UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

La mediación es justicia.
Fundamentos filosóficos y nuevas metodologías:
el enfoque «personalista-deliberativo»

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR:

M.ª de las Mercedes Rosa Rodríguez

DIRECTORES:

M.ª Teresa García-Berrio Hernández
Juan Antonio Martínez Muñoz

MADRID 2021

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

La mediación es justicia.
Fundamentos filosóficos y nuevas metodologías:
el enfoque «personalista-deliberativo»

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR:

M.ª de las Mercedes Rosa Rodríguez

DIRECTORES:

M.ª Teresa García-Berrio Hernández
Juan Antonio Martínez Muñoz

MADRID 2021

UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE
MADRID

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DE LA TESIS PRESENTADA PARA OBTENER EL TÍTULO DE DOCTOR

Dña. M.ª de las Mercedes Rosa Rodríguez, estudiante en el Programa de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, como autora de la tesis presentada para la obtención del título de doctor titulada: *La mediación es justicia. Fundamentos filosóficos y nuevas metodologías: el enfoque «personalista-deliberativo»*, y dirigida por Dña. M.ª Teresa García-Berrio Hernández y D. Juan Antonio Martínez Muñoz,

DECLARO:

Que la tesis es una obra original que no infringe los derechos de propiedad intelectual ni los derechos de propiedad industrial u otros, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, en particular, la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, modificado por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia), y, en particular, las disposiciones referidas al derecho de cita.

Del mismo modo, asumo frente a la Universidad cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de la autoría o falta de originalidad del contenido de la tesis presentada de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

En Madrid, a 21 de abril de 2021

Fdo.: M.ª de las Mercedes Rosa Rodríguez

A mi padre Miguel por su apuesta en el nuevo enfoque de mediación.

A mi madre Ángela por su incansable apoyo en terminar la tesis.

A Mª Teresa y Juan Antonio por su imprescindible labor de dirección y acompañamiento.

A Santi por las lecturas sugeridas, a Wujek por la originalidad de su pensamiento.

A toda mi familia por la ilusión e interés mostrados en este proyecto personal.

A todos mis amigos por el tiempo sustraído a su amistad.

«Felices los que trabajan por la paz
porque ellos serán llamados hijos de Dios».
Sagrada Biblia, Mt 6.9

ÍNDICE

ABREVIATURAS XVII

RESUMEN XIX

ABSTRACT XXI

PREÁMBULO XXIII

1. PRESENTACIÓN XXIII
2. ESTRUCTURA DE LA TESIS XXIV
3. METODOLOGÍA EMPLEADA EN LA INVESTIGACIÓN XXVI

INTRODUCCIÓN 1

1. OBJETO DE ESTUDIO 1
   1.1. La razón filosófica de la mediación: el estudio más allá de su definición y utilidad práctica 1
   1.2. Una contribución a la construcción teórica de la mediación 7
   1.3. Nuestra propuesta de un nuevo enfoque metodológico de mediación 10
   1.4. Algunos aspectos prácticos conectados con el objeto de estudio: la pertinencia social de la institución de la mediación 13
2. OBJETIVOS Y PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN 18
   2.1. La mediación como justicia procedimental y deliberativa: John Rawls y Jürgen Habermas 18
   2.2. La mediación como ámbito relacional dialógico 23
      2.2.1. El concepto de «ámbito» en el pensamiento del filósofo Alfonso López Quintás 23
      2.2.2. El personalismo de compromiso de Emmanuel Mounier y Karol Wojtyla 25
      2.2.3. El personalismo dialógico de Ebner, Buber, Wust y Guardini 29
   2.3. La propuesta del nuevo enfoque metodológico «personalista-deliberativo» 34

PARTE PRIMERA. MARCO TEÓRICO Y PRÁCTICO DE LA MEDIACIÓN 41

CAPÍTULO PRIMERO. ANTECEDENTES Y CONTEXTO DE LA MEDIACIÓN 43

1. CONTEXTO HISTÓRICO DE LA MEDIACIÓN 43
   1.1. La mediación: una práctica milenaria 43
   1.2. La mediación contemporánea 47
      1.2.1. La mediación en Estados Unidos y el «movimiento ADR» 48
         1.2.1.1. Antecedentes históricos: la National Labor Relations y el realismo jurídico americano 49
         1.2.1.2. La *Civil Rights Act* de 1964 y la expansión de la mediación a otros ámbitos 53
         1.2.1.3. La «Conferencia Pound» de 1976 y el nacimiento del movimiento ADR 54
            a) La primera «Conferencia Pound» de 1906 55
            b) La segunda «Conferencia Pound» de 1976 57
         1.2.1.4. Primeras leyes federales de mediación: *Administrative Dispute Resolution Act* (ADRA) y la *Civil Justice Reform Act* (CJRA) 59
         1.2.1.5. La *Uniform Mediation Act* (UMA) de 2001 62
      1.2.2. La extensión de la mediación hacia el resto del mundo 64
         1.2.2.1. El desarrollo de la mediación en Europa 64
         1.2.2.2. La mediación en otros países: Australia y Japón 68

2. EL CONTEXTO SOCIAL Y JURÍDICO EN EL QUE SE ENMARCA LA MEDIACIÓN 70
3. EL NUEVO PARADIGMA DE JUSTICIA PARA EL SIGLO XXI 75
3.1. Los paradigmas de la justicia, del «interés público» y del «interés del cliente» 75
3.2. La mediación y la justicia informal 83
3.2.1. El enfoque del acceso a la justicia 83
3.2.2. El acceso a la justicia y la mediación 87
4. SITUACIÓN ACTUAL Y TENDENCIAS MUNDIALES EN LA MEDIACIÓN 90
4.1. El auge de la mediación contemporánea 90
4.2. Situación actual del movimiento ADR y de la mediación 95
4.3. Tendencias mundiales, aspectos comunes, y buenas prácticas de la mediación 98
4.4. La neutralidad y autodeterminación en los modelos de la mediación 100
5. METODOLOGÍA DE LA MEDIACIÓN: PARADIGMAS, ESTILOS Y ENFOQUES 102
5.1. El enfoque evaluativo y facilitativo 105
5.1.1. El enfoque evaluativo 106
5.1.2. El enfoque facilitativo 107
5.1.2.1. Modelo transformativo 108
5.1.2.2. Modelo narrativo 109
5.2. Enfoque relacional y el diálogo 109
5.2.1. Los pensadores del diálogo: Martin Buber, David Bohm y Charles Taylor 110
5.2.2. Enfoque relacional y desde el diálogo 112
5.2.2.1. El enfoque relacional de Mark Umbreit 113
5.2.2.2. La justicia relacional 113
5.2.2.3. Los diálogos apreciativos 114

CAPÍTULO SEGUNDO. LA MEDIACIÓN EN EL ESPACIO DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: MARCO LEGAL 117

1. LA MEDIACIÓN Y LA CREACIÓN DE UN ESPACIO DE JUSTICIA EN LA UNIÓN EUROPEA 117
1.1. La creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea 117
1.1.1. Los Tratados de Maastricht y Ámsterdam 118
1.1.2. Comunicación de la Comisión Europea de 14 de julio de 1998: «Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia» 121
1.1.3. Plan de acción del Consejo Europeo de Viena de 3 de diciembre de 1998 123
1.1.4. Conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999. El sistema marcador y sus actualizaciones 124
1.2. El *Libro Verde* de la mediación 130
1.2.1. Noción de las ADR en el *Libro Verde* y sus modalidades 131
1.2.2. Facilitar el acceso a la justicia como prioridad política 133
1.2.3. Iniciativas de las ADR en el ámbito del consumo, familiar y laboral 135
1.2.3.1. Iniciativas adoptadas en el ámbito del derecho del consumidor 135
a) Recomendación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 (98/257/CE) 138
b) Recomendación de la Comisión de 30 de abril de 2001 (2001/310/CE) 145
c) Redes europeas de instancias nacionales: EEJ-Net y FIN-NET 149
1.2.3.2. Iniciativas adoptadas en el ámbito del derecho de familia 151
1.2.3.3. Iniciativas adoptadas en el ámbito laboral 155
1.2.4. El análisis en el *Libro Verde* de las ADR desde un punto de vista global 156
1.2.4.1. Las ADR y el acceso a la justicia 156
a) Las cláusulas contractuales 157
b) Plazos de prescripción 158
1.2.4.2. Garantías mínimas de calidad 159
a) La confidencialidad 160
b) Validez del consentimiento 161
c) Eficacia de las ADR 163

1.2.4.3. Estatuto de terceros 164
a) Formación de terceros 164
b) Acreditación de los terceros 165
c) Responsabilidad de los terceros 166
1.3. El Código Europeo de Conducta para Mediadores 167
1.4. La Directiva de mediación en asuntos civiles y mercantiles 169
1.4.1. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles 169
1.4.1.1. Exposición de motivos: ámbito y objetivos de la propuesta 170
1.4.1.2. Considerandos 175
1.4.1.3. Articulado de la propuesta 176
1.4.2. Directiva de Mediación 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 178
1.4.2.1. Considerandos y articulado de la directiva 178
1.4.2.2. Informe de la Comisión al Parlamento sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE de 26 de agosto de 2016 180
a) Evaluación general 182
b) Aspectos específicos de la evaluación 183
c) Conclusiones: mejores prácticas 190
1.4.2.3. El estudio «Reactivando la directiva de mediación» del año 2014 191
1.4.2.4. El «Estudio para una evaluación y aplicación de la directiva de mediación» del año 2016 193
1.4.2.5. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre aplicación de la Directiva 2008/52/CE 194
2. LA MEDIACIÓN: INSTRUMENTO COMPLEMENTARIO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (ESPAÑA) 197
2.1. La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles 197
2.1.1. Preámbulo 197
2.1.2. Títulos I a V 199
2.2. Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles 203
2.3. El Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación aprobado en Consejo de Ministros de 11 de enero de 2019 205
2.4. La trece leyes autonómicas de mediación familiar en España 209
2.4.1. Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar de la Comunidad Autónoma de Galicia 211
2.4.2. Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana 212
2.4.3. Ley 15/2003, de 8 de abril, de mediación familiar de la Comunidad Autónoma de Canarias, modificada por la Ley 3/2005, de 23 de junio 214
2.4.4. Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social especializado de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha 215
2.4.5. Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León 216
2.4.6. Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid 218
2.4.7. Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar 218
2.4.8. Ley/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar del País Vasco 220
2.4.9. Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía 222
2.4.10. Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Comunidad Autónoma de Cataluña 222
2.4.11. Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears 224
2.4.12. Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón 225
2.4.13. Ley 1/2011, de 28 de marzo, de mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria 226
2.5. La creación del Foro para la mediación 226

2.6. El Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia 227
3. CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO: LA MEDIACIÓN ES UN ESPACIO DE JUSTICIA. 229

CAPÍTULO TERCERO. CONCEPTO, NATURALEZA PROCEDIMENTAL DE LA MEDIACIÓN, Y METODOLOGÍAS 235

1. EL CONCEPTO DE MEDIACIÓN.....235
1.1. Delimitación conceptual de la mediación.....235
1.2. Elementos conceptuales de la definición de mediación.....242
1.3. La construcción institucional y jurídica de la mediación.....246
2. NATURALEZA PROCEDIMENTAL DE LA MEDIACIÓN.....248
2.1. Aspectos adjetivos de la mediación: proceso y procedimiento 248
2.1.1. La mediación como proceso: el conflicto 248
2.1.2. La mediación como procedimiento 256
2.1.2.1. Alcance jurídico del procedimiento de la mediación.....256
2.1.2.2. La estructura del procedimiento.....260
a) Fase preparatoria inicial o premediación 262
aa) La solicitud de inicio del procedimiento (artículo 16 LMACM).....262
ab) La designación del mediador.....264
ac) La sesión informativa previa a la mediación 265
b) Fase de inicio de la mediación: la sesión constitutiva 267
c) Fase de desarrollo de las actuaciones de la mediación 269
d) Fase de terminación y sus modalidades 270
da) Terminación del procedimiento sin acuerdo.....271
db) Terminación del procedimiento con acuerdo.....273
2.1.2.3. Principios informadores de la mediación 279
2.1.2.3.1. ¿Principios de la mediación o reglas? 279
2.1.2.3.2. Principios informadores de la mediación.....284
a) Voluntariedad y libre disposición 284
b) Principio de igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores 287
c) Principio de neutralidad.....290
d) Principio de confidencialidad 292
2.1.2.3.3. Principios técnicos o reglas del procedimiento 294
a) El principio de oralidad 294
b) El principio de inmediación 294
c) El principio de concentración de actuaciones 295
d) El secreto de las actuaciones.....296
2.1.2.3.4. Principios personales o de actuación para las partes.....296
a) Principios de la buena fe, lealtad y respeto mutuo.....297
b) Principio de colaboración y apoyo al mediador 298
c) Prohibición de acudir a la jurisdicción.....299
2.1.2.4. Contratos convergentes en el procedimiento de la mediación 299
3. METODOLOGÍA: ESCUELAS, MODELOS Y ENFOQUES 301
3.1. El modelo tradicional-lineal de Harvard 308
3.1.1. El desafío de la cooperación y el tercer lado 310
3.1.2. Del «ganar-perder» al «ganar-ganar» 312
3.1.3. Metodología de la escuela de negociación de Harvard: los siete elementos 312
3.2. El modelo transformativo.....317
3.2.1. ¿Cómo surge el enfoque transformativo? 317
3.2.2. El conflicto.....318
3.2.3. Objetivos y método 319
3.3. El modelo circular-narrativo.....323
3.3.1. Objetivos y método 323

3.3.2. El modelo de Sara Cobb 325
3.3.2.1. La narrativa de conflictos como estructura 326
3.3.2.2. Contextualizaciones narrativas y el mejor relato 329
3.3.2.3. Deconstruyendo la neutralidad en la mediación 331
3.4. Los distintos enfoques de la mediación 332
3.4.1. Mediación facilitativa 334
3.4.2. Mediación evaluativa 335
3.4.3. El subenfoque estratégico 338
3.4.4. El subenfoque inductivo (modelo de contingencias) 340
3.5. Algunos otros ejemplos de enfoques de mediación 342
3.5.1. Mediación *insight* 343
3.5.2. Mediación terapéutica 347
3.5.3. Mediación tópica 348
3.5.4. Modelo ecosistémico de mediación familiar 349
3.5.5. Mediación motivacional 351
3.5.6. Otros enfoques de mediación: neurolingüístico, integrador, y transcend 352
4. CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO: LA MEDIACIÓN ES PROCESO Y PROCEDIMIENTO. 354

PARTE SEGUNDA. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA MEDIACIÓN 357

CAPÍTULO CUARTO. FILOSOFÍA JURÍDICA DE LA MEDIACIÓN 359

1. INTRODUCCIÓN A LA PREGUNTA SOBRE EL FUNDAMENTO JURÍDICO FILOSÓFICO DE LA MEDIACIÓN 359
2. BREVE APROXIMACIÓN DOCTRINAL AL CONCEPTO DE JUSTICIA 364
3. JUSTICIA PROCEDIMENTAL PURA EN JOHN RAWLS 369
3.1. La justicia como equidad 374
3.2. Los principios de la estructura social y de la persona 381
3.2.1. La justa igualdad de oportunidades 383
3.2.2. Justicia procedimental pura, perfecta e imperfecta 384
3.2.3. Críticas a la justicia procedimental pura de John Rawls 390
3.2.4. El bien como razón: la prioridad de la justicia y del yo 397
4. LA JUSTICIA PROCEDIMENTAL PURA EN JÜRGEN HABERMAS: «LA SITUACIÓN IDEAL DEL HABLA» 400
4.1. Acción comunicativa y teoría social 413
4.1.1. Concepto de racionalidad comunicativa 422
4.1.1.1. El habla argumentativa 430
4.1.1.2. Las pretensiones de validez 434
4.1.1.3. La búsqueda cooperativa de la verdad 439
4.1.2. La estructura teleológica de la acción comunicativa: el entendimiento 445
4.1.3. El acuerdo alcanzado comunicativamente 447
4.1.4. Actos locucionarios, ilocucionarios y perlocucionarios 450
4.1.5. Significado y validez de los actos de habla 454
4.1.6. La comunidad intersubjetiva de los sujetos hablante y oyente 458
4.1.7. Sistema de pretensiones de validez y división de los actos de habla 461
4.1.8. La racionalidad comunicativa y la mediación 464
4.2. El discurso práctico racional 465
4.2.1. El discurso como procedimiento de entendimiento intersubjetivo 467
4.2.2. Rasgos distintivos de la ética discursiva 471
4.2.3. El postulado de la universalidad 474
4.2.4. Discurso práctico frente a las negociaciones: el interés común 477
4.2.5. El principio discursivo y el consenso 478
4.2.6. Aspectos conceptuales de la acción orientada al consenso 480
4.2.7. Perspectivas del hablante: primera, segunda y tercera personas 482
4.3. El giro lingüístico-pragmático 484

5. CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO: UNA NUEVA DEFINICIÓN Y ENFOQUE DE LA MEDIACIÓN 494

CAPÍTULO QUINTO. LA RAZÓN DIALÓGICA-PERSONALISTA COMO FUNDAMENTO FILOSÓFICO DE LA MEDIACIÓN 507

1. INTRODUCCIÓN A LA PREGUNTA SOBRE LA RAZÓN FILOSÓFICA DE LA MEDIACIÓN 507
2. LA PREGUNTA SOBRE EL SER DE LA MEDIACIÓN 510
2.1. ¿Por qué plantearse la pregunta del «ser» de la mediación? 510
2.2. La estructura formal de la pregunta del ser 513
3. LA FENOMENOLOGÍA COMO MÉTODO FILOSÓFICO 515
3.1. La fenomenología 515
3.2. El concepto de fenómeno 516
4. EL CONOCIMIENTO DE LA ESENCIA DE LA MEDIACIÓN: LA INTUICIÓN INTELECTUAL 519
4.1. ¿Qué es la intuición intelectual? 519
4.2. La intuición intelectual de la mediación 522
4.2.1. La captación de la esencia de la mediación 522
4.2.2. La intuición intelectual de la mediación: el ámbito relacional 524
4.2.3. Aproximación a la realidad ambital 524
4.2.4. La realidad ambital como esencia de la mediación 527
4.3. El ámbito relacional se constituye en el «nosotros» 529
4.3.1. La comunidad personalista del nosotros 529
4.3.2. La comunidad y la subjetividad de la persona 532
4.3.3. El nosotros y el bien común 533
4.3.4. La persona y la acción: el valor personalista de la acción 538
4.3.4.1. La estructura de la autodeterminación 538
4.3.4.2. La subjetividad de la persona o lo irreductible 540
4.3.5. La participación, una característica del actuar junto con otros 544
4.3.6. Las actitudes auténticas y no-auténticas 550
4.3.6.1. La actitud auténtica de la solidaridad 553
4.3.6.2. La actitud auténtica de la oposición 554
4.3.6.3. El conformismo: actitud no-auténtica 554
4.3.6.4. La evasión: actitud no-auténtica 555
4.3.6.5. El sentido del diálogo como principio de la participación 555
4.3.7. La alienación como negación de la participación 556
4.3.8. Los sistemas de referencia: modalidades de participación personal 557
4.3.9. La participación y el ámbito relacional dialógico de la mediación 558
5. EL ÁMBITO RELACIONAL DEL NOSOTROS ES DIALÓGICO 560
5.1. La palabra y las realidades espirituales del yo y el tú (Ferdinand Ebner) 560
5.1.1. La novedad del pensamiento dialógico de Ferdinand Ebner 560
5.1.2. Los primeros doce fragmentos pneumatológicos 565
5.2. El lugar donde acontece el ámbito dialógico: la esfera del «entre» (Martin Buber) 575
5.2.1. Significaciones antropológicas más relevantes 575
5.2.2. La antropología en la doctrina de Martin Heidegger 577
5.2.3. La antropología en la doctrina de Scheller 580
5.2.4. Perspectivas y la esfera del «entre» 582
5.3. La presencia de la dialéctica en el ámbito relacional dialógico 584
5.3.1. Una aproximación al pensamiento de Peter Wust 584
5.3.2. Diálogo y dialéctica: la vinculación de las ideas 586
5.3.3. La persona, único ser dialéctico 588
5.3.4. El contraste como unidad en Romano Guardini 591
6. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO: LA MEDIACIÓN ES UN ÁMBITO DIALÓGICO-DIALÉCTICO 595

CONCLUSIONES FINALES 611

1. TEORÍA DE LA MEDIACIÓN: UNA NUEVA DEFINICIÓN 611
1.1. La mediación es un «espacio de justicia» 612
1.2. La naturaleza procedimental de la mediación 615
1.3. La mediación es justicia procedimental y deliberativa 616
1.4. La mediación es un ámbito relacional dialógico-dialéctico 618
1.5. La propuesta de nueva definición de mediación 620
2. PRÁCTICA DE LA MEDIACIÓN: UN NUEVO ENFOQUE 620
2.1. La persona en el enfoque «personalista-deliberativo» 621
2.2. El debate argumentativo busca cooperativamente la verdad y el acuerdo 622

BIBLIOGRAFÍA 625

ANEXOS 661

Anexo 1. Estadística judicial del Consejo General del Poder Judicial según datos del informe «Justicia dato a dato» del año 2019 661
Anexo 2. Figuras del Informe «Reactivando la directiva de mediación 2008» 664
Anexo 3. Cuadros de la legislación autonómica de mediación 666
Anexo 4. Plantilla de análisis de conflictos (PIN) 671
Anexo 5. Fases del proceso de mediación de Christopher Moore 672
Anexo 6. Negociación posicional frente a la negociación de Harvard 674
Anexo 7. Metodología de la escuela de negociación de Harvard 675
Anexo 8. Esquema de las tres principales tipologías de mediación 676
Anexo 9. Tabla comparativa entre los enfoques de solución de problemas y la mediación transformativa 677
Anexo 10. Técnicas del enfoque narrativo 678

ABREVIATURAS

ABA	Asociación Americana de Abogados
ADR	Alternative Dispute Resolution
ADRA	Ley de Resolución de Controversias Administrativas
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CC. AA.	Comunidades Autónomas
CE	Constitución española
CJRA	Ley de Reforma de la Justicia Civil
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
EEJ-Net	European Extra-Judicial Network
FMCS	Federal Mediation and Conciliation Service
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LMACM	Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles
MASC	Medios adecuados de resolución de controversias
NCCUSL	Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes
NLRA	National Labor Relations Act
ODR	Online Dispute Resolution
UE	Unión Europea
UMA	Uniform Mediation Act
Red EJE	Red para la solución extrajudicial de litigios de consumo
RAL	Resolución Alternativa de Conflictos

RESUMEN

El interés actual y creciente de la mediación en nuestra sociedad proviene, en gran medida, de su potencial como instrumento para superar las insuficiencias estructurales que padece el sistema público de Administración de Justicia y contribuir así a su sostenibilidad y eficacia operativa. Las diferentes definiciones que existen sobre el término 'mediación' la describen como un método alternativo o complementario de resolución de conflictos, agrupándola junto a los demás medios auxiliares que mejoran el funcionamiento de la Administración de Justicia. Sin embargo, conforme aumenta el conocimiento de la institución de la mediación, y crece —aunque sea muy lentamente— su implementación en la sociedad, es necesario reivindicar su valor por lo que es en sí misma, una forma de hacer justicia, distinta a la vía judicial.

La mediación está vinculada a la justicia, no solo porque auxilia o complementa a la Administración de Justicia, sino porque es justicia, una justicia privada y autocompositiva. El itinerario jurídico del desarrollo de la mediación en la UE, incluso antes de su inicio, ya en los tratados de Maastricht y Ámsterdam, configura la mediación integrándola en el «espacio de justicia europeo».

La teoría de la mediación es interdisciplinar y no pertenece a una ciencia en exclusiva. En los fundamentos teóricos de la mediación confluyen las aportaciones de distintos saberes sociales, como el derecho o la psicología, entre otros, y por otro lado, la práctica profesional constituye la principal fuente para su constructo teórico. Las dos dimensiones de la mediación, *teoría y práctica,* se necesitan y retroalimentan mutuamente y están en proceso de construcción.

En este contexto, la tesis doctoral presentada bajo el título *La mediación es justicia. Fundamentos filosóficos y nuevas metodologías: El enfoque «personalista-deliberativo»,* aborda la teoría y práctica de la mediación como ámbitos complementarios con un doble propósito: por un lado, contribuir a su construcción jurídica y, por otro, aportar un nuevo enfoque metodológico.

Las aportaciones obtenidas de nuestra investigación —por un lado, la teoría de la justicia de John Rawls, junto con la acción comunicativa y el discurso práctico de Jürgen Habermas y, por otro lado, la filosofía personalista y del diálogo— sirven para establecer los fundamentos filosóficos de la mediación desde dos conceptos clave: *justicia y ámbito.*

A su vez, desde los fundamentos filosóficos, y con el objetivo de seguir avanzando en la construcción de la teoría de la mediación, se propone la siguiente nueva definición: la mediación es un espacio de justicia donde las partes, con la ayuda del mediador, crean un ámbito dialógico-dialéctico con el fin de buscar cooperativamente y en beneficio mutuo el

entendimiento y, en su caso, los acuerdos que resuelvan sus controversias, todo ello a través del desarrollo de un procedimiento estructurado y deliberativo.

Finalmente, y dada la relación existente entre teoría-práctica de la mediación, se presenta la propuesta de un nuevo enfoque de mediación que se configura a partir de los fundamentos iusfilosóficos planteados en la tesis, y al que se denomina «personalista-deliberativo».

El nuevo enfoque está encuadrado en el paradigma del acuerdo y su objetivo primordial es la solución de problemas, por lo que resulta especialmente recomendable para la mediación mercantil, y más en concreto para las empresas familiares. Los ejes de coordenadas sobre los que se articula el enfoque «personalista-deliberativo» son la *persona* y la *deliberación*. La mediación se asienta en la acción de la persona, en su estructura de autodeterminación y en el valor personalista de su acción cuando esta actúa en participación «junto con otros»; por su parte, la deliberación persigue la formación discursiva de la voluntad de las partes en la mediación, y cumple una doble función como proceso dialogado: la unidad de las personas mediante el uso del habla argumentativa y su justificación, al perseguir que lo acordado sea aceptable para cada una de ellas.

ABSTRACT

The growing interest in mediation in our society largely stems from its potential as an instrument for overcoming the structural insufficiencies suffered by the public administration of justice system – and so contributes to its sustainability and operational efficiency. Mediation is described as an alternative or complementary method of conflict resolution and is grouped with other auxiliary means that improve the functioning of the administration of justice. However, as knowledge of mediation increases and its implementation in society grows (albeit very slowly), it is necessary to vindicate its value as a method of doing justice that differs from the judicial route.

Mediation is linked to justice because it assists or complements the administration of justice, and because it a private and self-compositive justice. The legal path of the development of mediation in the European Union, even before its inception in the Maastricht and Amsterdam Treaties, configures mediation and includes it within the «european area of justice».

The theory of mediation is interdisciplinary and does not belong exclusively to one science. The theoretical foundations of mediation bring together contributions from various areas of social knowledge, such as law or psychology, and professional practice is the main source for its theoretical construction. The two dimensions of mediation, theory and practice, need and feed each other and are in a process of construction.

This doctoral thesis is presented under the title *Mediation is justice. Philosophical foundations and new methodologies: the «personalist-deliberative» approach*. The thesis discusses the theory and practice of mediation as complementary fields with a double purpose: to contribute to its legal construction and provide a new methodological approach.

The contributions described in this research, namely, John Rawls' theory of justice, together with communicative action and practical discourse of Jürgen Habermas, as well as personalist philosophy and dialogue, establish the philosophical foundations of mediation from two key concepts: justice and scope.

From the philosophical foundations, and with the aim of making further progress in constructing the theory of mediation, the following new definition is proposed: mediation is a space of justice where the parties, with the help of the mediator, create a dialogical-dialectical environment for cooperatively seeking a mutually beneficial understanding and, where appropriate, agreements that resolve disputes through the development of a structured and deliberative procedure.

Finally, and given the existing relationship between theory and practice of mediation, a novel approach to mediation is proposed, based on the philosophical

foundations of justice described in the thesis, and which is termed «personalist-deliberative».

This novel approach is framed within the paradigm of agreement, prioritising problem-solving as an objective, and is recommended for commercial mediation, and more specifically, for family businesses. The coordinating axes on which the «personalist-deliberative» approach is based are the person and deliberation. Mediation is based on the action of the individual, on their self-determinative structures, and on the personalist value of their actions «together with others». Deliberation pursues the discursive formation of the will of the parties in mediation and fulfils a double function as a dialogical process (bringing people together through argumentative speech and its justification) and pursues what is agreed as acceptable to each of them.

PREÁMBULO

1. PRESENTACIÓN

La mediación es una institución milenaria que ha experimentado, a partir de la segunda mitad del siglo XX y en algunas sociedades democráticas avanzadas, especialmente la de Estados Unidos, un resurgimiento que se ha materializado en el denominado «movimiento de la mediación contemporánea». Este nuevo y creciente interés por la mediación nace como respuesta a la solución de los problemas estructurales del funcionamiento de la Administración Pública de Justicia, y a la complejidad de los problemas que caracterizan a las sociedades modernas.

En la actualidad no existe un cuerpo teórico exclusivo de la mediación que permita convertirla en un área de investigación autónoma; esto último obedece a que su propio constructo teórico procede de y se encuentra distribuido entre diversos ámbitos científicos como son, entre otros, el derecho, la psicología, la administración de empresas, el trabajo social o la sociología. En efecto, la llamada «teoría de la mediación» se ha elaborado, en gran medida, a partir de las aportaciones que le ha ido proporcionando la variada práctica profesional asociada a diversos ámbitos, lo que ha permitido que, a su vez, vaya adquiriendo una fisonomía propia como disciplina de estudio independiente.

La teoría y práctica de la mediación van de la mano y se retroalimentan. A este propósito, la tesis doctoral presentada bajo el título *La mediación es justicia. Fundamentos filosóficos y nuevas metodologías: El enfoque «personalista-deliberativo»,* aborda la teoría y práctica de la mediación como ámbitos complementarios con un doble propósito: por un lado, contribuir a su construcción jurídica y, por otro, aportar un nuevo enfoque metodológico. En este sentido, el principal objetivo de nuestra investigación es a nivel teórico y persigue responder a la pregunta sobre *cuáles son los fundamentos filosóficos de la mediación* para, a continuación, estar en condiciones de introducir aquellas respuestas que se obtengan de nuestra exploración investigadora, en el propio concepto o definición de lo que es la 'mediación'. La aproximación a las razones filosóficas de la institución de la mediación se trata desde una doble dimensión: el cuestionamiento sobre su naturaleza jurídica y sobre su «ser» o dimensión ontológica. Por último, el resultado de esa investigación nos conducirá a proponer, a nivel práctico de la mediación, un nuevo enfoque metodológico más ajustado a su propia naturaleza procedimental, relacional y dialéctica.

Son varios los motivos que nos han impulsado a emprender la presente investigación. El primero ha sido profundizar en la propia naturaleza jurídica y esencia de la mediación para, de este modo, mostrar su potencial como un método de resolución de

conflictos adecuado a las necesidades de las sociedades contemporáneas. Los rasgos que caracterizan a la sociedad actual, un radical pluralismo cosmovisional y axiológico[1] y una proliferación de los conflictos como expresión de su desarrollo[2], justifican que la mediación, como proceso de orden social, intervenga en ellas como un factor de cohesión y pacificación social[3].

El propósito último que persigue esta tesis es afianzar la mediación en los sistemas de justicia y propiciar su aprendizaje con una nueva y concreta metodología. Para alcanzar estos objetivos, en primer lugar, a través del itinerario de los textos legislativos que regulan esta institución, tanto europeos como españoles, y del estudio de su naturaleza jurídica, se buscará posicionar la mediación en la categoría de justicia. A continuación, y como una derivada de lo anterior, se ha intentado formular una metodología innovadora centrada en la persona y el debate, con fundamento en los postulados de la filosofía personalista del diálogo y del discurso práctico habermasiano.

Por tanto, la principal originalidad de nuestra investigación estriba en tratar de conformar una nueva definición de la mediación adecuada a su razón filosófica y en introducir la propuesta de un nuevo enfoque metodológico denominado «personalista-deliberativo».

2. ESTRUCTURA DE LA TESIS

La tesis se estructura en dos partes, precedidas de una «Introducción» y distribuidas en tres capítulos la primera de ellas y en dos la segunda. El texto finaliza con un apartado dedicado a las «Conclusiones» de nuestra investigación.

La «Introducción» se divide en dos apartados que comprenden los aspectos formales de la investigación; por una parte, la delimitación del «Objeto de estudio», y por otra, la explicación de los «Objetivos y preguntas de la investigación».

La primera parte de la tesis, titulada «Marco teórico y práctico de la mediación», se divide en tres capítulos, dedicados, el primero, a los antecedentes y contexto de la mediación; el segundo, a la normativa europea y española de la mediación, y el tercero abarca, por un lado, la institución jurídica de la mediación, y por otro, su metodología. Para una mejor descripción de la distribución del contenido de esta primera parte de la tesis,

---

[1] HABERMAS, Jürgen: *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona (España): Paidós, 1999, p. 20.

[2] CLESA, Carol; Joaquim BRUGUÉ Y Mariona ROSELL: «Gestión relacional y gobernanza: mecanismos de resolución de conflictos en la política de la Generalitat», en Pompeu CASANOVAS I ROMEU, Jaume MAGRE y María Elena LAUROBA (dirs.): *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Barcelona (España): Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 2011, p. 719.

[3] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*. Zizur Menor: Aranzadi, 2016, p. 24.

procedemos a describir de forma somera las principales líneas de estudio e investigación abordadas en cada uno de los tres capítulos.

El primer capítulo, titulado «Antecedentes y contexto de la mediación», analiza el contexto sociohistórico de la mediación, la formación y expansión del movimiento de la mediación contemporánea en Estados Unidos y en otros países, su situación actual y el panorama de los principales enfoques y modelos empleados en la práctica de la mediación.

El capítulo segundo, titulado «La mediación en el espacio de justicia de la Unión Europea: marco legal», analiza el encuadre legislativo de la mediación dentro del «espacio de libertad, seguridad y justicia». A ese propósito, en un primer apartado, se analiza de forma pormenorizada, el «iter» histórico de la normativa europea más significativa en materia de mediación, comenzando para ello con los tratados de Maastricht y de Ámsterdam. El segundo apartado estudia en detalle la normativa del Estado español y la de sus respectivas CC.AA.; en concreto, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LMACM), las trece leyes autonómicas, el Anteproyecto de Ley de Impulso a la mediación y el reciente Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia.

En el capítulo tercero, «Concepto, naturaleza procedimental y metodologías de la mediación», se abordarán las tres cuestiones enunciadas en su título: en primer lugar, la conceptual —en torno a la definición de lo que es la mediación—; en segundo lugar, la naturaleza jurídica procedimental que la configura y, por último, la práctica de la mediación, es decir, los distintos modelos y enfoques metodológicos en torno a la mediación, los cuales aportan un contenido trascendental a la teoría de la mediación.

La segunda parte del trabajo, denominada «Fundamentos filosóficos de la mediación», contiene dos capítulos dedicados al desarrollo de nuestra investigación sobre la razón iusfilosófica de la mediación en términos de justicia, así como a la pertinencia de explorar la razón ontológica de la mediación, el «ser» de la mediación.

En el cuarto capítulo, titulado «La razón filosófica jurídica de la mediación: la justicia procedimental», se busca fundamentar la mediación en una razón de justicia, centrándose para ello en el pensamiento de dos destacados autores, el teórico de la justicia John Rawls y el filósofo y sociólogo Jürgen Habermas.

El quinto y último capítulo, bajo el título «La razón personalista-dialógica de la mediación», se plantea el *ser de la mediación* desde la perspectiva que nos aporta la fenomenología como método de trabajo, lo que permitirá descubrir, a través del pensamiento de los más destacados representantes de la llamada *filosofía personalista y del diálogo,* su esencia, es decir, qué es lo que hace que la mediación sea lo que es.

La tesis finaliza con la exposición de las conclusiones generales de nuestra investigación, cobrando para ello especial importancia dos de las propuestas abordadas en

la tesis: por un lado, la necesidad de incluir el término «espacio de justicia» en la definición del concepto de mediación y, por otro, la presentación de un nuevo e innovador enfoque de mediación incorporable a las propuestas metodológicas más tradicionales y al que se le ha denominado «personalista-deliberativo».

3. METODOLOGÍA EMPLEADA EN LA INVESTIGACIÓN

La metodología empleada para abordar los objetivos que se formulan en la presente investigación es multidisciplinar, ya que deben ser abordados desde el prisma que nos procura tanto el derecho como la filosofía.

En primer lugar, se emplea un método jurídico, el análisis histórico de la normativa europea aprobada sobre mediación en un periodo que comienza con el Tratado de Maastricht de la UE de 1992, en el marco de la creación de un «espacio de libertad, seguridad, y justicia», y termina con las leyes de mediación del Estado español y de sus CC. AA. También se analizan los dos últimos Anteproyectos de Ley que afectan a la mediación aprobados por el Gobierno de España, actualmente en tramitación, que introducen significativas novedades relativas a la implementación de los MASC en la sociedad española, como una forma de administrar justicia distinta a la contenciosa. El estudio del régimen legal de la mediación en todos esos textos normativos permitirá conocer la naturaleza jurídica de la mediación, afirmando su naturaleza procedimental.

A continuación, para responder a la pregunta sobre los fundamentos iusfilosóficos de la mediación, se responde acudiendo a la filosofía del derecho, en concreto, por resultar complementarias, a la teoría de la justicia de John Rawls y a la teoría de la acción comunicativa y discursiva de Jürgen Habermas.

Y, para contestar a la pregunta sobre la razón filosófica ontológica de la mediación, esto es, cuál es el «ser» de la mediación, se recurre a la fenomenología, como metodología que se dirige a la fuente del conocimiento, como búsqueda del sentido de lo más fundamental de las cosas. Se acude a la fenomenología como un procedimiento agudísimo de análisis de las esencias. A partir de la intuición intelectual, aprehendida de forma reflexiva, y desde el personalismo comunitario y dialógico, se puede ir descubriendo la esencia de la mediación, penetrar en su interior y acceder a lo que pertenece a su ratio o idea, a su estructura ontológica.

La investigación del itinerario jurídico de la mediación y el de sus textos normativos realizados en los capítulos segundo y tercero, y los fundamentos filosóficos trabajados en los capítulos cuarto y quinto se trasladan a las «Conclusiones» para aplicarlos, por un lado, a la teoría de la mediación incorporándolos a su definición y, por otro, a su práctica, presentando la propuesta del nuevo enfoque de mediación «personalista-deliberativo».

INTRODUCCIÓN

1. OBJETO DE ESTUDIO

El objeto de estudio de este trabajo comprende averiguar cuáles son las *razones filosóficas* de la institución de la mediación que fundamentan lo que la mediación es, su esencia, con la finalidad de que las respuestas que se consiga alcanzar puedan servir al enriquecimiento de la teoría y práctica de la mediación.

1.1. La razón filosófica de la mediación: el estudio más allá de su definición y utilidad práctica

La mediación es un método de resolución y gestión de conflictos que puede ser teorizado de diversas formas, ya sea como instrumento de intervención social, como técnica de intermediación entre las partes, o como institución complementaria a la actuación de la Administración de Justicia[4]. A diferencia del arbitraje y de los procesos judiciales, el objetivo de la mediación no culmina en alcanzar una decisión impuesta por un tercero, la del árbitro o juez, sino en lograr un acuerdo. En este sentido, la mediación es genéricamente descrita como una técnica mediante la cual las partes, en una controversia, se comunican con un tercero neutral, cuya función no es la de imponer las soluciones, sino la de facilitar o lograr la solución al problema mediante una negociación amistosa[5].

Christopher Moore define la mediación desde esta perspectiva de la actuación de las partes como «[…] la intervención, en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable»[6]. Asimismo, Santiago Madrid se pregunta cuál es la razón de ser de la mediación, —dicho de otro modo, por qué acudir a ella—, y apunta que la respuesta podría ser la promoción del papel activo de los ciudadanos en la resolución de sus propios conflictos. En efecto, como apunta este autor, en un proceso de mediación, las personas pasan de ser meros receptores de la seguridad y libertades que el Estado les proporciona a intervenir con una mayor vinculación y cooperación. Esto implica, siempre que sea posible, promover la autodeterminación de las personas. Por tanto, la mediación no es nunca la

[4] CASANOVAS I ROMEU, Pompeu: *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*. Barcelona (España): Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, 2011, vol. II, p. 433.

[5] ANDREWS, Neil: «Mediation: International experience and global trends», *Journal of International and Comparative Law*, vol. 4, núm. 2 (2017), p. 218.

[6] MOORE, Christopher W.: *The mediation process: practical strategies for resolving conflict,* 4.ª ed. San Francisco (Estados Unidos): John Wiley & Sons, 2014, p. 44.

primera de las opciones posibles para resolver un conflicto, sino que es una posibilidad sustitutiva de la que debería ser siempre la primera opción: que las personas resuelvan por sí mismas sus problemas, sin tener que recurrir a terceros[7].

El desarrollo de la mediación como una realidad emergente, actual, y de profunda trascendencia social y jurídica, responde a la necesidad de mejorar el acceso a la justicia[8]. En efecto, en el mundo jurídico se está viviendo un auténtico *boom* de la mediación, considerándola en el centro de gran parte de las soluciones propuestas a los denominados males estructurales de la jurisdicción. Se presenta como un mecanismo idóneo para alcanzar el objetivo de la desjudicialización de los innumerables conflictos[9]. Carlos Lesmes se pronuncia en este sentido al aseverar que la mediación es un «elemento clave para la modernización de la justicia», pues contribuye a dar respuesta a una de las demandas de la ciudadanía, la solución de sus conflictos[10].

El Consejo de Europa, desde finales del siglo pasado, viene instando a los Estados miembros para que reflexionen sobre la verdadera eficacia de la justicia, apremiándolos a examinar sus sistemas nacionales bajo el prisma de lo que significa esa eficacia para el ciudadano, y su satisfacción. Entre las medidas adoptadas para la mejora del sistema de justicia por ese alto organismo europeo, en los distintos ámbitos jurisdiccionales, figura la mediación como mecanismo de resolución de conflictos[11].A este respecto, el llamado *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, presentado en el año 2002 por la Comisión Europea, dejaba ya constancia del interés renovado durante más de dos décadas en los Estados miembros hacia este tipo de métodos de apaciguamiento de conflictos, que están intervenidos por un tercero y son más consensuales que el recurso al juez o a un árbitro.

Por tanto, las ventajas inherentes a estas modalidades de justicia privada y la crisis de eficacia de los sistemas judiciales son dos factores clave para entender el resurgimiento actual de la institución de la mediación[12]. Una de las razones más utilizadas para justificar el avance de la mediación en las últimas décadas es de tipo práctico y coyuntural. En los

[7] MADRID LIRAS, Santiago: *Mediación motivacional: hacia una relación de acompañamiento en los conflictos*. Madrid: Reus, 2017, p. 15.

[8] GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO: «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *Política y Sociedad*, vol. 50, núm. 1 (2013), p. 72.

[9] AGUILÓ REGLA, Josep: *El arte de la mediación: argumentación, negociación y mediación*. Madrid: Trotta, 2015, p. 97.

[10] LESMES SERRANO, Carlos: *Discurso del acto de clausura del día europeo de la mediación* (pronunciado el 21 de enero de 2019). Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada>.

[11] SOLETO MUÑOZ, Helena: «La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», en *Tratado de mediación*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2017; Ana Isabel BLANCO GARCÍA (ed.): vol. 1: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, p. 27.

[12] Comisión de las Comunidades Europeas, Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior: *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, Bruselas, 19 de abril de 2002, p. 6

foros vinculados a la Administración de Justicia, se considera esta modalidad alternativa y complementaria de solución de conflictos como una respuesta válida y adecuada ante las múltiples dificultades de acceso a la justicia que sigue experimentando la ciudadanía en la actualidad, provenientes, entre otros factores, de la proliferación de litigios presentados ante los tribunales, el alargamiento en el tiempo de los procedimientos judiciales, el aumento de los gastos que conllevan, además de la cantidad, complejidad y el carácter técnico de los textos legislativos[13]. Una evidencia del desarrollo imparable de la mediación nos la ofrece el Consejo General del Poder Judicial al publicar cada año, en el marco de su política de transparencia, el informe «Justicia dato a dato» con el fin de informar acerca de los principales indicadores cuantitativos del sistema judicial español. Resulta, pues, revelador que en el informe anterior a la pandemia de la Covid-19 —más concretamente, el apartado del resumen del movimiento de asuntos de todas las jurisdicciones—, la cifra total de ingreso de litigios ascendió a 6 279 302. Con el objeto de ilustrar dicho crecimiento exponencial de la litigiosidad, incorporamos en el Anexo 1 de esta tesis una selección de las tablas que detallan esa cifra por jurisdicciones, así como un estudio pormenorizado del promedio de duración de los pleitos en España durante el año 2019[14].

Sin embargo, sorprende que, transcurridos casi veinte años desde la publicación del *Libro Verde*, más arriba mencionado, no se hayan explorado otras razones distintas, más allá de las coyunturales y de utilidad en el ámbito de la Administración de Justicia, que deben ser evaluadas para priorizar el interés y desarrollo de la mediación. Más concretamente, se echa en falta encontrar una razón que impulse a recurrir a la mediación por lo que la mediación es en sí misma, más allá de su carácter alternativo o complementario, un motivo distinto a aquellos que persiguen, con su empleo, subsanar la ineficiencia del sistema de la Administración de Justicia de un determinado país. A nuestro parecer, la vía para cuestionar el «qué» de la mediación es la filosófica, constituyendo así el objeto de estudio de este trabajo de investigación, tal y como se explica a continuación.

Nuestra propuesta investigadora comenzará indagando en la normativa que regula la mediación como institución jurídica con el objeto de establecer sus propiedades esenciales. A este respecto, se incidirá en la naturaleza procedimental de la mediación como procedimiento estructurado, el cual se encuentra normativizado sobre la base de unos principios fundamentales que lo regulan, como son, entre otros, la voluntariedad, la imparcialidad y la neutralidad. Al mismo tiempo, concluiremos que la mediación es «un espacio de justicia» y satisfacción, ya que posee también una razón comunicativa deliberativa cuyo propósito está orientado al entendimiento de las partes en conflicto para

[13] *Idem*.
[14] *Justicia dato a dato* [informe] 2019. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Destacados/Calendario-de-publicaciones>.

que de este modo puedan ellas mismas alcanzar un acuerdo. Esta solución, si se logra, y toda vez que se reúnan unos requisitos, tendrá la consideración de «cosa juzgada», y dispondrá por lo tanto de carácter ejecutivo ante los tribunales de justicia. La hipótesis que se formula en este trabajo consiste, pues, en afirmar que la mediación es justicia, y más específicamente una *justicia procedimental deliberativa*, que busca la corrección en la distribución y en la compensación de bienes.

La filosofía es, a nuestro juicio, la única disciplina que puede desvelarnos, no ya el sentido de la mediación, sino su misma existencia o razón ontológica. En esta misma línea, Helena Nadal advierte que, si se pretende buscar el sentido de la mediación en el ámbito del derecho, es necesario ir más allá, para poder encontrarlo en los planteamientos éticos e incluso filosóficos, que son los que inspiran a sus teóricos[15]. En definitiva, consideramos que solo mediante una aproximación a la filosofía podremos descubrir qué es lo que hace ser a la mediación lo que es, en esencia. El planteamiento se corresponde a la propuesta del teórico del derecho Robert Alexy, quien, a través de su «tesis de la naturaleza general», afirma que la filosofía del derecho no se limita a ciertos problemas especiales relativos al derecho, sino a un todo, pues todos los problemas de la filosofía en general pueden presentarse en la filosofía del derecho de forma particular. El razonamiento sobre *lo que existe* es el objeto mismo de la pregunta ontológica, explica Robert Alexy, correspondiendo, a su vez, a la pregunta ética el razonamiento sobre lo que debe hacerse y es bueno, y a la pregunta epistemológica lo que podemos conocer[16]. Se comprende, así, que la filosofía del derecho sea una rama más de la filosofía[17].

En su obra *¿Qué es filosofía?*, José Ortega y Gasset la define como una actividad dirigida a conocer y dar respuesta a la realidad en su conjunto, y, por tanto, a cada una de las realidades en lo que tienen de universal, «aprehendiendo su posición en el conjunto de su realidad»[18]. La filosofía es *una actividad conceptual*[19], cuya función esencial es la «expresión de las intelecciones fundamentales y de las motivaciones últimas»[20]. En este mismo tenor se manifiesta Robert Alexy, para quien la propiedad más general del concepto de filosofía es la reflexión, y así define que «la filosofía es reflexión porque es el

[15] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *El contexto ético-filosófico de la mediación y la proyección moral del modelo transformativo* [tesis doctoral]. Burgos: Universidad de Burgos, 2007. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10259.1/89>, p. 53

[16] ALEXY, Robert: «La naturaleza de la filosofía del derecho», *Doxa*, núm. 26 (2003), p. 149.

[17] BERNAL PULIDO, Carlos (ed.): *La doble dimensión del Derecho: autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*. Lima: Palestra, 2010, p. 11.

[18] DOMINGO PÉREZ, Tomás de: «Sobre la naturaleza de la filosofía del derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 35 (2019), p. 49.

[19] ALEXY, Robert: «La naturaleza de la filosofía del derecho», *op. cit.,* p. 148

[20] WOJTYLA, Karol: «La persona: sujeto de la comunidad», en Karol WOJTYLA: *El hombre y su destino. Ensayos de antropología,* 2.ª ed. Madrid: Palabra, 2003, p. 43.

razonamiento acerca del razonamiento»[21]. Sin embargo, la reflexividad es un elemento necesario pero insuficiente para explicar la naturaleza de la filosofía. Si se quiere captar la naturaleza de algo genuinamente filosófico, aclara Robert Alexy, la reflexión necesita estar asociada con otras dos propiedades: las preguntas generales o fundamentales y las preguntas de índole sistemática. Para el filósofo José Ortega y Gasset, decir que algo «es siempre lo que es» equivale a afirmar su independencia de las variaciones temporales, su invulnerabilidad[22]. Por tanto, conocer implica no contentarse con las cosas según se nos presentan, sino buscar tras ellas su «ser», apunta Ortega y Gasset. El mundo se nos presenta sobre un fondo latente que permite a nuestra inteligencia comprender que lo patente es solo parte de una realidad más amplia, afirmando que «todo lo que es y está ahí, cuanto nos es dado, presente, patente, es por su esencia mero trozo, pedazo, fragmento, muñón»[23].

En la misma línea, Julián Marías defiende que «solo hay filosofía si el hombre cree que puede ir de lo patente a lo latente, descubrirlo y dar razón de ello; pero esto solo es posible si lo real tiene consistencia»[24]. En la palabra razón subyacen distintas acepciones, pero su núcleo significativo o semántico consiste, según Julián Marías, en «la aprehensión de la realidad en su conexión»[25]; su función es la comprensión de la realidad. Añade este filósofo que la forma de consistir, lo que hace que las cosas sean, y puedan estar en el mundo es la conexión. La razón, como comprensión de fondo, es una exigencia que acompaña la vida del hombre, un modo de respuesta, más allá de la percepción sensible, que sólo permite aprehender un objeto presente[26].

Para adentrarnos en la esencia de la mediación, investigaremos aquello que está latente en la mediación, que está ahí, presente en ella, pero que no nos resulta patente; aquello que ni se nota ni se advierte, recurriendo para ello a la aprehensión intelectual. La tarea propia de la filosofía, apunta Pedro Cerezo, es llamar la atención sobre aquello que de puro obvio suele pasar desapercibido[27], es el orden trascendental del que se ocupa el filósofo. Lo diáfano, dice Xavier Zubiri, es lo siempre dado de antemano, como fundamento tácito e inexpreso de toda visión objetiva, y sin embargo por su misma proximidad y obviedad pasa desapercibido[28]. La diafanidad como principio de aprehensión intelectiva de las cosas, aquello que está presente en ellas mismas, que deja y hace ver, y constituye lo

[21] ALEXY, Robert: «La naturaleza de la filosofía del derecho», *op. cit.,* pp. 147-148.
[22] ORTEGA Y GASSET, José: *¿Qué es filosofía? Y otros ensayos*. Madrid: Alianza, 2015, p. 29.
[23] *Idem*.
[24] MARÍAS AGUILERA, Julián: *Antropología metafísica*. Madrid: Revista de Occidente, 1970, p. 17.
[25] MARÍAS AGUILERA, Julián: *Introducción a la filosofía* (2.ª ed.). Madrid: Alianza, 1981, p. 144.
[26] *Ibid.*, pp. 145-146.
[27] CEREZO GALÁN, Pedro: *El diálogo, la razón civil*. Granada: Ediciones Universidad de Granada, 2020, p. 25.
[28] ZUBIRI, Xavier: *Los problemas fundamentales de la metafísica occidental*. Madrid: Alianza, 1995, pp. 19-20.

visto[29], es lo que no se nota ni se advierte, y sin embargo es condición inexcusable de toda visión[30], «el ser real no se limita a las realidades que tengo ante mis ojos»[31]. De esta manera, el objeto de nuestro estudio se centrará en descubrir qué existe en la mediación, que no se ve y sin embargo resulta obvio, para aprehenderlo más allá de un método de resolución de conflictos.

Las cosas reales poseen ciertos caracteres por razón de ser momento de realidad, intrínsecamente estructurados en la cosa real en cuanto real, y a ese conjunto de caracteres es a lo que Xavier Zubiri denomina formalmente «orden trascendental»[32]. En este sentido, la trascendencia no significa ir a un nivel distinto sino que, entre los caracteres de aquello que estoy aprehendiendo e inteligiendo, existe alguno que trasciende a todas las realidades[33]. Al apuntar hacia esa estructura trascendental, la filosofía, dice Pedro Cerezo, no tiene un ámbito propio y diferenciado de atención, como sucede con las ciencias, sino un ámbito común donde esas ciencias se comunican entre sí sobre la base del mundo vital humano. La filosofía no sobrevuela a las ciencias particulares proporcionándoles una visión sinóptica del conjunto de la realidad, sino que se hunde en ellas, «a su través», a la búsqueda del vínculo común que las sustenta en su pertenencia al mundo vital humano[34]. La filosofía no es un conocimiento empírico, sino esencial, que solo se ocupa de los hechos necesarios o esenciales, los invariables; todo conocimiento lo es de hechos, pero hay hechos que acontecen ahora pero luego no, y esos son los hechos empíricos, dice José Ortega y Gasset[35].

En la pregunta filosófica que se formula sobre la mediación, el objeto de estudio es ese conocimiento esencial, y en el capítulo quinto se partirá de la premisa planteada por Martin Heidegger de que «todo ente es en el "Ser"», la cualidad ontológica de la existencia[36]. Este mismo autor afirma que la filosofía busca lo que el ente «es» en tanto que «es», añadiendo que aún hoy la manera en la que preguntamos es griega, pues cuestionamos una cosa por lo que «es»[37]. Se trata, como afirma Husserl, de pasar de *lo patente*, de lo dado en la experiencia de un modo inmediato o en la superficie, a *lo latente* o profundo, que posibilita esa experiencia; en otros términos, pasar del plano óntico objetivo al ontológico trascendental[38]. A juicio de Martin Heidegger, solo vale la pena

[29] CEREZO GALÁN, Pedro: *El diálogo, la razón civil*, *op. cit.,* p. 25.
[30] ZUBIRI, Xavier: *Los problemas fundamentales de la metafísica occidental*, *op. cit.,* p. 24.
[31] ZUBIRI, Xavier: *Estructura de la metafísica*. Madrid: Alianza, 2016, p. 267.
[32] *Ibid.*, p. 177.
[33] *Ibid.*, p. 267.
[34] CEREZO GALÁN, Pedro: *El diálogo, la razón civil*, *op. cit.,* pp. 25-26.
[35] ORTEGA Y GASSET, José: *¿Qué es la ciencia, qué es la filosofía? Y otros ensayos*. Madrid: Alianza, 2015, p. 321.
[36] STEINER, George: *Heidegger*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 43.
[37] *Ibid.*, pp. 49 y 52.
[38] CEREZO GALÁN, Pedro: *El diálogo, la razón civil*, *op. cit.,* p. 25.

preguntar por aquello que merece ser preguntado, y que la pregunta misma es un camino[39].

Esta mención sobre la naturaleza conceptual y totalizadora de la filosofía la traemos a colación en esta parte introductoria de nuestra investigación para encuadrar los objetos de estudio de la tesis. Asimismo, todas las hipótesis de trabajo que formulamos en nuestra investigación responden a un interés teórico-práctico, al pretender que las respuestas a los interrogantes que formulamos en el primer objeto de estudio de nuestra tesis en torno a la razón filosófica de la mediación puedan trasladarse a una segunda fase de nuestra investigación, en aras a la construcción de una teoría de la mediación y a su práctica con la propuesta de un nuevo enfoque metodológico.

En consecuencia, si, por una parte, desde la filosofía del derecho se planteará que la mediación es justicia deliberativa y, por otra, desde la antropología filosófica o antropofilosofía se propondrá que la mediación es un ámbito relacional-dialógico creado en la comunidad del «nosotros», resulta pertinente que el siguiente objeto de estudio de nuestra investigación se oriente a ponderar si esos elementos identitarios de la «esencia» de la mediación pueden agregarse a su concepto, conformando de este modo una nueva construcción teórica de la institución jurídica de la mediación.

Para una mejor comprensión de este recorrido investigador, de nuestro singular «camino», exponemos a continuación de forma más detallada las principales líneas de trabajo que abordaremos en la presente tesis doctoral.

1.2. Una contribución a la construcción teórica de la mediación

En la mediación existe una diversidad de regulaciones, tanto a nivel nacional como internacional, proveniente de la práctica profesional, y por tanto son adaptadas al ordenamiento y cultura jurídicos de cada país. Esto provoca que no se disponga, a diferencia de la teoría jurídica, de una base teórica común, por lo que cobra sentido el reto que Pompeu Casanovas nos plantea al concluir que «la mediación es una institución que todavía espera su construcción jurídica plena»[40].

La mediación, no dispone, en consecuencia, de un corpus teórico propio, pues se nutre de diversas áreas de estudio, como la sociología, la psicología, el derecho, y las técnicas de resolución de conflictos, de ahí que su naturaleza sea netamente

[39] STEINER, George: *Heidegger*, *op. cit.,* p. 49.
[40] CASANOVAS I ROMEU, Pompeu: *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*, *op. cit.,* p. 449

interdisciplinar[41]. A pesar de esta condición epistemológica, la mediación guarda distancias con las disciplinas que inciden en ella y no la agotan, lo que no evita que exista confusión en lo relativo a su naturaleza y contenido[42].

El prisma inicial para comprender mejor la construcción disciplinar de la mediación proviene de la tendencia sociológica de la llamada «judicialización de los conflictos». Este fenómeno sociológico tan extendido en la actualidad consiste en el reclamo excesivo de la ciudadanía de obtener una respuesta jurídica —o más bien judicial— en cualquier conflicto cotidiano, lo que ha contribuido exponencialmente a la progresiva parálisis en plazos de resolución que observamos en la actualidad en la Administración de Justicia. Ante dicha crisis, se ha fraguado progresivamente la concienciación para conciliar otros mecanismos y nuevos métodos alternativos de gestión de conflictos que sirvan para descongestionar los tribunales, devolver la autonomía y participación a las partes en sus controversias y, en definitiva, promover la justicia efectiva y la paz social[43].

La hipótesis que planteamos en este objeto de estudio de nuestra investigación plantea incorporar al concepto de la institución jurídica de la mediación, según está definido en los textos legales, elementos procedentes del razonamiento filosófico sobre su «ser» y su naturaleza. El concepto, según lo define Julián Marías, es un instrumento de aprehensión de la realidad, una auténtica significación[44]. Por tanto, la función de cualquier tentativa conceptual no consiste en desalojar la intuición o la impresión real de la cosa, sino que retiene de ella su esquema, sus límites. El concepto es, como señala Ortega y Gasset, el verdadero instrumento de percepción y apresamiento de las cosas. Por consiguiente, solo la visión mediante el «concepto» nos puede proporcionar una visión completa de las cosas en sí mismas, frente a la «sensación» que nos proporciona la visión difusa y plasmable del objeto; o lo que es lo mismo, nos da la impresión de las cosas, no las cosas en sí mismas[45].

En nuestra hipótesis de trabajo, por tanto, no pretendemos ni cuestionar ni alterar el contenido del concepto de la mediación, ya que —como exploraremos en la primera parte de nuestra tesis— su significado como institución se encuentra adecuadamente delimitado en sus textos legales regulatorios, sino enriquecerlo y ampliarlo mediante una construcción teórica adecuada a su propia esencia y naturaleza procedimental. En este

[41] ROMERO NAVARRO, Fermín: «La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, vol. 40 (2002), p. 34.
[42] COBAS COBIELLA, María Elena: «Mediación familiar. Algunas reflexiones sobre el tema», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17 (2014), p. 39.
[43] IGLESIAS ORTUÑO, Emilia: *Competencias para la mediación en conflictos sociales*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2018, p. 13.
[44] MARÍAS AGUILERA, Julián: *Introducción a la filosofía*, *op. cit.,* p. 154.
[45] ORTEGA Y GASSET, José: *Meditaciones del Quijote*. Madrid: Alianza, 2014, pp. 149-154.

sentido se pronuncia Rudolph Von Ihering cuando afirma que cualquier tentativa de «construcción jurídica» persigue la elaboración de un sistema de conceptos jurídicos lo más completo y perfeccionado, el cual ha de contener el máximo de información posible sobre lo que es cada objeto o concepto para, a continuación, relacionarlo con el organismo total de la ciencia o, en palabras del propio Ihering, «el árbol genealógico de los conceptos»[46]. De igual forma se pronuncia el teórico de la justicia John Rawls, para quien la definición no es sino uno de los instrumentos usados para establecer la estructura general de una teoría y, una vez que se haya elaborado la estructura, las definiciones no tienen un estatus diferente sino que se mantendrán o caerán junto con la teoría misma[47].

A propósito de una investigación que analiza los principales aspectos descuidados en los estudios de derecho comparado en relación a la mediación y el acceso de la persona a la justicia, destaca la labor realizada por Ugo Mattei, quien distingue entre cuatro dimensiones diferentes. La primera dimensión se refiere al enfoque multidisciplinario, a la necesaria aproximación y diálogo abierto que debe entablarse entre el derecho o sus textos legales y otros ámbitos de las ciencias sociales y las humanidades, tales como la sociología, la economía, la antropología y las ciencias políticas; por tanto, a su juicio, el acceso a la justicia no puede abordarse sin considerar la información que está *beyond and outside of the black letter of the law*, como acertadamente apunta este autor. La segunda dimensión que menciona Mattei se refiere a la desconexión o salto —según la nomenclatura anglosajona empleada por este autor, el llamado *gap*— que aparece entre las declaraciones de principios y la práctica real del derecho; en definitiva, la distancia que separa, según el realismo jurídico norteamericano, al *Sollen* o el derecho como debiera ser (*law in the books*) frente al *Sein* o el derecho como es (*law in action*)[48].

En la medida en que la mediación se conceptualiza, no como una institución aislada de sus contextos sociales, sino como un sistema complejo, el marco regulatorio de la institución de la mediación se amplía para comprender tanto elementos normativos —éticos y legales— como prácticos y sociales[49]. Conceptualizar la mediación como un sistema complejo implica, por un lado, que el derecho puede superar su formalismo, incorporando al saber jurídico los saberes sociales iniciales de origen —medicina, ciencias cognitivas, ciencias políticas y sociales—, y, por otro, permite situar el afán de autonomía

[46] RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María: «Rudolf Von Ihering», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 4 (1987), p. 260.
[47] RAWLS, John: *Una teoría de la justicia* (trad. María Dolores González), 2.ª ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 59.
[48] MATTEI, Ugo: «Access to Justice. A renewed global issue?», *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11, núm. 3 (2007), p. 4.
[49] CASANOVAS I ROMEU, Pompeu: *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*, *op. cit.,* p. 434.

que caracteriza a aquellos saberes sociales en una posición normativa[50]. No obstante, resulta significativo cómo en las jurisdicciones de habla inglesa existe aún hoy en día un considerable debate académico sobre la definición precisa de la mediación, pero esto es debido más bien a que en contextos jurídicos dispares a menudo los términos mediación y conciliación se encuentran utilizados indistintamente[51].

A este respecto, resulta particularmente interesante la aproximación al concepto de mediación que efectúa Rubén Calcaterra, para quien la mediación es todavía una metáfora utilizada con el fin de indicar un medio de resolución de disputas, cuyo contenido y práctica constituyen contextos a construir. Desde esta perspectiva, la primera cuestión a abordar en el nivel de los contenidos de la mediación es el interrogante sobre qué saberes incluir para, a continuación, determinar qué campos se pueden apropiar. Para este autor, el interrogante gira en torno a la posibilidad de conformar un campo autónomo para la mediación. La construcción de un concepto no se agota en sí mismo, si no que está relacionado con la creación de un sistema de conocimiento con capacidad de ser transmitido. A este propósito resulta clave el desarrollo de una práctica de mediación que genere un movimiento reflexivo sobre su propia configuración y que permita recoger información relevante para la teoría[52].

1.3. Nuestra propuesta de un nuevo enfoque metodológico de mediación

Como señala Lisa Parkinson, los mediadores necesitan una teoría de la mediación que les proporcione una explicación y un marco coherente para su práctica, que les describa cómo funciona la dinámica del proceso. De esta manera, la práctica de la mediación se asienta sobre las creencias y principios fundamentales acerca de las personas y el conflicto, y es por tanto la teoría la que contiene los valores fundamentales de la mediación[53]. A partir del momento en el que la mediación fue adquiriendo entidad institucional y fuerza social como proceso de resolución de conflictos con identidad propia, se ha ido materializando la necesidad tanto de definir y afianzar sus fundamentos teóricos como de desarrollar nuevas metodologías de intervención[54]. A modo ilustrativo, el modelo de *Harvard* o *lineal-tradicional* proviene tanto del derecho como de la economía, siendo sus creadores profesores de la Universidad de Harvard; el modelo *transformativo*, del mundo terapéutico

[50] CASANOVAS I ROMEU, Pompeu: «Republicanismo y Justicia relacional», *Doxa*, núm. 35 (2012), p. 270.
[51] ALEXANDER, Nadja: «Mediation in practice: Common Law and civil law perspectives compared», *International Trade and Business Law Annual*, núm. 6 (2001), p. 2.
[52] CALCATERRA, Rubén Alberto: *Mediación estratégica*. Barcelona (España): Gedisa, 2002, pp. 31-32.
[53] PARKINSON, Lisa: *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Barcelona (España): Gedisa, 2005, pp. 15 y 17.
[54] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 141.

y de la psicología; y el modelo *circular-narrativo* de diversas áreas sociales, tales como la teoría de la comunicación humana (Betason y Watzlawick), la terapia sistémica, la teoría general de los sistemas y el constructivismo social (Kenneth Gergen)[55]. La configuración de distintas escuelas, modelos o enfoques sobre la mediación procedentes de áreas de conocimiento diferentes responde, cada una de ellas, a una filosofía o pensamiento distinto, o dicho con otras palabras, a una forma diversa de concebir el conflicto, las relaciones interpersonales y el mundo. Y esto implica, como acertadamente señala Helena Nadal, un determinado modo de estar y actuar en el mundo, de organizar el conocimiento, las relaciones sociales, de interpretar los sentimientos, de entender la espiritualidad o el ámbito estético[56].

Por su parte, el profesor Jacobs Bercovitch apunta que algunos de los enfoques metodológicos ofrecen pautas prescriptivas a los profesionales, facilitándoles la praxis de las técnicas de mediación, mientras que otros se centran en meras descripciones teóricas[57]. Por último, Robert A. Baruch Bush y Joseph Folger consideran que para organizar un nuevo modelo o enfoque metodológico sobre la mediación se debe comenzar «con la base subyacente en la cual descansa la práctica» para, a continuación, poder revisar el concepto de lo que es el conflicto y, lo que es más importante, determinar cuál debería ser la respuesta ideal al mismo[58].

No obstante, a pesar de las diferencias, en cada modelo o enfoque teórico en torno a la mediación, pueden distinguirse tres aspectos fundamentales que Helena Nadal ha agrupado de la siguiente manera: (i) la fundamentación o los principios teóricos subyacentes, es decir, el modo de entender el conflicto; (ii) la metodología o la forma de alcanzar las metas u objetivos, así como los aspectos técnicos para conseguirlo; y, por último, (iii) las metas u objetivos que se persiguen[59].

De forma preliminar, podemos adelantar que la práctica de la mediación hoy en día fluctúa entre dos paradigmas metodológicos: el paradigma *del acuerdo* vs. el paradigma *comunicacional*. El primero se orienta hacia la solución de problemas, el segundo a modificar la relación entre las partes, pasando de una estructura adversarial a otra colaborativa[60]. Los paradigmas del acuerdo y comunicacional, así como los estilos de

---

[55] CORSÓN PEREIRA, Francisco y Eva GUTIÉRREZ HERNANZ: *Mediación y teoría*. Madrid: Dykinson, 2014, pp. 38-43

[56] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *El contexto ético-filosófico de la mediación y la proyección moral del modelo transformativo*, *op. cit.,* p. 53.

[57] BERCOVITCH, Jacob y Richard JACKSON: *Conflict Resolution in the twenty-first century: Principles, methods, and approaches*. Míchigan (Estados Unidos): The University of Michigan Press, 2009, p. 36

[58] BARUCH BUSH, Robert A. y Joseph P. FOLGER: *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Barcelona (España): Granica, 2006, p. 129

[59] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 38.

[60] *Ibid.,* pp. 49 y 83.

mediación, descansan sobre unos fundamentos teóricos, los llamados «enfoques», que ejercen una función de servir de puente entre los estilos de mediación y los diferentes modelos de mediación (las estrategias, técnicas y herramientas) diseñados por los mediadores, como los de Christopher Moore, Peter Carnevale, Baruch Bush y Joseph Folger, entre otros[61], de cuyo estudio nos ocuparemos más adelante.

Asimismo, Raúl Calvo Soler clasifica los modelos de mediación en cuatro grandes categorías: (i) la «mediación basada en el acuerdo», como núcleo de referencia de las propuestas de la mediación, que defiende como objetivo primordial ayudar a las partes en la consecución de un acuerdo que suponga la superación del conflicto; (ii) la «mediación transformativa», que surge a partir de críticas contra el modelo anterior basado en el acuerdo, la cual aboga por la relación entre las partes como el objeto fundamental sobre el que descansa el conflicto; (iii) la llamada «mediación circular-narrativa», que surge a partir de la pregunta ¿dónde está el conflicto?, cuya respuesta nos dirige a dos posibles submodelos de mediación de los cuales, para el primero, el conflicto está en la narrativa de las partes y está construido por ellas, negando por tanto la existencia de la realidad, y para el segundo, el conflicto se manifiesta en las narrativas más allá de una afirmación ontológica de la realidad, donde el mediador interviene en esa narrativa ayudando a las partes a generar una nueva narrativa orientada a la resolución del conflicto; y, por último, (iv) la «mediación sistémica», que implica una concepción específica de las relaciones humanas, y del ser, según la cual la comprensión del conflicto implica la comprensión del sistema, y no simplemente el análisis entre dos o más elementos del sistema, siendo el objetivo de la intervención del mediador el sistema en el que se relacionan las personas[62].

Por todo lo apuntado, el último objeto de estudio en nuestra investigación se debe centrar en averiguar si, a partir de las respuestas que obtendremos en los cuestionamientos filosóficos sobre la razón de la mediación —con fundamento, pues, en los principios personalistas-dialógicos y en el discurso práctico habermasiano—, existen elementos suficientes para elaborar un nuevo enfoque de la mediación al que denominaremos enfoque «personalista-deliberativo».

Nuestra propuesta de dotar a la mediación de un nuevo enfoque «personalista-deliberativo» se encuadra en el primero de los dos paradigmas —el llamado «paradigma del acuerdo»— señalados por Jacobs Bercovitch. Siguiendo el esquema anteriormente descrito por Helena Nadal, los tres aspectos que integrarán dicho enfoque «personalista-deliberativo» son los que, a grandes trazos, se exponen a continuación. (i) En primer lugar,

[61] *Ibid.,* p. 95.

[62] CALVO SOLER, Raúl: «Del alcance de la mediación» [ponencia], en *VII Jornada de Prevenció i Mediació Comunitària* (celebrada el 15 de noviembre de 2012, Centre D'Estudis Jurídics I de Formació Especialitzada, Barcelona), p. 10.

este enfoque se fundamenta teóricamente en los principios de la filosofía personalista o del diálogo, para la cual es en la persona —más concretamente, su estructura subjetiva— donde nace su capacidad de autodeterminación y de interactuación con el «otro» —con la comunidad del «nosotros»—, el conflicto se concibe como cooperación y las partes se tratan como oponentes. (ii) En segundo lugar, el discurso práctico racional de Jürgen Habermas, sustentado en la persona como sujeto de lenguaje y en su acción comunicativa, es el que permite dar forma a la metodología del enfoque personalista-deliberativo. Por último, (iii) la meta o el objetivo que persiguen las partes con su participación en la mediación como espacio de justicia es, en definitiva, la consecución de acuerdos que pongan fin a sus discrepancias mediante un proceso argumentativo en una búsqueda cooperativa de la verdad y de lo que es justo.

1.4. Algunos aspectos prácticos conectados con el objeto de estudio: la pertinencia social de la institución de la mediación

Entre los principales avances que ha introducido el ordenamiento jurídico español en la regulación de la mediación destacan especialmente dos: la autonomía del procedimiento de mediación y la fuerza ejecutiva del acuerdo alcanzado en el mismo[63]. Enlazando con estos dos hitos, la relevancia del procedimiento de mediación y el efecto de «cosa juzgada» que adquiere el acuerdo pactado, la pregunta de investigación que planteamos en esta tesis, la relativa a la esencia y naturaleza jurídica de la mediación, contribuye a mejorar varios aspectos prácticos relacionados con dicha institución: en primer lugar, con la escasa implantación de la mediación en la sociedad española y la todavía exigua demanda por parte de la ciudadanía; en segundo lugar, con el posicionamiento jurídico de la mediación en la categoría de justicia, como consecuencia de incorporar la noción de justicia en su definición; y, en tercer lugar, con la posible —y aún no legislada— acción de nulidad que se podría plantear para impugnar un acuerdo de mediación, si hubiera sido adoptado prescindiendo, total o parcialmente, del procedimiento de mediación legalmente establecido.

Por otro lado, nuestra propuesta investigadora en torno a la esencia y naturaleza jurídica de la mediación, afirmando que la mediación es justicia y su naturaleza jurídica es procedimental, contribuirá en la práctica a que en la sociedad sea más fácil identificar la mediación en el nuevo paradigma de justicia proyectado por el legislador español para nuestro tiempo, el siglo XXI. Por último, la propuesta de reivindicar la naturaleza

[63] BLANCO CARRASCO, Marta: «La corresponsabilidad parental, la custodia compartida y la mediación como principales apuestas de la reciente legislación española», en María Alejandra RAMÍREZ CUENCA (coord.): *VIII Conferencia Internacional de Mediación. Foro Mundial de Mediación*, libro digital vol. IV: Ponencias de expertos en mediación, editado en la República Bolivariana de Venezuela, 2012, p. 137

procedimental de la mediación servirá para incrementar la calidad de los servicios de mediación, pues el procedimiento de mediación es garantía de buena justicia; por otro lado, esta toma de conciencia sobre la naturaleza procedimental del procedimiento de mediación y de su relevancia —la cual constituye un eje de nuestra investigación— deberá potenciarse aún más en la formación de los mediadores, como directores del procedimiento y no solo del proceso de mediación.

La actividad de la mediación se desarrolla en múltiples ámbitos profesionales y sociales, y es preciso subrayar que no toda actividad mediadora despliega una eficacia jurídica, sino tan solo aquella que se sujeta al procedimiento de mediación regulado en la ley, a sus principios informadores y exigencias formales. Es frecuente que en la práctica profesional todavía no se distingan y resulten intercambiables estos dos términos que son objeto de nuestro estudio, proceso y procedimiento de mediación, lo que conlleva el riesgo para el mediador de centrarse en el primero y descuidar las formalidades del segundo. Por ello, consideramos que, en aras a que la mediación pueda desplegar toda su eficacia jurídica, y se pueda afirmar que es justicia, es preciso que el mediador asuma, entre sus funciones principales, la de dirigir el procedimiento estructurado de la mediación conforme a la normativa legal establecida al efecto.

La posibilidad de incorporar a la definición de la mediación el concepto de justicia contribuirá, a nuestro juicio, a que los ciudadanos la perciban, tanto por sus efectos como por las garantías que ofrece su procedimiento, como un acceso, otro distinto, a la justicia, pero con iguales efectos jurídicos, y con ello se favorezca la consolidación de un servicio público de justicia sostenible. La problemática de la sobrecarga de trabajo que afecta a los tribunales de justicia tiene una vía de solución a través de la difusión y el empleo de la mediación como una forma de justicia privada, cuyo resultado, si las partes alcanzan un acuerdo, tendrá la misma fuerza ejecutiva que una sentencia firme, si proviene de una mediación extrajudicial, o la de un acuerdo homologado judicialmente, si la mediación es intrajudicial.

El incremento exponencial del uso de la mediación en las sociedades contemporáneas, cuando esta resulte ser el medio más idóneo de resolución de un conflicto, incidirá directamente en la disminución del elevado índice de litigiosidad que afecta hoy en día negativamente al funcionamiento de nuestros tribunales de justicia. En la medida que los ciudadanos ejerciten su derecho a la tutela de los tribunales como último recurso —es decir, cuando resulte imposible la solución del conflicto con la sola voluntad de las partes—, la Administración de Justicia resultará más efectiva. En este sentido, la formación media del ciudadano acerca de la institución jurídica de la mediación es más bien escasa, y su idea de la mediación, con frecuencia, está ligada a la práctica milenaria de la mediación. Por todo lo apuntado, los objetivos de la presente investigación se conectan con esa necesidad de vincular el significado de la mediación con el de justicia y de ser

percibida por los ciudadanos como una forma diferenciada y alternativa de hacer justicia, distinta pues a la que se imparte desde los tribunales de justicia o desde el arbitraje. Nuestra propuesta de asimilar la mediación con un espacio alternativo de justicia no es un brindis al sol, sino que, por el contrario, se encuentra en la raíz misma de los Tratados de Maastricht y Ámsterdam de la Unión Europea, en su ideario, y está presente de forma expresa en todo el *iter* legislativo europeo sobre mediación.

La mediación, como fórmula válida y aceptada en el Estado de derecho, responde a una nueva concepción de la justicia, al tiempo que constituye una pieza relevante de la modernización de la Administración de Justicia[64]. En este sentido, es significativo resaltar cómo GEMME, el Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación, lleva liderando la promoción de este nuevo paradigma de justicia que es la mediación, publicitándose en su página web con el siguiente eslogan: la mediación es justicia[65]. Ahora bien, el sistema de justicia actual debe redimensionarse desde lo humano. De esta manera, nuestra investigación sobre la esencia de la mediación incide decisivamente en la problemática asociada a los hábitos, no solo de los operadores jurídicos implicados en la resolución de conflictos, sino también los de la ciudadanía en general. En este aspecto concreto reside la pertinencia y oportunidad social que supone una investigación como la presente tesis doctoral. Al hilo de lo expuesto, la profesora Pilar Domínguez Martínez defiende que la acción de difundir y educar en la mediación mejora en la sociedad y los ciudadanos la experiencia de justicia[66]. En consecuencia, la mediación como fórmula de autocomposición de los conflictos es un instrumento eficaz para intentar su resolución, siempre que la controversia afecte a derechos subjetivos de carácter disponible, conforme lo establezca la legislación aplicable. La forma óptima de finalización del procedimiento de la mediación, y a cuya obtención va dirigido el procedimiento, es el acuerdo de mediación alcanzado por las partes. Sin embargo, aunque no llegue a conseguirse un acuerdo concreto, la mediación habrá servido al fin pretendido, si con ello mejoran las relaciones entre las partes. El mediador es un profesional neutral que facilita la comunicación entre las partes y en su caso la resolución del conflicto que ellas mismas consiguen arreglar, poniendo fin a sus disputas de forma justa y equitativa. Por consiguiente, nuestra indagación en la presente investigación acerca de la naturaleza jurídica de la mediación contiene significativas implicaciones prácticas en un doble aspecto: (i) el primero de ellos está conectado con la posible responsabilidad civil de la actuación del mediador como director del procedimiento de mediación, y (ii) el segundo se orienta a formular el ejercicio de una

[64] DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «La mediación familiar y la vertebración territorial en España», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal,* vol. 2, núm. 2, Zizur (España), 2013, p. 1.
[65] <https://mediacionesjusticia.com/>.
[66] DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «La mediación familiar y la vertebración territorial en España», *op. cit.,* p. 1.

acción judicial dirigida a invalidar o anular la eficacia jurídica del acuerdo alcanzado en la mediación por haberse pactado vulnerando, en parte o totalmente, el procedimiento de mediación.

