

“LA INTERVENCIÓN DEL PROFESIONAL EN LA MEDIACIÓN”¹

(Reflexiones sobre la Ley 5/2012)

1.- Ideas generales sobre el “concepto” de mediación².

1.1. Una definición jurídica imprecisa. El legislador español ha optado en la ley 5/2012 por ubicar en el artículo primero un concepto de mediación, a la manera clásica, que enuncia lo que entiende por actividad mediadora de forma austera y sencilla, pero al mismo tiempo llena de imprecisiones. Son más reveladores los silencios que lo que se expresa y, en una especie de juego de palabras, comete la incorrección técnica de definir el verbo, la actividad de mediar, con la actuación del sujeto, es decir, el mediador. En justa correspondencia podía haber definido al mediador como la persona, cualquiera que sea su denominación, que media entre dos o más partes para que alcancen un acuerdo de forma voluntaria. El concepto legal podemos decir que es una obviedad, aun cuando no es fruto de la casualidad, sino de una opción legal meditada, como luego veremos.

La realidad es que al intentar trasladar a un texto jurídico lo que realmente es una metodología de intervención en la gestión o en el manejo de conflictos que pueden ser de muy diversa naturaleza, se está utilizando una técnica propia de la ciencia jurídica que, en este caso, resulta reduccionista. No se trata aquí de definir una institución propia del ámbito del derecho, ni tampoco un determinado tipo de procedimiento legal, que es lo a veces se interpreta de forma errónea al englobar la mediación en la categoría de procedimiento legal extrajudicial, de forma conjunta con el arbitraje o la conciliación. La mediación es una actividad mucho más compleja que la del árbitro (que realiza la tarea de un juez, pero designado de forma privada), o que la del conciliador (que en definitiva realiza una intervención como amigable componedor que procura acercar posturas, pero que no analiza en profundidad el conflicto ni realiza una tarea de gestión o de transformación del litigio).

La mediación es una actividad que, como decimos, es compleja y que requiere un alto grado de capacidad de observación y de análisis de los conflictos en el profesional que realiza la intervención. Al mismo tiempo la actuación de éste tiene una configuración poliédrica por cuanto en una buena parte está basada en técnicas comunicacionales y de gestión de emociones e intereses, aun cuando por otra parte se caracteriza por el dominio por parte del mediador de un conjunto de herramientas que provienen del ámbito de la psicología, que son necesarias para ordenar los debates, para garantizar el equilibrio, el respeto y la igualdad entre las partes. La esencia de su tarea es procurar que dos partes enfrentadas (por causas que pueden ser muy diversas),

¹ ©Apuntes de mediación bajo reserva de propiedad intelectual de su autor Pascual Ortuño Muñoz, Magistrado de la AP. Barcelona, enero 2013.

² Comentario al artículo 1 de la Ley 5/2012 de mediación en el ámbito civil y mercantil.

realicen la transformación entre unas posiciones de confrontación (e incomunicación), a otras basadas en la participación y la colaboración como medio para encontrar una solución aceptable para ambas.

1.2. La mediación puede aplicarse en todos los ámbitos del derecho. Se debe destacar que el objetivo de esta ley, que viene marcado por la necesidad de cumplir una ley marco europea (la Directiva CE 52/2008), no es el de hacer un texto integral y completo sobre la materia, sino el de regular las relaciones entre la mediación y el proceso judicial en los conflictos de derecho privado (civil y mercantil), y respecto a materias que sean disponibles por las partes. Por esta razón al abordar el análisis de un concepto sobre lo que es la mediación en un texto legal, se debe tener presente la diversidad de modalidades de mediación que existen en la práctica social y que no se agotan, ni mucho menos, con esta ley. Se han de distinguir por ello las dos grandes categorías de pública y privada, como también las de derecho interno y transfronteriza (o internacional) para las que las competencias del Estado español son limitadas, y fundamentalmente las referidas a otros ámbitos que la ley excluye expresamente en el artículo 2, como la penal (que puede ser de menores infractores o de adultos y éstas, a su vez, preventiva, policial e intrajudicial), la administrativa, la laboral y la de consumo. Así mismo hay otro tipo de mediaciones a las que la ley ni siquiera menciona, como la mediación en conflictos sociales, la escolar, la corporativa o la ciudadana.

1.3. Múltiples modelos de mediación. Al mismo tiempo no se puede hablar de mediación como modelo único, sino que más bien debe hablarse de mediaciones, aun cuando se basen en unos principios básicos esenciales que son comunes (como la voluntariedad y la confidencialidad). Existe un tipo específico de intervención social que revestirá una forma más impregnada de humanismo en los conflictos de carácter personal, y que será más cercana al pragmatismo en los conflictos de trascendencia económica. En algunos casos exigirá del mediador una formación específica en las ciencias de la conducta y en otras en las del derecho. Cuando se trate de mediación en conflictos de alto contenido técnico, será necesario conocer básicamente el ámbito en el que se desarrolla el conflicto. De alguna manera cabe decir que, además de conocer los principios y técnicas del método, el mediador debe controlar el lenguaje del conflicto, que es el lenguaje que las partes van a utilizar.

2.- La mediación a la que se refiere la Directiva Europea 52/2008.

2.1. La norma europea que ha sido objeto de trasposición no ha definido la mediación ni tampoco ha pretendido ofrecer un concepto de la misma. Su artículo primero se refiere al objetivo de la norma, que es el de facilitar el acceso a estos métodos mediante el aseguramiento de una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial. Implícitamente parte de que la mediación es una actividad extrajudicial, si bien en el artículo 3 realiza unas precisiones terminológicas con una pretensión más modesta (más realista) y menos expansiva que la ley española. Para ello señala unos aspectos que considera relevantes en las mediaciones que pertenecen al ámbito de la Directiva que es importante analizar:

2.2. La mediación como procedimiento “estructurado”. La elección de este adjetivo que finalmente se incluyó en el artículo 3.a) de la DE 52/2008 suscitó un debate muy

revelador, puesto que con ello se pretendió señalar que no toda intervención mediadora tiene relevancia jurídica, sino únicamente la que obedece a una predeterminación metodológica, aun cuando esté dotada del mayor grado de flexibilidad, en el sentido de que las partes son soberanas para pactar con el mediador cómo se va a desarrollar el proceso, lo que será la primera tarea del mediador (vid comentario al artículo 13).

Curiosamente el legislador español ha prescindido de esta precisión de la ley marco europea referida a la necesidad de que el proceso fuese estructurado (que sin embargo estaba en el primer anteproyecto del ministro Caamaño, que hablaba con mayor precisión de “negociación estructurada”), y ha dotado de un sentido más amplio e impreciso al concepto al hablar de “aquel medio de solución de controversias cualquiera que sea su denominación”. El legislador ha hecho caso a la recomendación del dictamen del CGPJ que le sugería introducir la necesidad de que la mediación se desarrollara de acuerdo a un procedimiento regulado legalmente. En consecuencia, a pesar de este enunciado tan amplio, que incluye hasta los buenos oficios de un camarero que pueda mediar en una disputa entre los clientes de un bar, la ley española intenta regular un procedimiento tipo como si con ello se añadiera un capítulo más a la ley de enjuiciamiento civil, lo que genera algunos problemas como después se analizará.

