad con que cuente la comunidad. Este conciliador en equidad es una persona de la propia comunidad que ayuda desde las concepciones de equidad de su localidad, a las partes que están en conflicto, a llegar a un acuerdo que tiene efectos judiciales. Se trata de una persona que goza de credibilidad y respeto por su sentido de justicia y equidad. El artículo 116.4 de la Constitución colombiana establece que: “Los particulares podrán ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”. El conciliador no actúa solo. En su labor recoge el

sentir comunitario de justicia, de las conductas aceptables y las reprochables, de las soluciones válidas para su comunidad. Su legitimidad radica en que la comunidad lo reconozca en tanto actúa con ese sentir comunitario. Las organizaciones cívicas y los corregimientos eligen a sus candidatos para conciliadores y presentan listas a los jueces de los municipios o a los tribunales superiores de distrito judicial, quienes los seleccionan. El conciliador es la persona que ha sido reconocida por los jueces para que de manera imparcial y neutral ayude en la búsqueda de un acuerdo para solucionar los conflictos.

Las partes reflejan el acuerdo de la solución a su conflicto en un acta de conciliación. En esta acta, el conciliador facultado por la ley y la comunidad avala el acuerdo logrado, con lo cual se le exige a las partes el cumplimiento de los compromisos adquiridos. El acta firmada por las partes y por el conciliador genera efectos judiciales similares a la sentencia de un juez.

La conciliación en equidad puede actuar sobre controversias de orden familiar, comercial, laboral, agrario, de lesiones personales y sobre la gran mayoría de los conflictos de la vida diaria. La conciliación es un buen instrumento para que la comunidad fortalezca sus reglas y sus valores de convivencia; para que el ciudadano sienta que es parte del problema y de la solución; para educar a la comunidad en la democracia y en la solidaridad; para que la gente encuentre el diálogo como una alternativa a la violencia y para fortalecer los mecanismos que las comunidades tienen para resolver sus conflictos.

b) *La justicia de paz* es una herramienta que busca la participación de las comunidades de manera directa en la administración de justicia a través de los jueces que pertenecen a ellas. Sus fallos no se fundamentan de manera estricta en la ley sino que responden a los valores y formas pacíficas en las que tradicionalmente la comunidad resuelve sus conflictos.

Esta figura busca que una persona de la comunidad sea reconocida como “juez de paz” y resuelva los conflictos que en ella se presentan, utilizando los conocimientos que tienen sobre su cultura, sus usos y costumbres. Este juez de paz no forma parte de la justicia ordinaria. Es un juez que proviene de la misma comunidad donde desempeña su labor y por ello conoce la forma en cómo se desenvuelve. Tampoco se espera de un juez de paz que conozca todas las leyes de su país sino

que conozca la Constitución y las maneras en cómo funciona su comunidad, para que pueda resolver los conflictos que en ella se presentan. El juez de paz tiene el poder de obligar a las partes a presentarse a una audiencia. Puede decidir por encima de la voluntad de las partes y puede imponer sanciones. Es decir, tiene poder coactivo, lo que no tiene un conciliador en equidad.

c) *La jurisdicción indígena*: las autoridades de los pueblos indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República colombiana. La ley establecerá las normas de coordinación de esta jurisdicción con el sistema judicial nacional (artículo 246 Const.).

### 3. *En Brasil*

Con la mediación en Brasil se pretende rescatar el verdadero sentido de ser ciudadano que en gran parte se ha perdido en el formalismo que acompaña a la administración de justicia. Las condiciones socio-económico brasileñas provocan que una gran parte de la población quede fuera del “manto protector” de la justicia (por ser analfabeta, por carecer de medios económicos). Es por ello que ya desde hace años en Brasil pueden encontrarse diversas corrientes que han pretendido buscar caminos alternativos a los ofrecidos por el derecho oficial para que la sociedad civil pueda recuperar parte del protagonismo que le ha sido arrebatado, bien mediante la reivindicación de nuevas formas de producción del derecho y pluralismo jurídico o bien a través del movimiento del derecho alternativo.