La LMACM regula el procedimiento de forma flexible, limitándose a establecer los requisitos imprescindibles para que sea válido el acuerdo que las partes logren alcanzar. El desarrollo de las actuaciones de mediación deberá realizarse, por tanto, conforme a lo establecido en la ley, con fundamento en los principios de imparcialidad, neutralidad y confidencialidad. No obstante, al amparo de la delimitación de la naturaleza procedimental de la mediación que proponemos en nuestro estudio, surgen numerosos interrogantes: ¿qué ocurre si en un procedimiento de mediación las partes han logrado obtener un acuerdo que posteriormente es impugnado por una de ellas ante los tribunales de justicia por haber incumplido la normativa que regula el procedimiento, por ejemplo, la ausencia de la sesión constitutiva, o la vulneración del principio de voluntariedad, imparcialidad o neutralidad que rigen el desarrollo de la mediación?; ¿afecta la posible nulidad del procedimiento de mediación a la validez del acuerdo conseguido en el seno del mismo?

Si bien la LMACM es clara en cuanto a las acciones de nulidad que pueden interponerse frente al acuerdo obtenido tras un procedimiento de mediación únicamente por las causas determinantes de la invalidez de los contratos, cabe plantearse si las partes afectadas por el acuerdo de mediación podrían promover la acción de nulidad del procedimiento de mediación donde ellas mismas han conseguido un acuerdo satisfactorio que ha puesto fin a sus discrepancias, o si de alguna otra manera es atacable jurídicamente el procedimiento de mediación.

Por último, en relación a nuestra propuesta de adoptar el enfoque «personalista-deliberativo» como una metodología para implementar en la práctica de la mediación encuadrada en el «paradigma del acuerdo», esta tiene como finalidad enriquecer la praxis de la mediación incorporando otra metodología a las ya existentes, pero sin que se pretenda suplantar a ninguna de ellas, sino ofrecerla como una herramienta más idónea que otras para una determinada tipología de mediaciones y de conflictos, siendo especialmente recomendable recurrir a este nuevo enfoque en la mediación civil, mercantil y administrativa. En efecto, el tipo de conflictos más adecuados para este tipo de metodología son los que surgen en las empresas familiares, donde puede resultar especialmente útil para solucionar este tipo de conflictos, pues si bien requieren de las partes para poner fin a la disputa mediante una solución pactada, también demandan que ellas sean capaces de mejorar sus relaciones familiares, por contener estas un especial y marcado componente personal. La solución de los problemas de la empresa familiar no se arregla solo logrando recomponer las relaciones familiares, sino que exige también su solución mediante el posible acuerdo que las partes consigan alcanzar. En la solución de

este tipo de conflictos se pretende, en definitiva, no solo pacificar las relaciones familiares sino dar salida al problema concreto del negocio familiar.

Del mismo modo, esta metodología sería apropiada para aplicarla en aquellos conflictos que ya se han judicializado y que han sido derivados a un procedimiento de mediación por la existencia de un pleito ya iniciado en los tribunales de justicia, en tanto que uno de sus fundamentos —el uso de la deliberación o argumentación a través de los actos de habla— permite mantener abierto un diálogo entre las partes, lo cual hace conveniente su aprendizaje y empleo. Asimismo, este nuevo enfoque «personalista-deliberativo» podría ser adecuado emplearlo para conducir con éxito las mediaciones intrajudiciales, como las administrativas, donde está presente entre los mediados una contienda judicial en curso y las partes mediadas probablemente cuenten con una asistencia letrada y/o un procurador.

Partiendo de la premisa insoslayable de que las partes, y no sus abogados, procuradores o asistentes, ni siquiera el mediador, son los auténticos protagonistas de la mediación y solo ellos son quienes, con su ayuda y apoyo, toman las riendas de la misma, esta metodología resulta apropiada emplearla por profesionales juristas (registradores, notarios, abogados, procuradores, letrados, y otros funcionarios públicos…) que están familiarizados con el conflicto contencioso. En efecto, esta metodología puede servir especialmente a los profesionales mediadores que tienen una formación en derecho; en definitiva, a aquellos juristas que auxilian a los mediados en un procedimiento de mediación, al situar la resolución extrajudicial del litigio desde la perspectiva de la comunidad del «nosotros» que las partes y el mediador deberán ser capaces de crear para actuar, y desde el proceso argumentativo. Esta es una de las razones que explican por qué este nuevo enfoque ha nacido precisamente en ámbitos académicos y doctrinales vinculados al derecho.

Los juristas, especialmente abogados y procuradores, estamos acostumbrados, por nuestra actividad contenciosa, a la discusión y confrontación jurídica para hacer causa común con una de las partes en conflicto; sin embargo, aun siendo expertos en el uso de la palabra —pues en la práctica contenciosa la empleamos para la deliberación con vistas a obtener una resolución favorable a los intereses de nuestros clientes—, no estamos entrenados de igual manera para la ayuda, mediante el diálogo, al arreglo de los conflictos en la mediación. Los justiciables —como partes de un proceso judicial— y los juristas que los asisten actúan en un juicio desde la adversidad y con la actitud individualista que la defensa de los propios intereses impone para ganar el pleito, pero si estas mismas personas deciden iniciar un procedimiento de mediación, concebido como un espacio de justicia deliberativa, el nuevo enfoque propuesto propiciará un cambio de actitud, marcado por la inclusión del otro como parte de la solución del conflicto, y fomentará el

uso de los actos de habla como una herramienta eficaz para comunicarse y entenderse con el otro.

En cualquier contencioso donde las partes deciden suspender el juicio para iniciar un procedimiento de mediación, este nuevo enfoque proporcionaría el «giro personalista» del conflicto, donde el diálogo o la deliberación aparece en un primer plano; con sus actos de habla, los mediados —en su doble condición de hablante y oyente— persiguen el objetivo de entenderse sobre algo relacionado con su conflicto. En este nuevo enfoque «personalista-deliberativo», la expresión lingüística es una forma de acción para el establecimiento de las relaciones interpersonales, y la práctica argumentativa es una forma reflexiva de la acción comunicativa que se despliega en la mediación. Además, este nuevo enfoque ayudará a reconducir la posición de las partes en la mediación, sobre todo cuando provengan de un litigio donde, en su legítimo propósito de vencer e imponerse al adversario, hubieran incurrido en el riesgo de tratarlo como un algo, un objeto, y no como un alguien, una persona. En definitiva, el enfoque «personalista-deliberativo» nos obliga a abordar los conflictos desde la comunicación orientada al entendimiento, que contiene por sí misma una naturaleza discursiva y que permite a las partes actuar, no desde la posición de cada uno, sino en una esfera diferente a la del «yo» —la denominada por la filosofía personalista como la esfera del «entre»— y, de este modo, interactuar con el «otro», mediante los actos de habla, desde el ámbito del «nosotros».

2. OBJETIVOS Y PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

La relación de objetivos y propuestas de investigación que a continuación se detallan se corresponden con cada uno de los objetos de estudio y bloques temáticos de la tesis doctoral: en concreto, la mediación como justicia procedimental, la mediación como ámbito relacional dialógico y el enfoque «personalista-deliberativo».

2.1. La mediación como justicia procedimental y deliberativa: John Rawls y Jürgen Habermas

La mediación para Carlos Lesmes es «una forma de justicia económica, eficaz y rápida» y, como tal, es una herramienta eficaz para contribuir a la plena eficacia del derecho y a la tutela judicial efectiva[67]. La mediación opera como un instrumento de paz social que se caracteriza por la participación ciudadana, respondiendo así a un «concepto amplio de hacer justicia desde y para sus protagonistas»[68].

[67] LESMES SERRANO, Carlos: *Discurso del acto de clausura del día europeo de la mediación, op. cit.*
[68] GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO: «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *op. cit.,* p. 72.

Cuando hablamos de los procesos de justicia administrados por el Estado, nos referimos a los denominados comúnmente como «formales», mientras que para designar a los procesos de justicia negociados y mediados empleamos el calificativo de «informales». En otras palabras, la «justicia informal» se refiere a esas formas de justicia que se dice tienen lugar fuera de la sala formal, de un tribunal formal, en ámbitos menos adversariales, y vinculados a reglas[69].

En este sentido, Pompeu Casanovas denomina «justicia relacional» a aquella que no se establece a partir de los órganos estatales competentes, como los tribunales de justicia, para aplicar una ley o una regulación, sino que se estructura a partir de la autorregulación de patrones o pautas sociales que actúan y se generan de abajo arriba para dar solución a problemas sociales o políticos[70]. El concepto de «justicia relacional» se acuña a partir de la referencia doctrinal a la «justicia restaurativa», donde el crimen se trata principalmente en términos de una ruptura de las relaciones, y la violación del Estado y sus leyes no son la única consideración[71]. Así, en un sentido amplio, ha sido definida como una justicia ascendente, producida a través del comportamiento cooperativo, el acuerdo, la negociación o el diálogo entre actores en una situación posterior al conflicto[72]. En consecuencia, la llamada justicia relacional es, por tanto, el tipo de justicia que surge de las diferentes conceptualizaciones, prácticas y movimientos estratégicos de los actores que tratan, gestionan o resuelven una controversia, disputa, conflicto o lucha dentro de estos contextos[73].

Respecto al binomio anteriormente introducido de la mediación como justicia, debemos reseñar que la mediación, como satisfacción mutua que alcanzan las partes en discordia, es justicia en los términos expresados por Robert Alexy cuando la define como «corrección en la distribución y en la compensación»[74]. Los ciudadanos y las sociedades complejas actuales tienen necesidad de disponer de mecanismos de justicia adecuados para gestionar y resolver sus conflictos y, por ello, un sistema de justicia basado en el imperio de la ley, que fuera la conquista de la Ilustración y fundamento del orden democrático y social, se ha quedado obsoleto. Además de dicha obsolescencia, es relevante señalar que los problemas que resuelve hoy en día el sistema público de justicia

[69] WOOLFORD, Andrew y R. S. RATNER: *Informal Reckonings. Conflict resolution in mediation, restorative justice and reparations*. Nueva York (Estados Unidos): Routledge-Cavendish, 2008, p. 1.
[70] CASANOVAS I ROMEU, Pompeu: «Republicanismo y Justicia relacional», *op. cit.,* pp. 262-263.
[71] BAKER, Nicola: «Mediation, Reparation and Justice», en Jonathan BURNSIDE y Sally BROOKES (eds.): *Relational justice: Repairing the breach*. Sherfield-on-Loddon (Reino Unido): Waterside Press, 1999, p. 72.
[72] CASANOVAS I ROMEU, Pompeu: «The future of law: Relational justice and next generation of web services», *European Journal of Legal Studies*, vol. 2, núm. 3 (2010), pp. 132-133.
[73] CASANOVAS I ROMEU, Pompeu: «A Perspective from Philosophy and Sociology of Law: Agreement and Relational Justice», en Sascha OSSOWKSKI (ed.): *Agreement Technologies*. Berlín: Springer, 2013, p. 18.
[74] ALEXY, Robert: *La doble naturaleza del derecho*. Madrid: Trotta, 2016, p. 49.

son distintos a los que padecía la sociedad en anteriores épocas. El objetivo es construir el futuro mediante dinámicas de colaboración capaces de transformar positivamente los conflictos. En este siglo XXI, la forma de entender el derecho y lo justo han entrado en un nuevo ciclo, que precisa de una nueva perspectiva de los conflictos legales, donde la justicia ha dejado de ser el monopolio gestionado en exclusiva por los tribunales[75].

El filósofo John Rawls sostiene en su libro *Una teoría de la justicia* que los principios confiables de justicia surgirán como resultado de un acuerdo original producido en una situación inicial debidamente definida. Esta idea de un contrato social no es evidentemente nueva o innovadora, pero la situación inicial ideal de Rawls y sus implicaciones establecen su trabajo como algo único[76], no solo para la teoría de la justicia, sino para nuestro estudio de la mediación[77]. Por este motivo las propuestas teóricas de Rawls serán objeto de interés en nuestra investigación.

A juicio de Rawls, los principios de la justicia son el resultado de un acuerdo o convenio justo, pues estos se deciden interviniendo lo que el propio autor denomina «velo de la ignorancia», una situación inicial que es justa, lo cual explica lo apropiado del nombre «justicia como imparcialidad»[78]. El concepto de «velo de la ignorancia» en la teoría de la justicia de Rawls sugiere ocultar todas las situaciones conflictivas que rodean diversos intereses, derechos y roles en la vida real, fingiendo que son desconocidos para, de este modo, y volviendo a la «posición original», tratar de dibujar principios de justicia en los que todos pueden estar de acuerdo[79]. John Rawls comienza la exposición sistemática de su visión constructivista aclarando que «la idea principal es establecer una conexión adecuada entre una concepción particular de la persona y los primeros principios de justicia, por medio de un procedimiento de construcción»[80].

La «justicia procedimental» puede definirse como el conjunto de medios empleados por grupos sociales —incluidos gobiernos—, instituciones privadas y familias para aplicar los requisitos de la justicia correctiva y distributiva a casos particulares; se trata, por tanto, de una concepción de la justicia procesal que especifica las condiciones en las que las normas de justicia correctiva se aplican a casos particulares de forma justa y

[75] ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual: *Justicia sin jueces. Métodos alternativos a la justicia tradicional*. Madrid: Ariel, 2018, pp. 15-18 y 23.
[76] THIBAUT, John; Laurens WALKER; Stephen LATOUR y Pauline HOULDEN: «Procedural Justice as Fairness», *Stanford Law Review*, vol. 26 (1973-1974), p. 1271.
[77] *Idem.*
[78] RAWLS, JOHN: *Una teoría de la justicia*, *op. cit.,* p. 25.
[79] PAK, Un Jong: «Judicial justice: From procedural justice to communicative justice», *Journal of Korean Law*, vol. 16, núm. 1 (2016), pp. 148-149.
[80] MASSINI CORREAS, Carlos I.: *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 23.

proporcional[81]. En esencia, la «justicia procedimental» defiende que la forma en la que las personas y sus problemas son tratados ejerce más influencia en la cooperación y el cumplimiento con lo dispuesto por las autoridades que el resultado de un caso judicial, una materia o interactuación en particular[82].

John Rawls denomina *justicia procedimental pura* a la justicia de los principios de la organización social básica que no provienen, sino y exclusivamente, del procedimiento a través del cual se ha llegado a un acuerdo acerca de ellos. El contenido material de estos principios puede ser fundamentalmente cualquiera. Es más, es suficiente con que se haya seguido el procedimiento propuesto por John Rawls para asegurar la imparcialidad del resultado[83].

Si, como hemos señalado, John Rawls considera la llamada «posición original» como el punto de partida más adecuado para asegurar que los acuerdos que se tomen en ella sean equitativos, Jürgen Habermas, por su parte, propone el *discurso práctico* como un modo de formación argumentativa de una voluntad común que tiene por fin garantizar, en virtud solo de los presupuestos universales de la comunicación, la equidad de cada uno de los acuerdos normativos que puedan tomarse en esas condiciones. A juicio de Habermas, el discurso práctico puede desempeñar esta función gracias a las suposiciones idealizadoras que los participantes han de adoptar en sus prácticas argumentativas efectivas. De esta manera desaparece, por tanto, el carácter ficticio de la «posición original» incluyendo el artificio que representa el «velo de ignorancia». En consecuencia, puede entenderse el discurso práctico como un proceso de entendimiento que, por su propia forma, obliga a que todos los participantes practiquen simultáneamente una asunción ideal de rol, y que por tanto exige al sujeto que juzga moralmente que se ponga en el lugar de todos aquellos que podrían verse afectados por la ejecución de una acción problemática o por la entrada en vigor de una norma cuestionable[84].

En este sentido, la propuesta de Jürgen Habermas se enmarca en una ética formalista. En la ética del discurso que plantea, el lugar del imperativo categórico de Kant lo ocupa el procedimiento de la argumentación moral, y a partir de él puede establecerse el siguiente principio: «solo pueden pretender validez aquellas normas que pudiesen

[81] SOLUM, Lawrence B.: «Procedural justice», *Southern California Law Review*, vol. 78, núm. 1 (2004), p. 238.
[82] CHUNG, Edward K.: «Procedural justice and prosecutions», *United States Attorneys' Bulletin*, vol. 63, núm. 2 (2015), p. 3.
[83] MASSINI CORREAS, Carlos I.: *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, *op. cit.,* p. 24.
[84] HABERMAS, Jürgen: *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Trotta, 2004, pp. 80-81. Con el mismo propósito que John Rawls, Herbert Mead recomienda, en lugar de la «posición originaria», una «asunción ideal de rol». La teoría de la apropiación de rol de Herbert Mead, donde los sujetos solo se han formado y convertido en sujetos capaces de lenguaje y acción a través de actos de reconocimiento recíproco, que practica cada uno de forma particular y privadamente, queda convertida, afirma Habermas, así en algo público, practicado intersubjetivamente por todos.

contar con el asentimiento de todos los afectados como participantes en un discurso práctico»[85]. Este postulado ético discursivo transforma el principio de universalización, que exige la consecución efectiva de un acuerdo en torno a los intereses generalizables o sobre las necesidades compartidas en un proceso comunicativo abierto, que constituyen el contenido de esas normas prácticas[86].

Para algunos, la mediación representa una herramienta destinada a aliviar la congestión judicial y a suministrar una justicia «de más elevada calidad», pero para Baruch Bush y Folger contiene la promesa de una nueva y más elevada visión de la vida humana, que aúna libertad individual y conciencia social, «un medio potencial de integrar la preocupación por el derecho y la justicia y el interés por la consideración y la interconexión»[87].

Franco Conforti expone los términos de un debate sobre el carácter alternativo o complementario que puede adquirir la mediación en el sistema judicial. Si se conceptúa la mediación como una alternativa, podría predicarse que persigue o tiene por trasfondo social transformar el conflicto y a la persona, al rescatarla de su conflicto y permitirle alcanzar soluciones más justas. Sin embargo, si se la concibe como complementaria, entonces persigue, al igual que el proceso judicial, resolver o solucionar el litigio, hacer justicia aunque no se obtengan las soluciones más justas en términos sociales[88].

Lo que justifica una concepción de la justicia no son las premisas evidentes de las que puede deducirse o las condiciones sobre principios, que sea verdadera en relación con un orden antecedente a nosotros o que nos viene dado, sino su congruencia con nuestro más profundo entendimiento de nosotros mismos y de nuestras aspiraciones; su justificación es cuestión del mutuo apoyo de muchas consideraciones, y de que todo se ajuste conjuntamente en una visión coherente[89].

En *La República*, el filósofo griego Platón establece las bases de la sociedad perfecta, y es la idea de «ser» el descubrimiento griego por excelencia que determina toda la situación, destacando como virtud máxima a la justicia, que no es sino el correlato del ser en la vida humana. Para Heráclito, donde el «ser» es ser contrario, la unidad nunca es completa porque ha de ser referida continuamente a «lo otro»; lo que «es» hace continua alusión a «lo otro» que él «es», y lo que no es sin más. La unidad no reside íntegramente

[85] *Ibid.*, p. 77.
[86] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*. Madrid: Alianza, 2013, p. 76.
[87] BARUCH BUSH, Robert A. y Joseph P. FOLGER: *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, *op. cit.,* pp. 24-25 y 39.
[88] FRANCO CONFORTI, Óscar Daniel: *Construcción de paz: diseño de intervención en conflictos*. Madrid: Dykinson, 2017, p. 137.
[89] RAWLS, JOHN: *Una teoría de la justicia*, *op. cit.,* p. 33.

en ningún «ser», sino únicamente en el todo. Solo la armonía de los contrarios es, y la justicia solamente sería esa total armonía[90].

2.2. La mediación como ámbito relacional dialógico

2.2.1. El concepto de «ámbito» en el pensamiento del filósofo Alfonso López Quintás

El hombre es «un ser abierto, dotado de poder de iniciativa, de asumir posibilidades y realizarlas»[91]. Alfonso López Quintás distingue la existencia de *realidades abiertas* y *realidades cerradas* en el entorno de la existencia humana. Según la primera categoría, la realidad cerrada se refiere a los simples «objetos» o cosas que podemos delimitar, pesar, tocar, manejar, situar en un lugar u otro, sin mantener relación alguna. Un ejemplo de realidad cerrada es una tabla de madera cuadrada en el taller de un carpintero. Pero, si a esa tabla se le dibujan unos cuadrados blancos y negros, pasa a convertirse en un tablero y es entonces cuando se convierte en una realidad abierta. El tablero, como realidad abierta, nos ofrece posibilidades de jugar con ella al ajedrez o las damas, abarcando un ámbito de la realidad superior a la tabla como simple objeto[92].

En consecuencia, todas las formas de juego o de trabajo, a juicio de este filósofo, son *ámbitos*, campos de posibilidades de acción cargadas de sentido. Los acontecimientos también son ámbitos, pues implican un mundo complejo a causa de la confluencia de diversas realidades o aspectos de la realidad, que abren campos nuevos de posibilidades[93]. Los ámbitos invitan a las personas a acoger sus posibilidades, y a responder de manera activa, ofreciendo la capacidad de asumir esas posibilidades en una actitud acogedora, respetuosa, colaboradora y creativa[94].

A juicio de López Quintás, todo ámbito es, por tanto, relacional, pues se manifiesta en la relación que se entabla entre una realidad, dotada de unas determinadas condiciones, y una persona dispuesta a vivirla y asumirla creativamente. Al tratarse de una fuente de posibilidades, los ámbitos solo se revelan como tales cuando un sujeto asume esas posibilidades activamente, a fin de realizar una actividad creativa. Si no ejercitamos esa capacidad creativa, o al menos la voluntad de ejercitarla, tendemos a reducir los

[90] ZAMBRANO, María: *Filosofía y poesía*. Alcalá de Henares (España): Fondo de Cultura Económica de España, 2013, p. 29.
[91] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *La experiencia estética y su poder formativo,* 2.ª ed. Bilbao (España): Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2013, p. 37.
[92] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *Descubrir la grandeza de la vida: una vía de ascenso a la madurez personal*. Bilbao (España): Desclée de Brouwer, 2009, pp. 37-38.
[93] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *La experiencia estética y su poder formativo*, *op. cit.,* p. 38.
[94] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *Liderazgo creativo: hacia el logro de la excelencia personal*. Córdoba (Argentina): Brujas, 2007, p. 64.

ámbitos a simples objetos[95]. Si se responde de forma activa a la invitación que ofrece un ámbito, y se asumen las posibilidades que brinda, entonces se lleva a cabo lo que López Quintás denomina una experiencia reversible, es decir, de doble dirección[96].

Según López Quintás, la persona puede transfigurar no solo la realidad sino también la actitud frente a ella. Por ejemplo, con el caso anterior de la tabla, para la persona es una realidad delimitable, medible, trasladable de un lugar a otro, y puede disponerse de ella como quiera, de forma que se actúa, respecto a ella, con una «libertad de maniobra», a capricho. Sin embargo, con el tablero en cuanto tal, es decir, en cuanto tablero de juego, no se debe actuar arbitrariamente, sino respetando su reglamento, las reglas de juego. Por tanto, en el trasvase acontecido de la tabla de madera al tablero, la actitud cambia y ya no es de dominio, manejo o disfrute, sino de respeto, estima y colaboración. De esta manera se adquiere una forma superior de libertad, que López Quintás califica de «libertad creativa». La tabla como objeto y la actitud manipuladora frente a la misma pertenecerían al nivel 1 de relaciones; el tablero como campo de juego y la actitud de colaboración respetuosa, la libertad creativa, corresponderían a una categoría superior de relación, perteneciente al nivel 2[97].

Por tanto, la distinción entre «objetos» y «ámbitos» a la que apunta López Quintás advierte la existencia de formas muy distintas de unirse unas realidades con otras. Los objetos pueden relacionarse, pero su unión cualitativamente es pobre ya que no implica ningún tipo de creatividad; sin embargo, las realidades que son «ámbitos» pueden potenciar sus capacidades y posibilidades en su relación con otros ámbitos, lo que produce un «entreveramiento de ámbitos» que constituye un tipo de unidad muy prolífera, que este autor denomina el «encuentro», solo posible entre ámbitos, nunca entre objetos[98].

En consecuencia, López Quintás concluye que aquella persona que mantiene una actitud de respeto hacia una realidad podrá tal vez dominarla —permanecerá en el nivel 1—, pero le impide fundar con ella una relación creativa propia del nivel 2. Sin embargo, cuando una persona recibe activamente posibilidades que le permiten dar origen a algo nuevo, dotado de gran significación para su vida, estaría ejercitando una auténtica libertad creativa, y si esas posibilidades se las ofrece otra persona, es entonces cuando se produce el «encuentro», en sentido propio[99].

[95] *Idem*.
[96] *Ibid.*, p. 65.
[97] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *Descubrir la grandeza de la vida: una vía de ascenso a la madurez personal*, *op. cit.,* p. 38.
[98] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *Cuatro personalistas en busca de sentido*. Madrid: Rialp, 2009, p. 42.
[99] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *Descubrir la grandeza de la vida: una vía de ascenso a la madurez personal*, *op. cit.,* p. 38.

2.3. El personalismo de compromiso de Emmanuel Mounier y Karol Wojtyla

El *personalismo* es una filosofía que surge en Europa durante la primera mitad del siglo XX, como movimiento respuesta a una serie de circunstancias sociales, culturales y filosóficas como fueron, entre otras, el auge del individualismo y del colectivismo, la preponderancia de un materialismo cientificista que negaba el valor de verdad a cualquier afirmación no experimental, y la crisis económica e ideológica originada después del *crack* del año 29 en Wall Street[100]. A este respecto, comenta Emmanuel Mounier que el personalismo surge como respuesta a los verdaderos males del siglo XX que amenazan a la persona, que son el individualismo y las tiranías colectivas[101], tanto de derechas (fascismo y nazismo) como de izquierdas (marxismo)[102].

En este sentido, la filosofía personalista afirma a la persona humana como el elemento clave en la realidad, el logro más alto del universo; la persona es, en cierto modo, un absoluto[103]. El personalismo, apunta Juan Manuel Burgos, se caracteriza principalmente por colocar a la persona en el centro de su estructura conceptual y de su reflexión[104]. Esta filosofía reivindica la relevancia del «yo» singular e irreductible de cada persona, del *quién personal* en lo que se ha denominado el giro personalista, que puede definirse como el paso en filosofía del *qué* al *quién*[105]. En esta misma línea, Jaime Vilarroig aclara que el sentido de la filosofía personalista es mostrar que la persona es el sentido de todo, el llamado *protosentido*. Por tanto, lo que nos viene a recordar el personalismo es que las cosas, ideas y filosofías tendrán sentido en la medida en que tengan relación con la persona, su sentido originario[106].

Son dos los filósofos representantes de la escuela de la filosofía personalista, Emmanuel Mounier y Karol Wojtyla, quienes, por sus aportaciones en relación a la persona y comunidad del «nosotros», se abordarán en la presente investigación.

Las dos palabras clave del pensamiento de Mounier, considerado padre del personalismo, son «personalismo comunitario», elaborando una doctrina donde se

[100] BURGOS VELASCO, Juan Manuel: *Introducción al personalismo*. Madrid: Palabra, 2012, p. 7.
[101] MOUNIER, Emmanuel: *El personalismo. Antología esencial* (trad. Carlos Díaz). Salamanca (España): Sígueme, 2014, p. 75.
[102] BURGOS VELASCO, Juan Manuel: *Introducción al personalismo*, *op. cit.,* pp. 5 y 7.
[103] VINCELETTE, Alan: *Recent catholic philosophy: The twentieth century*. Milwaukee (Estados Unidos): Marquette University Press, 2011, p. 123.
[104] CAÑAS FERNÁNDEZ, José Luis: «Personalismo o personalismos», en Juan Manuel BURGOS VELASCO, José Luis CAÑAS FERNÁNDEZ y Urbano FERRER SANTOS (eds.): *Hacia una definición de filosofía personalista*. Madrid: Palabra, 2006, p. 38.
[105] BURGOS VELASCO, Juan Manuel: «El personalismo ontológico moderno II. Claves antropológicas», *Quién*, núm. 2 (2015), p. 12.
[106] VILARROIG MARTÍN, Jaime: «Sentido de la filosofía desde la tradición personalista», *Quién*, núm. 6 (2017), p. 12.

confiere primacía fundamental a la persona —de ahí el nombre de personalismo—, que es, además, una realidad espiritual, que existe en una relación esencial con los «otros», por eso el calificativo de comunitario[107].El personalismo de Mounier surge como remedio para combatir al desorden y la injusticia que tanto el marxismo como el capitalismo habían ocasionado a su entender a la persona, al sustraerle sus dones más valiosos: la dignidad y la libertad. Para ello, Mounier promueve una revolución cuyo fin primordial consistirá en devolver a la persona su libertad y la posibilidad de que esta pueda facilitarle una auténtica vida personal. La posición que Emmanuel Mounier reivindica con el personalismo se centra en torno a la nueva dimensión que caracteriza y da sentido a la persona humana: la *libertad*, concebida no como libertad de abstención sino como libertad de compromiso[108].

Para Mounier la persona no es un objeto, ni siquiera el más maravilloso del mundo que como los otros objetos se pueden conocer desde fuera, «es, incluso lo que en cada hombre, no puede ser tratado como objeto»[109]. En efecto, Mounier, como señala Juan Manuel Burgos, proporciona diversas descripciones sobre la persona, pero ninguna de ellas puede considerarse una definición en sentido estricto. Solo se definen los objetos exteriores al hombre, pues todo aquello que supone la vida humana supera cualquier conceptualización y no puede quedar atrapada en cuatro palabras[110]. Asevera el mismo Mounier que «la persona, efectivamente, siendo la presencia misma del hombre, su característica última, no es susceptible de definición rigurosa»; no obstante, para este autor la persona puede darse a conocer y se revela mediante una experiencia decisiva de vida que es propuesta a la libertad de cada una, como una experiencia progresiva de una vida, la vida personal[111].

Otra realidad que Emmanuel Mounier considera en su propuesta un valor tan fundamental como la persona, aunque de una forma aproximada, es la de la *comunidad*, entendida como una integración de personas para la salvaguardia de la vocación de cada una[112]. El primer acto de iniciación de la persona sería pues la toma de conciencia de su vida anónima, y de modo correlativo, el primer paso para la iniciación de la comunidad es la toma de conciencia de la propia vida indiferente, al estar indiferenciada de los otros. A juicio de Mounier existe una contraposición entre dos realidades: *«el mundo del se vs. del nosotros».* Por una parte, el llamado «mundo del se» se refiere al dejar hacer y a la indiferencia, careciendo de una voluntad común. Frente al «mundo del se» emerge en paralelo el «mundo del nosotros», como el primer nivel de comunidad que crea

[107] BURGOS VELASCO, Juan Manuel: *El personalismo*. Madrid: Palabra, 2000, p. 57.
[108] VIÑAS OTERO, Antonio: *De la filosofía personalista al iuspersonalismo*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 33 y 40.
[109] MOUNIER, Emmanuel: *El personalismo. Antología esencial*, *op. cit.,* p. 676.
[110] BURGOS VELASCO, Juan Manuel: *El personalismo*, *op. cit.,* p. 60.
[111] MOUNIER, Emmanuel: *El personalismo. Antología esencial, op. cit.,* pp. 409-410.
[112] *Ibid.*, p. 71.

referencias, entusiasmos, ideales definidos, tiene fronteras y se entrega por una abnegación consentida y a veces heroica a la causa común. En esta segunda dimensión del «mundo del nosotros», la persona sale del anonimato del «mundo del se», al que se ha abandonado progresivamente, y en la comunicación de unos con los otros dejan ya de existir los unos y otros, no son prójimos sino semejantes. El *nosotros* es pues a la comunidad lo que el «yo» es a la persona[113].

Asimismo, desde la revolución personalista que propugna Mounier, la libertad es afirmación de la persona, en otras palabras, es la manera como la persona es todo lo que es. La libertad del ser humano es la libertad de una persona situada en el mundo, y ante unos valores. Esta concepción implica, por lo general, que la libertad está, por esa situación concreta, limitada, no puede ser posible todo en todo momento. En consecuencia, para Mounier ser libre supondrá, en primer lugar, aceptar este condicionamiento con el fin de apoyarse en él, pues estos límites suelen constituir una fuerza, siempre y cuando estos no sean muy acentuados, que ayuda a progresar hacia la libertad. En efecto, a juicio de Mounier, se puede progresar gracias al obstáculo, a la elección y al sacrificio. La persona libre, a quien el mundo interroga y responde, es la persona responsable, y en este sentido la libertad no aísla, sino que une, no funda anarquía, sino que religa, volviendo a poner en relación a las personas[114].

Otro de los filósofos que se investigará en esta tesis es Karol Wojtyla, principal representante del personalismo polaco. Wojtyla se formó intelectualmente en torno al movimiento que se aglutinó en la denominada Escuela de Lublin, en la Universidad Católica de Lublin. A esta escuela permaneció unida, a pesar de las diferentes corrientes filosóficas —tomismo tradicional y existencial— que en ella confluían, en torno al compromiso fundamental de la defensa de los derechos del hombre contra toda teoría que disolviese su dignidad[115]. Para este filósofo polaco el hombre es persona, un «quien» que posee una estructura de autodeterminación que se hace efectiva en la acción. Solo es posible, según este autor, descubrir a la persona a través del análisis de su acción[116]. La persona se manifiesta en el acto y a través del acto[117]; la acción es por tanto un momento particular de la experiencia de la persona, y constituye un momento privilegiado de su revelación, una fuente para conocerla. Por eso, Wojtyla afirma que «la acción revela a la persona»[118].

[113] *Ibid.*, pp. 83-85.
[114] *Ibid.*, pp. 723-730.
[115] BURGOS VELASCO, Juan Manuel: *El personalismo*, *op. cit.,* pp. 136-139.
[116] WOJTYLA, Karol: *Persona y Acción*. Madrid: Palabra, 2011, p. 19.
[117] WOJTYLA, Karol: *El hombre y su destino. Ensayos de antropología*, *op. cit.,* p. 220.
[118] WOJTYLA, Karol: *Persona y Acción*, *op. cit.,* pp. 41-42.

La obra donde Wojtyla consolida y fundamenta su pensamiento es *Persona y Acción*[119], cuya parte cuarta, «Participación», será objeto de especial estudio y atención en este trabajo de investigación.

Para Karol Wojtyla, el estudio de la persona se realiza desde sus actos, y se fundamenta en el autoconocimiento que el «yo» posee de sí mismo. Este conocimiento del ser personal se adquiere desde la experiencia de su acción, es decir, desde el autoconocimiento que tiene la persona de sí misma, como ser concreto[120]. Este autor distingue dos tipos de intersubjetividad propias de la persona. Por un lado, la relación «yo-tú», una dimensión interpersonal donde el «tú» no es solo la expresión de una separación, sino también la expresión de una unidad. El «tú» es otro «yo» distinto a uno mismo. Cuando el «yo» piensa y dice «tú», expresa a la vez una relación que se proyecta fuera de él mismo, y al mismo tiempo retorna también al «yo». Y, por otro lado, la relación «nosotros», como dimensión social, que se refiere a una multiplicidad compuesta de personas, que expresa una relación accidental para cada uno de sus miembros, y ofrece una base de juicio para todos ellos al poner de manifiesto que existen y obran en común. La dimensión del «nosotros» contiene el verdadero sentido de la intersubjetividad, aunque a la misma se llega desde la dimensión interpersonal. El «nosotros» como comunidad social se constituye en referencia al bien común y está orientado a la trascendencia de la persona[121].

Una de las grandes aportaciones de *Persona y Acción* es el concepto de libertad, entendida en clave de autodeterminación. Para Wojtyla la persona es libre no solo porque puede elegir sino porque es dueña de sí, se autoposee y por tanto puede autodeterminarse. La libertad se manifiesta a cada persona del modo más claro posible en la vivencia que se resume en la siguiente frase: «puedo pero no tengo que». Lo radical de la libertad no es el poder de elección, sino la capacidad de la persona de decidir acerca de sí misma y de su propio destino[122]. La libertad se identifica con la autodeterminación, como realidad experimental, unida a otra propiedad de la persona, la voluntad, al concreto «yo quiero». Esta autodeterminación aporta ante todo la preeminencia del propio «yo». La libertad participa de la operatividad de la persona, y se integra en su dinamismo, cuya característica principal es la trascendencia. De esta manera, mediante la

[119] GARCÍA CASAS, Pedro: *Amor es nombre de persona en Karol Wojtyla*. Barcelona (España): Herder, 2018, p. 197.
[120] URABAYEN PÉREZ, Julia: «Emmanuel Levinas y Karol Wojtyla», en Juan Manuel BURGOS VELASCO (ed. lit.): *La filosofía personalista de Karol Wojtyla*. Madrid: Palabra, 2007, p. 243.
[121] *Ibid.*, pp. 244-245.
[122] BURGOS VELASCO, Juan Manuel: «La antropología personalista de "Persona y Acción"», en Juan Manuel BURGOS VELASCO (ed. lit.): *La filosofía personalista de Karol Wojtyla*, *op. cit.,* pp. 132-133.

autodeterminación se explica la trascendencia de la persona en la acción, entendida como característica del dinamismo de la persona[123].

2.3.1. El personalismo dialógico de Ebner, Buber, Wust y Guardini

A principios del siglo XX, en el panorama intelectual emergieron una serie de pensadores que advirtieron, después de siglos de reflexión sobre el «yo», que se requería la presencia de un «tú» para que aquel estuviera plenamente constituido. Estos pensadores, agrupados como los «filósofos del diálogo», reflexionaron por primera vez en la historia de la filosofía la cuestión de la interpersonalidad[124]. Los autores que pueden considerarse como fundadores del pensamiento dialógico son Ferdinand Ebner, Franz Rosenzweig y Martin Buber; si bien no se puede concluir cuál de ellos es el primero en pensar dialógicamente, los tres llegan al mismo tiempo a posiciones similares[125].

Para alcanzar el objetivo de investigación, los filósofos personalistas del diálogo que se estudian en la presente tesis se reducen a cuatro: Ferdinand Ebner, Martin Buber, Peter Wust y Romano Guardini.

Ferdinand Ebner presenta el diálogo como realidad primaria de los seres humanos, una relación que se mantiene entre las realidades espirituales y que presupone el lenguaje, y la palabra. Este autor entiende la palabra especialmente como discurso, de la que se puede afirmar que es constitutiva de la existencia de la persona. En tanto que el lenguaje permite una vida de diálogo, la palabra es lo que da vida a los seres humanos en primer lugar, por lo que una persona no puede ser realmente un «yo» sin un «tú»[126]. La palabra, afirma Ferdinand Ebner, es una entidad lingüística[127]. Y en tanto que la persona humana es fundamentalmente la capacidad de hablar y ser hablada, una persona no puede ser realmente un «yo» sin un «tú». Para Ebner, la personalidad es impensable sin referencia a la palabra. Si la condición de la persona reside, fundamentalmente, en la capacidad de hablar y de ser hablada, entonces, concluye este autor, la palabra permite al pensamiento y a la razón enraizarse en su «ser». De una parte, el pensamiento y la razón permiten a la persona captar y expresar su propia existencia. En primer lugar, la palabra se da a la persona objetivamente como la capacidad para la expresión en general, y en concreto, para afirmar su propia existencia en la palabra «yo», en la declaración «yo soy». De esta manera, la autoconciencia se vuelve objetiva. Y, en segundo lugar, ambos, pensamiento y

[123] WOJTYLA, Karol: *Persona y Acción*, *op. cit.,* pp. 180-185.
[124] LOZANO ARCO, Sergio: *La interpersonalidad en Karol Wojtyla*. Madrid: Edicep, 2016 (Veritas, 9), p. 35.
[125] PUENTE LÓPEZ, Julio: *Ferdinand Ebner: Testigo de la luz y profeta*. Madrid: Revista Estudios, 2008, pp. 102-107.
[126] VINCELETTE, Alan: *Recent catholic philosophy: The twentieth century, op. cit.,* p. 118.
[127] BERGMAN, Samuel Hugo: *Dialogical philosophy from Kierkegaard to Buber*. Nueva York (Estados Unidos): State University of New York Press, 1991, p. 156.

razón, permiten a las personas ser oyentes, captar la naturaleza del mundo, para luego actuar en él mediante una relación subjetiva[128].

La esencia de la palabra, y por ende del lenguaje, radica en aquello que sucede entre las dos realidades espirituales que son el «yo» y el «tú», o lo que es lo mismo, entre la primera y segunda personas. El mismo Ferdinand Ebner escribe: «El yo y el tú, esas son las realidades espirituales de la vida. […] el yo solo existe en su relación con el tú y no fuera de esa relación»[129]. Para este filósofo, la palabra presupone la relación recíproca que se da entre la primera y segunda personas, pero al mismo tiempo también es lo que activa esa relación[130]. La palabra posibilita a la persona entrar en relaciones de diálogo y amor[131]. Y esto es posible porque la persona existe como una vida espiritual, consciente y abierta a otra persona, a un «tú». La transición de la segunda a la tercera persona es un cambio de una relación personal a una objetiva. Cuando le decimos a alguien «tú eres», y después decimos «él es», existe una diferencia radical, se ha producido la transición de la segunda a la tercera persona. Esto significa que hemos separado a la persona de su estado de ser personal, y la transformamos en una esfera objetiva e impersonal[132].

Por su parte, Martin Buber manifiesta que lo determinante en la palabra, por medio de la cual una persona toma su posición, no es el objeto situado en su contra, sino la forma en la que se relaciona con ese objeto. La palabra principal de toda relación es el par de vocablos «yo-tú», que se caracteriza por su mutualidad, franqueza, actualidad, intensidad e inefabilidad[133]. En este sentido afirma Buber: «las palabras primordiales no significan cosas sino que indican relaciones»[134].

Para este filósofo, el presente de la relación «yo-tú» no es un punto abstracto entre el pasado y el futuro que indica algo que acaba de suceder, sino el presente real y pleno. El presente solo existe cuando hay relación de presencia, encuentro y relación[135]. Para Martin Buber, «la palabra primordial "yo-tú" establece el mundo de la relación»; cuando alguien pronuncia la palabra «tú» no posee ninguna cosa como su objeto, pero sí que está en relación. Al decir que la persona tiene experiencia del mundo significa que explora la superficie de las cosas, adquiere de ellas experiencia, un cierto conocimiento relativo a su constitución. La presencia nace cuando el «tú» se torna presente[136]. Por el contrario, el

[128] VINCELETTE, Alan: *Recent catholic philosophy: The twentieth century, op. cit.,* pp. 118-119.
[129] EBNER, Ferdinand: *La palabra y las realidades espirituales: Fragmentos pneumatológicos*. Madrid: Caparrós, 1995 (Espirit, 17), p. 26.
[130] BERGMAN, Samuel Hugo: *Dialogical philosophy from Kierkegaard to Buber*, *op. cit.,* p. 156.
[131] VINCELETTE, Alan: *Recent catholic philosophy: The twentieth century, op. cit.,* p. 119.
[132] BERGMAN, Samuel Hugo: *Dialogical philosophy from Kierkegaard to Buber*, *op. cit.,* pp. 160-161.
[133] FRIEDMAN, Maurice S.: *Martin Buber: The life of dialogue,* 4.ª ed. Londres: Routledge, 2002, p. 65.
[134] BUBER, MARTIN: *Yo y tú*. Barcelona (España): Herder, 2017, p. 7.
[135] FRIEDMAN, Maurice S.: *Martin Buber: The life of dialogue, OP. CIT.,* p. 67.
[136] BUBER, MARTIN: *Yo y tú*, *op. cit.,* pp. 8-9.

«yo» de la relación «yo-ello», no confrontado por un «tú» sino rodeado de contenidos, tiene experiencia de algo, vive un momento, pero no tiene presente, solo pasado, al estar lleno de uso y experiencia. En la medida que el «yo» del «yo-ello» se satisface con las cosas y las utiliza vive en el pasado, solo tiene objetos y estos subsisten en el tiempo en el que han sido usados. La palabra «yo-ello» es separación, ausencia de relación, el «yo» de esta relación conoce los objetos solo cuando se instalan en el mundo del pasado, pues no tiene interés en su singularidad, sino solo como ser, en sus relaciones con otras cosas a través de las cuales puede utilizar esos objetos[137].

Martin Buber distingue entre dos movimientos ontológicos de la persona que no están separados entre sí[138], sino que subyacen en el encuentro que está en el centro del ser humano[139]. Por una parte, «la distancia» donde el hombre que dice «yo-ello» se sitúa ante las cosas como observador, y por otra, «la relación» que proporciona el crecimiento del hombre en dicha situación. De este modo, se parte de un «doble principio» sobre la construcción de la existencia humana, un movimiento doble que por su naturaleza implica que un movimiento presupone el otro. Así, la «distancia» sirve para indicar la distinción del hombre con el mundo de la misma forma en que es una presunción de «relación»[140].

La relación dialógica que propugna Martin Buber sirve al hombre de maneras diferentes: (i) a través del diálogo superamos nuestra separación con cada cosa y nos encontramos con el ser o la realidad del otro en el momento presente atemporal; (ii) en la relación dialógica, el ser humano individual experimenta la realidad y el significado en la vida; (iii) el diálogo también nos permite trascender las limitaciones individuales y la finitud, ya que, mientras que el otro es tan limitado y está tan condicionado como nosotros, señala Buber que «en estar juntos, lo ilimitado y lo incondicional es la experiencia»; y, por último, (iv) la relación dialógica permite a los individuos realizar su plena humanidad[141].

El diálogo no es un lujo reservado a la élite espiritual, dice Buber, la vida de diálogo no es un privilegio de la actividad intelectual, como sucede con la dialéctica; no empieza más allá de donde comienza la misma humanidad. Y en este sentido no existen dotados para el diálogo, sino solo quienes se entregan a sí mismos mediante la relación «yo-tú», y aquellos otros que no lo hacen y se reservan para ellos mismos[142].

---

[137] FRIEDMAN, Maurice S.: *Martin Buber: The life of dialogue, OP. CIT.,* p. 67.
[138] SHAPIRA, Avraham: *Hope for our time: Key trends in the thought of Martin Buber*. Nueva York (Estados Unidos): State University of New York Press, 1999, p. 151.
[139] CZUBAROFF, JEANINE: «Dialogical rhetoric: an application of Martin's Buber philosophy of Dialogue», *Quarterly Journal of Speech*, vol. 86, núm. 2 (2000), p. 170.
[140] SHAPIRA, Avraham: *Hope for our time: Key trends in the thought of Martin Buber*, *op. cit.,* p. 151.
[141] *Ibid.*, p. 172.
[142] *Ibid.*, p. 151.

Martin Buber rompió las cadenas del pensamiento sujeto-objeto, y señaló a los científicos el suceso de la comunicación del habla como el sitio primario del ser humano[143]. El pensamiento de Buber ha contribuido a la presencia de un genuino sentido de diálogo en el espacio público, y ha creado un tipo de conversación que dirige nuestra atención hacia su contenido y proceso, proporcionando guías importantes sobre cómo permitir el diálogo de manera más fácil y con mayor impacto en los ámbitos políticos y culturales públicos contemporáneos[144].

Para el siguiente filósofo, Romano Guardini, en la relación «yo-tú», el otro se convierte para mí en un «tú» tan solo cuando cesa la simple relación sujeto-objeto. Una persona puede relacionarse con otra de maneras muy diversas, e incluso puede enfrentarse a ella, no en la actitud del «yo», sino solo en la del sujeto cognoscente y activo. En esa actitud se sitúa al «tú» como un objeto que ofrece resistencia, oposición constructiva, materia, o cualquier otra posibilidad, y se le refiere como un instrumento en relación con sus fines, sin tomarlo como aquel ser que está en sí mismo[145]. Solo cuando la persona entra en relación de *presencia* es cuando trata a la otra persona como un «tú»[146].

Explica Guardini que la persona, como hecho ontológico, no existe en la unicidad, no surge en el encuentro, sino que se actúa solo en él, y para esto depende de la necesidad de la existencia de otras personas. En este sentido, apunta que «el hombre está referido esencialmente al diálogo», y su vida espiritual está orientada a la comunicación[147]. Todo encuentro auténtico implica una relación de presencia que no se alcanza con la inmediatez, porque degenera en fusión y anula la identidad de quienes se unen, ni con la distancia que crea alejamiento, sino con la integración de ambas, que da lugar a la forma más perfecta de unión: la presencia[148].

Para Romano Guardini el lenguaje constituye la raíz de la vida espiritual humana, y funda la relación «yo-tú»[149]. Este autor defiende que el lenguaje no solo constituye un medio por el cual se comunican acontecimientos, ni es solo un sistema de signos de entendimiento a través del cual entran en comunicación dos personas, sino que es el

[143] STEWART, John: «Two of Martin Buber's Contributions to Contemporary Human Science: Validity as Resonance and Text as Spokenness», en Maurice FRIEDMAN (ed.): *Martin Buber and the Human Sciences*. Albany (Estados Unidos): State University of New York Press, 1996, p. 158.
[144] CISSNA, Kenneth N. y Rob ANDERSON: *Moments of meeting: Buber, Rogers, and the potential for public dialogue*. Nueva York (Estados Unidos): Suny Press, 2002, p. 4.
[145] GUARDINI, Romano: *Mundo y persona: ensayos para una teoría cristiana del hombre*. Madrid: Encuentro, 2014, pp. 130-131.
[146] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *Cuatro personalistas en busca de sentido*, *op. cit.,* p. 99.
[147] GUARDINI, Romano: *Mundo y persona: ensayos para una teoría cristiana del hombre*, *op. cit.,* pp. 133-134.
[148] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *Cuatro personalistas en busca de sentido*, *op. cit.,* pp. 98-99.
[149] *Ibid.*, p. 101.

ámbito de sentido donde toda persona vive. Es un todo independiente del individuo, respecto del cual este, según su capacidad, forma una parte[150].

La primera característica que destaca Guardini en el individuo es la de ser «viviente-concreto», y como forma estructural de la vida designa la polaridad, la unidad dialéctica que media entre ámbitos de sentido diferentes pero correlacionados[151]. Los contrastes significan algo más que una simple contraposición, como se aprecia en otras categorías como «arriba-abajo», «dentro-fuera», que son ámbitos de sentido cualitativamente distintos que se exigen mutuamente[152].

El empeño más significativo de la filosofía personalista es mostrar al individuo de hoy la necesidad de pensar con todo el ser, evitando la división de las actividades humanas[153]. En este sentido, la filosofía del último de los autores estudiados, Peter Wust tiene un empeño claro de integración de realidades complejas y densas, pues para este autor el «hombre es esencialmente dialéctico por necesidad»[154]. El espíritu y su dialéctica son el tema central de Peter Wust, para quien la fuerza y el dinamismo del espíritu radican en gran parte en la voluntad, esa fuerza humana del querer y no querer, un poder cualificado entre contrarios. La voluntad es la dimensión más profunda del espíritu, es lo que modela al hombre, al ser expresión de su ser personal[155].

Sin embargo, a pesar de las polaridades y tensiones de la existencia humana, donde el desasosiego, la incertidumbre y la inquietud pertenecen al drama esencial de su naturaleza, afirma Peter Wust que «todo descansa en último término en el orden del ser»; nuestro propio yo es la afirmación del ser, y en nuestro propio ser no puede producirse la nada absoluta[156]. Es en la comunidad con los otros seres, es decir, el ser de una persona *con* otra, en el actuar *con* otro, y formar una unidad de coesencia y cooperación donde se decide la historia. En ese actuar conjunto, el «nosotros» está referido a una realidad de carácter espiritual[157]. El individuo es actor de la historia; ese individuo, que actúa y decide su acción, la puede introducir en el curso de la realidad para moverla, de tal modo que la historia debe ser construida, y así sucede que, para asegurar el presente debe promoverse el futuro[158].

---

[150] GUARDINI, Romano: *Mundo y persona: ensayos para una teoría cristiana del hombre*, *op. cit.,* p. 133.
[151] GUARDINI, Romano: *El contraste: Ensayo de una filosofía de lo viviente-concreto*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1996, p. 19.
[152] *Ibid.*, p. 29.
[153] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *El poder del diálogo y del encuentro: Ebner, Haecker, Wust, Przywara*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1997, p. 153.
[154] *Ibid.*, pp. 153 y 165.
[155] ALCORTA, JOSÉ IGNACIO: *Peter Wust. Filósofo espiritualista de nuestro tiempo*. Vizcaya (España): Junta de Cultura de Vizcaya, 1965, pp. 28 y 43.
[156] *Ibid.*, pp. 75-76.
[157] *Ibid.*, pp. 67-68.
[158] *Ibid.*, pp. 65-66.

2.4. La propuesta del nuevo enfoque metodológico «personalista-deliberativo»

A juicio de Helena Nadal, donde se encuentra el verdadero sentido de la mediación es en los enfoques, afirmando que «la evolución y el perfeccionamiento de la mediación dependen de este corazón teórico que es el enfoque»[159]. En efecto, para esta autora, si bien la mediación es una disciplina que se transmite sobre parámetros prácticos, esto no significa que los enfoques constituyan la esencia de la mediación, sino que la continua referencia a su aplicación revela la entidad de sus cimientos teóricos, y de la tradición que contienen.

El enfoque «personalista-deliberativo» que proponemos en esta investigación para la práctica de la mediación tiene sus fundamentos teóricos en la filosofía personalista del diálogo anteriormente expuesta, y se construye por tanto sobre la persona y su dimensión intersubjetiva, la comunitaria —que denominaremos el «nosotros»—, como una persona de personas.

En líneas generales, este movimiento personalista se refiere a un conjunto de corrientes filosóficas que tienen en común una actitud de reconocimiento de la persona como principio ontológico: es decir, como centro de referencia desde el cual se pretende explicar la realidad[160]. La afirmación de la persona como sujeto social sirve al personalismo para delimitar un punto de anclaje y referencia entre dos extremos, el individualismo liberal y los colectivismos, con el fin de evitar el riesgo de considerar a la persona como un apéndice del cuerpo social —colectivismo—, o como un ser activo y relevante pero insolidario que busca exclusivamente su propio bien desentendiéndose de la suerte de sus conciudadanos —individualismo liberal—[161]. Lo esencial no es pues la sociedad en cuanto tal ni el individuo egoísta, sino la persona en relación con los demás[162].

El personalismo es una filosofía, no solamente una actitud[163]; Emmanuel Mounier insiste en que el término personalismo nunca será un sistema, más bien se emplea para designar una cierta perspectiva sobre los problemas humanos, y con el fin de acentuar ciertos requisitos a los que no siempre se les da su valor adecuado en la solución a las crisis del siglo XX[164].

---

[159] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 96

[160] LLORCA I ARIMANY, Albert: «Emmanuel Mounier: El filosofar al servicio de la persona», *Espíritu*, vol. 32, núm. 88 (1983), p. 141

[161] BURGOS VELASCO, Juan Manuel: *Introducción al personalismo*, *op. cit.,* p. 285.

[162] BURGOS VELASCO, Juan Manuel: *El personalismo*, *op. cit.,* p. 188

[163] MOUNIER, Emmanuel: *El personalismo. Antología esencial*, *op. cit.,* p. 675

[164] VINCELETTE, Alan: *Recent catholic philosophy: The twentieth century, op. cit.,* p. 123.

La «revolución personalista y comunitaria» que propone el personalismo de Mounier tiene unas características propias que, además de identificarla, proporcionan los criterios para poder elegir los medios, estrategias, técnicas y tácticas para su realización[165]. De entre las características que definen la «revolución personalista y comunitaria» que reivindica Emmanuel Mounier destacan, en primer lugar, tanto el reconocimiento del valor absoluto de la dignidad de la persona como la dimensión comunitaria que implica la persona y le es esencial; en segundo lugar, señala Mounier que la transformación de la sociedad debe estar orientada a lograr la vida comunitaria; y, por último, todo lo anterior comporta involucrarse en una dinámica histórica, en un proceso de personalización y comunitario[166]. En palabras de Mounier, «la comunidad es la coordinación natural de las personas», siendo la única comunidad válida para el personalismo la comunidad personalista, la cual se podría definir como una «persona de personas»[167].

Para articular la actuación de la persona en la dimensión comunitaria del «nosotros» que proponemos en nuestra investigación, la mediación debe ser sustentada sobre el valor personalista de la acción que propugna Karol Wojtyla. La realización de una acción por una persona constituye un valor en sí misma; es lo que Wojtyla denomina el valor personalista de la acción. Este valor se encuentra inscrito en la misma realización de la acción por la persona, en el hecho mismo de que la persona actúa de un modo que le es propio, y porque la persona se realiza a sí misma cuando realiza la acción[168]. Por tanto, se puede comprender quién es la persona analizando su acción porque esta la da a conocer. Por eso, para este filósofo la acción es un momento de la manifestación específica de la persona[169], a través de la estructura de la autodeterminación[170].

En su obra *Persona y Acción*, el filósofo polaco añade que «el hombre cuando actúa junto con otros, conserva todo lo que resulta de la actuación conjunta y al mismo tiempo, a través de esto realiza el valor personalista de la propia acción»[171]. Es precisamente en esta dimensión social comunitaria del «nosotros» donde median una serie de normas morales, de entre las cuales la más preeminente es la norma personalista, la cual muestra el modo de relacionarse la persona cuando existe y actúa junto con otros[172].

---

[165] LEÓN GUEVARA, Judith: «La persona vista desde Emmanuel Mounier y su repercusión en la misión educativa», *Aula*, núm. 21 (2015), p. 178.
[166] *Idem.*
[167] MOUNIER, Emmanuel: *El personalismo. Antología esencial*, *op. cit.,* pp. 99 y 101.
[168] WOJTYLA, Karol: *Persona y Acción*, *op. cit.,* p. 376.
[169] *Ibid.*, p. 381
[170] BURGOS VELASCO, Juan Manuel: *Para comprender a Karol Wojtyla: una introducción a la filosofía*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2014, p. 63.
[171] WOJTYLA, Karol: *Persona y Acción*, *op. cit.,* p. 386.
[172] *Ibid.*, pp. 390-391.

Como en la mediación las personas actúan unas junto a otras, se analizará el concepto de participación tal y como la entiende Wojtyla, como una propiedad interior de la persona y que constituye la característica esencial de la comunidad. En virtud de la participación, la persona y la comunidad salen de sí mismas y no se tratan ya como extrañas o contrarias, pues capacita a la persona para actuar junto con otros mediante la «cooperación»[173]. Para Karol Wojtyla existe un aspecto dinámico en la correlación «persona-acción» que es resultado de la realidad del actuar de la persona junto con otras. Este tipo de actuación conjunta no es una relación accidental de la persona, sino que forma parte de su ser relacional. La participación, lo que en el lenguaje ordinario significa «tomar parte», es la característica que responde a la correlación dinámica de la acción con la persona[174].

En consecuencia, las partes, en el proceso de mediación, deberán orientarse hacia el bien común, pues es el fundamento de la comunidad humana[175]. En el enfoque «personalista-deliberativo» las personas adoptarán unas actitudes concretas; en particular son dos las características de la acción y de la existencia de la persona «junto con otros», la solidaridad y la oposición[176].

Por otra parte, el análisis que realizamos del discurso práctico de Jürgen Habermas y su enfoque aplicado a la mediación servirá para sentar las bases de la metodología del nuevo enfoque «personalista-deliberativo» que proponemos en nuestra investigación. Para este autor, el lenguaje funciona, en todo caso, como el medio más importante para la coordinación de la acción entre las personas. El entendimiento discursivo se conceptúa según el modelo de la búsqueda cooperativa de la verdad, más que en el proceso de influencia retórica recíproca[177].

En el procedimiento del discurso práctico, los participantes deben asumir que, en principio, todos los afectados participan como iguales y libres en una búsqueda cooperativa de la verdad en la que no puede admitirse otra coerción que no sea la resultante de los mejores argumentos[178]. El consenso es el objetivo, la discusión el camino, el acuerdo no puede ser anticipado. La sola idea de un consentimiento previo o implícito es criticada por Habermas como expresión de una mentalidad monológica, que presupone una comprensión trascendental del objeto de discusión. El objetivo no es la unanimidad

[173] *Ibid.*, pp. 395 y 399.
[174] GARCÍA CASAS, Pedro: *Amor es nombre de persona en Karol Wojtyla*, *op. cit.,* pp. 353-354.
[175] WOJTYLA, Karol: *Persona y Acción*, *op. cit.,* p. 402.
[176] MICHELMAN, Frank I.: «Conceptions of democracy in American constitutional argument: Voting rights», *Florida Law Review*, vol. 41, núm. 3 (1989), p. 448.
[177] HABERMAS, Jürgen: *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, *op. cit.,* p. 47.
[178] HABERMAS, Jürgen: *Aclaraciones a la ética del discurso*, *op. cit.,* p. 80.

sino un proceso de ajuste entre mentes e intereses discrepantes o contrapuestos[179], «cuanto más discurso, tanta más contradicción y diferencia»[180].

Para Jürgen Habermas no hay más vía que la racional para dirimir una disputa argumentativa en aras a obtener un acuerdo sin coacción, lo que supone seguir un procedimiento. La simple existencia de consenso no afirma nada acerca de la racionalidad de una decisión o de una norma[181]. Es preciso que haya sido logrado en unas circunstancias que satisfagan al menos de forma aproximada las condiciones de simetría y libertad de una «situación ideal de habla»[182]. Una moral —en palabras de Habermas—, no solo dice cómo deben comportarse los miembros de una comunidad, sino que debe proporcionar al mismo tiempo las razones para la resolución consensual de los conflictos[183].

En su obra *Facticidez y validez*, Jürgen Habermas defiende el contenido racional de una moral de igual respeto para cada cual y de la responsabilidad solidaria universal de uno para con el otro; se trata, pues, de una estructura de alteridad y diferencia que un universalismo bien entendido hace valer. El igual respeto de cada cual que propugna Habermas no comprende el asimilar, sino que abarca a la persona del otro o de los otros en su alteridad. Y ser solidario significa hacerse responsable del otro como uno de nosotros; se refiere Habermas al flexible «nosotros» como comunidad moral. Esto es así dado que la comunidad se concibe de forma constructivista, no se trata de un colectivo que obligue a uniformar a los miembros afirmando su propio modo de ser. En efecto, desde el enfoque habermasiano, la palabra inclusión no significa incorporación en lo propio y exclusión de lo ajeno, sino que indica más bien que los límites de la comunidad están abiertos a todos, para aquellos que son extraños para los otros y para quien quiera continuar siéndolo[184].

Por último, inspirados por la propuesta de Jürgen Habermas de resolución de cualquier disputa argumentativa mediante un procedimiento al efecto, una de nuestras principales propuestas investigadoras consistirá en aplicar al ámbito de la mediación el enfoque «personalista-deliberativo» en su condición de procedimiento de debate, como un proceso argumentativo de la verdad. La deliberación, menciona Frank Michelman, presupone cierto tipo de amistad cívica; la actitud deliberativa no tiene por objeto la disolución de la diferencia, sino la conciliación dentro de la razón. Se necesita una cierta

[179] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* p. 76.
[180] HABERMAS, Jürgen: *El pensamiento postmetafísico*. Ciudad de México: Taurus, 1990, p. 181.
[181] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* p. 76.
[182] VELASCO ARROYO, JUAN CARLOS: *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 73.
[183] HABERMAS, Jürgen: *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, *op. cit.,* p. 76.
[184] *Ibid.*, pp. 23-24.

actitud hacia la cooperación social, tal y como se exige a las partes en la mediación; el medio deliberativo debe ser un intercambio de opiniones de buena fe, que incluye los informes de los participantes sobre las comprensiones de sus respectivos intereses vitales, en el que todos permanecen abiertos a la posibilidad de dejarse persuadir por parte de otros[185].

En este mismo sentido se pronuncia Josep Aguiló Regla, para quien la mediación es una institución orientada a garantizar que las partes protagonicen un buen debate, o dicho con otras palabras, un «buen debate negocial». El debate, para este filósofo del derecho, es argumentar en forma de diálogo y exige al menos la intervención de dos sujetos. Desde esta óptica, la mediación es una institución orientada a suplir los déficits de racionalidad de las partes que les impiden debatir correctamente las posibilidades de alcanzar un acuerdo[186].

A juicio de Aguiló Regla, debemos distinguir entre cuatro tipos de debate, asimilando cada tipo de debate con una metáfora diferente, para ofrecer así un mayor entendimiento de sus diferencias.

TIPO DE DEBATE	METÁFORA	MODO DE DEBATE
Debatir es combatir	Metáfora bélica	Disputa
Debatir es competir	Metáfora deportiva	Controversia
Debatir es explorar	Metáfora médica	Deliberación
Debatir es construir	Metáfora constructiva	Debate consensual

Así, en el *debate de combate*, la finalidad de la interlocución es la destrucción del otro, visto como un enemigo, que es sinónimo de la propia victoria[187]. Mientras para el *debate de competición*, los dos sujetos mantienen posiciones enfrentadas sobre una cuestión que resulta controvertida, sus objetivos son incompatibles entre sí, y ambos compiten con la finalidad de ganar; las partes se legitiman mutuamente y defenderán una tesis y/o rebatirán la opuesta, pero no destruirán o descalificarán al adversario[188]. Para el *debate de exploración o diagnóstico*, el punto de partida no es un enfrentamiento en torno a una cuestión controvertida sino la conciencia de la dificultad de la cuestión, que dota de sentido cooperativo a la participación; el debate es en sí mismo productivo, un bien, y sitúa a todos los participantes en mejores condiciones de abordar el problema y de resolverlo; las reglas son siempre un compromiso entre dos principios: el principio de productividad

[185] WOJTYLA, Karol: *Persona y Acción*, *op. cit.,* p. 404.
[186] AGUILÓ REGLA, Josep: *El arte de la mediación: argumentación, negociación y mediación*, *op. cit.,* p. 105.
[187] *Ibid.*, p. 35.
[188] *Ibid.*, pp. 36-37.

(el debate debe ser esclarecedor, productivo, provechoso, fructífero, etc.) y el principio de cooperación (debe ser un juego de ganar-ganar, no de ganar-perder)[189]. Finalmente, es en el *debate constructivo*, donde el consenso es constitutivo de la solución del problema; las partes se proponen resolver conjuntamente dos tipos de dificultades, unas relacionadas con el conocimiento y las otras con la coordinación de conductas; es un debate cooperativo donde rige un tercer principio, el de consenso; todos los participantes aceptan que no alcanzar el consenso en torno a una respuesta correcta significa para todos ellos, que no han resuelto el problema. En la medida que no se logra el consenso, no hay solución del problema, pues es, y solo puede ser, una obra de todos los interlocutores[190].

De los tipos ideales de debate reseñados, son los modos deliberativo y consensual los que se articularán en la propuesta del enfoque «personalista-deliberativo».

.

[189] *Ibid.*, p. 38.
[190] *Ibid.*, pp. 42-44.

PARTE PRIMERA.
MARCO TEÓRICO Y PRÁCTICO DE LA MEDIACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO. ANTECEDENTES Y CONTEXTO DE LA MEDIACIÓN

1. CONTEXTO HISTÓRICO DE LA MEDIACIÓN

1.1. La mediación: una práctica milenaria

La mediación, definida como un proceso social donde un tercero ayuda a las personas en conflicto a entender su situación y, si fuera el caso, a decidir por sí mismos qué hacer al respecto, tiene una larga historia y raíces en muchas culturas[191]. El concepto de mediación ha precedido en muchos siglos a la creación de sistemas judiciales formales y organizados, y a los códigos de leyes. Las sociedades antiguas, hace más de veinticinco siglos, desarrollaron mecanismos informales para resolver disputas muy parecidos a la mediación[192]. Jean-François Six dice que «la mediación siempre ha existido»[193], en las tribus y aldeas se ha recurrido desde tiempo inmemorial y de forma natural a los sabios de esos lugares con el fin de apaciguar disputas, y servir así a la cohesión fraterna. Los seres humanos desde siempre han tendido a resolver sus diferencias luchando, pero también han sabido reconocer los beneficios de resolverlas de una forma pacífica, como solución alternativa a la violencia, cuyas raíces se adentran profundamente en la historia de la humanidad, y han desempeñado durante mucho tiempo un papel crucial en las culturas de todo el mundo[194]. La mediación como instrumento de pacificación cuenta con una tradición cuyos orígenes son remotos, y sus vestigios permanecen hoy reconocibles en numerosas culturas[195].

La mediación ofrece un medio positivo de resolver las disputas y gestionar los conflictos, y se la considera con frecuencia una novedad; sin embargo, cuenta con una

[191] DELLA NOCE, Dorothy J.; Robert A. BARUCH BUSH y Joseph P. FOLGER: «Clarifying the Theoretical Underpinnings of Mediation: Implications for Practice and Policy», *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 3, núm. 1 (2002), p. 39.

[192] BURGER, Warren E.: «Isn't There a Better Way?», *American Bar Association Journal*, vol. 68, núm. 3 (1982), p. 276.

[193] SIX, Jean-François: *Les témps des médiateurs*. París: Seuil, 1990, p. 11.

[194] BARRETT, Jerome T.; Joseph P. BARRETT y ASSOCIATION FOR CONFLICT RESOLUTION: *A history of alternative dispute resolution: the story of a political, cultural, and social movement*. San Francisco (Estados Unidos): Jossey-Bass, 2004, pp. 1-2.

[195] FODDAI, Maria Antonietta: «Conciliación y mediación: ¿modelos diferentes de resolución de conflictos?», en Jorge Luis TOMILLO URBINA, Leticia GARCÍA VILLALUENGA y Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO (coords.): *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*. Madrid: Reus, 2000, t. I: *Mediación*, p. 46.

historia muy larga en muchas civilizaciones y culturas diferentes[196]. Como intervención de un tercero neutral en una disputa o negociación es muy antigua[197], es una práctica colectivamente apreciada y constante en diversas comunidades, sociedades y culturas[198]. La intervención de amigables componedores ha constituido un sistema tradicional de arreglo pacífico de conflictos que, cuantitativa y cualitativamente, ha desempeñado una significativa función en la pacificación de la vida social[199]. La resolución mediada de conflictos era importante en las sociedades tradicionales por dos razones: porque las relaciones entre grupos o clanes eran a menudo de por vida, y los individuos dentro de cualquier grupo estaban arraigados en ellos mediante fuertes redes de relaciones intragrupo[200]. La mediación cuenta con una tradición milenaria en algunas partes de Asia, y unas profundas raíces[201]. Su historia es larga, y su práctica no se limita a la cultura occidental[202]; se ha practicado durante miles de años y es universal para las sociedades avanzadas, como en la antigua China: principal medio de solución de controversias, su origen se remonta al confucianismo, y continúa practicándose hoy en día en la República Popular China a través de los Comités de Conciliación Popular[203]. Los bosquimanos, un pueblo de cazadores y recolectores nómadas que viven en el desierto de Kalahari, situado en una región al sur de África, siguen resolviendo sus disputas mediante un proceso de discusión llamado *kgotla*, que funciona como un tribunal popular donde no hay jurado ni juez, donde las decisiones se toman por consenso, mediante una conversación grupal. En Malasia, los semai, un pueblo indígena de la selva malaya, acostumbran a no tomar partido cuando surge un conflicto, sino que animan a la persona a que resuelva su disputa mediante largas conversaciones comunitarias que llaman *bcaraaá*. En un primer momento,

[196] PARKINSON, Lisa: *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, *op. cit.,* pp. 22-23.
[197] RIPOL-MILLET, Aleix: *Familia, trabajo social y mediación*. Barcelona (España): Paidós, 2001, p. 33.
[198] MACHO GÓMEZ, Carolina: «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en los EEUU y su expansión en Europa», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 67, núm. 3 (2014), p. 933.
[199] ORTUÑO MUÑOZ, José-Pascual y Javier HERNÁNDEZ GARCÍA: *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal* [Documento de trabajo de Laboratorio de alternativas, núm. 110], 2007 [en línea]. Disponible en: <http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/xmlimport-mAcNhe.pdf>, p. 9.
[200] SEAMAN, Roger: *Explorative mediation at work. The importance of dialogue for mediation practice*. Londres: Palgrave Macmillan, 2016, pp. 1-2.
[201] REYNOLDS, Suzanne; Catherine T. HARRIS y Ralph A. PEEPLES: «Back to the future: An empirical study of child custody outcomes», *North Carolina Law Review*, vol. 85, núm. 6 (2007), p. 1636.
[202] MOORE, Christopher W.: *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, *op. cit.,* pp. 53-54.
[203] BROWN, Daniel G.: «Divorce and family mediation: history, review, future directions», *Conciliation Courts Review*, vol. 20, núm. 2 (1982), p. 1.

la mediación hunde sus raíces en el movimiento de justicia comunitaria[204]. Todo conflicto, comenta William Ury, tiene tres lados, ninguna disputa se produce en el vacío, sino en el seno de una comunidad que constituye el «tercer lado» de cualquier controversia[205].

Phillip Gulliver explica que, en África, sociedades como la keniata, desarrolladas sin una autoridad política centralizada, han realizado la solución de controversias principalmente dentro de la comunidad local a través de los líderes o personas influyentes (ancianos, jefes de linajes dominantes), quienes no actuaban como jueces, sino enfatizando la conciliación, y siendo la comunidad, o una parte de ella, quien resolvía sus disputas a través de acuerdos negociados[206]. Los isleños hawaianos, de origen polinesio utilizan su propio sistema tradicional para resolver disputas de manera amistosa[207].

En comunidades de América del Norte existen ejemplos de haber recurrido a la mediación en el pasado, como el jefe indio de los cheyene, quien asumía entre sus deberes el actuar como pacificador y mediador para solucionar cualquier riña que surgiera en el campamento[208]. Jerald Auerbach, historiador, descubre ejemplos de mediación en las comunidades ya en el siglo XVII, en Dedham y Sudbury (Massachusetts); examina sistemas similares en las sociedades cuáqueras en Oneida, Nueva York y New Harmony (Indiana), así como la resolución de disputas entre las comunidades mormonas en Utah en el siglo XIX; y ya más reciente, incluye la resolución de disputas en las comunidades china y judía[209]. Los hebreos disponían de la Corte Religiosa Judía, fundada en 1920 en Nueva York para administrar justicia y poner paz entre los contendientes, que todavía hoy persiste bajo la denominación Jewish Conciliation Board (JCB)[210].

En la tradición europea, la institución de la mediación se liga a la lectura libre de la Biblia, y a los valores de renuncia a la violencia en beneficio de la comunidad practicada por menonitas y mormones[211]. En Inglaterra, en la década de 1860 se crearon las primeras

[204] COBEN, James R. y Penelope HARLEY: «Intentional conversations about restorative justice, mediation and the practice of law», *Hamline Journal of Public Law & Policy*, vol. 25, núm. 2 (2004), p. 249.
[205] URY, William: *Alcanzar la paz*. Barcelona (España): Paidós, 2005, pp. 32-34.
[206] GULLIVER, Phillip H. (ed.): *Tradition and transition in East Africa: Studies of the tribal factor in the Modern Era*. Abingdon (Reino Unido): Routledge, 2004, p. 188.
[207] BARRETT, Jerome T.; Joseph P. BARRETT y ASSOCIATION FOR CONFLICT RESOLUTION: A history of alternative dispute resolution: the story of a political, cultural, and social movement, *op. cit.,* p. 3.
[208] PARKINSON, Lisa: *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, *op. cit.,* p. 23.
[209] CHANOCK, Martin: *«Book Review, Justice without law? by Jerold S. Auerbach».* Law in Context: A Social-Legal Journal, 2, 1984, p. 23.
[210] IRVING, Howard H.: *Divorce mediation: the rational alternative*. Toronto (Canadá): Personal Library Publishers, 1980, p. 8.
[211] CASANOVAS I ROMEU, Pompeu; Jaume MAGRE y María Elena LAUROBA (dirs.): *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*. Barcelona (España): Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 2011, p. 107.

comisiones de conciliación con el fin de contribuir a la resolución de disputas en el ámbito industrial[212].

En España, el Tribunal de las Aguas de Valencia, como modelo de mediación, es una institución que se remonta al siglo X o XI, y constituye un símbolo de una justicia popular impartida por los labradores, en aquelllos conflictos del sistema de regadío de la huerta de Valencia. Representados inicialmente por los «sequier», hoy «sindics», de cada una de las acequias del río Turia, para resolver de forma rápida las disputas por el uso del agua en sus campos[213]. La base de su funcionamiento es la mediación como fórmula autónoma, pacífica y propia de resolución de conflictos[214], derivados del reparto de aguas para el riego, por los propios afectados[215]. El *Vocabulario español latino* de Elio Antonio de Nebrija, publicado en 1495, no contiene la palabra española mediación pero sí la latina *mediator-oris*, traducida como «medianero entre dos», lo que nos indica que en tiempos de la reina Isabel la Católica al actual mediador se le denominaba «medianero», y que la función del *mediator* fue antes que la institución de la mediación[216].

La mediación fue relevante para las sociedades occidentales hasta el siglo XII, momento en el que fue relegada a ámbitos privados y de menor importancia a favor de los sistemas de derecho[217]. Robert Ellickson reprende la actitud de algunos académicos del derecho y economistas que han tendido a subestimar el papel que han desempeñado los sistemas no jurídicos en la obtención del orden social, y que es consecuencia de seguir considerando al Estado como controlador dominante, tal vez incluso y exclusivo[218]. Los múltiples caminos de resolución extrajudicial de controversias han sido transitados durante siglos, y probablemente siempre lo serán[219].

---

[212] FOX JR., William F.: «Justice Without Law? By Jerold S. Auerbach. New York and Oxford: Oxford University Press. 1983. Pp. 182», *Catholic University Law Review*, vol. 33, núm. 2 (1984), p. 519.

[213] Publicado en la Cátedra L'Horta de València, Territorio Metropolitano de la Universidad de Valencia, disponible en: <https://www.uv.es/catedra-horta-valencia/es/catalogo-patrimonio/tribunal-aguas/tribunal-aguas.html>.

[214] OTERO PARGA, Milagros María: «Las raíces históricas y culturales de la mediación», en Helena SOLETO MUÑOZ y Milagros María OTERO PARGA (coords.): *Mediación y resolución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 177.

[215] CRIOLLO MAYORGA, Giovani: *Teoría y práctica de mediación y conciliación*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016, p. 23.

[216] PUY MUÑOZ, Francisco de Paula: «La expresión 'mediación jurídica': un análisis tópico», en Helena SOLETO MUÑOZ y Milagros María OTERO PARGA (coords.): *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, *op. cit.,* p. 26.

[217] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 36.

[218] ELLICKSON, Robert C.: *Order without law: How neighbors settle disputes*. Cambridge (Estados Unidos): Harvard University Press, 1994, pp. 137-138.

[219] AUERBACH, Jerold S.: *Justice Without Law?* Nueva York (Estados Unidos) y Oxford (Reino Unido): Oxford University Press, 1983, p. 36.