2.3. Eficacia de la norma: relevancia de la modificación producida en el debate parlamentario, en relación con el primer proyecto de ley. En ocasiones son reveladoras las disposiciones que han sido suprimidas del primitivo borrador. El artículo primero del primer Proyecto de Ley presentado por el Consejo de Ministros de 8 de abril de 2011 (proyecto Caamaño), incluía también un segundo párrafo en este artículo primero en el que se decía “*sólo las mediaciones desarrolladas con arreglo a esta ley producirán los efectos procesales que en ella se establecen*”. Tal previsión resultaba ciertamente expansiva puesto que venía a negar eficacia a la práctica privada de la mediación, que es la forma en la que se ha desarrollado este método de gestión de los conflictos en los países en los que está implantada. En efecto, tanto en EEUU, en Canadá, Australia o el Reino Unido, los métodos alternativos se han introducido por la vía contractual privada y más adelante se han perfeccionado en base a protocolos de actuación elaborados en torno a los diferentes tribunales, según las condiciones que se dan en cada uno de ellos y en cada ámbito de intervención. En la Europa continental ha sido Holanda el primer Estado en el que se desarrolló con notable éxito la mediación como práctica generalizada en la abogacía para evitar acudir a los Tribunales. En estos pactos se convenía un alto nivel de confidencialidad y de voluntariedad, y los contratos de mediación así suscritos han gozado de un total y absoluto reconocimiento ante los tribunales. Por esta razón la previsión legal del anteproyecto iba contra la esencia de la metodología que se caracteriza en el ámbito del derecho civil y mercantil por la preeminencia del principio de la autonomía de las partes y de la flexibilidad, también en lo que se refiere al procedimiento.

El antecedente del proceso legislativo descrito en el párrafo precedente es bastante clarificador, puesto que se ha dado el fenómeno de que algunas Comunidades Autónomas de las que han legislado en materia de mediación familiar se han arrogado el control de todas las mediaciones que se realicen en su territorio, extralimitándose de forma absoluta en su capacidad normativa. En primer lugar se ha de estar en la esfera

del derecho privado a lo que las partes acuerden, incluso en lo que se refiere a la elección del mediador (titulado o no). No obstante, en lo que se refiere a las relaciones de la mediación con el proceso judicial, al tratarse de materias reservadas a la Ley Estatal por el artículo 149.1, párrafos 5º y 6º, únicamente una norma de tal carácter puede tener eficacia. En consecuencia, las leyes autonómicas tienen su ámbito de intervención delimitado por las materias de que se traten (respecto de las que la Comunidad Autónoma debe tener asumidas las competencias), como pueden ser las de protección de la familia, de los menores, o de las relaciones vecinales, pero incluso respecto de tales cuestiones únicamente podrán imponer criterios para la determinación del mediador o las condiciones de la utilización de la mediación dentro de los servicios que sean de su competencia. No se puede impedir que en la esfera privada se practique la mediación con otras condiciones.

Es también importante destacar que la propia DE, en su considerando 13º expresa: “*La mediación a que se refiere la presente Directiva (con lo cual implícitamente admite que existen otro tipo de mediaciones)*, debe ser un procedimiento voluntario en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen”.

3.- La autonomía de la voluntad y el carácter supletorio de la ley.

La ley 5/2012 tiene un ámbito muy preciso, como se describe en el artículo 2 pero, por otra parte, debe remarcarse que tiene un carácter supletorio a la voluntad de las partes. Dicho de otra manera, la mediación es una metodología de trabajo utilizada en el campo de la conflictología por muy diversos profesionales que la utilizan como herramienta profesional (por esta razón no existe una profesión reglada y titulada de “mediador” como puede ser la de médico o abogado), en consecuencia la actividad de mediar también es libre. Otra cosa es que, en ausencia de pacto expreso (un contrato de mediación), para que tenga efectos procesales (es el objeto propio de la ley), debe reunir unos requisitos mínimos, especialmente para que los acuerdos puedan ser reconocidos por los tribunales con el mismo carácter que las sentencias. En especial cuando tales acuerdos se han de hacer valer en otros países.

En el sentido apuntado en el párrafo precedente es muy clarificador el informe emitido por el Consejo de Estado al Proyecto de ley, al decir que “*Con carácter general, se emplea la expresión “mediación” para referirse indiferentemente a todos aquellos supuestos en los que interviene un tercero para solucionar un conflicto (un amigo, un representante o abogado, etcétera). El Anteproyecto no afecta a estos supuestos, ni tampoco a otro tipo de mediaciones que ya se están desarrollando, pero **introduce una serie de requisitos que debe reunir el mediador y define los principios de la mediación de forma que sólo producirá efectos procesales (básicamente, la fuerza ejecutiva y el efecto de cosa juzgada) la mediación que se desarrolle con arreglo a lo dispuesto en el Anteproyecto.***” Debemos añadir a los que menciona el informe del CE, los efectos que producen las mediaciones realizadas con respeto a los principios de la ley respecto a la confidencialidad, en tanto que el mediador (salvo que sea exonerado por pacto expreso de ambas partes) estará sujeto al secreto profesional, y no podrá ser llamado como testigo a un juicio. Las partes tampoco podrán utilizar en juicio las pruebas obtenidas como resultado de un proceso de mediación (Vid comentario al artículo 9 de la Ley).

En el derecho comparado lo que se ha producido es la vigencia de multitud de protocolos, según las instituciones, ámbitos y materias. Incluso existe una cierta rivalidad entre las entidades que promueven la mediación, puesto que tales normas de procedimiento varían de un servicio a otro y se van adaptando con la observación de la experiencia práctica. Las normas de trasposición de la directiva no se han preocupado en el resto de los países de ofrecer un concepto, que lo han presumido, sino que se han centrado en la facilitación de su inserción en la práctica forense.

4.- La desjudicialización y otras notas definitorias de la mediación en la Ley 5/2012.

Es sumamente interesante la inclusión novedosa (no estaba en el proyecto de ley anterior), de la referencia en la exposición de motivos a tres objetivos que habían sido destacados por la doctrina, que son:

4.1. La desjudicialización³ que es el proceso en virtud del cual el poder decisorio regresa a los propios ciudadanos y se desvincula del concepto de tribunal, lo que se inscribe dentro de la opción estratégica de potenciar prácticas jurídicas alternativas (ADR) para ofrecer un tratamiento a los conflictos diferente a la opción de acudir al juez. Estas formas de gestionar los conflictos están fundadas en los mismos valores de la justicia que, de esta manera, diversifica su método de actuación, impulsando el desarrollo de otros mecanismos como la conciliación, la opinión de expertos, el arbitraje, el acuerdo de negociación asistida por abogados, y la mediación.

4.2. La deslegalización⁴, término que evoca directamente el principio general de derecho de la autonomía de la voluntad de las partes en materias que no son de derecho necesario, y que parte de la base de que la tipología legal es insuficiente, de que el conflicto real es más complejo y tiene más dimensiones que la abstracción del modelo del que partió el legislador, que no se adapta en muchos casos ni a la estructura del propio conflicto ni a la necesidad de posibilitar una salida razonable en un plazo aceptable.