Entre esas formas paralelas al derecho oficial para resolver los conflictos cabe situar las experiencias alternativas y complementarias de resolución de conflictos, entre las que destacamos la mediación. En Brasil se está debatiendo actualmente el borrador de un Anteproyecto de Ley de Mediación.<sup>35</sup> El legislador brasileño ha intentado fortalecer

<sup>35</sup> Hemos consultado dos borradores de anteproyectos de Ley de Mediación. El primero, el *Projeto de Lei sobre a Mediação e outros meios de pacificação* (06.10.03). El segundo, o *Projeto de Lei de Mediação* (núm. 2303, de 10/05/2004). Hemos utilizado también la Enmienda y el Parecer del Senador Pedro Simon (Doc. 11 de 2205, de la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía, sobre el Proyecto de Ley de la Cámara

la vertiente extrajudicial de solución de conflictos, primero, con la Ley 9.307/96 de arbitraje y, en segundo lugar, mediante el reforzamiento de los poderes conciliatorios del juez, en la vertiente judicial, en el curso del proceso. A estas medidas hay que añadir ahora la mediación.<sup>36</sup>

La mediación que se está perfilando en la legislación brasileña se contempla en el seno del proceso civil, es decir, se trata de una mediación paraprocesal, a diferencia de la mediación con que trabajamos en el contexto europeo. El concepto clásico de mediación da más énfasis a la solución del conflicto que a conseguir un acuerdo. La mediación paraprocesal pone especial interés en la obtención de un acuerdo, ya que su objetivo es evitar el proceso. Se contempla la posibilidad de que el mediador sugiera a las partes la solución, de forma que el mediador actúa más en un perfil de conciliador que propiamente de mediador.

#### A. Proyecto de Ley de Mediación

En el proyecto de Ley de Mediación de Brasil se contemplan dos modalidades de mediación. La primera, la mediación previa, facultativa, que puede ser judicial o extrajudicial; la segunda, la mediación incidental, obligatoria (para estimular una cultura de la mediación. No se descarta que, en el futuro, la mediación paraprocesal se torne facultativa). El mediador brasileño, a diferencia del perfil del mediador europeo, sólo puede ser un abogado con un mínimo exigido de tres años de ejercicio profesional para que se pueda inscribir como mediador en el Tribunal de Justicia. Se contempla la posibilidad de que le asistan comediantes, que serían profesionales de otras áreas. Concretamente, la comediación es obligatoria en las controversias que versen sobre derecho de familia, debiendo siempre participar también un psiquiatra, un psicólogo o un asistente social. La retribución del mediador está prevista en la ley, en proporción al valor de la causa.

Se destaca que la mediación debe ser entendida y recibida como una forma de expresión de justicia, como ampliadora del acceso a la

núm. 94, de 2002). También, el Regulamento Modelo da Mediação, elaborado por el Conselho Nacional de Mediação e Arbitragem para as Mediações —CONIMA—.

Agradecemos la valiosa ayuda que nos ha proporcionado con sus informaciones la mediadora Tania Almeida, directora del Centro de Mediación “Mediare” de Rio de Janeiro.

<sup>36</sup> Véase el trabajo de S. Agostinho Beneti, “Resolução alternativa de conflitos e constitucionalidade”, en *Constituição Federal de 1988. Dez anos (1988-1998)*, Mathias Coltro, A. C. (coord.), São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999, pp. 510-524.

justicia. No debe ser vista como una justicia privada o competidora con el sistema judicial.

Las diferencias con la Ley de Mediación Familiar en España son notables. Es loable y digno de destacar que en Brasil la Ley de Mediación sea de ámbito nacional, reivindicación que en España, hasta ahora no se ha visto satisfecha, pues seguimos contando sólo con leyes autonómicas de mediación en materia “exclusivamente” de familia, a pesar de que la mediación es contemplada como una forma de resolver conflictos muy adecuada en el ámbito laboral, escolar, en el ámbito comunitario y otros campos. La ley brasileña recoge la exigencia de que los mediadores se inscriban en un registro, como en la normativa autonómica española.