1.2. La mediación contemporánea

Desde el siglo XII y hasta los años 1960, los procesos alternativos o complementarios de resolución de conflictos, entre los cuales se encuentra la mediación, tal y como ahora los conocemos, se vieron desplazados por los procesos judiciales que conforman nuestros sistemas jurídicos[220]. Solo desde principios del siglo XX la mediación ha sido institucionalizada, y convertida en una profesión aceptada[221]. Hasta que la mediación accede al sistema legal y judicial de un Estado, y se institucionaliza, no obtiene su pleno reconocimiento y legitimidad[222]. En su periodo inicial, el uso de la mediación como alternativa a las decisiones judiciales no estaba regulado; el escaso uso de la mediación creó poca necesidad de regulación y, a su vez, la ausencia de regulación permitió que surgieran mil variedades de mediación[223]. El reclamo de la regulación de la mediación procedía de diferentes fuentes, como la protección al consumidor —tema unificador—. Del mismo modo, la variedad de prácticas de mediación no reguladas y los proveedores de servicios crearon confusión sobre lo que es la mediación, al tiempo que surgen las preocupaciones sobre la calidad de los servicios, la equidad procesal, y su impacto en los procedimientos judiciales[224].

El motivo del resurgimiento de la mediación responde a los cambios producidos a nivel global en los sistemas de justicia de los países del *common law*, y sobre todo en Estados Unidos, donde el malestar social motivado por la saturación de los tribunales de justicia y los costes económicos de los procedimientos judiciales, en relación a la resolución de conflictos, irrumpió con una fuerza inusual[225].

El proceso histórico de formación de la mediación termina con la Convención de La Haya de 18 de octubre de 1907 sobre solución de controversias internacionales, normativa que regula de forma incipiente el reconocimiento de la mediación jurídica como institución distinta de la jurisdicción, y de los demás medios alternativos de solución de conflictos[226]. El fenómeno de retorno a la mediación se hizo institucionalmente posible en abril de 1976,

---

[220] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 28.
[221] MOORE, Christopher W.: *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, *op. cit.,* p. 55.
[222] ILLÁN FERNÁNDEZ, José María: *Guías Prácticas. Mediación familiar*. Zizur Menor (España): Aranzadi, 2013, p. 53.
[223] FOLGER, Joseph P.: «Foreword by Professor Jay Folger», en Manon SCHONEWILLE y Fred SCHONEWILLE (eds.): *The variegated landscape of mediation: A comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the World*. La Haya (Países Bajos): Eleven International Publishing, 2014, pp. 9-10.
[224] *Ibid.*, p. 9.
[225] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 28.
[226] OTERO PARGA, Milagros María: «Las raíces históricas y culturales de la mediación», *op. cit.,* p. 179.

en el congreso celebrado en St. Paul (Minnesota) denominado National Conference of the causes of Popular Dissatisfaction whith the Administration of Justice[227].

1.2.1. La mediación en Estados Unidos y el «movimiento ADR»

La expresión *Alternative Dispute Resolutions* (en adelante, ADR) es un término reciente, y fue acuñado por el jurista estadounidense Frank Sander en 1976, durante la conocida como «Conferencia Pound», para sugerir, como una solución a los problemas de funcionamiento de la Administración de Justicia en su país, el uso de métodos alternativos o complementarios de resolución de controversias a la jurisdicción del Estado[228]. El origen de la mediación, como medio alternativo de resolución de conflictos, es muy reciente, y se localiza geográficamente en Estados Unidos[229].

Entre los años 1920 y 1970 Estados Unidos afrontó una serie de desafíos cruciales como la Gran Depresión, la Segunda Guerra Mundial y más tarde la Guerra Fría, la aparición de movimientos sociales provenientes de grupos de personas, afroamericanos, o mujeres que, despojados de sus derechos, reivindicaban los plenos beneficios de su ciudadanía[230]. El resultado fue lo que Richard Hofstadter denominó *age of reform*, que comenzó cuando el Gobierno federal, bajo el mandato de Franklin D. Roosevelt, hizo hincapié en una intervención vigorosa en la economía, y llevó a cabo políticas que reconocieron el carácter urbano-étnico emergente en Estados Unidos[231].

El primer escenario donde la mediación se institucionaliza formalmente en Estados Unidos fue en el ámbito de las relaciones laborales, obrero-patronal, al crearse en el Departamento de Trabajo en 1913 los denominados Comisionados de Conciliación para resolución de disputas, reorganizándose más adelante en el Servicio de Conciliación de Estados Unidos, y en 1947 en el Servicio Federal de Mediación y Conciliación (FMCS)[232]. Existió en Estados Unidos una justificación ideológica de tipo política, económica y social que provocó la necesidad de un cambio, buscando otras formas de solución de los conflictos, primero de forma voluntarista, tanto particular como colectivamente, y posteriormente con la intervención del Estado, incorporando en esa transformación

[227] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 38.
[228] FODDAI, Maria Antonietta: «Conciliación y mediación: ¿modelos diferentes de resolución de conflictos?», *op. cit.,* p. 42.
[229] OTERO PARGA, Milagros María: «Las raíces históricas y culturales de la mediación», *op. cit.,* p. 173.
[230] SCHMIDT, Christopher W.: «American Legal History, 1920-1970», en Sally E. HADDEN y Alfred L. BROPHY (eds.): *A Companion to American Legal History*. West Sussex (Reino Unido): John Wiley & Sons, 2013, p. 105.
[231] BROWN, David S.: *Richard Hofstadter: An Intellectual Biography*. Chicago (Estados Unidos): University of Chicago Press, 2007, p. 100.
[232] MOORE, Christopher W.: *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, *op. cit.,* p. 55.

medios distintos a los tribunales de justicia[233]. Norbert Rouland advierte que existe en Francia, al igual que en América del Norte todo un movimiento tendente a desjudicializar los conflictos mediante el uso de la conciliación y la mediación, y que parte de la premisa de afirmar que debe corresponder progresivamente a los individuos la resolución de sus disputas, lo que únicamente sucederá, en la medida en que se reduzca e incluso desaparezca de algunos ámbitos el control estatal al considerar arcaísmos el derecho coercitivo, el imperativo y el normativo [234].

Como detractores del movimiento ADR, algunos críticos como Jerold Auerbach y Richard Abel, mientras dudan sobre si se logra «justicia» de forma rutinaria en los tribunales, argumentaron que las alternativas presentadas por los precursores de las ADR no resultaban más idóneas para mejorar el acceso o la impartición de justicia en la práctica, al entender que provocaban en los más desfavorecidos el efecto disuasorio de no hacer valer sus derechos legales[235]. También desde otra visión diferente, Owen Fiss consideró que el giro hacia las ADR, tanto en instituciones nacionales de Estados Unidos como en los tribunales de otros países, y en los acuerdos mundiales, representa la privatización de los procesos públicos y la disminución de la transparencia y la regulación[236].

1.2.1.1. Antecedentes históricos: la National Labor Relations y el realismo jurídico americano

El *crack* del 29 condujo a Estados Unidos a una profunda crisis económica, la denominada Gran Depresión, que se extendió al resto del mundo occidental; en Europa, países como Gran Bretaña y Francia, que se habían endeudado con Estados Unidos, exigían a su vez el pago de las reparaciones de la guerra con Alemania, formando un sistema triangular que propició que lo que en principio fue una crisis norteamericana, se extendiese a Europa y llegase a ser considerada un fenómeno mundial[237].

---

[233] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2013, p. 41.

[234] ROULAND, NORBERT: «¿Definir o pensar el Derecho?», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, vol. 75, (1989-1990), pp. 923-938.

[235] TWINING, William: «Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics», *The Modern Law Review*, vol. 56, núm. 3 (1993), pp. 380-381.

[236] RESNIK, Judith: «For Owen M. Fiss: Some reflections on the triumph and the death of adjudication», *University of Miami Law Review,* vol. 58, núm. 1 (2003), p. 191.

[237] ARROYO VÁZQUEZ, María Luz: «Un hito de la legislación laboral estadounidense: la ley nacional de relaciones laborales o ley Wagner (1935) proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos», *Espacio, tiempo y Forma*, núm. 15 (2002), p. 352.

La Administración del presidente Herbert C. Hoover actuó en los ámbitos político y económico bajo los postulados del *laissez faire*, adoptando mínimas medidas dirigidas a rescatar el sector empresarial, sin tomar decisiones contundentes para paliar el desempleo de trece millones de trabajadores; y en el ámbito jurídico lo hizo conforme al *Classical Legal Thougt*[238]. Se trataba de un conjunto coherente de creencias, valores y suposiciones sobre el derecho y el papel de los tribunales en la interpretación del derecho; un método formalista que asumía como preferencia política el *laissez-faire*, dominando el pensamiento de los abogados y jueces estadounidenses durante medio siglo, entre 1886 y 1937[239].

La relación laboral se interpretaba como una manifestación más del principio de libertad contractual fundamentada en la regulación de los derechos de propiedad de las partes: no se reconocía al trabajador como la parte más débil del contrato de trabajo en relación a la posición del empresario, sino como un trato entre iguales[240]. La «doctrina Lochner» del Tribunal Supremo, dictada en el caso Hammer vs. Dagenhart en 1918, o el caso «Child Labor», son representativos del *Classical Legal Thought*; el Alto Tribunal consideró que el Congreso, al aprobar la *Keating-Owen Child Labor Act*, que prohibía la circulación de mercancía producida con la intervención de mano de obra infantil entre los distintos estados, se había excedido en sus límites constitucionales; la mayoría de los jueces interpretó que la ley no pretendía regular el transporte, sino establecer una normativa sobre limitación de la edad de contratación de los niños, y si esa ley laboral resultara apoyada, se estaría destruyendo el sistema dual americano de poderes gubernamentales[241].

Ante este escenario de crisis económica y de desigualdad social y laboral, Franklin D. Roosevelt, al ganar las elecciones a la presidencia de Estados Unidos en 1932, puso en práctica su programa político denominado *New Deal*, que contenía como objetivos la ayuda social inmediata, la recuperación económica y la reforma, primando como urgente la ayuda social a los parados y a los pobres[242].

En los años treinta, Karl N. LLewellyn empleó el término «realismo jurídico» para designar a los juristas que critican los conceptos y métodos formalistas, una corriente que

[238] MACHO GÓMEZ, Carolina: «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en los EEUU y su expansión en Europa», *op. cit.,* p. 936.
[239] WIECEK, William M.: *The lost World of classical legal thought: Law and ideology in America, 1886-1937*. Oxford (Reino Unido): Oxford University Press, 1998, pp. 3-4.
[240] MACHO GÓMEZ, Carolina: «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en los EEUU y su expansión en Europa», *op. cit.,* p. 937.
[241] FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: «El *Justice* Oliver Wendell Holmes: *«The Great Dissenter»* de la *Supreme Court*», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25 (2010), pp. 154-155.
[242] ARROYO VÁZQUEZ, María Luz: *Industria y trabajo en el New Deal de Franklin D. Roosevelt a través de la prensa española, 1932-1936* [tesis doctoral]. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2005, p. 221.

asociaba el derecho a su dimensión fáctica, y éste como un proceso en continuo movimiento. La condición básica de la juricidad es la eficiencia social. El derecho se considera una causa instrumental de efectos sociales, no un fin en si mismo, y consiste en realizar el bien común y la justicia social[243]. A diferencia del realismo escandinavo, de inclinación psicológica, el americano es más bien conductista; la validez de la ley no se describe en términos de hechos psicológicos, sino que se reduce a propuestas fácticas sobre el comportamiento efectivo de los jueces[244].

Junto al realismo jurídico surgió otra corriente, básicamente con la misma concepción del derecho, denominada jurisprudencia sociológica, cuyo principal teórico fue Roscoe Pound, doctrina que pudo justificar la política del *New Deal* del presidente Roosevelt[245]. Pound se distancia de los realistas, y no comprende el derecho como un efecto socialmente determinado, sino una causa, un instrumento, capaz de producir determinados efectos[246]. Se parte del elemento ilógico y subjetivo en la acción judicial, para intentar, mediante el estudio de casos concretos, llegar a conclusiones generales válidas, incidiendo así donde el ordenamineto jurídico es más eficaz o lamentable[247].

La confluencia de la implantación de las políticas del *New Deal* con los nuevos postulados jurídicos formulados por el realismo jurídico, unida al propósito principal de solventar de manera eficiente y real todo conflicto que se planteara, supuso un gran impulso para la resolución alternativa de disputas[248].

La Ley Wagner, o *National Labor Relations Act* (NLRA) de 1935, fue una de las reformas del *New Deal* y la legislación más importante hasta ese momento sobre protección de los derechos de los trabajadores y los sindicatos, e implicaba al Gobierno federal para garantizar esa protección y arbitrar disputas entre empleador-empleado[249]. La NLRA creó una comisión, la National Labor Relations Board (Junta Nacional de Relaciones Laborales), para garantizar los derechos de los trabajadores a organizarse, negociar colectivamente y hacer huelga, primando la negociación colectiva como la mejor vía para reducir el nivel de conflicto laboral en general, y de las huelgas en particular[250]. Su principal función consistía en solucionar aquellos casos que no consiguieran ser solventados por el

[243] MARTÍNEZ MUÑOZ, José Antonio: *El conocimiento jurídico*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2012, p. 87.
[244] FALCÓN Y TELLA, María José: *A three-dimensional theory of law*. Leiden (Países Bajos): Brill, 2010, p. 293.
[245] MARTÍNEZ MUÑOZ, José Antonio: *El conocimiento jurídico*, *op. cit.,* pp. 189 y 191.
[246] *Ibid.*, p. 189.
[247] POUND, Roscoe: «The call for a realist jurisprudence», *Harvard Law Review*, vol. 44, núm. 5 (1931), p. 711.
[248] MACHO GÓMEZ, Carolina: «Los ADR "alternative dispute resolution" en el comercio internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2, p. 28.
[249] ROOSEVELT INSTITUTE: «What is the Wagner Act?».
[250] ARROYO VÁZQUEZ, María Luz: «Un hito de la legislación laboral estadounidense: la ley nacional de relaciones laborales o ley Wagner (1935) proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos», *op. cit.,* p. 364.

U. S. Conciliation Service, creado en el año 1913 en el Departamento de Trabajo, único órgano competente para mediar los conflictos laborales en los años veinte, que fue sustituido en 1941 por otra agencia, la National Defense Mediation Board, cuya principal función consistía en solucionar aquellos casos que no consiguieran ser solventados por el U. S. Conciliation Service, sustituida a su vez por otra agencia de mayor competencia en 1942, la segunda War Labor Board (Junta de Trabajos de Guerra)[251].

Durante la Segunda Guerra Mundial, la actividad de la War Labor Board, que se comprometió a revisar la estructura interna de los salarios en una serie de industrias, se desarrolló, no en las formas habituales de adjudicación, sino que funcionaba de manera distinta. Un miembro de la Junta se reunía alternativamente con representantes, primero de la industria, y luego del sindicato, obteniendo así cambios salariales mediante un contrato mediado, y bajo la amenaza de un ejercicio de funciones jurisdiccionales[252].

Las negociaciones colectivas se configuraron como el ámbito natural de la mediación laboral, como un instrumento para resolver los conflictos derivados de esas relaciones, experimentando un gran avance durante la Segunda Guerra Mundial, donde se priorizaba la capacidad productiva, amenazada por huelgas o cierres patronales[253].

Los procedimientos de mediación en el sector industrial se promocionaron con el fin de conseguir una paz industrial sólida y estable, y solucionar las diferencias entre los patronos y los trabajadores en las negociaciones colectivas; estos arreglos mediados impedirían huelgas, y traerían seguridad y riqueza a los norteamericanos[254]. En el año 1947, el Gobierno federal había apoyado el uso de la mediación en el ámbito de la negociación de cobros mediante la formación del Federal Mediation and Conciliation Service (FMCS). A finales de la década de 1950, varios estados como Nueva York, Massachusetts, Pensilvania, Míchigan, Wisconsin y Minnesota, pusieron en marcha agencias para proporcionar servicios de mediación en disputas laborales del sector privado. Antes de la década de 1960, la mediación en Estados Unidos ya se había utilizado y pertenecía al panorama de la solución de controversias. Sin embargo, su área de práctica era limitada tanto en escala como en alcance. El abogado promedio es probable que todavía no hubiese practicado en su carrera la mediación[255].

[251] MACHO GÓMEZ, Carolina: «Los ADR "alternative dispute resolution" en el comercio internacional», *op. cit.,* pp. 30-31.
[252] FULLER, Lon L. y Kenneth I. WINSTON: «The Forms and Limits of Adjudication», *Harvard Law Review*, vol. 92, núm. 2 (1978), p. 406.
[253] MACHO GÓMEZ, Carolina: «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en los EEUU y su expansión en Europa», *op. cit.,* p. 937.
[254] MOORE, Christopher W.: *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, *op. cit.,* p. 55.
[255] HOFFMANN, Alexander: «Mediation in Germany and the United States», *European Journal of Law Reform*, vol. 9, núm. 4 (2007), p. 512.

1.2.1.2. La *Civil Rights Act* de 1964 y la expansión de la mediación a otros ámbitos

Los años sesenta fueron el momento a partir del cual dejó de asociarse la mediación a los conflictos laborales para ampliarse a otra clase de enfrentamientos como los comunitarios, familiares o interpersonales; este fenómeno no implicó implantar la mediación más allá de lo laboral, sino «un verdadero retorno de la misma a una vía institucionalizada, dotada de un alcance global, una metodología específica, y un lugar definido dentro del sistema de justicia»[256]. Antes de 1965, apenas se recurría a la mediación fuera del campo de las relaciones laborales; fue a finales de los años sesenta cuando se observó que la mediación servía a dos fines diferentes: por un lado, tanto los líderes cívicos como los funcionarios del sistema judicial encontraban en la mediación una posible respuesta a los conflictos ciudadanos, y por otro lado, las organizaciones comunitarias y la legislación esperaban de la mediación que estructurara los recursos comunitarios paralelamente al sistema de justicia formal[257].

El FMCS, desde los años sesenta, extendió su actuación a la mediación familiar, y si bien la idea inicial era la conciliación de los cónyuges, con el tiempo se desarrollaron procesos de protección a la familia en crisis[258]. En 1963 se creó la Association of Family and Conciliation Courts, que promovía la conciliación familiar, en 1968 el primer grupo de mediación ambiental y de recursos naturales, Accord Associates, y en 1972 el Children´s Project for friends en el ámbito educativo[259].

A partir de la década de 1960, Estados Unidos se enfrentó a un periodo caracterizado por los conflictos, el desacuerdo y el descontento en muchos aspectos[260]. El movimiento ADR surgió hacia finales de los años sesenta del siglo XX en Estados Unidos en un contexto de crisis social e institucional que desembocó en un incremento preocupante de conflictos sociales de todo tipo. El carácter litigioso de la cultura estadounidense y su base ideológica individualista consiguieron saturar el sistema de justicia norteamericano, pese al elevado coste que supone pleitear en ese país[261].

---

[256] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* pp. 27-28.

[257] BARUCH BUSH, Robert A. y Joseph P. FOLGER: *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, *op. cit.,* p. 20.

[258] BUTTS GRIGGS, Thelma: «La mediación en Norteamérica», en Helena SOLETO MUÑOZ (dir.), Emiliano CARRETERO MORALES y Cristina RUIZ LÓPEZ (coords.): *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Madrid: Tecnos, 2011, p. 204.

[259] OTERO PARGA, Milagros María: «Las raíces históricas y culturales de la mediación», *op. cit.,* p. 180.

[260] HOFFMANN, Alexander: «Mediation in Germany and the United States», *op. cit.,* p. 512.

[261] BARROSO, Inmaculada; Blas HERMOSO RICO y Felipe MORENTE MEJÍAS: «La mediación institucional ante el conflicto social: ¿articulación o desarticulación de la participación ciudadana?», en Felipe MORENTE MEJÍAS (dir.): *La mediación en tiempos de incertidumbre*. Madrid: Dykinson, 2010, p. 230.

El súbito interés en las ADR cobró un gran impulso a finales de la década de 1960 en Estados Unidos, debido en gran medida a motivos de carácter pragmático y político, más que de índole teórica o científica; preocupaban tres cuestiones primordiales: (i) la percepción que del sistema judicial tenía el *legal establishment* estadounidense, sobrecargado en exceso debido a un incremento en el volumen de reclamaciones civiles y procesos criminales; (ii) una necesidad sentida por algunos profesionales de crear determinados foros privados y especializados para servir a intereses particulares, como por ejemplo el arbitraje comercial; y (iii) la opinión de que el sistema, más allá de la saturación, el retraso y el gasto en los que incurría, era incapaz de estar a la altura de los ideales de un «acceso a la justicia» para todos[262].

La falta de respuesta institucional, o su escasa adecuación para resolver la mayoría de los conflictos que enfrentaban a la ciudadanía, habría dado origen a un movimiento de base popular que, ante la insuficiencia de medios y el desencanto con la respuesta institucional, habría surgido para atender, precisamente, a esos ciudadanos que o no querían o no podían llevar su disputa a un tribunal[263].

En este contexto, en el año 1964 el Congreso aprobó la Ley Pública 88-352, conocida popularmente como la Ley de Derechos Civiles de 1964, cuyas disposiciones prohíben la discriminación basada en cuestiones de sexo o raza en la contratación, la promoción y el despido[264]; pero para implementar la ley, y como reflejo del interés existente en torno al uso de la mediación en relación con este tipo de disputas raciales y comunitarias, el título VII del acta creó la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo (EEOC) y el Community Relations Service (CRS)[265].

1.2.1.3. La «Conferencia Pound» de 1976 y el nacimiento del movimiento ADR

El denominado movimiento ADR fue el primer paso hacia la institucionalización de los diferentes métodos alternativos de resolución de conflictos en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos, y su influencia impactó en los diferentes Estados europeos que comenzaron a poner en práctica esos métodos ADR, en especial, la mediación[266]. ADR es un término utilizado a la ligera, rara vez entendido, y abarca todas las formas de solución

[262] TWINING, William: «Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics», *op. cit.,* p. 380.
[263] BARROSO, Inmaculada; Blas HERMOSO RICO y Felipe MORENTE MEJÍAS: «La mediación institucional ante el conflicto social: ¿articulación o desarticulación de la participación ciudadana?», *op. cit.,* p. 230.
[264] «La Ley de Derechos Civiles de 1964 y la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo». *National Archives* [en línea]. Recuperado de: <https://www.archives.gov/espanol/recursos-para-docentes/derechos-civiles-de-1964>.
[265] MACHO GÓMEZ, Carolina: «Los ADR "alternative dispute resolution" en el comercio internacional», *op. cit.,* p. 36.
[266] *Ibid.*, p. 46.

de controversias que no son los pleitos[267]. El principal motivo que detonó el interés por el uso de la mediación en este tipo de disputas fue su capacidad real para solucionarlas[268].

Para muchos comentaristas, abril de 1976 marca el punto de partida oficial de la mediación[269]. La «Conferencia Pound» se menciona como el hito que puso en marcha lo que se convirtió en el extenso movimiento alternativo de resolución de controversias, tanto dentro como fuera de los tribunales, y en la academia jurídica[270]. El movimiento ADR, como apunta la mayoría de la doctrina, surgió con la celebración de The Pound Conference: Perspectives on justice in the future en el año 1976, dictada por el juez Warren Burger, presidente de la Corte Suprema, y organizada para analizar, discutir y proponer soluciones a la ineficacia del sistema judicial estadounidense[271]. Esta conferencia fue denominada específicamente como «Conferencia Pound», con el objeto de abordar las preocupaciones que setenta años antes, en 1906, Roscoe Pound, decano de la Universidad de Harvard, planteó en el discurso inaugural del congreso anual de la Abogacía estadounidense, con el título «Las causas de la insatisfacción popular con la Administración de Justicia», donde presentó las insuficiencias de la justicia de ese momento, pasados 130 años desde la independencia de Reino Unido[272].

a) La primera «Conferencia Pound» de 1906

Esta primera «Conferencia Pound», de la que toman sus nombres tanto la «Conferencia Pound» de 1976 como la «Conferencia mundial Pound» de 2017, no fue en absoluto una «conferencia ADR» que estuviera dedicada a los métodos alternativos de resolución de conflictos[273].

Roscoe Pound identificó en su discurso hasta 18 críticas al sistema estadounidense de justicia civil, que agrupó en cuatro categorías: (i) causas de insatisfacción en todos los sistemas jurídicos; (ii) causas de insatisfacción «peculiares» del sistema jurídico angloamericano; (iii) causas de insatisfacción en relación a la organización y el

[267] DONEFF, Andrea y Abraham P. ORDOVER: *Alternatives to Litigation: Mediation, arbitration, and the art of dispute resolution,* 3.ª ed. Colorado (Estados Unidos): National Institute for Trial Advocacy, 2014, p. 11.
[268] MACHO GÓMEZ, Carolina: «Los ADR "alternative dispute resolution" en el comercio internacional», *op. cit.,* p. 33.
[269] HOFFMANN, Alexander: «Mediation in Germany and the United States», *op. cit.,* p. 514.
[270] KHAN ZEMANS, Frances: «Pound Revisited», *South Texas Law Review*, vol. 48, núm. 4 (2007), p. 1064.
[271] MACHO GÓMEZ, Carolina: «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en los EEUU y su expansión en Europa», *op. cit.,* p. 951.
[272] SOLETO MUÑOZ, Helena: «La conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos», *Revista de Mediación*, vol. 10, núm. 1 (2017), p. 2.
[273] TRAUM, Lara y Brian FARKAS: «The history and legacy of the Pound Conferences», *Cardozo Journal of Conflicts Resolution*, vol. 18, núm. 67 (2017), p. 679.

procedimiento judicial estadounidense; y (iv) causas de insatisfacción en torno a la Administración judicial estadounidense[274].

Comenzó la conferencia de una forma relativamente suave, con una observación inicua, al comentar que todo tipo de ley crea inevitablemente un cierto grado de insatisfacción entre los gobernados: «La insatisfacción con la Administración de Justicia es tan antigua como la ley»[275].

En lo que se refiere al movimiento alternativo de solución de controversias, Pound denunció dos situaciones significativas: (i) la primera fue el modo en el que los tribunales enfatizan la forma procesal sobre el fondo de los conflictos humanos; (ii) la segunda queja importante, que reforzaba el crecimiento del movimiento ADR, se resume en una frase que él mismo acuñó: la «teoría deportiva de la justicia», donde el abogado interviene en el litigio como si estuviera en un «juego» con las reglas del deporte, para no ser «ganado», tratando las reglas del derecho y del procedimiento como un entrenador profesional de futbol, lo que estaba perjudicando las opiniones de los estadounidenses sobre el sistema de justicia civil[276].

Algunas de esas causas de insatisfacción identificadas por Pound en 1906 permanecen hoy en día, cien años después, y siguen siendo un desafío; por ejemplo, el retraso y los gastos[277], y así apuntaba: «Porque me atrevo a decir que nuestro sistema de tribunales es arcaico y nuestro procedimiento atrasado. La incertidumbre, el retraso y los gastos, […] han creado un deseo profundamente asentado en la sociedad, en parte de los hombres prácticos de negocios, de mantenerse al margen de los tribunales, para bien o para mal»[278].

Los comentarios del decano de la Harvard Law School fueron un escándalo para la audiencia, incluso la Asociación Americana de Abogados (ABA) se negó inicialmente a publicar su discurso o a difundirlo a un público más amplio; sin embargo, finalmente salió a la luz, y proporcionó a sus contemporáneos, y a nosotros, un vocabulario, no solo para nombrar los problemas del sistema de justicia civil, sino también una hoja de ruta para resolverlos o al menos para aliviarlos; y así, setenta años más tarde, sería revisada y ampliada durante otra reunión en la ciudad de St. Paul, Minnesota[279]. Warren Burger, presidente del Tribunal Supremo de Estados Unidos, comentó que muchos años después

[274] STEIN, Robert: «Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice in the Twenty-First Century», *Hamline Law Review*, vol. 30, núm 3 (2007), p. 502.
[275] POUND, Roscoe: «The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice», *Crime & Delinquency*, vol. 10, núm. 4 (1964), p. 1.
[276] TRAUM, Lara y Brian FARKAS: «The history and legacy of the Pound Conferences», *op. cit.,* p. 682.
[277] STEIN, Robert: «Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice in the Twenty-First Century», *op. cit.,* p. 503.
[278] POUND, Roscoe: «The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice», *op. cit.,* p. 10.
[279] TRAUM, Lara y Brian FARKAS: «The history and legacy of the Pound Conferences», *op. cit.,* p. 683.

de la reunión de St. Paul de 1906, Herbert Harley caracterizó el discurso de Pound como un «mapa del territorio, con las carreteras claramente mostradas», pero sin proporcionar transporte; después de la conferencia, él y algunos otros se propusieron crear los «vehículos» necesarios para llegar desde donde estaban hasta donde querían ir, y Pound no se conformaba con nada menos que con cambios fundamentales[280].

b) La segunda «Conferencia Pound» de 1976

En cada movimiento existe un acontecimiento definitivo que da forma y enmarca su porvenir; para el de las ADR fue la «Conferencia Pound» celebrada en abril de 1976, a la que asistieron más de doscientos jueces, académicos y líderes de la ABA, para examinar las preocupaciones sobre la eficiencia y equidad de los sistemas judiciales y la Administración de Justicia[281], y se centró en promover mecanismos de resolución alternativa de controversias para abordar una amplia gama de males percibidos en el sistema de justicia estadounidense[282].

Warren Burger, presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos, convocó la conferencia con el título formal de «Conferencia Nacional sobre las Causas de la Insatisfacción Popular con la Administración de Justicia», pero los académicos se refieren a ella como la «Conferencia Pound»[283]; el juez Warren Burger, en su discurso, hizo un llamamiento a la exploración de los procesos informales de solución de controversias[284]. El orden del día de la conferencia se dividió en dos partes: en primer lugar, el debate sobre la solución no judicial de conflictos, y, en segundo lugar, las formas de crear un sistema judicial más rápido y eficaz[285]. Frank Sander, profesor de la Facultad de Derecho de Harvard desde 1959, pronunció el discurso de apertura del congreso, y expuso su visión del tribunal del futuro, que clasificaría los conflictos en diferentes categorías: los que deberían ser litigados, y aquellos otros que deberían pasar por otros procesos, como la conciliación, la mediación o el arbitraje[286]. La mediación se ofreció como un remedio prometedor contra la especial insatisfacción que surgió del coste, retraso e inaccesibilidad de las resoluciones judiciales, atribuidos a una creciente carga de casos judiciales[287].

[280] BURGER, Warren E.: «Agenda for 2000 A.D. Need for systematic anticipation», *Judges' Journal*, vol. 15, núms. 2-3 (1976), p. 28.
[281] HEBERT, L. Camille: «Introduction-The Impact of Mediation: 25 Years After the Pound Conference», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 17, núm. 3 (2002), p. 527.
[282] KHAN ZEMANS, Frances: «Pound Revisited», *op. cit.,* p. 1064.
[283] TRAUM, Lara y Brian FARKAS: «The history and legacy of the Pound Conferences», *op. cit.,* p. 684.
[284] HEBERT, L. Camille: «Introduction-The Impact of Mediation: 25 Years After the Pound Conference», *op. cit.,* p. 526.
[285] TRAUM, Lara y Brian FARKAS: «The history and legacy of the Pound Conferences», *op. cit.,* p. 685.
[286] *Idem*.
[287] DELLA NOCE, Dorothy J.: «Mediation Theory and Policy: The Legacy of the Pound Conference», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 17, núm. 3 (2002), p. 546.

Sander presentó sus ideas sobre cómo lograr un cambio básico en el sistema de resolución de controversias, de tal manera que los métodos alternativos de resolución de controversias se explorasen de una forma rutinaria, con el fin de que los litigios se convirtieran en el último recurso para poner fin a las disputas[288]. La idea principal que aportó fue la de un sistema flexible y variado de resolución de conflictos, que se organizaría a través del filtrado de casos en virtud de su adecuación al procedimiento de resolución del conflicto[289]. Una de las medidas planteadas por Frank Sander fue la instauración de las ADR en relación al proceso judicial, la implantación de los denominados *court-annexed* ADR o *court-connected* ADR; su propuesta no solo consistió en incluir las ADR en el sistema judicial, sino que diseñó el conocido sistema *multi-door courthouse*[290].

Frank Sander, para el año 2000, no imaginó un tribunal simplemente, sino un «Centro de Resolución de Controversias», con un directorio en el vestíbulo con distintas salas, y donde, primero, un secretario examinaría la reclamación para canalizarla hacia la más apropiada para ese tipo de caso[291]. Las salas serían:

Sala 1. Examen del secretario
Sala 2. Mediación
Sala 3. Arbitraje
Sala 4. Búsqueda de datos de negligencia
Sala 5. Panel de proyección
Sala 6. Tribunal Superior
Sala 7. Defensor del pueblo

Al examinar los enfoques alternativos para la solución de controversias, Sander abordó dos cuestiones fundamentales: (i) ¿cuáles son las características significativas de los distintos mecanismos alternativos de solución de controversias? (como son los tribunales, el arbitraje, la mediación, la negociación y otros mecanismos); (ii) ¿cómo se pueden utilizar estas características para que, dada la variedad de controversias que se plantean actualmente, se puedan desarrollar algunos criterios racionales para asignar esos diversos tipos de controversias a diferentes procesos de solución de controversias?[292]. Los criterios que el profesor Sander propuso como ayuda para determinar cómo debían

[288] HEBERT, L. Camille: «Introduction-The Impact of Mediation: 25 Years After the Pound Conference», *op. cit.,* p. 529.
[289] SOLETO MUÑOZ, Helena: «La conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos», *op. cit.,* p. 3.
[290] MACHO GÓMEZ, Carolina: «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en los EEUU y su expansión en Europa», *op. cit.,* pp. 951-952.
[291] SANDER, Frank E. A.: «The multi-door courthouse settling disputes in the year 2000», *Barrister*, vol. 3, núm. 3 (1976), p. 20.
[292] *Idem*.

resolverse los distintos tipos de controversias fueron cinco: (i) la naturaleza de la disputa; (ii) la relación entre los litigantes; (iii) la cantidad de la controversia; (iv) el gasto; y (v) la rapidez de resolución de los conflictos[293]. Este sistema no solo funcionaría para dar una solución más eficiente a determinados conflictos, sino que tenía la finalidad de reservar a los tribunales de justicia aquellos casos para los que realmente estaban capacitados[294].

Para Helena Soleto, el valor inédito de la conferencia de Sander consistía, por una parte, en la introducción del concepto de adecuación del procedimiento a la clase de conflicto, y por otra, en la construcción ideal de un sistema de procesamiento de los conflictos, el «tribunal multipuertas»[295]. La introducción del concepto «tribunal multipuertas» en la «Conferencia Pound» inició la era moderna de solución de controversias dentro de Estados Unidos[296]. A su vez, la «Conferencia Pound» marcó un hito en la historia de la mediación: supuso el comienzo de un esfuerzo coordinado para estimular en Estados Unidos los programas de mediación conectados a los tribunales de justicia, enmarcados dentro del movimiento de mediación contemporáneo, como un remedio para combatir la percepción de insatisfacción popular con la Administración de Justicia[297].

Desde principios de la década de 1970 hasta la década de 1980, la mediación pasó de ser un movimiento bastante pequeño y limitado a convertirse en una industria que impactó en varios ámbitos de controversias[298].

1.2.1.4. Primeras leyes federales de mediación: *Administrative Dispute Resolution Act* (ADRA) y la *Civil Justice Reform Act* (CJRA)

La década de 1990 se caracterizó por el auge en la economía y la demanda del mercado de valores. El crecimiento y la rápida expansión de las interacciones humanas en ámbitos como la propiedad intelectual, o los contratos internacionales, cultivaron especialmente el desarrollo de procesos especializados de solución de controversias. Las ADR abarcaban prácticamente todas las partes de la ley y de la sociedad[299].

Aunque los estadounidenses desde la época colonial han buscado alternativas para la resolución de conflictos distintas a las instituciones legales formales, el primer impulso

[293] *Ibid.*, pp. 20-41.
[294] MACHO GÓMEZ, Carolina: «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en los EEUU y su expansión en Europa», *op. cit.,* p. 952.
[295] SOLETO MUÑOZ, Helena: «La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», *op. cit.,* p. 26.
[296] QUECK, Dorcas: «Mandatory Mediation: an oxymoron? Examining the feasibility of implementing a Courted-mandated mediation program», *Cardozo Journal of Conflicts Resolution*, vol. 11, núm. 2 (2010), p. 479.
[297] DELLA NOCE, Dorothy J.: «Mediation Theory and Policy: The Legacy of the Pound Conference», *op. cit.,* p. 545.
[298] HOFFMANN, Alexander: «Mediation in Germany and the United States», *op. cit.,* p. 515.
[299] *Idem*.

importante se produjo a principios de los años noventa, cuando las críticas a la ineficiencia y los gastos del sistema judicial se intensificaron[300].

En 1990, el Congreso de Estados Unidos reconoció que el Gobierno se había quedado rezagado respecto del sector privado en el campo conocido comúnmente como ADR. Las organizaciones privadas habían reconocido desde hacía años que algunos tipos de controversias, mediante el empleo de técnicas como la mediación y el arbitraje podían resolverse con menos dureza, y coste, además, en tanto que perseguen el consenso entre las partes, y no quién «gana» la disputa, facilitan la construcción de relaciones y soluciones duraderas a los conflictos[301].

Como respuesta se promulgó la Ley de Resolución de Controversias Administrativas (en adelante, ADRA), de 15 de noviembre de 1990, con el fin de promover el uso de las ADR en los organismos gubernamentales, y llevar sus beneficios al Gobierno federal[302]. Del contenido de las once secciones que componen la ADRA se extrae lo siguiente: (i) un mandato o directriz política de impulso del empleo de las ADR para solucionar los conflictos en los que esté involucrada la Administración federal, y (ii) una reforma legal del procedimiento administrativo (*adjudication*), mediante la instauración de vías paralelas y alternativas[303]. La ADRA autoriza a las agencias a emplear las ADR en casi cualquier tipo de reclamación que involucre al Gobierno, requiriendo para ello el nombramiento de especialistas en estos métodos para cada agencia, regular procedimientos para la contratación de terceros neutrales que ayudarían a resolver las disputas, y proporcionar protección de confidencialidad a las partes que participasen en ADR[304].

La mayor diferencia entre una mediación desarrollada en un procedimiento adinistrativo y otra seguida en el ámbito privado es la ausencia de disposición del admiistrado respecto del asunto, en algunas controversias, para resolverlo, siendo necesarios por tanto algunos otros procedimientos adicionales; estos se canalizan a través de la participación de los funcionarios de las agencias, después de alcanzado el acuerdo, o debiendo conciliarse la decisión con las políticas públicas existentes, y por tanto, sujeta a revisión; o que, al afectar a otros miembros de la comunidad, estos tengan derecho a participar en la decisión antes de que sea definitiva; en este contexto, la inmensa mayoría

[300] DELGADO, Richard; Chris DUNN; Pamela BROWN y Helena LEE: «Fairness and formality: Minimizing the risk of prejudice in alternative dispute resolution», *Wisconsin Law Review*, núm. 6 (1985), p. 1362.
[301] United States. Congress. Senate. Committee on Governmental Affairs. Subcommittee on Oversight of Government Management and the District of Columbia. Washington: U.S. Government Printing Office, 1996. Serie: United States.; Congress.; Senate.; S. hrg., p. 1.
[302] *Idem*.
[303] DELGADO PIQUERAS, Francisco: «La "Administrative Dispute Resolution ACT" de los Estados Unidos: introducción, traducción y notas», *Revista de Administración Pública*, núm. 131 (1993), p. 564.
[304] United States. Congress. Senate. Committee on Governmental Affairs. Subcommittee on Oversight of Government Management and the District of Columbia, *op. cit.,* p. 1.

de las *administrative hearing* (audiencias administrativas) son resueltas, al igual que ocurre en las mediaciones privadas, pero lo que sí se necesita es el reconocimiento y estímulo del uso de la mediación como medio de fomentar los acuerdos[305].

Sin embargo, conforme dictaminaban todos los informes, la ADRA tuvo un éxito modesto; las agencias, al utilizar las ADR para resolver conflictos sobre contratación, discriminación, reclamaciones de empleo y asuntos de cumplimiento normativo, mejoraron la forma de funcionamiento del Gobierno, y promovieron ahorros tangibles al contribuyente estadounidense[306].

El 1 de diciembre de 1990, el Congreso promulgó la Ley de Reforma de la Justicia Civil (en adelante, CJRA), donde se estableció un grupo consultivo a fin de desarrollar un plan de reducción de gasto y retraso en los tribunales civiles[307]. La CJRA se aprobó en respuesta a las reclamaciones sobre el abuso en el proceso de litigio civil, el aumento de los costes, los retrasos asociados con las demandas civiles, y la disminución del acceso al sistema federal de justicia civil, como una medida que podría cambiar sustancialmente la naturaleza de los litigios civiles federales[308]. Uno de los objetivos principales de la CJRA fue reducir los gastos y el retraso en el sistema de justicia civil, y para aminorarlos requirió a los noventa y cuatro tribunales de distrito federal que desarrollasen un plan para diciembre de 1993; algunos distritos federales implementaron enfoques innovadores para la solución alternativa de controversias, como el de Missouri Oeste, que asignó al azar un tercio de su carga de casos civiles a un programa de ADR obligatorio no vinculante[309].

Finalmente, después de una década de intentos experimentales con las ADR en los tribunales federales, el Congreso aprobó una nueva ley, la «Resolución Alternativa de Controversias» de 1998, que ordenaba a todos los tribunales federales de primera instancia la implementación de programas ADR para los litigantes y los autorizaba a exigir a las partes su participación en los mismos[310].

La aplicación apresurada de la esta ley podía ser desastrosa al no proporcionar orientación alguna sobre el papel adecuado de las ADR en el sistema judicial, y dejar en manos de los tribunales de distrito la facultad discrecional de diseñar los procesos ADR. De

[305] HARTER, Philip J.: «Dispute Resolution and Administrative Law: The history, needs, and future of complex relationship», *Villanova Law Review*, vol. 29, núm. 6 (1984), p. 1411.
[306] United States. Congress. Senate. Committee on Governmental Affairs. Subcommittee on Oversight of Government Management and the District of Columbia, *op. cit.,* p. 2.
[307] WEATHERSPOON, Floyd D.: «The impact of the growth and use of ADR process on minority communities, individual rights, and neutrals», *Capital University Law Review*, vol. 39, núm. 4 (2011), p. 792.
[308] TOBIAS, Carl: «Recalibrating the Civil Justice Reform Act», *Harvard Journal on Legislation*, vol. 30, núm. 1 (1993), pp. 115-116.
[309] *Ibid.*, pp. 116-118.
[310] CROWNE, Caroline Harris: «The alternative dispute resolution act of 1998: Implementing new paradigm of justice», *New York University Law Review*, vol. 76, núm. 6 (2001), p. 1769.

ser así, existía el peligro de convertir los programas ADR en un sistema de justicia de «segunda clase», para casos «sin importancia», o que las ADR actuasen como otro obstáculo procesal hacia el juicio, sin aportar nada de sustancia a los contendientes o a la sociedad. Por el contrario, la incorporación reflexiva de las ADR a los tribunales podría enriquecer el sistema de justicia y proporcionar importantes beneficios[311].

Esta normativa suscitó en la práctica algunas cuestiones controvertidas, pues al no concretar la regulación sobre cómo debían los tribunales aplicar los programas de ADR, les otorgaba plena discrecionalidad sobre cómo desarrollar los métodos, lo cual era aceptado por quienes los consideraban conforme a la naturaleza de los mismos, enteramente informales y flexibles; pero había quienes consideraban que algunas de las garantías, como la confidencialidad, la neutralidad, la formación y la cualificación del mediador, debían ser reguladas[312].

1.2.1.5. La *Uniform Mediation Act* (UMA) de 2001

En 1997, el presidente de la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes (NCCUSL) recibió una carta de un mediador que le planteaba el dilema al que se enfrentaba al haber sido citado para comparecer en un juicio y testificar sobre una mediación en la que había intervenido en el estado de Dakota del Sur. Los participantes de la mediación veían peligrar sus expectativas de confidencialidad si el mediador revelase el contenido de las sesiones de mediación[313].

La NCCUSL autorizó un comité de redacción, Scope and Program Committee, para resolver el problema, que contactó con la sección ADR de la ABA al enterarse de que estaba tratando de abordar el problema, y las dos organizaciones decidieron colaborar en la redacción de una ley para tratar las «disposiciones inconsistentes de confidencialidad de la mediación [estatal]»[314].

Las dos organizaciones unieron fuerzas para crear una ley que contribuiría a mejorar el uso ampliado de la mediación y su eficacia, al tiempo que ayudaría a preservar la confianza pública en un sistema de justicia accesible y justo[315].

El objetivo de la *Uniform Mediation Act* (en adelante, UMA) fue uniformar algunos aspectos relativos a la institución de la mediación que estaban siendo legislados de forma diferente en los distintos estados confederados, debido a que no se había comprendido

[311] *Ibid.*, p. 1770.
[312] MACHO GÓMEZ, Carolina: «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en los EEUU y su expansión en Europa», *op. cit.,* p. 958.
[313] RAUSCH, Monica: «The Uniform Mediation Act», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 18, núm. 2 (2003), p. 603.
[314] *Ibid.*, pp. 603-604.
[315] DEASON, ELLEN E.: «Uniform mediation act», *Dispute Resolution Magazine*, vol. 8, núm. 4 (2002), p. 8.

suficientemente el proceso de mediación o porque algunos de los estados no disponían aún de una regulación propia para ella[316]. La UMA no regula la práctica de la mediación excepto en dos áreas importantes que son clave para la equidad: en primer lugar, el derecho a hacerse acompañar por alguien, generalmente un abogado, cuando la participación en la mediación es obligatoria, y, en segundo lugar, la garantía de que el mediador no filtrará información al juez que vaya a tomar las resoluciones sobre el caso[317].

La confidencialidad fue el foco principal de atención de los redactores de la UMA[318]. La mediación implica, por definición, el esfuerzo que despliega el mediador en facilitar la comunicación entre las partes. El intercambio franco puede verse obstaculizado si los participantes temen que sus revelaciones durante la mediación puedan ser utilizadas finalmente contra ellos más adelante en algún procedimiento judicial. Los redactores tenían la intención de abordar esta preocupación y establecer que la comunicación en la mediación fuese confidencial y, si es privilegiada, no esté sujeta a descubrimiento o admitida como prueba en el curso de un procedimiento[319].

La UMA se compone de 17 secciones, y en relación a la confidencialidad destacan: (i) la sección 3 «Definiciones» establece unas reglas claras a partir de las cuales todos los participantes pueden trabajar, definiendo qué se entiende por una «comunicación de mediación», y especificando que será confidencial cualquier verbalización, acción o documento escrito; (ii) la sección 4 «Alcance» determina cuáles son las circunstancias que desencadenan la confidencialidad; (iii) la sección 5 «Privilegio contra la Divulgación» crea explícitamente un privilegio de confidencialidad que permite a su titular afirmarlo frente a cualquier otro actor que haya estado presente durante la mediación; (iv) la sección 6 «Revelación» garantiza que la información no puede ser revelada en un juicio, audiencia u otro procedimiento legal; (v) la sección 7 «Exención y Preclusión de Privilegios» aclara qué requisitos deben cumplirse para permitir la divulgación de comunicaciones de mediación confidenciales; y (vi) la sección 8 «Excepciones al privilegio», donde se enumeran diez escenarios que no dan lugar al privilegio contra la divulgación[320].

Los distintos estados podían adaptar la UMA a sus propias necesidades o bien podían incorporarla a su normativa textualmente; en todo caso, proporcionaba una completa protección a la mediación. Casi inmediatamente después de la aprobación de la

[316] MACHO GÓMEZ, Carolina: «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en los EEUU y su expansión en Europa», *op. cit.,* p. 959.
[317] GETTY, Michael B.: «The process of drafting the Uniform Mediation Act», *Northern Illinois University Law Review*, vol. 22, núm. 2 (2002), p. 159.
[318] *Ibid.*, p. 160.
[319] RAUSCH, Monica: «The Uniform Mediation Act», *op. cit.,* p. 608.
[320] DILLARD, Greg: «The future of mediation confidentiality in Texas: Shedding light on murky situation», *Review of Litigation*, vol. 21, núm. 1 (2002), pp. 146-151.

UMA a principios del año 2002, cinco estados (Nebraska, Nueva York, Oklahoma, Carolina del Sur y Vermont) comenzaron a considerarla en sus órganos legislativos, y en Ohio se constituyó un comité para trabajar en aprobar una recomendación en su legislación, lo que significó que los estados buscaban unificar su legislación de mediación y proporcionar protecciones a los participantes en la mediación[321].

La UMA, al regular aspectos fundamentales de la mediación, defiende cada uno de los elementos básicos que la componen, al tiempo que aclara aspectos sobre su funcionamiento. La aprobación de esta ley ha contribuido al éxito de la mediación, pues no solo ha uniformado la legislación sobre esta materia entre los distintos estados sino que la ha dotado de integridad, sin merma de su flexibilidad, al obligar que se respeten unas garantías mínimas[322].

Hoy en día, la prevalencia de las ADR en las universidades y en las salas de los tribunales de justicia demuestra su permanencia. Comenzando con el fuerte reclamo de las *multidoor courthouse* que se lanzó en la «Conferencia Pound» de 1976, las escuelas de derecho de Estados Unidos que ofrecen cursos de ADR pasaron de ser 43 en el año 1983 a 182 en 2000, y un importante número de tribunales estatales requieren a las partes para que se sometan a alguna ADR[323]. El uso de procesos ADR voluntarios y obligatorios se ha convertido en parte de la vida diaria del ciudadano estadounidense[324].

1.2.2. La extensión de la mediación hacia el resto del mundo

La introducción de la mediación no siempre ha sido apreciada de inmediato y en todas partes. Del mismo modo, el grado en que se utiliza la mediación y en qué medida se ha acoplado con el sistema jurídico varía mucho, dependiendo del continente y del país[325].

1.2.2.1. El desarrollo de la mediación en Europa

La mediación ha evolucionado más rápido en jurisdicciones de derecho común, como Estados Unidos, Inglaterra y Gales, y Australia; las jurisdicciones del *civil law*, en cambio, han desarrollado a un ritmo más lento la transformación de una práctica recién llegada y emocionante en una ampliamente aceptada y valorada[326].

La incorporación de la mediación en la mayor parte de los países europeos, con sus diferencias, responde a la transformación en el modo de afrontar los conflictos, unida a la

[321] RAUSCH, Monica: «The Uniform Mediation Act», *op. cit.,* p. 618.
[322] MACHO GÓMEZ, Carolina: «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en los EEUU y su expansión en Europa», *op. cit.,* p. 961.
[323] WEATHERSPOON, Floyd D.: «The impact of the growth and use of ADR process on minority communities, individual rights, and neutrals», *op. cit.,* p. 792.
[324] *Ibid.*, p. 793.
[325] HOFFMANN, Alexander: «Mediation in Germany and the United States», *op. cit.,* p. 505.
[326] *Idem*.

sucesión de cambios culturales, económicos, sociales y jurídicos que la han favorecido, si bien su origen se encuentra unido intrínsecamente al movimiento desarrollado a lo largo del siglo XX que dio lugar a la aparición de las universalmente conocidas como ADR o soluciones extrajurisdiccionales de conflictos, complementarias o alternativas[327].

El desarrollo exponencial que viene experimentando Europa en las últimas décadas obedece, por un lado, a la considerable influencia ejercida por Estados Unidos y Canadá en la aplicación de los modelos alternativos de resolución de conflictos, y, por otro lado, propiciado por nuevas circunstancias sociales y políticas, a la demanda de unos métodos más participativos y ágiles en la gestión de los conflictos frente a la crisis de la Administración de Justicia[328].

Ya a finales del siglo XX, instituciones como el Consejo de Europa han impulsado a los Estados miembros a centrar su atención en la verdadera eficacia de la justicia, conminándolos a examinar sus sistemas desde un punto de vista de eficacia para el ciudadano, su satisfacción y, en resumen, la calidad de los mismos[329].

En los últimos años, el panorama de la ley de mediación en la UE ha experimentado cambios sustanciales motivados principalmente por la Directiva de la UE sobre ciertos aspectos de la mediación en materia civil y mercantil (la Directiva de mediación); es un momento especial para la resolución alternativa de controversias en Europa[330]. El objetivo de la Directiva era crear normas comunes mínimas sobre mediación para todos los Estados miembros de la UE en las mediaciones civiles y comerciales transfronterizas, con excepción de Dinamarca, que está exenta en determinados ámbitos como las cuestiones judiciales civiles del Tratado de Maastricht. Aunque la Directiva tenía inicialmente la intención de tener un mandato interno más amplio, su ámbito de aplicación se redujo a los litigios comerciales y civiles transfronterizos como compromiso político, debido a la resistencia a la legislación de mediación en determinados países[331]. En Europa, el objetivo de la Directiva de estimular la mediación transfronteriza se ha visto obstaculizado por la forma en que ha sido concebida, aplicada y regulada, pues, aunque se ha mantenido la flexibilidad y diversidad para adaptarse a las circunstancias y culturas de los Estados miembros, sin embargo, no existen marcos jurídicos o directrices predecibles para las

[327] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* p. 41.
[328] GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*. Madrid: Reus, 2006, p. 253.
[329] SOLETO MUÑOZ, Helena: «La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», *op. cit.,* p. 30.
[330] HERBERT, William A.; Giuseppe DE PALO; Ava V. BAKER; Apostolos ANTHIMOS; Natalia TERESHCHENKO y Michael JUDIN: «International commercial mediation», *The International Lawyer*, vol. 45, núm. 1 (2011), p. 111.
[331] SCHONEWILLE, Manon y Fred SCHONEWILLE: *The variegated landscape of mediation: A comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the World*, *op. cit.,* p. 19.

partes procedentes de diferentes países en cuanto a cómo debe iniciarse, llevarse a cabo o supervisarse la mediación[332].

En Europa, la mediación, como metodología característica de las ADR, está llamada a contribuir a la mejora de la calidad de la justicia, como así ha sucedido en los países de tradición de *common law*. La mediación, como herramienta de eficacia contrastada, sirve a los operadores jurídicos para resolver litigios donde ha fracasado la negociación previa entre las partes, y está a disposición de los tribunales de justicia, como recurso muy útil en aquellos conflictos donde las partes deben seguir manteniendo relaciones en el futuro, y donde la actuación de la justicia no se limite a imponer resoluciones en términos de vencedores y vencidos, sino que ofrezca una oportunidad a los ciudadanos para transformar sus disputas en relaciones viables de colaboración. Su eficacia se ha contrastado incluso en un momento postsentencia, cuando las partes ya han agotado todos los recursos jurisdiccionales y, no obstante, el conflicto continúa persistiendo, y a veces, con mayor virulencia[333].

Para comprender el fenómeno emergente de la mediación en el ámbito europeo, es preciso conocer no solo su contexto jurídico sino también el contexto social y económico donde se desarrolla, que conforma su estrato real y vivo, su razón de ser[334].

Casi todas las legislaciones dejan al mediador y a las partes para decidir cómo quieren llevar a cabo el proceso de mediación o qué tipo de mediación adoptar, cómo usar o no los «caucus», equipos de comediación o mediadores individuales. La mediación se define como un proceso «facilitador» en varios países, como en Malta o en Bulgaria, donde la Ley de Mediación búlgara también promueve un enfoque «facilitador», no mencionándolo explícitamente, sino al prohibir a los mediadores expresar opiniones jurídicas o dar asesoramiento. En Austria, la mediación familiar se lleva a cabo por comediadores, preferentemente hombre y mujer, uno abogado y otro psicólogo. En la mayoría de las jurisdicciones no es una práctica común que los mediadores den opiniones vinculantes, y en otras, sin embargo, la ley prevé un enfoque evaluativo de la mediación como el estilo predominante[335].

---

[332] FALBERG, Jay; Diana WALLIS y Ard VAN DER STEUR: «Foreword», en Manon SCHONEWILLE y Fred SCHONEWILLE (eds.): *The variegated landscape of mediation: A comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the World*, *op. cit.,* p. 12.

[333] ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual: «La mediación como medio de solución de conflictos», en Esther PILLADO GONZÁLEZ y Francisca FARIÑA RIVERA (coords.): *Mediación Familiar: una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2015, pp. 16-22.

[334] VILALTA NICUESA, Aura Esther: «El marco jurídico: derecho comparado», en Pompeu CASANOVAS I ROMEU, Jaume MAGRE y María Elena LAUROBA (dirs.): *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*. Barcelona (España): Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 2011, p. 152.

[335] SCHONEWILLE, Manon y Fred SCHONEWILLE: *The variegated landscape of mediation: A comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the World*, *op. cit.,* p. 15.

Reino Unido.- En los países anglosajones la negociación y la resolución mediante acuerdo entre las partes en conflicto forma parte de su cultura jurídica. De hecho, disponen de más modalidades de resolución alternativa que en los países del continente, como son la evaluación imparcial, la encuesta neutra en materias sobre todo que requieren de una complejidad técnica, la determinación por un experto, y la mediación-arbitraje (med-arb) para los casos en los que se prevea que, ante el fracaso de la mediación, las partes se someterán al arbitraje[336]. El estilo de mediación predominante en Reino Unido, al menos en lo que respecta a los conflictos civiles, involucra al mediador, que ayuda a las partes a obtener un resultado y adquiere influencia, como resultado de la confianza que ha ganado de las partes[337].

Alemania.- La historia alemana de la mediación moderna es bastante breve. La posibilidad de alcanzar un acuerdo amigable en una disputa legal cuenta con una larga tradición en Alemania, que se remonta al siglo XIV, sin embargo, hasta la década de 1990 los litigios eran el único instrumento de solución de controversias que se consideraba y el universalmente aceptado, aparte de la negociación, mientras que la mediación dentro del panorama jurídico prácticamente era inexistente[338].

La mediación en Alemania fue originalmente «importada» por expertos europeos y alemanes que visitaron Estados Unidos, y a su regreso transmitieron su nueva experiencia con la mediación. Los pioneros de la mediación en Alemania fueron sociólogos legales, criminólogos, trabajadores sociales y algunos jueces y abogados. A principios de la década de 1980, comenzaron a publicar ensayos sobre diferentes opciones para solucionar controversias; la mediación fue amplia y popularmente debatida por sociólogos, criminólogos y juristas. Sin embargo, no comenzó a llamar la atención de los profesionales del derecho antes de la segunda mitad de la década de los noventa, cuando la práctica exitosa de la mediación estadounidense cruzó el Atlántico[339]. En la actualidad la mediación, en el sector de la economía, resulta cada vez más aplicada con un objetivo claro de asegurar, por parte de los agentes involucrados, un estándar de calidad. En el marco de los conflictos familiares la mediación es muy relevante, donde las autoridades apoyan la mediación como política de protección de la infancia[340].

[336] SOLETO MUÑOZ, Helena: «La mediación en la Unión Europea», en Helena SOLETO MUÑOZ y Milagros María OTERO PARGA (coords.): *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, *op. cit.,* p. 191.
[337] ANDREWS, Neil: «Mediation: International experience and global trends», *op. cit.,* p. 219.
[338] HOFFMANN, Alexander: «Mediation in Germany and the United States», *op. cit.,* p. 518.
[339] *Idem*.
[340] SOLETO MUÑOZ, Helena: «La mediación en la Unión Europea», *op. cit.,* p. 190.

Francia.- La mediación es definida como la función de búsqueda de aproximación de las partes y de ayuda para que encuentren una solución al conflicto que las enfrenta[341]. Jean Francois Six refiere los años ochenta en Francia como la «década de la mediación»[342]. La mediación en Francia es un punto de conexión entre la experiencia estadounidense y la europea porque, al tiempo que concurren los factores comunes que revelan la crisis de los sistemas jurisdiccionales, se evidencia igualmente la exigencia de construir unos modelos teóricos adecuados al contexto jurídico continental europeo y a su correspondiente ámbito cultural[343]. La Ordenanza de 16 de noviembre de 2011 ofrece una definición del concepto de mediación, precisa las cualidades que debe reunir el mediador y recuerda el principio de confidencialidad de la mediación, esencial para el éxito de la misma. La Ordenanza recuerda que el juez que conoce de un litigio puede en todo momento nombrar un mediador que, en la práctica, también puede ser un conciliador judicial.

Italia.- En Italia, la ley de mediación es un ejemplo de mediación obligatoria, todas las controversias civiles que surjan en áreas de conflictos de vecinos (*condominio*), derechos de propiedad, división de bienes (*divisione*), fideicomisos y patrimonios, empresas familiares, disputas de arrendadores/inquilinos, préstamos, arrendamiento de empresas (*affitto di aziende*), disputas derivadas de accidentes automovilísticos y de barcos, negligencia médica, difamación, seguros, banca y contratos financieros, deben acudir a la mediación antes de acceder a los tribunales[344].

1.2.2.2. La mediación en otros países: Australia y Japón

Australia.- La mediación está desempeñando un papel cada vez más significativo en la cultura de la gestión de conflictos en Australia. El estado de la práctica de la mediación en Australia se remonta a principios de los años 1980 con el establecimiento de centros de justicia comunitaria en Nueva Gales del Sur. Las continuas reformas a nivel federal y estatal se centran en la racionalización de los procesos judiciales, y las sugerencias actuales hacen hincapié en la integración de la mediación, y otros procesos de solución de controversias, en el procedimiento judicial, la evaluación de casos que llegan a los tribunales, y el establecimiento de criterios para hacer coincidir los procesos de solución de controversias con disputas particulares. El crecimiento de la mediación ha sido apoyado por la concurrencia de una serie de factores, conforme dictamina el documento de los antecedentes de la Comisión Australiana para la Reforma de la Ley (ALRC) de 1996, que los

[341] *Ibid.*, p. 189.
[342] SIX, Jean-François: *Les témps des médiateurs*, *op. cit.,* p. 13.
[343] FODDAI, Maria Antonietta: «Conciliación y mediación: ¿modelos diferentes de resolución de conflictos?», *op. cit.,* p. 50.
[344] HERBERT, William A.; Giuseppe DE PALO; Ava V. BAKER; Apostolos ANTHIMOS; Natalia TERESHCHENKO y Michael JUDIN: «International commercial mediation», *op. cit.,* pp. 111-112.

agrupa en dos tipos: en primer lugar, las largas listas de espera judicial que han impulsado la elaboración de procedimientos que permiten a los tribunales remitir los pleitos a la mediación, y, en segundo lugar, el concepto de mediación se ha promovido de forma proactiva en la sociedad en general[345].

Japón.- El origen de las ADR judiciales en Japón se remonta al año 1922, y según las estadísticas, el número de mediaciones de materias civiles alcanzó su punto máximo en el año 2005, para después haber disminuido intensamente.

Año	1900	1995	2000	2005	2010	2015
Número	61 007	130 308	317 986	322 987	87 808	40 745

No ha ocurrido lo mismo con el número de mediaciones familiares:

Año	1900	1995	2000	2005	2010	2015
Número	85 099	96 099	114 822	129 876	140 557	140 830

El *statu quo* del empleo de las ADR en Japón es de un uso generalmente bajo, especialmente en el ámbito privado. Si bien los japoneses por cultura tienden a evitar resolver las disputas a través de demandas judiciales, sin embargo, esas controversias no son resueltas a través de las ADR. Existen aún una gran cantidad de disputas latentes que podrían ser llevadas al ámbito de las ADR, pero en Japón todavía tienen un largo recorrido por delante. Este bajo índice en su uso podría atribuirse más al escaso reconocimiento de dichas entidades ADR por parte del público y de los profesionales del derecho, y porque las ADR privadas también tienen el problema de las bases de su financiación[346].

[345] ALEXANDER, Nadja: «Mediation in practice: Common Law and civil law perspectives compared», *op. cit.,* pp. 2-3.

[346] HATTA, Takuya: «ADR in Papan. Special reference to civil mediation», en *Tratado de mediación*, *op. cit.*; Ana Isabel BLANCO GARCÍA (ed.): vol. 1: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, pp. 49, 52, 54, 70 y 72.

2. EL CONTEXTO SOCIAL Y JURÍDICO EN EL QUE SE ENMARCA LA MEDIACIÓN

El fenómeno de la mediación, de creación reciente, ha penetrado como por capilaridad en todos los ámbitos sociales; el interés que despierta responde a la capacidad de dar respuesta a los conflictos en las más diversas ciencias y que, de ordinario, acaban hoy en los tribunales[347].

Auerbach, en su libro *¿Justicia sin ley?*, como llama a los sistemas alternativos de resolución de controversias, comenta que, en un principio, el debate sobre las formas alternativas de justicia se expresó en términos de una ideología de comunidad, para después trasladarse a un discurso sobre economía, eficiencia y accesibilidad[348]. La explicación de por qué los sistemas alternativos de solución de controversias, como son la mediación y la conciliación, solo habían funcionado dentro de subgrupos sociales se debió a que, como país, Estados Unidos está orientado de forma excepcional hacia las reglas y los litigios, y estos servían para perpetuar el capital en forma de propiedad privada, y como mecanismo, estaban exclusivamente en manos de los abogados, los «sumos sacerdotes del ordenamiento jurídico»[349].

En Estados Unidos, la mediación se desarrolló inicialmente en un contexto social determinado, las comunidades minoritarias, donde sus miembros no confiaban en el sistema tradicional de justicia civil, que funcionara bien, creando sus propios sistemas de solución de controversias. Así, las primeras comunidades chinas, cuáqueras y judías utilizaron la mediación y demás ADR para protegerse de lo que consideraban un sistema legal extranjero hostil[350].

Con el tiempo, este sentido de comunidad irá desapareciendo. La sociedad norteamericana es una de las más legalistas y litigiosas del mundo, con una ética dominante, el individualismo competitivo, y el materialismo. La legalización, los litigios, la afirmación agresiva de los derechos, forman parte de un proceso de fragmentación social,

[347] VILALTA NICUESA, Aura Esther: *Mediación en el mundo. Concepto, teoría y práctica* [documento de trabajo]. Disponible en: <https://bit.ly/3cnREh1>, p. 154.
[348] CHANOCK, Martin: «Auerbach, Justice without Law?», *Law in Context: Socio-Legal Journal*, núm. 2 (1984), p. 154.
[349] FOX JR., William F.: «Justice Without Law? By Jerold S. Auerbach. New York and Oxford: Oxford University Press. 1983. Pp. 182», *op. cit.,* p. 519.
[350] SHWEDER, Sylvia S.: «Judicial limitations in ADR: The role and ethics of judges encouraging settlements», *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 20, núm. 1 (2007), p. 53.

y así, mientras los conflictos individuales se litigan ferozmente, el sentido de comunidad se pierde, y el de justicia, que se espera debe traer la ley, se disipa[351].

El objetivo de la resolución de conflictos en las comunidades, afirma Jerold Auerbach, no es la reivindicación de los derechos individuales, sino la preservación misma de la comunidad. Los miembros de las comuniades han tratado de vivir más allá del derecho formal, defendiendo unos valores que las instituciones jurídicas no podían satisfacer. La mediación se prefire frente al legalismo por un compromiso con la esencia de la existencia comunitaria[352].

La sociedad moderna aparece indisolublemente vinculada a la litigiosidad; este es un dato innegable del panorama social del siglo XX[353]. La formación de una cultura litigiosa en la ciudadanía como la estadounidense, fue formándose al abrigo de diversos factores, como una intensa actividad reguladora, el desarrollo social, cultural y económico de la sociedad, propiciando la aparición de un fenómeno denominado «explosión litigiosa» o «hiperlexis», que derivó en un elevado número de demandas ante los tribunales, con el consiguiente colapso y retraso del sistema judicial[354]. Marc Galanter concluye, al igual que otros observadores, que la sociedad estadounidense está sobrelegalizada; describe que, bien sea porque ha experimentado o no una «explosión de litigios», o porque sufre de una «contaminación legal», o porque está en apuros un «poder judicial imperial», se aprecia la existencia, seguramente excesiva, de una preocupación por la salud jurídica en la sociedad estadounidense[355].

El ciudadano contemporáneo demanda, en relación con la justicia, y tanto los usuarios como los operadores jurídicos, unas expectativas más amplias y exigentes que las que detentó en la segunda mitad del siglo XX; esta realidad se observa tanto en países desarrollados como en los que se encuentran en vías de desarrollo, aun contando cada uno con una diferente trayectoria jurídica de la justicia: (i) en los países con democracias incipientes, los esfuerzos normativos y administrativos se han centrado, desde el último cuarto del siglo XX, en construir los cimientos de la sociedad democrática y garantizar cuestiones tan básicas como la independencia del poder judicial, el acceso a la justicia y el respeto al proceso debido; y (ii) en las sociedades con un sistema de justicia avanzado, el ciudadano exige a sus Estados y a sus funcionarios una justicia, no solo que sea justa y

[351] CHANOCK, Martin: «Auerbach, Justice without Law?», *op. cit.,* p. 154.
[352] *Ibid*.,p.153.
[353] BARONA VILAR, Silvia: «"Justicia integral" y "Acces to justice". Crisis y evolución del "paradigma"», en Silvia BARONA VILAR (coord.): *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el nuevo paradigma de justicia*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2016, p. 154.
[354] MACHO GÓMEZ, Carolina: «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en los EEUU y su expansión en Europa», *op. cit.,* p. 934.
[355] GALANTER, Marc: «Reading the landscape of disputes: What we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society», *UCLA Law Review*, vol. 31, núm. 1 (1983), p. 6.

transparente, sino de mayor calidad, es decir, que sea rápida, con un coste adecuado, y de eficaz cumplimiento; son los propios Estados quienes conscientes de este reto están trabajando, conjuntamente con instituciones gubernamentales y no gubernamentales. Así, el contexto social se enmarca dentro de una crisis generalizada de la Administración de Justicia, y de la creciente demanda de los ciudadanos de ver satisfechos sus derechos fundamentales; «no basta con que el sistema reconozca un derecho, sino que es necesario que además sea satisfecho»[356], en concreto, el derecho a obtener una justicia efectiva en tiempo razonable[357]. En el contexto social, se observa el creciente malestar e indignación de esos mismos ciudadanos ante las deficientes políticas públicas; «la nuestra es una sociedad donde la proliferación de conflictos es, de hecho, la expresión de nuestro desarrollo»[358].

El conflicto es el producto de una sociedad avanzada, que introduce nuevas relaciones jurídicas, nuevas vías de su materialización, mejoras en el tiempo, y en su impacto. A medida que las sociedades y los individuos que las integran progresan es innegable que también generan una mayor conflictividad, tanto en sus relaciones de índole individual como colectiva, y no solo en número sino también en complejidad. Esta situación conlleva y exige cuestionar, en ciertos casos, los cauces existentes para evitar o resolver los conflictos, obligándolos a que se adapten a cada momento, situación, tipo de conflicto, y a que surjan nuevas vías que ofrezcan un mayor abanico de posibilidades a los ciudadanos[359].

Se percibe en la sociedad la conciencia sobre la necesidad de contar con una justicia eficaz como requisito imprescindible para el logro de su desarrollo económico y para la consolidación de la paz social. Existe una preocupación universal y es la búsqueda del paradigma de una justicia eficaz, donde los tribunales del Estado juegan un papel trascendental, aunque no único ni suficiente[360].

El número de conflictos ha crecido exponencialmente en nuestra sociedad a consecuencia del entramado de relaciones jurídicas que en ella se conforman, que ha derivado en la insuficiencia y la ineficacia de los mecanismos clásicos de resolución de conflictos, basados únicamente en fórmulas heterocompositivas, donde un tercero es

[356] VILALTA NICUESA, Aura Esther: «El marco jurídico: derecho comparado», *op. cit.,* p. 151.
[357] Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DOCE núm. C 364, 18 de diciembre de 2000, p. 20. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu>.
[358] CLESA, Carol; Joaquim BRUGUÉ Y Mariona ROSELL: «Gestión relacional y gobernanza: mecanismos de resolución de conflictos en la política de la Generalitat», *op. cit.,* p. 719.
[359] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* p. 55.
[360] BARONA VILAR, Silvia: «Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Ensayos*, vol. 18, núm. 1 (2011), p. 186.

quien impone una solución que, presuntamente, pone fin a dichos conflictos[361]. Otro factor que ha contribuido a la intensificación del problema de la tendencia judicializadora en la sociedad es la hipertrofia legislativa del ordenamiento jurídico, que resulta decisiva, desde un punto de vista cuantitativo, para la saturación de la Administración de Justicia, y desde un enfoque cualitativo, para el aumento de su complejidad técnica[362].

En la sociedad del bienestar y de la información, el ciudadano, además de conocedor de sus derechos, exige de las Administraciones públicas, no solo la materialización de esos derechos genéricamente reconocidos, sino la prestación social de unos servicios asistenciales a la carta. Mientras los conflictos se disparan en número y complejidad, la capacidad de la sociedad para resolverlos disminuye. Son los denominados problemas malditos, *wicked problems*, que responden a planteamientos sociales contradictorios de difícil o imposible salida, que reclaman perspectivas multidimensionales para gestionarlos. Son situaciones de confrontación que no encuentran solución en las decisiones adoptadas por tecnócratas. Los mecanismos tradicionales empleados para dar salida a estos conflictos sociales, apoyados en la especialización del conocimiento y en la posición jerárquica de la Administración de *command and control*, devienen insuficientes[363].

Esta situación de aumento de la conflictividad exige —y cuestiona en ciertos casos— que los cauces existentes para evitarla y, en su caso, resolverla, también vayan adaptándose a cada momento, a cada situación, a cada tipo de conflicto y, por supuesto, aparezcan nuevas vías que ofrezcan un mayor abanico de posibilidades a los ciudadanos.

Leticia García Villaluenga explica que el desarrollo de la mediación proviene de haber advertido un dato sociológico que se observa en la actualidad en las relaciones sociales, y es su creciente conflictividad, al tiempo que se orienta, como fin, a mostrar a los ciudadanos la necesidad de cuán importante es procurar la solución de los conflictos antes de fomentar su constante recurso a los órganos jurisdiccionales. La mediación se configura como un instrumento de paz social que implica una mayor participación de los ciudadanos, que engarza con un concepto amplio de hacer justicia desde y para sus protagonistas[364].

---

[361] CARRETERO MORALES, Emiliano: «La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos. Las ventajas de los MASC», en Helena SOLETO MUÑOZ (dir.), Emiliano CARRETERO MORALES y Cristina RUIZ LÓPEZ (coords.): *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, *op. cit.*, p. 21.

[362] MARTÍN BARBERÁN, Jaume; Juan José DAPENA MÉNDEZ y Francisca CANO LÓPEZ: «La transformación del campo del control de la criminalidad y la justicia penal», en Pompeu CASANOVAS I ROMEU, Leonardo DÍAZ ECHENIQUE y Marta POBLET BALCELLS (coords.): *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Barcelona (España): Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada; Departament de Justícia; Generalitat de Catalunya, 2009, pp. 95-96.

[363] CLESA, Carol; Joaquim BRUGUÉ Y Mariona ROSELL: «Gestión relacional y gobernanza: mecanismos de resolución de conflictos en la política de la Generalitat», *op. cit.,* p. 747.

[364] GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO: «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *op. cit.,* p. 77.

En este mismo sentido se pronuncia M.ª Carme Boqué cuando aclara que la mediación no es pura técnica, o un recurso marginal para hacer justicia, «sino un mecanismo de transformación social y de construcción de paz»[365].

La crisis de la justicia, que se ha manifestado de una manera generalizada en todos los países, sin distinción de tradición jurídica, tiene su origen en un incremento considerable de los conflictos entre individuos, al que acompañan ciertas dificultades de los poderes públicos y del sistema en general para asumir todo ese incremento de litigiosidad en toda su complejidad[366].

El aumento imparable de la conflictividad social ha provocado un exceso de regulación jurídica, lo que se conoce como «juridificación» de la vida social, una presencia omnipresente de la regulación jurídica y con ella del Poder Judicial. La respuesta del ciudadano, agrupaciones o personas jurídicas es un uso cada vez más generalizado de los distintos mecanismos que el sistema pone a su disposición[367]. El ciudadano medio lo que requiere es la protección de sus intereses frente a la demora interminable de los juzgados para solucionar cuestiones que requieren, más que pericia jurídica y una sentencia, un tercero que les acompañe y ayude a solucionar sus controversias; así, la tutela judicial efectiva ofrece una oportunidad y da paso a la tutela jurídica efectiva[368].

Son dos los motivos destacables que han propiciado potenciar la mediación y las ADR, en primer lugar, la necesidad de buscar soluciones consensuadas que fomenten la paz social y la convivencia, convirtiendo el conflicto en algo positivo, y, en segundo lugar, el significativo colapso del sistema jurisdiccional[369]. Sin embargo, la sobrecarga de litigios que padece el sistema judicial no debería explicarse argumentando el exceso de litigiosidad, como si se tratara de una cuestión de carácter cuantitativo que reduciría el problema a un elemento de dimensiones, sino también la falta de plasticidad del proceso para resolver conflictos que se deriva de causas absolutamente heterogéneas[370]. Silvia Barona Vilar lo explica como «una falta de efectividad del modelo existente», donde la mediación, en la búsqueda de esa efectividad, ha desempeñado junto con las demás ADR un papel esencial, y ha visto cómo los cauces que la vinculan al aparato judicial se han institucionalizado y

[365] BOQUÉ TORREMORELL, María Carme: *La mediación va a la escuela*. Madrid: Narcea, 2018, p. 15.
[366] VILALTA NICUESA, Aura Esther: *Mediación en el mundo. Concepto, teoría y práctica*, *op. cit.,* p. 154.
[367] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* pp. 32-33.
[368] COBAS COBIELLA, María Elena: «Resolución extrajudicial de conflictos en la era de la modernización de la justicia. Algunas reflexiones sobre la mediación», en Virginia PARDO IRANZO (coord.): *La mediación: algunas cuestiones de actualidad.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2015*,* p. 11.
[369] *Ibid.*, p. 12.
[370] ALONSO SALGADO, Cristina: *La mediación en el proceso penal*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2018, p. 24.

consolidado, perdiendo cada vez más su vocación de alternatividad, para pasar a integrar su valor complementario dentro del modelo judicial[371].

Para M.ª Gracia Morales, los sistemas alternativos de resolución de conflictos en la Unión Europea responden a una evolución social del concepto de justicia y de los ordenamientos jurídicos de los países miembros[372].

3. EL NUEVO PARADIGMA DE JUSTICIA PARA EL SIGLO XXI

3.1. Los paradigmas de la justicia, del «interés público» y del «interés del cliente»

Warren Burger, presidente del Tribunal de Justicia de Estados Unidos, en su conocido discurso «¿No hay una manera mejor?», pronunciado en la reunión de la ABA del 24 de enero de 1982 en Chicago, sobre el Informe anual del estado del Poder Judicial, comenzó relacionando la profesión de abogado con la justicia; la obligación que comporta la profesión de abogado es la de servir como «sanadores» de los conflictos humanos, y su cumplimiento significa el deber de proporcionar los mecanismos que puedan producir un resultado aceptable en el menor tiempo posible, con el menor gasto posible, y con un mínimo de estrés en los participantes. «De eso trata la justicia», apostilló. La ley es una herramienta, no un fin en sí mismo, comentaba, y como cualquier herramienta, determinados mecanismos judiciales, procedimientos o reglas pueden quedar obsoletos; así como la sierra de mano del carpintero fue reemplazada por la sierra eléctrica, debemos, decía, estar atentos a la necesidad de mejora para servir a nuestros propósitos[373].

A nivel de la UE también se ha asentado una idea de justicia más amplia que la procesal, que se centra en la satisfacción de los ciudadanos y en la calidad de las soluciones que se les ofrecen, así como en la necesidad de promover una resolución ágil y eficaz de los conflictos que favorezca el mercado común[374].

Nancy Welsh se plantea por qué parece tan difícil hablar de justicia dentro del campo de la solución de conflictos[375]. «Los procesos ADR representan un paradigma

[371] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* p. 45.
[372] MORALES FERNÁNDEZ, María Gracia: *La mediación: sistemas alternativos de resolución de conflictos. Sistemas complementarios al proceso. Un enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva*. Sevilla (España): Athenaica, 2017, p. 126.
[373] BURGER, Warren E.: «Isn't There a Better Way?», *op. cit.,* p. 274.
[374] SOLETO MUÑOZ, Helena: «La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», *op. cit.,* p. 27.
[375] WELSH, Nancy A.: «Remembering the role of justice in resolution: Insights from procedural and social justice theories», *Journal of Legal Education*, vol. 54, núm. 1 (2004), p. 50.

diferente de justicia», comenta Caroline Crowne, a quien le parece complicado abordar la problemática de la justicia porque las referencias a las nociones de justicia están conectadas inextricablemente con los principios y procedimientos de los fallos judiciales[376]. Los dos paradigmas, judicial y ADR parecen ser distintos, así, mientras que los juicios sirven principalmente al interés público (el paradigma del «servicio público»), las ADR lo hacen a favor de los intereses de los contendientes (el paradigma del «servicio al cliente»). Sin embargo, dice Caroline Harris que priorizar los intereses de los contendientes sobre los intereses públicos en las ADR puede causar preocupación, si los beneficios que proporciona son a costa de la justicia[377].