4.3. Finalmente menciona la exposición de motivos la desjuridificación que encuentra su razonabilidad argumentativa en que la definición y concreción de lo que es justo en el caso concreto no ha de estar inexorablemente inspirada en referentes normativos o principios preestablecidos sino que, en determinados casos y conflictos concretos, lo que se considera justo es lo que las partes consideran aceptable para ambas y que, eficazmente, soluciona el conflicto de forma satisfactoria. La presencia de la equidad en estas soluciones, y especialmente la garantía de la igualdad de las partes para que ninguna de ellas imponga su mayor poder, es una función que se desplaza del juez al

³ Parágrafo II de la Exposición de motivos. Vincula la desjudicialización a la deseable reducción de la excesiva carga de trabajo de los tribunales, aun cuando éste no es el sentido único que le atribuye la doctrina, que destaca la versatilidad de lo extrajudicial para obtener una solución más adaptada a las necesidades de las partes en conflicto. Esta matización ha sido introducida en el debate parlamentario.

⁴ El parágrafo III de la EM menciona la deslegalización, como “pérdida del papel central de la ley” en beneficio de un principio dispositivo (la autonomía de la voluntad); también aquí se ubica la desjuridificación, vinculada a la libertad de concreción del contenido del acuerdo al decir “consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio”.

mediador y que, en cualquier caso, pone de relieve la importancia de la asistencia letrada a cada una de las partes.

En definitiva, subyace en los métodos alternativos un propósito de desjudicializar una buena parte de lo que se llama “litigiosidad impropia” proponiendo vías previas de diálogo que han estado presentes en nuestra tradición forense pero que, por múltiples razones, se han perdido con el devenir de los años. La concepción científica de la mediación implica la tarea de haber recogido todas esas buenas prácticas de los operadores que han trabajado en el mundo de la conflictología, y haberlas sistematizado para que su aprendizaje y transmisión no obedezca a improvisaciones ni al voluntarismo de los maestros, sino que puedan estudiarse, comprenderse y practicarse por las nuevas generaciones, en beneficio de los ciudadanos y de un concepto amplio de lo que significa el sistema de justicia.

5.- La imparcialidad, la igualdad, y la neutralidad en la mediación⁵.

5.1. Igualdad e imparcialidad. Con el enunciado del artículo 7 de la Ley 5/2012 se hace referencia a conceptos generales de extraordinaria importancia pero, cuando el legislador pasa a desarrollarlos, se reduce su alcance a cuatro manifestaciones del principio de igualdad: la de oportunidades, el equilibrio entre sus posiciones, el respeto hacia los puntos de vista expresados por las partes y la actuación imparcial.

La idea que es necesario destacar es que en el proceso de mediación debe garantizarse la igualdad de quienes participan en el proceso y la imparcialidad del mediador. Si no fuera así, si alguna de las partes interviniera con ventaja o si, aun no existiendo una desigualdad real alguna de las partes tuviera esa percepción subjetiva, la mediación fracasaría, el intento de negociación abortaría por cuanto juega aquí su papel el principio de voluntariedad y, como es lógico, nadie comienza ni permanece en un proceso de mediación si tiene la convicción de que la otra parte está recibiendo un trato de favor o de que el mediador no reúne las condiciones de imparcialidad necesarias.

5.2 Igualdad y voluntariedad. Conviene decir que la voluntariedad es un elemento que juega a favor de que se refuercen los mecanismos de igualdad, cosa que no siempre ocurre en el proceso judicial ni el arbitraje. Veamos tres situaciones que ilustran esta afirmación:

5.2.1 Ante un tribunal se comparece obligado por la ley, no se acude voluntariamente ni se puede elegir el juez que te parezca más ecuánime. Ante cualquier anomalía en la que se sienta uno discriminado puede exigir que se le de un trato igualitario (existen mecanismos como la recusación del juez, por ejemplo), pero nadie tiene la opción de levantarse y marcharse a otro tribunal si sospecha que esa garantía no existe. En la mediación sí.

5.2.2 En el proceso judicial se interviene bajo la dirección letrada de un abogado. La parte no puede hablar ni explicar por sí misma sino que ha de hacerlo a través de los profesionales (abogados y procuradores) que filtran técnicamente y deciden lo que conviene exponer y cómo hacerlo. La realidad nos muestra que puede haber unos

⁵ Comentario correspondiente al artículo 7 de la Ley 5/2012.

abogados mejor preparados que otros o que se vuelquen más en un caso que en otro. Pues bien, la igualdad resultante de esa diferencia entre los letrados no la puede remediar el juez que está sometido (salvo en los casos penales y en los que afectan a menores o incapacitados), por los principios de rogación de parte y de congruencia con las peticiones de las partes (formuladas a través de sus abogados). Esto no ocurre en la mediación, puesto que el mediador debe garantizar que el equilibrio entre las partes sea real y efectivo.

5.2.3 En el proceso judicial el juez ha de obrar con objetividad, pero al mismo tiempo ha de hacer cumplir la ley y ésta ya le marca y le indica lo que es justo o injusto. Por esta razón existe un prejuicio previo legal del que se parte en el enjuiciamiento, que es el comportamiento que la ley, en abstracto, espera de cada ciudadano cuando está inmerso en un conflicto. La solución legal siempre da la razón a uno y emite un juicio de reproche al otro. El mediador sin embargo no está influido por ese prejuicio legal, su sentido del deber ser ha de estar absolutamente en blanco, puesto que ha de tratar por igual a las dos partes y nunca puede emitir un juicio de valor (este es un aspecto que deben cuidar mucho los mediadores). Ante el mediador todas las posiciones son legítimas. Debe tratar y respetar con suma tolerancia posiciones antagónicas sin juzgarlas y sin descalificarlas.

6. La igualdad de oportunidades en la mediación

6.1 El trato igualitario. Una de las manifestaciones de la imparcialidad es el trato igualitario a las dos partes. Cuando se realizan supervisiones a procesos de mediación suelen destacarse determinados comportamientos, a veces pequeños detalles, de los que se deriva un trato desigual que, aun cuando carezcan de importancia objetiva, son vividos negativamente por una de las partes. Por esta razón, si el mediador tiene una entrevista con una de las partes, ha de mantener otra con la parte contraria. Si da a una la oportunidad de expresarse en un sentido, tiene que hacer lo propio con la otra. Si a una le permite presentar un escrito redactado por su abogado, debe también ofrecer a la otra la oportunidad de que aporte otro escrito en las mismas condiciones. Por una concepción errónea de la función del mediador se incurre en manifestaciones de afecto o rechazo hacia alguna de las partes, o en intentos contemporizadores respecto a gestos, frases actitudes prepotentes de alguna de las partes. El mediador ha de cuidar comportamientos equívocos, puesto que la natural predisposición a socorrer a la parte más débil, a caer bien o a la simpatía no puede confundirse con muestras de consideración o afecto hacia ninguna de las partes. El mediador no tiene por qué ser simpático ni bromista. Lo que debe hacer es ser buen profesional y respetuoso con las dos partes por igual.