La Ley de Mediación brasileña tiene un objeto concreto cual es la mediación paraprocesal dirigida al proceso civil. La aplicación de la mediación a temas civiles variados (quiebra, insolvencia civil, propiedad, usucapión, acción cautelar y otras), junto con las controversias que puedan surgir sobre el derecho de familia, hace que no se clarifique adecuadamente estos diversos conflictos, muy diferenciados entre sí. No es igual tratar cuestiones puramente patrimoniales en el derecho civil, que sentimientos, emociones, buscar la protección de los hijos menores y otras cuestiones que afectan a intereses que exceden de lo puramente evaluable en términos económicos. Asimismo, no se concreta con la debida claridad el ámbito de aplicación de los conflictos objeto de mediación familiar: ¿Sólo conflictos entre la pareja unida por matrimonio? ¿Admite conflictos que se produzcan entre parejas de hecho? ¿Y entre homosexuales que convivan juntos? ¿También se aplica a problemas intergeneracionales? ¿Y a los conflictos en la empresa familiar? No se hace tampoco ninguna referencia expresa a la protección de los intereses del menor, de los hijos, que debería ser el bien jurídico protegido principal en una mediación que afectase al derecho de familia.

La exigencia de que las partes deberán acudir a las sesiones de mediación acompañadas de abogado entendemos que rompe con la asunción por las partes mediadas, del uso de su propia autonomía de la voluntad. Sería más adecuado que acudieran las partes solas a las sesiones de mediación, habiendo consultado con anterioridad o posterioridad de la asistencia a las sesiones de mediación, si fuera necesario, con asesoramiento de abogados.

La exigencia de que el mediador sea abogado rompe en cierta manera con la conveniencia de la formación interdisciplinaria y multidisciplinaria que es deseable en un mediador. Independientemente de la titulación original que pueda tener el mediador (psicólogo, abogado, trabajador social, educador social u otras) lo importante es el Curso de Formación de Mediadores al que deberá asistir. Y este curso queda en manos de la Ordem dos Advogados do Brasil y del Tribunal de Justiça, es decir, con un perfil claramente jurídico. La propia fiscalización de las actividades del mediador será competencia de la Ordem dos Advogados do Brasil (en la mediación incidental, la fiscalización será también competencia del juez), con lo que puede observarse que, en la redacción de este proyecto de ley, el perfil jurídico ha tenido una fuerte influencia, en detrimento de otros sectores profesionales, como los psicólogos. No se alude tampoco a qué aspectos se regularán, posteriormente, por un reglamento.

En definitiva, más que una ley que regula la mediación como forma complementaria de resolver los conflictos, parece que refleja las características de una conciliación-negociación en sede extra-judicial o en sede judicial, estando las partes asesoradas no sólo por los abogados sino también por el mediador-conciliador, que procura que las partes lleguen a un acuerdo. No deja de ser un paso hacia delante a la hora de disminuir el volumen de trabajo que tienen los juzgados y procura buscar soluciones más ágiles y flexibles para las partes. Pero no podemos dejar de apuntar que no vislumbramos el “espíritu” propio de la mediación, el concepto de mediación que nosotros defendemos, mediación que busca no sólo la “satisfacción” de las partes sino la “transformación” de las partes en conflicto, la posibilidad de que las partes, en aquellos conflictos en que prime la autonomía de la voluntad, puedan decidir por sí mismas, la solución a su litigio. La mediación como una nueva cultura de la paz.<sup>37</sup>

A pesar pues, de no contar aún con una Ley de Mediación nacional en Brasil se está extendiendo cada vez más esta fórmula y funcionan diversos servicios de mediación, entre los que destacamos el Proyecto Balcão de Direitos.

<sup>37</sup> Destacamos el apoyo que está dando a la mediación el Forum Brasileiro de Mediação e Arbitragem, ubicado en Florianópolis, <http://www.ccrccom.br>.

## B. *Los balcones de derecho*

Creado en 1996, el Balcão de Directos de Viva Rio es un programa de asesoría jurídica, que promueve la orientación y educación legal y la mediación de los conflictos. Con núcleos instalados en comunidades de baja renta en Río de Janeiro, el Balcón actúa en el atendimento directo y en la capacitación legal de los moradores. A partir de esta actuación y en función de la experiencia acumulada en estas comunidades, en 2005 se ha creado el programa “Mediación de Conflictos”, cuyo propósito es valorizar la cultura de resolución de conflictos en el interior de la propia organización así como proponer a la sociedad y al gobierno modelos de acción en ambientes urbanos y en regiones de baja renta.