Los distintos procedimientos alternativos de resolución de litigios no sustituyen, en ningún caso, a los medios tradicionales de resolución de controversias, sino que, más bien, se complementan; todos ellos persiguen una misma finalidad común: permitir a las partes que puedan resolver de forma amistosa sus diferencias, antes de recurrir a la jurisdicción estatal[378]. Entre los beneficios que obtienen las partes de la mediación se encuentran el mayor sentido de equidad y justicia procesal, la capacidad de crear soluciones creativas, y uno poco estudiado concepto, pero relevante, de lo que significa un mayor acceso a la justicia para una variedad de tipos de casos. La mediación también puede mejorar la experiencia del litigante en el sistema de justicia como satisfactoria y justa[379].

Entre los diversos métodos de ADR, la mediación ocupa un lugar central que obedece a la mayor flexibilidad de sus prácticas, a su adaptabilidad a contextos y ordenamientos jurídicos diferentes, o, en definitiva, por el modelo de justicia y de orden social que transmite[380].

En los últimos treinta años se ha observado un aumento espectacular de la utilización de mecanismos alternativos de solución de controversias a nivel internacional. En relación con las controversias civiles, los procesos ADR han surgido en respuesta a la preocupación que suscita el proceso judicial tradicional, su lentitud, coste, y el no ofrecer, necesariamente, los mejores resultados para las partes. En la jurisdicción penal, las prácticas de justicia restaurativa tratan de abordar mejor las necesidades tanto de los delincuentes como de las víctimas, reconociendo las causas subyacentes a las conductas

[376] CROWNE, Caroline Harris: «The alternative dispute resolution act of 1998: Implementing new paradigm of justice», *op. cit.,* p. 1769.
[377] *Ibid.*, p. 1780.
[378] HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora: «Los mecanismos alternativos de resolución de litigios (ADR) en el ámbito de los contratos internacionales de construcción», en Jorge Luis TOMILLO URBINA, Leticia GARCÍA VILLALUENGA y Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO (coords.): *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, *op. cit.,* t. II: *Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos*, pp. 208-209.
[379] KULP, Heather Scheiwe: «Increasing referrals to small claims mediation programs: Models to improve access to justice», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 14, núm. 2 (2013), p. 371.
[380] FODDAI, Maria Antonietta: «Conciliación y mediación: ¿modelos diferentes de resolución de conflictos?», *op. cit.,* p. 46.

delictivas, haciendo que los delincuentes asuman la responsabilidad de sus acciones y reparando o restaurando los daños[381].

Sin embargo, como indica Floid Weatherspoon, con el rápido aumento del uso de los procesos de ADR en lugar de los litigios, la cuestión de si estos procesos pueden garantizar la justicia correctiva y la equidad procesal, evitar los prejuicios y no crear una subclase de contendientes sigue sin resolverse; se han realizado pocos estudios exhaustivos sobre si los usos de los procesos ADR son justos, en forma y sustancia, o si resulta una «justicia de segunda clase» para las minorías[382].

En aquellos casos donde la mediación es voluntaria y las personas no se ven obligadas a renunciar a su derecho de acudir a juicio al recurrir a este modo de resolver, las cuestiones de justicia y equidad podrían ser mínimamente relevantes. Por ejemplo, en California, el Estatuto de mediación en un tiempo facultaba al mediador para excluir a los abogados de participar en los procedimientos de mediación; en un caso de custodia de hijos, el mediador, con su específica preparación en salud mental pero no en derecho, podía centrar a las partes a que llegaran a un acuerdo no en base a la ley de custodia, quejándose los críticos de este modelo de mediación, pues sin ley que marque los límites se puede dejar la decisión en manos de la personal influencia del mediador[383].

Definir la «justicia» es un primer paso necesario para analizar si los beneficios de la priorización de los intereses del cliente, en las ADR, se consigue o no a costa de la justicia. La mayoría de las definiciones de justicia se refieren a la ley y, por lo tanto, al paradigma de los fallos judiciales, y desde esta óptica las ADR podría parecer incapaz de servir a la justicia[384]. La «justicia», en un sentido general, transmite un sentido de equidad, rectitud y validez, o, más estrechamente, un resultado de conformidad con la autoridad o la administración de la ley[385].

Lisa Bingham ha señalado toda una gama de términos de «justicia» que cubren un amplio abanico de conceptos de equidad, incluyendo las dimensiones distributivas, procedimentales, correctivas, retributivas, disuasorias, personales y sociales. La justicia que producen los sistemas de controversias varía dependiendo de quién esté ejerciendo el

---

[381] Parliament of Victoria, Australia: Alternative Dispute Resolution Law Reform Committee, p. 1; KULP, Heather Scheiwe: «Increasing referrals to small claims mediation programs: Models to improve access to justice», *op. cit.*

[382] WEATHERSPOON, Floyd D.: «The impact of the growth and use of ADR process on minority communities, individual rights, and neutrals», *op. cit.,* p. 794.

[383] REYNOLDS, Suzanne; Catherine T. HARRIS y Ralph A. PEEPLES: «Back to the future: An empirical study of child custody outcomes», *op. cit.,* p. 1651.

[384] CROWNE, Caroline Harris: «The alternative dispute resolution act of 1998: Implementing new paradigm of justice», *op. cit.,* p. 1780.

[385] SMITH, Stephanie y Janet MARTÍNEZ: «An analytic framework for dispute systems design», *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 14, núm. 1 (2009), p. 129.

control sobre su diseño, y son tres las preguntas clave: (i) quién está diseñando el sistema; (ii) cuáles son sus metas; y (iii) cómo ha ejercido su poder. Por ejemplo, históricamente, el sistema público de justicia civil es producto del diseño de un tercero, el Poder Judicial que interviene en beneficio de los contendientes. Y tradicionalmente, los sistemas de justicia privada surgen cuando ambas o todas las partes han negociado el sistema de controversias en sus contratos, como sucede por ejemplo en relaciones laborales o contratos comerciales[386].

Un examen cuidadoso de lo que significa justicia en la práctica demuestra que las ADR pueden ser tan justas como la vía de la adjudicación mediante sentencias, y que su integración en el sistema judicial no sacrificará la justicia[387].

La justicia a la que se refiere la mediación es aquella que las propias partes experimentan, articulan y encarnan en su propia resolución de la controversia. Sin embargo, las partes que acuden a la mediación judicial y resuelven sus disputas sobre la base de su ética, cultura, sentido de la moralidad, justicia personal y similares, en lugar de fundamentarse en la ley, deberían, en opinión de James Coben & Penelope Harley, haber han optado conscientemente por renunciar a sus derechos, y ser informadas previamente sobre el ejercicio de autodeterminación que ejercitan en mediación[388].

Pero dado que se recurre a las ADR por ser diferente a los juicios, los tribunales, los críticos no deberían exigir que las ADR se ajusten a las nociones tradicionales de justicia, sino más bien, partiendo del conocimiento del paradigma ADR, se debería informar sobre las evaluaciones de calidad y éxito obtenidos de los programas de ADR judiciales, con el fin de conseguir una integración efectiva de las ADR en el sistema judicial[389].

Las características procesales de los juicios y de las ADR demuestran que están diseñados para servir a intereses de dos tipos: el del público y el cliente, respectivamente. La uniformidad y la transparencia son las señas de identidad de la Administración judicial, lo que implica la imposición de las normas jurídicas en las resoluciones que se dictan y la posibilidad de revisarlas en apelación. A su vez, estas características hacen que los jueces respondan a los intereses públicos, limitando la discreción individual y exigiendo el cumplimiento de las normas comunes y las leyes públicas. Por el contrario, los distintivos

[386] BLOMGREN AMSLER, Lisa: «Designing justice: Legal institutions and other systems for managing conflict», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 24, núm. 1 (2008), pp. 21-22.
[387] CROWNE, Caroline Harris: «The alternative dispute resolution act of 1998: Implementing new paradigm of justice», *op. cit.,* p. 1780.
[388] COBEN, James R. y Penelope HARLEY: «Intentional conversations about restorative justice, mediation and the practice of law», *op. cit.,* p. 253.
[389] CROWNE, Caroline Harris: «The alternative dispute resolution act of 1998: Implementing new paradigm of justice», *op. cit.,* p. 1769.

de las ADR son la flexibilidad y la privacidad, lo que conlleva que los terceros neutrales respondan principalmente a los contendientes: los «clientes» reales de sus servicios[390].

Como se ha explicado anteriormente, un objetivo fundamental del movimiento ADR era empoderar a las personas y proporcionarles una mayor autodeterminación sobre la resolución de sus conflictos legales[391]. Por lo tanto, la cuestión es si el reclamante en un proceso ADR puede negociar (a menudo sin asistencia legal) una solución justa y equitativa[392]. Floyd Weatherspoon comenta que el Departamento de Justicia de Estados Unidos, en un estudio que examinó los casos litigados y los casos resueltos por ADR, lanzó la siguiente pregunta: «¿Resultan perjudicadas las personas que resuelvan sus conflictos a través de un proceso de ADR en lugar de un litigio al lograr un acuerdo sustancialmente menor de lo que podrían haber obtenido de una sentencia si hubieran continuado su reclamación ante los tribunales?». Los procedimientos que ofrecen a las personas la oportunidad de participar en la toma de decisiones expresando su voz son percibidos generalmente como más justos que los procedimientos que no lo hacen. Para este mismo autor, la justicia distributiva se basa en la idea de que las actitudes y comportamientos de las personas están motivados por sus propios intereses y ganancias materiales. Por lo tanto, el modelo de justicia distributiva sugiere que los participantes estarán más satisfechos con el resultado de un proceso de resolución de disputas cuando «ganen» su caso, porque ganar está asociado con lograr un beneficio[393]. Las respuestas analizadas mostraron que, en general, las partes, en los casos de procesos de ADR y litigios, solicitaron y se les concedió aproximadamente las mismas medidas de justicia, y estos resultados aportaron las pruebas de que las ADR no tuvieron en estos casos el efecto impartir una macrojusticia que altera los recursos jurídicos tradicionales[394].

Aunque la cuestión de la justicia y la equidad en los procesos de ADR se plantea continuamente, la cuestión de si las minorías, como los hispanos y negros en Estados Unidos, tienen el mismo acceso en el sistema judicial es también una cuestión recurrente[395]. En ambos sistemas, ADR y *adjudication*, se aprecian ventajas y desventajas.

---

[390] SHESTOWSKY, Donna: «Disputants' preferences for court-connected dispute resolution procedures: Why we should care and why we know so little», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 23, núm. 3 (2008), p. 567.

[391] *Idem*.

[392] WEATHERSPOON, Floyd D.: «The impact of the growth and use of ADR process on minority communities, individual rights, and neutrals», *op. cit.,* p. 794.

[393] BLOMGREN AMSLER, Lisa; Cynthia J. HALLBERLIN; Denise A. WALKER y Won-Tae CHUNG: «Dispute system design and justice in employment dispute resolution: Mediation at the workplace», *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 14, núm. 1 (2009), pp. 38-39.

[394] WEATHERSPOON, Floyd D.: «The impact of the growth and use of ADR process on minority communities, individual rights, and neutrals», *op. cit.,* p. 794.

[395] VAN LOO, Rory: «Tale of two debtors: Bankruptcy disparities by race», *Albany Law Review*, vol. 72, núm. 1 (2009), pp. 236 y 253.

Lon Fuller describió las distintas modalidades que las ADR podrían adoptar, y distinguió en qué casos podría ser más adecuado utilizarlas atendiendo a ciertas limitaciones que presenta la *adjudication*[396].

Por ejemplo, las ADR pueden hacer que la justicia sea accesible a las partes que no poseen un conocimiento de la jerga legal, o conservan relaciones a largo plazo que a menudo se ven perjudicadas por los litigios, además de proporcionar foros accesibles en los que resolver una multiplicidad de tipos de conflictos[397]. Por otro lado, la crítica más profunda a la que se enfrenta las ADR es probablemente el ser un sistema predominantemente privado, y en tanto que los procesos y resultados de las ADR generalmente no son conocidos por el público, este sistema puede mantener algunas cuestiones jurídicas de vital importancia pública fuera del alcance de los tribunales, privando así al derecho común de pronunciamientos judiciales, como oportunidades de progreso[398]. Es más, existen características propias de las ADR que pueden considerarse positivas en algunas situaciones, pero negativas en otras, y, al contrario, los costes psicológicos, económicos y temporales, por no mencionar las barreras linguísticas y culturales, convierten en ineficaces a los tribunales como mecanismos para resolver ciertos tipos de controversias, y para ciertas categorías de contendientes[399]. Frank Sander ha sugerido reservar los tribunales para aquellas actividades para las que sean más adecuados, y con ello evitar inundarlos y paralizarlos con casos que no requieran las capacidades únicas de los jueces[400].

«La pregunta que conviene plantear es cómo determinar cuál es el sistema más apropiado y menos propenso a perjudicar a los grupos minoritarios, pero estas preguntas siguen sin respuesta»[401]. Por ejemplo, a menudo se considera que la mediación es más apropiada para aquellos conflictos donde las partes tienen un interés mayor en mantener su relación a largo plazo; la mediación intenta capitalizar el interés conjunto ofreciendo un proceso diseñado para identificar los intereses respectivos de las partes con la esperanza de llegar a una solución que los maximice para ambas[402].

---

[396] FULLER, Lon L. y Kenneth I. WINSTON: «The Forms and Limits of Adjudication», *op. cit.,* p. 357.
[397] SHWEDER, Sylvia S.: «Judicial limitations in ADR: The role and ethics of judges encouraging settlements», *op. cit.,* p. 53.
[398] *Ibid.*, p. 55.
[399] MAIN, Thomas O.: «ADR: The new equity», *University of Cincinnati Law Review*, vol. 74, núm. 2 (2005), p. 329.
[400] GRAY, Ericka B.: «Creating history: The impact of frank sander on ADR in the courts», *Negotiation Journal*, vol. 22, núm. 4 (2006), pp. 450-451.
[401] SHWEDER, Sylvia S.: «Judicial limitations in ADR: The role and ethics of judges encouraging settlements», *op. cit.,* pp. 53-56.
[402] METZLOFF, Thomas B.; Ralph A. PEEPLES y Catherine T. HARRIS: «Empirical perspectives on mediation and malpractice», *Law and Contemporary Problems*, vol. 60, núm. 1 (1997), p. 108.

El sistema judicial resulta incapaz de resolver todos los casos posibles, ni todos los presentados ante los tribunales, pues el procedimiento del que se dispone es lento y costoso. Al ocupar el acuerdo una necesidad apremiante, desde el punto de vista del sistema judicial civil, dependemos, dice Kevin Clermont, de las partes en litigio, de su decisión de buscar alternativas al uso del sistema judicial. Los reformadores del sistema buscan aumentar constantemente la tasa de liquidación, que mide el porcentaje de casos archivados, bien por desistimiento, abandono, acuerdo negociado en privado o por ADR[403].

Como señalan varios teóricos, el papel de la solución acordada en el sistema jurídico de Estados Unidos ha aumentado, y se pretende incrementar la «tasa de acuerdos», que mide el porcentaje de aquellos casos que han logrado soluciones mediante concesión o pacto negociado de manera privada por las partes o mediante un proceso de ADR como es la mediación. Comenta Carrie Menkel-Meadow que algunos piensan que este fenómeno sucede porque se ha promovido activamente con leyes como la *Civil Justice Reform Act*, otros por la simple presión de la carga de casos judiciales, y otros debido a la conveniencia de alcanzar esos acuerdos iniciados y consentidos por las partes para resolver sus disputas. Mientras que algunos jueces y abogados sugieren que se debe continuar el aprovechamiento de las ventajas que ofrece la solución acordada para reducir la carga judicial, o para conseguir la equidad entre los reclamantes, especialmente en acciones colectivas, otros muchos juristas y académicos continúan expresando su preocupación por el uso de la solución acordada como un mecanismo para resolver las disputas legales[404].

Sin embargo, el sistema judicial debe seguir resolviendo algunos casos para pronunciarse sobre las leyes, pues sus resoluciones judiciales establecen cuáles son las normas a partir de las cuales las partes pueden negociar la solución de sus diferencias[405]. De este modo, las partes pueden «negociar a la sombra de la ley» para alcanzar resultados que generalmente se ajusten a ella, y, por lo tanto, promueven los propósitos de la ley[406]. Así pues, la «tasa de acuerdos» podría llegar a ser demasiado alta, y si las partes resolvieran fuera de los juzgados todos los casos, se producirían grandes lagunas en la ley, que se supone que es el instrumento que debe establecer las normas para lograr soluciones pactadas[407]. En la medida que los tribunales resuelven los casos, las lagunas

[403] CLERMONT, Kevin M.: «Litigation realities redux», *Notre Dame Law Review*, vol. 84, núm. 5 (2009), p. 1951.
[404] MENKEL-MEADOW, Carrie: «Whose dispute is it anyway? A philosophical and democratic defense of settlement (in some cases)», *The Georgetown Law Journal*, vol. 83 (1995), pp. 2664-2665.
[405] CLERMONT, Kevin M.: «Litigation realities redux», *op. cit.,* p. 1951.
[406] MNOOKIN, Robert H. y Lewis KORNHAUSER: «Bargaining in the shadow of the law: The case of divorce», *The Yale Law Journal*, vol. 88, núm. 5 (1979), p. 997.
[407] POSNER, Richard A.: «The summary jury trial and other methods of alternative dispute resolution: Some cautionary observations», *University of Chicago Law Review*, núm. 53 (1986), p. 372.

podrían ser menores, y si no lo hacen, la ley seguiría siendo, no solo ineficientemente difusa, sino también insuficientemente conforme a los fines sociales. Para Fiss Owen el acuerdo es siempre un mal sustituto del juicio[408].

En la década 1985-1995, el debate sobre cómo deben resolverse las controversias se polarizó, lo que demuestra una vez más, según Carrie Menkel-Meadow, las dificultades de los argumentos simplistas y contradictorios[409]. En su opinión, este debate, si bien es útil para explicitar los valores subyacentes que apoyan el sistema legal, no ha abordado eficazmente las realidades acerca de las modernas disputas legales, políticas y personales. La pregunta no gira sobre la solución «a favor o en contra de», pues el acuerdo se ha convertido en la «norma» para nuestro sistema, sino ¿cuándo, cómo y en qué circunstancias deben resolverse los casos?, ¿cuándo nuestro sistema legal, nuestra ciudadanía y las partes en sus disputas particulares necesitan un procedimiento legal formal, y cuándo sus respectivos intereses deben ser atendidos mediante un acuerdo, bien sea este público o privado?[410].

El problema en torno al debate *Settlement* vs. *Adjudication* es reducirlo a dos procesos, cuando son más, y no tener en consideración otras variables que afectan a esos procesos. Por ejemplo, en las últimas décadas, las ADR se han convertido en una parte integral de los mecanismos del Estado para responder a disputas, y los dos sistemas, el judicial y las ADR, han comenzado a «integrarse» o «fusionarse» entre sí. Desde otro punto de vista, el sistema del Estado está cada vez más desordenado, y el sistema «privado» se está convirtiendo en la elección, cuando los litigantes tienen los recursos y la capacidad de elegir[411].

El presidente del Tribunal Supremo, Burger, al apoyar la expansión de las ADR advirtió que esta no debería desplazar totalmente a los tribunales, sino que debería ser una alternativa que complementase el sistema judicial[412]. La mediación y los procesos ADR

[408] FISS, Owen M.: «Against Settlement», *The Yale Law Journal*, vol. 93, núm. 6 (1984), pp. 1082-1085.

[409] Carrie Menkel-Meadow describe las dos posiciones enfrentadas: en un extremo se encuentran quienes cuestionan los procesos informales por considerarlos injustos para los grupos sociales desfavorecidos, como Richard Delgado; otros, como Judith Resnik, critican a los tribunales (federales) su falta de voluntad para hacer su trabajo básico de resolver pleitos; Stephen Yeazell sugiere que demasiados acuerdos descentralizan la resolución de controversias y la creación de leyes públicas; Kevin C. McMunigal argumenta que un exceso de acuerdos creará malos abogados defensores; y David Luban y Jules Coleman, entre otros filósofos, critican el valor moral de los compromisos a los que se les considera acuerdos legales. Por otro lado, los férreos defensores de la solución alternativa de controversias, como la mediación, critican el desperdicio económico y emocional que implican los procesos litigiosos de los tribunales de justicia, su coste, la ineficiencia y la injusticia severa que se producen en algunos casos.

[410] MENKEL-MEADOW, Carrie: «Whose dispute is it anyway? A philosophical and democratic defense of settlement (in some cases)», *op. cit.,* pp. 2664-2665.

[411] RESNIK, Judith: «Many doors? Closing doors? Alternative dispute resolution and adjudication», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 10, núm. 2 (1995), p. 214.

[412] BURGER, Warren E.: «Isn't There a Better Way?», *op. cit.,* p. 277.

son herramientas que deben seleccionarse y utilizarse de forma apropiada, según corresponda en cada controversia. No son una panacea y su uso no siempre es conveniente. La mediación y el resto de las ADR simplemente ofrecen oportunidades adicionales que pueden servir mejor a las partes enfrentadas en un conflicto. Nunca reemplazarán totalmente a los litigios y solo deben utilizarse cuando se pueda obtener un mejor resultado, que viene determinado mediante una comprensión profunda de los ointereses y preocupaciones de las partes[413]. De esta forma, se ofrece un control sobre la «ley estricta» mediante la creación de métodos experimentales de resolución de controversias que alumbran nuevas perspectivas sobre la justicia procesal y social[414].

El siglo XXI está produciendo, al menos en los países más desarrollados, un nuevo paradigma de justicia, que evidencia una apariencia de haber superado, al menos estructuralmente, los principios básicos del proceso por el que se luchó desde el siglo XVIII[415].

3.2. La mediación y la justicia informal

3.2.1. El enfoque del acceso a la justicia

Mauro Cappelletti y Bryant Garth en su obra *Access to Justice*, conocida coloquialmente como el «Proyecto Florencia», consideran que el concepto de acceso a la justicia es un fenómeno que ha experimentado una transformación radical; los derechos a la representación legal y a la igualdad formal, las respuestas a la ideología burguesa liberal de finales de los siglos XVIII y XIX ya no son suficientes, o incluso necesarios para el concepto de acceso a la justicia[416].

El significado de la justicia no se agota con el concepto de «justicia legal»[417]. Un concepto de justicia amplia e integral se va consolidando como resultado de la preocupación por un enfoque de acceso a la justicia que trasluce el interés de los sistemas jurídicos por atender las necesidades de quienes cuentan con más dificultades para reivindicar sus derechos, y de la preocupación por facilitar los mecanismos que puedan

[413] JACKSON, John Arter: «Managing and resolving legal issues in technology: Report from the Albany Law School Science and Technology Law Center Project», *Albany Law Journal of Science & Technology*, vol. 9, núm. 2 (1999), p. 277.
[414] WELSH, Nancy A.: «Remembering the role of justice in resolution: Insights from procedural and social justice theories», *op. cit.,* p. 59.
[415] SOLETO MUÑOZ, Helena: «La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», *op. cit.,* p. 22.
[416] GRAYCAR, Regina: «The politics of informal justice by Richard l. Abel; neighborhood justice: Assessment of an emerging idea by Roman Tomasic and Malcolm M. Feeley; Community Justice Centres: A report on the NSW Pilot Project 1979-1981, Law Foundation of New South Wales», *Australian Journal of Law and Society*, vol. 1, núm. 2 (1983), pp. 396-397.
[417] STULBERG, Joseph B.: «Fairness and mediation», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 13, núm. 3 (1998), p. 910.

materializarlos; se propone un concepto de justicia integral a partir de la evolución del concepto de acceso a la justicia, teniendo en cuenta los distintos aspectos de la justicia: distributivo, retributivo y restaurativo[418].

La evolución del concepto moderno de acceso a la justicia la han descrito Mauro Cappelletti y Bryan Garth en términos de «olas» de cambios, tres etapas que han ido sucediéndose en una secuencia cronológica desde 1965; no son etapas distintas, sino momentos diferentes que asumen lo conseguido en tiempos anteriores: (i) la ola de la asistencia jurídica de las personas económicamente desfavorecidas como primera respuesta al problema del «acceso»; (ii) la ola de las reformas dirigidas a proporcionar representación legal para la defensa de los intereses difusos de grupos, y en la garantía de los derechos colectivos; y (iii) la ola a la que denominan el «acceso a la justicia» por su alcance general[419]. En esta evolución del concepto de acceso a la justicia, se observa cómo en la primera ola se reduce al concepto de justicia retributiva, se puede hablar del origen de la asistencia jurídica gratuita (*legal aid*); en la segunda ola se incluye y presta atención a la justicia distributiva, donde una visión individualista de la «tutela judicial efectiva» avanza hacia una concepción colectiva, que abarca el enjuiciamiento de conflictos de derecho público y los intereses difusos; y, por último, a partir de la tercera ola hay un mayor énfasis en la justicia restaurativa. Esta última ola podría calificarse como la que origina el enfoque del concepto de acceso a la justicia más amplio, una concepción que desarrolla una diversidad de alternativas a los litigios en los tribunales para resolver los conflictos y los problemas de la justicia, así como reformas para simplificar el sistema de justicia y facilitar una mayor accesibilidad[420].

En su mayor parte, esta tercera ola parece referirse principalmente a una serie de medios para mejorar la accesibilidad a la justicia civil, un enfoque holístico de la justicia que propone no solo nuevas normas de justicia sino también nuevas maneras de lograr la justicia; se plantean mecanismos de resolución de problemas y negociaciones que sustituyen, no solo los conceptos tradicionales de justicia, sino a los mecanismos formales para lograr el acceso a la justicia[421].

---

[418] GARCÍA AÑÓN, José: «Acceder a la justicia: la función de las universidades, las clínicas jurídicas y las ONG, y su impacto construyendo los límites del derecho», en Cristina GARCÍA-PASCUAL: *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2018, pp. 302-303.

[419] GRAYCAR, Regina: «The politics of informal justice by Richard l. Abel; neighborhood justice: Assessment of an emerging idea by Roman Tomasic and Malcolm M. Feeley; Community Justice Centres: A report on the NSW Pilot Project 1979-1981, Law Foundation of New South Wales», *op. cit.,* p. 135.

[420] GARCÍA AÑÓN, José: «Acceder a la justicia: la función de las universidades, las clínicas jurídicas y las ONG, y su impacto construyendo los límites del derecho», *op. cit.,* pp. 306-308.

[421] CURRIE, Albert: *Riding the third wave: Rethinking criminal legal aid within an access to justice framework*. Research and Statistics Division, Department of Justice Canada, 2004 [en línea]. Disponible en: <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/ccs-ajc/rr03_5/rr03_5.pdf>, pp. 9 y 11.

José García Añón se pregunta qué supone una concepción más amplia o integral del acceso a la justicia, este «enfoque de acceso a la justicia» (*access to justice approach*) en las instituciones existentes, y la respuesta son cambios: (i) en la concepción de qué incluye la idea y los estándares de justicia (¿qué?), (ii) en las formas de acceso (¿cómo?), y (iii) en la función de los destinatarios o actores que participan en los conflictos (¿quién?)[422].

En lo relativo a los estándares de la justicia, ésta debería ser más proactiva, y resolver problemas, al menos, contribuir a las soluciones de aquellos problemas humanos que aparecen en el ámbito de la justicia penal[423]. Debería tener una función más enfocada a resolver problemas, lo que implica no solo asegurar el cumplimiento de la norma, sino también la búsqueda de una solución satisfactoria para todas las partes afectadas[424]. En cuanto a las formas de acceso a la justicia, el cómo, se propone, ante la insuficiencia del sistema institucionalizado, donde muchos de los conflictos que se plantean tienen dimensiones económicas o sociales que el sistema jurisdiccional es incapaz de resolver, el uso de mecanismos que sirvan para hacer efectivos y reales los derechos económicos, sociales y culturales. Y finalmente, queda la cuestión relativa a la participación de los actores en el proceso, el quién. Las partes afectadas deben deben asumir un papel más activo en el proceso, una mayor participación, lo que supone también replantear la función tradicional de jueces, fiscales y abogados, y la entrada de nuevos actores que pueden formar parte de estos procesos en defensa del interés público y de la sociedad civil en general[425].

Cuando surge un conflicto, lo que esencialmente cuestionan los ciudadanos son unos intereses individuales o personales, comenta Sivia Barona Vilar, que admiten diversos planteamientos, y frente a los cuales el ordenamiento jurídico necesariamente debe ofrecer una cobertura jurídica. La pretensión que alberga el Estado, con su propósito de asegurar el «acceso a la justicia» es garantizar la cobertura jurídica, entendida, no como la necesidad de acudir a los tribunales para conseguir protección, sino como la disponibilidad de los medios adecuados para obtener las respuestas idóneas en cada caso concreto[426].

Las razones que explican por qué surgen los mecanismos informales de resolución de controversias fuera del ámbito judicial son, por una parte, la sobrecarga de litigios que sufren los tribunales de justicia, y por otra, que estos tribunales resultan inapropiados para

---

[422] GARCÍA AÑÓN, José: «Acceder a la justicia: la función de las universidades, las clínicas jurídicas y las ONG, y su impacto construyendo los límites del derecho», *op. cit.,* p. 308.
[423] CURRIE, Albert: *Riding the third wave: Rethinking criminal legal aid within an access to justice framework*, *op. cit.,* p. 14.
[424] GARCÍA AÑÓN, José: «Acceder a la justicia: la función de las universidades, las clínicas jurídicas y las ONG, y su impacto construyendo los límites del derecho», *op. cit.,* p. 309.
[425] *Ibid.*, p. 314.
[426] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* pp. 55-56.

tratar cierta clase de disputas debido a que sus procedimientos, y el coste de presentar los casos ante ellos, representan un obstáculo para el libre acceso a la justicia[427].

El profesor Stephen Subrin, en su etapa de oponente de las ADR, dividió en cuatro categorías generales la crítica general: (i) el fracaso de la reivindicación de derechos y la aplicación de la ley; el mismo término «resolución de controversias» implica que la razón central de la *adjudication* es deshacerse de las controversias, en lugar de concentrarse en la aplicación de la ley y la reivindicación de los derechos; (ii) un proceso particularmente perjudicial para los más vulnerables de la sociedad, privándoles de protecciones jurídicas; estas personas no pueden confiar en nadie más poderoso que les proteja, sino que deben ampararse en los derechos que les protegen legalmente; (iii) la pérdida de dignidad humana que implica no mejorar el derecho a ser oído en un tribunal abierto; resulta importante que los litigantes cuenten sus historias en audiencia abierta para que el mundo pueda oír hablar del trato injusto al que han sido sometidos; y (iv) las pérdidas para la comunidad en general como resultado de la privatización de la función judicial, aunque no se ha corroborado con números, que las ADR hayan impedido que se haya formado jurisprudencia[428].

En la UE, la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, fue promulgada en el momento en que toda Europa comenzó a afrontar el reto importante para la justicia: la modernización de sus estructuras y metodologías[429]. El acceso a un foro alternativo para la resolución de controversias disponible para todas las personas, independientemente de sus circunstancias financieras, es esencial para otorgar al sistema judicial legitimidad en justicia[430]. La mediación, y las ADR en general, se han convertido en el medio para permitir el «acceso a la justicia» cuando fracasa la «adjudicación», y ofrecen una nueva visión de la justicia procesal y sustantiva planteando un sistema menos formal que invita a las partes a participar tanto en el proceso como en el resultado[431]. Son un conjunto de procesos más cómodos que la *adjudication*, y tanto la satisfacción de los litigantes como su entusiasmo se mencionan como una evidencia de su accesibilidad e inteligibilidad; se supone que esa informalidad de la mediación y las ADR, con su potencial de privacidad, dispone a las partes para encontrarse conforme a su gusto, y con esa facilidad son capaces de lograr mejores

[427] GRAYCAR, Regina: «The politics of informal justice by Richard l. Abel; neighborhood justice: Assessment of an emerging idea by Roman Tomasic and Malcolm M. Feeley; Community Justice Centres: A report on the NSW Pilot Project 1979-1981, Law Foundation of New South Wales», *op. cit.,* pp. 396-397.
[428] SUBRIN, Stephen N.: «Traditionalist looks at mediation: It's here to stay and much better than thought», *Nevada Law Journal*, vol. 3, núm. 2 (2002), pp. 215-222.
[429] ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual: «La mediación como medio de solución de conflictos», *op. cit.,* p. 22.
[430] SPAIN, Larry R.: «Alternative dispute resolution for the poor: Is it an alternative», *North Dakota Law Review*, vol. 70, núm. 2 (1994), p. 269.
[431] MAIN, Thomas O.: «ADR: The new equity», *op. cit.,* pp. 373-374.

resoluciones. La conversación y la cooperación se sustituyen por el conflicto; se trata de un empoderamiento de la informalidad[432].

3.2.2. El acceso a la justicia y la mediación

La solución alternativa de controversias, ADR, cobró impulso al mismo tiempo que los académicos de todo el mundo comenzaban a examinar los problemas de acceso a la justicia[433]. Las críticas tempranas a la mediación y las ADR cuestionaban estos procesos informales como una especie de «justicia de segunda clase»[434]. Desde esta perspectiva, los programas de mediación estaban dirigidos en gran medida a personas sin recursos económicos, y desfavorecidas, desviándolas así de los tribunales donde podían ejercitar sus derechos, y donde las protecciones procesales les daban la oportunidad de imponerse a las partes más favorecidas. Esta crítica se basa en una visión de la justicia como la reivindicación de unos derechos legalmente reconocidos, a través de procedimientos formales y públicos. Las políticas jurídicas que bloquean el acceso a los tribunales donde presumiblemente se reivindican esos derechos exigen, por tanto, un examen detallado. Los programas de mediación, cuando son obligatorios y cuando la mediación impone unos costes a los participantes que pueden disminuir su capacidad para entablar litigios, se consideran particularmente sospechosos[435].

Sin embargo, al mismo tiempo, y como parte del amplio examen del acceso a la justicia, algunos estudiosos y profesionales han cuestionado las presunciones en torno a las nociones de justicia basadas en los derechos, y al hacerlo también han planteado preguntas sobre la capacidad de los tribunales y los procesos judiciales formales para impartir justicia. Por ejemplo, en su obra *Against Settlement*, la posición que defiende el profesor Owen Fis está cerca de equiparar la justicia con la ley; él opta por incluir entre los casos no aptos para el arreglo con ADR aquellos en los que hay que hacer justicia, o donde existe una necesidad social genuina de una interpretación autorizada de la ley. Otros autores como Andrew W McThenia and Thomas Shaffer no comparten esta visión y no creen por el contrario que la ley y la justicia sean sinónimos. La justicia no suele ser algo

[432] RESNIK, Judith: «Many doors? Closing doors? Alternative dispute resolution and adjudication», *op. cit.,* p. 249.
[433] MCEWEN, Craig A. y Laura WILLIAMS: «Legal policy and access to justice through courts and mediation», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 13, núm. 3 (1998), p. 865.
[434] DELGADO, Richard; Chris DUNN; Pamela BROWN y Helena LEE: «Fairness and formality: Minimizing the risk of prejudice in alternative dispute resolution», *op. cit.,* p. 1362.
[435] MCEWEN, Craig A. y Laura WILLIAMS: «Legal policy and access to justice through courts and mediation», *op. cit.,* p. 865.

que la gente obtenga del Gobierno, sino del acuerdo con los otros. Y los tribunales no son los únicos o incluso los lugares más importantes donde se dispensa justicia[436].

Desde esta perspectiva, la justicia implica el empoderamiento de las personas para dar forma a las decisiones sobre sus propias vidas y conflictos en los términos que para ellas son significativos. Las normas sobre las que se toman decisiones no son necesariamente los derechos legales, y los procedimientos donde se adoptan suelen ser más los informales que los formales con todas sus garantías procesales. Desde este punto de vista, la cuestión central del acceso a la justicia implica el acceso a un proceso como la mediación, no a los tribunales. En este encuadre, la mediación es el procedimiento donde los contendientes presumiblemente tienen el poder de participar activamente, y decidir los resultados y los criterios que les afectan a ellos mismos[437].

Robert Baruch Bush y Joseph Folger explican en su obra *La promesa de la mediación* cómo la respuesta al conflicto desde una orientación de justicia distributiva ha resultado excesivamente destructiva y costosa. En esta visión distributiva, el conflicto se define como una disputa entre los aspirantes a unos mismos recursos, donde el ganador se apodera de todo. Esta respuesta ideal al conflicto se corresponde con la asignación de los recursos en litigio a la parte a la que asiste una mayor argumentación conforme al derecho y a la equidad, y es la base del sistema legal y formal de resolución de disputas, y también del proceso de arbitraje[438].

En este sentido, Carrie Menkel-Meadow apunta que los acuerdos que alcanzan las partes afectan a sus vidas, y son ellas quienes deben decidir finalmente lo que quieren hacer. No hay nada en el modelo de resolución de conflictos que obligue a las partes a considerar la justicia de sus soluciones, a menos que sea una necesidad, expresada o no, de una de las partes. Pero si el propósito de este modelo es lograr un resultado que más satisfaga a las partes, no hay ninguna razón por la que esa satisfacción no deba incluir saber que uno ha obrado bien, o en justicia[439].

La resolución de problemas, como la mediación, ofrece una alternativa al enfoque de la justicia distributiva basada en un planteamiento menos antagónico y más expansivo en el uso de los recursos y del interés propio. Las partes pueden aclarar y perseguir sus propios intereses al mismo tiempo que consideran los intereses de terceros. La mediación sugiere que las partes pueden conseguir más de lo que se proponen si tratan los conflictos

[436] MCTHENIA, Andrew W. y Thomas L. SHAFFER: «For reconciliation», *Yale Law Journal*, vol. 94, núm. 7 (1985), pp. 1664-1665.
[437] MCEWEN, Craig A. y Laura WILLIAMS: «Legal policy and access to justice through courts and mediation», *op. cit.,* p. 866.
[438] BARUCH BUSH, Robert A. y Joseph P. FOLGER: *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, *op. cit.,* p. 98.
[439] MENKEL-MEADOW, Carrie: «Toward another view of legal negotiation: The structure of problem solving», *UCLA Law Review*, vol. 31, núm. 4 (1984), p. 817.

como problemas que pueden definirse en conjunto, y abordarlos con la intención de hallar soluciones globales. Son ellas, las partes, quienes pueden reconducir la jerarquía del proceso y el resultado de la resolución de conflictos subrayando la apertura, la colaboración y la capacidad creadora, sin renunciar a corregir los errores de desequilibrio de poder, y la escalada destructiva de los obstáculos[440].

Al mismo tiempo que se constata que a menudo las partes enfrentadas en una controversia son reacias a llevar a cabo la mediación, incluso si está disponible sin cargo para ellas, también existen pruebas sustanciales de investigación que sugieren que las partes son más propensas a considerar la mediación como «procesalmente justa» y satisfactoria en comparación con los procesos judiciales u otros métodos de resolución[441].

Muchos podrían argumentar hoy que la mediación proporciona una «justicia de segunda clase», y que en relación al acceso de la justicia una de las cuestiones importantes a tener en cuenta gira en torno a la disponibilidad de la mediación, especialmente para aquellos contendientes que disponen de unos ingresos bajos y moderados. El término «justicia de segunda clase» se emplea con frecuencia, pero es en sí mismo problemático; primero porque no se tiene claro qué constituye la justicia, y menos la modalidad de «primera clase». La respuesta más común identifica justicia con ganar en el juicio, y la calidad del juez, el abogado y la administración del tribunal probablemente contribuyen a la percepción de la justicia. La distinción de clases es similar a las distintas categorías de hoteles, cuanto más se paga, mayor es la calidad. En consecuencia, si una parte del conflicto tiene capacidad económica para contratar a un abogado experto, y de honorarios elevados, el resultado final debería ser mejor que lo que podría lograr a través de otros medios. Y en la mediación esta percepción es clave y también ha llegado al público, de tal modo que, si se ofrece una mediación sin cargo alguno, o por muy poco coste, es cuestionable, y, sin embargo, si se pagan buenos honorarios, se está recibiendo un gran servicio de mediación. Se deben hacer esfuerzos para disipar esta idea, ya que este no es el mensaje que debe transmitirse sobre la mediación[442].

Las políticas jurídicas en materia de mediación deben estar especialmente atentas a los costes del proceso en el que participan las partes. Si el acceso a la justicia significa la disponibilidad de la mediación para todas las partes, requiere de políticas legales que financien los servicios de mediación, y que se pongan efectivamente al servicio de los contendientes. Y si el acceso a la justicia implica la posibilidad de acudir a los tribunales,

[440] BARUCH BUSH, Robert A. y Joseph P. FOLGER: *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, *op. cit.,* p. 99.
[441] MATZ, David E.: «Why disputes don't go to mediation», *Mediation Quarterly*, núm. 17 (1987), p. 7.
[442] KOVACH, Kimberlee K.: «Costs of mediation: Whose responsibility», *Mediation Quarterly*, vol. 15, núm. 1 (1997), p. 18.

debe protegerse con políticas que no aumenten las cargas sobre las partes ni las presionen para alcanzar acuerdos. Y dado que el acceso a la justicia implica ambas cosas, debe priorizarse el esfuerzo por maximizar ambas formas de acceso, reconociendo al mismo tiempo otros valores de la mediación como son la equidad, la eficiencia y la calidad[443].

Para servir al bien público que es la justicia, el sistema legal debe estar diseñado para hacer cumplir las leyes elegidas por una sociedad, y para ayudar a educar a la sociedad en cuanto al significado y alcance de esas leyes. Utilizando un sistema legal formal como los tribunales, se puede servir a estos intereses en tanto se enjuician disputas legales que son resueltas públicamente a través de decisiones judiciales que se difunden ampliamente. También este sistema jurídico debe diseñarse de tal manera que se gane la confianza y el respeto de la sociedad, debiendo asegurar que sea lo suficientemente accesible para todos los justiciables, y que se perciba que se dispensa un trato igualitario. Al mismo tiempo, se reconoce que los juicios públicos pueden ser muy lentos y costosos, lo que perjudica al público, que tiene interés en la eficiencia, y de igual manera también perjudica a los contendientes particulares. En conclusión, si se resuelven todas las cuestiones jurídicas mediante costosos juicios públicos, no se servirá al interés público, y de ahí que las soluciones negociadas o mediadas adquieran relevancia y sentido para algunos de estos problemas; de esta manera la mediación, a veces, puede servir al interés público en el cumplimiento legal incluso mejor de lo que podría coseguirse con una solución judicial[444].

4. SITUACIÓN ACTUAL Y TENDENCIAS MUNDIALES EN LA MEDIACIÓN

4.1. El auge de la mediación contemporánea

La mediación está desarrollándose rápidamente en todo el mundo y promoviéndose activamente en muchos países[445]. Hoy en día, en los Estados Unodos, la mediación moderna puede considerarse, aparte de los litigios, como uno de los instrumentos de solución de controversias más populares. Varios estudios concuerdan en informar sobre la alta tasa de acuerdos que se alcanzan, y el alto grado de satisfacción que se obtiene una vez que se ha llevado a cabo un proceso de mediación[446]. Desde África hasta Malasia, la

[443] MCEWEN, Craig A. y Laura WILLIAMS: «Legal policy and access to justice through courts and mediation», *op. cit.,* pp. 881-882.
[444] STERNLIGHT, Jean R.: «ADR is here: Preliminary reflections on where it fits in system of justice», *Nevada Law Journal*, vol. 3, núm. 2 (2002), pp. 300-301.
[445] SCHONEWILLE, Manon y Fred SCHONEWILLE: *The variegated landscape of mediation: A comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the World*, *op. cit.,* p. 14.
[446] HOFFMANN, Alexander: «Mediation in Germany and the United States», *op. cit.,* p. 504.

mediación está ganando fuerza, y en la India, los programas de mediación asociados a los tribunales han sido descritos como un rayo de esperanza[447].

Laura Nader concluye en sus estudios antropológicos que muchas sociedades históricamente se han dedicado con mucho más énfasis a la armonía y a lo curativo, y menos atención le han merecido los enfoques contradictorios individualistas que priman hoy en día en Estados Unidos. También ha observado que el enfoque de una sociedad para la resolución de controversias dependerá de una serie de factores geográficos, sociológicos, históricos y de otro tipo, y que el énfasis en la armonía y la comunidad contiene aspectos positivos y negativos[448]. Son numerosas las fuerzas sociales, culturales y prácticas que influyen para apartar a las partes contendientes de los procesos judiciales financiados por el Estado[449], por lo que algunas demandas nunca se convierten en disputas en un contencioso[450].

El crecimiento de la mediación como solución alternativa de resolución de controversias está transformando la Administración de la justicia civil en Estados Unidos. Como rival y complemento a la «adjudicación formal», la mediación presenta un foro alternativo para la mayoría de las controversias, un sistema con una flexibilidad procesal, una amplia gama de opciones correctivas, y un enfoque en la *justicia individualizada*[451].

La UE introdujo una directiva de mediación en mayo de 2008, iniciando una tendencia de esfuerzos legislativos que está introduciendo cada vez más la mediación como parte del sistema judicial en muchos países europeos. La directiva no solo afectó a los Estados miembros de la UE, que estaban obligados a aplicar sus disposiciones antes de mayo de 2011, sino que también influyó en los países vecinos y en otros países[452]. El panorama europeo ofrece un escenario diferente al de Estados Unidos por dos razones. En primer lugar, la creación de una zona económica única y la creciente unificación de los sistemas jurídicos europeos han dado lugar a importantes acontecimientos en el ámbito de las ADR, en particular en el ámbito de los litigios de consumo como consecuencia del creciente número de litigios transfronterizos derivados de la zona de libre comercio. En segundo lugar, y lo que es más significativo, la adhesión a la UE tiene un impacto en las

[447] NOLAN-HALEY, Jacqueline: «Mediation: The best and worst of times», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 16, núm. 3 (2014), p. 732.
[448] NADER, Laura y Harry F. TODD: *The disputing process: law in ten societies*. Nueva York (Estados Unidos): Columbia University Press, 1978, pp. 15-29.
[449] MILLER, Richard E. y Austin SARAT: «Grievances, claims, and disputes: Assessing the adversary culture», *Law & Society Review*, vol. 15, núm. 3 (1980), pp. 15-29.
[450] BARUCH BUSH, Robert A.: «Substituting mediation for arbitration: The growing market for evaluative mediation, and what it means for the ADR field», *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 3, núm. 1 (2002), p. 118.
[451] MAIN, Thomas O.: «ADR: The new equity», *op. cit.,* p. 329.
[452] SCHONEWILLE, Manon y Fred SCHONEWILLE: *The variegated landscape of mediation: A comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the World*, *op. cit.,* p. 14.

políticas internas de los Estados miembros en materia de mediación, y una de las principales diferencias entre las actitudes hacia la mediación se encuentra en el reconocimiento del derecho a una audiencia pública y justa dentro de un plazo razonable de tiempo por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley[453].

En Estados Unidos, la mediación es el mecanismo de ADR más utilizado en tribunales estatales y federales[454]. En general, se acepta que, hasta la década de 1980, el proceso ADR más utilizado fue el arbitraje, tanto privado como el que era ordenado por los tribunales. La mediación ha conseguido un poderoso punto de apoyo en los tribunales de justicia, los organismos administrativos, y en los procesos privados de resolución de conflictos, y quienes han participado en la mediación la aplauden con satisfacción. Este nivel de aceptación social se ha logrado rápidamente, resaltando que tan solo hace veinte años (1977), la mediación apenas se empleaba fuera del contexto de la negociación colectiva[455]. Comenta Debora Hensler que la popularidad del arbitraje se ha desvanecido en las últimas dos décadas, lo que ha provocado que el crecimiento de la mediación se haya activado, desplazándolo como el proceso ADR de elección de los justiciables[456].

Muchas jurisdicciones federales y estatales norteamericanas, si no la mayoría, incluyen métodos ADR en su normativa judicial. Las agencias administrativas federales y estatales confían cada vez más en métodos no contenciosos para resolver controversias. Cada vez más, los contendientes están obligados a utilizar la mediación u otra forma de ADR, en lugar de quedarse simplemente en el ofrecimiento y la oportunidad de utilizarla si así lo desean[457]. Hoy en día, está claro que en Estados Unidos muchas más disputas se resuelven a través de la negociación, la mediación y el arbitraje que a través de juicio. Pero esta consolidación de las ADR no significa que ni la crítica ni su cuestionamiento hayan terminado o deban terminar, sino que deben enfocarse de una forma diferente[458].

El profesor Stephen Subrin, quien antes de mostrarse partidario de la mediación destacó por su posición «tradicionalista», «formalista» y «proadjudicación», afirmó en el año 2002 que, aun siendo consciente de la falta de objetividad que se le atribuye a un converso, la mediación es una parte importante de la nueva era del procedimiento civil en

[453] HANKS, Melissa: «Perspectives on mandatory mediation», *UNSW Law Journal*, vol. 35, núm. 3 (2012), p. 932.
[454] NOLAN-HALEY, Jacqueline: «Mediation: The best and worst of times», *op. cit.,* p. 733.
[455] ROGERS, Nancy H. y Craig A. MCEWEN: «Employing the law to increase the use of mediation and to encourage direct and early negotiations», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 13, núm. 3 (1998), pp. 831-832.
[456] HENSLER, Deborah R.: «Our courts, ourselves: How the alternative dispute resolution movement is re-shaping our legal system», *Penn State Law Review*, vol. 108, núm. 1 (2003), pp. 178-179.
[457] ROGERS, Nancy H. y Craig A. MCEWEN: «Mediation and the unauthorized practice of law», *Mediation Quarterly*, núm. 23 (1989), p. 23.
[458] STERNLIGHT, Jean R.: «ADR is here: Preliminary reflections on where it fits in system of justice», *op. cit.,* p. 291.

Estados Unidos, y que a pesar de algunas reservas persistentes, constituye un avance positivo en la evolución del procedimiento civil. Sin embargo, también advierte que la mediación no puede funcionar eficazmente sin un renovado compromiso judicial con el intento de solucionar algunos casos mediante la mediación, porque es fundamental que los jueces juzguen más y administren menos. A medida que la mediación se vuelve más normal, irónicamente, debería ser más fácil y más deseable que los jueces juzguen[459]. Del mismo modo, el profesor Edward Brunet da por sentada la importante presencia de la mediación, y pasa a abordar cuestiones como cuáles deben ser las diferencias entre las antiguas *settlement conferences* y las modernas mediaciones judiciales. La mediación judicial se caracteriza por una clara división del trabajo entre el juez asignado a un caso y el juez que media, y su esencia es la evaluación por un juez y su comunicación a las partes. La mediación judicial sigue siendo mediación. No obstante, la mediación judicial no se parece a otras formas de mediación en un aspecto muy importante: el mediador es un juez[460]. El profesor Paul Carrington, mientras por un lado se opone al crecimiento continuo de la mediación, o del arbitraje obligatorio, reconoce claramente que se trata de un fenómeno aprobado por la Corte Suprema de Estados Unidos y que ha venido para quedarse. En sus diversas formas, las ADR, incluyendo la mediación, el arbitraje no vinculante, la evaluación neutral temprana, se contemplan a menudo como oportunidades reales para ahorrar costes, y hay quienes aplauden esta política nacional de la Corte Suprema al considerarla como una institución diseñada para implementar una fórmula para la paz mundial[461].

La profesora Debora Hensler observa como en todo Estados Unidos las personas que presentan demandas están siendo derivadas de la *adjudication* a la mediación. Si la mediación se considera como el medio preferido para resolver los litigios familiares (especialmente los relacionados con la custodia de los niños), sin embargo, no se explica por qué se obliga a los litigantes a acudir a la mediación, convirtiéndola así en una línea de negocio para los abogados, cuyos clientes les son remitidos por los tribunales. En un principio, los teóricos de la resolución de controversias pidieron a los tribunales que proporcionaran una variedad de opciones procesales para los contendientes civiles, pero ahora los tribunales ordenan a los litigantes a que intenten la mediación, y les sancionan cuando se niegan a hacerlo. Se pregunta entonces, ¿de dónde surgió la idea de que los estadounidenses que plantean sus disputas a los tribunales prefieren la mediación al proceso adversarial y a la «adjudicación»?. La idea de que los litigantes podrían preferir

[459] SUBRIN, Stephen N.: «Traditionalist looks at mediation: It's here to stay and much better than thought», *op. cit.,* p. 198.
[460] BRUNET, Edward J.: «Judicial mediation and signaling», *Nevada Law Journal*, vol. 3, núm. 2 (2002), pp. 233-234.
[461] CARRINGTON, Paul D.: «Self-deregulation, the national policy of the supreme court», *Nevada Law Journal*, vol. 3, núm. 2 (2002), p. 286.

procesos contradictorios responde a que se ha observado cómo los programas voluntarios de mediación judicial rara vez atraen a un número significativo de demandas por daños civiles, y también es coherente con una larga línea de investigación psicológica social sobre las evaluaciones de las personas que han participado en diferentes procedimientos de resolución de controversias[462].

Melissa Hanks señala que la modalidad de participación obligatoria ha incrementado el uso de la mediación, y las investigaciones indican que existe una participación sustancialmente mayor en los programas obligatorios de mediación que en los programas voluntarios. El volumen de casos manejados en programas obligatorios de mediación es impresionante, mientras que los voluntarios, no suelen atraer a un número considerable de participantes. Los factores estructurales, como es la tradición legal, influyen en la decisión de implementar o permitir la mediación obligatoria, y determinan el entorno jurídico y político. La mediación se ha convertido en una opción cada vez más popular para resolver cierto tipo de disputas civiles y comerciales[463].

Algunos comentaristas defienden que el uso de la mediación está condicionado a la calidad y al coste de los mediadores, lo que significa que cuanto mayor sea la disponibilidad de mediadores de calidad y su coste bajo, será más probable que se recurra al empleo de la mediación. De ahí que uno de los temas más controvertidos en el campo de las ADR se refiera a las cualificaciones de los mediadores. Aunque hay muchos puntos de vista sobre la profesionalización de la mediación, uno de los puntos de vista más extendidos lo lidera la profesora Kimberlee Kovach, que sugiere que, antes de que una persona pueda recibir formación en mediación, primero debe tener un título universitario de cuatro años, o un equivalente, como experiencia laboral. A diferencia de la posición de Kovach, en Estados Unidos algunas organizaciones se han opuesto a la profesionalización de las cualificaciones de los mediadores, como la Sociedad de Profesionales en Resolución de Disputas (SPIDR), cuya comisión del año 1986 concluyó que no se debía exigir un título universitario como requisito previo para prestar el servicio de mediador[464].

Las cláusulas de mediación introducidas en los contratos pueden aumentar las posibilidades de recurrir a su empleo cuando surja discrepancia entre las partes, sin embargo, tan solo una décima parte de los abogados que preparan contratos prevén su uso, y lo aconsejan a sus clientes incluurla en sus acuerdos. El consentimiento de las partes para acudir a la mediación puede recogerse, bien en un contrato negociado individualmente, o bien en una cláusula de mediación dentro de un contrato comercial.

[462] HENSLER, Deborah R.: «Suppose it's not true: Challenging mediation ideology», *Journal of Dispute Resolution*, núm. 1 (2002), pp. 18-26.
[463] HANKS, Melissa: «Perspectives on mandatory mediation», *op. cit.,* pp. 929-932.
[464] HARGES, Bobby Marzine: «Mediator qualifications: The trend toward professionalism», *Brigham Young University Law Review*, vol. 1997, núm. 3 (1997), pp. 687, 707-708, 710-711.

Estos acuerdos requieren que las partes sometan su controversia a la mediación y, al mismo tiempo, prohíben a las partes iniciar el arbitraje o un pleito mientras que la mediación esté pendiente. Sin embargo, en relación a estas cláusulas de mediación existe un triple debate: ¿cuándo son vinculantes estos acuerdos para las partes?, ¿qué alcance tienen estos acuerdos?, y ¿cómo deben subsanarse los incumplimientos de estos acuerdos?[465].

Se pueden extraer dos observaciones de las dos décadas de crecimiento en el uso de la mediación, años 1977 a 1997. En primer lugar, que la experiencia puede ser el mejor maestro en relación a la mediación, por lo que la aprobación de un estatuto que autorice a los tribunales y a los organismos públicos a exigir a los abogados y a sus clientes el participar en la mediación terminará de persuadirles para su uso. Y, en segundo lugar, la regulación de la mediación puede convertirla en una institución tan rígida y costosa que no se diferencie de aquellos procesos que pretende reemplazar. Por otro lado, los estatutos que imponen cualificaciones y normas para los mediadores solo deben exigirse si se demuestra claramente que aumenta su valor en términos de mejora de calidad y equidad del proceso. Otros aspectos pendientes, como plantear la mediación con los clientes, la aplicación de cláusulas de mediación, aun no resultando costosas, tampoco presentan evidencia de que con ellos se contribuirá sustancialmente a la ampliación de su uso[466].

4.2. Situación actual del movimiento ADR y de la mediación

En la UE, cada uno de los Estados miembros ha contado con libertad para desarrollar una visión cultural y propia a nivel nacional de lo que significa la palabra «mediación», sin haber creado puentes para conectar estas diferentes interpretaciones y costumbres, concurriendo en la actualidad un número vertiginoso de diferentes prácticas y definiciones, ya no solo en la UE, sino en todo el mundo[467]. Tampoco existen en la UE directrices o disposiciones claras sobre la normativa de calidad de los mediadores, ni tampoco explicaciones claras de lo que pueden significar los diferentes enfoques o formas de mediación[468].

Esto podría considerarse un dato positivo en cuanto que fomenta la diversidad, pero puede resultar perjudicial, si el objetivo que se pretende es proporcionar una mayor

[465] SALEHIJAM, Maryam: «Mediation clauses: Enforceability and impact», *Singapore Academy of Law Journal*, vol. 31, núm. especial (2019), pp. 598-599.
[466] BARUCH BUSH, Robert A.: «Alternative futures: Imagining how ADR may affect the court system in coming decades», *The Review of Litigation*, vol. 15, núm. 3 (1996), pp. 455-456.
[467] FALBERG, Jay; Diana WALLIS y Ard VAN DER STEUR: «Foreword», en Manon SCHONEWILLE y Fred SCHONEWILLE (eds.): *The variegated landscape of mediation: A comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the World*, *op. cit.,* p. 12.
[468] *Idem*.

certidumbre y abordar posibles obstáculos culturales, nacionales o lingüísticos a la solución amistosa de controversias transfronterizas. Sin embargo, la solución no pasa por imponer una definición o prescribir un enfoque de la mediación determinado, sino por facilitar el uso de la mediación comercial y civil a través de las fronteras al permitir a las partes y a sus abogados comprender las diferentes opciones que existen para que puedan tomar una decisión informada[469].

En las primeras etapas del movimiento ADR, la expectativa más común con respecto a cuál sería su efecto en los tribunales de justicia era doble: por un lado, contribuiría a aliviar la congestión judicial y el retraso, y por otro, ayudaría a incrementar la satisfacción del público en el sistema de justicia, toda vez que podría desviar casos judiciales que no requerían de un proceso legal formal hacia foros más adecuados e informales. Por tanto, la expectativa no era que el uso de ADR condujera a cambios en los procedimientos legales o judiciales en sí, sino que permitiría a los tribunales llevar a cabo procedimientos legales con menos presión, retraso y congestión, y facilitar a las partes otra sede donde acudir cuando los procedimientos legales no fueran necesarios o útiles. Desde este punto de vista, las ADR no iban a cambiar la naturaleza de lo que sucedía en los tribunales, sino que apoyarían al sistema judicial reduciendo su carga de casos[470].

Robert Baruch Bush comenta cómo en las últimas décadas, las ADR, el «jugador de apoyo», han comenzado a afectar al sistema judicial, que es el «jugador estrella», de algunas maneras muy significativas, y resulta posible, añade, que su influencia en el sistema jurídico se haga aún más fuerte en el futuro, lo que algunos consideran como una perspectiva deseable, y otros como un peligro[471].

Los defensores de la mediación y de las ADR han logrado que sean «una parte integral de nuestro sistema judicial federal», comenta Judith Resnik, y para quienes las han concebido como el florecimiento de algo diferente y generativo, deben preocuparse por su institucionalización y su transformación dentro de los procesos muy contradictorios, que son los que esperan evitar; a medida que los tribunales obliguen a acudir a la mediación o a otras ADR, esa formalización bien pudiera socavar los mismos atributos que motivan sus elogios. Además, a medida que los tribunales obligan a las ADR, la relación con la voluntariedad se debilita, acercándola cada vez más a un modo de resolución impuesto por el Estado. Por otro lado, cuando la mediación o las ADR imitan la *adjudication*, su posición como un proceso sin ley pierde fuerza[472]. La autodeterminación y la participación de las

[469] *Idem*.
[470] ROGERS, Nancy H. y Craig A. MCEWEN: «Employing the law to increase the use of mediation and to encourage direct and early negotiations», *op. cit.,* p. 864.
[471] BURGER, Warren E.: «Agenda for 2000 A.D. Need for systematic anticipation», *op. cit.,* pp. 32-33.
[472] RESNIK, Judith: «Many doors? Closing doors? Alternative dispute resolution and adjudication», *op. cit.,* pp. 262-263.

partes son los valores fundamentales de la mediación y los que han sido sus puntos de promoción tradicionales y esenciales[473].

La popularidad de la mediación, y de las ADR en general, y su influencia en el sistema de *adjudication* formal son señales seguras de que se trata de una gran ayuda; pero hay que tener cuidado con el efecto *boomerang*, pues el sistema de ADR, popularizado por su flexibilidad e informalidad, se enfrenta ahora a las inexorables demandas de ver cristalizados sus procesos[474]. El «progresivo legalismo» de las ADR resulta irónico porque su popularidad procede de sus procesos flexibles e informales, y con un excesivo formalismo, se han vuelto cada vez más complejos, costosos y consumen mucho tiempo. A medida que el uso del arbitraje para resolver disputas comerciales ha crecido, algunas personas se quejan de que el proceso se asemeja cada vez más a los litigios, y se preguntan si sus beneficios se están socavando por el «progresivo legalismo», la «judicialización» o el «formalismol»[475]. Para Robert Baruch Bush, la razón por la que los contendientes prefieren los procesos consensuados a los impositivos responde a las mayores oportunidades de participación y comunicación que ofrecen los primeros, y tanto la mediación como la negociación son preferibles a los tribunales por este motivo[476].

La adjudicación formal y las ADR han comenzado a ser integradas, fusionadas o colapsadas entre sí, pero con los dos sistemas cada vez más parecidos, la ventaja de los sistemas duales de justicia se pierde[477]. La ideología central y la característica distintiva de la mediación es su voluntariedad, como se refleja en la retórica de mediación que se centra en el empoderamiento y el reconocimiento[478].

De esta manera, los itinerarios de las ADR y la adjudicación formal se identifican en un destino común: las ADR están siendo «litigizadas», mientras que los litigios se están «ADRizando». Se ha allanado el camino hacia la plena integración de las ADR y la adjudicación formal, denominada CDR, que significa resolución complementaria de controversias, que literalmente elimina la «alternativa» de las ADR[479]. Wayne Brazil aclara que no se trata de que la mediación ni las ADR sean «mejores que», sino de considerarlas «además de», no de restar sino de añadir; a la pregunta de si hemos encontrado, después

[473] NOLAN-HALEY, Jacqueline: «Mediation: The New Arbitration», *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 17 (2012), p. 68.
[474] MAIN, Thomas O.: «ADR: The new equity», *op. cit.,* p. 392.
[475] PHILLIPS, Gerald F.: «Is creeping legalism infecting arbitration?», *Dispute Resolution Journal*, vol. 58, núm. 1 (2003), p. 37.
[476] BARUCH BUSH, Robert A.: «"What Do We Need a Mediator For?": Mediation's "Value-Added" for Negotiators», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 12, núm. 1 (1996), p. 23.
[477] MAIN, Thomas O.: «ADR: The new equity», *op. cit.,* p. 398.
[478] BARUCH BUSH, Robert A. y Joseph P. FOLGER: *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, *op. cit.,* pp. 145-147.
[479] MAIN, Thomas O.: «ADR: The new equity», *op. cit.,* p. 397.

de 25 años de la «Conferencia Pound», en la mediación o las ADR una mejor manera, la respuesta es un rotundo «No», no hemos hallado nada en lo singular, pero sí en la pluralidad[480]. James Coben apuesta, no por una solución alternativa de controversias, sino por una solución de controversias más complementaria; no reemplazamos con la mediación o la justicia restaurativa al sistema judicial, sino que se trabaja a su lado, los dos se complementan, no se trata de una propuesta de elegir o lo uno o lo otro[481].

La mediación se ha entendido tradicionalmente como un proceso consensuado, confidencial y de resolución de problemas, sin embargo, la realidad es diferente hoy en día. A pesar de la considerable discusión sobre los límites y definiciones de la mediación, de las múltiples culturas y modelos de mediación se ha creado, en la práctica, una diversidad abundante. La mediación legal a menudo se presenta como una mediación no tan voluntaria, ni confidencial, y como un proceso contradictorio[482]. Para Baruch Bush existe un amplio consenso sobre la actual «expansión» del movimiento de la mediación, motivada por un marcado aumento en el uso de lo que comúnmente se conoce como «mediación evaluativa»[483]. Algunos autores, como Thomas Metzloff, ven en el crecimiento de la mediación evaluativa un desarrollo positivo, consecuencia de una mejor comprensión entre los usuarios de qué es lo que esperan de los mediadores, pues conforme la mediación se ha vuelto más familiar, ellos perciben y se han dado cuenta del valor del mediador, y le exigen por tanto una participación más sustantiva[484].

4.3. Tendencias mundiales, aspectos comunes, y buenas prácticas de la mediación

El campo de la mediación, además de ser variado, también cambia rápidamente, y resulta evidente lo inevitable de una mayor regulación de los mediadores a nivel de cada Estado, del mismo modo que el impacto de los avances en la tecnología y las comunicaciones ofrece nuevas posibilidades para la mediación[485]. Manon y Fred Schonewille, en su estudio comparativo de la mediación a nivel global, han encontrado múltiples y similares

[480] BRAZIL, Wayne D.: «Court ADR 25 years after Pound: Have we found better way», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 18, núm. 1 (2002), p. 94.
[481] COBEN, James R. y Penelope HARLEY: «Intentional conversations about restorative justice, mediation and the practice of law», *op. cit.,* p. 326.
[482] NOLAN-HALEY, Jacqueline: «Mediation: The New Arbitration», *op. cit.,* p. 73.
[483] BARUCH BUSH, Robert A.: «Substituting mediation for arbitration: The growing market for evaluative mediation, and what it means for the ADR field», *op. cit.,* p. 115.
[484] METZLOFF, Thomas B.; Ralph A. PEEPLES y Catherine T. HARRIS: «Empirical perspectives on mediation and malpractice», *op. cit.,* pp. 144-145.
[485] FALBERG, Jay; Diana WALLIS y Ard VAN DER STEUR: «Foreword», en Manon SCHONEWILLE y Fred SCHONEWILLE (eds.): *The variegated landscape of mediation: A comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the World*, *op. cit.,* p. 12.

tendencias emergentes en el mundo, como son los nuevos esfuerzos legislativos y el aumento de la educación en mediación en las universidades[486].

Una tendencia que hemos observado es la presencia de varias iniciativas en todo el mundo para fomentar el uso de la mediación mediante la oferta de incentivos, o mediante la introducción de aspectos obligatorios o incluso sanciones[487]. Algunas leyes en algunos países incluyen medidas procesales obligando a las partes a intentar o al menos considerar la mediación. En Francia, Rumanía e Israel, por ejemplo, asistir a una sesión de información previa antes de la mediación, puede ser obligatorio. La mediación es un paso de proceso obligatorio para casos específicos en muchas jurisdicciones de todo el mundo, incluyendo Texas, Florida, Argentina, Australia, Canadá, Croacia, Egipto, India, Japón, Líbano y Ruanda[488].

En cuanto a la regulación de la mediación, al principio, tendía a ser fragmentaria, dirigida a un tipo de conflicto como la custodia de los niños, un problema aislado como la confidencialidad o un entorno, como la mediación relacionada con los tribunales[489]. Las diferentes variedades de mediación crecieron en diferentes ámbitos y naciones; cada jurisdicción tiene que considerar una regulación, o no, que responda al crecimiento particular de la práctica de mediación en su propio ámbito de competencia; los enfoques y detalles reglamentarios también tienen que ser sensibles a los valores culturales únicos, las tradiciones, los sistemas jurídicos, los entornos legislativos, los ambientes políticos, los intereses en competencia y la experiencia de mediación. Así, a medida que la mediación ha crecido en muchos entornos, la regulación de la mediación ha tomado diferentes formas[490]. Laurence Boulle y Kathleen Kelly abordan la dirección de la futura mediación, y recomiendan que necesita ser regulada para evitar convertirla en un sistema de justicia de segunda clase para aquellos que no pueden permitirse acudir a los tribunales, o en un sistema de justicia privatizada que solo los ricos pueden permitirse, lo que dejaría a todos los demás abandonados ante un costoso y largo proceso judicial a través de los tribunales de justicia. Existe un debate en profundidad sobre algunas de las cuestiones más comunes relacionadas con la mediación, como son, por ejemplo, la neutralidad de los mediadores y su intervención en las controversias[491].

---

[486] SCHONEWILLE, Manon y Fred SCHONEWILLE: *The variegated landscape of mediation: A comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the World*, *op. cit.,* p. 15.
[487] *Ibid.*, p. 16.
[488] *Idem*.
[489] *Ibid.*, pp. 9-10.
[490] *Idem*.
[491] PORTER, Roxanne: «Mediation: Principles, process, practice», *Dalhousie Journal of Legal Studies*, vol. 9 (2000), pp. 360-365.

En el contexto de la mediación continúa hoy en día un debate relativamente riguroso sobre el significado general del término neutralidad, apreciándose diferencias teóricas en la forma de concebirla en los muchos modelos diferentes de mediación; los diferentes enfoques y modelos de mediación ven la cuestión de la neutralidad de diversas maneras. Gran parte del discurso que rodea a la neutralidad incorpora una ideología que ha sido vinculada por Sara Cobb a un compromiso moral con conceptos como la igualdad, la participación, la voz y la responsabilidad personal[492].

Robert Baruch Bush comenta cómo muchos estudiosos de la resolución de controversias, incluido él, han presentado y analizado la mediación como «una alternativa a la adjudicación», y se han dado cuenta de que este marco comparativo está mal concebido. El método «estándar» de resolución de conflictos con el que debe compararse la mediación o cualquier otro proceso alternativo no es la adjudicación o el juicio en absoluto, pues es un método excepcional, utilizado en una proporción de casos pequeña, sino más bien la solución, ya sea mediante negociaciones directas de las partes o, cuando las partes tienen abogados, mediante negociación entre abogados. Vistos desde el punto de vista adecuado, la mediación y otros procesos de terceros son alternativas, no a los tribunales, sino a los esfuerzos de solución sin asistencia, incluida la negociación de parte a parte, de abogado a parte y de abogado a abogado[493].

En los últimos años, en España los métodos alternativos de resolución de conflictos incardinados o relacionados con el proceso judicial de distintas maneras, han experimentado un importante desarrollo, demostrando que su función va más allá de una alternativa al sistema judicial. En la actualidad se presenta un interesante panorama que favorece el impulso de prácticas colaborativas entre los operadores jurídicos que favorecen no solo al cliente sino también al jurista, cuando descubre las bondades de una aproximación, sin confrontación, al conflicto. Sin embargo, esta forma de abordar el conflicto jurídico es incipiente y extraña a nuestra cultura jurídica, aunque se ve influenciada, cada vez más, por prácticas externas colaborativas, como ocurre en el ámbito del derecho de los negocios[494].

4.4. La neutralidad y autodeterminación en los modelos de la mediación

Existe una interesante discusión sobre algunas de las muchas dificultades inherentes que surgen al establecer una definición singular de la mediación, puesto que hay muchos

[492] DOUGLAS, Kathy y Rachael FIELD: «Looking for Answers to Mediation's Neutrality Dilemma in Therapeutic Jurisprudence», *Murdoch University Law Review*, vol. 13, núm. 2 (2006), pp. 5-6.
[493] BARUCH BUSH, Robert A.: «"What Do We Need a Mediator For?": Mediation's "Value-Added" for Negotiators», *op. cit.,* pp. 5-6.
[494] SOLETO MUÑOZ, Helena: «La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», *op. cit.,* p. 44.

estilos o modelos posibles de mediación y muchas formas de definir términos como «neutralidad» y «voluntario» que se utilizan con frecuencia en la descripción de la mediación[495].

La neutralidad de los mediadores y la autodeterminación de las partes son los principios más importantes de la práctica de la mediación. La autodeterminación de las partes se ha descrito como un objetivo principal y un valor fundamental de la práctica de la mediación; es un principio central que describe el propósito de la mediación de maximizar la toma de decisiones de los participantes[496].

La neutralidad es un concepto fundamentalmente elusivo en la mediación, no es un término con un significado claro o preciso en el contexto de la mediación; está manifiestamente infradefinido. La importancia de la neutralidad en el contexto de la mediación se evidencia en las definiciones tradicionales, que casi siempre incluyen una declaración en el sentido de que el mediador es un coadyuvante neutral en la diferencia de las partes. Existe poca similitud sobre el significado de la neutralidad en la práctica de la mediación[497].

Para Sara Cobb, la neutralidad, la ideología, el poder y la justicia funcionan como una unidad discursiva. Si el poder está equilibrado entonces se sirve a la justicia, el poder se equilibra si se descubren intereses ocultos, porque estos pueden conducir a injusticias; los profesionales consideran la neutralidad como necesaria para la promoción de la justicia procedimental, la gestión de los desequilibrios de poder y para evitar la ideología[498].

Susan Douglas afirma que los mediadores narrativos no son neutrales, toman una posición explícita sobre cuestiones de poder y privilegio, y participan activamente en la recreación de la realidad de la experiencia para las partes. En el modelo narrativo no separa el proceso del contenido, porque se argumenta que las cuestiones de relación, proceso y contenido están entrelazadas en el tejido mismo de la mediación[499].

Algunos teóricos se preguntan si el mediador debería evaluar —hacer evaluaciones, predicciones o propuestas de acuerdos—, o simplemente facilitar la negociación de las partes sin evaluar; sin embargo, lo sepan o no, cada mediador suele tener una orientación

[495] PORTER, Roxanne: «Mediation: Principles, process, practice», *op. cit.,* p. 360.
[496] IMPERATI, Samuel J.: «Mediator practice models: The intersection of ethics and stylistic practices in mediation», *Willamette Law Review*, vol. 33, núm. 3 (1997), p. 708.
[497] DOUGLAS, Kathy y Rachael FIELD: «Looking for Answers to Mediation's Neutrality Dilemma in Therapeutic Jurisprudence», *op. cit.,* p. 4.
[498] COBB, Sara y Janet RIFKIN: «Practice and paradox: Deconstructing neutrality in mediation», *Law and Social Inquiry*, vol. 16, núm. 1 (1991), p. 41.
[499] *Idem*.

predominante que se basa en una combinación de su personalidad, experiencias, educación y formación[500].

Existe una discusión sobre cómo actúan estos dos principios dentro de los diferentes modelos de mediación: los de «resolución de problemas», «transformativos» y «narrativos». En los modelos de «resolución de problemas», la construcción de estos dos principios está vinculada a la distinción entre proceso, contenido y el resultado de la mediación como principio organizativo de estos modelos. La crítica a esta distinción se centra en cuestiones de equidad sustantiva en la mediación, y ha contribuido al desarrollo de otros modelos alternativos, como son el transformativo y el narrativo, que construyen diferentes roles para el mediador y objetivos para las partes, y al hacerlo se alejan de las construcciones de neutralidad y autodeterminación de los modelos de resolución de problemas. Sin embargo, se argumenta que estos modelos alternativos no abordan satisfactoriamente cuestiones de equidad sustantiva, pero llaman la atención sobre las diferentes formas de construir la libre determinación de las partes y, como tal, se argumenta que ofrecen orientación para el examen futuro de las cuestiones de equidad sustantiva[501].

5. METODOLOGÍA DE LA MEDIACIÓN: PARADIGMAS, ESTILOS Y ENFOQUES

La mediación ha sido definida como una negociación voluntaria y confidencial donde un tercero neutral tiene como objetivo ayudar a las partes a llegar a una resolución consensuada de una controversia en los términos en los que las propias partes estén de acuerdo[502]. El término «mediación» abarca una amplia gama de procesos y técnicas diferentes, y en general tiene por objeto facilitar la comunicación, promover soluciones creadas por las partes, y ayudar a aclarar los problemas, todo con la ayuda de un tercero neutral[503]. La práctica de la mediación engloba entornos diferentes y se ocupa de muy diversos tipos de controversias; cada uno de los distintos ámbitos de la mediación, la familiar, comercial, organizacional, pueden diferir significativamente en su metodología, y en los objetivos del proceso, dependiendo de cuál sea el enfoque que adopte el mediador[504].

[500] DOUGLAS, Susan: «Neutrality, self-determination, fairness and differing models of mediation», *James Cook University Law Review*, vol. 19 (2012), p. 34.
[501] *Ibid.*, pp. 19 y 21.
[502] SMITH, Stephanie y Janet MARTÍNEZ: «An analytic framework for dispute systems design», *op. cit.,* p. 168.
[503] BENNETT, Stephen C.: «Models for use of mediation in e-discovery», *Tennessee Journal of Law and Policy*, vol. 9, núm. 3 (2014), pp. 337-338.
[504] CROWE, Jonathan: «Two models of mediation ethics», *Sydney Law Review*, vol. 39, núm. 2 (2017), p. 147.

La mediación como conjunto de herramientas puede servir a una variedad de objetivos, y adaptarse a una multiplicidad de circunstancias[505]. Rubén Calcaterra señala que en la configuración de la mediación, como sistema de conocimiento autónomo, el desafío ha sido y sigue siendo provocar una tensión dialógica entre práctica reflexiva y teoría, de tal entidad, que permita el desarrollo de un proceso de profesionalización de la mediación[506].

Robert Baruch Bush comenta cómo hasta mediados de la década de 1990, las diferencias que se observaban en las prácticas de los mediadores fueron vistas como una cuestión de variaciones en el estilo dentro de un proceso homogéneo. Se refería con ello a la premisa de la homogeneidad, respaldada por toda una literatura sobre la práctica de la mediación que presentaba una imagen del proceso coherente que contaba con el acuerdo de todos con unos «elementos fundamentales». Fue la investigación la que comenzó a documentar las diferencias en la práctica de la mediación, y sugirió las «tipologías» de diferentes enfoques para el proceso de mediación. Es en el año 1994 cuando aparecieron tres publicaciones académicas[507] que desafiaban, en diversos grados, la noción de que la mediación, tal como se practicaba, era un proceso único, homogéneo y monolítico. Durante la última década, ese desafío ha tenido éxito sustancialmente, y ahora es ampliamente aceptado que hay diferentes modelos de mediación en la práctica, con distinciones coherentes que van más allá de las diferencias estilísticas individuales[508].

Nadja Alexander se pregunta por qué son útiles los modelos de mediación, y responde que, aunque sistematizan el mundo real de una forma abstracta, sirven para ordenar nuestro pensamiento acerca de un determinado tema en particular, y para destacar cómo las teorías y los valores influyen en el comportamiento del mediador; su orientación, es decir, su cosmovisión, los paradigmas, y la forma como conduce el proceso tienen un impacto en la dinámica de la mediación[509].