6.2 La igualdad de armas es un principio básico del proceso judicial, que se traslada también al proceso de mediación para enfatizar que una de las partes nunca puede estar en inferioridad de condiciones que la otra. Si una dispone de asesoramiento letrado, la otra también ha de tenerlo. Si el mediador permite que una de las partes explique un determinado hecho o aporte una prueba, debe también conceder una oportunidad similar y equitativa a la otra. Aun cuando el proceso de mediación se caracteriza por su flexibilidad, por su adaptabilidad a las circunstancias y a las necesidades de las partes, así como a la eventual modificación de las reglas o la aceptación de toda clase de sugerencias (intervención de terceros, sesiones on-line,

aplazamiento de entrevistas y reuniones), especialmente si se compara con el proceso judicial, en todo momento debe respetarse lo que se también se denomina el equilibrio de las posiciones de ambas partes, sin que ninguna de ellas pueda sufrir menoscabo objetivo ni subjetivo. Aquí juega un papel fundamental el principio de neutralidad, que se desarrolla en el artículo siguiente, junto con la obligación de respetar los diferentes puntos de vista.

7. La imparcialidad

7.1 Condición básica del mediador para que las dos partes en un conflicto dispongan de igualdad de oportunidades es su imparcialidad. Esta es una idea esencial que subyace y menciona en todos los textos legales. La Directiva (CE) 58/2008 incluye la mención a la imparcialidad en Artículo 3.b) cuando define y describe quién es el mediador, junto con las otras condiciones básicas como la eficacia y la competencia, es decir, la posesión de habilidades específicas para intervenir como tal, y el dominio de las herramientas típicas de quien ejerce un papel protagonista en esta metodología.

7.2 Imparcialidad subjetiva y objetiva. En ambos casos se trata de una cualidad que no es genérica (como puede ser la competencia profesional adquirida mediante la formación y la práctica), sino que se ha de ver y medir en cada caso concreto, tanto en relación con las personas o entidades que intervienen por cada parte, como respecto a la propia materia objeto de la mediación. Quiere esto decir que la desvinculación debe ser tanto de cada una de las partes individualmente consideradas, como del propio conflicto o de cuestiones que tengan una carga ideológica profunda que pueda condicionar, de alguna manera (incluso subconscientemente) la actuación del mediador.

7.2.1 La imparcialidad subjetiva. Para definir la imparcialidad el diccionario ideológico de la lengua española de J. Casares dice que es “la falta de prejuicio favorable o adverso a personas o cosas de que resulta poder juzgar u obrar con rectitud”. Es un excelente punto de vista porque está poniendo énfasis en una condición de la persona que interviene como mediador, pero referido con una clara referencia al caso concreto. En base a esta definición deberemos destacar que la imparcialidad se caracteriza por la falta de prejuicios. Siguiendo el discurso al que nos lleva el lenguaje podemos decir que el prejuicio nos evoca una toma de posición previa al conocimiento real de la causa. Por ejemplo, un prejuicio negativo puede generarse en una persona que ha perdido a un familiar por el atropello por un motorista que se ha dado a la fuga, porque es muy posible que tenga una pésima opinión de todos los motoristas ya que le evocarán a la persona que falleció tan trágica e injustamente y, por lo tanto, puede proyectar esta aversión a otras personas que estén en la misma situación. Un prejuicio positivo puede ser el sentimiento de solidaridad que puede tenerse hacia una persona con la que se está vinculado por razones ideológicas, religiosas o por sentimientos de respecto o admiración.

Cuando se trata de elegir a los miembros de un jurado los abogados insisten mucho en las convicciones, creencias o experiencias vitales de los candidatos preseleccionados, puesto que saben que en caso de duda un condicionamiento de este tipo puede ser decisivo para inclinar la balanza a un lado o al otro.

7.2.2 La imparcialidad objetiva. Existen determinadas circunstancias que la experiencia legal tiene asumidas como manifestaciones externas de falta de imparcialidad que, generalmente, van unidas a la vinculación de la persona con una de las partes. Así el artículo 377 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo que se refiere a los testigos, incluye como circunstancias que hacen presumir la falta de imparcialidad el parentesco hasta cuarto grado con la parte o con el abogado o procurador, así como a la persona unida por vínculo de jerarquía o dependencia. Otras condiciones son las de tener interés en el resultado del litigio o ser amigo íntimo o enemigo manifiesto. Para los jueces, el artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece hasta dieciséis causas de abstención, es decir, de vinculación con alguna de las partes que obligan al juez a apartarse del conocimiento del asunto. Si no se abstiene puede ser recusado, lo que puede dar lugar a una sanción.

7.3 Características de la imparcialidad exigida al mediador. La persona que vaya a intervenir como mediador debe reunir las condiciones objetivas que son exigidas a jueces y testigos, pero su imparcialidad debe ir mucho más allá, puesto que la metodología está basada en la confianza plena que las dos partes deben tener hacia quien ejerce esta función y, en consecuencia, no es exigible únicamente una imparcialidad formal, sino también que ésta condición sea percibida plenamente por cada una de las partes que intervienen en el conflicto que se va a someter a mediación.

7.4 La imparcialidad de la institución de mediación. Los centros que ofrezcan servicios de mediación deben estar también caracterizados por ser un espacio imparcial, en el sentido de que ninguna de las partes pueda percibir que está en condiciones de inferioridad (o de superioridad) respecto de la otra. Por esta razón es importante la ubicación del lugar en el que se desarrolla el proceso. Si se está ante un conflicto relativo al trabajo, el centro de mediación ubicado en la sede del sindicato obrero o de la patronal inducirá a una de las partes a pensar que va a recibir un trato desigual respecto de la otra. Si se media en un conflicto de familia, por ejemplo, en un divorcio, la ubicación del centro de mediación en una institución religiosa de una confesión que tenga en su ideario la indisolubilidad del matrimonio, o el principio de jefatura del marido sobre la mujer o, por el contrario, se ubica en un centro feminista, una de las partes puede sentirse en inferioridad de condiciones.

7.5 El incumplimiento del deber de imparcialidad. Una de las causas que generan la responsabilidad del mediador es la vulneración del deber de imparcialidad. Un primer efecto será, con toda probabilidad, el fracaso de la mediación, pero el segundo puede ser la exigencia de responsabilidades profesionales, civiles e incluso penales, puesto que los ciudadanos han depositado su confianza en la actuación igualitaria y responsable del mediador y, la defraudación de estas expectativas da lugar a la pérdida de tal elemento esencial pero, también a la exigencia de las responsabilidades legales correspondientes cuando de tal conducta se deriven perjuicios para una de las partes.

8.- La neutralidad del mediador⁶.

La más importante característica de la mediación es la neutralidad. Es “neutral” quien no es de uno ni de otro, quien no toma parte en una guerra movida por otros. “Neutralizar” es debilitar o compensar el efecto de una causa, por la concurrencia de otra. El alcance semántico de este principio no es unívoco y, de forma unánime, es mencionado entre los vértices de la mediación. Así la Disposición Final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, ya lo remarcó como principio esencial, junto con la voluntariedad, la imparcialidad y la confidencialidad y ha sido incluido en todas las leyes autonómicas y en este precepto de la Ley 5/2012, de 6 de julio, que destaca que son las propias partes quiénes han de alcanzar por sí mismas los acuerdos.