El trabajo de la institución, realizado gratuitamente, es simple y eficaz. Consigue soluciones rápidas para cuestiones que necesitarían años en la justicia común. “En lugar de largos procesos, utiliza el sentido común y el diálogo entre las personas implicadas, lo que se conoce como mediación de conflictos”. Los resultados han sido tan alentadores que, además de haber obtenido el patrocinio de la Secretaría de Estado de los Derechos Humanos, de la Fundación Ford, de la embajada británica y de la Unión Europea, el proyecto del Balcón de Derechos ha sido adoptado por el Ministerio de Justicia brasileño para ser implementado en todo el país.

La propuesta principal del Balcón<sup>38</sup> es extender un puente entre la población que no entiende el lenguaje jurídico, y la propia Justicia,

<sup>38</sup> Véase [www.vivario.org.br](http://www.vivario.org.br) / [www.vivafavela.com.br](http://www.vivafavela.com.br).

El Balcón pretende ser una puerta abierta al ejercicio de ciudadanía en comunidades de baja renta en Río de Janeiro. El Balcón es el resultado de la solicitud de 25 líderes comunitarios, que impulsaron la asistencia jurídica en las áreas de favelas, como mecanismo más adecuado y urgente para extender la malla de protección legal del Estado sobre la población desasistida.

Los núcleos del Balcón ofrecen servicios que permiten al habitante de áreas desfavorecidas rescatar la confianza en la justicia y la confianza en su propio desarrollo social:

1. Conciliación y mediación de conflictos: la actuación de los balcones tiene como objetivo encontrar soluciones pacíficas a los conflictos, a través de la conciliación y la mediación, buscando acuerdos satisfactorios entre las partes.

2. Asesoría jurídica amplia: este servicio incluye orientación legal al ciudadano sobre derechos y deberes; asistencia jurídica en los casos no resueltos por acuerdos, en las áreas de familia, sucesiones, propiedad, trabajo, comercial, civil y del consumidor;

que a su vez ignora cómo es la vida en las favelas. Por consiguiente, el trabajo de orientación no se limita a explicar a las personas cómo funciona la ley. Se pretende también tomar conocimiento de la realidad local, siendo conscientes del hecho de que allí existen reglas propias y que la mediación y la resolución de conflictos precisan, necesariamente, de esa comprensión.

La idea del Balcón nace de una organización no-gubernamental, Viva Rio. La entidad fue fundada con el objetivo de disminuir los índices de violencia. Como surgió cuando esos conflictos afectaron a algunos de los miembros de las clases más pudientes, por lo que comenzó siendo denominado peyorativamente “Viva Rico”. El desarrollo del proyecto del Balcón, dirigido especialmente a la población de las favelas y que incluía la participación de representantes de esas comunidades, acabó con esa imagen. La distancia entre las favelas y el asfalto es grande. Los oficiales de justicia tienen miedo de entrar en las favelas para cumplir los mandatos judiciales, lo que hace que los habitantes de esos lugares ni lleguen a saber que deben comparecer a una audiencia. Sin embargo, se exige que todos conozcan la ley —como en el ordenamiento español, también en Brasil la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento—. <sup>39</sup> El Balcón organiza cursos de formación de “agentes de derecho”, destinados a personas de las propias comunidades, para que colaboren en el proyecto. No se trata sólo de informar y dar a conocer el derecho, sino también de implicar a la población en el proyecto. De hecho, el local en el que se ubica el Balcón de Derechos es cedido por la comunidad de la favela, pues son los propios habitantes

encaminamiento de cuestiones para organismos como la defensoría pública del Estado, registros y otros servicios.

3. Obtención de documentos: los balcones orientan a los ciudadanos de baja renta sobre la obtención gratuita de documentos de identificación personal, social y profesional. Les proporcionan también legislación específica y formularios para las solicitudes correspondientes.

4. Formación y capacitación: con esta forma de actuación se pretende fortalecer y dinamizar la red de compromiso, realizando un trabajo de orientación a través de cursos y producción de material didáctico multiplicando sus resultados.