Los mediadores practican diferentes estilos de mediación que constituyen modelos o enfoques distintos en la forma de abordar la solución de las disputas, recurriendo a la

[505] BENNETT, Stephen C.: «Models for use of mediation in e-discovery», *op. cit.,* p. 339.
[506] CALCATERRA, Rubén Alberto: *Mediación estratégica*, *op. cit.,* p. 32.
[507] Estas tres publicaciones son: BARUCH BUSH, Robert A. y Joseph P. FOLGER: *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Barcelona (España): Granica, 2006; KOLB, Deborah M. y cols.: *When talk works: Profiles of mediators*. San Francisco (Estados Unidos): Jossey-Bass, 1994; MERRY, Sally Engle y Neal MILNER: *The possibility of popular justice: A case study of American community justice.* Ann Arbor (Estados Unidos): University of Michigan Press, 1993.
[508] BARUCH BUSH, Robert A.: «One size does not fit all: pluralistic approach to mediator performance testing and quality assurance», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 19, núm. 3 (2004), p. 965.
[509] ALEXANDER, Nadja: «The mediation metamodel: Understanding practice», *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 26, núm. 1 (2008), p. 98.

mediación para lograr objetivos dispares[510]. Solo en el ámbito de la práctica de la mediación familiar se observa hoy en día una extrema diversidad, lo que supone claramente una fortaleza, dada la disparidad de clientes y la complejidad de las controversias, que exigen pluralidad de métodos y opciones para proporcionar los servicios convenientes. Sin embargo, esta diversidad también representa un eslabón débil, pues los mediadores familiares se distancian entre sí en función de cuáles sean las cuestiones filosóficas fundamentales, estrategias e intervenciones que emplean en su práctica, de las teorías y modelos de práctica que guían su trabajo[511].

La mayoría de los teóricos, mediadores, abogados y otros profesionales familiarizados con la mediación tienen una imagen clara de lo que «es» y «debe» ser la mediación, lo cual explica las razones de por qué en casi todas las conversaciones sobre mediación se incurre en una ambigüedad, una confusión entre el «ser» y el «deber ser». Esto provoca serias dificultades cuando las personas tratan de determinar si optan por participar, y cómo, en la mediación, o cuando se enfrentan a cómo seleccionar, entrenar, evaluar o regular a los mediadores. La confusión es especialmente perniciosa porque muchas personas no la reconocen, y describen una forma de mediación e ignoran otras formas, o afirman que tales formas no constituyen realmente mediación[512].

Helena Nadal Sánchez diseña la siguiente tabla de correspondencia entre paradigmas y estilos de mediación[513]:

Tabla 1. Tabla de paradigmas y estilos de mediación

PARADIGMA	ESTILO
Paradigma del acuerdo	Mediación facilitativa
	Mediación evaluativa
	Mediación estratégica
Mediación narrativa	Paradigma comunicacional

Los paradigmas de la mediación y los distintos estilos que los integran se asientan sobre fundamentos teóricos que provienen de asmilar procedimientos de distintas disciplinas y de la innovación e investigación de los mediadores. A estos fundamentos teóricos se les denomina «enfoques teóricos». Los principales enfoques teóricos son el de

[510] BRACKEN, Nathan S.: «Providing comprehensive view of family mediation divorce and family mediation: Models, techniques, and applications», *Journal of Law & Family Studies*, vol. 7, núm. 1 (2005), p. 220.
[511] KRUK, Edward: «Practice issues, strategies, and models: The current state of the art of family mediation», *Family and Conciliation Courts Review*, vol. 36, núm. 2 (1998), p. 209.
[512] RISKIN, Leonard L.: «Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: Grid for the Perplexed», *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 1 (1996), pp. 8 y 12.
[513] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 85.

Harvard, con fundamento en la mediación facilitativa y evaulativa, el enfoque inductivo, que se sustenta en la mediación inductiva, y el trasnformativo, basado en la mediación narrativa[514]. En la siguiente tabla diseñada por Helena Nadal, se insertan los paradigmas, estilos y enfoques de mediación:

Tabla 2. Tabla de paradigmas, estilos y enfoques de mediación

PARADIGMA	ESTILO	METODOLOGÍA	ENFOQUE Y SUBENFOQUE
Del acuerdo	Mediación facilitativa	Solución de problemas	Enfoque de Harvard
	Mediación evaluativa		
	Mediación estratégica		Subenfoque estratégico
	Mediación inductiva		Subenfoque inductivo
Comunicacional	Mediación transformativa		Enfoque transformativo
	Mediación facilitativa		Enfoque narrativo

5.1. El enfoque evaluativo y facilitativo

Han sido dos los paradigmas metodológicos que rigen la mediación, el del acuerdo y el comunicacional[515]. A menudo se adoptan dos enfoques en la mediación: un enfoque facilitativo, o un enfoque de resolución de problemas. En la mediación facilitativa, la intención del mediador es mantenerse en las cuestiones controvertidas y llegar a un acuerdo mediante el fomento del compromiso; mientras que, en el enfoque de resolución de problemas, el mediador intenta traducir las posiciones de las partes en declaraciones de intereses, centrándose en que las partes entiendan los intereses de cada una en lugar de defender sus demandas[516].

La mediación basada en acuerdos defiende que el objetivo primordial del mediador es ayudar a las partes en la consecución de un acuerdo que implique la superación de la situación de conflicto[517]. En los modelos de mediación de resolución de problemas se distingue entre proceso y contenido o resultado como base para promover el objetivo central de la práctica: promover la autodeterminación de las partes[518].

Para Keneth Kressel son tres los grandes estilos que dominan la práctica de la mediación: (i) el estilo facilitativo, (ii) el estilo evaluativo, y (iii) más recientemente, han surgido enfoques relacionales menos focalizados en la creación de acuerdos y más en la

[514] *Ibid.,* p. 93.
[515] *Ibid.*, p. 85.
[516] PAQUIN, Gary y Linda HARVEY: «Therapeutic jurisprudence, transformative mediation and narrative mediation: natural connection», *Florida Coastal Law Journal*, vol. 3, núm. 2 (2002), p. 170.
[517] CALVO SOLER, Raúl: «Del alcance de la mediación», *op. cit.,* p. 10.
[518] DOUGLAS, Susan: «Neutrality, self-determination, fairness and differing models of mediation», *op. cit.,* p. 38.

apertura de líneas de comunicación y de clarificación de sentimientos y percepciones subyacentes. El más conocido de estos modelos relacionales es el estilo transformativo[519]. Gary Paquin y Linda Harvey distinguen a su vez otro modelo, además del transformativo, que está tan preocupado por las cuestiones de la relación entre las partes como del acuerdo, el narrativo[520].

Leonard Riskin describe, en función de las estrategias y técnicas que emplea el mediador para lograr su objetivo de ayudar a las partes a abordar y resolver los problemas objeto de discusión, dos categorías en la forma de mediar: en un extremo sitúa a aquellas que evalúan cuestiones importantes para la disputa o transacción, y dentro de este grupo a aquellas destinadas a dirigir algunos o todos los resultados de la mediación; en el otro extremo están aquellas técnicas basadas en creencias y comportamientos que facilitan la negociación de las partes, y dentro de este grupo aquellas destinadas simplemente a permitir que se comuniquen y comprendan entre sí[521]. En una línea similar, Laurence Boulle y Kathleen Kelly identifican cuatro modelos de paradigma de mediación: (i) terapéutico, (ii) facilitativo, (iii) de acuerdos y (iv) la mediación evaluativa; por otro lado, Robert Baruch Bush y Joseph Folger adoptaron un nievo enfoque más, el transformativo[522].

5.1.1. El enfoque evaluativo

El mediador que suscribe este modelo evaluativo en su práctica impulsa el acuerdo entre las partes, participando sustancialmente en la resolución de la diferencia. Un mediador «evaluador» da consejos, hace evaluaciones, emite opiniones, incluidas opiniones sobre el resultado judicial probable, propone una resolución justa o viable a una cuestión o a la disputa, o presiona a las partes para que acepten una resolución en particular[523]. Este método resulta más eficaz cuando las partes pueden identificar fácilmente en su conflicto cuáles son las normas o leyes objetivas que han sido incumplidas, o una indemnización apropiada acordada dentro del marco de un arreglo[524].

En este enfoque el mediador asume que los participantes quieren y necesitan que se les proporcione alguna orientación sobre los motivos apropiados para poder arreglar la disputa, basados en la ley, la práctica que se emplea en la industria o la tecnología, y está

[519] KRESSEL, Kenneth: «The strategic style in mediation», *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 24, núm. 3 (2007), pp. 251-252.
[520] PAQUIN, Gary y Linda HARVEY: «Therapeutic jurisprudence, transformative mediation and narrative mediation: natural connection», *op. cit.,* p. 168.
[521] RISKIN, Leonard L.: «Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: Grid for the Perplexed», *op. cit.,* pp. 23-24.
[522] ALEXANDER, Nadja: «The mediation metamodel: Understanding practice», *op. cit.,* pp. 99-100.
[523] LOVE, Lela P.: «The top ten reasons why mediators should not evaluate», *Florida State University Law Review*, vol. 24, núm. 4 (1997), p. 938.
[524] JARRETT, Brian: «The future of mediation: sociological perspective», *Journal of Dispute Resolution*, núm. 1 (2009), p. 54.

capacitado para dar esa orientación en virtud de su formación, experiencia y objetividad[525]. En algunas formas de mediación el mediador, si es competente para hacerlo y si así se lo solicitan las partes, puede eventualmente ofrecer una opinión sobre la probabilidad de éxito de las partes en un procedimiento judicial, y/o ofrecer una propuesta de «mejor resolución» que él considere como el resultado más justo y comercialmente racional de la controversia. Sin embargo, el mediador no tiene autoridad para imponer un resultado a las partes y solo controla el proceso de la mediación en sí, no su resultado[526].

Los abogados en general, cuando intervienen como mediadores, actúan controlando el proceso de mediación, y por eso a menudo prefieren los modelos evaluativos en lugar de modelos facilitadores. Esto sucede porque a menudo consideran la mediación como el equivalente funcional de una conferencia privada de solución judicial, y actúan en consecuencia de manera contradictoria. Desde un punto de vista pragmático podría argumentarse que todo esto es para bien, y deberíamos celebrar la diversidad de múltiples modelos de mediación y abrazar sus culturas divergentes[527].

5.1.2. El enfoque facilitativo

El modelo facilitador de mediación se basa en la premisa de que el mediador es totalmente neutral y no presenta opiniones personales sobre el fondo del asunto; es teóricamente el menos intervencionista y, a lo sumo, ofrecería una opción para la solución solo después de que quede claro que las partes no pueden generar uno por sí mismas. Para un mediador facilitador, un acuerdo «bueno» es uno que las partes pueden aceptar, incluso si una parte debe o podría lograr un mejor resultado en una sala de un tribunal[528].

Por su parte, el mediador que facilita, asume que las partes son inteligentes, capaces de trabajar con sus contrapartes y de entender sus situaciones mejor que el mediador y, tal vez, mejor que sus abogados. En consecuencia, las partes pueden desarrollar mejores soluciones que cualquier mediador pudiera crear. Por lo tanto, el mediador facilitador asume que su principal misión es aclarar y mejorar la comunicación entre las partes para ayudarlas a decidir qué hacer[529].

Tony Whatling, en relación a la práctica de la mediación facilitadora, comenta que en lo esencial entronca con las clásicas tradiciones de las intervenciones terapéuticas no

---

[525] RISKIN, Leonard L.: «Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: Grid for the Perplexed», *op. cit.,* p. 24.
[526] SMITH, Stephanie y Janet MARTÍNEZ: «An analytic framework for dispute systems design», *op. cit.,* p. 168.
[527] ALBERSTEIN, Michal: «Forms of mediation and law: Cultures of dispute resolution», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 22, núm. 2 (2007), pp. 322, 372-374.
[528] IMPERATI, Samuel J.: «Mediator practice models: The intersection of ethics and stylistic practices in mediation», *op. cit.,* p. 710.
[529] RISKIN, Leonard L.: «Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: Grid for the Perplexed», *op. cit.,* p. 24.

directivas, dejando claro que la mediación no es terapia. Estas intervenciones terapéuticas fueron promovidas por Carl Rogers, quien afirmaba que nadie mejor que uno mismo para conocer los propios problemas, siendo lo esencial entender cómo se asimila la propia experiencia. Frente a la crítica de lo que puede implicar este estilo de mediación facilitativa, el riesgo de que su «no directividad» pueda ser interpretada como «no intervención», se opta por emplear deliberadamente el término «terapia centrada en el cliente», y así incidir en la naturaleza especial de la relación que se establece en la mediación, donde la persona elige que la ayuden pero no declina entregando su libertad o su propia responsabilidad en el proceso de resolución del problema[530].

5.1.2.1. Modelo transformativo

El modelo transformativo fue desarrollado originalmente por Baruch Bush y Folger, se fundamenta en unas premisas, propósitos y principios identificables, y se basa en una comprensión relacional de la naturaleza humana[531]. En el enfoque transformativo, los mediadores se centran en dos tipos de actividades. En primer lugar, se centran en apoyar y no suplantar los propios procesos de deliberación y toma de decisiones de las partes, al mismo tiempo que se centran en invitar, alentar y apoyar la presentación y recepción de las partes, cada una de la otra, de las perspectivas de los demás[532]. De esta manera, del conflicto pueden surgir el crecimiento psicológico y moral de las partes. La mediación transformativa como método se centra en la relación subyacente que existe entre las partes en litigio y el mediador, permitiéndoles tomar el control de las conversaciones, fomentar el empoderamiento y el reconocimiento entre ellas; resulta muy adecuada para disputas dentro de las familias donde las partes tienen predilección e interés en preservar su relación[533].

Por otra parte, el enfoque narrativo se centra en la disputa como una sola visión de la relación entre los contendientes, es una «cosa» extraña que ha invadido la relación normal con el otro. El mediador narrativo ayuda a las partes a desarrollar una historia alternativa de su relación, una que podría fomentar una confianza razonable. Ambos enfoques buscan alguna oportunidad para la curación y no solo el acuerdo[534]. El modelo narrativo avanzado por Winslade y Monk se fundamenta en una epistemología

[530] WHATLING, Tony: *Mediación: habilidades y estrategias, guía práctica*. Madrid: Narcea, 2013, p. 29.
[531] LEBOVICS, Jacob: «The role of transformative mediation in family business disputes», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 20, núm. 2 (2019), p. 472.
[532] BARUCH BUSH, Robert A.: «"What Do We Need a Mediator For?": Mediation's "Value-Added" for Negotiators», *op. cit.,* p. 30.
[533] DOUGLAS, Susan: «Neutrality, self-determination, fairness and differing models of mediation», *op. cit.,* p. 30.
[534] PAQUIN, Gary y Linda HARVEY: «Therapeutic jurisprudence, transformative mediation and narrative mediation: natural connection», *op. cit.,* p. 168.

constructivista, un enfoque narrativo o discursivo de la práctica, una comprensión del conflicto en función de la existencia de la diferencia, y en el lenguaje como condición previa para el pensamiento y como forma de acción social[535]. Una perspectiva narrativa promueve un objetivo, una historia, que se mueve a través del tiempo, más que un acuerdo singular. Los fines que un mediador narrativo debe tener en cuenta son: (i) crear las condiciones relacionales para el crecimiento de una historia alternativa, (ii) construir una historia de relación que sea incompatible con el dominio continuo del conflicto, y (iii) abrir un espacio para que las personas hagan cambios en el posicionamiento discursivo[536].

5.1.2.2. Modelo narrativo

Según el enfoque narrativo de Sara Cobb, el objetivo de la mediación es la transformación de las narrativas de conflicto que mantienen las partes, que consisten en las particulares percepciones del problema, sus antecedentes y el papel desempeñado por las partes. Cada parte presenta una historia donde se describen a sí mismas como víctimas de actos ilícitos cometidos por la otra parte. El papel del mediador es ayudar a las partes a volver a contar la historia del conflicto para que contenga elementos de las posiciones de ambos contendientes[537].

La mediación como disciplina formal se ha enriquecido en su forma y en su contenido de otras disciplinas previas, y ha conseguido armarse gracias a las aportaciones de ciertas escuelas de mediación clásicas, y más recientemente de otros nuevos modelos, un amplio catálogo de técnicas e intervenciones. Todas estas propuestas metodológicas enriquecen y fortalecen la mediación frente a su objetivo profesional: participar en la superación de conflictos interpersonales e intergrupales[538].

5.2. Enfoque relacional y el diálogo

Tanto el enfoque transformativo de la mediación (Baruch Bush y Folger, 1994) como el enfoque narrativo (Winslade y Monk, 2000) reexaminan críticamente el concepto occidental moderno del «yo» como entidad separada e interesada. Frente a la visión individualista de la naturaleza humana, donde los seres humanos se constituyen a sí mismos y entre sí como entidades autónomas, capaces de definirse por sí mismas, por

[535] DOUGLAS, Susan: «Neutrality, self-determination, fairness and differing models of mediation», *op. cit.,* p. 33.
[536] WINSLADE, John Maxwell: «Mediation with focus on discursive positioning», *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 23, núm. 4 (2006), p. 510.
[537] DOUGLAS, Susan: «Neutrality, self-determination, fairness and differing models of mediation», *op. cit.,* p. 36.
[538] MADRID LIRAS, Santiago: *Mediación motivacional: hacia una relación de acompañamiento en los conflictos*, *op. cit.,* p. 8.

separado y distintivamente de los demás, la visión relacional del «yo» se mueve hacia fuera, desde el individuo, y no enfatiza la separación o el autointerés, sino que es percibido como un producto emergente, siempre cambiante, construido desde la interacción; sus valores provienen de la interacción, y no se imponen al mundo[539]. Tanto los enfoques transformativos como los narrativos contienen un pensamiento avanzado en el campo de la mediación, y han fomentado la consideración seria de enfoques alternativos, más relacionales para la resolución de conflictos. Ofrecen teorías sobre la escalada de conflictos y prácticas para su transformación coherentes con las premisas filosóficas que subyacen en sus estructuras[540].

5.2.1. Los pensadores del diálogo: Martin Buber, David Bohm y Charles Taylor

Han sido los pensadores del diálogo, procedentes de distintas disciplinas intelectuales, quienes presentaron el concepto de diálogo como una práctica relacional[541]. Las ideas de Martin Buber, David Bohm y Charles Taylor conforman los fundamentos filosóficos del diálogo y su comprensión facilita el desarrollo de las bases para la práctica de la mediación arraigada en la perspectiva del diálogo[542].

La filosofía de Martin Buber se denomina a menudo como «filosofía del diálogo» porque su principal argumento es que el diálogo es una forma básica de existencia[543]. Distinguió entre dos modos diferentes de conversación, entre dos cualidades diferentes de interacción humana: «Yo-Tú» y «Yo-Ello»[544]. Estas dos actitudes son radicalmente distintas, dos modos de vivir y ser en el mundo, que se constituyen en relaciones diametralmente opuestas. La relación «Yo-Ello» o sujeto-objeto entronizada por el pensamiento reflexivo moderno como la relación trascendental del fundamento, y la relación «Yo-Tú» perteneciente al orden de lo «in-objetivo» infundamentable e inderivable[545]. La relación «Yo-Ello» se caracteriza por una fría indiferencia con respecto al otro, y el «Yo-Tú» es una relación dialogante[546]; en palabras del mismo Martin Buber: «el ser humano se torna Yo en

[539] GLENN, Phillip y Ran KUTTNER: «Dialogue, dispute resolution, and talk-in-interaction: On empirical studies of ephemeral phenomena», *Negotiation and Conflict Management Research*, vol. 6, núm. 1 (2013), p. 14.
[540] KUTTNER, Ran: «Cultivating dialogue: From fragmentation to relationality in conflict interaction», *Negotiation Journal*, vol. 28, núm. 3 (2012), p. 330.
[541] GLENN, Phillip y Ran KUTTNER: «Dialogue, dispute resolution, and talk-in-interaction: On empirical studies of ephemeral phenomena», *op. cit.,* p. 14.
[542] KUTTNER, Ran: «Cultivating dialogue: From fragmentation to relationality in conflict interaction», *op. cit.,* p. 321.
[543] *Idem*.
[544] GLENN, Phillip y Ran KUTTNER: «Dialogue, dispute resolution, and talk-in-interaction: On empirical studies of ephemeral phenomena», *op. cit.,* p. 14.
[545] CEREZO GALÁN, Pedro: *El diálogo, la razón civil*, *op. cit.,* p. 229.
[546] GLENN, Phillip y Ran KUTTNER: «Dialogue, dispute resolution, and talk-in-interaction: On empirical studies of ephemeral phenomena», *op. cit.,* p. 14.

el Tú»[547], lo que significa que solo en presencia de la relación primaria «Yo-Tú» uno mismo se puede realizar por completo[548]. Comenta Maurice Friedman que, en su obra clásica *Yo y Tú*, Martin Buber distingue entre la relación «Yo-Tú» que es directa, mutua, presente y abierta, y la «Yo-Ello», o sujeto-objeto, relación donde la persona se relaciona con el otro solo indirectamente, conociendo y usando al otro. Lo esencial no es lo que sucede en la mente de los socios en una relación, sino lo que sucede entre ellos[549].

Para el profesor de física teorética David Bohm, el término «diálogo» tiene una acepción diferente a la que se emplea comúnmente. Para la comprensión del significado acude al origen etimológico de la palabra, que proviene del griego, y que está compuesta de la raíz logos, que significa «palabra» o «significado de la palabra», y del prefijo «dia», que no significa dos, sino «a través de». La imagen que le proporciona la etimología sugiere la existencia de una corriente de significado, *stream of meaning* que fluye «entre», «dentro» y «a través» del nosotros del que puede surgir algún nuevo entendimiento. Esto hará posible la presencia de una corriente de significado en el seno de un grupo, a partir de la cual puede emerger una nueva comprensión, algo creativo que no se hallaba, en modo alguno, en el momento de partida. Y este significado compartido es el pegamento, el cemento que mantiene unidas a las personas y sociedades. Las personas deben ser capaces de ir más allá de la mera comunicación de datos, y crear algo en común[550].

El concepto de diálogo que propone David Bohm es el de un proceso multifacético, que explora una gama inusualmente amplia de la experiencia humana, como la manera en la que el pensamiento se genera y sostiene a nivel colectivo, más allá de las nociones típicas de lenguaje e intercambio conversacional[551]. En otras palabras, según David Bohm, el diálogo requiere un estado dinámico, hablar sobre algo y cambiar, estar abiertos a un reexamen de los supuestos y percepciones con los que el participante parte, revisar los supuestos fundamentales, no solo en cuanto al contenido, sino también con respecto a la percepción de las partes, vistas como «dos sistemas diferentes»[552]. En el diálogo, las personas coparticipan en la construcción del significado que enriquece el contexto donde intervienen, tanto en términos de información como en capacidad de participar, no desde un lado sino como un socio del contexto; un proceso donde las partes no mantengan por

[547] BUBER, Martin: *Yo y tú*, *op. cit.,* p. 40.
[548] KUTTNER, Ran: «Cultivating dialogue: From fragmentation to relationality in conflict interaction», *op. cit.,* p. 321.
[549] FRIEDMAN, Maurice S.: «Martin Buber y Mikhail Bakhtin: The Dialogue of Voices and the Word that is Spoken», *Religion and Literature*, vol. 33, núm. 3 (2001), p. 29.
[550] BOHM, David: *On dialogue*. Nueva York (Estados Unidos): Routledge, 1996, p. 6.
[551] *Ibid.*, p. 7.
[552] GLENN, Phillip y Ran KUTTNER: «Dialogue, dispute resolution, and talk-in-interaction: On empirical studies of ephemeral phenomena», *op. cit.,* p. 15.

separado una serie de opiniones diversas, sino donde participen en un espacio dialogado común[553].

Al presentar su visión dialogante de la comprensión y el pensamiento humanos, Charles Taylor distingue entre «actos monológicos» (actos de un solo agente) y «actos de diálogo». Afirma que el sentido de «sí mismo» de la persona es diferente cuando está en una mentalidad dialógica, que surge dentro, en lugar de ser forzada desde fuera de la interacción. El punto focal no es el individuo, sino más bien la conciencia del yo en la interacción que hace presente el diálogo, donde las necesidades e intereses se compartirán naturalmente[554]. El yo tiene una naturaleza dialógica, como característica ontológica del yo; la propia identidad depende crucialmente de las relaciones dialogológicas con los demás; en el núcleo mismo de la identidad personal está el intercambio real o imaginado con los demás, y las interpretaciones del yo de los individuos están moldeadas por una cultura más amplia a la que pertenecen[555]. Ran Kuttner explica cómo Taylor articula una visión relacional de la persona transformadora de la adversidad en diálogo; no se logra capturar al yo dentro de un «acto monológico»; la propia voz se encuentra en un proceso de conciencia gradual que surge no desde la introyección sino dentro de la conversación, como interlocutor, porque este tipo de acción dialogada, por su propia naturaleza, delimita un lugar, «un espacio común dialógico» para el hablante que está siendo incluido en él[556].

5.2.2. Enfoque relacional y desde el diálogo

Desde una perspectiva relacional, el conflicto es un elemento connatural a la relación: las personas, al interactuar y relacionarse unas con otras, dan entrada también a posibles conflictos, existiendo la posibilidad de acercamiento o distanciamiento siempre presentes[557]. La realidad social es relacional, la presuposición más general del pensamiento sociológico podría ser la siguiente: al principio está la relación[558]. Lo relacional, dice Pompeu Casanovas, se refiere a la capacidad de establecer un espacio común de

[553] KUTTNER, Ran: «Cultivating dialogue: From fragmentation to relationality in conflict interaction», *op. cit.,* p. 325.
[554] KUTTNER, Ran: «The Wave/Particle Tension in Negotiation», *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 16 (2011), p. 349.
[555] ABBEY, Ruth: *Charles Taylor*. Durham: Taylor & Francis, 2000, p. 67.
[556] KUTTNER, Ran: «Cultivating dialogue: From fragmentation to relationality in conflict interaction», *op. cit.,* p. 326.
[557] SANDOVAL ESTUPIÑÁN, Luz Yolanda y Nuria GARRO-GIL: «La Teoría Relacional: Una propuesta para la comprensión y resolución de los conflictos en la institución educativa», *Estudios sobre Educación*, vol. 32 (2017), p. 67.
[558] HERRERA GÓMEZ, Manuel: «La teoría relacional de la sociedad», *Revista Internacional de Sociología*, vol. 59, núm. 28 (2001), pp. 14 y 33.

relaciones mutuas, un marco regulatorio compartido, en el que se espera cierta reciprocidad con respecto a los bienes, servicios, actitudes y acciones[559].

5.2.2.1. El enfoque relacional de Mark Umbreit

El enfoque humanista de Mark Umbreit en materia de mediación y diálogo funciona como un enfoque complementario al modelo transformativo, que añade algunos nuevos acentos importantes en torno al elemento humano de los procesos de diálogo; cuando las personas se conectan más profundamente entre sí a través de un diálogo seguro y constructivo, los resultados son al parecer mejores para ambas[560]. El modelo humanista de mediación implica reformular el papel del mediador para que impulse la solución facilitando el diálogo y la ayuda mutua entre las partes, utilizar un estilo de mediación no dirigido que cree un espacio seguro para el diálogo y el acceso a las fortalezas de los participantes, y reconocer y usar el poder del silencio[561]. En el corazón de este enfoque aplicado a la justicia restaurativa, que Mark Umbreit denomina *restorative justice dialogue*, se halla el intercambio de la historia personal de las personas, víctima y agresor, en un contexto seguro, que de otra manera nunca podrían haberse reunido o escuchado respetuosamente, con el propósito de sanar el conflicto entre ellas, y también de sanar a la comunidad más amplia de la que provienen. Dependiendo del contexto y la situación, el diálogo puede implicar compartir solo un poco de la historia personal o compartir mucho más, aprender acerca de las cosas que importan, no solo de los demás, sino también de sí mismos; incluso pueden sorprenderse al descubrir puntos en común. Si el odio alimenta la violencia, entonces el diálogo de la justicia restaurativa ofrece al menos una oportunidad de reemplazar el odio con la comprensión y respeto[562].

5.2.2.2. La justicia relacional

El pensamiento relacional tiene implicaciones significativas para el sistema de justicia en la práctica. La perspectiva relacional sobre los problemas planteados por el sistema de justicia penal se denomina «justicia relacional», y uno de los fundamentos de este nuevo enfoque es considerar el crimen principalmente como una ruptura de las relaciones; incluso en aquellos casos en los que el delincuente no conoce personalmente a la víctima, se puede decir que existe una relación en virtud de su ser ciudadanos, unidos por normas

[559] CASANOVAS I ROMEU, Pompeu: «A Perspective from Philosophy and Sociology of Law: Agreement and Relational Justice», *op. cit.,* p. 16.
[560] LEWIS, Ted y Mark UMBREIT: «A Humanistic Approach to Mediation and Dialogue: An Evolving Transformative Practice», *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 33, núm. 1 (2015), p. 4.
[561] UMBREIT, Mark S., Robert B. COATES y Betty VOS: «Victim-offender mediation: Three decades of practice and research», *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 22, núm. 1 (2004), p. 280.
[562] COATES, Robert B.; Mark S. UMBREIT y Betty VOS: «Responding to Hate Crimes through Restorative Justice Dialogue», *Contemporary Justice Review*, vol. 9, núm. 1 (2006), p. 21.

que rigen el comportamiento social; el crimen solo en un aspecto secuendario debe considerarse como un delito contra el Estado y sus leyes[563]. En un sentido amplio, la justicia relacional puede definirse en primer término como la justicia producida a través del comportamiento cooperativo, el acuerdo, la negociación o el diálogo entre los actores. Para Pompeu Casanovas la justicia relacional es la justicia a través de Internet, es decir, desarrollada mediante un marco tecnológico en el que las controversias, disputas, conflictos y litigios pueden gestionarse, y en ocasiones resolverse, en línea, o en una combinación mixta de organizaciones e instituciones económicas, sociales o políticas[564].

5.2.2.3. Los diálogos apreciativos

El diálogo es un proceso de construcción de significados y acciones entre personas, formativo de mundos sociales[565]. Para David Bohm el diálogo hace posible la presencia de una corriente de significado entre las personas, a partir de la cual surge una comprensión diferente, algo que no existía en el comienzo de su conversación[566]. La perspectiva generativa que propone Dora Fried Schnitman consiste en recurrir al diálogo reflexivo y el aprendizaje conversacional, que tienen lugar como procesos de creación entre personas y en beneficio de las personas mismas. Es «en» y «a través» del diálogo como se pueden modificar las relaciones entre los participantes, o adoptar acciones conjuntas, especificar valores y significados relevantes y orientarse a la construcción de nuevas realidades y tramas sociales[567].

Podemos denominar creación dialógica a la construcción gradual en el tiempo de algo nuevo mediante el diálogo reflexivo y el aprendizaje conversacional entre personas y grupos humanos. En el desarrollo de este proceso las personas o grupos llegan a ver, experimentar, describir, vincularse y posicionarse de una manera diferente. Este enfoque, centrado en los diálogos generativos y en el construccionismo social, considera a la creación de significado, a la experiencia y al conocimiento como procesos constructivos en los que los acontecimientos específicos, los actos y los episodios tienen la capacidad

[563] SCHLUTER, M.: «What Is Relational Justice?», en Jonathan BURNSIDE y Sally BROOKES (eds.): *Relational justice: Repairing the breach*, *op. cit.,* pp. 24-25.
[564] CASANOVAS I ROMEU, Pompeu: «Legal Electronic Institutions and ONTOMEDIA: Dialogue, Inventio, and Relational Justice Scenarios», en Pompeu CASANOVAS I ROMEU, Ugo PAGALLO, Giovanni SARTOR y Gianmaria AJANI (eds): *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems (AICOL I-II) The Semantic Web, multilingual ontologies, multiagent systems, distributed networks AI Approaches to the Complexity of Legal Systems (AICOL I-II) The Semantic Web, multilingual ontologies, multiagent systems, distributed networks, Lecture Notes in Artificial Intelligence*. Berlín: Springer, 2010, p. 20.
[565] SCHNITMAN, Dora Fried: «Perspectiva generativa en la gestión de conflictos sociales», *Revista de Estudios Sociales*, núm. 36 (2010), p. 54.
[566] BOHM, David: *Sobre el diálogo*. Barcelona (España): Kairós, 2019, p. 30.
[567] SCHNITMAN, Dora Fried: «Perspectiva generativa en la gestión de conflictos sociales», *op. cit.,* p. 54.

potencial de transformar las perspectivas que las personas tienen de sí mismas, sus relaciones y contextos, sus posibilidades y futuros.

Las ideas predominantes en la propuesta de los diálogos apreciativos son tres: (i) el constructivismo, (ii) el valor de la reflexión conjunta, y (iii) el papel de las experiencias e imágenes positivas en el diseño del futuro. Los diálogos apreciativos conciben como centro de este actuar a la reflexión; es a través de los procesos de reflexión que las partes pueden vislumbrar sus conflictos tal y como ellos los traen a la mediación. Y, finalmente, ese proceso de reflexión toma un sentido diferente cuando el mediador propugna la búsqueda de imágenes positivas con la intención de resaltar aquello que sí funcionó o funciona entre las partes[568].

David Cooperrider desarrolla los diálogos apreciativos, en los que denomina la *apreciative inquiry*, que consiste en la búsqueda cooperativa y coevolucionaria de lo mejor en las personas, sus organizaciones y comunidades, y el mundo que las rodea. Implica el descubrimiento sistemático de lo que da «vida» a una organización o comunidad cuando es más eficaz y más capaz en términos económicos, ecológicos y humanos. En el corazón de la *apreciative inquiry* se encuentra la entrevista apreciativa, un diálogo uno a uno con los miembros de la organización o la comunidad y las partes interesadas, utilizando preguntas sobre experiencias de alto nivel, valoración, y sobre lo que ha dado vida a la organización o comunidad en su mejor momento[569].

Para los defensores de los diálogos apreciativos, el punto de partida, al igual que sucede en el modelo circular-narrativo, es que la realidad es construida por los actores, por lo que trabajar en el conflicto es interactuar al nivel de las construcciones mentales de los sujetos[570].

Franco Conforti desarrolla la mediación apreciativa como un proceso que propicia un marco ideal para el cambio de las realidades de los participantes a través del reconocimiento y la recreación de los aspectos positivos de las personas y sus interacciones[571].

[568] CALVO SOLER, Raúl: «Del alcance de la mediación», *op. cit.,* p. 12.
[569] COOPERRIDER, David L. y Diana WHITNEY: «Appreciative Inquiry: A Positive Revolution in Change», en Peggy HOLMAN, Tom DEVANE y Steven CADY (eds.): *The Change Handbook. The definitive resource on today´s best methods for engaging whole systems*. Oakland (Estados Unidos): Berrett-Koehler, 2007, p. 75.
[570] CALVO SOLER, Raúl: «Del alcance de la mediación», *op. cit.,* p. 12.
[571] FRANCO CONFORTI, Óscar Daniel: *Construcción de paz: diseño de intervención en conflictos*, *op. cit.,* p. 182.

CAPÍTULO SEGUNDO. LA MEDIACIÓN EN EL ESPACIO DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: MARCO LEGAL

1. LA MEDIACIÓN Y LA CREACIÓN DE UN ESPACIO DE JUSTICIA EN LA UNIÓN EUROPEA

1.1. La creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea

La mediación, comenta Leticia García Villaluenga, es una realidad actual y emergente, con una profunda y honda trascendencia social y jurídica, y su desarrollo, al igual que el del resto de las denominadas ADR, responde a la necesidad de mejorar el acceso a la justicia como una apuesta política de la UE[572]. A nivel de la UE cobra vigencia una idea de la justicia más amplia de la procesal, centrada en la satisfacción de los ciudadanos, en la calidad de las soluciones que se les ofrezcan y en la necesidad de promover la resolución ágil y eficaz de los conflictos; todo ello para favorecer el mercado común[573].

La introducción de la mediación en la construcción del espacio judicial europeo aporta importantes elementos de cohesión, especialmente útil en los llamados litigios transfronterizos, donde el elemento internacional está presente[574]. La política de la UE relativa al impulso de los medios alternativos de resolución de conflictos se inscribe en el marco de facilitar a los ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia, y más concretamente, el derecho de acceso a la justicia[575].

En octubre del año 1999, el Consejo Europeo celebró una sesión especial para marcar como objetivo hacer de la UE un espacio de libertad, seguridad y justicia. La creación de un espacio europeo de justicia implicaba la posibilidad para las personas y empresas pertenecientes a los Estados miembros de poder ejercer sus derechos sin verse afectadas por las incompatibilidades o la complejidad de los diferentes sistemas jurídicos vigentes en toda la UE[576].

---

[572] GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO: «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *op. cit.,* p. 72.
[573] SOLETO MUÑOZ, Helena: «La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», *op. cit.,* p. 27.
[574] ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual: «La mediación como medio de solución de conflictos», *op. cit.,* p. 23.
[575] SOLETO MUÑOZ, Helena: «La mediación en la Unión Europea», *op. cit.,* p. 186.
[576] MORCILLO JIMÉNEZ, Juan Jesús; Manuel ÁLVAREZ TORRES y Beatriz GIL VALLEJO: *Mediación civil y mercantil*. Madrid: Dykinson, 2009, pp. 10-11.

1.1.1. Los Tratados de Maastricht y Ámsterdam

El Tratado de la UE firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, con entrada en vigor el 1 de noviembre de 1993, «constituye una nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos»[577].

El nuevo tratado funda la UE sobre la base de las Comunidades Europeas completadas con las políticas y formas de cooperación que en el mismo se establecen, figurando entre los objetivos de la UE el desarrollo de una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior. Al crear la Unión, el mismo Tratado de Maastricht le confirió ciertas competencias de actuación que, clasificadas en tres grandes grupos, son conocidas comúnmente como los «pilares» de la Unión, refiriéndose así a sus distintos ámbitos y modos de actuación. El primer pilar estaba formado por las Comunidades Europeas, el segundo por la política exterior y de seguridad común (PESC), y el tercero estaba constituido por la cooperación en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior (JAI), prevista en el título VI del Tratado[578]. La Unión tenía asignado el cometido de elaborar una acción común en estos dos ámbitos, justicia y asuntos de interior, conforme a un método de carácter intergubernamental al objeto de ofrecer a los ciudadanos un nivel elevado de protección dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Esta acción conjunta incluía específicamente la cooperación judicial en materia civil y penal, además de otras materias como las normas para el cruce de fronteras, la lucha contra el terrorismo y la inmigración irregular, la creación de la Oficina Europea de Policía (Europol), y una política común de asilo. En el título VI, «Disposiciones relativas a la cooperación de la justicia y de los asuntos de interior», establece en su artículo K.1 que, para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas, los Estados miembros consideran de interés común, y entre otros ámbitos, el descrito en su número 6, la cooperación judicial en materia civil.

Posteriormente, el Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, con entrada en vigor el 1 de mayo de 1999, modificó el Tratado de la UE, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, y determinados actos conexos, introduciendo por primera vez en los tratados disposiciones generales que permitían a un determinado número de Estados miembros acudir, en determinadas condiciones, a las instituciones comunes para organizar acciones de cooperación reforzada entre ellos. El contexto en el que surge la cooperación reforzada como mecanismo al servicio del avance en la UE es el de su expansión hacia Europa Central y Oriental, lo que exigía la revisión del

[577] Artículo A del Tratado de la UE, DOCE n.º C 191/4, 29 de julio de 1992.
[578] «Los Tratados de Maastricht y Ámsterdam», p. 1. Fichas técnicas sobre la UE-2019. Disponible en: <www.europarl.europea.eu/factsheets/es>.

funcionamiento de las instituciones europeas. En ese momento, la estructura de la Unión obedecía a un formato de organización prevista inicialmente para seis Estados miembros y, si bien se adaptó para integrar a más Estados miembros, aquella seguía funcionando a partir de los mismos principios institucionales[579].

La ampliación de los Estados miembros implicaba contar con una mayor diversidad de objetivos, sensibilidades y prioridades dentro de la UE, lo que aporta una diversidad que es considerada una riqueza; pero al mismo tiempo, podía aparejar dificultades si la velocidad de la construcción europea se veía condicionada por los Estados miembros más lentos.

En este sentido, el Tratado de Ámsterdam introduce en el Tratado de la UE el concepto de integración diferenciada, en concreto, se añadieron tres artículos, 43, 44 y 45, que permitían a los Estados miembros que quisieran establecer entre sí una cooperación reforzada, hacer uso de las instituciones, procedimientos y mecanismos establecidos por el Tratado de la UE y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Esto supuso toda una novedad sin precedentes, que daba la opción a los Estados miembros más ambiciosos de poder avanzar en la cooperación, permitiendo a los demás Estados miembros que pudieran participar en un momento posterior.

Esta facultad se confirió para los casos de cooperación reforzada regulada por disposiciones específicas, como la unión económica y monetaria, la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, y la integración del acervo de Schengen[580].

Los ámbitos de la cooperación reforzada constituían el «tercer pilar», y los ámbitos que no eran competencia exclusiva de la Comunidad, pero solo en condiciones especialmente restrictivas. Las condiciones que toda cooperación reforzada debía cumplir, así como los mecanismos de decisión previstos, se establecieron de manera que garantizaran que esta nueva modalidad del proceso de integración continuara siendo una solución excepcional, y que solo pudiera aplicarse con el fin de avanzar, y no de retroceder, en el proceso de integración[581].

La propuesta de cooperación para el «tercer pilar» debe respetar las competencias de la Comunidad Europea, al igual que los objetivos establecidos en el título VI del Tratado

[579] Síntesis de legislación europea sobre cooperación reforzada, p. 1. Esta síntesis ha sido archivada, y no está actualizada porque el documento al que se refiere ha perdido su vigencia o ya no refleja la situación actual. Disponible: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:a28000>.
[580] «Los Tratados de Maastricht y Ámsterdam», p. 4. Fichas técnicas sobre la UE-2019. Disponible en: <www.europarl.europea.eu/factsheets/es>.
[581] *Idem*.

de la UE, y tiene por objeto facilitar que la Unión se convierta más rápidamente en un espacio de libertad, de seguridad y de justicia[582].

Así, el artículo 73 I del Tratado de Ámsterdam establece que el Consejo adoptaría, con el fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, que debían incluir, cuando tuviera repercusión transfronteriza, y como necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, y entre otras, la mejora y simplificación del reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales[583].

El Consejo Europeo de Cardiff de 15 y 16 de junio de 1998, en orden a preparar la aplicación del Tratado de Ámsterdam, y dentro del capítulo V sobre desarrollo de la Unión, solicitó al Consejo y a la Comisión que en su sesión de Viena presentaran un Plan de acción sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado relativas a la creación de una zona de libertad, seguridad y justicia[584]. Esta petición del Consejo Europeo, como manifestó la Comisión en su Comunicación de 14 de julio de 1998, no se trataba de un mero ejercicio de estilo o de reforma de los procedimientos, sino «que demostró su voluntad de responder, mediante una acción concreta, a una de las preocupaciones principales de la opinión pública», formando parte de un planteamiento tan claro como ambicioso, el comprometer a la Unión en la vía de reformas que la acerquen a los ciudadanos[585].

A partir del Tratado de Ámsterdam se inicia desde la Comisión Europea un camino de armonización de instrumentos jurídicos con la finalidad de construir un espacio judicial común no adversarial con objetivos dirigidos a los Estados miembros. Para los asuntos civiles y mercantiles, la Comisión solicitó la implantación de procedimientos alternativos y extrajudiciales de resolución de conflictos para mejorar el sistema de justicia[586].

---

[582] Síntesis de legislación europea sobre cooperación reforzada, p. 1. Esta síntesis ha sido archivada, y no está actualizada porque el documento al que se refiere ha perdido su vigencia o ya no refleja la situación actual. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:a28000>.

[583] Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, DOCE núm. C 340, 10 de noviembre de 1997, p. 1. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-es.pdf>.

[584] Consejo Europeo de Cardiff de 15 y 16 de junio de 1998. Conclusiones de la presidencia, p. 8. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-es.pdf>.

[585] Comunicación de la Comisión: «Hacia un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», de 14 de julio de 1998, p. 1. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/summits/wie1_es.htm>.

[586] MORALES FERNÁNDEZ, María Gracia: *La mediación: sistemas alternativos de resolución de conflictos. Sistemas complementarios al proceso. Un enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva*, *op. cit.,* p. 128.

1.1.2. Comunicación de la Comisión Europea de 14 de julio de 1998: «Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia»

La Comisión Europea, con carácter previo a enumerar cuáles son las vías convenientes para hacer efectivo un Plan de acción, estimó necesario examinar en primer lugar el concepto de «espacio de libertad, seguridad y justicia», declarando que esa noción «sintetiza, a nivel europeo, el acervo de nuestras tradiciones democráticas y nuestras concepciones del Estado de derecho»[587]. La cooperación en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior se fundamenta no solo en acuerdos operativos sino en instrumentos legislativos, como una de sus características. Constituye un propósito de la UE conseguir que en la vida cotidiana de los ciudadanos esté presente este espacio de libertad, seguridad y justicia. Este espacio no se construye sobre el vacío, sino sobre la base de todo el acervo del mercado interior. La Comunidad y la Unión, cada una en su sector, han desplegado acciones en este sentido, resultando un complemento indispensable lograr que los ciudadanos adquieran un sentido de pertenencia.

Los tres conceptos de libertad, seguridad y justicia están íntimamente relacionados, y son indisociables. Si no se cuenta con un medio seguro que esté fundamentado en un sistema judicial que merezca la confianza de todos los ciudadanos y residentes de la Unión, entonces la libertad se vacía, y pierde gran parte de su significado. Al mismo tiempo, siendo conceptos dispares los tres están unidos por un mismo denominador común, *las personas*. No puede pretenderse el cumplimiento de estos conceptos si no es de forma conjunta, «la plena realización de uno supone la de los otros dos». Es inherente a este «espacio» la concurrencia de unos valores comunes y unos principios que tradicionalmente están vinculados a las democracias modernas de la UE. El objetivo que persigue el Tratado de Ámsterdam no es el de reinventar la democracia o el Estado de derecho, sino los ciudadanos, permitiendo que juntos puedan beneficiarse de esta tradición democrática.

El concepto de libertad inscrito en el Tratado de Ámsterdam es amplio y discurre más allá de la libre circulación de personas entre los Estados miembros; implica vivir en un medio donde se respete la ley, y se extiende a todo el campo de los derechos fundamentales de la persona, incluida la protección contra toda forma de discriminación, prestando especial atención al respeto de la vida privada y la protección de datos personales.

La cooperación en los ámbitos de la justicia y los asuntos internos está estrechamente vinculada con la libre circulación de personas, por lo que la integración del

[587] Comunicación de la Comisión: «Hacia un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», de 14 de julio de 1998, p. 1. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/summits/wie1_es.htm>.

acervo Schengen en la Unión tendría como efecto proporcionar una base para el desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia, causando un salto cualitativo.

El Tratado de Ámsterdam proporciona un marco institucional para poder aplicar una acción conjunta a los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia criminal; su objetivo no es instaurar procedimientos uniformes de detección e investigación en los servicios represivos responsables de las cuestiones de seguridad de Europa, ni actuar sobre la responsabilidad que incumbe a cada Estado miembro de hacer respetar la ley y el orden y garantizar la seguridad interior. El objetivo declarado es prevenir y combatir, en el nivel adecuado, la delincuencia organizada. Todos los Estados miembros ratificaron el Convenio Europol como instrumento indispensable para la cooperación europea.

El espacio de justicia está planteado en conexión con el Estado de derecho, que forma parte de las tradiciones comunes de la Unión, y donde un sistema judicial independiente resulta ser un elemento necesario. Los sistemas judiciales en la UE se han desarrollado progresivamente durante un amplio periodo de tiempo, si bien lo han hecho de forma distinta, por lo que cuentan con diferencias significativas de fondo y de procedimiento, origen de dificultades y obstáculos difícilmente comprensibles por el ciudadano, el residente, y por quienes operan en el mercado único. El espacio de justicia, según el Tratado de Ámsterdam, persigue «dar a los ciudadanos un sentimiento común de justicia en toda la Unión», considerando la justicia como un factor que facilita la vida diaria de las personas, al tiempo que exige responsabilidad a aquellos que amenazan la libertad y la seguridad de los individuos y de la sociedad. Para que esto sea una realidad se requiere un acceso a la justicia y cooperación judicial plena. El Tratado de Ámsterdam proporciona un marco conceptual e institucional para garantizar que estos valores puedan defenderse en toda la UE, y el contexto para que pueda establecerse una política global en la Administración de Justicia.

En este escenario de consolidación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, el concepto de orden público, característico de un Estado de derecho, que ha estado definido por cada Estado miembro, deberá contemplarse conforme al nuevo espacio europeo, creando el concepto de orden público europeo fundamentado en la consideración de intereses comunes.

El desarrollo de la *cooperación judicial civil* contribuye enormemente a la configuración del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, si bien su desarrollo acusa un exceso de lentitud. Esta cooperación judicial se construye sobre los principios de seguridad jurídica e igualdad de acceso a la justicia, que son su objetivo esencial, y se traducen en la vida del ciudadano en una facilidad para identificar la jurisdicción competente, una legislación aplicable clara, la existencia de juicios rápidos y equitativos, y procedimientos de ejecución eficaces. En cuanto a la *cooperación judicial penal*, debe

alcanzar el nivel ya conseguido por la cooperación judicial, y su eficacia en la actualidad se ve limitada ante la actuación de la delincuencia organizada, ante la falta de una aproximación en las legislaciones y la simplificación de procedimientos. Por último, en un apartado aparte sobre los procedimientos, la Comisión resalta que estos deberían ofrecer las mismas garantías, de modo que no haya tratamientos desiguales en las distintas jurisdicciones. Si bien esto no supone uniformar las normas sí exige que estas sean equivalentes, en especial en cuestiones de derechos de defensa.

1.1.3. Plan de acción del Consejo Europeo de Viena de 3 de diciembre de 1998

El Plan de acción que el Consejo Europeo de Viena formuló el 3 de diciembre de 1998, en respuesta a la petición que los jefes de Estado y de Gobierno presentaron al de Cardiff de junio de 1998, es una medida comunitaria cuyo objetivo es aplicar de la mejor forma las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, previsto que se consiga en un plazo de cinco años. En cuanto al «espacio de justicia», el objetivo es «garantizar igual acceso a la justicia a los ciudadanos europeos y facilitar la cooperación entre autoridades judiciales»[588], a pesar de las diferencias existentes entre los distintos Estados miembros, y, en concreto, en materia civil «la cooperación debe pretender la simplificación del entorno de los ciudadanos europeos», y en materia penal «debe permitir reforzar la coordinación de las actuaciones judiciales y dar un sentimiento común de justicia, mediante la definición de normas mínimas para las infracciones, los procedimientos y las sanciones». Se tiene especial consideración todo lo anterior, para el caso concreto de los litigios transfronterizos. La cooperación judicial en materia civil resulta fundamental para la creación del «espacio de justicia», y así, el Plan de acción recoge, como una de las prioridades y medidas, la necesidad de adaptar las normativas donde surgen problemas derivados de la coexistencia de diferentes leyes y jurisdicciones, sobre todo en lo referente a las obligaciones contractuales y extracontractuales, divorcio, régimen matrimonial y sucesiones. Se añade como otra medida más y aparte el «desarrollar la mediación, especialmente para los conflictos familiares». Finalmente, se establece que «se estudiará la posibilidad de crear una red judicial civil para intensificar las relaciones de los profesionales en el ámbito europeo».

[588] Plan de acción del Consejo Europeo de Viena y de la Comisión de 3 de diciembre de 1998, DOCE núm. C 19, 23 de enero de 1999. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l33080&from=ES>.

1.1.4. Conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999. El sistema marcador y sus actualizaciones

El Consejo Europeo se volvió a reunir en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999 con el objetivo de convertir la Unión en un espacio de libertad, seguridad y justicia, acordando para ello, y al amparo de las posibilidades del Tratado de Ámsterdam, una serie de orientaciones y prioridades políticas que permitieran constatarlo rápidamente como una realidad[589]. Entre las conclusiones, el Consejo quiso dejar constancia, para confirmar la importancia de este objetivo, situarlo y mantenerlo como una de las máximas prioridades de su programa político. Se estableció también la necesidad de revisar los avances realizados en la aplicación de las medidas, y el cumplimiento de los plazos fijados en el Tratado de Ámsterdam, el Consejo de Viena y las propias conclusiones del Consejo de Tampere.

La integración europea se fundamenta desde sus comienzos sobre un compromiso compartido de libertad, que está asentado sobre los derechos de la persona, las instituciones democráticas y el Estado de derecho. Estos valores comunes son imprescindibles para garantizar la paz y desarrollar la prosperidad en la UE, además de servir como piedra angular para ampliarla. El ejercicio de la libertad requiere de un auténtico espacio de justicia, que permita a las personas recurrir a los tribunales y a las autoridades de cualquier Estado miembro, con la misma disponibilidad con que lo haría en el suyo propio. En este espacio de justicia europeo deberán respetarse y ejecutarse las sentencias y resoluciones judiciales en toda la Unión, con la salvaguardia al mismo tiempo de la seguridad jurídica básica de las personas, y de los agentes económicos. Es preciso lograr que aumente la compatibilidad y convergencia de los sistemas judiciales de los distintos Estados miembros, y así evitar que los delincuentes utilicen las diferencias existentes en su beneficio. Este espacio de libertad, seguridad y justicia debe basarse en los principios de transparencia y control democrático, y precisa contar, mediante un diálogo abierto con la sociedad civil, con el apoyo de los ciudadanos sobre estos objetivos y principios, al igual que mantener la confianza en las autoridades a través del establecimiento de normas comunes sobre su integridad.

Un auténtico espacio europeo de justicia debe garantizar a las personas y empresas ejercer sus derechos y nunca disuadirlos como consecuencia de la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos y administrativos de los Estados miembros. Las líneas de actuación que fijó el Consejo de Tampere señalan tres ámbitos: (i) la mejora del acceso a la justicia en Europa, (ii) el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, y (iii) una

[589] Conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm>.

mayor convergencia en derecho civil. De entre las conclusiones que se adoptaron dentro del campo de la mejora del acceso a la justicia, el Consejo acordó específicamente que «Los Estados miembros deberían instaurar asimismo procedimientos extrajudiciales alternativos»[590]. Este objetivo se incluye en el marco de los litigios transfronterizos en toda la Unión, obligándose el Consejo, a partir de las propuestas que elabore la Comisión, a instaurar unas normas mínimas que garanticen un nivel adecuado de asistencia jurídica en este tipo de conflictos, así como unas normas especiales de procedimiento comunes con el objetivo de tramitar de forma simplificada y acelerada aquellos litigios relativos a consumidores, o de índole mercantil de menor cuantía, de pensión alimenticia y reclamaciones sin oposición.

El Consejo Europeo invitó a la Comisión a presentar una propuesta para crear un sistema marcador al objeto de someter a constante revisión los avances realizados en la ejecución de las medidas y plazos establecidos en el Tratado de Ámsterdam, el Plan de acción de Viena y las conclusiones del Consejo de Tampere[591]. La función de este marcador, en opinión de la Comisión, debía consistir en algo más que un instrumento idóneo para facilitar la revisión interna en las distintas instituciones de la UE sobre el establecimiento del espacio de libertad, seguridad y justicia, sino como un recurso para lograr los objetivos propuestos. La Comisión, en cumplimiento de este mandato, presentó en el mes de diciembre del año 2000 al Consejo y al Parlamento el marcador para supervisar el progreso en la creación de un «espacio de libertad, seguridad y justicia», aclarando que, si bien este espacio pertenece no a las instituciones sino a los ciudadanos, solo puede alcanzarse como un ejercicio de asociación y cooperación que implique al conjunto de todas las instituciones de la Unión, y a cada uno de los Estados miembros individualmente.

El marcador «debe evidenciar tanto el camino por recorrer como la distancia ya cubierta, mostrando claramente las áreas donde se está progresando y aquellas que sufren retraso»[592]. Este método de marcador fue empleado con éxito en otros hitos en la UE, como el establecimiento del mercado único, y deberá estar lo suficientemente estructurado y concreto para que sus objetivos, que constan en precisos programas, puedan ser alcanzados antes del final de cada año civil, estén suficientemente identificados y sean visibles. El sistema marcador está estructurado en cuadros siguiendo lo más posible los títulos de los capítulos utilizados en Tampere, se divide en las siguientes

[590] *Ibid.*, p. 3.
[591] Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de «libertad, seguridad, y justicia» en la UE, COM/2000/0167 final*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52000DC0167&from=IT>.
[592] *Ibid.*, p. 5.

columnas: objetivos, acción necesaria, responsabilidad, y estado de cosas, y se mantendrá, mediante sucesivas versiones, actualizado. En prácticamente todas las áreas de justicia y asuntos de interior, la Comisión y los Estados miembros en un periodo transitorio de cinco años compartirán iniciativa legislativa, lo que resalta el carácter asociativo del proyecto. Cuando en el marcador se indique que la responsabilidad de la iniciativa corresponde a la Comisión, es el resultado del espíritu de Tampere que atribuyó ciertas acciones a la Comisión. El ámbito del marcador abarca más áreas que las contenidas en el título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y en el título VI del Tratado de la UE, incluyendo por ejemplo algunas medidas necesarias en relación a la ciudadanía europea. En esta primera fase del marcador no se pretende incluir toda el área de la actividad legislativa consecuencia de la incorporación de Schengen en el Tratado. Quedan fuera algunas cuestiones de «naturaleza horizontal y relevantes» para la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia que no son tratadas directamente por el marcador, como el Convenio para elaborar un proyecto de Carta de Derechos Fundamentales de la UE, la Conferencia Intergubernamental relativa al Tribunal de Justicia de las Comunidades o la protección de los intereses financieros de la Comunidad.

En la Comunicación de 24 de marzo de 2000, COM (2000) 167 final, titula su epígrafe 3.1. «Un auténtico espacio europeo de justicia», y su objetivo es conseguir que los ciudadanos compartan una percepción común de la justicia en toda la Unión. Se concibe la justicia como «un modo de facilitar la vida cotidiana de la gente y hacer frente a los que amenazan la libertad y seguridad de los individuos y de la sociedad»[593], lo que implica tanto la mejora en el acceso a la justicia como la plena cooperación judicial entre Estados miembros. Asimismo, se incide en un mejor acceso de los ciudadanos y empresas a la justicia en Europa, que precisamente un auténtico espacio de justicia debe garantizar con el fin de que estén en condiciones de acercarse a los tribunales y autoridades de cualquier Estado miembro con la misma facilidad con la que lo harían en el suyo propio. Ambos, ciudadanos y empresas no pueden verse impedidos o disuadidos de ejercer sus derechos por la complejidad de los sistemas legales y administrativos de los Estados miembros.

Este epígrafe sobre el espacio de justicia contiene tres apartados: 3.1. «Mejor acceso a la justicia europea», 3.2. «Reconocimiento mutuo de decisiones judiciales», y 3.3. «Mayor convergencia del Derecho civil». Uno de los objetivos definidos para lograr un mejor acceso a la justicia es el de «Garantizar la seguridad jurídica y la igualdad de acceso a la justicia», y entre las seis acciones diseñadas figura la «Propuesta para establecer normas mínimas de calidad sobre sistemas alternativos de solución de conflictos», siendo responsabilidad de los Estados miembros el establecimiento de los procedimientos

[593] *Ibid.*, p. 4.

judiciales especiales. En cuanto al calendario de adopción, se señala el mes de abril de 2004. Y en el estado de cosas, se apunta que «La comisión publicó en el año 1998 una Recomendación sobre los principios aplicables a los sistemas alternativos de solución de litigios de consumidores. Y la creación, en curso, de una red extrajudicial europea para litigios de consumidores».

El 29 de mayo de 2000 se publicó la versión actualizada de la Comunicación 167 de 24 de marzo de 2000 donde, a partir de comentarios recibidos de los Estados miembros en la reunión del Consejo de 27 de marzo y posteriores, se introdujeron gran número de clarificaciones. La primera actualización semestral del marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de «libertad, seguridad y justicia», de conformidad con el compromiso de la Comisión de revisarlo en el 2.º semestre de 2000, se presentó bajo la presidencia francesa en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento de 30 de noviembre de 2000, COM (2000) 782 final, donde los principales cambios se anuncian en la columna «estado de cosas», que refleja el carácter evolutivo del objetivo que las conclusiones de Tampere establecieron para todas las instituciones y los Estados miembros, y así hacer posible el seguimiento del avance en la consecución de objetivos en orden a crear y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia. En concreto, en cuanto al epígrafe 3 «Un auténtico espacio de justicia europea», en el «estado de cosas» se recoge: «La Comisión ha creado la red extrajudicial europea (EEJ-NET) para litigios de consumidores. El Consejo adoptó en mayo de 2000 unas conclusiones sobre la solución alternativa de conflictos. La Comisión piensa presentar un Libro Verde en octubre de 2000 con vistas a preparar el establecimiento de normas mínimas de calidad»[594].

La siguiente edición semestral del marcador se presentó el 23 de mayo de 2001, COM (2001) 278 final, donde se añadió un nuevo capítulo que contiene alguna de las iniciativas de los Estados miembros que se relacionan con las conclusiones de Tampere y el Plan de acción de Viena[595]. Los principales cambios figuran en el «estado de cosas», reflejo del estado evolutivo del objetivo que las conclusiones de Tampere rigen para Estados miembros e instituciones, mostrando cómo el trabajo ha continuado sin pausas, con la adopción de instrumentos adecuados, como la decisión marco relativa al Estatuto de las

[594] Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Actualización semestral del marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de «libertad, seguridad, y justicia» en la UE (II semestre 2000). Bruselas, 30 de noviembre de 2000, COM(2000) 782 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0782:FIN:ES:PDF>.

[595] Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Actualización semestral del marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de «libertad, seguridad, y justicia» en la UE (II semestre 2000). Bruselas, 23 de mayo de 2001, COM(2001) 278 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0278&from=DE>.

víctimas o la instauración de la unidad provisional Eurojust, la red judicial civil y la prevención de la criminalidad. El marcador también evidencia casos en los que las acciones previstas no se han materializado, como es el supuesto de la lucha contra el fraude fiscal. En cuanto al objetivo de «Garantizar la seguridad jurídica y la igualdad de acceso a la justicia», se mantiene en todas las columnas el texto recogido en la anterior Comunicación, COM (2000) 782 final, tan solo difiere la fecha de la presentación del *Libro Verde*, octubre de 2001.

La siguiente actualización semestral del marcador se presentó el 30 de octubre de 2001 en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, COM (2001) 628 final, con carácter previo a la cumbre de Laeken, que conserva el mismo formato que las tres ediciones diferentes y presenta de forma pormenorizada «los muchos objetivos y plazos fijados en Tampere; los instrumentos necesarios para lograrlos; las competencias atribuidas en cada caso por Tampere para que el proceso empiece, progrese y finalice; y de dónde debe provenir la siguiente iniciativa si se quiere mantener el ritmo impuesto por Tampere»[596]. Esta vez y como una oportunidad, la Comisión se propone ampliar el análisis más allá de los indicadores netamente mecánicos del progreso en términos de adopción o no, y la presentación de diversos instrumentos necesarios, y contribuirá con su personal apreciación sobre el avance como una contribución al debate del Consejo Europeo.

En esta nueva versión se añade un listado sucinto de las realizaciones principales desde Tampere, para ayudar al lector a interpretar la subsiguiente presentación en forma de cuadro, y el mensaje del marcador al Consejo, por lo general, según se menciona en la «Introducción», es positivo. El ambicioso objetivo de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia se materializó a través del calendario establecido por el Tratado de Ámsterdam y, precisado en Tampere, fue asumido al más alto nivel, y revalidado por el Consejo Europeo extraordinario de 21 de septiembre de 2001, convocado como respuesta a los trágicos acontecimientos del 11 de septiembre. Los jefes de Estado y de Gobierno, no solo realzaron la importancia del programa de Tampere y de su calendario, sino que dictaron «instrucciones» para que fuera ejecutado en todos sus ámbitos lo más pronto posible. Desde Tampere, la Unión se ha constituido en protagonista, en el ámbito internacional, del campo de la justicia y los asuntos de interior, como parte integrante de las políticas exteriores de la Unión, en general. En un recorrido por las principales materias se observa el reconocimiento mutuo de las sentencias judiciales como ejemplo práctico de la intención de superar las diferencias «profundamente arraigadas» en las tradiciones y

[596] Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Actualización semestral del marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de «libertad, seguridad, y justicia» en la UE (II semestre 2001). Bruselas, 30 de octubre de 2001, COM(2001) 628 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0628&from=ES>.

estructuras jurídicas de los Estados miembros; en la legislación penal, surgen dificultades en las definiciones, tipificaciones y penas comunes, existiendo acuerdo en penas relativas a la falsificación del euro, y decisiones marco relativas al delito de trata de seres humanos; progresos en el ámbito de la inmigración y asilo, como la creación del Fondo Europeo para los Refugiados, la adopción de la Directiva relativa a la protección temporal y la creación del sistema Eurodac; creación o mejora de organismos y estructuras de cooperación establecidas en Tampere (Europol, Eurojust); en el apartado «Resumen», y en referencia a «Un auténtico espacio de justicia», entre otros logros se recoge: «Se ha establecido también una red extrajudicial europea destinada a ayudar a los consumidores a resolver los litigios»; y respecto del objetivo para establecer una propuesta sobre normas mínimas de calidad sobre sistemas alternativos de solución de litigios, destaca el «Lanzamiento en octubre de 2001 de la red extrajudicial europea (EEJ-Net) para los consumidores. Esta red se basa en dos recomendaciones adoptadas por la Comisión (98/257/CEE y 2001/310/CEE). La Comisión también lanzó la red FIN-NET para la Resolución extrajudicial de litigios en el sector de los servicios financieros». Respecto a la presentación del *Libro Verde*, se mantiene la fecha de presentación para noviembre de 2001.

Posteriormente, el Consejo presentó la siguiente Comunicación el 30 de mayo de 2002[597], 1.er semestre, donde, en el apartado dedicado al espacio de justicia, en el resumen se menciona: «Prosiguiendo sus trabajos sobre la Resolución alternativa de los conflictos después de la puesta en marcha en octubre de 2001 de la red extrajudicial de consumidores (EEJ-Net), la Comisión presentó en abril de 2002 un Libro Verde para la elaboración de normas de calidad mínimas en materia de Resolución extrajudicial de los litigios». Los otros apartados incluidos en el resumen se refieren a una política europea común en materia de asilo y migración; política de fronteras, visados, aplicación del artículo 62 CE y conversión del acervo de Schengen; lucha contra la criminalidad en la Unión, incluido el terrorismo; ciudadanía de la Unión; y cooperación contra la droga. El estado actual del objetivo relativo al establecimiento de normas mínimas sobre sistemas alternativos de solución de litigios recoge como novedad: «La Comisión presentó en abril de 2002 un Libro Verde con vistas a preparar el establecimiento de normas mínimas de calidad. La Comisión adoptó una comunicación llamando a la creación de un espacio de una red europea en línea con el fin de facilitar el seguimiento y la resolución de los problemas de los ciudadanos y las empresas relativos a los casos de aplicaciones erróneas por las Administraciones nacionales de las normas de libre circulación del mercado interior

[597] Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Actualización semestral del marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de «libertad, seguridad, y justicia» en la UE (II semestre 2001). Bruselas, 30 de mayo de 2002, COM(2002) 261 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0261&from=ES>.

(red SOLVIT 76). Adoptó también una Recomendación dirigida a los Estados miembros que establecía una serie de principios que deben aplicar las entidades encargadas de estos casos. El Consejo "Mercado Interior" de marzo de 2002 ha encarecido esta acción». Y como trabajo previsto, en relación a la red FIN-NET para la resolución extrajudicial de litigios en el sector de los servicios financieros: «Se dará mayor publicidad a la red FIN-NET en la primavera de 2002 incluyendo un folleto para los ciudadanos. Por otra parte, el número de sistemas (37 actualmente) se ampliará en la medida de lo posible».

La Comisión presentó, en los «Indicadores para el examen de los progresos realizados para la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea», el 24 de marzo de 2000, COM (2000) 167[598], un cuadro que reúne el conjunto de las medidas necesarias, actualizado hasta el año 2005 (11 de agosto de 2005), para realizar un espacio de libertad, seguridad y justicia, y donde se puede hacer un seguimiento de los progresos realizados en la aplicación de estas medidas. Al final del documento y como medidas de aplicación se reseñan las Comunicaciones reseñadas anteriormente, que contienen las sucesivas actualizaciones semestrales de los indicadores, COM (2000) 782 final, COM (2001) 628 final, COM (2002) 261 final. En el estado actual que se detalla en el cuadro, en relación al objetivo definido como «Propuesta destinada a establecer normas de calidad mínimas en cuanto a resolución extrajudicial de litigios», la acción que deben emprender los Estados miembros para abril de 2004 consiste en los siguientes tres hitos: «La Comisión adoptó en 1998 una recomendación relativa a los principios aplicables a la Resolución extrajudicial de los litigios de consumo. La Comisión lanza una red extrajudicial europea (red EJE) para los consumidores. En abril de 2002 la Comisión presentó un Libro Verde sobre los modos alternativos de resolución de conflictos».

1.2. El *Libro Verde* de la mediación

El Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la UE, a partir del Plan de acción de Viena de 1998 y de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999, invitó a la Comisión a presentar un Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos (por convención se denominan ADR), en materia de derecho civil y mercantil *distintas al arbitraje*, con el fin de analizar la situación existente (inventario detallado de iniciativas y trabajos realizados en los Estados miembros y la UE), y comenzar una amplia consulta pública de la misma. La Comisión reunió la información a partir de las respuestas a un cuestionario sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del

[598] Indicadores. Cuadro que reúne el conjunto de las medidas necesarias para realizar un espacio de libertad, seguridad y justicia. Permite un seguimiento de los progresos realizados en la aplicación de estas medidas. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Al33121>.

derecho civil y mercantil preparado por la presidencia portuguesa del Consejo de la UE en junio de 2000. A partir de las observaciones generales y de las reacciones específicas recogidas sobre las cuestiones que el *Libro Verde* suscite en esa consulta, la mayoría de orden jurídico (plazos de prescripción, requisitos de confidencialidad, validez de los consentimientos, eficacia de los acuerdos derivados de las ADR, formación de los terceros que intervienen en el proceso, su acreditación y régimen de responsabilidad), se prepararán las medidas concretas que convenga adoptar. Como prioridad se fijó la posibilidad de establecer los principios fundamentales de las ADR, en ámbitos generales o específicos, que sirvan como las garantías necesarias para que la solución de los conflictos por instancias extrajudiciales posea el nivel de seguridad requerido en la Administración de Justicia. En su *Libro Verde*, la Comisión apunta cómo el desarrollo de estas formas de solución de los litigios ha sido coyuntural y práctico, y no debe considerarse como un remedio o parte de la solución de las dificultades de funcionamiento que padecen los tribunales de justicia, sino como «otra forma más consensual de pacificación social y solución de conflictos y litigios que, en muchos casos, será más conveniente que el hecho de recurrir a un tercero como es el caso del juez o del arbitraje».

Si bien las ADR son muy antiguas, y no son una novedad, desde hace algunos años se ha experimentado en los Estados miembros un desarrollo acelerado, y se asiste a un interés renovado por estas modalidades de justicia privada, que obedece a tres motivos: (i) el primero está relacionado con los ciudadanos y el beneficio que obtienen, pues como consecuencia de su empleo mejora su acceso a la justicia; (ii) el segundo es que son objeto de atención de los Estados miembros que en ocasiones se materializa en iniciativas de carácter legislativo; y (iii) el tercero, constituyen una prioridad política para las instituciones europeas, que han recibido el mandato de promoverlas, y procurar el mejor entorno posible para su desarrollo, velando por su calidad. En especial, esta prioridad se hace más patente en el ámbito de la sociedad de la información, donde se ofrecen los servicios de solución de conflictos (ODR, *Online Dispute Resolution*), la solución en línea de conflictos transfronterizos a través de Internet. Por otra parte, las ventajas inherentes de las ADR y la crisis de la eficacia de los sistemas judiciales inciden en este interés renovado «hacia estos métodos de apaciguamiento de los conflictos más consensuales que el recurso al juez o a un árbitro».

1.2.1. Noción de las ADR en el *Libro Verde* y sus modalidades

La noción de modalidad alternativa de solución de conflictos en el *Libro Verde* designa «los procedimientos extrajudiciales de resolución aplicados por un tercero imparcial, de los que el arbitraje propiamente dicho queda excluido», y se circunscriben al ámbito del derecho laboral y al relacionado con el consumidor. El arbitraje se regula a nivel internacional y en los Estados miembros por el Convenio de Nueva York de 1958, para el reconocimiento y

ejecución de sentencias extranjeras, y en el marco del Consejo de Europa por el Convenio Europeo de 1966 que establece una Ley uniforme en materia de arbitraje. El arbitraje es un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas, en tanto que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir la decisión de la justicia. El *Libro Verde* no se aplica por tanto al peritaje, ni a los sistemas de procesamiento de demandas, ni a los «sistemas de negociación automática» sin intervención humana. Las nociones más extendidas en la práctica y en las legislaciones nacionales, como «mediación» y «conciliación», no se emplean en el *Libro Verde* salvo en el contexto de una legislación nacional, o en el de los trabajos específicos de un organismo internacional.

Existen diversas categorías para incluir a las ADR relacionadas con el derecho civil y mercantil, pero el *Libro Verde* recurre a la siguiente distinción: «ADR en el marco de procedimientos judiciales», son las aplicadas por un juez o confiadas por este a un tercero, y «ADR convencionales», donde las partes son quienes recurren a ellas al margen de cualquier procedimiento judicial. Dentro de las «ADR convencionales», la Comisión distingue en función de las posibilidades de actuación al término de un proceso de ADR, si el tercero está obligado a tomar una decisión vinculante para una de las partes, como ocurre con los denominados *Ombudsman* que operan en algunos sectores profesionales como bancos o compañías de seguros, o realizar alguna recomendación a alguna de las partes, que estas pueden o no hacer suya, como las *consumer complains boards* de los países escandinavos. La Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo[599], se creó para estos dos tipos de ADR, y también se refiere al arbitraje en materia de consumo, excluido del campo del *Libro Verde*. Y por otro lados están las «ADR convencionales», donde «los terceros no se pronuncian de manera formal sobre la solución que podría aportarse al litigio, limitándose a ayudar a las partes a encontrar un acuerdo», en el ámbito del consumo. A este tipo de procedimientos se refiere la Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo[600].

[599] Comunicación de la Comisión sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo. Recomendación de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo. Bruselas, 30 de marzo de 1998, COM(1998) 198 final. DOCE núm. L 115, 17 de abril de 1998, p. 31. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998H0257&from=ES>.

[600] Recomendación de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo. COM(2001) 1016. DOCE núm. L 109, 19 de abril de 2001, p. 56. Disponible en:
<http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_12/spl_5/pdfs/34.pdf>.

1.2.2. Facilitar el acceso a la justicia como prioridad política

El acceso a la justicia es un derecho fundamental proclamado por el artículo 6 del Convenio Europeo de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, que se enuncia como el «Derecho a un proceso equitativo». El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la Sentencia de 15 de mayo de 1986, elevó al rango de principio comunitario el derecho de recurso efectivo, que fue sancionado más tarde en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en su artículo 47, titulado «Tutela judicial efectiva y a un juez imparcial».

Las ADR se insertan plenamente en el contexto de las políticas sobre la mejora del acceso a la justicia al desempeñar una *función complementaria* en relación a los procedimientos jurisdiccionales. La metodología empleada en las ADR a menudo permite que se adapte de forma conveniente al tipo de litigio, facilita que las partes comiencen un diálogo, que de otro modo estaría descartado, y les permite evaluar, por sí mismas, la conveniencia de dirigirse a los tribunales. Es preciso destacar el papel de las ADR como «instrumentos al servicio de la paz social». En aquellas ADR donde el tercero no decide la solución del conflicto, «las propias partes no se enfrentan sino que, al contrario, emprenden un proceso de aproximación, eligen el método de resolución del conflicto y desempeñan un papel más activo en este proceso para intentar descubrir por sí mismas la solución que más les conviene». En consecuencia, esta solución pactada posibilita que en mayor medida las partes puedan seguir manteniendo relaciones, tanto de carácter comercial como de otro tipo. Dado el carácter flexible que caracteriza a las ADR, las partes son libres para decidir si recurren, o no, a ellas para dirimir su conflicto, para elegir qué organización o persona se encargará del proceso, para diseñar el procedimiento, para asistir personalmente o mediante representación a las sesiones, y, por último, para acordar el resultado del mismo. Por último, el coste de las ADR es un factor determinante, que hay que tomar en consideración, pues existen varias modalidades. El criterio general es que las partes sufragan el coste de las ADR; en ocasiones los terceros no perciben remuneración alguna, como los conciliadores judiciales en Francia, en otros casos son las organizaciones profesionales o autoridades públicas quienes lo asumen como gasto; es el caso del Servicio de Mediación Familiar de Irlanda, o también puede darse el supuesto que una o ambas partes disfruten del beneficio de justicia gratuita.

Los Estados miembros tienen que ofrecer una respuesta a la exigencia de este derecho a la justicia mediante la puesta a disposición de procedimientos judiciales que se desarrollen con celeridad y que no sean gravosos económicamente. Algunos Estados miembros, como Alemania, Dinamarca, Finlandia y Reino Unido, han comenzado a modernizar su sistema judicial, simplificando los actos de consulta, o previendo la posibilidad de presentar demandas de forma electrónica en asuntos de escasa cuantía. Por

otro lado, la UE actúa facilitando el acceso a la justicia con la creación de un sistema de información destinado al público a través de Internet, que incluye fichas de información que se refieren a la «posibilidad de solucionar los litigios por medios alternativos, con indicación de los centros nacionales de información y asistencia de la red extrajudicial a escala europea para la solución de litigios de los consumidores»[601]. A estas iniciativas hay que sumar los esfuerzos desplegados en el objetivo de instaurar un espacio judicial europeo basado en el principio del reconocimiento mutuo de resoluciones y sentencias judiciales como «la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión»[602]. El Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, adoptado por el Consejo el 3 de diciembre de 1998 y aprobado por el Consejo Europeo de Viena de los días 11 y 12 de diciembre de 1998[603], reconoció que «el refuerzo de la cooperación judicial civil representa una etapa fundamental en la creación de un espacio judicial europeo en beneficio tangible del ciudadano de la Unión». El Consejo Europeo invitó al Consejo y a la Comisión a que adoptaran, antes del final de 2000, un programa de medidas para llevar a la práctica el principio del reconocimiento mutuo, puntualizando que, «en dicho programa, también deberá emprenderse una labor en torno a un título ejecutivo europeo y a los aspectos del derecho procesal con respecto a los cuales se considera necesario contar con normas

[601] Decisión del Consejo 2001/470/CE, de 28 de mayo de 2001, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, DO L 174, de 27 de junio de 2001; cuyo Considerando 14 establece: «Es esencial que los esfuerzos dirigidos a crear un espacio de libertad, seguridad y justicia ofrezcan beneficios tangibles a las personas confrontadas a litigios con una incidencia transfronteriza. Es por lo tanto necesario que la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil también se esfuerce en favorecer el acceso a la justicia. A tal efecto, y gracias a la información comunicada y actualizada por los puntos de contacto, la red establecerá progresivamente y mantendrá actualizado un sistema de información destinado, tanto al público en general como a los especialistas». Fichas Informativas, artículo 15.2.g), «posibilidad de solucionar los litigios por medios alternativos, con indicación de los centros nacionales de información y asistencia de la red extrajudicial a escala europea para la solución de litigios de los consumidores». Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001D0470&from=ES>.

[602] Comunicación del Consejo sobre el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (2001/C 12/01). DOCE núm. C 12, 15 de enero de 2001. «El Tratado de Ámsterdam introdujo en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea el nuevo título IV, con disposiciones precisas relativas a la cooperación judicial en materia civil. A fin de impulsar esta cooperación y establecer orientaciones concretas, el Consejo Europeo, reunido en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, opinó que «un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales y la necesaria aproximación de las legislaciones facilitaría la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales», p. 1. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2001:012:FULL&from=ES>.

[603] Actos adoptados en aplicación del título VI del Tratado de la UE. Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad, y justicia (texto adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998). DOCE núm. C 19, 23 de enero de 1999, p. 1. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1999:019:FULL&from=ES>.

mínimas comunes para facilitar la aplicación del principio del reconocimiento mutuo, respetando los principios jurídicos fundamentales de los Estados miembros»[604]. El programa de medidas incluía las relativas a la reducción de los procedimientos de *exequatur*, las iniciativas destinadas a suprimir el *exequatur* para los créditos no impugnados, y a simplificar y acelerar la solución de los litigios transfronterizos de escasa cuantía.