8-1.- Neutralidad e imparcialidad.

Hay que hacer notar que neutralidad e imparcialidad a pesar de sus grandes semejanzas, no son términos sinónimos, sino que cada uno tiene un significado diferente y una nota distintiva propia en la construcción de la mediación. Si la imparcialidad la conectábamos con la igualdad, la neutralidad debe ser comprendida en base a la exigencia del respeto de las diferentes opciones y, especialmente, al reconocimiento de la legitimidad de todas las posiciones que pueden ser mantenidas en un conflicto. Si la imparcialidad es un requisito previo al inicio del proceso que se visualiza como una exigencia hacia el ejercicio de la función del mediador, la neutralidad ha de extenderse a todo el desarrollo del proceso en el sentido de que se ha de garantizar a cada una de las partes un espacio de seguridad, de respeto mutuo y de tolerancia.

8.2.- El mediador no juzga posiciones. Las líneas de la intervención del mediador deben partir del reconocimiento profundo de la legitimidad de todas las posiciones que puedan mantener las partes, de todas las opciones vitales ante un problema, pues únicamente así podrá intentar que cada parte comprenda el punto de vista de la otra. Para ello el mediador debe saber escuchar, inspirar confianza, analizar la personalidad de las partes, estudiar la estructura del conflicto, para poder encontrar un nivel de comunicación viable y común, que les permita encontrar la solución por sí mismas. Por esta razón, entre las habilidades del mediador destaca la tarea de ayudar a las partes a diferenciar entre las posiciones y los intereses reales que subyacen tras las mismas.

Para distinguir la mediación de otras figuras afines, la importancia de este significado de neutralidad es muy ilustrativa, puesto que en el proceso judicial y en el arbitraje, el tercero dirimente adopta una posición pasiva frente a la situación de las partes, ya que son sus abogados, en todo caso, los que suplen las deficiencias de sus clientes, limitándose la exigencia legal a la imparcialidad y a la igualdad de armas en el proceso, principios que tienen un alcance más limitado al ámbito puramente formal. Al igual que la voluntariedad, la neutralidad debe predicarse desde el principio del proceso de mediación, y ha de perdurar durante todo su desarrollo. Para ello el mediador dispone de recursos que la aseguran y, si en algún momento se quiebra o no puede recomponerse, se debe suspender la entrevista e incluso se ha de dar por finalizado el proceso si no se consigue una superación pronta del desequilibrio surgido. Así se prevé, por ejemplo, en el artículo 87 ter 5 de la LOPJ, reformado por LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que

⁶ Comentario al artículo 8 de la Ley 5/2012.

prohíbe la mediación en contextos de violencia contra la mujer, puesto que difícilmente puede aceptar un acuerdo no viciado quien está sufriendo los efectos psicológicos de un amedrentamiento por violencia física o psíquica.

8-3.- La neutralidad “activa”. Es este un concepto elaborado por Sara Cobb, (profesora del Instituto para la Resolución y Análisis de Conflictos e Georges Mason University). Su tesis es la de integrar el activismo para dotar de contenido a lo que deja de ser un requisito subjetivo del mediador, y se transforma en una obligación relativa a la actuación profesional del mismo (vid: www.youtube.com/watch?v=ouFMtcGV6xo). No se puede permanecer insensible ante el desequilibrio de las partes. Es otra gran diferencia con lo que ocurre en el proceso judicial en el que el tribunal presume que si un ciudadano está defendido por un abogado, ya se está cumpliendo su derecho de defensa, y si el abogado incumple sus obligaciones profesionales, ya podrá su cliente formularle una reclamación a posteriori. En la mediación esta idea es inconcebible, puesto que los protagonistas no son los abogados, sino las propias partes, bien individualmente cuando son ciudadanos en conflictos interpersonales, o los representantes legales de las personas jurídicas, empresas, sociedades o asociaciones (no sus procuradores ni letrados).

El activismo en la neutralidad obliga al mediador a interrumpir las sesiones de mediación si las dos partes no están equilibradas e incluso a desistir absolutamente de seguir con el proceso si observa que no es posible con los medios técnicos habituales de los que se dispone, restablecer tal equilibrio.

La realización de la neutralidad es en muchos casos difícil. Si evocamos un conflicto bélico pensamos que un territorio neutral es aquel en el que ambas partes pueden estar ajenas a las hostilidades, pero protegidas igualmente por el gobierno del estado neutral, que no permite a ninguna de ellas una posición de arrogancia frente a la otra. Mas la neutralidad activa es mas que esto, puesto que implica que si existe una amenaza externa, un desequilibrio de poder generado por factores objetivos o subjetivos, no puede seguir adelante hasta que no exista una igualdad real que, ocasiones, es muy difícil de conseguir.

8-4.- Neutralidad y acuerdo. La importancia de la neutralidad en la mediación tiene su fundamento en la necesidad de garantizar que el acuerdo que pueda alcanzarse no es una capitulación, no es la firma ni la constatación de una derrota, como son muchos pactos que ponen fin a un proceso de negociación que serían ajenos a la mediación. El acuerdo de mediación tiene como elemento cualitativo que implica y es el resultado de una superación del conflicto o, cuando menos, una pacificación del mismo, con elementos positivos para las dos partes. Cuando Sara Cobb califica de la neutralidad aplicada a la mediación con esa característica que marca la actividad del mediador de promotor, facilitador y forjador del acuerdo, está definiendo un quehacer profesional que es difícil, pero que es mucho más efectivo, porque el resultado de su trabajo supone una transformación del conflicto desde la racionalidad, la comprensión y la colaboración, y no desde la imposición o la humillación.

8.5.- Más allá de la neutralidad. Bernard S. Mayer, personalidad reconocida internacionalmente en el mundo de la resolución de conflictos plantea la crisis del desarrollo de la mediación, lo hace precisamente desde la perspectiva de la revisión del concepto de neutralidad. Considera que el mediador es el profesional que cuenta con conocimientos especiales sobre las dinámicas de los conflictos y con herramientas

conceptuales que ayudan a las personas a desarrollar enfoques constructivos, con una pluralidad de roles y niveles de intervención estratégica. En este sentido el mediador se caracteriza por el conocimiento que tiene del conflicto, lo que le confiere la capacidad de trasladar esta comprensión a la práctica de intervenir en el conflicto y ayudar a quienes están inmersos en él. Mantiene que la gente sospecha de la neutralidad, y demanda una intervención proactiva.

8.6.- La única referencia legal del artículo 8 de la Ley 572012 a la neutralidad hace mención a que la intervención del mediador debe ir dirigida a que las partes alcancen el acuerdo por sí mismas. Este enunciado muestra la dificultad de que una norma legal defina un concepto metodológico que tiene unos perfiles y unas dimensiones inabarcables que, en todo caso, nos evocan una de las principales bases de la actuación del profesional mediador, que es la de que debe abstenerse de prejuzgar, de opinar, de aconsejar, de decidir y de considerarse más legitimado que las propias partes para decidir sobre un conflicto que pertenece a las mismas y que únicamente se resolverá si son capaces, con la ayuda del mediador, a transformarlo de forma positiva.