<sup>39</sup> Pedro Strozenberg es el coordinador general del área de seguridad pública de Viva Rio y el fundador del Balcón de Derechos. Con él tuvimos ocasión de visitar, en agosto de 2003, la sede del Balcón de Derechos en el Complejo de Maré, una de las favelas más conflictivas de Río —con unos 200,000 habitantes— y conocer la extraordinaria labor que allí están realizando.

de las favelas quienes deben solicitar la implantación del Balcón en su comunidad.<sup>40</sup>

La mediación familiar es un instrumento que cada vez y poco a poco, está empezando a utilizarse en el Balcón. Hay que partir de que en estas comunidades, la práctica de diálogo queda debilitada por la cultura de la violencia y de la discriminación. Encontrar caminos para la implementación de la paz forma parte de un esfuerzo global que pretende la difusión y la internacionalización de procesos democráticos en todas las esferas de la sociedad. De ahí que en estos contextos, la mediación comunitaria y la mediación familiar van a hacer hincapié necesariamente en la valorización del papel de la juventud plantando cara a las dinámicas de reproducción de la violencia que tiene en estos jóvenes sus principales víctimas.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> El local, generalmente, se distribuye en una sala para atención médica, otra pequeña sala en la que se realiza la mediación y otra en la que se encuentran los abogados, trabajadores sociales, alumnos en prácticas y colaboradores, en la que se recibe a los miembros de la comunidad.

La mayor dificultad —subraya P. Strozenberg— ha sido la de montar un equipo que llevase a estos lugares una política pública que no fuera religiosa, electoralista o asistencialista. La gente de la comunidad, que conoce la realidad local y que está dispuesta a modificarla, es un triunfo para el proyecto. Esas personas tienen un papel esencial pues es a través de ellas y de la credibilidad que la población local tiene en ellas como empiezan a confiar en el Balcón de Derechos. También fue difícil, en un principio, convencer a los abogados y estudiantes para colaborar en las favelas, lugar de violencia y peligro. En un principio hubo que recurrir a los contactos personales. Ahora, estudiantes de derecho buscan el Balcón para trabajar en prácticas (recibiendo apenas ochenta euros mensuales).

<sup>41</sup> Véase el *Manual de Formación de Mediadores y Agentes de Paz*, que utiliza Viva Rio, Alcântara Brandão, C. E., *Resolução de conflitos. Manual de Formação de Mediadores e Agentes de Paz*, Río de Janeiro, Viva Rio, 2005.

Precisamente, Viva Rio ha sido una de las impulsoras del referéndum por el desarme y la venta de armas en Brasil, que se realizará en 23 de octubre de 2005, el primer referéndum de estas características, que se inserta en su programa de educación para la paz y erradicación de la violencia. Son miles las personas que cada año mueren en las ciudades brasileñas por el uso indebido de armas de fuego.

En agosto de 2005 hemos visitado, junto con Pedro Strozenberg, la favela “Babilonia”, en la que la Asociación de Moradores ha terminado de construir una sede, para uso comunitario. Una de las dependencias será utilizada para implementar los servicios de mediación para la comunidad. El presidente de la Asociación de Moradores, junto con algunos voluntarios —estudiante de antropología de Finlandia, informático inglés ya jubilado y otros— están configurando un programa informático para realizar un censo de los moradores de esta favela, y llevar un control de quiénes habitan allí, de sus necesidades y demás. Las condiciones para desarrollar estos programas son precarias,

Hoy en Río funcionan diez núcleos, que cuentan con más de ochenta personas implicadas, entre abogados, trabajadores sociales, colaboradores y agentes de ciudadanía, trabajando en diecisiete comunidades. Los problemas crónicos de estas comunidades, la violencia del tráfico de drogas, la ausencia de infraestructura mínima para vivir con dignidad y la morosidad del sistema judicial ha descubierto la importancia de la mediación para la resolución de conflictos: que tan importante como escuchar a las partes implicadas en un conflicto es aprender con ellas, con su manera de enfrentarse a la escasez, con el olvido de años por parte del Estado. La búsqueda de la ciudadanía en estos espacios no puede dejarse de lado.