1.2.3. Iniciativas de las ADR en el ámbito del consumo, familiar y laboral

El Consejo invitó a la Comisión a recopilar las iniciativas y actuaciones que los Estados miembros y la UE habían desarrollado en el campo de las ADR. «Cualquier reflexión sobre las ADR debe apoyarse efectivamente en los trabajos que ya se hayan iniciado»[605]. La Comisión reunió esta información a partir de las respuestas a un cuestionario dirigido a los Estados miembros, y de los estudios realizados por asociaciones profesionales que ejercen su actividad en el ámbito de las ADR. Los avances más significativos sobre las ADR ya en marcha en la UE, y en los que conviene apoyarse, se refieren a tres áreas jurídicas: el derecho relacionado con los consumidores, el familiar y el laboral.

1.2.3.1. Iniciativas adoptadas en el ámbito del derecho del consumidor

En la UE, desde principios de los años noventa, y en el contexto de un programa destinado a mejorar el acceso del consumidor a la justicia, se han realizado múltiples y significativas actuaciones en el ámbito de los conflictos, tanto domésticos como transfronterizos, vinculados o no a Internet, relacionados con el consumo. El derecho de la competencia y el derecho del consumo son los dos cimientos sobre los que descansa el buen funcionamiento de cualquier sistema económico fundado en el mercado, pues le permiten alcanzar su finalidad esencial: libertad de acceso al mercado para las empresas y libertad de elección para los consumidores[606]. En la primera comunicación de la Comisión sobre el

[604] Comunicación del Consejo sobre el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (2001/C 12/01), p. 1.

[605] Comisión de las Comunidades Europeas, Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior: *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, *op. cit.,* p. 14.

[606] *Libro Verde* de la Comisión de 16 de noviembre de 1993 sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios relacionados con el consumo en el mercado único, COM(93) 576 final, p. 103. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51993DC0576&from=ES>. Reflexiones para un debate. A) Libre circulación de las acciones de cesación: «Existen dos niveles de disposiciones en todos los Estados miembros para la organización de libertades: un primer nivel (derechos subjetivos) encaminado a establecer unas "reglas de juego" mínimas (a falta de las cuales, es el jugador menos escrupuloso, y no el mejor, el que gana). Un segundo nivel (derecho de procedimiento) por el que se designa un "regulador" y unos procedimientos que permiten prevenir y/o sancionar la violación de las normas más arriba mencionadas». Nota a pie de página: «La interdependencia de estas dos libertades está consagrada también en los artículos 85 y 86 del Tratado».

acceso de los consumidores a la justicia en el año 1984[607], se expresaba el propósito que inspiran este tipo de actuaciones: «el objetivo global sigue siendo claro: garantizar que, en toda la Comunidad, los consumidores pueden beneficiarse de un nivel de reparación globalmente idéntico» (segundo apartado de las conclusiones).

El *Libro Verde* de la Comisión de 16 de noviembre de 1993, como una de esas medidas comunitarias, tuvo como objeto permitir el acceso a la justicia y el tratamiento de los litigios transfronterizos para todos los consumidores de la Comunidad. La Comisión realizó un estudio comparado sobre: (i) los procedimientos judiciales aplicables a los litigios de consumo; (ii) los procedimientos extrajudiciales utilizados para resolver estos litigios (Defensores del pueblo, *Ombudsman*); (iii) la protección de los intereses colectivos mediante asociaciones de consumidores o algunas instancias administrativas; y (iv) los proyectos piloto nacionales[608]. El análisis «comparado» de los procedimientos existentes en los Estados miembros se encuadra dentro de la protección de derechos individuales, y se observó que en la dimensión comunitaria los intentos de mejora en la solución de los litigios individuales se abordaron desde una doble instancia: la simplificación de los procedimientos judiciales aplicables a los «litigios de pequeña cuantía», y la creación de procedimientos extrajudiciales (conciliación, mediación, arbitraje) dedicados específicamente a los litigios en materia de consumo. Estas modalidades son alternativas a los procedimientos judiciales como sucede con los arbitrajes en materia de consumo, o en su mayor número son modalidades complementarias o prejudiciales, como la mediación y la conciliación. En la mayoría de los Estados se ha optado por un enfoque sectorial, bancos, seguros y telecomunicaciones, para delimitar los litigios que pueden ser objeto de estos procedimientos. Se crean por iniciativa pública como en Reino Unido, otras veces de forma unilateral, o como consecuencia de acuerdos con las organizaciones de consumidores. Los órganos competentes para resolver estos litigios son de diversa índole; en Dinamarca están atribuidos a la autoridad pública, *consumer complaints board*, y en la inmensa mayoría son órganos privados, de carácter permanente o no, colegiados o monocráticos. En cuanto al resultado jurídico del procedimiento existen claras diferencias, se trata en algunos de ellos de «una simple recomendación», es el caso de los Defensores del pueblo, o se constituyen

Otras iniciativas surgidas *a posteriori* del *Libro Verde* son la Comunicación de la Comisión de 14 de febrero de 1996, relativa a un Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios de consumo en el mercado interior, COM(96) 13 final; la Comunicación de la Comisión de 30 de marzo de 1998, sobre la solución extrajudicial de conflictos de consumo, COM(1998) 198 final; y la Comunicación de la Comisión de 4 de abril de 2001, relativa a la extensión del acceso de los consumidores a los demás sistemas de solución de litigios, COM(2001) 161 final.

[607] Comunicación sobre el acceso de los consumidores a la justicia, COM(84) 692, segundo apartado de las conclusiones, p. 109, del *Libro Verde*.

[608] Sumario «Acceso de los consumidores a la justicia (*Libro Verde*)». Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Al32023>.

en una decisión obligatoria para el profesional, que no para el consumidor, como en el supuesto del Defensor del pueblo de los bancos, o en una decisión obligatoria para todas las partes en el ejemplo del arbitraje. En sí, toda esta pluralidad de modalidades y el éxito logrado de muchas de ellas ponen de manifiesto que «la demanda de justicia en lo que se refiere a materia de consumo, no se satisface en algunos Estados miembros por los procedimientos judiciales existentes»[609]. El adelanto de todos estos procedimientos extrajudiciales, bien sean alternativos o complementarios, se explica desde la óptica del consumidor, y desde la relación desproporcionada que guardan el valor del litigio, su coste y su duración. Desde una óptica económica, responden a una demanda efectiva, y su potencial desarrollo en un futuro obedece a la «falta de medidas para mejorar el acceso a la justicia pública». La cuestión que surge ante esta modalidad alternativa a los procedimientos judiciales es cómo asegurar las garantías de imparcialidad e independencia a estos nuevos «jueces» que solucionan litigios fuera de cualquier orden judicial, en la misma medida que las tienen reconocidas y se preservan en un Estado de derecho para los magistrados.

En cuanto a los conflictos transfronterizos, se reconoce específicamente que los procedimientos extrajudiciales tienen una función relevante en orden a su solución, pues en materia de consumo, el objeto de reclamación guarda una considerable desproporción, para ambas partes, particular y empresa, con los costes asociados a un proceso judicial. Esta situación es perjudicial al disminuir la confianza de los operadores en el mercado interior.

Se propone abrir un diálogo entre las organizaciones de consumidores y los sectores profesionales afectados, y la redacción de un Código de conducta para que los órganos «autodisciplinarios», como el *Ombudsman Schemes* en Reino Unido, gocen de la plena confianza de los consumidores. La redacción del Código de conducta «es la condición previa a cualquier posibilidad de "conexión a la red" de las estructuras existentes, desde la óptica de la solución extrajudicial de los litigios transfronterizos»[610].

La confianza del consumidor en organismos diferentes al juez es posible en la medida que los mismos respondan o estén asociados a la «definición de criterios que garantizan la transparencia en el procedimiento», tal y como se constata en algunos de ellos, como el Consejo de Reclamaciones danés, o las *Geschillencommissie* holandesas. «Cualquier otro enfoque corre el riesgo de percibirse como una forma de "publicidad engañosa", que, a medio plazo, podría poner en tela de juicio la misma idea de justicia "alternativa"», las ADR. Entre las conclusiones del *Libro Verde* figura la adopción de una

[609] *Libro Verde* de la Comisión de 16 de noviembre de 1993, sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios relacionados con el consumo en el mercado único, COM(93) 576 final, p. 75.
[610] *Ibid.*, p. 111.

recomendación de la Comisión con la finalidad de mejorar el funcionamiento de los sistemas de *Ombudsman* (mediador) encargados de la tramitación de los litigios en materia de consumo.

La Comisión adoptó, para distintas modalidades de procedimientos extrajudiciales, dos recomendaciones que ejercieron, ambas, una considerable influencia en los Estados miembros. Así, la primera de ellas es la Recomendación de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, prevista para los procedimientos donde un tercero interviene de forma activa emitiendo un dictamen formal sobre la solución del conflicto, y la segunda es la Recomendación de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, destinada para aquellos otros procedimientos cuyo objetivo se limita a una simple tentativa de acercamiento de las partes con el fin de convencerlas a que ellas busquen una solución de común acuerdo, sin perjuicio de que un tercero se vea en la tesitura de proponer, de manera informal, una solución[611].

a) Recomendación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 (98/257/CE)

La Recomendación de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, va dirigida a los procedimientos extrajudiciales donde, con independencia de cuál sea su denominación, interviene activamente una tercera persona que propone o impone una solución del conflicto, y excluye, por tanto, aquellos otros que se limitan a un simple intento de aproximar a las partes para convencerlas de encontrar una solución de común acuerdo[612]. Esta recomendación sobre los principios aplicables a los procedimientos extrajudiciales forma parte, junto con un formulario europeo de reclamación del consumidor, de los dos elementos que contemplan la mejora del acceso a la justicia de los consumidores contenidos en la Comunicación de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo[613]. A efectos de la Comunicación, por «acceso del consumidor a la justicia» se entiende el acceso al *ejercicio*

[611] Comisión de las Comunidades Europeas, Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior: *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, *op. cit.,* pp. 18-19.

[612] Recomendación de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo. DOCE núm. L 115/31, p. 2. Disponible en: <https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/0c096a7b-99f5-4794-93e6-e2bc374308ff/language-es>.

[613] Comunicación de la Comisión de 30 de marzo de 1998, sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo, COM(1998) 198 final (no publicada en el DOCE). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51998DC0198&from=ES>.

práctico de sus derechos, y no el acceso a la justicia en el sentido estricto, esto es, a los tribunales de justicia.

El Consejo de las Comunidades Europeas, en su Resolución de 14 de abril de 1975 relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores, dejó de considerar al consumidor únicamente como un comprador y usuario de bienes y servicios, para uso personal, familiar o colectivo, y comenzó a tratarle como una persona interesada en los distintos aspectos de la vida social, que pueden afectarle directa o indirectamente en su condición de consumidor. Se agruparon los intereses del consumidor en cinco categorías de derechos fundamentales: (i) el derecho de protección de su salud y de su seguridad, (ii) el derecho de protección de sus intereses económicos, (iii) el derecho a la reparación de daños, (iv) el derecho a la información y a la educación, y (v) el derecho a la representación —derecho a ser escuchado—. Los objetivos de la política comunitaria con respecto a los consumidores se fijaron en asegurar una protección eficaz contra los riesgos capaces de afectar a esos derechos, y en concreto, mediante «medios apropiados de asesoramiento, asistencia y reparación de daños», fijando como principio en su punto núm. 32 que «tendrá derecho, además, a la justa reparación de tales perjuicios mediante procedimientos rápidos, eficaces y poco costosos»[614]. A este fin, una de las acciones propuesta fue la de estudiar los sistemas de reclamaciones, arbitraje y arreglo amistoso de los litigios existentes en los Estados miembros.

La Comunicación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 analizó la problemática de acceso del consumidor individual a la justicia, y señaló que esta accesibilidad se constituía para los consumidores en «el corolario de los derechos sustanciales otorgados por el ordenamiento jurídico», para advertir a continuación que la sola instauración de esos derechos es insuficiente, y se les privaría de todo su valor práctico si no se disponen a favor de sus titulares los mecanismos que garanticen su ejercicio efectivo[615]. En consecuencia, y con el fin de lograr una adecuación a la realidad del marco trazado por el legislador, bien sea a nivel comunitario o nacional, para la protección de los consumidores «es necesario garantizar que el consumidor pueda hacer valer sus derechos, en caso de violación de estos, por medio de canales jurídicos sencillos, rápidos, eficaces y poco costosos».

[614] Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores, DOCE núm. C 92, 25 de abril de 1975, pp. 1-7. Disponible en: <https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/26d73eca-e878-4d14-8d1b-0c6fdc73b323/language-es>.

[615] Comunicación de la Comisión de 30 de marzo de 1998, sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo, COM(1998) 198 final (no publicada en el DOCE), pp. 4-5. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51998DC0198&from=ES>.

Son dos tipos de factores los que dificultan la aplicación práctica de los derechos de los consumidores y obstaculizan su ejercicio ante los tribunales, los de carácter material y los de índole psicológica. Entre las dificultades del primer tipo, los consumidores afrontan el pago del coste económico de la consulta y la representación jurídica, los gastos judiciales, los informes de expertos o peritos que necesitan los jueces debido a la proliferación de productos y servicios cada vez más complejos que exceden de su conocimiento. En relación a las costas procesales, en algunos Estados miembros se asume el riesgo de soportar las de la parte contraria si la resolución es desfavorable, o aun en el caso de que resultara favorable, abonar las costas propias. La desmesurada acumulación de pleitos que tramitan los juzgados provoca una ralentización en su resolución, transcurriendo largos periodos de tiempo antes de obtener una sentencia. La complejidad y el formalismo intrínsecos de los procedimientos judiciales, la tecnicidad del lenguaje jurídico, actúan como auténticas barreras psicológicas que frenan la decisión del consumidor de acudir a los tribunales de justicia[616]. Esta situación se agrava en el contexto de la internacionalización de los conflictos nacionales. El riesgo de los litigios transfronterizos aumenta en la medida que a su vez se han multiplicado las transacciones de consumo a través de las fronteras y han surgido nuevas técnicas en la venta y prestación de servicios. El coste de las fronteras judiciales para los consumidores en el mercado único fue objeto de estudio en el Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios de consumo en el mercado interior, presentado en forma de Comunicación el 14 de febrero de 1996, y donde se constató que el coste medio (costes procesales + gastos de abogado) de la solución judicial de un litigio intracomunitario referente a un importe de 2000 Ecus ascendía, en el mejor de los casos, para la parte demandante, a un importe de cerca de 2500 Ecus. En cuanto a la duración media de un procedimiento en primera instancia, para el mismo litigio intracomunitario se situaba en 23,5 y 29,2 meses en la UE en su conjunto, pero llegan a superar los 40 meses en algunas combinaciones de países, y es inferior a 20 meses a nivel nacional[617].

[616] *Ibid.*, p. 5.

[617] Comunicación de la Comisión sobre el Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios de consumo en el mercado interior, de 14 de febrero de 1996, COM(96) 00013 final, pp. 8-11. De las experiencias de los diferentes Estados miembros se concluyó que ciertos procedimientos extrajudiciales estaban en disposición de desempeñar un importante papel en la solución de los litigios en materia de consumo, siempre que previamente se establecieran un cierto número de criterios mínimos que garanticen la transparencia del procedimiento y la independencia del órgano destinado a atender los litigios. Así, el Plan de trabajo para una recomendación estableció seis criterios para la implantación de procedimientos extrajudiciales aplicables a litigios en materia de consumo: la imparcialidad, la eficacia, la publicidad, información por escrito a las partes de la decisión adoptada y su motivación, y en una lengua comunitaria si están en países diferentes, la prohibición de no privar al consumidor, en la aplicación de códigos de conducta, de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley del país en el que tiene su residencia habitual, de conformidad al Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las

En consecuencia, para mejorar el acceso a la justicia se dispone de tres vías que no se confirman como métodos alternativos, sino *totalmente complementarios*, que son: (i) la simplificación y mejora de los procedimientos judiciales, (ii) la mejora de la comunicación entre los profesionales y los consumidores, y (iii) los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos en materia de consumo. Aun configurándose estas tres vías como métodos complementarios al judicial, existe una diferencia fundamental, el ámbito de actuación, que separa la primera de las otras dos, y así, «mientras que la primera se sitúa en el marco tradicional de la solución judicial de los litigios, y tiene por objeto mejorar los sistemas existentes, las otras dos extraen, en la medida de lo posible, los litigios del marco judicial»[618]. En la UE existen, frente a los procedimientos judiciales, una diversidad de «métodos extrajudiciales» específicos para la solución de conflictos; algunos de ellos son procedimientos complementarios o previos en relación con el judicial, como la mediación o la conciliación, y otros son mecanismos alternativos, como el arbitraje. Ante esta diversidad metodológica, y la posibilidad de que un mismo mecanismo pueda tener calificaciones diferentes en los Estados miembros, para la Comisión, los métodos alternativos que se tratan en la Comunicación de 30 de marzo 1998 son aquellos que, con independencia de su denominación, «conducen a una solución del litigio por la intervención activa de una tercera persona que propone o impone una solución». Esta multiplicidad de métodos se materializa en la diversidad de estructuras, funcionamientos y desarrollos del proceso, así como en la naturaleza de las decisiones que en los mismos se adoptan[619].

Desde la perspectiva del acceso a la justicia, y por tanto desde la protección de los intereses de las personas justiciables, la cuestión se centra en examinar si las garantías de «buena justicia», como son la independencia y la imparcialidad, estos métodos alternativos pueden ofrecerlas de forma similar a la de los procedimientos judiciales. Frente a sus innegables ventajas, estos métodos presentan algunas fisuras, como son la posibilidad de

---

obligaciones contractuales; y la exigencia de que ninguna cláusula de un contrato que no haya sido negociada individualmente puede impedir al consumidor que se dirija ante las jurisdicciones competentes para la solución judicial del litigio. Disponible en:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0013&from=ES>.

[618] Comunicación de la Comisión de 30 de marzo de 1998, sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo, COM(1998) 198 final (no publicada en el DOCE), p. 6. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51998DC0198&from=ES>.

[619] Los diferentes métodos extrajudiciales que se emplean en la UE pueden proceder de la iniciativa de los poderes públicos, tanto a nivel central, por ejemplo las *consumer complaints boards* en los países escandinavos, como a nivel local, como los tribunales arbitrales en España; o pueden provenir de iniciativas promovidas u organizadas por asociaciones o sectores profesionales, como los defensores del pueblo u *Ombudsman* de los bancos o las compañías de seguros, o por profesionales o establecimientos que prestan servicios de arbitraje y de mediación como actividad principal, a modo de ejemplo, los juristas o centros de arbitraje privados. Véase la Comunicación de la Comisión de 30 de marzo de 1998, sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo, COM(1998) 198 final, p. 8.

excluir la aplicación estricta de las normas del derecho, y resolver sobre la base de la equidad y en códigos de conducta, en aras a obtener una mayor flexibilidad que pueda disminuir el nivel de protección del consumidor, la no impugnación mediante recursos de las decisiones que en ellos se adoptan, máxime si son obligatorios, o las dificultades que surgen en su ejecución, sobre todo si lo hacen en un Estado distinto del que las dicta. En consecuencia, la Comunicación, al objeto de completar la política aplicada por los Estados miembros en materia de acceso de los consumidores a la justicia, y con el fin de obtener un «alto nivel de protección de los consumidores» conforme reza el artículo 129A del Tratado de la Unión, propone de forma voluntaria, y en atención al principio de subsidiariedad, artículo 3B del Tratado, una iniciativa con dos actuaciones; la primera de ellas consiste en fomentar la solución amistosa de los problemas en materia de consumo, y la segunda busca asegurar las garantías adecuadas en la creación y el funcionamiento de los órganos extrajudiciales competentes para la solución de litigios en el ámbito de los consumidores. En relación a la primera de las acciones, la Comunicación presentó, como experiencia piloto, un «formulario europeo de reclamación del consumidor»[620], ideado para mejorar la comunicación entre los consumidores y los profesionales, que permita alcanzar una solución amistosa de sus controversias. Si el diálogo entre ambas partes no consiguiera solucionar las discrepancias, el formulario sirve para iniciar un procedimiento extrajudicial, tanto a nivel nacional como transfronterizo, para todo tipo de litigios de consumo y con independencia del valor en discusión. Son los interesados quienes deciden en qué medida su problema se puede resolver a través de un formulario. La segunda de las acciones se presentó en forma de recomendación orientada a establecer una serie de principios aplicables al funcionamiento de los órganos extrajudiciales de solución de litigios en materia de consumo. «El respeto de algunos principios como la independencia, la transparencia y la eficacia puede contribuir a un nivel más elevado de protección de los derechos de los consumidores»[621], que, si se aseguran, funcionan como garantías que favorecen la fiabilidad en los procedimientos extrajudiciales y la confianza, tanto en los consumidores como en los órganos responsables de la solución extrajudicial de los conflictos, incluidos los transfronterizos. La Comisión asumió el compromiso de incluir en red a estos organismos a fin de permitir una colaboración activa en la solución de asuntos concretos, donde en caso de litigios transfronterizos el consumidor, a través del órgano

[620] El formulario estuvo disponible en Internet: <http://europa.eu.int/comm/dg24'>, en todas las lenguas de la UE, para todas las personas y organizaciones interesadas, y fue diseñado para servir de guía y orientar al consumidor en la formulación de su demanda. Proponía una serie de respuestas múltiples para ayudar al consumidor a delimitar mejor sus problemas y su reclamación, dejando al mismo tiempo un espacio suficiente para que los usuarios pudieran añadir precisiones complementarias o describir asuntos particulares no cubiertos por las listas del formulario.

[621] Comunicación de la Comisión de 30 de marzo de 1998, sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo, COM(1998) 198 final, p. 11.

extrajudicial homólogo que exista en su país, decida el órgano extrajudicial competente en el extranjero.

El 30 de marzo de 1998 la Comisión de las Comunidades Europeas, visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y en concreto el artículo 155, y con el fin de lograr un alto nivel de protección de los consumidores conforme dispone el artículo 129.º de ese mismo texto legal, completando y apoyando las iniciativas realizadas por los Estados miembros, consideró necesario establecer, a nivel comunitario, unos principios mínimos sobre creación y funcionamiento de procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en materia de consumo, y en consecuencia dirigió la recomendación de respetarlos a todo órgano existente, o que pueda crearse, con competencia para la resolución de conflictos en materia de consumo[622]. El término decisión, a los efectos de la recomendación, se extiende tanto a las resoluciones que son obligatorias para las partes como a las simples recomendaciones o propuestas de transacción que deben ser aceptadas por ellas.

Para garantizar la protección de los derechos de los consumidores y aumentar su confianza en los mecanismos alternativos de solución de litigios en materia de consumo, la imparcialidad y la objetividad del órgano responsable de la toma de decisiones son cualidades imprescindibles. La independencia del órgano debe ser, sin que esto implique el establecimiento de unas garantías, «tan estrictas como las destinadas a garantizar la independencia de los jueces en el sistema judicial»[623]; un órgano solo puede ser imparcial si en el ejercicio de sus funciones no está sometido a presiones que podrán influir sobre su decisión. Si el responsable es una persona individual, esa imparcialidad solo se garantiza «si ésta demuestra independencia y posee calificaciones necesarias, y actúa en un entorno que le permite decidir de manera autónoma». Conviene dotar a la institución competente de un papel activo en el procedimiento que le permita tomar en consideración todo elemento útil para la solución del litigio, máxime cuando es frecuente que las partes actúen sin asesoramiento jurídico en este tipo de procedimientos extrajudiciales. Esto incrementa la eficacia y la equidad de estos procedimientos. Asimismo, la motivación de las decisiones se considera como un aspecto imprescindible para garantizar la transparencia y la confianza de las partes en el funcionamiento de los procedimientos extrajudiciales, y lo es formando parte de su derecho a ser informadas.

Los siete principios que la Comisión recomienda respetar se explican con mayor detalle a continuación:

---

[622] Recomendación de la Comisión de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo. DOCE núm. L 115/31, pp. 3-4.
[623] *Ibid.*, p. 2.

Principio de independencia. «La independencia del órgano responsable de la toma de la decisión estará asegurada, de forma que se garantice la imparcialidad de su acción». La independencia se garantiza cuando la decisión se adopta de forma individual, con las siguientes medidas: (i) la persona designada tendrá la capacidad, la experiencia y la competencia, en particular en materia jurídica, necesarias para la función; (ii) la duración del mandato de la persona designada deberá ser por un periodo de duración suficiente para garantizar la independencia de su acción, sin que pueda ser destituida sin motivo justificado; (iii) cuando la persona designada sea nombrada o remunerada por una asociación profesional o por una empresa, no deberá haber trabajado para esas entidades ni para alguno de sus miembros, durante los tres años anteriores a su entrada en funciones. Si la decisión del órgano se acuerda de forma colegial, su independencia puede garantizarse mediante la representación paritaria de los consumidores y de los profesionales, o igualmente mediante el respeto a los criterios de independencia antes reseñados.

Principio de transparencia. Con el fin de asegurar la información de las personas interesadas, se impone la necesidad de garantizar la transparencia del procedimiento y de la actividad de los órganos responsables de la solución de litigios. La falta de transparencia revierte en perjuicio de los derechos de los ciudadanos y levanta reticencias respecto de los procedimientos extrajudiciales en materia de consumo. Las medidas que garantizan este principio son dos: (i) informar por escrito, o en cualquier otra forma apropiada a cualquier persona que lo solicite, información sobre el valor jurídico de la decisión, con indicación de su carácter o no obligatorio, las modalidades de toma de decisión en el órgano, el posible coste del procedimiento para las partes, las normas sobre consulta del órgano y la descripción de tipos de litigios; y (ii) publicar un informe anual de las decisiones para poder evaluar los resultados, y determinar la naturaleza de los litigios presentados.

Principio de contradicción. Los intereses de las partes solo pueden protegerse si el procedimiento permite que todas las partes interesadas pueden manifestar y hacer valer su punto de vista ante la institución competente, y se les da traslado a su vez de todas las alegaciones y de los hechos expuestos por la otra parte, así, como en su caso, de las declaraciones de los expertos.

Principio de eficacia. La eficacia del procedimiento estará garantizada por las siguientes medidas: (i) el acceso del consumidor al procedimiento, sin estar obligado a utilizar un representante legal, (ii) la gratuidad del procedimiento o la fijación de costes moderados, (iii) la fijación de plazos cortos entre la consulta presentada ante el órgano y la toma de la decisión, y (iv) la atribución de un papel activo al organismo competente, que le permita tener en cuenta todo elemento útil para la solución del litigio.

Principios de legalidad. El resultado de la decisión del órgano no podrá privar al consumidor de la protección que le garantiza la aplicación por los tribunales de la

normativa imperativa de la ley del Estado donde esté establecido el órgano extrajudicial, o en caso de litigios transfronterizos, aquellas disposiciones obligatorias de la ley del Estado miembro donde el consumidor tenga su residencia habitual, y se trate de los asuntos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales[624]. Todas las decisiones se justificarán y comunicarán a las partes por escrito o por cualquier otro medio apropiado en el menor tiempo posible.

Principio de libertad. La decisión del órgano solo podrá ser obligatoria para las partes previa información y su aceptación expresa. Los procedimientos extrajudiciales no pueden tener como objetivo sustituir al sistema judicial y poder recurrir a la vía extrajudicial, por lo que solo se puede privar al consumidor de su derecho de acceso a los tribunales, como derecho fundamental reconocido en el Convenio de Derechos Humanos, si este lo acepta expresamente, con pleno conocimiento de causa, y con posterioridad al momento en el que surge el litigio.

Principio de representación. No podrá privarse a las partes, en todas las etapas del procedimiento, de su derecho a hacerse representar o acompañar por un tercero.

b) Recomendación de la Comisión de 30 de abril de 2001 (2001/310/CE)

El Consejo, en su Resolución de 25 de mayo de 2000, relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, destacó que los órganos extrajudiciales que no son objeto del ámbito de la Recomendación 98/257/CE, aquellos que no proponen ni imponen formalmente una solución a las partes en conflicto sino que se limitan a intentar encontrar una solución de mutuo acuerdo, «desempeñan también un papel provechoso para el consumidor, en la medida que no se espera que apliquen todos los principios fijados en la Recomendación»[625]. Con el objeto de garantizar, entre otros aspectos, la calidad, equidad

[624] Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980. DOCE n.º 266, 9 de octubre de 1980, pp. 1-19. DOUE-L-1980-80371. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/1980/266/L00001-00019.pdf>. «Artículo 5. Contratos celebrados por los consumidores. 1. El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros. […] 4. El presente artículo no se aplicará: a) a los contratos de transporte; b) a los contratos de suministro de servicios cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto a aquel en que tenga su residencia habitual. 5. No obstante lo dispuesto en el apartado 4, el presente artículo se aplicará a los contratos que, por un precio global, comprendan prestaciones combinadas de transporte y alojamiento».

[625] Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000, relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, 2000/C 155/01. DOCE núm. C 155, 6 de junio de 2000, p. 1, punto 7. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000Y0606(01)&from=ES>.

y eficacia que deben prestar estos órganos y procedimientos extrajudiciales, el Consejo invitó a la Comisión a desarrollar, en estrecha cooperación con los Estados miembros, los criterios comunes para su valoración y para que, conforme a estos, se puedan incluir en la red extrajudicial europea (red EJE). La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, en su artículo 17 sobre «Solución extrajudicial de litigios» estableció para los Estados miembros la obligación de velar para que en los casos de desacuerdo, su normativa no obstaculizara el uso de los mecanismos de solución extrajudicial existentes, con arreglo a la legislación nacional, para la solución de litigios, incluyendo el empleo de medios electrónicos. La actuación de los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios, en particular de litigios en materia de productos de consumo, debería suministrar a las partes afectadas las adecuadas garantías de un procedimiento[626]. El Parlamento Europeo, en su Dictamen sobre la propuesta de Reglamento relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, defendió, en consideración al coste y la demora que implican recurrir a la solución judicial, el uso extensivo de la resolución extrajudicial de litigios en materia de consumo, en concreto cuando las partes están domiciliadas en Estados miembros diferentes[627]. De la misma manera, tanto el Consejo como la Comisión, en su declaración para la adopción del mencionado Reglamento, coincidieron en resaltar como en general resulta preferible, para los intereses de consumidores y empresas, que ambas partes procuren resolver los litigios de forma amistosa antes de recurrir a la vía judicial. También recordaron la importancia de seguir trabajando sobre métodos alternativos de resolución de litigios a nivel comunitario.

Los principios que establece la Recomendación 2001/310/CE no afectan a los principios establecidos en la Recomendación 98/257/CE, y se aplicarán a los órganos responsables de procedimientos de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo que, independientemente de su denominación, buscan resolver un litigio mediante una aproximación de las partes para convencerlas de que busquen una solución de común acuerdo, como por ejemplo formulando una propuesta informal sobre las distintas opciones para solucionar el conflicto. Quedan fuera del ámbito de aplicación los mecanismos de reclamación en materia de consumo gestionados por una empresa y en los

[626] Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). DOCE núm. L 178, 17 de julio de 2000, p. 14. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2000/178/L00001-00016.pdf>.

[627] Dictamen emitido el 21 de octubre de 2000, Reglamento CE 44/2001 del Consejo, DOCE núm. L 12, 16 de enero de 2001, p. 1.

que interviene directamente el consumidor, o los mecanismos donde una tercera parte los gestiona o aplica en nombre de la empresa, al formar parte de las discusiones habituales entre las partes previas al planteamiento de cualquier litigio, cuya resolución se encomendaría a un órgano independiente de resolución de litigios o a un órgano judicial[628].

Los principios que la Comisión recomienda que respeten todos los órganos responsables, existentes y futuros, que ofrecen a los consumidores procedimientos de resolución extrajudicial de litigios en materia de consumo, no cubiertos por la Recomendación 98/257/CE, que complementa a nivel comunitario las iniciativas de los Estados miembros en su labor de lograr un alto nivel de protección de los consumidores, conforme reza el artículo 155 del Tratado de la Unión, son los que se enuncian a continuación:

Principio de imparcialidad. Se debe garantizar la imparcialidad de los procedimientos de resolución de litigios con el fin de que las partes tengan la certeza de que todas ellas confían en su equidad. Para que las partes puedan decidir con conocimiento de causa, y si aceptan el procedimiento en cuestión, se adoptarán las siguientes medidas en relación a las personas responsables del mismo: (i) serán nombradas por un periodo de tiempo determinado y no podrán ser destituidas sin causa justificada; (ii) no tendrán ningún conflicto de interés aparente o real con ninguna de las partes; y (iii) facilitarán a ambas partes información sobre su imparcialidad y competencia antes de que comience el procedimiento.

Principio de transparencia. El acceso a la información que necesitan las partes se garantizará mediante la transparencia del procedimiento, y en particular se facilitará en relación a: «a) cómo se desarrollará el procedimiento, el tipo de litigios para los que puede utilizarse y cualquier restricción a su aplicación; b) las normas relativas a cualquier requisito previo que deban cumplir las partes, así como otras normas de procedimiento, en particular las relativas al desarrollo del procedimiento y las lenguas que se utilizarán; c) los posibles costes que deberán asumir las partes; d) el calendario aplicable al procedimiento, especialmente en función del tipo de litigio de que se trate; e) cualquier norma importante que pueda aplicarse (disposiciones legales, buenas prácticas empresariales, consideraciones de equidad, códigos de conducta); f) el papel del procedimiento en la resolución de un litigio; g) el valor de la solución acordada para resolver el litigio»[629].

[628] Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (2001/310/CE). DOCE núm. L 109, 19 de abril de 2001, p. 56. Disponible en:
<http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_12/spl_5/pdfs/34.pdf>.
[629] *Ibid.*, p. 60.

Asimismo, los términos y argumentos de la solución acordada por las partes se expresarán con claridad en un documento puesto a su disposición, y que deberá registrarse en un soporte duradero. De igual manera, se publicará información sobre los resultados del procedimiento, el número de reclamaciones y su resultado, el tiempo de resolución de conflictos, los problemas surgidos con las reclamaciones, y el cumplimiento de las soluciones acordadas cuando se conozcan.

Principio de eficacia. La eficacia del procedimiento se garantiza con el acceso al procedimiento y la facilidad de su uso, lo que se consigue fomentando las aplicaciones electrónicas. Para que estos procedimientos se conviertan en una verdadera alternativa a la vía judicial, y resulten eficaces, será preciso adoptar medidas que garanticen un coste proporcional o nulo, un acceso fácil, una tramitación agilizada, el control de la evolución de los litigios y la información de las partes. Así, el coste del procedimiento será gratuito para los consumidores, y en todo caso deberá ser moderado y proporcional al valor en litigio; no se precisa asistir al procedimiento con un representante legal, si bien las partes pueden hacerse representar o acompañar por un tercero durante todo el procedimiento, o una parte del mismo; la duración del litigio se tramitará en el plazo de tiempo más breve posible que permita la naturaleza del caso; por parte del órgano responsable, se ejercerá un control que asegure una tramitación del litigio de forma rápida y adecuada, y se extenderá este control al comportamiento de las partes con el fin de asegurarse que respetan su compromiso de buscar una solución adecuada, justa y oportuna al litigio. Si se observa que el comportamiento de una de las partes no es satisfactorio, se informará a ambas partes para que estudien la conveniencia de permanecer en el procedimiento que implica el compromiso de explorar una solución al litigio en esta vía extrajudicial.

Principio de equidad. La equidad se garantizará tanto a través del procedimiento, como de la información suministrada al consumidor respecto de la decisión propuesta como solución del conflicto. Si en cualquier momento se aplica un procedimiento contradictorio, deberán adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su equidad. En particular, deberá garantizarse la equidad en el procedimiento adoptando las siguientes medidas: (i) se informará a las partes del derecho a no aceptar, o a desistir del procedimiento en cualquier momento del mismo, si no están satisfechas con el resultado, o con el desarrollo del mismo, con posibilidad de acudir a la vía judicial o a cualquier otro mecanismo extrajudicial; (ii) las partes podrán con facilidad y libremente presentar argumentos, información o pruebas pertinentes a su favor de forma confidencial, a no ser que cada parte haya acordado que se transmitan estos datos a la parte contraria; (iii) ante la propuesta por el órgano de una posible solución que resuelva el litigio, ambas partes podrán exponer sus puntos de vista, así como formular comentarios ante cualquier argumento, información o prueba que presente una de las partes; (iv) se animará a ambas partes a que participen y cooperen con el procedimiento, en particular aportando la

información necesaria para encontrar una solución equitativa al litigio; (v) con carácter previo al pronunciamiento de cada una de las partes sobre si acepta la solución propuesta, se les concederá un tiempo razonable para estudiarla. Y en cuanto al alcance de la decisión propuesta como decisión, se informará a las partes, antes de que decidan aceptarla, de los siguientes aspectos: (i) pueden aceptar o rechazar la solución propuesta; (ii) la solución propuesta puede ser menos ventajosa que la impuesta por un órgano judicial en aplicación de las normas legales; (iii) tienen derecho a consultar a un asesor independiente; (iv) el recurso al procedimiento no impide que intenten solucionar un litigio no resuelto ante otro mecanismo extrajudicial, como los cubiertos por la Recomendación 98/257/CE, o a solicitar indemnización a través de su propio sistema judicial; y (v) el valor de la solución aceptada.

c) Redes europeas de instancias nacionales: EEJ-Net y FIN-NET

Otra de las iniciativas de la Comisión consistió en la puesta en marcha de dos redes europeas, la red extrajudicial europea EEJ-Net y la red para la resolución extrajudicial de litigios en el sector de los servicios financieros FIN-NET. Si bien ambas se constituyen con una misma finalidad, la de facilitar el acceso del consumidor a los procedimientos extrajudiciales de solución de litigios transfronterizos, en los supuestos en los que el profesional esté establecido en un Estado miembro distinto del Estado miembro de residencia del consumidor, funcionan de manera diversa[630].

La red extrajudicial europea EEJ-Net (Red EJE en español) es una estructura de asistencia y de información al consumidor formada por puntos de contacto nacionales («cámaras de compensación» o *clearing houses*), establecidos en todos los Estados miembros, y en Noruega e Islandia. El Consejo de la UE tomó nota del incremento de las operaciones transfronterizas de los consumidores a causa del rápido desarrollo de nuevas formas de comercialización de bienes y servicios, especialmente a través del comercio electrónico. Se reafirmó en su preocupación por reforzar la confianza de los consumidores en el funcionamiento del mercado interior, y de su potencial para aprovechar plenamente las oportunidades que este ofrece. A estos efectos consideró que, además de mejorarse el acceso a la justicia, y respetando las indicaciones del Consejo Europeo de Tampere de los días 15 y 16 de octubre de 1999, debía promoverse a nivel nacional y, en una forma adecuada, a nivel comunitario, el desarrollo de procedimientos prácticos, eficaces y de

[630] Comisión de las Comunidades Europeas, Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior: *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, *op. cit.,* p. 19.

coste reducido para la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo[631]. La red EJE fue creada el 16 de octubre de 2001 por el comisario David Byrne y la presidencia belga como proyecto piloto de un año, y como fase experimental ante el éxito cosechado, fue prorrogada por el Consejo de Ministros, a petición de la Comisión, hasta el 31 de diciembre de 2003. «La confianza de los consumidores es crucial para el funcionamiento de un mercado interior moderno y competitivo», declaró David Byrne, comisario de salud y protección de los consumidores, al tiempo de poner en marcha la fase experimental de la red EJE, afirmando que «constituye un elemento indispensable para generar este clima de confianza, ya que permite a los consumidores acceder a un método simple, eficaz y de bajo coste para resolver los litigios transfronterizos»[632]. La estructura de la red EJE exigía flexibilidad a fin de que empresas y consumidores pudieran resolver los litigios en el mercado interior de manera rápida y efectiva, sin tener que recurrir a procedimientos judiciales largos y costosos. Los litigios se tramitarán por un único centro nacional de intercambio de información nacional en cada Estado miembro, encargado de proporcionar al consumidor insatisfecho la información y el asesoramiento necesarios para presentar una denuncia ante el sistema alternativo de resolución extrajudicial de litigios en el país en el que esté ubicada la empresa a la que ha comprado los productos o servicios en cuestión[633]. Las funciones de la red para los diferentes puntos de contacto nacionales o centros de intercambio de información consistían en varios cometidos: (i) informar a los consumidores sobre las posibilidades de usar los dispositivos de resolución alternativa de conflictos, los denominados RAL; (ii) facilitar reclamaciones transfronterizas prestando

[631] Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000, relativa a una red comunitaria de órganos nacionales encargados de la solución extrajudicial de litigios de consumo. DOCE núm. C 155, 6 de junio de 2000, p. 1. El Consejo también subrayó la necesidad de que toda iniciativa debía fundamentarse en la participación voluntaria, sin privar al consumidor de su derecho a la tutela judicial tal como está reconocido en el apartado 1 del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y sin perjuicio de recurrir a cualesquiera otras vías administrativas o judiciales para obtener reparación; respetando las disposiciones legales, la costumbre y las prácticas nacionales, así como el Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Igualmente, quiso recordar sus conclusiones, de 25 de noviembre de 1996, relativas al Plan de acción de la Comisión sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior, que incluye una referencia al formulario de reclamación, y su Resolución de 19 de enero de 1999 sobre la dimensión relativa a los consumidores en la sociedad de la información. Asimismo, se tomó nota sobre la Recomendación 98/257/CE de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo y su significativa contribución el establecimiento y el desarrollo de órganos nacionales; y en consideración a la existencia en los Estados miembros de órganos extrajudiciales que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Recomendación 98/257/CE, al no proponer ni imponer formalmente una solución, sino que se limitan a intentar encontrar una solución de mutuo acuerdo, manifestó que no contaba con la aplicación de todos los principios fijados en la recomendación, pero dejando constancia de que sí desempeñan un papel muy ventajoso para el consumidor. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2000:155:FULL&from=ES>.

[632] Nueva Red europea para ayuda a los consumidores a resolver extrajudicialmente los litigios transfronterizos, IP/01/1423, Bruselas, 16 de octubre de 2001, p. 1.

[633] *Ibid.*, p. 2.

ayuda para solventar dificultades prácticas relativas a las lenguas; y (iii) facilitar la presentación de reclamaciones proporcionando el modelo apropiado de RAL, y hacer el seguimiento de las reclamaciones y de las operaciones realizadas con los organismos RAL dentro de la red[634].

La red para la resolución extrajudicial de litigios en el sector de los servicios financieros, FIN-NET, posibilita al consumidor afectado con un conflicto en el ámbito de los servicios financieros en la banca, seguros o inversiones, disponer mediante un acceso directo a una modalidad de resolución extrajudicial de litigios. FIN-NET fue creada por la Comisión Europea en el año 2001 como una red de organizaciones nacionales responsables de resolver por vía extrajudicial las reclamaciones de los consumidores en el área de los servicios financieros. Al año de su creación, con fecha de 22 de febrero de 2002, el número de órganos pertenecientes a la misma ascendía a 37. Se constituyó en «el marco del "diálogo con los ciudadanos y con las empresas", cuyo objetivo es informar al público de sus derechos en el mercado interior, se publicará una guía sobre FIN-NET destinada a familiarizar a los consumidores con la red»[635]. Sus objetivos se centran en fomentar la cooperación entre los servicios nacionales de defensa del consumidor en el área de los servicios financieros, y en facilitar a los consumidores el acceso a procedimientos de resolución alternativa de litigios (RAL) en caso de litigio transfronterizo sobre la prestación de servicios financieros[636].

1.2.3.2. Iniciativas adoptadas en el ámbito del derecho de familia

En la reunión del día 3 de diciembre de 1998, los jefes de Estado y de Gobierno aprobaron el Plan de acción de Viena, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un «espacio de libertad, seguridad y justicia» para la libre circulación de personas, destacando, entre las medidas para adoptar en un plazo de cinco años, y en el ámbito de la cooperación judicial, la que figura en su artículo 41 letra b):

---

[634] Summaries of EU Legislation. Red para la solución extrajudicial de litigios de consumo (red EJE). A 15 de julio de 2003, fecha de la última modificación de este resumen, la red comprendía 17 puntos de contacto nacionales: uno por Estado miembro, uno en Noruega y otro en Islandia. Desde su creación hasta el 31 de marzo de 2003, la red EJE tramitó más de 2182 reclamaciones de consumidores de toda la UE, Islandia y Noruega. Se creó un sitio en Internet con información general sobre la red y una base de datos de los organismos RAL que responden a los principios de la Recomendación de la Comisión de 30 de marzo de 1998. Este sitio ofrecerá próximamente a los consumidores la posibilidad de presentar una reclamación en línea. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Al32043>.

[635] Comisión de las Comunidades Europeas, Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior: *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, *op. cit.,* p. 19.

[636] «Acerca de la red FIN-NET», misión de FIN-NET. Página oficial de la UE. Disponible en: <https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/consumer-finance-and-payments/retail-financial-services/financial-dispute-resolution-network-fin-net/fin-net-network/about-fin-net_es>.

«Estudio de la posibilidad de elaborar soluciones no judiciales de las controversias, haciendo especial referencia a los conflictos familiares transnacionales. En este contexto, deberá estudiarse la posibilidad de mediación para resolución de conflictos familiares»[637]. Las partes afectadas por un conflicto familiar pueden recurrir a una ADR, no solo antes de plantear una demanda ante los tribunales de justicia, sino durante la tramitación de un pleito, si ya está iniciado, o incluso una vez finalizado, iniciarlo en fase de ejecución de la resolución judicial; los asuntos que pueden someterse a una ADR son conflictos familiares de diversa índole, que incluyen tanto derechos relacionados con el ejercicio de la autoridad parental (derechos de custodia y de visita de los hijos), como con los derechos de división del patrimonio familiar, o los de fijación de la asignación de alimentos. Las ADR desempeñan una función muy valiosa, especialmente en los asuntos de conflicto familiar transfronterizo, como ocurre en la forma de organizar los derechos de visita a favor del progenitor que ha sido víctima de rapto de un hijo, cuando el menor decide no volver con aquel. Las autoridades públicas son conscientes del «papel privilegiado que pueden desempeñar las ADR»[638].

La consecución de acuerdos celebrados entre los titulares de responsabilidad parental, adoptados a través de procesos como la mediación, fue una las funciones que la Propuesta del Reglamento del Consejo, presentada por la Comisión el 6 de septiembre de 2001, y relativa a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental, atribuyó en su artículo 17.2 letra e) a las autoridades centrales competencias en orden a velar «por la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental recurriendo a la mediación o a otros medios y organizar a tal efecto la cooperación transfronteriza»[639]. La propuesta planteada tenía como objeto, por un lado, ampliar el ámbito de aplicación del Reglamento n.° 1347/2000 a las resoluciones en materia de responsabilidad parental que afectaran a los niños, independientemente de la naturaleza de las relaciones entre los padres (casados o no), y por otro, proteger el interés superior del niño materializado de un modo concreto en su derecho fundamental a mantener relaciones personales con ambos progenitores. El Consejo Europeo de Tampere ya había corroborado el principio del reconocimiento mutuo

[637] Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Texto adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998, p. C 19/10.

[638] Comisión de las Comunidades Europeas, Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior: *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, *op. cit.,* p. 23.

[639] Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental (2001/C 332 E/11), COM(2001) 505 final, 2001/0204(CNS) (presentada por la Comisión el 6 de septiembre de 2001). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:C2001/332E/11&from=ES>.

de las resoluciones judiciales como piedra angular para la creación de un verdadero espacio judicial, y en consecuencia en el año 2000 aprobó el referido Reglamento n.° 1347/2000[640] que dio forma concreta a este principio de reconocimiento mutuo, en lo que se refiere a la cooperación judicial en materia civil, y a la iniciativa francesa que propugnaba la supresión del *exequátur* para el derecho de visita de los niños[641]. La novedad de la Propuesta del Reglamento radicaba en la posibilidad de aplicar, a todos los procedimientos civiles en materia de responsabilidad parental, con excepción hecha de las resoluciones judiciales sobre obligaciones alimentarias reguladas en el Reglamento núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I)[642]. El cambio propuesto se justifica porque el sistema de asignación de competencias para los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados que establecía el Reglamento núm. 1347/2000 podía estar desalentando a las personas justiciables a recurrir a las ADR antes de presentar demandas judiciales ante los tribunales de justicia, en tanto que podían asegurar la competencia de aquel órgano que más conviniera a sus intereses, si lo hacían antes que otro demandante. El artículo 11 del Reglamento sobre «Litispendencia y acciones dependientes» dispone que, cuando se formulen demandas con el mismo objeto y causa de pedir entre las mismas partes y ante órganos jurisdiccionales diferentes, el juez que hubiera recibido la segunda de las demandas en el tiempo la suspenderá de oficio, en tanto que el primer tribunal no se declare competente. El *Libro Verde* sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, a este propósito, resalta que «La propuesta de Reglamento "Bruselas II bis" se basa en un sistema de cooperación entre autoridades centrales, que deberían desempeñar un papel activo para garantizar el ejercicio efectivo de la responsabilidad parental, incluso mediante el fomento de las ADR»[643]. Cada Estado miembro debe asignar una autoridad central que podrá recabar ayuda de la red judicial europea en materia civil y mercantil. Cada autoridad central se encargará de: (i) asistir a los

[640] Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. DOCE núm. 160, 30 de junio de 2000, p. 19. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000R1347&from=ES>.

[641] Summaries of EU Legislation. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Al33166>.

[642] Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:l33054>.

[643] Comisión de las Comunidades Europeas, Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior: *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, *op. cit.,* p. 23.

órganos jurisdiccionales nacionales en la aplicación del presente reglamento; (ii) realizar cooperación transfronteriza para reforzar la colaboración entre los órganos jurisdiccionales; (iii) recabar información sobre las legislaciones y los procedimientos nacionales; y (iv) garantizar el ejercicio efectivo de los derechos del niño[644]. Este sistema de cooperación transfronterizo y de fomento de las ADR en materia familiar ya se contemplaba por el Consejo en el año 2000, en uno de sus actos jurídicos preparatorios, la Iniciativa de la República Francesa con vistas a la adopción del Reglamento del Consejo relativo a la ejecución mutua de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita de los hijos. De nuevo, el objetivo fijado por los Estados miembros de mantener y desarrollar la UE como un «espacio de libertad, seguridad y justicia», donde se garantice la libre circulación de personas, o la necesidad de crear un auténtico espacio judicial europeo donde las sentencias relativas al derecho de visita de los hijos de padres separados o divorciados puedan ejecutarse directamente en los Estados miembros, fueron invocadas, entre otras, como las razones que justifican adoptar el referido reglamento. La protección del derecho fundamental del hijo a mantener relaciones estables con sus padres, ante una situación de debilitamiento o disolución del matrimonio, debe garantizarse en cualquiera que sea el lugar donde residan los padres. Por otra parte, el correcto funcionamiento del mercado interior que forma la Unión exige mejorar y simplificar la libre circulación de las sentencias en estas materias familiares, así como la efectividad del ejercicio transfronterizo de los derechos de visita de los hijos de padres cuyo divorcio o separación se hayan obtenido mediante pronunciamiento judicial dentro de la UE. La creación progresiva del mencionado «espacio de libertad, seguridad y justicia» requiere que la Comunidad Europea adopte medidas relativas al área de la cooperación judicial en materia civil, imprescindibles para la correcta actuación del mercado interior. Mejorar la circulación de los hijos de padres separados en la Comunidad solo es posible mediante una circulación más libre de las sentencias que les afecten, que se logrará, a su vez, desde el reconocimiento mutuo del carácter ejecutorio de esas resoluciones judiciales, y desde un refuerzo de los mecanismos de cooperación. El Reglamento, en su capítulo VI sobre «Cooperación», dispone en su artículo 12 que todos los Estados miembros, con el fin de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de visita de los hijos y su retorno inmediato a los padres encargados de la custodia una vez finalizado el derecho de visita, cooperarán a través de los órganos centrales nacionales que ellos designen y que figuran enumerados en un anexo al mismo. Para la consecución de este objetivo, estos órganos deberán cooperar directamente entre sí para promover la colaboración entre las autoridades en sus

[644] Summaries of EU Legislation. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental. Disponible en:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Al33166>.

respectivos países, y «en particular, ya sea directamente o por mediación de cualquier intermediario, los mencionados órganos deberán adoptar las medidas adecuadas para […] facilitar acuerdos parentales sobre el ejercicio del derecho de visita mediante la conciliación, la mediación o cualquier otro método similar»[645].

1.2.3.3. Iniciativas adoptadas en el ámbito laboral

El *Libro Verde* sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil deja constancia de cómo, en todos los Estados miembros, las ADR son un recurso decisivo para arreglar conflictos en el ámbito de las relaciones laborales. Su desarrollo se ha construido a partir de los procedimientos propios empleados para solucionar los dilemas, caracterizados por la intervención activa y preponderante de los agentes sociales, representantes de los empresarios y de los trabajadores. La utilidad de las ADR se ha contrastado en la resolución de conflictos que surgen en la aprobación o modificación de convenios colectivos, donde es clave conseguir una aproximación de los intereses económicos en juego, o conflictos derivados de la interpretación dispar de la normativa sobre contratos, incluidas las disposiciones reglamentarias, y de su aplicación práctica. «La mayor parte de las ADR, en el ámbito de las relaciones laborales, se desarrollan bajo la responsabilidad de los interlocutores sociales»[646], de tal manera que, si no logran sus objetivos, pueden acudir a las modalidades ADR propuestas por las autoridades públicas. Los procedimientos previstos para las ADR son diferentes y varían en cada uno de los Estados de la UE, pero por tónica general, se caracterizan por el principio de voluntariedad, pues la decisión de acudir a ellas, y la aceptación del resultado es voluntaria. La Comisión Europea, en su Agenda de política social de 28 de junio de 2000, se propuso la modernización del modelo social europeo y la transformación de los compromisos políticos acordados por el Consejo Europeo de Lisboa, encaminados a conseguir un objetivo estratégico para Europa, la economía más competitiva y dinámica, basada en el conocimiento, capaz de crecer económicamente con más y mejores empleos, de forma sostenible, y con una mayor cohesión social. Para conseguir este objetivo, se precisa abordar una estrategia destinada a modernizar el modelo social europeo, invirtiendo en el capital humano y luchando contra la exclusión social. Así, la Agenda de política social, dentro del capítulo denominado «Prever y gestionar el cambio y adaptarse

[645] Iniciativa de la República Francesa con vistas a la adopción del Reglamento del Consejo relativo a la ejecución mutua de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita de los hijos (2000/C 234/08). DOCE núms. C 234/9 y C0234/10, 15 de agosto de 2000. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000Y0815(01)&from=ES>.

[646] Comisión de las Comunidades Europeas, Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior: *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, *op. cit.,* p. 25.

al nuevo entorno de trabajo», diseñó el objetivo de «desarrollar un enfoque positivo y proactivo respecto al cambio mediante la promoción de la información adecuada para las empresas y los trabajadores […]», que precisaba una serie de medidas, y entre ellas se concretó «la creación de herramientas para prevenir y arbitrar los conflictos». Entre las distintas acciones que se detallan, destaca esta específica: «consultar a los interlocutores sociales sobre la necesidad de establecer, a nivel europeo, mecanismos voluntarios sobre la mediación, el arbitraje y la conciliación para la resolución de conflictos»[647]. El *Libro Verde* informa en este sentido que la Comisión comenzó las actividades preparatorias y que financiará un estudio sobre el funcionamiento de las modalidades de solución de conflictos en el ámbito de las relaciones entre empresarios y empleados en los Estados miembros.

Posteriormente, el Consejo de Empleo y Política Social del 3 de diciembre de 2001 secundó los propósitos de la Comisión y le sugirió: «informar de los resultados de la consulta de los interlocutores sociales sobre la necesidad de instaurar mecanismos voluntarios de solución de conflictos a escala europea». Finalmente, y en esta misma línea, el Consejo Europeo de Laeken de los días 14 y 15 de diciembre de 2001 insistió: «en la importancia de prevenir y resolver los conflictos sociales, y muy especialmente los conflictos sociales transnacionales, mediante mecanismos voluntarios de mediación», invitando a la Comisión a presentar un documento de reflexión sobre los mismos.

1.2.4. El análisis en el *Libro Verde* de las ADR desde un punto de vista global

Desde un punto de vista global se plantean tres cuestiones particulares relativas a: (i) cuáles son los requisitos relacionados con el acceso a la justicia, (ii) las normas mínimas de calidad, y (iii) el Estatuto de los terceros.

1.2.4.1. Las ADR y el acceso a la justicia

En la primera parte del *Libro Verde Panorama Global*, la Comisión sitúa las ADR en el contexto general del acceso a la justicia, y en la segunda lo hace bajo el título «Apoyarse en los trabajos emprendidos», donde realiza un inventario detallado de las ADR en los Estados de la Unión y de la UE, y despunta qué posibilidades políticas y jurídicas ofrecen las iniciativas planteadas, como complemento de esos trabajos. Es preciso analizar el funcionamiento de las ADR desde el enfoque de la justicia, y preguntarse por el alcance de

[647] Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Agenda de política social, Bruselas, 28 de junio de 2000, COM (2000) 379 final. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0379:FIN:ES:PDF>.

las cláusulas contractuales que incluyen el recurso a las ADR, los plazos de prescripción, la confidencialidad, la eficacia de las ADR y la responsabilidad de terceros[648].

a) Las cláusulas contractuales

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros el recurso a las ADR es facultativo, bien porque aceptan la propuesta de un juez, bien porque una de las partes del conflicto tome la iniciativa y la otra parte la secunde. Sin embargo, en algunos Estados miembros como Alemania, Bélgica y Grecia, existe la obligación previa de recurrir a una ADR por mandato legal o por decisión del juez, si bien la normativa reguladora es de alcance limitado y versa sobre materias específicas[649]. Las cláusulas contractuales sobre las ADR tienen incidencia sobre el derecho de acceso a la justicia reconocido en el apartado primero del artículo 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, y en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Humanos Fundamentales de la UE[650], en la medida que tengan como efecto retrasar la interposición de una demanda ante los tribunales de justicia, o impedirlo, por haber prescrito la acción al término del procedimiento de mediación. La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas prohíbe las cláusulas de recurso a las ADR en materia de contratos celebrados con consumidores, a tenor de lo que considera como abusivas: «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena

[648] Comisión de las Comunidades Europeas, Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior: *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, *op. cit.,* p. 27.

[649] En el epígrafe 2.1. dedicado a las «ADR en el marco de los procedimientos judiciales», de la segunda parte del *Libro Verde* titulada «Apoyarse en los trabajos emprendidos», en el apartado 28 se explican estos tres modelos de regulación obligatoria vigentes en ese momento. En Alemania, en virtud de la Ley Federal de 15 de diciembre de 1999, donde se establece que la acción judicial solo es posible si previamente se ha intentado un *Schlichtung*, tres estados federados hicieron obligatorio el procedimiento de ADR designada con la apelación *Schlichtung*. A la fecha de la publicación del *Libro Verde*, se está procediendo a la elaboración de una nueva Ley Federal de procedimiento que permitiera a las partes exigir la celebración de una audiencia reservada a la mediación y obligar al juez a iniciar el procedimiento con una mediación previa. En Bélgica, en virtud de la LEC belga, el recurso a los procedimientos extrajudiciales es obligatorio en materia de contencioso-laboral o de contratos de arrendamiento rústico. Al momento de la publicación del *Libro Verde*, se estaba discutiendo un Proyecto de Ley sobre una posible reforma global de la LEC por la que se introduce la facultad de cualquier juez de ordenar la mediación. Finalmente, en Portugal, el artículo 214 de la LEC especifica que no se podrá iniciar la audiencia de los litigios que sean competencia del Tribunal de 1.ª Instancia si no se ha efectuado previamente un intento de conciliación. Pp. 15-16 del *Libro Verde*.

[650] Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *op. cit.,* capítulo VI: «Artículo 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia» (C 364/20).

fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato»; y a la vista del anexo que contiene una lista orientativa y no exhaustiva de las cláusulas que pueden considerarse abusivas, figuran las «cláusulas que tengan por objeto […] suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor».

El *Libro Verde* se plantea las siguientes preguntas:

- Pregunta 5: ¿conviene aproximar los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros para que en cada uno de ellos las cláusulas de recurso a las ADR tengan un valor jurídico similar?
- Pregunta 6: en caso afirmativo, ¿debería limitarse la validez general de tales cláusulas a las ocasiones en que figuren en contratos de adhesión en general o solo a contratos celebrados con los consumidores?
- Pregunta 7: en cualquier caso, ¿qué alcance deberían tener estas cláusulas?
- Pregunta 8: ¿habría que llegar hasta el extremo de considerar que su violación implica la incompetencia del tribunal para conocer del litigio, cuando menos de forma provisional?

b) Plazos de prescripción

«Acudir a las ADR puede afectar al derecho de acceso a la justicia en la medida en que no suspenda los plazos de prescripción para llevar el caso a los tribunales»[651]. Las personas justiciables que recurren a las ADR pueden verse perjudicadas si, al finalizar el procedimiento de método alternativo de resolución de conflicto, este termina sin acuerdo y el plazo para interponer la pertinente acción judicial queda extinguido o reducido considerablemente en el tiempo. En algunos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, como en Alemania, está previsto que, en los casos donde los órganos de ADR han sido autorizados por la Administración judicial del Land, el recurso a las ADR implica la suspensión del plazo de prescripción de la acción del derecho que ha sido objeto del proceso alternativo. La promoción de las ADR deberá afectar a la modificación de las leyes de enjuiciamiento civil en materia de plazos de prescripción, estableciendo que la suspensión comenzará con el inicio del proceso y se reanudará si termina sin avenencia. En consecuencia, es necesario definir con precisión estos procedimientos alternativos, y señalar con claridad cuáles son los momentos de su comienzo y finalización. Los casos de litigios fronterizos donde las partes intenten sin éxito un proceso alternativo en un Estado

[651] Comisión de las Comunidades Europeas, Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior: *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, *op. cit.,* p. 29.

miembro, correspondiendo la competencia de los tribunales a otro Estado miembro, evidencian lo significativo que resulta garantizar el mismo régimen en todos los Estados miembros, y no solo en cuanto al contenido de la normativa, sino también en relación a la prueba de haber recurrido efectivamente al proceso alternativo y el tiempo transcurrido, para poder acogerse a ella. La pregunta planteada es la siguiente:

Pregunta 9: ¿convendría aproximar las legislaciones de los Estados miembros para que, en cada Estado miembro, el recurso a un mecanismo alternativo de resolución de litigios dé lugar a la suspensión de los plazos de prescripción para poder acudir a los tribunales?

1.2.4.2. Garantías mínimas de calidad

«Las ADR son flexibles pero tienen que basarse en unas normas mínimas de calidad entre las que figuran determinados principios básicos de procedimiento». El Consejo Europeo, en su Decisión de 29 de mayo de 2000, resaltó como prioridad para abordar en el *Libro Verde* y en los trabajos posteriores sobre las ADR «la posibilidad de establecer principios fundamentales, tanto en general como en ámbitos específicos, que den las garantías necesarias para que la solución de conflictos por las instancias extrajudiciales ofrezca el nivel de seguridad requerido para la administración de la justicia»[652]. A diferencia de las ADR que se tramitan en el ámbito de un procedimiento judicial, reguladas por las autoridades públicas, las ADR convencionales se desarrollan al amparo de unos principios que las partes hacen suyos y se adhieren a ellos libremente; son propuestos como los idóneos por las asociaciones de profesionales, o siguen la pauta de códigos de deontología. La cuestión que se formula es la siguiente: ¿cómo se puede garantizar la aplicación de estos principios básicos de procedimiento? Distintas iniciativas que han surgido, como la autorregulación en la sociedad de la información, son respaldadas por la Comisión, y sirven para incrementar la confianza en la aplicación de las ADR, al mismo tiempo que aseguran la flexibilidad que las caracteriza, evitando con ello acudir a otras medidas públicas más vinculantes. Sin embargo, la Comisión cuestiona la necesidad, por una parte, de reforzar aún más el control de la aplicación de esas iniciativas de autorregulación, que deberían realizar terceros, y por otra, de implantar mecanismos como los previstos en las ODR, los etiquetados (*trustmarks*) o la certificación. Las dos recomendaciones que la Comisión adoptó sobre principios aplicables por los órganos extrajudiciales en materia de conflictos de consumo a fin de ofrecer un mínimo de garantías de calidad, a las que hemos hecho referencia anteriormente, refuerzan la credibilidad de los órganos que las siguen y las observan en su actuación. La Comisión distinguió, al establecer esos principios, entre

[652] *Ibidem* p. 31.

aquellos procesos alternativos donde el tercero se pronuncia formalmente en la solución del conflicto, y aquellos otros donde se limita a ayudar a las partes a alcanzar su acuerdo. Para los primeros, la Recomendación 98/257/CE describe siete principios: independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación; para los segundos, la Recomendación 2001/310/CE instaura los principios de imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad. Al abrigo del éxito conseguido en la aplicación de estos principios asumidos por el derecho de consumo, es posible considerar nuevas iniciativas que permitan extenderlos a las ADR en general. Estos principios, que funcionan como garantías mínimas del procedimiento, «podrían entonces presentarse en forma de principios generales decretados en el ámbito legislativo y aplicarse y desarrollarse a nivel infralegislativo en códigos de deontología»[653]. Los principios que rigen el procedimiento podrían de este modo tomar la forma de normas de deontología. Estos códigos de deontología contienen las normas de procedimiento que aseguran la imparcialidad de los terceros, cuál es su intervención durante la tramitación, los plazos y el marco para alcanzar un acuerdo. Constituyen una pieza clave para el funcionamiento de las ADR, y sirven como instrumentos al servicio de su calidad.

a) La confidencialidad

«La confidencialidad se impone tanto a las partes como a los terceros»[654]. Entre las distintas garantías mínimas de calidad, la Comisión insistió en la obligación de la confidencialidad, al considerarla como una condición para el buen funcionamiento de las ADR, y ser valorada por las partes que recurren a ellas como un elemento esencial. Preservar la confidencialidad de la información que las partes comparten en el procedimiento tiene por objetivo facilitar la franqueza de las partes y la sinceridad en sus comunicaciones durante el procedimiento. La obligación de confidencialidad afecta en primer lugar a las partes, y debe ser especialmente rigurosa para los terceros. Salvo excepciones, «la información intercambiada entre las partes durante el procedimiento no debería admitirse como prueba en un procedimiento judicial o arbitral posterior»[655]. Las partes, como salvedad al cumplimiento de esta obligación, pueden pactar de común acuerdo que la totalidad o parcialidad del procedimiento no sea confidencial, o podrán revelar parte de esa información si una normativa así lo dispusiera, o necesitaran hacer público el acuerdo con la finalidad de cumplirlo o ejecutarlo de forma forzosa. En relación a la intervención del tercero, la confidencialidad permite afinar los términos de su función, con el fin de garantizar la equidad. Si el tercero participa en el proceso de modo activo en

[653] *Idem.*
[654] *Ibid.*, p. 32.
[655] *Idem*.

la búsqueda de una solución del conflicto, se impone la necesidad de respetar el principio del debate contradictorio y tener la oportunidad de escuchar individualmente, y por separado, a las partes. Estas conversaciones bilaterales que pueden mantener la parte y el tercero se llaman «caucus», cuyo único objetivo es el de ayudar a conseguir un acuerdo. Sin embargo, en el caso de que el tercero sea quien tome una decisión o realice una recomendación al cierre del proceso de ADR, la posibilidad de mantener un «caucus», y escuchar en confidencialidad a cada una de las partes, debería excluirse. Terminado sin acuerdo el proceso de ADR, el tercero no podrá ser citado como testigo, si el conflicto se judicializa, ni tampoco podrá ser designado árbitro, pues en su condición de tercero habrá podido acceder a una información de la que, en ningún caso, dispondría un árbitro. Las partes pueden dispensar de esta obligación de confidencialidad al tercero respecto de alguna de la información protegida para que pueda revelarla, o hacerlo también en virtud de una normativa específica, como la relativa al blanqueo de capitales, que les preserva del secreto profesional solo cuando actúan como asesores de sus clientes, no como terceros que dirigen un proceso de ADR. La Directiva de 19 de noviembre de 2001 por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, regulaba en sus puntos 16 y 17 el alcance del secreto profesional de los profesionales independientes del ámbito jurídico y notarial[656].

b) Validez del consentimiento

La validez del consentimiento se aborda en el *Libro Verde* desde la fase que se considera esencial del proceso de las ADR, la centrada en el acuerdo. «Conviene hacer todo lo

[656] Los puntos 16 y 17 de la Directiva de 19 de noviembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, hoy derogada, establecían: «[núm. 16] Los notarios y los profesionales independientes del ámbito jurídico, tal y como han sido definidos por los Estados miembros, deben estar sujetos a lo dispuesto en la Directiva cuando participen en operaciones financieras o empresariales, incluido el asesoramiento fiscal, en las que exista el mayor riesgo de que los servicios de dichos profesionales del ámbito jurídico se empleen indebidamente a fin de blanquear el producto de actividades delictivas. [núm. 17] No obstante, cuando miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico —como los abogados— estén determinando la situación jurídica de sus clientes o ejerciendo la representación legal de los mismos en acciones judiciales, sería improcedente imponer a dichos profesionales respecto de estas actividades, en virtud de lo dispuesto en la Directiva, la obligación de notificar sospechas de blanqueo de capitales. Es preciso que existan dispensas a la obligación de notificación de la información obtenida antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente. Así pues, el asesoramiento jurídico sigue estando sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales, o de que el abogado sepa que el cliente busca el asesoramiento jurídico para el blanqueo de capitales». Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2001-82799>.

posible para garantizar la validez de los acuerdos»[657]. Las ADR no cumplirán su objetivo fundamental de auténtico medio de resolución de conflictos y consiguiente pacificación social si el acuerdo final alcanzado por las partes no contiene los efectivos compromisos asumidos por ellas, con lo que suponen de renuncia a sus anteriores posiciones y expectativas, y se impugna su validez jurídica. Igualmente, pueden plantearse reclamaciones de responsabilidad frente al tercero que ha intervenido en el proceso de ADR por haber podido «arrancar» a las partes un acuerdo no equitativo. En aquellos acuerdos donde existe un desequilibrio económico entre las partes prima la conveniencia de establecer algún formalismo en torno a la celebración y firma del acuerdo a modo de plazos de reflexión, o de retracto de la decisión. La Recomendación de 4 de abril de 2001 contempla en su apartado sobre la equidad que «antes de que las partes decidan si aceptan la solución que se propone para resolver el litigio dispondrán de un periodo de tiempo razonable para estudiarla». El plazo de retracto es una técnica ampliamente conocida en el derecho comunitario[658]. Otra medida propuesta para su estudio es la posibilidad de instaurar una fase de homologación que se celebraría ante un notario, juez o determinados organismos como Cámaras de Comercio, para controlar así la validez del acuerdo y finalizar con su elevación a público para convertirlo así en título ejecutivo.

Se aborda en la Pregunta 17: «¿convendría establecer una norma a escala comunitaria conforme a la cual, al término de los procedimientos de ADR, se conceda un plazo de reflexión antes de proceder a la firma del acuerdo o un plazo de retractación después de esta? ¿Considera que esta cuestión debería tratarse preferentemente en el marco de las normas deontológicas a que se someten los terceros?».

[657] Comisión de las Comunidades Europeas, Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior: *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, *op. cit.*, p. 33.

[658] Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, DO L 372, de 31 de diciembre de 1985, p. 31; Segunda Directiva 90/619/CEE del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 79/267/CEE (Segunda Directiva sobre seguros de vida), DO L 330, de 29 de noviembre de 1990, p. 50; Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirientes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, DO L 280, de 29 de octubre de 1994, p. 83; Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, DO L 144, de 4 de junio de 1997, p. 19.

c) Eficacia de las ADR

En una ADR convencional, «la cuestión de la calificación jurídica del acuerdo resultante de las ADR es determinante para la eficacia de estas»[659]. No se suscita esta cuestión en ámbitos como el derecho de consumo, cuando las decisiones del tercero que resuelve el conflicto, en organismos como los *Ombudsman* de los clientes creados por sectores profesionales como la banca o seguros, son vinculantes para una parte del conflicto, pues la eficacia se plantea en términos de *marketing*. Al imponer la decisión del tercero a las empresas asociadas a este sistema, si estas no la implementan en la práctica con sus clientes pueden verse excluidas de aquel, o perjudicadas en sus certificados de calidad. Entre los Estados miembros de la Unión no existe uniformidad para calificar los acuerdos alcanzados en el seno de una ADR, y se denominan como «transacción de carácter consensual», «actas de conciliación», «acuerdos de mediación», dificultando con ello el tratamiento uniforme de su eficacia jurídica. El denominador común que las agrupa a todas ellas es el constituirse como transacciones. Los acuerdos de las ADR se implementarán si llevan incorporados una orden de ejecución forzosa, bien porque son aprobados por un juez, que puede dictar orden de ejecución, o porque las partes acuden a un funcionario público como un notario para formalizar el acuerdo en escritura pública. En otros casos, si la transacción se inscribe en las actuaciones de una instancia de ADR que ha sido autorizada por la Administración de Justicia, son títulos ejecutivos. «Ahora bien, la transacción no reviste la misma fuerza jurídica en todos los Estados miembros. La cuestión de la validez del acuerdo y de su consiguiente eficacia se regulará por ley que designen las normativas a los conflictos de leyes»[660].

Conforme alguna jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al Convenio de Bruselas, sustituido por el Reglamento Bruselas I, como la Sentencia de 2 de junio de 1994, asunto C-414/92, «Solo Kleinmotoren», las transacciones judiciales no se consideran «decisiones» conforme a lo dispuesto en el artículo 25 del Convenio Bruselas, señalando que «(17) para poder ser calificado de "resolución", en el sentido del Convenio, el acto debe proceder de un órgano jurisdiccional perteneciente a un Estado contratante y que, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, resuelva sobre los puntos controvertidos entre las partes. (18) Ahora bien, este requisito no se cumple en el caso de una transacción, aun cuando esta se celebre ante un Juez de un Estado contratante y ponga fin a un litigio. En efecto, las transacciones judiciales revisten un carácter esencialmente contractual, puesto que su contenido depende, ante todo, de la voluntad de las partes, como explica el citado

[659] Comisión de las Comunidades Europeas, Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior: *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, *op. cit.,* p. 33.
[660] *Ibid.*, p. 35.

Informe de Expertos»[661]. Esto supone que, ante un conflicto que surja entre un juicio contencioso y un acuerdo alcanzado en un proceso de ADR con el mismo objeto, equiparable a una transacción judicial, esta no podría oponerse a la demanda de *exequátur* de aquel juicio.

Se ha defendido que en algunos actos provenientes de las ADR establecidos por la autoridad pública que disponen de fuerza ejecutiva, a diferencia de los que resultan de la voluntad de las partes, que no están sancionados públicamente por un juez o notario, se podrían constituir los acuerdos en escrituras públicas conforme a lo dispuesto por el Reglamento Bruselas I. En consecuencia«De estas consideraciones se desprende que existe una gran heterogeneidad tanto en el carácter como en lo referente a la fuerza jurídica de los acuerdos obtenidos mediante ADR y, por consiguiente, en cuanto a su eficacia internacional a escala europea»[662]. El *Libro Verde* no deja de apuntar finalmente la contradicción que implica recurrir a una instancia judicial para obtener fuerza ejecutiva del acuerdo de una ADR, dado que forma parte de su esencia evitar el pleito.

1.2.4.3. Estatuto de terceros

La elección que realizan las partes que recurren a una ADR del tercero, o de la institución que asuma el proceso de ADR que será quien le designe, resultará más fácil cuando presenten las garantías que las normas deontológicas establezcan para ellos, y a cuyo cumplimiento se sujetan. La formación de los terceros conlleva el planteamiento de su acreditación.

a) Formación de terceros

«La calidad de las ADR se basa esencialmente en la competencia de los terceros responsables de estas»[663]. Las técnicas con las que se desarrolla un proceso de ADR exigen del tercero una sólida formación que le permita dominarlas. Esta formación profesional es indispensable, no solo para asegurar el correcto funcionamiento y calidad de las ADR, sino en relación a la libre prestación de servicios de los profesionales en territorio de la Unión conforme suscribe el artículo 49 del Tratado de la Unión[664]. La necesidad de formación

[661] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 6.ª), de 2 de junio de 1994, «SOLO KLEINMO TOREN GMBH CONTRA EMILIO BOCH». Petición de decisión prejudicial: *Bundesgrichtshof*-Alemania-Convenio de Bruselas núm. 3 del artículo 27. Resolución judicial dictada en un litigio entre las mismas partes-concepto transacción judicial. Asunto C-414/92, p. I–2255. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61992CJ0414&from=ES>.

[662] Comisión de las Comunidades Europeas, Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior: *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, *op. cit.,* p. 35.

[663] *Ibid.*, p. 36.

[664] Tratado de la UE 92/C191/01. «10) La primera frase del artículo 49 se sustituirá por la siguiente: «A partir de la entrada en vigor del presente Tratado, el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo

específica abarca igualmente a los jueces. A diferencia de los terceros que se responsabilizan de procesos de ADR dentro de un pleito que sí están obligados a acreditar su formación, competencias y experiencia, los terceros que se encargan de ADR convencionales no están sujetos a estas exigencias. Los terceros se agrupan en asociaciones profesionales que recomiendan a sus miembros la necesidad de una formación continua, instaurando para ellos sistemas de certificación, acreditación y evaluación periódica. Estas asociaciones también han elaborado códigos deontológicos y de resolución de procedimientos. Para aquellos terceros que no pertenezcan a una profesión regulada, sería conveniente crear una competencia específica en materia de ADR para garantizar el control de las calificaciones y permitir su libre circulación.

b) Acreditación de los terceros

«A las autoridades públicas corresponde cerciorarse de que existen garantías mínimas de competencia de los terceros»[665]. Procede preguntarse si las autoridades públicas deberían establecer, al igual que las asociaciones profesionales, sistemas de acreditación de la formación de los terceros sin limitar con ello la flexibilidad que caracteriza a las ADR. En esta línea se refiere el Parlamento Europeo en su Dictamen sobre la Propuesta de Reglamento Bruselas I, enmienda 35, donde propone que las autoridades públicas, las asociaciones mercantiles y de consumidores sean quienes deberían reconocer regímenes extrajudiciales de solución de litigios, y otorgar la concesión de marcas de fábrica (*trustmarks*); y, en su caso, la Comisión debería condicionar que se ofrezca un sistema extrajudicial de solución de litigios reconocido en el marco de un régimen por ella aprobado. Señala a la Comisión como el órgano que debe favorecer los acuerdos relativos al reconocimiento de esos sistemas, al mismo tiempo que fomenta su introducción, de modo especial, en todo lo relativo a las transacciones a través de Internet. La enmienda 39 refiere la posibilidad que asiste al consumidor y comerciante que han contratado por Internet de convenir que cualquier posible litigio pueda someterse a un sistema extrajudicial de solución de litigios reconocido en el marco de un régimen aprobado por la Comisión, como por ejemplo el sistema reconocido ESL, que deberá estar anunciado en la página web del comerciante[666].

---

189 B y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará mediante directivas o reglamentos las medidas necesarias a fin de hacer progresivamente efectiva la libre circulación de los trabajadores, tal como queda definida en el artículo 48, en especial». DOCE núm. C 191, 29 de julio de 1992, p. 8. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:11992M/TXT&from=EN>.

[665] Comisión de las Comunidades Europeas, Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior: *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, *op. cit.,* p. 37.