9.- El mediador como figura central de la mediación⁷.

9.1 Distinción de figuras afines con las que suele confundirse. En este sentido el mediador no es un árbitro, pues no ha de decidir, ni es un asesor legal ni un terapeuta, ya que no debe aconsejar, ni es un conciliador puesto que en el origen de la mediación se desechó este término por su concomitancia con la “reconciliación”. La confusión de estas tres instituciones mencionadas genera muchos problemas, por lo que conviene precisar qué función tiene cada una:

9.1.2 El árbitro es un juez privado, que decide externamente (heterocomposición) en derecho o en equidad, pero sin que las partes realicen ninguna función de racionalización ni tengan protagonismo en el proceso.

9.1.3 La negociación es un medio de evitación del pleito en el que los implicados intervienen directamente, o asistidos por sus respectivos abogados y asesores (autocomposición), pero sin que intervenga un tercero neutral, imparcial y experto en técnicas de comunicación, que es lo que distingue a la mediación de otras metodologías.

9.1.4 La conciliación (heterocomposición) es el intento de aproximación de posiciones que propicia el juez, con mejor voluntad que eficacia, y siempre con absoluta irregularidad. Su fracaso histórico ha sido consecuencia de graves errores de planteamiento inicial, puesto que ni las partes pueden sincerarse ante quien después ha de juzgarlas, (y como es lógico, mostrarán ante el tribunal únicamente lo que les interese), ni el juez puede proponer soluciones sin el riesgo de prejuzgar con ligereza, comprometiendo su función social.

⁷ Comentario al artículo 13 de la Ley 5/2012. “La actuación del mediador”.

10.- Funciones y desarrollo de la actividad mediadora

10.1.- Qué no debe hacer un mediador. La intervención del mediador en el conflicto es peculiar y típica: no puede participar con su opinión en la búsqueda de los acuerdos, pues sería otorgarle un poder que pugna con la función que le es propia, la de restaurar el diálogo entre los propios interesados. Tampoco es un asesor del juez ni un perito, pues si se le dota de la capacidad de informar al juez de los pormenores de las conversaciones y de la pugna subyacente, la comunicación que debe propiciar entre las partes no sería sincera. Tampoco puede ser un fedatario, un notario ni un certificador de los acuerdos ya que su actuación está sujeta a la regla de la más estricta confidencialidad. En su actuación el mediador debe abstenerse incluso de participar en la redacción de los acuerdos en el sentido legal, que es el papel que corresponde a los abogados. No es ni siquiera un testigo, debe permanecer como extranjero, desarmado en medio de los contendientes, como aconseja Yves Cumunel en su trabajo “À chacun son rôle en médiation judiciaire”. Tampoco puede intervenir como abogado, éste es un auxiliar de la justicia que desempeña otra función, pues garantiza con el juez la aplicación de la ley y el asesoramiento jurídico y la defensa de su cliente.

10.3 Qué debe hacer un mediador. El mediador ayuda a las partes buscar la “clave” para la solución del litigio. Recibe las informaciones que ambas partes le transmiten conjunta o separadamente, pero siempre bajo el compromiso de guardar confidencialidad. Trabaja con las competencias que posee para que reanudar la comunicación interrumpida. Es un especialista en análisis del conflicto y su principal misión no es que las partes lleguen a un acuerdo, sino en que sean capaces de identificar sus verdaderos intereses. A partir de ahí la búsqueda de la solución está más cerca. Por otra parte el mediador garantiza la igualdad entre las partes con una actitud de neutralidad activa y asegura que los abogados y asesores realicen su función para que el pacto que ponga fin al litigio tenga la solidez y la calidad suficiente para que las partes lo asuman como la mejor opción posible.

La mediación se encuentra dentro de la autocomposición, pero tiene como característica fundamental que interviene un tercero que no juzga (arbitraje), ni concilia (juez o conciliador judicial), que no negocia (abogado), sino que es un experto en comunicación y su función es la de ayudar a las partes a que racionalicen el conflicto que les enfrenta, y busquen, por ellas mismas, las solución y la recomposición del sentimiento recíproco de injusticia que originó el problema.

10.4 Pluralidad de modelos de mediador. No hay que olvidar que en los países de tradición Common Law, que son los que tienen más tradición en metodologías de mediación, como EEUU, UK, Canadá, Australia o Nueva Zelanda, por citar aquellos en los que está más arraigada, la mediación se divulgó y extendió como práctica profesional de la abogacía y, en todo caso, a través de protocolos impulsados por los tribunales de justicia (usus fori) que son muy diferentes unos de otros, puesto que se adaptaron a las condiciones y necesidades del lugar. No ha sido hasta después de muchos años de prácticas cuando se han establecido pautas comunes, como las recogidas en EEUU por la UNIFORM MEDIATION ACT, de la National Conference of Commissioners on Uniform States Acts de 2001, junto al código de conducta de mediadores que es una referencia deontológica a nivel mundial. Las tres asociaciones

“la intervención profesional del mediador” Pascual Ortuño

profesionales de abogados y mediadores más importantes de EEUU (American Bar Association, A. Arbitration Association y Association for Conflict Resolution) adoptaron el 25.8.2005 un Código Común, “The Models Standards of Conduct for Mediators”.

10.5 La mediación profesional. Por lo que se refiere a la profesionalidad del mediador en la práctica privada de la mediación las Administraciones Públicas (estatal o a nivel de comunidad autónoma) pueden exigir un tipo de preparación profesional especial para garantizar una calidad estándar en la prestación de los servicios. Ahora bien, se ha de tener presente que no es posible impedir que cualquier ciudadano conozca y emplee estas técnicas en su quehacer profesional. En este sentido la mediación no es ningún país del mundo una profesión reglada (como los médicos, los abogados o los arquitectos), sino que la metodología que la caracteriza puede ser útil a personas que provienen o ejercen en diversos ámbitos y profesiones, por lo que no cabe pensar en la introducción de normas para impedir el “intrusismo”.

Lo anterior no quiere decir que para prestar servicios en centros de carácter oficial o desarrollar la actividad en servicios públicos se impongan las condiciones que se consideren oportunas por quienes tengan la responsabilidad de los mismos. En la práctica, la calidad de la mediación estará determinada por la autorregulación y el prestigio de las entidades que certifiquen la preparación y competencia profesional del mediador, que en la mayor parte de los países son agencias no gubernamentales vinculadas a asociaciones de profesionales o universidades.

10.6 En relación con la confidencialidad, ya se ha comentado en el epígrafe correspondiente su importancia y trascendencia. Por lo que respecta a la actuación del mediador le es exigible en todo caso por cuanto es de aplicación la previsión legal (artículo 9 de la Ley 5/2012) que, en defecto de pacto expreso protege la privacidad del proceso en el sentido de que le vincula el deber de secreto profesional y de que se garantiza que el mediador no puede ser compelido a comparecer como eventual perito o testigo en un caso determinado cuando sea citado por una de las partes o por el juez. Otro tanto ocurre con el deber de abstención y el derecho de las partes a formular recusación, para el caso de que sea nombrado perito.