Fundamentalmente, la mediación aquí es vista como un medio de aumentar el acceso a los mecanismos legales para aquellas poblaciones que hayan sido tradicionalmente excluidas de los tribunales. En contraste, otros alegan que el uso de la mediación aumenta el control social del Estado sobre estas poblaciones. Los residentes en la favela viven en un espacio municipal no regulado, con servicios municipales inexistentes o precarios tales como la electricidad, alcantarillado o recogida de basuras. En cuanto un número de conflictos, por su propia naturaleza, requiere de la intervención del sistema legal (divorcio y guarda, por ejemplo), otros han sido casi exclusivamente resueltos fuera del sistema legal. En concreto, los conflictos que afectan a la construcción, a la transferencia y venta se han ido resolviendo fuera del sistema legal. Las favelas son un área de ocupación como tal, los residentes no tienen títulos legales de propiedad. De ahí que los conflictos que se refieren a la distribución de espacio, construcción y transferencia de vivienda han sido tradicionalmente resueltos por medios informales.

Cualquier acuerdo al que se llegue en las audiencias de mediación en los Balcones de Derecho puede ser remitido a un juez para su autorización y ser considerado válido por ley, conforme a la legislación que valida cualquier documento extraoficial cuando sea firmado por dos testigos. El Balcón propiamente no tiene capacidad de imponer ningún acuerdo a las partes, éstas deben ser enviadas al Juzgado Especial Civil

pues no hay ayudas públicas, y en ocasiones, con el regalo de una camiseta y la ración de comida diaria se consigue el número de “voluntarios favelados” para, por ejemplo, realizar encuestas entre los moradores.

—JEC— o al Tribunal Civil para pedir una orden de ejecución del acuerdo en el caso de que no sea cumplido.<sup>42</sup>

### C. *La justicia itinerante*

Los Balcones de Derecho no son la única experiencia de mediación en Brasil. Las poblaciones indígenas constituyen un núcleo de ciudadanía que no es hayan sido excluidos del tratamiento como ciudadanos sino que son los “olvidados” del sistema, lo cual es aún más grave. La “justicia itinerante” es otro proyecto auspiciado por el Ministerio de Justicia Brasileño que pretende dotar unos pequeños barcos para que vayan navegando siguiendo el curso del río Amazonas, realizando paradas en las diversas comunidades y poblaciones existentes, atendiendo a los conflictos que surjan en las comunidades. Son poblaciones en las que el derecho formal de los Códigos no tiene tampoco cabida, pues se rigen por unas pautas de conducta y con una jerarquía de valores muy diferente a la del derecho tradicional. Un proceso, como tal, no tiene allí ningún sentido.

El Ministerio de Justicia, conocedor de esta realidad, ha tenido también en consideración el elevado presupuesto que representaría abrir más de 150 Juzgados en los márgenes del Amazonas, la inversión será muy grande y es posible que la eficacia sea baja pues las comunidades indígenas se resistirán a acudir a las vías ordinarias del proceso para resolver sus conflictos. De ahí que estos barcos, aplicando principalmente el instituto de la mediación, están consiguiendo comunicarse adecuadamente con estas poblaciones y repartiendo una “justicia itinerante” con excelentes resultados. Problemas familiares y discusiones por linderos de tierras son los conflictos más habituales.

<sup>42</sup> Véase Davis, C. M., “Pequenas causas e assistência jurídica: usos, transformações e adaptações na favela”, *Balcão de Direitos. Resoluções de conflitos em Favelas do Rio de Janeiro*, Ribeiro, P. J. y Strozenberg, P. (orgs.), Río de Janeiro, Mauad, 2001, pp. 125-147.

C. M. Davis plantea una interesante comparación entre la forma de resolver conflictos y sus resultados en los juzgados especiales, que se ocupa de las pequeñas causas y también utiliza la mediación-conciliación, y la mediación desarrollada en el Balcón de Derechos.