[666] Dictamen del Parlamento Europeo, Reglamento Bruselas I,12. Competencia judicial en materia civil y mercantil A5-0253/2000. Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia judicial, al

Cuando los terceros pertenezcan a una profesión regulada, para evitar que se presenten problemas se podrá aplicar el sistema general de reconocimiento mutuo de calificaciones profesionales por los Estados miembros en la UE o las directivas dirigidas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados, como la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados (DOCE núm. 78, 26 de marzo de 1977), y la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título (DOCE núm. 77, 14 de marzo de 1998)[667].

c) Responsabilidad de los terceros

«Queda planteada la cuestión de la conveniencia de instaurar un régimen de responsabilidad o, por lo menos, unas normas específicas que describieran el papel exacto de los terceros en el procedimiento que, a menudo, se limita al de catalizador»[668]. La intervención de un tercero en un proceso de ADR puede incurrir en responsabilidad civil, si por ejemplo falta a su deber de confidencialidad, o de imparcialidad probada a favor de una de las partes, conforme al derecho civil de los Estados miembros, si bien estos no disponen de normativa específica sobre responsabilidad de mediadores o conciliadores. En este aspecto conviene seguir la moderación, y «frenar» voluntades e iniciativas que propongan medidas en exceso rigurosas. En algunos Estados miembros, al regular el nombramiento del tercero y su acreditación, también se incluye la revocación y el cese de funciones para el caso de incumplimiento, como sucede en Francia con la figura del conciliador judicial, que puede ser cesado antes de la expiración de su mandato mediante resolución motivada y previa audiencia de los interesados, conforme dispone el Decreto de 20 de marzo de 1978, artículo 3 apartado 2.

---

reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM(1999) 348 8 C5-0169/1999 8 1999/0154(CNS). Enmiendas núm. 35, Considerando 4 quater (nuevo), p. C 146/98, y núm. 39, artículo 17 bis (nuevo), p. C 146/95. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2001:146:FULL&from=ES>.

667 Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados. DOCE núm. 78, 26 de marzo de 1977. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31977L0249&from=EN>. Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título. DOCE núm. 77, 14 de marzo de 1998. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998L0005&from=ES>.

668 Comisión de las Comunidades Europeas, Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior: *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, *op. cit.,* p. 37.

1.3. El Código Europeo de Conducta para Mediadores

Para la Comisión Europea, la confianza en el procedimiento es un elemento clave para cualquier mediación, de ahí que las normas de la UE animen a los Estados miembros a facilitar el control de la calidad, establecer códigos de conducta y ofrecer información a los mediadores, y de esta manera «garantizar la eficacia del sistema»[669]. El Código Europeo de Conducta para Mediadores fue desarrollado por diversos grupos de interés con la asistencia de la Comisión, y se publicó el 2 de julio de 2004. Este código contiene una serie de normas sobre las garantías básicas del procedimiento de mediación, como son la neutralidad, confidencialidad e imparcialidad. Fue elaborado por expertos en mediación y organizaciones de profesionales en julio de 2004, y su contenido es sencillo, un conjunto de normas aplicables a la mediación, a las que se pueden adherir las organizaciones de mediación[670].

El cumplimiento de la normativa que recoge el código es voluntario, y se hace depender, bajo su personal responsabilidad, de la facultad de los mediadores individuales. Es aplicable a cualquier tipo de mediación en asuntos civiles y mercantiles, siempre sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación nacional y las normas profesionales específicas. Igualmente, pueden ajustarse al código las organizaciones que prestan servicios de mediación, quienes podrán requerir de sus mediadores que lo respeten en el desarrollo de sus funciones. Estas organizaciones de servicios de mediación pueden desarrollar códigos más detallados que se adapten a las situaciones específicas, o al tipo especial de mediación, familiar o de consumo. A los efectos del código, mediación es «cualquier procedimiento, con independencia de cómo se denomine o a él se refiera, en el que dos o más partes en un conflicto de intereses acuerden voluntariamente intentar resolverlo con la asistencia de un tercero, denominado en lo sucesivo "el mediador"»[671].

El código se estructura en cuatro partes, distribuidas en un total de diez puntos. La primera parte está dedicada a la competencia, designación, honorarios del mediador y promoción de sus servicios. Al mediador se le presupone una competencia teórica y práctica en materia de mediación, además de conocer el procedimiento de la mediación. La formación debe ser apropiada además de continuada, de forma que pueda actualizar sus competencias. Se le exige al mediador que, previa aceptación de su designación, compruebe que posee la formación y la competencia para mediar en el caso concreto. Facilitará, si así lo solicitan las partes, información acerca de su formación y experiencia. El

[669] Comunicado de prensa (IP/10/1060) de la Comisión de Bruselas, de 20 de agosto de 2010. Disponible en: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_10_1060>.
[670] SOLETO MUÑOZ, Helena: «La mediación en la Unión Europea», *op. cit.,* pp. 187-188.
[671] Código Europeo de Conducta para Mediadores, p. 2. Disponible en: <https://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf>.

mediador acordará, de común acuerdo con las partes, el calendario para el desarrollo de la mediación, y deberá, salvo que se haya dispuesto algo diferente, informar sobre la forma de retribuirle. No podrá intervenir el mediador en ninguna mediación si previamente todas las partes interesadas no han aceptado los principios de su remuneración. Se permite la publicidad de los propios servicios de mediación si estos se divulgan de manera profesional, honesta y con dignidad.

La segunda parte aborda los principios de independencia e imparcialidad. Toda circunstancia que pueda afectar a la independencia del mediador, o que pudiera causar un conflicto de intereses, debe ser puesta de manifiesto por el mediador, no solo antes del inicio de su intervención, sino también en cualquier momento para continuar su trabajo. Este deber de información permanece durante todo el proceso de mediación. Las circunstancias que afectan a la independencia son las relativas a cualquier tipo de relación personal o empresarial con alguna de las partes, cualquier interés financiero, o de otro tipo, bien sea directo o indirecto, en el resultado de la mediación; haber trabajado el mediador o alguien de su empresa a favor de alguna de las partes en cualquier circunstancia, a menos que se trate de otra mediación anterior. Si concurren esas circunstancias, el mediador podrá intervenir, pero siempre que cuente con el consentimiento expreso de las partes, y esté seguro de poder mediar con independencia. La imparcialidad se prescribe como una obligación del mediador en relación a las partes «en todo momento», debiendo incluso «esforzarse en demostrar su imparcialidad». Asumirá el compromiso de «servir equitativamente»a todas las partes durante todo el procedimiento de la mediación[672] .

La tercera parte se dedica al acuerdo de mediación, procedimiento y resolución del conflicto. El mediador deberá verificar que las partes han comprendido el procedimiento de la mediación, sus características y el papel del mediador y el de ellas mismas. De igual manera, y antes del inicio del proceso, el mediador se asegurará de que las partes han comprendido y pactado las condiciones del acuerdo de la mediación, en especial la obligación de confidencialidad de las partes, y el mediador. El acuerdo se formalizará por escrito si así lo solicitan las partes. En cuanto al desarrollo del procedimiento, el mediador es el director del proceso y lo conducirá de la forma más apropiada que él considere, en atención a las circunstancias del caso, los posibles «desequilibrios de poder» que pudieran presentar las partes, los deseos que ellas le expresen, la legislación aplicable, y la necesidad de alcanzar una solución rápida del conflicto. Durante el proceso, el mediador, si lo considera necesario, podrá mantener conversaciones en privado con cada una de las partes y por separado. La imparcialidad es un principio que debe estar presente en el

[672] *Ibid.*, pp. 2-3.

procedimiento, y el mediador debe asegurar que se materializa en la participación efectiva de las partes durante el procedimiento. La facultad de dar por finalizado el procedimiento le asiste al mediador, previa información a las partes, cuando observe que se dan alguno de los siguientes hitos: (i) el acuerdo al que lleguen las partes sea inaplicable, o ilegal, teniendo en consideración las circunstancias del caso, o cuando no se considere competente para concluirlo; (ii) cuando advierta que es improbable que la continuación de la mediación termine en un acuerdo. Por último, está previsto que las partes puedan en cualquier momento renunciar a la mediación sin precisar justificar su decisión. Cuando la mediación termine en un acuerdo, el mediador deberá comprobar que las partes prestan su consentimiento, «con pleno conocimiento de causa y comprensión de los términos del mismo». Asimismo el mediador ofrecerá, a petición de las partes, información sobre la formalización del acuerdo y las posibilidades de su cumplimiento.

La última parte del código introduce la obligación del mediador de mantener confidencialidad, no solo sobre toda información referente o derivada de la mediación en la que haya intervenido, sino incluso sobre la misma existencia de la mediación, tanto en el tiempo presente como en el pasado, salvo que razones legales o de orden público prescriban lo contrario. Ese mismo deber se extiende a la información que reciba el mediador de forma confidencial por una de las partes, que no podrá revelarse a las otras partes de la mediación, a menos que cuente con su autorización, o una normativa legal disponga lo contrario. El código sigue vigente y las organizaciones de mediación que lo han firmado figuran en una lista denominada *European Code of Conduct for Mediators List of Organisations*, publicada en Internet[673].

1.4. La Directiva de mediación en asuntos civiles y mercantiles

1.4.1. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles

El Colegio de Comisarios adoptó en octubre de 2004 la Propuesta de la Directiva presentada por la Comisión, que fue preparada a partir del resultado del *Libro Verde*, y en la que participaron ampliamente agentes implicados en la mediación. Su preparación se desarrolló al mismo tiempo que la del Código de Conducta, e intervinieron prácticamente las mismas personas. Fue remitida directamente al Parlamento Europeo y al Consejo[674].

[673] La dirección donde figura publicada la *European Code of Conduct for Mediators List of Organisations* viene reseñada en el Comunicado de prensa (IP/10/1060) de la Comisión de Bruselas, de 20 de agosto de 2010. Disponible en: <https://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_list_org_en.pdf>.

[674] Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. Modalidades alternativas de solución de conflictos. Derecho comunitario. Esta página está obsoleta; está en curso de actualización y en breve estará disponible

1.4.1.1. Exposición de motivos: ámbito y objetivos de la propuesta

❖ Objetivos

- *Asegurar un mejor acceso a la justicia*

Uno de los objetivos clave de la política de la UE es mejorar el acceso a la justicia con el fin de crear un «espacio de libertad, seguridad y justicia», donde particulares y empresas no se vean impedidos ni disuadidos de ejercitar sus derechos por la incompatibilidad o complejidad de los sistemas legislativos y administrativos de los Estados miembros. En este contexto, «el concepto de acceso a la justicia debe incluir la promoción del acceso a procedimientos adecuados de resolución de litigios para particulares y empresas, y no solamente el acceso al sistema judicial»[675]. La Propuesta de Directiva facilita el acceso a la resolución de litigios mediante la adopción de dos clases de disposiciones: las primeras armonizarán de forma dinámica las relaciones entre la mediación y el proceso judicial, y las segundas proporcionarán los recursos necesarios para que los organismos jurisdiccionales de los Estados miembros promocionen activamente el uso de la mediación, sin establecer en ningún caso su carácter obligatorio, ni imponer sanciones específicas por no recurrir a su empleo.

Quedan fuera de la Propuesta de Directiva las disposiciones sobre el proceso de mediación, o la designación o acreditación de mediadores, y con esta exclusión la Comisión pretende fomentar las iniciativas de autorregulación en esta materia. Este objetivo de favorecer las iniciativas de autorregulación se mantendrá a través de la Directiva propuesta. Las respuestas al *Libro Verde* y la situación a nivel de los Estados miembros muestran que legislar sobre este aspecto no es la opción política preferida para regular el procedimiento de la mediación.

- *Una relación dinámica entre la mediación y el proceso civil*

Se pretende lograr «Un marco jurídico estable y fiable contribuiría a que la mediación se encontrara en pie de igualdad con el proceso judicial»[676]. A este propósito se aborda un tipo de disposiciones, las normas procesales civiles que afectan al uso de la mediación y a

---

en el Portal Europeo de e-Justicia. «La Unión Europea está muy interesada en las modalidades alternativas de solución de conflictos». Disponible en: <https://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_es.htm>.

[675] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, SEC(2004) 1314 (presentada por la Comisión). Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 22 de octubre de 2004, COM(2004) 718 final, 2004/0251(COD), p. 2. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2004)0718/com_com(2004)0718_es.pdf>.

[676] *Ibid.*, p. 3.

su eficacia, porque no pueden tratarse desde soluciones que estén disponibles entre los usuarios o centros de mediación. Son varias las situaciones donde la mediación y el proceso civil interactúan:

a) En cuanto surge el conflicto y como alternativa al inicio de un proceso civil, las partes se deciden por la mediación, pero no consiguen arreglar su situación, por lo que el proceso civil comienza, una vez terminada la mediación.
b) Las partes consiguen un acuerdo en mediación que es posteriormente incumplido por una de ellas, y se recurre entonces al proceso civil.
c) Las partes inician un proceso civil como primera opción en el momento del conflicto, sin haber considerado todavía la posibilidad de la mediación.

La conexión entre la mediación y el proceso civil adolece de «elementos inciertos» que son la causa de que, aun siendo la mediación la forma más conveniente de resolver un determinado conflicto, sea descartada por los ciudadanos a favor del «proceso civil tradicional». Esta incertidumbre proviene de la carencia de normativa procesal en los Estados miembros o de las diferencias que existen entre las disposiciones de distintos Estados cuando el asunto tiene una implicación transfronteriza. De nuevo nos encontramos con la aspiración de lograr un encuadre jurídico con el objetivo de colocar a la mediación «en pie de igualdad» con los procedimientos judiciales, y así se establece que: «Un marco jurídico estable y fiable contribuiría a que la mediación se encontrara en pie de igualdad con el proceso judicial, un marco donde los factores relacionados con el conflicto específico desempeñarán para las partes un papel determinante a la hora de elegir el método de resolución de litigios»[677]. De igual manera, este marco jurídico servirá como medio que garantice a las partes la posibilidad de plantear un proceso judicial después de haber intentado resolver el conflicto en un proceso de mediación.

- *Promover el recurso a la mediación*

Para la Comisión, la utilidad de ampliar el recurso a la mediación proviene, principalmente, de las propias ventajas que ofrece la mediación, un método de resolver los conflictos que, al tener en consideración más aspectos que los intereses de las partes, lo hace de una forma más simple, rápida, y rentable. El propio mecanismo de la mediación favorece la consecución de acuerdos, que las partes cumplirán de forma voluntaria, manteniendo una relación amistosa y sostenible en el tiempo. «La Comisión cree que la mediación es una

[677] *Idem*.

cantera sin explotar como método de resolución de litigios, y de dar acceso a la justicia a particulares y empresas».

Sin embargo, la promoción directa que pueda desarrollar la Comunidad Europea para impulsar el recurso a la mediación es necesariamente limitada, y la única medida que se recoge en la directiva propuesta es la obligación exigida a los Estados miembros de permitir a los órganos jurisdiccionales sugerir la mediación a las partes. La promoción indirecta de la mediación se acomete asegurando que exista una relación fluida entre la mediación y los procedimientos judiciales. Los distintos objetivos de la propuesta directiva no pueden plantearse sin abordar la calidad de la prestación de los servicios de mediación, como una función más y conjuntamente con las demás disposiciones. La aplicación de la propuesta requiere también, por parte de los Estados miembros, una mutua confianza en la resolución de los conflictos transfronterizos.

- *Relación con la organización de los sistemas judiciales de los Estados miembros*

A pesar de que un uso más recurrente a la mediación incidiría en una mejora en el funcionamiento de la Administración de Justicia, pues como método de resolución de conflictos descarga de presión a los órganos jurisdiccionales, e impacta positivamente sobre la reducción de los prolongados plazos de los procedimientos judiciales, y sobre la capacidad de ahorrar en fondos públicos, esta contribución de la mediación a favor del funcionamiento de los órganos jurisdiccionales no puede perseguirse como un objetivo independiente. Las razones que justifican esta decisión son primeramente la competencia exclusiva que tienen atribuidos los Estados miembros en la organización del sistema judicial. La mayor disponibilidad en el empleo de las ADR, en general, no debe disminuir la obligación de los Estados miembros de procurar un sistema jurídico eficaz y justo, conforme a las exigencias marcadas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que constituye una de las piezas fundamentales de una sociedad democrática. «Y en segundo lugar, y lo que es más importante, la mediación tiene un valor propio como método de resolución de litigios al que los ciudadanos y empresas debieran poder acceder fácilmente y merece promoverse independientemente de su efecto de descarga de la presión sobre el sistema judicial»[678]. Esto es así porque la Comisión entiende que, en el contexto de una sociedad moderna, la mediación en determinados conflictos no es alternativa a los procesos judiciales, sino el método de resolución más idóneo, si bien, aclara, no para todos ellos.

- *Evaluación del impacto*

[678] *Ibid.*, p. 4.

La directiva propuesta se propone incrementar el uso de la mediación en toda la UE, en tanto que, al resolver los conflictos de una forma más rápida y rentable, esto impacta positivamente en el ámbito económico pues disminuyen «los costes de transición» para particulares y empresas. En la medida que la mediación permite la perdurabilidad de la relación entre las partes, contribuye a una mayor sostenibilidad de las tendencias económicas y sociales, a diferencia de los efectos con frecuencia perturbadores que ocasiona una resolución judicial. Y como única opción política, «la Directiva propuesta contiene principalmente normas sobre el procedimiento civil y los resultados no pueden lograrse utilizando otro instrumento político»[679].

❖ Base jurídica

El objetivo y el contenido de la directiva propuesta, al referirse a normas procesales civiles, tiene su cobertura legal en la esfera del artículo 65 del Tratado de la UE[680], que establece las distintas medidas que se adoptarán en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, para lograr un correcto funcionamiento del mercado interior. Lo dispuesto en la directiva propuesta relativo a la formación y calidad de los servicios de mediación regulados en su artículo 4 está remitido a otra normativa. Se persigue una doble necesidad de asegurar, por un lado, el acceso a los mecanismos de resolución de litigios para particulares y empresas que ejerciten sus libertades, y, por otro lado, asegurar la libertad de prestar y recibir servicios de mediación. El requerimiento de una acción comunitaria en el ámbito de la mediación proviene de la necesidad de «garantizar la seguridad jurídica a lo largo del litigio, independientemente de la presencia de elementos transfronterizos en una y otra fase»[681]. Los distintos elementos transfronterizos que pueden surgir en un litigio (domicilio, el lugar de la actividad empresarial de una o ambas partes, el órgano jurisdiccional competente o el lugar de celebración de la mediación) son solo una de las diferentes circunstancias que deben analizarse junto con la naturaleza del conflicto, o el fondo del asunto, para evaluar la

[679] *Idem*.
[680] «Artículo 65. Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán: mejorar y simplificar: el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales; la cooperación en la obtención de pruebas; el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales; fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción; eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros». Disponible en:
<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>.
[681] *Idem*.

conveniencia de acudir a la mediación. La directiva propuesta no puede pretender como único fin la superación de los obstáculos que causan los elementos transfronterizos en un conflicto, o el facilitar la resolución de aquellos que contienen alguno de esos elementos. Promover la mediación para este tipo de conflictos sería arbitrario y podría introducir un riesgo discriminatorio, si los órganos jurisdiccionales proponen la mediación solo a las partes en función de su domicilio. «Por tanto, la Directiva debe aplicarse a todas las situaciones, independientemente de la presencia de elementos transfronterizos en el momento de la mediación o en el momento de los procesos judiciales»[682].

❖ Subsidiariedad y proporcionalidad

Los objetivos de esta directiva propuesta no pueden alcanzarse únicamente por los Estados miembros, al ser necesario conjugar la necesidad de seguridad jurídica, previsión de relación entre mediación y proceso civil que incluya algún elemento transfronterizo, con la necesidad de asegurar un correcto funcionamiento en la prestación y recepción de los servicios de mediación dentro del mercado interior. Las medidas comunitarias que pueden adoptarse conforme a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, al amparo del artículo 5 puntos 3 y 4 del Tratado de la Unión[683], serán más eficaces que las que pudiera adoptar de forma individual cada Estado, todo ello por razones de coherencia, y para disponer de la normativa básica uniforme aplicable a situaciones nacionales y transfronterizas. La decisión de emplear como mejor instrumento la Directiva obedece al propósito de lograr con sus disposiciones ciertos objetivos específicos, al mismo tiempo, que se pretende dejar a la discreción de los Estados miembros los medios para llevarlos a término. El contenido de la propuesta se limita a lo estrictamente justo para alcanzar los

[682] *Ibid.*, p. 5.

[683] «Artículo 5. [antiguo artículo 5 TCE] 1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. 2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que estos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros. 3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo. 4. En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad». Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>.

objetivos, de modo que excluye los problemas que pueden solucionarse con fórmulas que existan ya en el mercado, y se centra en abordar los problemas que, solo con legislación, pueden resolverse.

1.4.1.2. Considerandos

El Parlamento Europeo y el Consejo de la UE, al adoptar la Propuesta de Directiva, inician el texto legal con los considerandos que preceden al articulado, dedicando el primero de ellos a recordar el objetivo fijado por la UE de mantener y desarrollar «un espacio de libertad, seguridad y justicia donde se garantice la libre circulación de personas», lo que implica la adopción, entre otras, de «medidas en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles necesarias para el correcto funcionamiento interior»[684]. Se remite al requerimiento que realizó el Consejo de Tampere en sus reuniones de los días 15 y 16 de octubre de 1999 a los Estados miembros, para que «crearan procedimientos alternativos extrajudiciales de resolución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles destinados a mejorar el acceso a la justicia». Posteriormente, en el año 2000, el Consejo acordó conclusiones sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos y declaró que «a fin de simplificar y mejorar el acceso a la justicia», el establecimiento de unos principios básicos en ese ámbito es un avance esencial para el desarrollo y correcto funcionamiento de los procedimientos extrajudiciales. Finalmente, en el año 2002 se presentó el *Libro Verde*, donde se analiza la situación de la mediación en Europa, y el inicio de una consulta con los Estados miembros y agentes afectados sobre medidas para promover el uso de este método de resolución de conflictos.

En este apartado de «Considerandos» se reiteran los mismos puntos, ya examinados en el apartado anterior sobre «Exposición de motivos», resaltando por su relevancia conceptual, como al definir el objetivo de la directiva propuesta se vuelve a incidir en la finalidad de «asegurar un mejor acceso a la justicia, como parte de la política de la Unión Europea de establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia», volviendo a incluir en este concepto de acceso a la justicia los métodos de resolución de litigios, tanto judiciales como extrajudiciales.

Con todo ello, la directiva propuesta se propone garantizar, no solo el pleno respeto del derecho a un juez imparcial, conforme se reconoce en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, sino el de todos los demás derechos fundamentales y principios reconocidos en la misma.

La directiva propuesta va dirigida exclusivamente a los «procedimientos donde una o más partes en un conflicto, son asistidas por un mediador para alcanzar un acuerdo

[684] *Ibid.*, p. 7.

amistoso sobre la resolución del conflicto». Deja fuera, por tanto, aquellos otros procedimientos que se caracterizan por «una cierta naturaleza jurisdiccional como son el arbitraje, el recurso al Defensor del Pueblo, las denuncias de consumidores, la determinación por expertos o procesos administrados por órganos que formulan una recomendación formal, ya sea jurídicamente vinculante o no, para resolver el conflicto»[685].

Se exige como necesidad un «grado mínimo de compatibilidad de las normas procesales civiles» y la mediación, en relación a los efectos relacionados con la caducidad y prescripción, y la protección de la confidencialidad del mediador en todo proceso judicial posterior. Debe tratarse también la posibilidad del órgano jurisdiccional de remitir a las partes a la mediación, preservando el principio de voluntariedad que caracteriza a la mediación como procedimiento de resolución de conflictos.

En cuanto a la equiparación de la mediación y el proceso judicial como métodos distintos de acceso a la justicia, no debería considerarse la mediación una peor alternativa por el hecho de que la ejecución del acuerdo que logren las partes dependa de su buena voluntad. Se conmina a los Estados miembros para que «prevean un procedimiento por el que el acuerdo alcanzado pueda confirmarse mediante una resolución, sentencia, o instrumento auténtico por un órgano jurisdiccional o entidad pública», lo que permitirá que sea reconocido y pueda ejecutarse en toda la Unión. Esto se realizará conforme a los instrumentos comunitarios relativos al reconocimiento mutuo y ejecución de resoluciones y sentencias. Para generar confianza en los Estados miembros sobre el cumplimiento de todos estos aspectos, deben establecerse mecanismos eficaces de control de calidad respecto de la prestación de servicios de mediación y la formación de mediadores. Estas medidas y mecanismos deben ser definidos y adoptados por los Estados miembros pudiendo recurrir a soluciones que ya existen en el mercado, pero «deberán aspirar a preservar la flexibilidad del procedimiento de mediación y la autonomía privada de las partes».

Reino Unido e Irlanda, de conformidad con el protocolo sobre la posición de estos dos países que se adjunta al Tratado de la UE, manifestaron su deseo de participar en la adopción y aplicación de esta directiva, y respecto de los artículos 1 y 2 del protocolo sobre la posición de Dinamarca adjunta también a aquel mismo Tratado, este último Estado miembro no queda vinculado, ni sujeto a su aplicación por no participar en la misma.

1.4.1.3. Articulado de la propuesta

La directiva propuesta contiene once artículos de los que destacan, por su vinculación con el proceso civil, cuatro de ellos relativos a la remisión a la mediación, ejecución de los

[685] *Ibid.*, p. 8.

acuerdos alcanzados, admisibilidad de las pruebas en los procesos judiciales civiles, y suspensión de la caducidad y la prescripción. Los objetivos que se persiguen son por un lado, facilitar el acceso a la resolución de conflictos promoviendo el uso de la mediación y por otro, asegurar una relación dinámica entre la mediación y el proceso judicial. Se destaca a continuación el contenido de tres de los artículos de la Propuesta de Directiva:

❖ Remisión a la mediación (artículo 3)

El órgano jurisdiccional que esté conociendo de un asunto, en atención a las circunstancias del pleito, y cuando proceda, está facultado para proponer a las partes el uso de la mediación para solucionar el litigio. Y en todo caso, podrá requerir a las partes para que acudan a una sesión informativa sobre la mediación. En aquellos Estados miembros donde la legislación nacional regule el uso obligatorio de la mediación, o la condicione a determinados incentivos o sanciones, bien antes o después de iniciar un proceso judicial, esta directiva no les afecta, siempre que con ello no se impida el derecho de acceso al sistema judicial, y en especial, cuando una de las partes resida en un Estado miembro distinto al del órgano jurisdiccional.

❖ Admisibilidad de las pruebas en procesos civiles (artículo 6)

Los mediadores, y aquellas personas que intervengan en la administración de servicios de mediación, no podrán prestar testimonio en los procesos judiciales, tengan o no que ver con el litigio objeto de mediación, ni presentar tampoco pruebas que tengan relación con determinada información producida durante la mediación. Si algún órgano jurisdiccional o entidad judicial ordenara que no puede, la divulgación de la información o pruebas que se ha concretado en este artículo será considerada como inadmisible. Sin embargo, en algunos determinados supuestos, se podrá revelar esta información y presentar pruebas, como en el caso que sea necesario para la aplicación o ejecución del acuerdo alcanzado en la mediación, o por estar conformes el mediador y las partes.

❖ Suspensión de la caducidad y la prescripción (artículo 7)

Los plazos de caducidad o prescripción relativos a la demanda objeto de la mediación quedarán suspendidos desde el momento en el que, una vez exista el conflicto: (i) las partes acudan a la mediación, (ii) el órgano jurisdiccional ordene recurrir a la mediación, (iii) sea obligatorio recurrir a la mediación en aplicación de la legislación nacional de un Estado miembro. El plazo se reanuda una vez terminada la mediación sin acuerdo, a partir del momento en que el mediador declare su terminación, o las partes se retiren. Una vez reanudado el plazo, este se ampliará un mes desde la fecha de la reanudación, a excepción

de que se trate de un plazo donde se ejercite una acción para evitar que una medida cautelar se revoque o deje de surtir efecto.

1.4.2. Directiva de Mediación 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008

1.4.2.1. Considerandos y articulado de la directiva

Se reiteran los dieciocho considerandos de la propuesta y se amplían hasta treinta; los nuevos considerandos son los que siguen:

Aplicación de la Directiva (Considerandos n.^{os} 8, 9, 11 y 12). Las disposiciones de la directiva solo se refieren a los procedimientos de mediación en asuntos civiles y mercantiles que tengan por objeto litigios transfronterizos, donde dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo amistoso sobre su conflicto, con la ayuda de un mediador. Sin embargo, los Estados miembros pueden aplicar la directiva también a procedimientos de mediación de carácter nacional. Se contempla el uso de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación. No debe aplicarse la directiva sobre aquellos derechos y obligaciones propios del ámbito del derecho de familia y laboral, o de los que las partes no puedan disponer o no sean libres para decidir por sí mismos en virtud de la legislación aplicable.

Quedan fuera de la aplicación de la directiva las negociaciones precontractuales y demás procedimientos de carácter cuasijurisdiccional que se recogen en la Propuesta de Directiva del año 2004. Sin embargo, debe ser aplicable a aquella la mediación donde intervenga un juez, siempre que la legislación nacional le permita actuar como mediador en un proceso de mediación, siempre que no sea responsable del proceso judicial relacionado con el objeto de litigio. Tampoco afecta a «los sistemas de mediación autorreguladores vigentes, en la medida que se ocupen de aspectos que no estén cubiertos por la presente Directiva»[686].

Procedimiento de la mediación (Considerandos n.^{os} 13 y 15). Partiendo del reconocimiento de la mediación como un procedimiento voluntario, donde las partes son quienes lo organizan a su voluntad, se responsabilizan del mismo y lo dan por terminado en cualquier momento, «el Derecho nacional debe dar a los órganos jurisdiccionales la posibilidad de establecer límites temporales al procedimiento de mediación»[687]. Con el objeto de proporcionar seguridad jurídica, la directiva debe establecer «la fecha que ha de tenerse en cuenta para determinar si un litigio que las partes intentan resolver por mediación reviste o no carácter transfronterizo», determinando que, a falta de acuerdo, se

[686] *Ibid.*, p. 4.
[687] *Idem*.

tomará, como fecha en la que las partes convienen recurrir a mediación, aquella en la que se realicen medidas concretas para iniciar el procedimiento de mediación.

Acuerdo de la mediación (Considerandos n.^{os} 19 y 20). «Los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva»[688], previendo las negativas que ya contemplaba la propuesta, es decir, un contenido contrario a la legislación, incluido su derecho internacional privado, o cuando esta no disponga la fuerza ejecutiva para el acuerdo específico, o cuando por la naturaleza de la obligación especificada en el acuerdo no tuviera fuerza ejecutiva. Se añade que «el contenido de los acuerdos resultantes de la mediación que haya adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro, debe ser reconocido y declarado ejecutivo en los demás Estados miembros, de conformidad con la legislación comunitaria o nacional aplicable»[689]. En todo caso, el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 exige, para que un acuerdo tenga fuerza ejecutiva en otro Estado, que previamente debe tenerla en el Estado miembro donde se ha celebrado. La directiva no afecta a la normativa de los Estados miembros que regulan el modo de ejecutar el acuerdo alcanzado en la mediación, una vez que este adquiera fuerza ejecutiva.

La protección de la confidencialidad,Considerando núm. 23, en todo proceso judicial posterior, y se hace extensiva a los procesos de arbitraje sobre asuntos civiles y mercantiles que se inicien con posterioridad a la mediación. Los plazos de caducidad y prescripción, Considerando núm. 24, garantizan el derecho a las partes a acudir, no solo a un proceso judicial, sino también a un arbitraje, si la mediación no termina con avenencia. Este último aspecto, relativo a las normas de caducidad y prescripción, está planteado para que los Estados logren el resultado de no impedir que las partes puedan recurrir a instancias judiciales o arbitrales, una vez intentada la mediación, no en términos de armonización de esas normas. Quedan fuera las disposiciones sobre plazos de caducidad y prescripción incluidas en acuerdos internacionales donde sean parte los Estados miembros. Por último, se alienta a los Estados miembros, Considerando núm. 25, a proporcionar información al público en general sobre la forma de contactar con mediadores y organizaciones que prestan servicios de mediación, también a los profesionales del derecho a informar a sus clientes sobre las posibilidades que ofrece la mediación.

En relación al articulado, son doce las disposiciones que contiene la directiva en atención a los 30 considerandos, y que recogen el contenido de la Propuesta de Directiva del año 2004, resaltando tan solo algunos de sus artículos por su significado; como en el

[688] *Idem*.
[689] *Ibid.*, p. 5.

número 1 sobre «Finalidad y ámbito de aplicación» que, al explicitar el fin de la directiva señala el propósito de facilitar el acceso a las modalidades alternativas de resolución de conflictos, y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación, «asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso civil». Excluye del ámbito de aplicación, no incluyendo «ni a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*)»[690]. El artículo número 2 sobre los «Litigios transfronterizos», pues la directiva se aplica a los asuntos transfronterizos en los asuntos civiles y mercantiles con las salvedades ya expuestas. En el artículo 3 sobre «Definiciones», la directiva se refiere a la mediación como un procedimiento al que añade el adjetivo de *estructurado*, donde las partes en litigio «intentan» voluntariamente alcanzar un acuerdo; y en cuanto a la figura del mediador, es el tercero a quien se le solicita que «lleve a cabo una mediación», concretando el modo propio de hacerlo «de forma eficaz, imparcial, y competente». A los Estados miembros se refiere el artículo 4 «Calidad de la mediación», y les compete fomentar un código deontológico de conducta, y su adhesión de los mediadores y organizaciones que presten servicios de mediación, y otros mecanismos de control de calidad; también son los Estados quienes deberán fomentar la formación no solo inicial sino continuada de los mediadores como garantía de poder acometer una mediación eficaz, imparcial y competente en relación a las partes. En el artículo 7, titulado «Confidencialidad de la mediación», que sustituye al artículo 6 de la propuesta del año 2004 relativo a la «Admisibilidad de las pruebas en los procesos judiciales civiles», donde en el epígrafe 1 letra a) se incluye el interés superior del menor «cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona»[691]. Se añade el artículo 11 sobre «Revisión», donde se emplaza a la Comisión a presentar al Parlamento, Consejo y Comité Económico un informe sobre la aplicación de la directiva que deberá presentarse antes del 21 de mayo de 2016. La directiva entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la UE, y fue publicada el 24 de mayo de 2008.

1.4.2.2. Informe de la Comisión al Parlamento sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE de 26 de agosto de 2016

En cumplimiento del artículo 11 de la Directiva 2008/52/CE, la Comisión presentó al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social un informe de evaluación sobre el desarrollo de la mediación en la UE, y de la aplicación e impacto de la directiva en

[690] *Ibid.*, p. 6.
[691] *Ibid.*, p. 7.

los Estados miembros. «El objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia, en el marco de la política de la Unión Europea encaminada a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia, abarca el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios»[692]. La Directiva 2008/25/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, incluido el ámbito del derecho de familia, persigue entre sus fines: (i) facilitar el acceso a las modalidades alternativas de solución de litigios, (ii) fomentar su resolución de forma amistosa mediante la promoción al recurso de la mediación, y (iii) garantizar una relación razonable entre la mediación y el proceso judicial. Los Estados miembros debían incorporarla a sus ordenamientos jurídicos nacionales, como muy tarde, antes del 21 de mayo de 2011. Es la primera medida de fomento de la mediación en litigios civiles y mercantiles, y de su evaluación se concluye que ha aportado valor añadido a la UE, no es necesario revisarla, aunque sí mejorar su práctica en algunos aspectos, concluye el informe. El contexto, desde la adopción de la directiva, se caracteriza porque se ha continuado trabajando a nivel de la UE en la mediación, y a partir del año 2012, uno de los elementos principales del Semestre Europeo[693] lo constituye la mejora de la calidad, independencia y eficiencia de los sistemas judiciales. El cuadro de indicadores de la justicia se suma al Semestre Europeo, y permite así a los Estados miembros mejorar la eficacia de los sistemas judiciales; además incluye información sobre las actividades iniciadas por los Estados miembros para promover el uso voluntario de las modalidades alternativas de resolución de litigios. La Comisión promociona, no solo la recogida de datos sobre su práctica con el fin de su publicación y evaluación, sino que fomenta su difusión con folletos, sesiones informativas y asesoramiento jurídico. Se han introducido, dentro de la red judicial europea, una serie de recomendaciones con el fin de mejorar el recurso a la mediación, y desde el Programa de Justicia se ha cofinanciado algunos proyectos relacionados con la mediación y la formación de jueces y profesionales de la justicia. En

[692] Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, Bruselas, 26 de agosto de 2016, COM(2016) 542 final, p. 2. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0542&from=ES>.

[693] El Semestre Europeo, creado en 2010, permite a los países miembros de la UE coordinar sus políticas económicas a lo largo del año y atender a los desafíos económicos a los que se enfrenta la Unión. Puede obtenerse más información sobre los objetivos del Semestre Europeo y el papel de las distintas instituciones de la UE en este enlace: <https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester/framework/european-semester-why-and-how_es>. El Cuadro de indicadores de justicia de la UE proporciona datos comparables sobre la independencia, la calidad y la eficiencia de los sistemas de justicia nacionales. Es una herramienta de información que ayuda a la UE a lograr una justicia más efectiva. El marcador se centra principalmente en casos civiles, comerciales y administrativos para allanar el camino hacia un entorno más favorable a las inversiones, las empresas y los ciudadanos. Disponible en: <https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en>.

materia de consumo, la Directiva 2013/11/UE[694] sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y el Reglamento (UE) núm. 524/2013 sobre resolución de litigios *online* en materia de consumo, aseguran que los consumidores puedan acudir a los servicios de resolución alternativa de litigios relativos a cualquier tipo de litigio contractual que surja con los comerciantes; además se crea una plataforma paneuropea *online* para este tipo de litigios en materia de consumo que deriven de transacciones electrónicas con comerciantes, cuyo sitio web es <www.ec.europa.eu/odr>.

a) Evaluación general

La directiva sobre mediación ha introducido distintas modalidades de promoción de la resolución amistosa de litigios transfronterizos en materia civil y mercantil, y ha dotado de un marco europeo jurídico para la mediación como forma de resolución extrajudicial o alternativa de litigios. «Gracias a la concienciación de los legisladores nacionales sobre las ventajas de la mediación, la aplicación de la Directiva correspondiente ha tenido un efecto considerable en la legislación de varios Estados miembros»[695]. La repercusión de la directiva varía en función de los sistemas de mediación preexistentes en cada uno de los Estados miembros. En aquellos casos en los que la transposición de la directiva ha introducido un amplio sistema de mediación, o se han realizado cambios sustanciales en los ya existentes, ha supuesto un avance considerable en el fomento del acceso a la resolución alternativa de litigios y el mantenimiento de una relación equilibrada entre la mediación y el sistema judicial. Sin embargo, se han detectado dificultades en el funcionamiento de los sistemas nacionales de mediación en el orden práctico. Estos obstáculos se refieren a varios factores: la carencia en los Estados miembros de una cultura en mediación, el escaso conocimiento en la gestión de asuntos transfronterizos, y el desconocimiento de la mediación y el funcionamiento de los mecanismos de control de calidad para los mediadores, unidos a la tradición de procedimientos contradictorios. En los resultados de una encuesta pública, las respuestas de los intervinientes señalaron que es necesario un cambio de cultura y un mayor conocimiento de la mediación para que los ciudadanos confíen en la mediación, apuntando que jueces y tribunales siguen siendo

[694] Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo), DOCE de 18 de junio de 2013, p. 63, y el Reglamento (UE) núm. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2013:165:FULL&from=EN>.

[695] Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, Bruselas, 26 de agosto de 2016, COM(2016) 542 final, p. 3.

reacios a remitir a las partes a mediación. Existe un reconocimiento de la función de la mediación, en especial en el ámbito del derecho de familia en materia de custodia de los hijos, derechos de visita, y casos de sustracción de menores, además de en los litigios mercantiles. «En conjunto, la Directiva ha aportado valor añadido a la UE al haber difundido entre los legisladores nacionales las ventajas de la mediación, introducido sistemas de mediación o propiciado la ampliación de los sistemas de mediación existentes»[696].

b) Aspectos específicos de la evaluación

1. Datos estadísticos sobre la mediación

La red judicial europea, en materia civil y mercantil, ha comenzado a trabajar en la mejora de la recopilación de datos sobre la aplicación de los instrumentos de la Unión en materias civil y mercantil, como es la Directiva 2008/52/CE, pues una amplia y consistente base de datos es determinante para seguir fomentando el uso de la mediación. El carácter no oficial de la mediación, a diferencia del proceso judicial formal, dificulta la extracción de datos estadísticos completos sobre la mediación, como el número de casos de mediación, duración media del proceso, y tasas de éxito; no existen datos exhaustivos ni comparables para todos los países. «En general, los consultados coincidieron en que la mediación permitía importantes ahorros de costes en una amplia gama de asuntos en materia civil y mercantil y, en muchos casos, reducía considerablemente el tiempo necesario para resolver un litigio». En la consulta participaron mediadores informando del resultado de su actividad, y ellos indican que este varía en función del número de partes, tipo de litigio, y la situación individual de los afectados, algunos mediadores lamentaron que «sin una base de datos fidedigna, era muy difícil defender la conveniencia de la mediación y su eficacia y obtener la confianza de la opinión pública».

2. Ámbito de aplicación (artículo 1, apartado 2)

Solo tres Estados miembros han optado por trasponer la directiva para aplicarla exclusivamente a los asuntos transfronterizos, el resto de los Estados han ampliado el ámbito de aplicación a los asuntos nacionales. Esto implica un dato positivo, al ser superior el número de asuntos nacionales de mediación que el de los transfronterizos. La ampliación beneficia a los usuarios de la mediación, y constata la voluntad de los Estados miembros de equiparar el tratamiento de ambos asuntos, no existiendo ninguna distinción en la directiva relativa a ambos tipos de asuntos. En cuanto a la materia, es superior la

[696] *Ibid.*, p. 12.

práctica de la mediación familiar, si bien la directiva se aplica a todos los asuntos civiles y mercantiles. Resalta el escaso desarrollo de la mediación en el ámbito de los procedimientos en concurso de acreedores, a pesar de que la recomendación sobre un nuevo enfoque de la insolvencia y el fracaso empresarial[697] fomenta el nombramiento de mediadores, cuando así proceda, por los órganos judiciales, como medio para ayudar a deudor y acreedor a iniciar con éxito las negociaciones sobre el plan de reestructuración.

3. Mecanismos de control de calidad (artículo 4, apartado 1)

3.1. Códigos de conducta

La adopción de códigos de conducta se considera por los interesados un recurso importante para garantizar la calidad de la mediación. «El código de conducta europeo para mediadores desempeña un papel clave a este respecto, ya sea porque lo utilizan directamente las partes interesadas o porque ha inspirado códigos nacionales o sectoriales»[698]. Diecinueve de los Estados miembros consideran obligatoria la elaboración y observancia de códigos de conducta, y en otros son los proveedores de servicios de mediación quienes disponen de sus propios códigos. Algunos Estados dan un paso adelante y sin que la directiva lo prescriba hacen obligatoria para los mediadores y las organizaciones de mediación la observancia de códigos de conducta. En algunos Estados la observancia del código se impone por ley, mientras que en otros supuestos se aplica en la

[697] La Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE), DOCE núm. L 74, 14 de marzo de 2014, tiene como objetivo «garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y, por lo tanto, maximizar su valor total para los acreedores, los empleados y los propietarios, así como para el conjunto de la economía. La Recomendación también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incursos en procesos de insolvencia en toda la Unión» (p. 65). En su Considerando 17 se expone que (el subrayado es nuestro): «Para promover la eficiencia y reducir los retrasos y los costes, los marcos nacionales preventivos de reestructuración deberían incluir procedimientos flexibles que limiten los trámites judiciales a lo estrictamente necesario y proporcionado para salvaguardar los intereses de los acreedores y otras partes interesadas que puedan verse afectadas. Por ejemplo, para evitar costes innecesarios y poner de manifiesto la naturaleza temprana del procedimiento, *a los deudores se les debería dejar, en principio, el control sobre sus activos, y el nombramiento de un mediador o supervisor no debería ser obligatorio, sino decidirse en cada caso*» (p. 66). Y, ya en su apartado III «Marco de reestructuración preventiva», dispone que el nombramiento del mediador o supervisor por el órgano jurisdiccional no debería ser obligatorio, sino realizarse en los casos en que tal nombramiento se considere necesario: «a) en el caso del mediador, para ayudar al deudor y a los acreedores a dirigir con éxito las negociaciones sobre el plan de reestructuración; b) en el caso del supervisor, para supervisar la actividad del deudor y los acreedores, y adoptar las medidas necesarias para proteger los intereses legítimos de uno o varios acreedores o de otra parte interesada» (p. 68). Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2014/074/L00065-00070.pdf>.

[698] Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, Bruselas, 26 de agosto de 2016, COM(2016) 542 final, p. 5.

práctica sin estar prescrita. La mayoría de los interesados consideró que hubiera sido eficaz el fomento de la creación y observancia de códigos de conducta de carácter voluntario exigidos por la directiva, tanto por los mediadores como por las organizaciones que prestan servicios de mediación. Concluye el informe de evaluación: «Por tanto, parece que la aplicación de la Directiva es globalmente satisfactoria en lo que respecta a los códigos de conducta»[699].

3.2. Normas de calidad aplicables a la prestación de servicios de mediación

«En la actualidad existe una gran variedad de mecanismos de control de calidad en la UE»[700]. La mayoría de los Estados miembros cuentan con procedimientos obligatorios de acreditación y registro de mediadores. Las organizaciones de mediación crean sus propios registros y procedimientos de mediación cuando la legislación nacional no dispone de ellos; existe una amplia gama de mecanismos de control de calidad en la UE. En la consulta destacó el interés de muchos afectados, entre ellos mediadores, de contar con normas de calidad a escala de la UE para la prestación de servicios de mediación, necesarias para seguir promoviendo la aceptación de la mediación, con unas normas mínimas que garanticen la coherencia pero al mismo tiempo respeten las diferencias locales relativas a la cultura de mediación, no obteniendo apenas respuesta por parte de los Estados miembros. Ante las distintas posiciones de los consultados, partidarios y detractores del establecimiento de normas de calidad paneuropeas vinculantes, se apunta como opción la aportación de fondos europeos destinados para el establecimiento de normas de calidad en materia de prestación de servicios de mediación por parte de todos los interesados (siempre que se estimen necesarios y convenientes para apoyar la legislación y políticas de la Unión), en el marco del trabajo del «Comité Europeo de Normalización (CEN) basado en el Reglamento (UE) núm. 1025/2012 sobre la normalización europea, por ejemplo, para un acuerdo del taller del CEN (CEN Workshop Agreement, CWA)»[701].

[699] *Ibid.*, p. 6.
[700] *Idem*.
[701] El artículo 15.1 letra a) del Reglamento (UE) núm. 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre la normalización europea, por el que se modifican las Directivas 89/686/CEE y 93/15/CEE del Consejo y las Directivas 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE y 2009/105/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y por el que se deroga la Decisión 87/95/CEE del Consejo y la Decisión 1673/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, establece que la Unión podrá conceder financiación a las organizaciones europeas de normalización para las actividades de normalización siguientes: «a) la elaboración y la revisión de normas europeas o de documentos europeos de normalización que sean necesarios y adecuados para apoyar la legislación y las políticas de la Unión». Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2012/316/L00012-00033.pdf>.

4. Formación de los mediadores (artículo 4, apartado 2)

Diecisiete Estados miembros fomentan la formación o la regulan de diferente forma, en parte o con detenimiento, en sus legislaciones nacionales. Excediéndose en la exigencia de la directiva, la mayoría de los Estados miembros regula la formación inicial de los mediadores y la hace obligatoria. Otros imponen el requisito de su formación continua como exige la directiva. Si los Estados miembros no regulan la formación son las entidades de mediación quienes facilitan formación con carácter voluntario. En la consulta se ha constatado la disparidad existente entre los Estados miembros sobre la creación, reconocimiento, expansión y fomento de la profesión de mediador. Las horas de formación exigidas al mediador y el contenido de la formación varían de forma considerable en todo el territorio de la Unión. La red judicial europea en materia civil y mercantil ha señalado la importancia de que los ciudadanos recurran a mediadores que cuenten con una formación específica en mediación familiar. La Comisión seguirá en su labor de fomentar la formación de los mediadores cofinanciando, con cargo a su Programa de Justicia, diversos proyectos relacionados con la formación en materia de mediación.

5. Recurso a la mediación (artículo 5, apartado 1)

La posibilidad de que los órganos jurisdiccionales inviten a las partes a recurrir a la mediación o, al menos, a asistir a reuniones de información sobre la misma está prevista en los Estados miembros. En algunos de ellos la asistencia a las sesiones de información es de carácter obligatorio, bien porque es una propuesta del juez, como sucede en la República Checa, o porque resulta preceptiva en relación con determinados litigios prescritos por la ley, como ocurre en los asuntos de familia en Lituania, Luxemburgo, Inglaterra y Gales. Algunos Estados miembros han optado por obligar a los abogados a informar a sus clientes de la posibilidad de recurrir a la mediación, o la exigencia de incluir en las demandas que dirigen al órgano jurisdiccional la confirmación de haber intentado previamente la mediación, o informar si hubiera razones que lo impidieran. En un alto porcentaje los consultados han considerado ineficaz la práctica de invitar a las partes a recurrir a la mediación, pues apenas se producen debido al desconocimiento de los jueces, o a su desconfianza. Los consultados que sí consideraron esta práctica eficaz se referían al derecho de familia. «De todo lo expuesto se desprende que las prácticas que incitan a las partes a hacer uso de la mediación, aparte de algunos casos específicos antes descritos, todavía no son satisfactorias en general»[702].

[702] Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, Bruselas, 26 de agosto de 2016, COM(2016) 542 final, p. 8.

Los consultados resaltaron como eficaces las siguientes disposiciones adoptadas por la legislación nacional: «exigir a las partes que declaren en sus demandas ante los órganos jurisdiccionales que se ha intentado la mediación, lo que recordaría, no solo a los jueces que conocen de las demandas, sino también a los abogados que asesoran a las partes, la posibilidad de recurrir a la mediación; sesiones de información obligatoria en el marco de un proceso judicial, y la obligación de los órganos jurisdiccionales de considerar la mediación en todas las etapas del proceso judicial, especialmente en materia de derecho de familia».

6. Legislación nacional sobre la obligatoriedad de la mediación y la adopción de incentivos o sanciones (artículo 5, apartado 2)

«La cuestión de si la mediación debería ser obligatoria o no es objeto de controversia»[703]. Los partidarios a favor de su obligatoriedad consideran que se obstaculiza el fomento de la mediación si no se hace obligatoria, y quienes están en contra argumentan que la mediación, por su propia naturaleza, solo puede funcionar correctamente si es voluntaria, perdiendo su atractivo frente a los procesos judiciales si se convierte en obligatoria. Además, el informe resalta que el procedimiento de mediación obligatoria afecta al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva que está consagrado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales. «La mayoría de las partes interesadas es partidaria de un enfoque más obligatorio en materia de mediación». Sin embargo, la mayoría de los Estados miembros y el mundo académico se oponen a la obligatoriedad. Entre los partidarios de la obligatoriedad, hubo quienes propusieron hacerla obligatoria solo para determinadas categorías como los litigios mercantiles, de derecho de familia, laboral, o de escasa cuantía. Menor apoyo obtuvo la propuesta de hacerla obligatoria para cualquier tipo de asunto. «Del estudio se desprende que la mediación es obligatoria en determinados casos específicos en cinco Estados miembros. Por ejemplo, la mediación es obligatoria en Italia en muchos tipos de litigios diversos y, en Hungría y Croacia, lo es en determinados asuntos de derecho de familia».

Sobre los incentivos para recurrir a la mediación, muchos Estados miembros ofrecen ayudas financieras a las partes. Trece Estados ofrecen reducción del pago de la tasa judicial, o reembolso de las costas del proceso judicial. En otros se ofrece la mediación gratuita o a bajo coste en función de la capacidad económica de las partes. También se asiste financieramente a través de la asistencia jurídica gratuita. En Eslovenia esta modalidad solo se aplica a la mediación judicial, en Luxemburgo además en la mediación familiar si se prueba la intervención de mediador acreditado, y en Italia si la mediación es

[703] *Ibid.*, p. 9.

obligatoria. En este sentido, la misma Directiva 2003/8/CE en su artículo 10, en los litigios transfronterizos, amplía el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los procedimientos extrajudiciales, como la mediación, cuando la ley exija que las partes recurran a ellos, o si las partes en litigio son conminadas por el órgano jurisdiccional a utilizarlos.

En cuanto a las sanciones, son cinco los Estados miembros que las imponen como medio para fomentar el recurso a la mediación. Hungría las impone si las partes que lograron un acuerdo en mediación terminan acudiendo a los tribunales o incumplen las obligaciones del acuerdo. Irlanda lo hace si la negativa a considerar la mediación es injustificada; en Italia, la parte que obtenga sentencia a su favor no podrá recuperar las costas si rechazó la propuesta de mediación que contiene el mismo tenor que la resolución judicial, o también existen sanciones si las partes, siendo obligatoria no acuden a la mediación, sino a los tribunales. En Polonia, la parte que se haya negado a participar en la mediación puede ser condenada a las costas con independencia del contenido de la sentencia. En Eslovenia se puede ordenar a la parte que rechaza sin motivo justificado la remisión a la mediación que haya realizado ese mismo órgano jurisdiccional al pago de las costas judiciales de la parte contraria. En general, ha existido menos apoyo para sancionar la falta del recurso a la mediación, aunque sí lo hubo en relación a la imposición de las costas para la parte que hubiera rechazado la mediación sin motivo justificado. Entre los incentivos más útiles destacan las deducciones fiscales efectivas y atractivas, la mediación gratuita o la financiación del Estado de los servicios de mediación. «Teniendo en cuenta lo expuesto, el artículo 5, apartado 2, de la Directiva puede considerarse adecuado».

7. Carácter ejecutorio de los artículos resultantes de la mediación (artículo 6)

«La mayoría de las partes interesadas consideró eficaces las prácticas relativas al carácter ejecutorio de los acuerdos resultantes de la mediación y alegaron al respecto la muy escasa frecuencia de la necesidad de ejecución forzosa de un acuerdo resultante de la mediación»[704]. Si bien en todos los Estados miembros el acuerdo resultante de la mediación puede adquirir carácter ejecutivo, en algunos de ellos se regula más allá de lo dispuesto en la directiva; por ejemplo, Bélgica, República Checa, Hungría e Italia, en la solicitud del carácter ejecutivo, no exigen expresamente el consentimiento de todas las partes. En Grecia y Eslovaquia, una solicitud de carácter ejecutivo puede estar firmada por una sola de las partes, y en Polonia las partes al firmar el acuerdo expresan su consentimiento a solicitar del tribunal de justicia la autorización para la ejecución forzosa. Algunos de los consultados sugirieron que, con independencia de la voluntad de las partes, todos los acuerdos debían tener carácter ejecutivo, y así «con el fin de garantizar la

[704] *Ibid.*, p. 10.

eficacia de la mediación, las mejores prácticas podrían consistir en permitir que una de las partes solicitara el carácter ejecutorio del acuerdo, incluso sin el consentimiento expreso de la otra parte».

8. Confidencialidad de la mediación (artículo 7)

«La confidencialidad de la mediación está protegida en todos los Estados miembros conforme a lo dispuesto en la Directiva y, por lo tanto, la Directiva se ha aplicado correctamente»[705]. Algunos de los Estados miembros han introducido normativa más rigurosa que la prevista en la directiva, como en Malta, donde los mediadores deben mantener la confidencialidad si se ha logrado un acuerdo en el proceso de mediación, y la información solo puede hacerse pública si las partes lo acuerdan expresamente por escrito. Algunos de los consultados han manifestado que, frente a la obligación del mediador de guardar confidencialidad, no existe un derecho general del mediador a negarse a testificar, análogo al que ampara a otros profesionales del derecho, como son los abogados. Sin embargo, la cobertura que ofrece el artículo 7 de la directiva protege suficientemente la confidencialidad de la mediación en la práctica.

9. Efecto de la mediación sobre los plazos de caducidad y prescripción (artículo 8)

«Todas las legislaciones nacionales garantizan que no se impida a las partes que opten por la mediación incoar posteriormente un proceso judicial por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el proceso de mediación»[706]. La suspensión de plazos es especialmente significativa allí donde existen plazos urgentes en el proceso judicial, como sucede en el procedimiento de retorno en el caso de sustracción de menores por uno de los padres. La transposición de la directiva ha garantizado la suspensión de estos plazos durante el proceso de mediación.

10. Información al público (artículo 9)

A pesar de que los Estados miembros han incluido en sus legislaciones la obligación de divulgar información sobre la mediación y se han realizado campañas publicitarias para informar a ciudadanos y empresas (anuncios de televisión, radio, carteles e información *online* en las páginas de los organismos), con la participación de asociaciones de mediadores y colegios de abogados, «el estudio indica que el conocimiento de la mediación sigue siendo escaso y que la información aún es insuficiente para las posibles

[705] *Idem*.
[706] *Ibid.*, p. 11.

partes, lo que afecta negativamente a la eficacia de los servicios de mediación, según lo confirmado por las partes interesadas de dieciocho Estados miembros»[707]. La falta de información afecta no solo a los ciudadanos sino a los profesionales del derecho, lo que dificulta la difusión de la mediación. La información más útil es la que figura en Internet en las páginas de los organismos jurisdiccionales, Cámaras de Comercio o servicio de mediación; también las visitas personales a estas instituciones y los folletos divulgativos, o las jornadas de mediación.

La Comisión Europea cofinancia proyectos para la difusión de la mediación con cargo al Programa de Justicia, y en la página web del Portal Europeo de Justicia existe amplia información sobre las ADR y a quién dirigirse.

c) Conclusiones: mejores prácticas

La evaluación concluye que no se precisa revisar la directiva por el momento, pero sí constata que su aplicación puede mejorarse, y apunta las siguientes mejoras:

1. Fomentar y alentar el recurso a la mediación a través de los diferentes medios que se especifican en la directiva, y para ello, en el momento en que proceda y de la forma que sea necesaria, los Estados miembros deben intensificar el esfuerzo por acometer este objetivo. En particular, deben redoblarse los esfuerzos nacionales para que aumente el número de asuntos donde los órganos judiciales proponen a las partes que acudan a la mediación para resolver su litigio. Para ello podría ser aconsejable, como ejemplo de mejores prácticas, las siguientes: (i) el requisito de exigir a las partes que incorporen en sus escritos de demanda dirigidos a los tribunales de justicia la mención de si se ha intentado la mediación, especialmente en el ámbito del derecho de familia; (ii) sesiones informativas de carácter obligatorio dentro del proceso judicial, y la obligación de considerar la opción de la mediación, por parte de los jueces, en todas las fases del proceso judicial; (iii) implementar incentivos financieros que conviertan la mediación en una opción más económicamente interesante para las partes que el proceso judicial; y (iv) garantizar la ejecución forzosa del acuerdo obtenido en el proceso de mediación sin necesidad de exigir para ello el consentimiento de todas las partes firmantes del acuerdo.

2. Es decisión de la Comisión seguir cofinanciando proyectos de mediación con cargo a su Programa de Justicia, y aportar financiación para el establecimiento de normas de calidad paneuropeas en materia de prestación de servicios de mediación. Igualmente, la Comisión continuará con sus consultas a la red judicial europea en materia civil y mercantil para seguir con su objetivo de fomentar la aceptación de la mediación, y de esta manera disponer de una base de datos más sólida sobre el uso de la mediación, ampliar el

[707] *Idem*.

conocimiento de la mediación entre los ciudadanos, y para dotar de información sobre los sistemas de mediación en los distintos Estados miembros a la página web del Portal Europeo de Justicia.

1.4.2.3. El estudio «Reactivando la directiva de mediación» del año 2014

El Parlamento Europeo lanzó en abril de 2013 una solicitud de propuestas para ser presentadas a un estudio comparativo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE, en determinados aspectos de la mediación en asuntos comerciales (directiva de mediación).

A pesar de los múltiples y comprobados beneficios que reporta la mediación en materia civil y mercantil, en el año 2014 se utilizaba todavía en menos del 1 % de los casos en la UE; es lo que se denomina «Paradoja de la Mediación en la UE». Cinco años y medio después de la adopción de la Directiva de mediación (2008/52/CE), en el año 2014 se realizó un estudio llamado «Reactivando la directiva de mediación» («Rebooting the mediation directive»), que contó con la opinión de hasta 816 expertos de toda Europa, y concluyó que ese rendimiento decepcionante claramente fue el resultado de las débiles políticas, ya fueran legislativas o promocionales, en casi todos los Estados miembros. El estudio propone dos formas de «reiniciar» la directiva de la mediación: modificarla o, sobre la base de la redacción actual de su artículo 1, solicitar que cada Estado miembro se comprometa y alcance una relación equilibrada entre la mediación y los litigios civiles[708].

El estudio muestra que, sin duda, la directiva de la mediación de 2008 ha contribuido a avanzar en el discurso de la mediación en toda Europa. De hecho, ha servido para implementar en las legislaciones de los Estados miembros la mediación, o para revisar la legislación nacional preexistente; también ha cooperado para generar un auténtico movimiento ADR en la UE, como lo demuestra el número de nuevos centros de mediación, publicaciones, conferencias y formación de todo tipo[709].

Sin embargo, a pesar de este movimiento ADR, la directiva no ha alcanzado el objetivo establecido en su artículo 1; de hecho, tan solo un país, Italia, ha alcanzado un número de mediaciones superior a 200 000 en asuntos civiles anuales. Los siguientes tres países han superado los 10 000, mientras que un número significativo de Estados

[708] DE PALO, Giuseppe; Leonardo D'URSO; Mary TREVOR; Bryan BRANON; Romina CANESSA; Beverly CAWYER y L. Reagan FLORENCE: Rebooting the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the UE [estudio Parlamento Europeo núm. 493.042]. Bruselas: Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs; Parlamento Europeo, 2014, p. 6.
[709] *Idem*.

miembros de la UE han informado menos de 500 mediaciones al año, tal y como se muestra en la siguiente Figura A[710]:

Número de mediaciones	Países	Núm. de países	% de países
Más de 10 000	Alemania, Italia, Holanda, Reino Unido	4	14 %
Entre 5000 y 10 000	Hungría, Polonia	2	7 %
Entre 2000 y 5000	Bélgica, Francia, Eslovenia	3	11 %
Entre 500 y 2000	Austria, Dinamarca, Irlanda, Rumanía, Eslovaquia, España	6	21 %
Menos de 500	Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Estonia, Finlandia, Grecia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Portugal, Suecia	13	46 %

Los esfuerzos del Parlamento Europeo para «reactivar» la directiva son oportunos y necesarios a la vista de los muchos beneficios sociales que un mayor incremento en el uso de la mediación puede significar, incluido el ahorro de tiempo y dinero, como muestra la Figura B del Anexo 2 de la tesis.

Un exhaustivo análisis comparativo de los marcos jurídicos de los 28 Estados miembros, combinado con una evaluación de los efectos actuales de la directiva de mediación en cuanto a sus resultados producidos en toda la UE, muestra que solo un cierto grado de apremio hacia la mediación, actualmente permitido pero no exigido por el derecho de la Unión, puede generar un número significativo de mediaciones. Las pruebas muestran que los elementos de la mediación obligatoria pueden tener un efecto positivo sobre la mediación voluntaria también; algunas de estas medidas legislativas para aumentar el uso de la mediación se muestran en la Figura C del Anexo 2 de la tesis[711].

Teniendo en cuenta el número extremadamente modesto de mediaciones en la UE hasta la fecha, basado en la «Teoría de una relación equilibrada entre la mediación y los litigios civiles» se podría concluir que prácticamente todos los Estados miembros tienen la obligación actual de intensificar la regulación existente de la mediación. El presente estudio sugiere no solo las normas de mediación más deseadas sino también la normativa de mediación que realmente ha funcionado, por lo que hace muy simple el trabajo de la UE y de los legisladores de los Estados miembros para poner solución a la «Paradoja de la Mediación en la UE»[712].

[710] *Idem*.
[711] *Ibid.*, p. 7.
[712] *Ibid.*, p. 10.

1.4.2.4. El «Estudio para una evaluación y aplicación de la directiva de mediación» del año 2016

El contexto en el que se prepara el estudio es el de la Agenda de Justicia para el crecimiento como parte de la Estrategia Europa 2020. Los sistemas judiciales eficaces y eficientes son de importancia fundamental para el buen funcionamiento del mercado interior, para la estabilidad económica, la inversión y la competitividad[713]. En consonancia con el Programa de Justicia para el crecimiento de la UE y la Estrategia Europa 2020, la mediación es considerada como un medio para mejorar la eficiencia del sistema de justicia, y reducir los obstáculos que encuentran los ciudadanos y las empresas en los largos y costosos procedimientos judiciales, contribuyendo así al crecimiento económico[714].

La Comisión Europea después de la aprobación de la directiva ha seguido promoviendo la mediación, para lo cual solicitó un estudio en el año 2012 para evaluar la contribución de la directiva al Programa de Justicia para el crecimiento de la UE. En octubre de 2015, la Comisión Europea solicitó la actualización del estudio realizado entre junio de 2012 y julio de 2013. El artículo 11 de la directiva exige que la Comisión presente al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la aplicación de la directiva por los Estados miembros. Este informe debe tener en cuenta el desarrollo de la mediación en toda la UE y el impacto de la directiva en los Estados miembros[715].

La directiva de mediación tiene por objeto facilitar el acceso a la solución alternativa de controversias y promover la solución amistosa de los litigios. La directiva se refiere también a los medios necesarios para alcanzar estos objetivos, a saber, fomentar el uso de la mediación y garantizar una relación equilibrada entre la mediación y los procedimientos judiciales[716].

En cuanto al análisis del cumplimiento de las medidas nacionales de transposición con los requisitos de la directiva de mediación, excluida Dinamarca al no estar vinculada por esta normativa, el alcance del impacto de la directiva en los Estados miembros varía en función del nivel preexistente de sus sistemas nacionales de mediación. Se observa, entre otras, la siguiente conclusión en cuanto a la promoción de la mediación: todos los Estados miembros prevén la posibilidad de que los tribunales inviten a las partes a utilizar la mediación. Se introduce en quince Estados miembros la posibilidad de que los tribunales

[713] Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC, the Mediation Directive, marzo de 2016, p. 4.
[714] *Ibid.*, p. 26.
[715] *Ibid.*, p. 27.
[716] *Ibid.*, p. 10.

inviten a las partes a sesiones de información sobre la mediación, y en algunos de ellos la participación es obligatoria[717].

Los Estados miembros han adoptado medidas legislativas o de otro tipo que van más allá de los requisitos mínimos de la directiva de mediación. En estos casos, la transposición de la directiva ha ofrecido al legislador nacional la oportunidad de dar un paso adelante para fomentar el uso de la mediación y garantizar una relación equilibrada entre la mediación y los procedimientos judiciales[718].

Sobre la base de las experiencias positivas, el estudio presenta algunas recomendaciones como la de alentar y recomendar por parte de la Comisión Europea a los Estados miembros la tarea de recopilar e intercambiar datos para extraer lecciones y evaluar la eficacia de la directiva y sus medidas nacionales de transposición. Otra de las recomendaciones está dirigida a los Estados miembros en orden a que podrían considerar la posibilidad de introducir la obligación de adoptar códigos de conducta para todas las organizaciones de mediación. Por último, la financiación de la UE podría ser crucial para ayudar a las Administraciones nacionales de justicia a difundir información sobre la mediación y sus ventajas a los ciudadanos y las empresas de toda Europa[719].

1.4.2.5. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre aplicación de la Directiva 2008/52/CE

La Comisión de Asuntos Jurídicos elaboró el 27 de junio de 2017 un informe sobre la base del informe de la Comisión con la Propuesta de Resolución del Parlamento de aplicación de la Directiva 2008/52/CE, como una oportunidad, primero, para evaluar su repercusión sobre los ciudadanos y empresas desde su entrada en vigor, en función de su aplicación y cumplimiento por los Estados miembros, y segundo, para realizar recomendaciones concretas[720]. En el apartado IV de su Exposición de motivos titulado «Una relación equilibrada entre mediación y el proceso judicial», se recuerda que el principio de acceso a la justicia es fundamental y uno de los principales objetivos de la política de la Unión en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, para lo cual el Consejo Europeo, en su reunión de los días 15 y 16 de octubre en Tampere, apeló a los Estados miembros a que para alcanzarlo establecieran procedimientos alternativos y extrajudiciales.

[717] *Ibid.*, p. 45.
[718] *Ibid.*, p. 63.
[719] *Ibid.*, p. 80.
[720] Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación), 2016/2066(INI), 27 de junio de 2017, p. 3. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0238_ES.pdf>.

El Programa de Justicia que cubre el periodo entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2020 tiene como objetivo general «contribuir a seguir desarrollando un Espacio Europeo de Justicia, basado en el reconocimiento y la confianza mutuos, en particular mediante el fomento de la cooperación judicial en materia civil y penal», y para alcanzarlo ha concretado objetivos específicos como el de «facilitar un acceso efectivo a la justicia para todos, incluyendo la promoción y el apoyo a las víctimas de delitos, a la vez que se respetan los derechos de defensa»[721]. La parte de la dotación financiera para este objetivo es del 30 % del presupuesto. Conforme a este Programa de Justicia y a la Estrategia Europa 2020, el informe considera que la mediación «podría considerarse como un medio para aumentar la eficiencia del sistema judicial y reducir los obstáculos que los procedimientos judiciales largos y costosos generan para los ciudadanos y las empresas»[722], y en consecuencia contribuir al crecimiento económico. La eficiencia y eficacia del funcionamiento de los sistemas judiciales resultan cruciales para la buena operatividad del mercado interior de la UE, y para la estabilidad económica, las inversiones y la competitividad. El correcto funcionamiento de los sistemas judiciales, además de facilitar la resolución de litigios, revierte en confianza para las transacciones comerciales, y colabora a garantizar la preceptiva seguridad para favorecer la actividad económica.

El ponente del informe, Kostas Chrysogonos, manifiesta que, si bien la obligatoriedad de la mediación fomentaría el uso de la mediación como alternativa a la resolución judicial de litigios, advierte que esta evolución actuaría en contra del carácter voluntario de la mediación, y afectaría al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva conforme a lo establecido en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, fundamentando su posición en la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto de Rosalba Alassini[723]. No obstante lo cual, continúa manifestando que la exigencia de un procedimiento previo de conciliación extrajudicial para determinados litigios no suscitaría problemas, si bien sería necesario establecer una serie de salvaguardas para vigilar que no

[721] Artículos 3 y 4.1 letra c) del Reglamento (UE) núm. 1382/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establece el Programa de Justicia para el periodo de 2014 a 2020, DOCE núm. L 354, 28 de diciembre de 2013, p. 73. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1382&from=ES>.

[722] Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación), 2016/2066(INI), 27 de junio de 2017, p. 4.

[723] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 4.ª), de 18 de marzo de 2010, Rosalba Alassini y otros, que tiene por objeto peticiones de decisión prejudicial planteadas sobre la interpretación del principio de tutela judicial efectiva en relación con una normativa nacional que establece una tentativa de conciliación extrajudicial obligatoria como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales en determinados litigios entre proveedores y usuarios finales incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal), DOCE núm. L 108, p. 51.

se obstaculice la tutela judicial efectiva. El mismo ponente concluye que, al amparo del artículo 5 apartado 2 de la Directiva 2008/52/CE, los Estados miembros podrán establecer la obligatoriedad de la mediación o someterla a incentivos o sanciones, antes o después de plantear un procedimiento judicial, con la condición de que esta exigencia no impida el ejercicio de las partes de su derecho de acceso al sistema judicial. Asimismo, el ponente concluye este apartado sugiriendo que se deberían establecer garantías en los procedimientos de mediación para que a las partes más débiles, como son los consumidores y las partes que no están representadas, no se les prive de su derecho a obtener una resolución judicial independiente, o puedan tener la percepción de que así pueda suceder. Las instituciones que prestan servicios de mediación o quienes los requieran deberán asegurarse de que las partes más débiles tienen conocimiento de los derechos que les asisten antes de resolver un litigio, y que las partes más fuertes no usen la mediación para eludir sus obligaciones legales o sacar indebidamente ventaja jurídica en detrimento de las otras partes afectadas en el litigio.

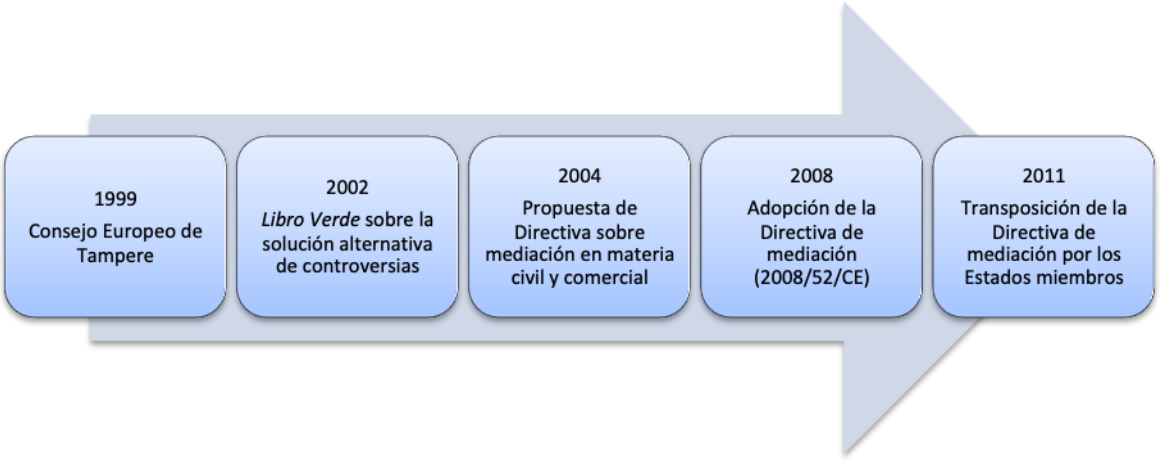
La propuesta que acompaña el informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos fue aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución de 12 de septiembre de 2017, sobre aplicación de la Directiva 2008/52/CE, publicada el 20 de septiembre de 2018, que en su parte final incorpora cinco conclusiones[724]:

a) Pide a los Estados miembros que intensifiquen sus esfuerzos para fomentar el recurso a la mediación en litigios civiles y mercantiles, y subraya la necesidad de intercambiar las mejores prácticas en las diferentes jurisdicciones nacionales.
b) Pide a la Comisión, como medio para seguir fomentando el uso de la mediación, que estudie la necesidad de desarrollar normas de calidad a escala de la Unión para la prestación de servicios de mediación.
c) Pide a la Comisión que estudie la necesidad de que los Estados miembros creen y mantengan registros nacionales de procedimientos de mediación.
d) Solicita a la Comisión que realice un estudio detallado sobre los obstáculos que dificultan la libre circulación de los acuerdos de mediación extranjeros en la Unión y sobre las diversas opciones para fomentar el uso de la mediación como una manera sólida, asequible y eficaz de resolver los litigios internos y transfronterizos en la Unión.

[724] Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación), 2016/2066(INI), DOCE núm. C 337, 20 de septiembre de 2018, p. 2.

e) Pide a la Comisión que, en el marco de la revisión de la normativa, busque soluciones que permitan ampliar eficazmente el ámbito de la mediación también a otras cuestiones administrativas, si procede.

En el siguiente cronograma se observa el proceso de creación de la directiva de mediación desde el año 1999 hasta 2011, fecha en la que los Estados miembros debían trasponer esta normativa a sus legislaciones nacionales[725]:



2. LA MEDIACIÓN: INSTRUMENTO COMPLEMENTARIO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (ESPAÑA)

2.1. La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

2.1.1. Preámbulo

La garantía de la tutela judicial de los derechos humanos, como una de las funciones del Estado de derecho, implica el reto de implantar una justicia de calidad con capacidad de resolver los múltiples conflictos que aparecen en una sociedad compleja y moderna como la nuestra; los nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos, como es la mediación, desde la década de los años setenta del siglo pasado, han adquirido una significativa relevancia como instrumentos complementarios de la Administración de Justicia. La virtualidad de la mediación de ofrecer en determinados conflictos soluciones prácticas, efectivas y rentables a las partes la sitúa como una alternativa al proceso judicial y arbitral, de los que debe deslindarse con claridad. «La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por

[725] Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC, the Mediation Directive, marzo de 2016, p. 25.

las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto»[726].

La Ley 5/2012 incorpora al derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, si bien su regulación excede del contenido de la normativa europea, en previsión de lo establecido en la disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el CC en materia de separación y divorcio y donde se encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un Proyecto de Ley sobre mediación. La Ley se aplicará no solo a los asuntos transfronterizos sino que conforma un régimen general para toda mediación que se celebre en España que pretenda obtener un efecto jurídico vinculante, si bien se limita a los asuntos civiles y mercantiles y dentro de un modelo que tiene en consideración el contenido de la Ley Modelos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI) sobre Conciliación Internacional, de 24 de junio de 2002. Los tres ejes sobre los que pivota esta ley son: (i) desjudicialización de determinados asuntos que pueden obtener una solución más adaptada a los intereses y necesidades de las partes en conflicto de la que resultaría de la previsión legal; (ii) sentar las bases de la mediación y favorecer esta alternativa frente a la solución judicial del conflicto, a fin de deslegalizar o descentralizar el papel de la ley a favor del principio dispositivo que rige las relaciones que son objeto del conflicto; y (iii) la regulación del acuerdo conseguido en el proceso de mediación, optando por la desjuridificación consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio.

«Con el fin de facilitar el recurso a la mediación, se articula un procedimiento de fácil tramitación, poco costoso y de corta duración en el tiempo»[727]. El modelo de la mediación se fundamenta en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se espera una participación activa orientada a la solución por las propias partes de la controversia. La ley establece un régimen que se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de las partes, cuya voluntad se plasma en el acuerdo que pone término a la disputa, y que podrá tener la naturaleza de título ejecutivo mediante su elevación a público, si así ellas lo deciden. La pieza esencial del modelo de mediación es la figura del mediador, en tanto que es quien ayuda a encontrar una «solución dialogada y voluntariamente querida por las partes». Se reconoce la función relevante de los servicios e instituciones de mediación en su tarea de ordenar y fomentar los procedimientos de mediación.

[726] Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, p. 4. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9112>.
[727] *Ibid.*, p. 5.

2.1.2. Títulos I a V

Título I. Disposiciones generales (ámbito de aplicación y efectos de la suspensión de plazos, artículos 2 y 4)

El ámbito de aplicación de la ley abarca las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los asuntos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes conforme la ley aplicable. Quedan excluidas la mediación penal, la mediación con la Administración pública, y laboral. La disposición final 7 de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre suprimió la letra d) del apartado 2 del artículo 2 sobre el ámbito de aplicaión que excluía la mediación en mataria de consumo. La solicitud de inicio de la mediación suspende los plazos de prescripción o caducidad de acciones desde la fecha de su recepción por el mediador o su depósito ante una institución de mediación. El cómputo del plazo se reanudará si en quince días naturales a contar desde la recepción no se firma el acta de constitución de la mediación. La suspensión se prolongará hasta la fecha de firma del acuerdo de mediación, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se termine la mediación por alguna de las causas previstas en la ley.

Título II. Principios informadores de la mediación y las partes en la mediación (artículos 6 a 10)

Son cuatro los principios que informan el procedimiento de la mediación. El *principio de voluntariedad y libre disposición*, donde nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento ni a concluir la mediación con un acuerdo. La mediación deberá intentarse antes de acudir al proceso judicial u otra solución extrajudicial, si las partes previamente han pactado expresamente el compromiso de someter a la mediación las controversias surgidas o que puedan surgir del contrato, incluso cuando el conflicto verse sobre la propia validez o existencia del contrato. A través del *principio de igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores* se garantiza que las partes puedan intervenir con plena igualdad de oportunidades, asegurando el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas. Con el *principio de neutralidad* se asegura que las actuaciones que se desarrollan en el proceso de mediación permitan a las partes alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, interviniendo el mediador conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la ley. El *principio de confidencialidad* afecta al procedimiento de mediación y a la documentación empleada en el mismo, y la obligación se extiende al mediador, que queda protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las mismas partes intervinientes, quienes no pueden revelar la información que hubieren podido obtener derivada del procedimiento. No existe

obligación de declarar o aportar documentación en un proceso judicial o arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto en dos supuestos: cuando las partes por escrito y de forma expresa dispensen de este deber de confidencialidad, y cuando los jueces de la jurisdicción penal, mediante resolución motivada, así lo requieran. La infracción del deber de confidencialidad genera la responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

Las partes en mediación pueden organizarla del modo que tengan por conveniente con respeto a los principios establecidos en la ley, y actuarán entre sí conforme a los *principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo*; y respecto al mediador, su colaboración y apoyo a su actuación, mostrando deferencia hacia su actividad. Durante el tiempo en el que se desarrolle la mediación, las partes no podrán ejercitar ninguna acción judicial en relación con su objeto a excepción de la petición de medidas cautelares u otras medidas urgentes que sean imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. El compromiso de sometimiento a la mediación y el comienzo del proceso de mediación impiden a los tribunales de justicia conocer las demandas que tengan por objeto las controversias sometidas a aquella durante el tiempo que se desarrolle, y siempre que alguna de las partes así lo invoque a través de la interposición de una declinatoria.