11.- Previsiones legales sobre la actuación del mediador

11.1 La ayuda a las partes. El artículo 13 de la Ley 5/2012 recoge en su número 1 que el mediador debe facilitar la comunicación entre las partes. En el segundo párrafo le encomienda una conducta activa que ha de tener como finalidad el acercamiento entre las partes. El marco legal contiene algunas otras menciones a la actuación del mediador que configuran los fundamentos de lo que se conoce técnicamente como “intervención mediadora”. La primera idea la recoge el Considerando (10) de la DE que define la actuación como la de “ayuda” a las partes, si bien la propia DE añade un matiz importante al decir que no se considerará mediación la actividad de personas que formulen recomendaciones formales sobre la solución del conflicto, Considerando (11)DE, lo que excluye el asesoramiento o la propuesta de soluciones que es característica de los procesos de conciliación. Lo que no establece la ley es ningún mecanismo para alcanzar estos fines, pues éste se ha de buscar en la metodología, en la formación y en la experiencia.

“la intervención profesional del mediador” Pascual Ortuño

11.2 El consentimiento informado. Otros aspectos importantes son recogidos en los párrafos 1 y 2 del artículo 13 de la Ley 15/2012. Se refieren a la garantía de que el consentimiento que presten, tanto en lo que se refiere a iniciar y seguir el proceso de mediación, como en la concertación de los acuerdos que se alcancen, sea siempre un consentimiento informado. En este sentido se destaca el papel del mediador como informador de lo que propiamente es el proceso de mediación y de los principios que la inspiran (fundamentalmente la confidencialidad y la voluntariedad), pero por lo que respecta a otro tipo de datos que las partes puedan necesitar o al asesoramiento técnico o legal, el mediador debe abstenerse de prestarlo él mismo (aun cuando pudiera tener preparación y conocimientos suficientes para prestarlo), y asegurar que las partes han tenido acceso a un consultor, a un especialista en la materia de la se trate, y a un abogado.

11.3 La libre voluntariedad en la intervención del mediador es un principio esencial de esta metodología, que se recoge en el párrafo 3 del artículo 13 en una formulación peculiar, reconociendo su derecho a renunciar con el único requisito de la entrega de un acta a las partes en la que conste su renuncia. En contraposición de la intervención del juez, que no puede excusarse y debe resolver siempre los asuntos que le sean sometidos según el principio que recoge el artículo 11.3 de la LOPJ, la intervención del mediador es voluntaria, aun cuando éste preste sus servicios para una institución o entidad que tenga por objeto la prestación de los servicios de mediación. Es una prerrogativa correlativa al deber de abstenerse cuando considere que no es imparcial, que no puede garantizar la neutralidad o que carece de las habilidades y condiciones para intervenir como mediador en un caso concreto.

Lo anterior no es obstáculo para que si, en ejercicio y realización del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el mediador se ha obligado a prestar sus servicios contractualmente, deba cumplir su parte del contrato y para el caso de que desista, deba respetar la parte de las obligaciones que ya hayan desplegado su eficacia (como la confidencialidad que se prevé permanente en el último párrafo del artículo 13), y en su caso, deberá indemnizar por los eventuales perjuicios que haya podido causar a las partes o a una de ellas por su renuncia a proseguir una mediación que se había obligado a dirigir.

11.4 Realización efectiva del principio de imparcialidad. En técnica legislativa que es confusa, por reiterativa, se desarrollan en los epígrafes 4 y 5 los principios de imparcialidad, de neutralidad y de confidencialidad que se enuncian solemnemente en los artículos 7, 8 y 9, pero referidos ahora específicamente a la actuación del mediador. Se le imponen aquí obligaciones tales como la de poner en conocimiento de las partes, antes de iniciar su intervención, sus vínculos personales con las partes o cualquier otra circunstancia que pudiera incidir en su imparcialidad como la relación contractual o de dependencia, interés directo o relación previa profesional con alguna de las partes. Si concurre alguna de estas circunstancias debe de abstenerse a no ser que convenga con ambas partes expresamente que aceptan su intervención, a pesar de las vinculaciones existentes. Se dan por reproducidos aquí las consideraciones realizadas en los comentarios a los artículos precedentes.

11.5 Autorregulación organizativa y flexibilidad. Así como el proceso judicial se caracteriza por la necesidad de seguir y respetar unas formalidades rígidas e

inmutables, la característica de la mediación es la flexibilidad en este ámbito. El Considerando (13) DE habla de que es un procedimiento que pueden organizar las partes como deseen, puesto que la responsabilidad de la organización depende de las mismas. Desde esta perspectiva es como han de interpretarse las reglas del procedimiento de mediación que han introducido algunos países en sus leyes internas, de las que es una muestra la regulación del Título IV de la ley 5/2012 española (artículos 16 a 24). Aquí rige el principio antitético al del artículo 1 de la LEC de que las normas procesales son indisponibles, puesto que en la mediación lo primero que puede y debe regularse es el propio proceso en la forma en la que las partes lo acuerden con el mediador y, en este sentido, las previsiones legales sobre el proceso operan con carácter supletorio ante la falta de acuerdo sobre las reglas del proceso. En el Considerando (17)DE se destaca la obligación de que la regulación interna de la mediación por los diferentes Estados aspire a preservar la flexibilidad de los mecanismos y procedimientos de mediación, así como la autonomía de la voluntad de las partes.

12.- Secuencia de la intervención mediadora

12.1 La derivación a mediación. En el desarrollo de la mediación esta fase previa a la intervención del mediador es esencial. Son muchas las vías por las que las partes pueden decidir emprender un proceso de mediación. El consenso inicial para acudir a un mediador no es excesivamente frecuente, salvo en personas que procedan o hayan residido en países en los que la mediación esté consolidada. En España la Ley 5/2012 se ha promulgado pero todavía ha de transcurrir mucho tiempo antes de que los ciudadanos, las empresas y los profesionales que trabajan en el ámbito de la conflictología tengan asumida esta metodología hasta el punto de que decidan acudir a un mediador en la fase inicial del conflicto. A pesar de esto se ha de decir que la mayor eficacia se produce cuando la mediación se utiliza con carácter preventivo. Una vez que el conflicto ha estallado pueden ser los terapeutas o psicólogos en el ámbito de la familia, los consultores en el ámbito empresarial, los notarios o los abogados quiénes aconsejen a sus clientes acudir a la mediación. Si ya se ha planteado ante los tribunales de justicia son éstos los que pueden evaluar el caso y recomendar a las partes la mediación, aun cuando también la detección de que un caso puede ser idóneo la pueden realizar los procuradores, los abogados durante la fase de apelación o las segundas opiniones a las que se acuda tras una sentencia desfavorable o las perspectivas de una ejecución de sentencia complicada o irrealizable. La derivación desde los propios tribunales suele ser más frecuente en países con poca tradición negociadora.