#### D. *Centros de Mediación*

Los *Centros de Mediación*, ubicados en el seno de las Facultades de Derecho y de Psicología de las Universidades en Brasil, constituye otra de las grandes experiencias de mediación, principalmente en el ámbito de familia. Los núcleos de práctica jurídica —que guardan gran semejanza con nuestras Escuelas de Práctica Jurídica de las Facultades de Derecho en España—, vinculados a las Facultades de Derecho, son centros en los que los estudiantes de derecho de los dos últimos cursos de la licenciatura hacen sus prácticas atendiendo a la población con menos recursos —un equivalente a la justicia gratuita—. Los núcleos tienen abiertas sus puertas a todos aquellos que tienen un conflicto y que no disponiendo de medios para contratar los servicios de un abogado, acuden a estos centros. Allí son atendidos por los alumnos en prácticas de los estudios de derecho —siempre bajo la supervisión de un profesor—, quienes les orientan de los trámites a seguir en cada tipo de conflicto. Los problemas que se les presentan son muy variados, desde cómo solicitar una pensión de orfandad a qué trámites seguir para alquilar una casa.

El mayor número de consultas son de mujeres que desean reclamar algún tipo de ayuda económica para sus hijos, pues el padre se ha desentendido de los hijos; o para informarse de qué pasos debe seguir para separarse de su marido. Cuando se abordan conflictos en temas familiares, los alumnos en prácticas en derecho los desvían a los alumnos en prácticas de psicología que, según el tipo de conflicto, los acabarán remitiendo, si lo consideran oportuno, a los Servicios de Mediación de la Universidad. De esta forma, se da un tratamiento más adecuado a las particulares circunstancias que rodean este tipo de conflictos (en numerosas ocasiones el padre no ha reconocido a los hijos, o no tiene un trabajo fijo), por lo que, si se utilizara la vía legal ordinaria, la madre y los hijos con toda probabilidad quedarían desamparados, pues resultaría prácticamente imposible solicitar una pensión alimenticia para los hijos. En la mediación, el padre se concientia de las necesidades de los hijos y de la mujer y se compromete a pasar una pensión, acuerdo que normalmente es respetado y cumplido.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> Hemos tenido ocasión de visitar y conocer algunos de estos servicios de mediación brasileños que están actuando en la Universidad de Rondonia (Cuiabá, MT) y en la Universidad de Fortaleza (CE).

En definitiva, en el contexto latinoamericano la mediación en general y, especialmente la mediación familiar, va ganando adeptos y los detractores comienzan a ser un pequeño reducto. En el ámbito laboral, en las relaciones internacionales y de comercio exterior, en el ámbito de consumo y, principalmente, en el ámbito de la familia, se pone cada vez más de manifiesto las enormes posibilidades de la mediación como una forma de gestionar los conflictos por las propias partes implicadas y siempre en una cultura de la paz, en un contexto de pacificación de los conflictos, dejando a un lado la violencia. Se ha abierto un proceso de consolidación de la mediación imparable. La cuestión ya no es la del debate “mediación sí/mediación no” sino que se refiere al cuándo y cómo implantarla y desarrollarla.<sup>44</sup>

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÂNTARA BRANDÃO, C. E., *Resolução de conflitos. Manual de Formação de Mediadores e Agentes de Paz*, Río de Janeiro, Viva Rio, 2005.
- BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y derecho procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- BATESON, G., *Pasos hacia una ecología de la mente*, Argentina, Plantea, 1991.

Lo curioso es que, cuanto más humildes sean las personas que plantean el conflicto, antes se llega a un acuerdo. Es decir, en ocasiones basta con una única sesión con las dos partes implicadas para alcanzar ese acuerdo. Cuando la mediación familiar se realiza con personas de un nivel económico más alto, el número de sesiones para alcanzar un acuerdo es semejante al que se utiliza en España (entre ocho y diez sesiones), pues la situación es más compleja y hay más intereses pendientes de dilucidar.

<sup>44</sup> Se debe evitar el espectáculo deplorable que han dado juristas y no juristas, señala M. Martín Casals, a la necesidad de compartir con otros profesionales una tarta que hasta ahora sólo habían degustado los abogados. La mediación puede considerarse una forma de ecologismo jurídico y como tal hay que respetarla y cuidarla.

Por el bien de la mediación y de la elaboración de una adecuada Ley de Mediación habrá que dejar a un lado las consabidas disputas reflejo de intereses corporativos de los colegios profesionales (abogados, psicólogos, trabajadores sociales) que, en la mayoría de las ocasiones, desean repartirse “el pastel de la mediación” intentando que su “porción” sea mayor que la de los otros (Casals, M., Martín, “La mediación familiar en derecho comparado. Principios y clases de familias en el derecho europeo (Inglaterra, Francia y la Recomendación (98)1”, *Congreso Internacional de Mediación Familiar*, Barcelona, 1999, pp. 7-22).