12.2 La sesión informativa. Es el primer contacto que muchas personas inmersas en un conflicto tienen con la mediación. Por esa razón es conveniente que sea realizada por personas con mucha experiencia, una gran credibilidad y buenas dotes de comunicación, puesto que se trata de que en esta sesión se convenzan de que no van a perder nada con iniciar un proceso mediador y, sin embargo, existen posibilidades de alcanzar una solución efectiva, útil y práctica sin el riesgo que en algunos casos se corre si se acude ante el tribunal. En esta sesión se empiezan a vislumbrar los objetivos del proceso de mediación, lo que en cualquier caso (aun cuando finalizara

aquí porque alguna de las partes no estuviera interesada), ayuda a focalizar el conflicto y a que ambas partes vean la dimensión de las diferencias que los separan y las consecuencias de seguir adelante el proceso judicial.

12.3 La elección del mediador. Una vez que existe consenso en intentar la mediación se ha de elegir al mediador. Es una tarea difícil en la que los abogados de ambas partes suelen trabajar conjuntamente primero para concertar el perfil de la persona o entidad mediadora, y después para identificar al mediador. Esta fase suele llevar semanas en conflictos de gran envergadura puesto que se han de analizar que institución o qué mediador es el más conveniente, realizar la búsqueda y obtener su aceptación. En otros asuntos más concretos la designación es más sencilla y, en aquellos lugares en los que existen servicios públicos, si se acude a los mismos, la designación puede ser impuesta, al igual que si es el tribunal el que sugiere un mediador de los que habitualmente colaboran con los mismos, que suelen ser personas de gran experiencia y probada capacidad e imparcialidad.

12.4 El diseño de la estrategia. El mediador, a la vista de las primeras informaciones recibidas debe diseñar la estrategia que va a proponer a las partes puesto que no hay que olvidar que rige el principio de primacía de la voluntad de las partes. Para ello en una fase inicial, además de presentarse a las partes y explicar su propio currículum, debe comenzar a solicitar de las partes de forma ordenada información útil para poder vislumbrar la naturaleza del conflicto y la complejidad del mismo. Del “feed-back” que realice va a depender la aceptación por las partes, pero también ha de conocer las expectativas de ellos y debe ser leal y no aceptar, él mismo, seguir en el caso si carece de conocimientos, habilidades o experiencia para cubrir las expectativas razonables que las partes depositen en él.

12.5 La elección del método. A la vista de la naturaleza del caso, de las características de las partes intervinientes y del propio mediador, éste ha de elegir entre alguna de las metodologías que existen. Fundamentalmente deberá optar por centrar su actividad en facilitar el diálogo y la negociación incrementando el nivel de neutralidad, y dejando que las partes sean las que vayan construyendo el proceso, o si opta por un estilo evaluativo, aportando su propia experiencia e incluso sugiriendo abanicos de posibles vías de salida del conflicto. Dependerá de muchas cosas y, entre otras, del nivel de experiencia y autoridad moral en el caso del propio mediador. Se dice que los menos experimentados deberán utilizar más el estilo facilitador y que los más veteranos podrán ir más allá, en virtud también de las expectativas de las propias partes.

13.- La profesionalidad de la intervención mediadora: las competencias

13.1 La exigencia de una formación adecuada. Es una constante preocupación del legislador que se garantice la calidad de la mediación, por lo que la exigencia de una excelente formación está en todas las normas legales. Los Considerandos (16) (18) y el artículo 4 de la DE, así como los artículos 11 y 12 de la Ley española se ocupan de este tema. Esta formación tiene cuatro ámbitos diferentes: los aspectos teóricos, las herramientas prácticas, la experiencia en intervenciones mediadoras y el reciclaje y

puesta al día profesional permanente. Dejo estos aspectos a los comentarios de los artículos citados.

13.2 La capacidad de escucha activa. Es la primera herramienta que ha de adquirir y desarrollar un mediador. Las personas que acuden a un proceso de esta naturaleza quieren que se les escuche, aun cuando el mediador no puede ser un paciente confesor, sino que tiene que saber ir recogiendo de forma adecuada, ordenada y paritaria, la información sobre el conflicto que le van a ofrecer las partes. Aquí es imprescindible el dominio de técnicas de comunicación mediante el lenguaje oral (las técnicas de programación neurolingüísticas –PNL- son esenciales), y mediante el arte de realizar preguntas y desbloquear situaciones (coaching), así como debe controlarse la comunicación no verbal.

13.3 El diagnóstico. No se deben quemar etapas, puesto que el mediador necesita analizar el conflicto, reconocer los diversos intereses en juego, meditar sobre las diversas alternativas y construir un diagnóstico acertado que le pueda servir para seguir en las sesiones siguientes el proceso de forma satisfactoria. Cuando existe mediación o supervisión, especialmente en casos difíciles, esta fase debe ser realizada en equipo. El mediador debe hacer sentir a las partes que son dueños del proceso de racionalización que están protagonizando. No van a escuchar los consejos del mediador (para eso tienen a sus abogados). Al final de cada una de las sesiones ambas partes tienen que recibir un incentivo, es decir, deben acrecentar la confianza y estar dispuestas a subir al siguiente escalón. Se ha de tener en cuenta que la mediación es esencialmente voluntaria por lo que quienes participan en ella deben percibir que, a pesar de la aparente simplicidad de su formulación, se van realizando importantes progresos gracias a la habilidad con la que el mediador está conduciendo el proceso.

13.4 La construcción de los acuerdos. Cuando se trabaja adecuadamente el mediador verá pronto la horquilla en la que se puede encontrar la salida del conflicto y lo que deberá hacer es un trabajo similar al de las comadronas (como decía Sócrates), facilitando que las ideas fluyan y se vayan concretando. Es aquí donde puede ser conveniente alguna entrevista individual y por separado de las partes o de éstas con sus abogados, y la aportación de borradores y de propuestas confidenciales que el mediador barajará, hasta encontrar la base del consenso. La redacción posterior de los acuerdos ya es tarea de los abogados.

Lecturas recomendadas:

BERNARD S. MAYER “*Más allá de la neutralidad*” Edita GEDISA. Barcelona, 2008.

GONZÁLEZ, Luís Aurelio. “*Aspectos procesales de la Ley 5/2005*”. En revista IURIS-LA LEY”, nº 183, Enero de 2013. Madrid.

LOIC CADIET y VVAA, “*Médiation et arbitrage*” Perspectives comparatives. Edita LEXISA NEXIS LITEC, París, 2005.

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual. “*La mediación*” en la obra “Las crisis Familiares”, de varios autores en MEMENTO LEFEBVRE, Madrid, 2012.

“la intervención profesional del mediador” Pascual Ortuño

ORTUÑO, Pascual. “*Apuntes de urgencia sobre la Ley 5/2005*”. En ANUARIO DE LA MEDIACIÓN. Edita: Editorial REUS con Universidad Complutense. Madrid, enero 2013.

ROZDEICZER, Lukasz, “*Alternative Dispute Resolution Manual*”. Edita IFC. The World Bank Group. Washington. 2006.

UTRERA, José Luís. “*Comentarios a la Ley 5/2012: su incidencia en el derecho de familia*”. En Diario Jurídico La Ley, de 8.1.2013.