- BELLOSO MARTÍN, N., *Otros cauces para el derecho: formas alternativas de resolución de conflictos*, “Los nuevos horizontes de la filosofía del Derecho. Libro homenaje al profesor Luis García San Miguel”. V. Zapatero, (ed.), Universidad de Alcalá de Henares, 2002. También, en lengua italiana, “Altre strade per il Diritto. Forme alternative di risoluzione di conflitti”, *Annali del Seminario Giuridico. Università di Catania*, Giuffré Editore, 2000-2001, vol. II.
- , “Formas alternativas de resolución de conflictos: experiencias en Latinoamérica”, *Seqüencia, Revista del Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*, Brasil, núm. 48, julio de 2004.
- BERNAL SAMPER, T., *La mediación. Una solución a los conflictos de pareja*, 2a. ed., Madrid, Colex, 2002.
- BOLZAN DE MORAIS, J. L., *Mediação e arbitragem. Alternativas à Jurisdição*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.
- BREITMAN, S. y COSTA PORTO, A., *Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz*, Porto Alegre, 2001.
- FOLBER, J. y TAYLOR, A., *Mediación y resolución de conflictos sin litigio*, México, Noriega, 1992.
- GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Madrid, Dykinson, 2003.
- JARES, X. R., *Educación para la paz. Su teoría y su práctica*, 2a. ed., Madrid, Editorial Popular, 1999.
- LLOPIS GINER, J. M., “La mediación: concepto y naturaleza”, *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación Familiar*, Valencia, Práctica de Derecho, 2003.
- MARLOW, L., *Mediación familiar. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del derecho*, A. Ma. Sánchez Durán y D. J. Bustelo Eliçabe-Urriol (trad.), Barcelona, Granica, 1999.
- MATÍN CASALS, M., “La mediación familiar en derecho comparado. Principios y clases de mediación familiar en el derecho europeo (Inglaterra, Francia y la recomendación (98)1”, *Congreso Internacional de Mediación Familiar*, Barcelona, 1999.
- MARTÍNEZ DE MURGUÍA, B., *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*, México, Paidós, 1999.
- MATHIAS COLTRO, A. C. (coord.), *Constituição Federal de 1988. Dez anos (1988-1998)*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999.
- McKee, D., *Los dos monstruos*, Madrid, Espasa Calpe, 1987.

- PARKINSON, L., *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, Sánchez Durán, A. Ma. (ed.), Barcelona, Gedisa, 2005.
- POYATOS GARCÍA, A. (coord.), *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2003.
- PRATS ALBENTOSA, L., (edic. prep.), *Legislación de mediación familiar*, Aranzadi, 2003.
- RIPOL MILLET, A., *La mediación familiar y otras mediaciones*, Barcelona, Paidós, 1999.
- SASTRE PELÁEZ, A. J., “La mediación familiar”, *Revista de Servicio Sociales de la Junta de Castilla y León*, núm. 5, 2003.
- , “Principios generales y definición de la Mediación Familiar: su reflejo en la legislación autonómica”, *La Ley*, núm. 5478, 2002.
- SALAIKEU, C. A., *Para que la sangre no llegue al río: una guía práctica para resolver conflictos*, Barcelona, Granica, 1996.
- SUARES, M., *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Buenos Aires-Barcelona-México, Paidós, 2004.
- WARAT, L. A., “Ecología, psicoanálisis e mediação”, Rodrigues, J. (trad.), *Em nome do acordo. A mediação no Direito*, Warat, L. A. (org.), Buenos Aires, ALMED, 1998.
- WARAT, L. A., *O Ofício do Mediador*, Florianópolis, Habitus Editora, 2001, vol. I.
- WOLKMER, A. C., *Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, São Paulo, Alfa-Omega, 1994.
- , “Bases éticas para una juridicidad alternativa en la perspectiva latinoamericana”, Torre Rangel, J. A. de la (coord.), *Derecho alternativo y crítica jurídica*, México, Porrúa, 2002.