Título III. Estatuto del mediador (artículos 11 a 15)

Puede ser mediador la persona natural que esté en pleno ejercicio de sus derechos civiles y siempre que no se lo impida la legislación a la que pudiera estar sometido por el ejercicio de su profesión, esté en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior, y cuente con formación especial para ejercer la mediación. Las personas jurídicas que presten servicios de mediación deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos establecidos en la ley.

El Ministerio y las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, fomentarán y requerirán la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios y su adhesión por parte de los mediadores y de las instituciones de mediación.

En su actuación, el mediador facilitará la comunicación entre las partes y vigilará para que dispongan de la información y el asesoramiento suficientes, y desarrollará una conducta activa para lograr el acercamiento entre las partes siguiendo los principios establecidos en la ley. La aceptación de la mediación obliga al mediador a desempeñar este encargo fielmente, incurriendo si no fuere así en responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasionare su conducta. El mediador debe suscribir un seguro o garantía que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en aquellas mediaciones en las que intervenga.

El coste de la mediación es asumido por igual por las partes salvo que exista pacto en contrario, pudiendo exigir el mediador o la institución de mediación antes de dar comienzo una provisión de fondos para atender el coste de la mediación.

Título IV. Procedimiento de la mediación (artículos 16 a 24)

La solicitud de inicio de la mediación puede iniciarse de común acuerdo entre las partes o por una de las partes en cumplimiento del pacto de sometimiento a mediación que hubieran suscrito. El procedimiento de la mediación comienza mediante la sesión constitutiva donde las partes manifiestan su voluntad de desarrollar la mediación y dejan constancia de una serie de extremos, que van desde su identificación, lugar de celebración y lengua del procedimiento, hasta la designación del mediador, o en su caso de la institución de mediación, o la aceptación del designado por una de las partes, el objeto del conflicto que someten a la mediación, el programa de actuaciones y la duración prevista, sin perjuicio de su posible modificación, la información del coste de la mediación, y la declaración de que aceptan de forma voluntaria la mediación y asumen las obligaciones derivadas de la misma. De la sesión se levantará acta con estos aspectos, que deberá ser firmada por las partes y el mediador. Previa a la sesión constitutiva, el mediador ha tenido que convocar a las partes a la celebración de una sesión informativa donde él expondrá posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, y sobre su profesión, formación y experiencia; también deberá informar sobre las características de la mediación, su coste, organización del procedimiento y consecuencias jurídicas del acuerdo que puedan pactar, y el plazo para formalizar el acta de la sesión constitutiva. La inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se entenderá como un desistimiento de la mediación solicitada. En cuanto a la duración del procedimiento, la ley establece que «será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones»[728]. Compete al mediador convocar a las partes a cada sesión con antelación suficiente, dirigirlas, y facilitar que las partes puedan exponer sus posiciones, y puedan comunicarse de modo igual y equilibrado.

El procedimiento puede finalizar porque las partes hayan alcanzado un acuerdo, o bien puede terminar sin acuerdo por varias razones: (i) porque finalice el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento; (ii) porque todas o alguna de las partes ejerza el derecho a dar por terminadas las sesiones y así se lo comuniquen al mediador; (iii) porque el mediador aprecie de forma justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra alguna otra causa que determine su conclusión. La renuncia del mediador a continuar el procedimiento o su rechazo por las partes solo

[728] *Ibid.*, p. 12.

pondrá fin al proceso cuando no se llegue a nombrar a otro mediador. «El acta final determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa». Todas las partes y el mediador firmarán el acta de finalización, entregando un ejemplar a cada una de ellas.

Las partes pueden acordar que todas o algunas de las sesiones del proceso de la mediación que estimen convenientes, incluidas la constitutiva y sucesivas, se realicen mediante medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio de transmisión de voz o imagen, siempre que se asegure la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios previstos en esta ley. Las reclamaciones de cantidad inferiores a 600 euros se desarrollarán, preferiblemente, por medios electrónicos, salvo que su uso no sea posible para alguna de las partes.

El acuerdo al que lleguen las partes puede versar sobre parte o la totalidad de los asuntos sometidos al proceso de mediación. El mediador informará a las partes del carácter vinculante que tiene el acuerdo alcanzado, y de la facultad que tienen de instar su elevación a escritura pública con el fin de conferirle valor de título ejecutivo. Deberá estar firmado por todas las partes en nombre propio, o por sus representantes, entregando un ejemplar del mismo a todas ellas y al mediador. Solo se podrá impugnar el acuerdo ejercitando acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

Título V. Ejecución de acuerdos (artículos 25 a 27)

El acuerdo de mediación podrá presentarse por las partes ante un notario para su elevación a escritura pública, y al que se acompañará una copia de las actas de la sesión constitutiva y la final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador. Si el acuerdo se ha alcanzado iniciado un proceso judicial, se podrá solicitar del tribunal que homologue el acuerdo conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). El tribunal competente para conocer de la ejecución del acuerdo será el que acordó su homologación, o si se ha alcanzado extrajudicialmente, será el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde se hubiere firmado el acuerdo de mediación, conforme también con lo dispuesto en la LEC. En relación a la ejecución de acuerdos de mediación transfronterizos, se realizarán conforme a la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil. Un acuerdo de mediación, que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera, solo se podrá ejecutar en España si, con anterioridad se ha elevado escritura pública por notario español, a solicitud de las partes o de una ellas con el consentimiento expreso de las demás, y siempre que no resulte contrario al orden público español.

El título competencial que ampara la aprobación de la Ley 5/2012, conforme reza en su disposición final quinta, es la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil reconocida en el artículo 149.1.6.ª y 8.ª de la Constitución española.

2.2. Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, con el objetivo de favorecer el desarrollo de la mediación como instrumento complementario de la Administración de Justicia, instauró un régimen general de esta institución en España, creando un modelo de mediación donde la figura del mediador, como «responsable de dirigir un procedimiento cuyo propósito es facilitar el consenso en situaciones de conflicto», constituye una pieza esencial. La calidad de la mediación está ligada a la eficacia con la que el mediador desempeña su trabajo, constituyendo su formación un requisito fundamental. Con el objetivo de incrementar la seguridad jurídica y la confianza de los ciudadanos en la mediación, la ley faculta al Gobierno para intervenir y desarrollar su contenido en cuatro materias clave, que son el objeto del Decreto 980/2013, de 13 de diciembre: la formación y el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores, la publicidad de los mediadores y de las instituciones de mediación (disposición final octava), y el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos (disposición final séptima).

1. Formación de los mediadores (artículos 3 a 7)

El mediador debe adquirir una formación específica, de 100 horas de docencia efectiva, para ejercer la actividad de mediación, que le permita dominar no solo las técnicas de la mediación sino el desarrollo del procedimiento, con respeto a los principios y garantías que establece la ley. El contenido de la formación específica deberá incluir tanto conocimientos como habilidades del mediador para el desempeño de su cometido, «comprendiendo, como mínimo, en relación con el ámbito de especialización en el que presten sus servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos». La formación específica de la mediación abarca tanto el nivel teórico como el práctico (al menos un 35 % de la duración mínima), que contarán con ejercicios y simulación de casos y, de manera preferente, la participación asistida de mediaciones reales.

Además, el mediador, cada cinco años, y con una duración total mínima de 20 horas, deberá realizar una o varias actividades de formación continua en materia de

mediación, con carácter eminentemente práctico. La realización de cursos de especialización en algún ámbito de la mediación servirá para cumplir el requisito de la formación continua del mediador.

2. El Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación (artículos 8 a 25)

El Registro se constituye con carácter público e informativo, como una base de datos informatizada dependiente del Ministerio de Justicia, con la finalidad de facilitar el acceso de los ciudadanos a la mediación, a través de la publicidad de los mediadores profesionales y las instituciones de mediación. La inscripción permite acreditar la condición de mediador, o la condición de institución de mediación, y es de carácter voluntaria, excepto para los mediadores concursales, que deberán estar inscritos en el Registro como requisito previo para su nombramiento en los procedimientos para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Concursal.

El Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación se estructura en tres secciones: en la sección primera se inscribirán los mediadores, en la sección segunda los mediadores concursales, y en la sección tercera las instituciones de mediación.

3. El seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente de los mediadores e instituciones de mediación (artículos 26 a 29)

El mediador deberá suscribir un contrato de seguro de responsabilidad civil, o una garantía similar que cubra el riesgo que pueda surgir por su obligación de indemnizar los daños y perjuicios derivados del ejercicio de su función, incluyendo aquellos daños que se produzcan por sus actos u omisiones, o los causados por infracción de los principios de imparcialidad y confidencialidad, error profesional o la pérdida o extravío de expedientes y documentos de las partes. La suma asegurada o garantizada variará en función de la entidad de los asuntos en los que intervenga el mediador. A su vez, las instituciones de mediación deberán contar con un seguro o una garantía equivalente que cubra la responsabilidad que a ellas les corresponde, en especial la que pudiera derivarse de la designación del mediador.

4. El procedimiento simplificado por medios electrónicos (artículos 30 a 38)

Las reclamaciones de cantidad o de cualquier otro interés que no superen la suma de 600 euros, donde las pretensiones no se defiendan con argumentos jurídicos, se tramitarán, preferentemente, por el procedimiento simplificado de medios electrónicos, a menos que a alguna de las partes no le sea posible su empleo, o las partes hayan acordado otro procedimiento distinto.

El procedimiento simplificado de mediación tendrá una duración máxima de un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud, aunque podrá ser prorrogable de común acuerdo por las partes. La utilización de estos medios electrónicos deberá asegurar una adecuada comunicación entre todas las partes y el mediador, bien se reúnan de forma separada o conjuntamente, posibilitar el diálogo y el acercamiento de posturas. El procedimiento permite la alternancia de sesiones desarrolladas de forma presencial con las realizadas mediante soporte electrónico, y las partes pueden transformar, de mutuo acuerdo, un procedimiento simplificado en cualquier otro procedimiento de mediación.

El mediador o institución de mediación que desarrollen procedimientos simplificados de mediación por medios electrónicos dispondrá, en su caso, a través de su sitio web, de los formularios o impresos electrónicos normalizados de solicitud de inicio y de contestación del procedimiento. Una vez cumplimentado por quien insta la mediación el formulario de la solicitud, el mediador se pondrá en contacto, en el menor tiempo posible, con la otra parte para ofrecerle la mediación, y si prestara su aceptación, podrá dar comienzo el procedimiento. Las partes expondrán sus posiciones en los formularios de solicitud y contestación respectivamente. La cuantía reclamada quedará fijada por el solicitante en el formulario de solicitud de inicio, que contendrá un apartado donde se informará más en concreto sobre la pretensión formulada, se desglosará la deuda principal de sus intereses, o algún otro aspecto controvertido sobre las condiciones de pago. El formulario de contestación permitirá aceptar la propuesta de reclamación, o rechazarla, o incluso realizar una contrapropuesta, explicando la posición a la pretensión planteada.

2.3. El Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación aprobado en Consejo de Ministros de 11 de enero de 2019

El Consejo de Ministros, a propuesta de la ministra de Justicia, aprobó un Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación, que persigue el objetivo de «articular fórmulas abiertas y flexibles que contribuyan decididamente a implantar la mediación como institución complementaria de la Administración de Justicia y a incrementar su difusión y presencia en el desenvolvimiento ordinario de las relaciones jurídicas entre particulares». La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, que desarrolla algunos de sus aspectos, se aprobaron con el propósito de asentar en España la mediación como «un instrumento de autocomposición eficaz de controversias surgidas entre sujetos de derecho privado en el ámbito de sus relaciones de derecho disponible». El legislador apostó por ofrecer a los ciudadanos un mecanismo alternativo a la jurisdicción para solucionar sus controversias, que coadyuvara, por su eficacia, a la expectativa de disminuir los elevados índices de litigiosidad que existen en

España, y contribuyera a concebir los órganos de la Administración de Justicia como recurso subsidiario para la resolución de litigios. Se ha comprobado el escaso nivel de implantación que la mediación ha obtenido en España a partir de la Ley 5/2012. En la actualidad, este método de resolución de conflictos intersubjetivos se encuentra obstaculizado por falta de una cultura en mediación, y continúa siendo una institución desconocida que no ha conseguido demostrar su operatividad. Esta situación podría experimentar un impulso significativo con la aprobación de medidas legislativas de naturaleza procesal, y como solución eficaz a largo plazo ayudaría una labor de concienciación y de formación de todos los agentes involucrados. La reforma incide particularmente en la ley especial evitando así cargar en exceso la norma procesal general.

La ley se estructura en tres artículos, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria y dos disposiciones finales.

Artículo primero

El artículo primero modifica el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, para introducir la mediación como prestación incluida en el derecho a la asistencia jurídica gratuita, en distintas situaciones, cuando las partes opten por la mediación para la resolución del conflicto, cuando la misma sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda, o resulte de la derivación judicial.

Artículo segundo

El artículo segundo modifica la LEC mediante diecisiete apartados. La propuesta de modificación responde a la voluntad de impulsar el uso de la mediación mediante la sustitución del modelo de mediación actual, exclusivamente voluntario, por otros denominados de «obligatoriedad mitigada», que exigen a las partes la obligación de un intento de mediación previa a la interposición de determinadas demandas, o bien cuando el tribunal que está conociendo del litigio considere conveniente que las partes acudan a la mediación; en ambos supuestos el objetivo es conseguir una solución más ágil y efectiva.

En la mediación extrajudicial, la obligación se constituye como un presupuesto procesal necesario para acceder a la vía judicial, pero no implica la obligación de someterse a todo un proceso de mediación, o de consensuar un acuerdo que ponga fin al litigio. Se trata en exclusiva de haber sido informado de la existencia y ventajas que aporta la mediación, y de asistir a una primera sesión «exploratoria» del conflicto.

Esta obligación en nada afecta al derecho a la tutela judicial efectiva, pues se configura como un trámite de carácter previo; se garantiza en todo caso el acceso de las partes a la vía judicial si finalmente no deciden dar comienzo al proceso de mediación. El

efecto perseguido es conseguir que los tribunales de justicia solo tengan que ocuparse de aquellos conflictos que no hayan podido ser solucionados de otra forma.

En cuanto a la mediación intrajudicial, el tribunal podrá derivar a mediación a las partes, una vez haya estudiado el caso, el fondo del litigio, su carácter mediable, y siempre que no se hubiera intentado con carácter previo al proceso, tanto si el pleito se encuentra en primera como en segunda instancia en los procesos declarativos. En los procesos ejecutivos, sin perjuicio de que las partes puedan acudir a ella si así lo desean, se ha descartado con carácter general la derivación intrajudicial al existir una resolución judicial que ha resuelto el pleito, y no resultar por tanto proporcionada, si bien se admite, por su impacto social, en algunos supuestos de ejecución hipotecaria, y en la ejecución de procesos de familia.

En el orden procesal se adoptan otras medidas que mejoran el tratamiento de la mediación, como son, en relación al régimen de costas procesales, las destinadas a proteger la confidencialidad de las actuaciones y documentos integrantes de la mediación, o las encaminadas a posibilitar la adopción de medidas cautelares cuando exista pacto, proceso o un acuerdo de mediación.

Artículo 3

El artículo tercero modifica la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles en siete apartados. Se da una nueva redacción al artículo 4, y se amplía el plazo de suspensión de la prescripción o caducidad que causa el inicio de la mediación de 15 a 30 días naturales, con el fin de contar con mayor margen de tiempo para que se haga efectivo el intento de solucionar el conflicto mediante la mediación. El plazo de suspensión comienza desde la fecha en la que conste la recepción de la solicitud por el mediador, o su depósito ante una institución de mediación, y cuando la mediación sea un presupuesto necesario para la admisión de la demanda, se reanudará desde que el mediador extienda el acta de la conclusión del proceso de mediación.

Se mantiene el carácter esencial de la voluntariedad de la mediación, si bien en determinados supuestos que se relacionan en el artículo 6.1 que se modifica, los interesados estarán obligados a intentar la mediación, con carácter previo, a plantear un proceso declarativo. El intento de mediación se habrá realizado cuando, al menos, se hayan celebrado con el mediador y la asistencia personal de las partes si son personas físicas, o el representante legal o persona con poder para transigir, si se trata de personas jurídicas, dos sesiones, una informativa y otra sesión, que pueden desarrollarse ambas en un único acto, y haberlas realizado dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la demanda. Para que un mediador pueda intervenir en las mediaciones que se detallan en el artículo 6.1, como en los asuntos de mediación por derivación judicial, deberá estar

inscrito en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación dependiente del Ministerio de Justicia o, en su caso, en los registros de mediadores habilitados por las CC. AA.

Se añade una nueva letra c) al apartado 1 del artículo 16 sobre una nueva modalidad de inicio del proceso de mediación, la decisión judicial en los casos previstos por la legislación procesal, y se añade un nuevo apartado 4 referido al procedimiento para designar mediador en los casos en los que el intento de mediación sea requisito para la admisión de la demanda, y en los casos de derivación judicial. En ambos supuestos, el mediador en su citación deberá informar a las partes con claridad y precisión de las consecuencias procesales que su inasistencia injustificada a la sesión informativa y, en su caso, exploratoria, o un comportamiento contrario a la buena fe puedan originar en el procedimiento judicial vinculado con la mediación. En estos casos, la confidencialidad de esta fase inicial del proceso no alcanzará a las causas de la inasistencia de las partes, y en el acta final el mediador hará constar si el intento no se celebró por inasistencia injustificada de alguna de las partes y, en su caso, las causas de la inasistencia.

Se acota en el tiempo la duración del procedimiento en los casos en los que la ley exija el intento de mediación como presupuesto de admisibilidad de la demanda, que no podrá exceder de tres meses desde la solicitud de mediación por el mediador, aclarando que las partes podrán interponer demanda declarativa con independencia del estado en el que se encuentre la mediación.

Disposiciones adicionales, transitoria y finales de la ley

En la disposición adicional primera se prevé que, en el plazo máximo de un año a partir de la entrada en vigor de esta ley, se constituya mediante real decreto una Comisión de Seguimiento del impulso de la mediación con la finalidad de estudiar la aplicación de las nuevas medidas de la ley, su puesta en marcha, y sus repercusiones tanto jurídicas como económicas. La Comisión deberá emitir en el plazo máximo de cinco años, contados a partir de la entrada en vigor de la ley, un informe razonado que incluya el análisis antes mencionado y sugerencias para la mejora del sistema.

En la disposición adicional segunda se contempla la inclusión de la mediación como asignatura obligatoria en el grado en Derecho y aquellos otros grados que se determinen por acuerdo del Consejo de Ministros, debiendo acometer las reformas precisas para modificar los planes formativos en el plazo de un año desde la publicación de la ley.

En la disposición adicional tercera se cuenta, a los efectos de crear una base estadística del sector de la mediación, que los mediadores remitan al Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación información sobre su actividad, que se establecerá reglamentariamente.

La disposición transitoria única sobre régimen transitorio establece que las previsiones recogidas en la ley serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor.

Las disposiciones finales, la primera trata sobre el título competencial del Estado en materia de legislación procesal y civil, artículos 149.1.6.ª y 8.ª de la Constitución, y la segunda sobre entrada en vigor de la ley, que establece una *vacatio legis* de tres años desde su publicación en el BOE.

2.4. La trece leyes autonómicas de mediación familiar en España

La primera vez que se recoge en una ley nacional la referencia expresa a la mediación es con ocasión de la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el CC y la LEC en materia de separación y divorcio. En la disposición final tercera de esta ley se menciona que el Gobierno deberá remitir a las Cortes un Proyecto de Ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la UE, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las CC. AA. Sin embargo, ese mandato legislativo estatal no ha concluido en ninguna iniciativa legislativa que regule la mediación familiar, y han sido las CC. AA. las que desde principios del año 2000 están aprobando leyes autonómicas que regulan esta materia[729]. Por eso, la legislación en España sobre mediación «no puede disociarse del ámbito familiar al que se ha tendido a circunscribir la legislación autonómica actualmente vigente»[730].

Al analizar las leyes autonómicas de mediación familiar surge la cuestión relativa a la legitimidad competencial para legislar en esa materia, que depende de la distribución competencial entre el Estado y las CC. AA. regulada en la Constitución española de 1978. De todas las leyes autonómicas de mediación familiar promulgadas, únicamente dos de ellas justifican su legitimación competencial para legislar sobre esta materia en función de las competencias atribuidas en materia de derecho civil, y son las CC. AA. catalana y balear. Por tanto, la mayor parte de las CC. AA. que actualmente cuentan con una legislación en materia de mediación familiar la han realizado al amparo de las competencias en materia de asistencia y bienestar social asumibles por los respectivos Estatutos de autonomía[731].

[729] RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia: *La mediación familiar en España. Fundamento, concepto y modelos jurídicos*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2010, p. 195.
[730] GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO: «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *op. cit.,* p. 77.
[731] RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia: *La mediación familiar en España. Fundamento, concepto y modelos jurídicos*, *op. cit.,* pp. 197 y 226.

En la actualidad son trece las CC. AA. que disponen de leyes familiares en materia de mediación, aprobadas en cumplimiento de sus competencias estatutarias sobre acción social, servicios sociales y protección de la familia transferidas por la Administración central. En los preámbulos de estas leyes autonómicas se hace mención al artículo 39 de la Constitución española, donde se establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, también de los hijos, y al artículo 148.1.20 de la Constitución española, que posibilita a las CC. AA. a asumir esta competencia[732].

También contienen referencias a los antecedentes normativos de su regulación, y así en algunas de ellas se menciona el desarrollo de la mediación en países como Estados Unidos, iniciada en la mitad de los años setenta, además de recoger las experiencias de mediación familiar en España (ley catalana), y en todas ellas está presente la remisión a la Recomendación (98) 1910 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, como precedente inmediato que postulaba la mediación como instrumento para facilitar la solución pacífica de los conflictos familiares, la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el CC y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, y, posteriormente[733], la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el CC y la LEC en materia de separación y divorcio, como normas de obligada referencia[734]. A partir de la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha se mencionará el *Libro Verde* sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, de 19 de abril de 2002[735], la Propuesta

[732] Constitución española, BOE núm. 311, 29 de diciembre de 1978, pp. 29 319 y 29 333.

[733] La Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el CC y la LEC en materia de separación y divorcio, en su Exposición de motivos señala cuáles son las notas características de la mediación: «Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral», BOE núm. 163, 9 de julio de 2005, pp. 24 458-24 461. En el preámbulo de la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana se refiere a la Ley 30/1981, de 7 de julio, modificadora del CC en materia de matrimonio, nulidad, separación y divorcio, que establece la posibilidad de concurrir a un litigio por la vía del procedimiento de común acuerdo, o con el consentimiento de uno de los esposos, de tal manera que los acuerdos siempre fuesen tomados por las propias partes, y no por una tercera persona ajena al conflicto.

[734] GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*, *op. cit.,* p. 329. Al momento de la publicación del libro, las normas vigentes en mediación familiar que existían en el Estado español eran las de las CC. AA. de Cataluña, Galicia, Comunidad Valenciana, Castilla-La Mancha, Castilla y León e Islas Baleares.

[735] Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, BOE núm. 203, 25 de agosto, donde al comienzo de su Exposición de motivos se recoge cómo la mediación es una manifestación particular de un más amplio movimiento de identificación y puesta en práctica de mecanismos no judiciales de solución de controversias, conocido desde hace décadas en los países de tradición anglosajona y que en tiempos más recientes ocupa la atención de los

de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 22 de octubre de 2004[736], y la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, donde se indica que debe tender a generalizarse la mediación como modelo de resolución de controversias[737]. La Ley de Cantabria mencionará distintos artículos de la legislación nacional como los artículos 414 y 787 de la LEC, la Ley 30/1992 de Régimen de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y el Real Decreto Legislativo 2/1995 sobre Procedimiento Laboral, donde se prevé la posibilidad de finalización convencional del procedimiento[738].

A continuación, se analiza con detalle en cada una de las leyes autonómicas el concepto de mediación, su definición como *procedimiento extrajudicial* o *método de resolución de conflictos*, y la finalidad que persigue esta mediación familiar, orientada a la prosecución de acuerdos satisfactorios entre las partes que eviten, pongan fin o limiten el alcance de los procesos judiciales, con la ayuda de un tercero, la persona mediadora, pieza clave de la calidad de la prestación del servicio de mediación, y como *instrumento alternativo y complementario* a la vía jurisdiccional contenciosa para resolver los conflictos de forma consensuada. Se acompaña, en el Anexo 3 de la tesis, un cuadro que muestra gráficamente la situación normativa de las distintas leyes autonómicas después de analizar los distintos elementos comunes que todas ellas comparten, como son el concepto de mediación, los principios, deberes y derechos del mediador, y el procedimiento, entre otros[739].

2.4.1. Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar de la Comunidad Autónoma de Galicia

La ley se estructura en un título preliminar (disposiciones generales) y dos títulos, «Ordenación de la mediación familiar» y «Régimen sancionador», respectivamente. La

Estados continentales y de la propia UE, como acredita la aprobación por la Comisión del *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, de 19 de abril de 2002. La mediación, la conciliación y el arbitraje son el prototipo de estos modos alternativos de resolución de disputas.

[736] Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, publicada en BOJA núm. 50, 13 de marzo de 2009, p. 7.

[737] Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón, publicada en BOE núm. 115, 14 de mayo de 2011, p. 49 062.

[738] Ley 1/2011, de 28 de marzo, de mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, publicada en BOE núm. 99, 26 de abril de 2011, p. 42 284.

[739] ESTEVE GARCÍA, Gisela: «Las leyes autonómicas españolas: los conceptos básicos», en Pompeu CASANOVAS I ROMEU, Jaume MAGRE y María Elena LAUROBA (dirs.): *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña, op. cit.,* p. 47.

mediación se configura «como manifestación de una actividad de interés público»[740], promovida por la Junta. El interés público proviene de la utilidad pública incuestionable que representa la adecuada organización y prestación de este servicio de mediación para las familias y unidades de convivencia estable, con residencia en territorio gallego. En especial para los niños y niñas que en situación de conflicto familiar requieren soluciones apropiadas que surgen en los casos de separación o divorcio, en lo que se refiere a la guardia y derecho de visita de los padres. Se define el concepto de mediación a partir de la actuación del mediador: «Por mediación familiar se entenderá, a los efectos de la presente Ley, la intervención de los profesionales especializados requeridos voluntariamente y aceptados en todo caso por las partes en condición de mediador». El mediador deberá ser un «experto en actuaciones psicosociofamiliares», y las funciones que desarrollará serán «de cooperación y auxilio a las personas que han mantenido una relación familiar, para ofrecerles una solución pactada a su problemática matrimonial o de pareja». Como características de la mediación, se resalta que se soporta sobre la autonomía de la voluntad de las partes. Las actuaciones derivadas del procedimiento de mediación estarán presididas por los «principios de voluntariedad y rogación, antiformalismo, flexibilidad, inmediatez, confidencialidad y secreto»; además «habrá de desarrollarse conforme a los postulados de imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora»; en todo caso, «deberá quedar garantizado que las decisiones que se adopten mantendrán el respeto a los intereses superiores y bienestar de los niños y niñas». En cuanto a la duración del proceso, «será el necesario en atención al número y complejidad de las cuestiones conflictivas planteadas por las partes», pero en todo caso no podrá exceder de tres meses contados a partir de la fecha de la reunión inicial, prorrogables a propuesta de las partes de forma justificada por otros tres meses máximo. Se establece el carácter gratuito de la prestación del servicio de mediación para todas las personas que reúnan la condición de beneficiarias del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

2.4.2. Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana

El preámbulo de la ley comienza con una alusión a la familia como una institución social viva, centro de abundantes y diversas problemáticas, que no siempre obtiene respuestas adecuadas fuera de ella misma. Se describe la mediación como: (i) *instrumento* que ayuda a gestionar la solución de crisis y como primer efecto consigue la recuperación de una de las funciones propias de esta institución social, su capacidad de conciliación interna; (ii) *recurso* que proporciona nuevas vías para fomentar, desde el mutuo respeto, la autonomía

[740] Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar, publicada en BOE núm. 157, 2 de julio de 2001, pp. 23 425-23 429.

y la libre capacidad de las personas para decidir su futuro; y (iii) *técnica* centrada en la gestión de conflictos diferenciada de otras figuras de distinta naturaleza, como son la orientación y terapia familiar y, por sus cualidades específicas, también distinta al arbitraje. En esta ley se regula la mediación familiar como «un procedimiento extrajudicial» al que no se le atribuyen efectos procesales, que son competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.6.ª de la Constitución española). En consecuencia, la mediación se constituye en un *recurso complementario o alternativo a la vía judicial*, para la solución de los conflictos producidos en las relaciones familiares.

La ley se estructura en seis títulos, dos disposiciones adicionales y dos disposiciones finales. En el título I se define la mediación familiar como «un procedimiento voluntario que persigue la solución extrajudicial de los conflictos surgidos en su seno, en el cual uno o más profesionales cualificados, imparciales, y sin capacidad para tomar decisiones por las partes, asiste a los miembros de una familia en conflicto con la finalidad de posibilitar vías de diálogo y la búsqueda en común del acuerdo»[741]. Se delimita el ámbito de aplicación de la ley, el objeto sobre el que pueda recaer la mediación, y sus principios rectores, la voluntariedad y la buena fe. Se crea el Centro de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana. El título II regula las entidades de mediación y a las personas mediadoras familiares, los supuestos de gratuidad y la creación del Registro de Entidades de Mediación y de Personas Mediadoras y el Registro de Colegios Profesionales. El título III regula el procedimiento de la mediación, destacando uno de los supuestos en los que se puede solicitar la mediación por ampliarse más allá del círculo puramente familiar, «en los conflictos surgidos en el seno de la empresa». Se preserva el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando se convenga recurrir a la mediación antes de iniciar un pleito, durante el mismo, y siempre que queden en suspenso las actuaciones por común acuerdo de ambas partes, o incluso una vez que haya concluido. «Dentro de las atribuciones que la legislación estatal procesal establezca, el juez podrá remitir a mediación familiar a las partes en conflicto». Se detalla el contenido de la reunión inicial y la formalización de las actas inicial y final. La duración del procedimiento dependerá de la naturaleza y complejidad del conflicto, pero no podrá exceder de tres meses prorrogables en dos más, si se aprecia la posibilidad de llegar a acuerdos, y lo solicitan las partes. El título IV se refiere a los acuerdos que se adopten, que podrán serlo respecto a la totalidad o a una parte de las materias sujetas a la mediación y, una vez suscritos, serán válidos y

[741] Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana, publicada en BOE núm. 303, 19 de diciembre de 2001; Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. El Tribunal Constitucional tiene suspendida la vigencia de varios artículos, hasta que se resuelva el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno central.

obligatorios para las partes si en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos. En todo caso, deberán tener como prioridad el interés superior del menor, de las personas incapacitadas y el bienestar de los hijos. Pueden ser revisados en los casos y con los procedimientos propios de los contratos, elevándolos, en su caso, a la autoridad judicial, para que los valide. El título V prevé el régimen de inspección y sancionador. El título VI atribuye las competencias en materia de mediación familiar a la Consellería.

2.4.3. Ley 15/2003, de 8 de abril, de mediación familiar de la Comunidad Autónoma de Canarias, modificada por la Ley 3/2005, de 23 de junio

El preámbulo de la ley comienza resaltando el valor primordial de la familia en la sociedad civil al constituir «el núcleo originario y básico para el desarrollo personal de sus miembros»[742]; y significando cómo «la estabilidad familiar constituye el índice más significativo de paz social». Se deja constancia del hecho de que los tribunales de justicia, a pesar de presentarse como el modo habitual de resolver conflictos, en el ámbito familiar no resultan ser el medio más acertado para solucionar o aliviar este tipo de conflictos. La mediación se define como «una fórmula para resolver conflictos familiares, recomponiendo la propia familia desde dentro, en un clima de cooperación y respeto mutuo». Al mediador, cuya intervención solicitan y aceptan las partes, se le asigna el cometido de trabajar «con y para la consecución de un acuerdo justo, duradero y aceptable para los familiares en conflicto, en el sentido de mantener las responsabilidades de cada miembro de la familia, y especialmente con los más dignos de protección, cuales son los hijos». Se vincula la institución de la mediación al departamento que en la Comunidad Autónoma asuma competencias relacionadas con la Administración de Justicia, pues no solo reporta beneficios de orden social sino también a la Administración de Justicia, máxime si los acuerdos que se obtengan en la mediación han de ser ejecutados por los tribunales de justicia competentes.

La ley se estructura en siete títulos, incluido el preliminar, y dos disposiciones, una transitoria y otra final. El artículo 2 del título preliminar define el concepto de la mediación familiar como un procedimiento extrajudicial y voluntario, y su finalidad, la finalidad de la mediación, «facilitar vías de diálogo y la búsqueda por estos [los familiares en conflicto] de acuerdos justos, duraderos y estables»; todo ello al objeto de «evitar planteamientos de procedimientos judiciales contenciosos, o poner fin a los ya iniciados o bien reducir el alcance de los mismos». La Ley 3/2005, de 23 de junio, incorporó a la ley del año 2003 novedades legislativas, como la ampliación del ámbito de la mediación a otros conflictos que puedan surgir en el seno de la familia, como sucede en las relaciones entre abuelos y

[742] Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar, publicada en BOC núm. 85, 6 de mayo de 2003.

nietos, o extenderla a la protección de los discapacitados, los conflictos entre menores en acogida y sus familias biológicas o de acogida. Los principios informadores que deben presidir las actuaciones del procedimiento se recogen en el artículo 4 y son los siguientes: 1.- Voluntariedad y rogación de las partes en conflicto; 2.- Flexibilidad y antiformalismo; 3.- Inmediatez y carácter personalísimo; 4.- Confidencialidad y secreto profesional para el mediador; 5.- Imparcialidad y neutralidad del mediador; 6.- Reserva de las partes. El título primero regula la figura del mediador y de las entidades de mediación familiar; el título segundo el desarrollo de las actuaciones de mediación familiar; el título tercero el régimen sancionador; y los títulos cuarto, quinto y sexto versan sobre la gratuidad de la mediación, la competencia y el registro de mediadores, respectivamente.

2.4.4. Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social especializado de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha

En la Exposición de motivos se define la mediación familiar como un mecanismo no judicial de solución de controversias entre las personas, «caracterizada por la intervención de una tercera parte, neutral e imparcial respecto de las partes en controversia, que las auxilia en la búsqueda de una solución satisfactoria para ambas», y como «una manera particularmente idónea para dispensar, a través del acuerdo, una protección global y adecuada a los hijos menores»[743], quienes se ven implicados de forma involuntaria por la ruptura y afectados por sus consecuencias de una manera más o menos intensa. La mediación familiar se configura en la Castilla-La Mancha como un servicio social especializado cuyo objeto es la orientación y asesoramiento a las familias para favorecer el desarrollo de la convivencia. La ley se divide en 6 capítulos, integrados por 33 artículos, 2 disposiciones adicionales, 1 disposición transitoria y 3 disposiciones finales. El objeto de la ley que se regula en su artículo 1 es la regulación de la mediación como un servicio social especializado en Castilla-La Mancha, «constituyéndose como un método de resolución extrajudicial de los conflictos familiares, en interés de los menores y de la familia»; y los efectos de la ley de mediación familiar consisten «en la intervención, voluntariamente solicitada por las personas interesadas, de una tercera parte imparcial, neutral y profesional que las orienta, asesora y auxilia en la negociación conducente a la búsqueda de un acuerdo que ponga fin a su conflicto familiar». Es llamativo cómo figura el término negociación unido a la mediación familiar, como así aparece en el mencionado artículo 1 o en el 4, donde se relacionan las materias que los cónyuges o los miembros de la pareja de hecho «negociarán con el auxilio de la persona mediadora», para alcanzar un acuerdo. El artículo 8, que versa sobre los principios esenciales de la mediación, en su apartado 4

[743] Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar, publicada en BOE núm. 203, 25 de agosto.

establece: «La persona mediadora respetará las posiciones de las partes y preservará su igualdad y equilibrio en la negociación»; y en su artículo 10, sobre el Estatuto del mediador, entre las obligaciones que le incumben, en la letra e) señala: «Garantizar la igualdad y el equilibrio en las posiciones negociadoras de las partes». A los principios de voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad y neutralidad se le añade el de profesionalidad. La duración del procedimiento de mediación no podrá exceder tres meses, pudiendo las partes y la persona mediadora si lo consideran preciso, acordar una prórroga por un plazo no superior a otros tres más. El coste de la mediación prestado por el servicio de mediación es gratuito.

2.4.5. Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León

En la Exposición de motivos de la ley se regula la mediación como procedimiento extrajudicial, complementario y no alternativo al sistema judicial de resolución de conflictos, al ser totalmente respetuoso con el derecho de las personas a la tutela judicial efectiva. Al procedimiento de la mediación no se le atribuye en ningún caso efectos procesales, pues esta competencia le corresponde en exclusiva al Estado conforme al artículo 149.1.6 de la Constitución española. La mediación familiar se presenta como «una fórmula adecuadamente contrastada para encauzar de forma óptima los conflictos familiares y, en especial, los de pareja»[744]. Su finalidad es la de minimizar las consecuencias negativas que se derivan de las rupturas de pareja, que no la de evitar la ruptura, distinguiéndose así de otras disciplinas más enfocadas a la prevención y terapia de conflictos familiares. Atendiendo a las características de la mediación, como son la ausencia de formalismo, la creación de un clima de confidencialidad y la búsqueda de una comunicación efectiva y empática, esta se ofrece a la familia como «un recurso que abre nuevas vías para fomentar, desde el mutuo respeto, la autonomía y la libertad de las personas para decidir su futuro»[745]. A diferencia de la conciliación y el arbitraje, «el profesional de la mediación debe generar un marco que facilite la comunicación entre las partes, promoviendo que sean ellas mismas las que propongan soluciones pactadas a los conflictos»[746]. Se ponen en relación la imparcialidad y neutralidad con las que interviene el mediador como garantía para obtener unos resultados que sean eficaces y duraderos en el tiempo. Se le exige que sea un profesional competente y capaz, con una especial formación en relaciones interpersonales y en conflictos. La ley introduce, ante la necesidad de tener en consideración distintas especialidades científicas que intervienen para analizar

[744] Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León, publicada en BOE núm. 105, 3 de mayo de 2006, p. 17 034.
[745] *Idem*.
[746] *Idem*.

los aspectos sociológicos, psicológicos, jurídicos, éticos y pedagógicos que conforman un conflicto familiar, la posibilidad de que los mediadores se constituyan, si lo estiman oportuno, en equipos de personas mediadoras. Como figura de carácter voluntario, se fomenta el apoyo necesario entre los profesionales mediadores con el objetivo de buscar la mayor complementariedad, al incluirlos en los equipos. Con el propósito de promover la libertad e igualdad de las personas para acudir a la mediación, la ley exige que sea solicitada por todas las partes de común acuerdo ante la persona mediadora y, si es gratuita, ante el Registro de Mediadores Familiares con la intención de evitar que pueda estar viciada en el origen por falta de interés de una de las partes del conflicto en recurrir a ella. La ley se estructura en siete títulos, y en el primero, al delimitar su objeto, la regulación de la mediación familiar en el ámbito de la comunidad de Castilla y León, se define la mediación familiar como «la intervención profesional realizada en los conflictos familiares señalados en esta Ley, por una persona mediadora cualificada, neutral e imparcial, con el fin de crear entre las partes en conflicto un marco de comunicación que les facilite gestionar sus problemas de forma no contenciosa»[747]; y en relación con el proceso judicial, esta tiene como finalidad evitar que se inicien procesos judiciales de carácter contencioso, terminar o reducir el alcance de los ya iniciados, por lo que puede iniciarse la mediación con carácter previo a su inicio, durante su tramitación o una vez concluido el proceso judicial. Los principios informadores de las actuaciones de la mediación son diez y se recogen en su artículo 4, entre los que destacan: núm. 3.- la consideración especial de los intereses de los menores, personas con discapacidad y personas mayores dependientes; núm. 5.- la competencia profesional, ética, imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora; núm. 7.- la buena fe de las partes en conflicto, y de la persona mediadora; carácter personalísimo del procedimiento; y núm. 9.- la sencillez y celeridad del procedimiento de mediación. Al inicio del procedimiento de mediación, destaca como deber del mediador la entrega del documento a las partes para su firma antes de dar comienzo a su intervención, con el compromiso de sometimiento expreso a la mediación (artículo 10), donde se hará constar los derechos y deberes de las partes, los de la persona mediadora, y aquellas otras cuestiones que se determinen reglamentariamente (artículo 16). Una vez que el mediador resuelva las dudas que sobre la mediación le planteen las partes, y comprobada su plena capacidad de obrar, recabará la firma voluntaria del compromiso y, en caso afirmativo, se iniciará el correspondiente procedimiento de mediación. Como formalidad del procedimiento, al finalizar cada una de las sesiones, el mediador elaborará y firmará un justificante de la celebración de cada sesión, donde dejará constancia de la fecha, duración, lugar y personas participantes,

[747] *Ibid.*, p. 17 036.

entregando una copia del justificante a cada una de las partes, conservando el original en sus archivos (artículo 16). La duración de la mediación no podrá exceder de tres meses contados desde el día siguiente al de la celebración de la sesión inicial, y en casos excepcionales y debidamente justificados, a juicio de la persona mediadora, puede ser prorrogada por otros tres meses más.

2.4.6. Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid

En el preámbulo se menciona la mediación como un método útil y efectivo de pacificación de conflictos familiares, y en el Plan de apoyo a la familia 2005-2008 aprobado por el Gobierno el 1 de diciembre de 2005, se refiere a la mediación familiar en su área 4, dedicada a la «Resolución de conflictos», que «recoge el protagonismo de la mediación a la hora de abordar los conflictos familiares, abrir espacios de diálogo constructivo y lograr acuerdos beneficiosos para las partes»[748]. El objeto de la ley es la mediación familiar definida como «un procedimiento voluntario de gestión o resolución positiva de tensiones o conflictos familiares en el que las partes solicitan y aceptan la intervención de un mediador, profesional imparcial, neutral y sin capacidad para tomar decisiones por ellas, que les asiste con la finalidad de favorecer vías de comunicación y búsqueda de acuerdos consensuados»[749]. La finalidad de la mediación es la de prevenir o minimizar los conflictos familiares, y la de evitar el inicio de procesos judiciales, de carácter contencioso, o poner fin a los ya iniciados, o reducir sus consecuencias negativas, o si estuvieran finalizados facilitar a las partes en mediación el cumplimiento de sentencias judiciales que afecten a las relaciones familiares. En cuanto al ámbito de la mediación, se incluyen los conflictos o tensiones familiares de convivencia que surjan por cuestiones de herencias, o con el fin de evitar o simplificar un litigio judicial en el ámbito de la familia, entre personas unidas por vínculo de parentesco hasta el 4.º grado de consanguinidad o afinidad. Se excluyen de la mediación los conflictos que a juicio del mediador o profesional competente deban ser abordados desde otras formas de intervención como la psicológica, psiquiátrica o de cualquier otra índole.

2.4.7. Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar

El preámbulo de la ley de mediación comienza situando la mediación como uno de los procedimientos de solución de conflictos alternativos a la vía judicial. Como precedente en

[748] Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid, publicada en BOCM núm. 54, 5 de marzo de 2007, p. 2.
[749] *Ibid.*, p. 3.

el derecho comunitario, además de la Recomendación del Consejo de Ministros de 1998 a los Estados miembros sobre mediación familiar, previamente se menciona la Recomendación del Consejo de Ministros Europeo del año 1986 a los Estados miembros sobre medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva de los tribunales, y donde se establecía, entre otros, el objetivo de promover la solución amistosa de los conflictos ante el orden judicial, antes o durante el proceso judicial. Entre las ventajas que reporta la mediación familiar a las partes como procedimiento de solución de conflictos se señalan la sencillez, rapidez y ahorro de costes que supone un proceso judicial, y respecto de la Administración de Justicia, también reporta beneficios en la medida que evita o reduce el número de litigios tanto en la fase declarativa como en la ejecutiva. A estos efectos, la derivación a mediación que propongan los jueces y magistrados, las consecuencias que sobre el proceso judicial produzca el inicio de un procedimiento de mediación familiar, o la eficacia dentro de un proceso judicial de los acuerdos alcanzados a través de la mediación, quedan sometidos a la regulación de la correspondiente normativa estatal. La mediación como instrumento informal de solución de conflictos no puede estar regida por rígidas reglas procedimentales, por lo que la ley solo contiene unas normas mínimas de funcionamiento, que sirven para garantizar al menos los principios esenciales de la mediación. La mediación familiar se define en el artículo 2 de la ley como un procedimiento extrajudicial y voluntario de solución de conflictos donde interviene un tercero imparcial, o mediador, que «informa, orienta y ayuda a las partes en conflicto para facilitar el diálogo y la búsqueda de un acuerdo duradero y estable con el fin de evitar un procedimiento judicial, poner fin al iniciado o reducirlo»[750]. Entre los principios rectores y garantías de la mediación destaca el de inmediación, que obliga a las partes y al mediador a asistir personalmente a las reuniones sin que puedan valerse de representantes; se exceptúa si las circunstancias así lo demandan, y de forma excepcional. En cuanto a las formas de inicio de la mediación, la ley recoge en su artículo 10 la doble modalidad de poder iniciarse de mutuo acuerdo por las partes, o a iniciativa de una de ellas con el consentimiento de la otra, o a propuesta de la autorización judicial. En el artículo 12 sobre la «Reunión inicial informativa», se recoge como deber para el mediador la obligación de «someter a un letrado la redacción de los acuerdos finales»[751], y para el caso de que alguna de las partes renunciara durante la actuación de mediación a un derecho legítimamente reconocido, deberá requerirse igualmente la asistencia de letrado. En esta primera reunión inicial el mediador deberá informar, entre otros extremos, a las partes de la garantía plena de sus derechos procesales. El artículo 16, en relación a los preacuerdos

[750] Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar, publicada en BOPA, 9 de abril de 2007, p. 6271.
[751] *Ibid.*, p. 6272.

que pudieran afectar a los hijos y a los incapacitados judicialmente, establece que deberá darse trámite de audiencia y, cuando las partes consideren conveniente, al resto de los miembros de la familia.

2.4.8. Ley/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar del País Vasco

En la Exposición de motivos, la mediación familiar en Europa, como procedimiento de resolución extrajudicial de conflictos, se inscribe plenamente en el contexto de mejora de acceso a la justicia, «pretendiendo fundamentalmente la optimización de recursos. Desempeñan un papel complementario y/o alternativo en relación a los procedimientos jurisdiccionales, en la medida en que se adaptan mejor a algunos conflictos, porque favorecen el diálogo entre las partes»[752], y deben ser desarrollados con calidad, conforme dispone la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre las medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los tribunales, R (86) 12. Se concibe la mediación como «un instrumento al servicio de la paz social» al amparo de la Recomendación de la Comisión Europea de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros, R (98) 1, sobre la mediación familiar, y del *Libro Verde* de 19 de abril de 2002 sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. Las partes cobran protagonismo en la mediación porque al comenzar un camino de aproximación son ellas las que desempeñan un papel activo al tratar de descubrir la solución que más les conviene. Cuando las partes logran alcanzar un acuerdo este enfoque consensual incrementa las posibilidades de mantener relaciones. Estas recomendaciones, de carácter informativo, sientan las bases del régimen jurídico de la mediación, que, por sus características de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, ofrece nuevas modalidades ágiles y flexibles de recomposición de discordias, y posibilita resolver la problemática que surge en el ámbito de las relaciones familiares con soluciones apropiadas. Se resalta la participación directa de las partes en la búsqueda de las soluciones a los conflictos familiares, lo que favorece la comunicación entre los distintos miembros de la familia, al tiempo que reduce la conflictividad entre las partes y el tiempo necesario para su resolución. En consecuencia, «se puede afirmar que la mediación debe facilitar la consecución de arreglos viables y recíprocamente aceptables, fomentando asimismo el mantenimiento de las relaciones futuras entre las partes»[753]. En la Comunidad Autónoma del País Vasco existe una cultura y praxis de resolución de los

[752] Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar en el País Vasco, publicada en BOPV núm. 2008034, 18 de febrero de 2008, p. 3207.
[753] *Idem*.

conflictos familiares a través del diálogo, fruto de haber trabajado, desde los años noventa, no solo en el sector público sino también desde la iniciativa social, en experiencias pioneras en mediación familiar, lo que ha contribuido de forma eficaz a prevenir y reducir las situaciones de conflicto familiar. Es destacable cómo, en el artículo 1 de la ley que regula su objeto, la mediación familiar y de las personas que trabajan en ella, esta se concibe como un derecho, la existencia de los servicios de mediación familiar como un deber. Y en ese mismo artículo se define la mediación como un «procedimiento dialogado», de carácter voluntario, donde uno o más profesionales, especializados en mediación, actúan de forma imparcial, y sin facultad decisoria alguna, «ayudan y orientan a las partes en cuanto al procedimiento dialogado necesario para encontrar soluciones aceptables que permitan concluir su conflicto familiar»[754]. Se incluye el concepto de mediación familiar integral para definir la actuación coordinada con el resto de servicios sociales y con otros servicios del sistema de protección social, en todos aquellos ámbitos necesarios para la atención de conflictos que surgen entre los miembros de una familia o grupo de convivencia. El artículo 7 se dedica a la naturaleza de la mediación y la define: «es una actuación basada en la autonomía de la voluntad»[755], puesto que son las personas quienes, por propia iniciativa, tienen que solicitarla, y también porque pueden en cualquier momento manifestar que desisten de la misma. El objeto de esta actuación es ayudar a las partes a que encuentren una solución dialogada que ponga fin al conflicto que les afecta. A los principios rectores de la mediación familiar comunes, como son el de *voluntariedad*, *confidencialidad*, *imparcialidad*, *neutralidad* o *inmediatez*, se añaden otros, como son el principio de *transparencia*, que se refiere al deber de informar a las partes sobre las características del procedimiento y su funcionamiento, el alcance del mismo, sus consecuencias, y el valor de los acuerdos que pudieran alcanzarse; el de *respeto al derecho*, que prohíbe la utilización de la mediación para contravenir la legislación, o evitar fraudulentamente su aplicación, ni tampoco puede limitar el acceso a la justicia si así lo pidiera alguna o todas las partes; el principio de *flexibilidad*, debate contradictorio, y el de *buena fe*. El capítulo V regula los aspectos procedimentales de la mediación, donde se establece que, sin perjuicio del derecho a la tutela judicial efectiva, el procedimiento de la mediación podrá iniciarse antes del comienzo del proceso judicial, durante su tramitación, o una vez concluido, por resolución judicial firme. En el supuesto de acudir a la mediación una vez iniciado el proceso judicial, se acreditará ante la persona mediadora la suspensión del proceso de mutuo acuerdo.

[754] *Ibid.*, p. 3210.
[755] *Ibid.*, p. 3214.

2.4.9. Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía

En la Exposición de motivos, la ley configura la mediación como «un procedimiento de gestión de conflictos en el que las partes enfrentadas acuerdan que una tercera persona cualificada, imparcial y neutral les ayude a alcanzar por sí mismas un acuerdo»[756], lo que les posibilita resolver el conflicto sin necesidad de acudir a ninguna instancia judicial. La especial naturaleza de los conflictos familiares, donde las partes implicadas deben seguir, por lo general, manteniendo relaciones más allá del conflicto, requiere que la solución del mismo implique la conservación de las relaciones, propósito que no garantizan los juzgados, por abordar los asuntos desde un carácter exclusivamente tradicional. La mediación se presenta como «pieza clave para potenciar el bienestar del grupo familiar»[757], un recurso que permite a las personas afrontar situaciones de separación, divorcio, continuidad de funciones parentales, u otras de conflictividad intrafamiliar con garantías de solución. En el artículo 2 de la ley se define la mediación familiar como un procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos, no violentos, que pueden surgir entre los miembros de una familia o grupo de convivencia, mediante la intervención de un tercero, profesional especializado, sin capacidad de decisión sobre el asunto, que «les asista facilitando la comunicación, el diálogo y la negociación entre ellos y ellas, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas en torno a dicho conflicto»[758]. La finalidad que persigue la mediación es que las partes alcancen acuerdos equitativos, justos, estables y duraderos, y que eviten con ello el inicio de procedimientos judiciales o posibiliten la resolución de los ya iniciados.

2.4.10. Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Comunidad Autónoma de Cataluña

La introducción de la mediación familiar en España, como institución jurídicamente normada, proviene de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, que pretendía hacer prevalecer las soluciones pacíficas mediante el acuerdo de las partes en conflicto, devolviendo a las partes el poder de decisión. Esta ley del año 2001 fue sustituida por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Comunidad Autónoma de Cataluña, en cuyo preámbulo se explica que nace de la necesidad de Cataluña de actualizar su legislación, en una segunda fase de

[756] Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, publicada en BOJA núm. 50, 13 de marzo de 2009, p. 7.
[757] *Idem*.
[758] *Idem*.

implantación de la mediación, inscribiéndose en una corriente europea de actualización de leyes de mediación.

Comienza con una reseña de la hasta entonces normativa vigente, la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar en Cataluña, que significó toda una innovación en el ámbito del derecho de familia, al introducir la mediación como solución pacífica de conflictos familiares, en un momento donde no existía una práctica generalizada en el resto de España. Esta Ley 1/2001 cumplió el compromiso asumido por el legislador en la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, y con la Recomendación (1998) 1 sobre mediación familiar del Comité de Ministros del Consejo de Europa, donde se instaba a los Estados miembros a instituirla y potenciarla, objetivo que se incardina con la tradición catalana de prevalecer las soluciones logradas a partir del acuerdo de las partes en conflicto. Los factores que motivan la actualización de la Ley 1/2001 son tres: volcar la experiencia obtenida con la implantación de la mediación familiar, la publicación de la Recomendación (2002) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y la publicación del *Libro Verde* sobre modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, y, por último, la modificación de la LEC en materia de separación y divorcio, que establece específicamente la mediación familiar en el ámbito de los procedimientos de familia. Por otro lado, se deja constancia de que existen determinados conflictos surgidos en el ámbito de las comunidades y organizaciones que estructuran de forma primaria la sociedad, que no pueden quedar fuera del ámbito de la nueva ley. La mediación comunitaria, social o ciudadana se ha demostrado eficaz para resolver problemas que afectan a personas que deben seguir relacionándose.

La finalidad buscada con la mediación de evitar la judicialización de determinados conflictos no está pensada en la necesidad de agilizar la carga de trabajo de los tribunales, sino que tiene una razón intrínseca y esencial, y es «fundamentalmente, la de hacer posible la obtención de soluciones responsables, autogestionadas y eficaces a los conflictos, que aseguren el cumplimiento posterior de los acuerdos y que preserven la relación futura entre las partes»[759]. De lo que se deduce que la pieza clave del sistema de mediación es la preparación técnica de la persona mediadora.

Se entiende por mediación, según reza el artículo 1 de la ley, «el procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que las afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral»[760]. También se define como método de gestión de conflictos al describir cuál es su

[759] Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, publicada en BOE núm. 198, 17 de agosto de 2009, p. 3.
[760] *Ibid.*, p. 5.

finalidad en relación a los procesos judiciales, evitarlos, ponerles fin o reducir su alcance. Su artículo 2 especifica las materias que comprende la mediación familiar ampliando su objeto a cualquier otro conflicto en el ámbito del derecho de la persona y de la familia susceptible de ser planteado judicialmente, y donde se incluye, por ejemplo, en la letra r): «Los conflictos de relación entre personas surgidos en el seno de la empresa familiar». Además, la mediación civil que regula la ley comprende conflictos en el ámbito de las asociaciones y fundaciones, de la propiedad horizontal, cualquier otro conflicto de carácter privado donde las partes deban mantener relaciones personales, si evita con ello el inicio de un pleito o puede favorecer la transacción.

2.4.11. Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears

En la Exposición de motivos se integra la mediación familiar en el sistema de servicios sociales, y se presenta como un «instrumento que posibilita la conciliación de manera amistosa en los conflictos que puedan surgir en el seno de la familia para preservar su estabilidad»[761]. El parlamento de las Illes Ballears aprobó la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar, donde estaba configurada como un contrato de mediación, de carácter privado, no considerándola un servicio público. Se define la mediación como «un procedimiento que consiste en la intervención de terceras personas imparciales y expertas que ayudan a las partes a conseguir por sí mismas soluciones amistosas en sus conflictos»[762]. En su artículo 1, al regular el objeto de la ley, se reconoce la mediación familiar como un derecho, y la prestación de los servicios de mediación familiar un deber de las Administraciones públicas de las Illes Balears; se define la mediación desde su finalidad, y así, se describe «como método de gestión pacífica de conflictos, pretende evitar que se abran procesos judiciales, poner fin a los que se hayan iniciado o reducir su alcance»[763], donde se cuenta con la asistencia de profesionales cualificados, imparciales y neutrales, que median entre los sujetos del conflicto «para posibilitar vías de diálogo y obtener acuerdos justos, duraderos y estables»[764]. Los asuntos que pueden someterse a mediación familiar son siempre materias de derecho civil, que sean disponibles por las partes con arreglo al mismo, y que sean susceptibles de ser planteadas en un proceso judicial. Entre las obligaciones del mediador y de los sujetos de la parte familiar en conflicto que se regulan en su artículo 8, destaca, en relación a los primeros: «c) Informar y motivar suficientemente a todos los sujetos de la parte familiar

[761] Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears, publicada en BOE núm. 16, 19 de enero de 2011, p. 6169.
[762] *Ibid.*, p. 6170.
[763] *Ibid.*, p. 6172.
[764] *Idem*.

para concluir los acuerdos que pongan fin al conflicto»[765], y para los segundos «b) Colaborar y participar activamente a lo largo del proceso de mediación. Valorar las opciones generadas en el proceso con la finalidad de llegar a acuerdos». Más adelante, en su artículo 17 referido a los acuerdos y sus efectos, se especifica que deben ser producto de las diversas opciones planteadas y generadas en el marco del proceso de la mediación.

2.4.12. Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón

El preámbulo de la ley refiere la necesidad de instrumentalizar métodos alternativos de resolución de conflictos a la vía judicial, para dar respuesta a la abundante y diversa problemática que surge en la familia, institución social básica y viva, donde no siempre pueden resolverse dentro de su ámbito. Estos métodos alternativos se van imponiendo como métodos prioritarios. El sistema tradicional de recurrir a los tribunales de justicia para dirimir disputas que tienen su origen en problemas familiares no ha resultado eficaz para apaciguarlos, por lo que se buscan otras modalidades vinculadas a la voluntariedad y al consenso entre las partes, desligándose de la imposición de la solución, y su aceptación. La mediación familiar potencia las posibilidades de actuación de las personas «favoreciendo el diálogo, el acercamiento y la comprensión, para llegar a soluciones pactadas por las partes que al final suponen un mayor beneficio para todos los miembros de la familia, sobre todo para los menores y las personas más vulnerables»[766]. Se menciona como precedente, entre otras leyes autonómicas, la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, aprobada por las Cortes de Aragón, como de especial importancia para la figura de la mediación, al señalar en su preámbulo que la mediación es «un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura»[767]. Se precisa el reconocimiento de la mediación intrajudicial que coexiste junto a la extrajudicial, como instrumento de apoyo y colaboración a la labor jurisdiccional desarrollada por los juzgados y tribunales de justicia. El artículo 770 y ss. de la LEC[768] prevé en las demandas de separación y divorcio que las partes, de común acuerdo, puedan solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación. Asimismo, el juez podrá decretar la suspensión de actuaciones si, una vez iniciado el proceso de nulidad, separación o divorcio, advierte que existen posibilidades reales de que las partes puedan alcanzar un acuerdo; para que pueda valorar el juez estas posibilidades es importante que

[765] *Idem*.
[766] Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón, publicada en BOE núm. 115, 14 de mayo de 2011, p. 49 062.
[767] *Ibid.*, p. 49 063.
[768] Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7, 8 de enero de 2000.

cuente con un coordinador de mediación que las explore y emita un informe. El objeto de la ley y el concepto de la mediación de la ley, según lo dispuesto en sus artículos 1 y 2, es regular la mediación familiar en Aragón como un servicio social especializado, definiendo la mediación como aquel servicio social que consiste en «un procedimiento extrajudicial y voluntario para la prevención y resolución de conflictos familiares en el ámbito del derecho privado»[769], donde la persona mediadora informa, orienta y asiste a las partes implicadas en el conflicto de forma neutral, imparcial y confidencial, para facilitar la comunicación y el diálogo entre ellas, con el fin de promover la toma de decisiones consensuadas. El ámbito de la mediación abarca cualquier conflicto familiar surgido en el área del derecho familiar incluyendo, entre otras, las problemáticas referidas al derecho civil patrimonial o a la empresa familiar, o cuestiones relacionadas con las sucesiones por causa de muerte, siempre que sea susceptible de ser planteada judicialmente. Se puntualiza que el proceso de mediación velará sobre todo por el interés superior de los menores de edad, y protegerá a las personas con discapacidad o a aquellas en situación de dependencia.

2.4.13. Ley 1/2011, de 28 de marzo, de mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria

La finalidad de la ley, además de regular la mediación en Cantabria, es la de facilitar el acceso a la ciudadanía a modalidades alternativas de solución de conflictos, y fomentar su resolución amistosa, promoviendo el uso concreto de la mediación. El artículo 2 define el concepto de mediación como «aquel procedimiento estructurado en el que dos o más partes en un conflicto o litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su controversia, con la asistencia de un mediador profesional». La mediación pretende evitar el inicio de un pleito, finalizar el ya comenzado, o reducir sus consecuencias.

2.5. La creación del Foro para la mediación

Mediante la Orden JUS/57/2019, de 22 de enero, se creó el Foro para la mediación como un espacio de participación y diálogo con la sociedad civil, donde se promueva el debate y el intercambio de información con los diferentes sectores civiles y profesionales implicados en la actividad mediadora. Son objetivos del Foro servir como medio para canalizar las propuestas de cada uno de los sujetos relacionados con la mediación, al tiempo que para potenciar la mediación como institución complementaria de la Administración de Justicia.

[769] Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón, publicada en BOE núm. 115, 14 de mayo de 2011, p. 49 065.

El Foro para la mediación se constituye como órgano colegiado, con el carácter de grupo de trabajo de los previstos en el artículo 22.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y dependerá de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, sin que sus acuerdos tengan efectos directos frente a terceros. Está integrado por treinta vocales: catorce en representación del Ministerio, dos designados por el Consejo General del Poder Judicial y catorce en representación de la sociedad civil.

Las funciones que desarrolla el Foro para la mediación son las siguientes: (i) asesorar al Ministerio de Justicia en el diseño, desarrollo e implantación de mecanismos de mediación en el marco normativo español; (ii) contribuir a la evaluación y seguimiento en la aplicación de la normativa de mediación; (iii) efectuar propuestas en materia de mediación; (iv) proponer medidas de educación que tengan como objetivo informar, orientar y sensibilizar a la sociedad sobre los valores de la mediación; (v) proponer medidas formativas a fin de mejorar la calidad de los servicios de mediación; (vi) impulsar la coordinación entre la iniciativa pública y privada en materia de mediación; (vii) aprobar, en su caso, su reglamento interno de funcionamiento; y (viii) potenciar el intercambio y la difusión de buenas prácticas de mediación[770].

2.6. El Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia

El Consejo de Ministros aprobó con fecha 15 de diciembre de 2020 el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia como un instrumento integrado dentro de la Estrategia Justicia 2030 y enmarcado y conectado con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y el Plan de la Unión Europea Next Generation[771].

El Anteproyecto tiene como fin dar una respuesta a los desafíos surgidos como consecuencia de la pandemia de la Covid-19 después de su ingente impacto en la economía, vida social y empresarial, para lo cual se necesita adaptar las estructuras de la justicia.

El primer gran bloque de reformas del Anteproyecto se propone insertar los medios adecuados de solución de controversias (en adelante, MASC) en el ordenamiento jurídico «al lado de la propia jurisdicción», como una medida, no solo circunstancial para paliar la ralentización judicial y el incremento de la litigiosidad que provocará la pandemia de la Covid-19, sino como un requisito imprescindible para consolidar un servicio público de justicia que sea sostenible. En el punto de mira está la recuperación de la capacidad

[770] BOE núm. 26, 30 de enero de 2019, sec. I, pp. 8068- 8070.
[771] Nota de prensa del Ministerio de Justicia de 15 de diciembre de 2020, p. 1.

negociadora de las partes, introduciendo mecanismos que eviten la confrontación y crispación de las relaciones sociales acompañados de medidas eficaces que no los reduzcan a un mero requisito burocrático. En este sentido se debe potenciar la mediación, que desde la entrada en vigor de la Ley 5/2012, de 6 de julio, no ha obtenido el arraigo social y el potencial esperado, al tiempo que se da entrada a otros mecanismos ya experimentados en el derecho comparado.

Se establece un catálogo amplio de MASC que se podrán utilizar por las partes a fin de favorecer su libre elección. Así, se establecen: la actividad negocial, la conciliación privada, la oferta vinculante confidencial, la opinión del experto independiente, la mediación, además de cualesquiera otros procedimientos previstos en la legislación especial, como sucede en materia de consumo[772].

La mediación seguirá regulada mediante la Ley 5/2012 y el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, que la desarrolla en algunos aspectos, y en su caso por la legislación autonómica que resulte de aplicación, si bien es objeto de modificación en distintas materias como plazos de prescripción y caducidad, su conexión con el requisito de procedibilidad, la asistencia letrada, la sesión inicial y la derivación judicial.

El título I del Anteproyecto de Ley se dedica a la regulación de los MASC que el servicio público de justicia deberá ofrecer a la ciudadanía para gestionar del modo más adecuado sus problemas, todo ello como una forma de administrar justicia distinta a la contenciosa, denominada en filosofía del derecho «justicia deliberativa». Así, este primer título contiene una parte general dedicada al concepto y caracterización de los MASC, otra a la asistencia letrada a las partes cuando participan en estos medios, y la última referida al ámbito de su aplicación.

El objetivo de los MASC es recuperar la capacidad negociadora de las partes, de manera directa, por ellas mismas o ante un tercero neutral. El Anteproyecto regula la implantación de los MASC en los asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, sin perjuicio de que en el futuro puedan extenderse a otros ámbitos. Para potenciar de manera decidida la utilización de los MASC, deberá acompañar a la demanda el documento que acredite haberse intentado la actividad negocial con carácter previo a la vía judicial como requisito de procedibilidad.

Una de las grandes novedades de la norma es la validez y eficacia que tendrá el acuerdo alcanzado a través del MASC, que será exactamente el mismo que si fuera resuelto por un juez, de cosa juzgada para las partes, no pudiendo presentar demanda con igual objeto. Para que tenga valor de título ejecutivo, el acuerdo habrá de ser elevado a escritura pública o estar homologado judicialmente cuando proceda. Solo puede

[772] Exposición de motivos del Anteproyeto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, pp. 1-5.

impugnarse el acuerdo ejercitando una acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

Se introduce en el Anteproyecto el concepto de «abuso del servicio público de Justicia», como utilización indebida del derecho fundamental de acceso a los tribunales con fines meramente dilatorios cuando las pretensiones formuladas por las partes carezcan notoriamente de toda justificación. Esta noción de abuso se une a la conculcación de las reglas de la buena fe procesal previstas en la LEC.

La parte final contiene once disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales. De entre ellas, destacan la disposición adicional tercera, que contiene las previsiones sobre el futuro Estatuto del tercero neutral interviniente en los MASC, y la disposición adicional cuarta, que avanza la organización de las unidades de medios adecuados de solución de controversias que existirán en los distintos Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales o Decanatos de los juzgados unipersonales. Estas unidades se encargarán de informar a los ciudadanos y profesionales acerca de los MASC, y también ayudarán a los distintos órganos judiciales sobre la conveniencia de la derivación de un determinado caso a una actividad negocial y, sobre cuál resulta, según los indicadores y características del conflicto la más apropiada.

En la actualidad el trámite de audiencia e información pública del Anteproyecto iniciado el día 18 de enero de 2021 ha finalizado, y continúa el procedimiento previsto de elaboración de la norma al objeto de que pueda volver al Consejo de Ministros para su aprobación como Proyecto de Ley. En esta nueva fase, el centro directivo competente ha recabado los informes y dictámenes preceptivos, además de cuantos estudios y consultas estime convenientes, para garantizar el acierto y la legalidad del texto, conforme dispone la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

3. CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO: LA MEDIACIÓN ES UN ESPACIO DE JUSTICIA.

En este breve apartado que se incluye al final del capítulo segundo, al igual que se replicará en los tres capítulos siguientes, se exponen los resultados del objeto de investigación, que en lo que a este se refiere se resume en postular que mediación forma parte jurídicamente del «espacio de justicia europeo», dotándola con ello de una identidad específica en relación a la justicia.

La mediación está vinculada a la justicia, no solo porque auxilia o complementa a la Administración de Justicia, sino porque es justicia en sí misma, una justicia privada y autocompositiva. El itinerario jurídico del desarrollo de la mediación en la UE, incluso antes de su inicio, ya en los Tratados de Maastricht y Ámsterdam, proporciona una razón para

definir la mediación como un «espacio de justicia». El marco legal europeo, desde su inicio y hasta el momento actual, configura la mediación integrándola en el «espacio de justicia europeo», formando parte del mismo.

En el entorno europeo, el auge que ha experimentado la mediación en las últimas décadas no es pasajero, ni responde a un hecho accidental, ni tampoco obedece a un fenómeno que se haya puesto de moda. El renovado interés suscitado por la mediación en nuestros días es consecuencia inmediata de la expresa voluntad de la UE, una de sus prioridades materializada entre sus objetivos, y que se ha concretado en el mandato a sus organismos públicos de promoverla, y de insertarla como uno de los mecanismos de creación del denominado «espacio de libertad, seguridad y justicia» europeo.

En Europa, la mediación contemporánea se encuentra, en su origen, enraizada en los cimientos de la constitución de la Comunidad Europea; su existencia se vislumbra, potencialmente, en los Tratados de la UE de 1992, Maastricht, y 1997 de Ámsterdam. El desarrollo legislativo de la mediación y su implementación en la vida de los ciudadanos es un objetivo preferente de la UE.

La mediación, en la UE y en España, por su condición de Estado miembro, está inserta, *ab initio*, en el denominado «espacio de libertad, seguridad y justicia» al formar parte, como objetivo, de múltiples acciones y decisiones específicas de los organismos europeos destinadas para su conformación y desarrollo.

Este «espacio de libertad, seguridad y justicia» pertenece a los ciudadanos, no a las instituciones, pero solo puede lograrse mediante la implicación del conjunto de instituciones de la UE, y de forma individual, de sus Estados miembros. No se construye desde la nada, sino que está cimentado sobre el patrimonio europeo de sus tradiciones democráticas y concepciones del Estado de derecho; los tres conceptos, libertad, seguridad y justicia, aun siendo dispares, se necesitan pues su cumplimiento es conjunto, no hay plena realización de uno de ellos sin los otros dos, y están unidos por un mismo denominador común, las personas.

Constituye un objetivo de la UE conseguir que el «espacio de libertad, seguridad y justicia» esté presente en la vida cotidiana de los ciudadanos. La mediación, como «espacio de justicia», no está cimentada, en consecuencia, sobre un artificio, sino que participa de todo el acervo de las tradiciones democráticas de la UE, tiene como fundamento a la persona y su fin es mejorar la vida diaria de los ciudadanos.

La mediación, por razones legislativas, es decir, por sus antecedentes normativos y marco legal, y atendiendo al propósito con el que ha sido incluida en el ámbito de la justicia de ese nuevo «espacio» comunitario, forma parte de una de las competencias de actuación de la UE, la «cooperación en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior», prevista en el título VI del Tratado de Maastricht. Estas competencias de actuación están clasificadas en tres grandes grupos, y son conocidas de forma coloquial como los «tres

pilares» de la UE, refiriéndose así a sus distintos ámbitos y modos de intervención. La competencia sobre la cooperación reforzada en los ámbitos de justicia y asuntos de interior constituye el «tercer pilar» de la UE.

La propuesta de cooperación para el «tercer pilar» tiene como objeto facilitar que la UE se convierta con más celeridad en un «espacio de libertad, de seguridad, y de justicia». La UE tiene asignado en el Tratado de Maastricht el cometido de elaborar una acción común en esos dos ámbitos, el de justicia y asuntos de interior, recurriendo para ello a un método de carácter intergubernamental, al objeto de ofrecer a los ciudadanos un nivel elevado de protección dentro de un «espacio de libertad, seguridad y justicia». La cooperación en los ámbitos de justicia y asuntos de interior se compone tanto de acuerdos operativos como de instrumentos legislativos, resultando la mediación ser un producto de esos instrumentos legislativos.

La mediación, en este sentido, pertenece al «espacio de justicia» europeo por derecho propio, como un instrumento más, y entre otros, para hacer justicia; una modalidad de justicia privada, administrada por y para la persona. Conforme dispone el Tratado de Ámsterdam, el «espacio de justicia» busca proporcionar a los ciudadanos un sentimiento común de justicia en toda la Unión. La justicia se considera como un factor que facilita la vida ordinaria de las personas, y se enfrenta a quienes amenazan la libertad y seguridad de los individuos y de la sociedad.

Para hacer realidad este objetivo de justicia, resulta imprescindible que el acceso a la justicia y la cooperación judicial sean plenos, pues ambos desarrollos contribuyen a la configuración del «espacio europeo de libertad, seguridad y justicia». En cuanto al «espacio de justicia», el objetivo es garantizar una igualdad en el acceso a la justicia de los ciudadanos europeos, y facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales; en materia civil, la cooperación judicial debe perseguir la simplificación del entorno de los ciudadanos europeos, donde coexisten diferentes leyes y jurisdicciones.

En este contexto, el acceso a la justicia no es considerado en su sentido estricto, es decir, como acceso a los tribunales de justicia, sino como el ejercicio práctico de los derechos de la persona a obtener justicia. La mediación, como método de resolución de litigios, proporciona un acceso a la justicia tanto a la persona, como a las empresas y otras entidades.

El concepto de justicia incluye la promoción del acceso de los particulares y demás entidades a los distintos procedimientos extrajudiciales adecuados para la resolución de sus conflictos, como lo es la mediación, y no solo refiere, por tanto, al acceso al sistema público judicial. Es decir, se puede acceder a la justicia bien acudiendo a los tribunales de justicia o bien recurriendo a un procedimiento de mediación, ambos son formas distintas de hacer justicia; el derecho a acudir a la mediación, si no termina en un acuerdo

satisfactorio para las partes, no menoscaba ni perjudica el derecho a obtener una tutela judicial efectiva de los tribunales de justicia.

Por tanto, uno de los objetivos clave de la política de la UE para establecer un «espacio de libertad, seguridad y justicia» es mejorar el acceso a la justicia para que ciudadanos y empresas no se vean impedidos, ni disuadidos, de ejercitar sus derechos por la incompatibilidad o complejidad de los sistemas legislativos y administrativos de los Estados miembros.

Ha sido en materia de consumo donde la UE materializó por primera vez este sentido del concepto de acceso a la justicia, identificándolo con el ejercicio de un derecho fundamental de la persona, el derecho del consumidor a la justa reparación del daño causado, mediante la celebración de procedimientos rápidos, eficaces y poco costosos, distintos del proceso judicial. El acceso a la justicia del consumidor constituye el corolario de los derechos sustanciales que el ordenamiento jurídico le otorga. Es necesario garantizar que el consumidor pueda hacer valer sus derechos, mediante el uso de procedimientos extrajudiciales, para el supuesto de verlos vulnerados.

Como medida de la Unión Europea, el Plan de acción del Consejo y de la Comisión denominado Plan de acción de Viena, de 3 de marzo de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de una zona de libertad, seguridad y justicia, concretizó estos tres conceptos y definió los objetivos prioritarios para implementarlos en los años siguientes, figurando entre ellos la mediación, especialmente para los conflictos familiares. En el siguiente Consejo, Tampere de 1999, se fijó como medida, la instauración, en los Estados miembros, de procedimientos extrajudiciales alternativos, como la mediación, al objeto de tramitar de forma simplificada y acelerada litigios relativos a consumidores, los de índole mercantil o de menor cuantía, los de pensión alimentaria y reclamaciones sin oposición.

A partir de ese momento la mediación, como método de resolución de conflictos, y como objetivo para asegurar el acceso a la justicia, figura en las actualizaciones del «sistema de marcador», ideado para supervisar el progreso en la creación del «espacio de libertad, seguridad y justicia» y como una herramienta útil para lograr los objetivos propuestos a través de acciones o medidas. Ejemplos de estas medidas propuestas fueron las normas mínimas de calidad sobre sistemas alternativos de solución de conflictos (COM 167 de 24 de marzo de 2000), la red extrajudicial europea (EEJ-Net) para litigios de consumidores (COM 782 de 30 de noviembre de 2000), o el *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, aprobado en el año 2002, donde se establecieron las normas mínimas de calidad de las modalidades alternativas de solución de conflictos distintas al arbitraje, en materia de derecho civil y mercantil.

El marco jurídico estable y fiable que la UE ha otorgado a la mediación contribuye a situarla en pie de igualdad con el proceso judicial. La mediación, como método de solución de conflictos administrada por instancias extrajudiciales, participa del nivel de seguridad que se requiere a la Administración de Justicia, sin necesidad de asimilar las exigencias en estos dos sistemas de justicia. Los principios fundamentales que rigen el procedimiento de la mediación, y la validez jurídica del acuerdo obtenido en ese procedimiento, funcionan como las garantías propias de una «buena justicia».

En la equiparación de la mediación y el proceso judicial como métodos distintos de acceso a la justicia no debe considerarse la mediación como una peor alternativa, sino distinta en sus planteamientos, pero de igual alcance en términos de justicia.

La trasposición de la Directiva por el Estado español en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y el Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación, presentan la mediación como un mecanismo autocompositivo de resolución de conflictos, que es alternativo y complementario a la Administración de Justicia. En España, se silencia, tanto en la ley nacional como en las leyes autonómicas de mediación, al no mencionarla, el origen y la perspectiva de la trayectoria legal, el *iter* jurídico de la mediación, que la ubica formando parte del «espacio de libertad, seguridad y justicia» europeo, perdiendo así la oportunidad de equipararla y promocionarla como otra forma, una más, de hacer justicia en nuestra sociedad contemporánea.

Sin embargo, el reciente aprobado Anteproyecto de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia potencia la funcionalidad de los MASC, entre ellos la mediación, para colocarlos al lado de la propia jurisdicción de los tribunales, como una forma más de administrar justicia, distinta a la contenciosa.

CAPÍTULO TERCERO. CONCEPTO, NATURALEZA PROCEDIMENTAL DE LA MEDIACIÓN, Y METODOLOGÍAS

1. EL CONCEPTO DE MEDIACIÓN

1.1. Delimitación conceptual de la mediación

La práctica de la mediación, afirman Jay Folberg y Alison Taylor, comprende un campo tan extenso que imposibilita una definición estricta, y será la historia de la mediación quien comience únicamente a definir qué es la mediación[773]. El concepto de mediación no es unívoco, en el sentido de afirmar la existencia de una idea única sobre lo que es o definir en qué consiste la mediación entre los distintos autores[774]. Durante muchos años, el estudio de la mediación ha sufrido una imprecisión conceptual y una sorprendente falta de información, y los teóricos de la mediación no pensaban que su campo de estudio fuera susceptible a un análisis sistemático[775]. El modo de conceptualizar la mediación y su defensa como disciplina requiere, al estar en los inicios de su andadura, de un tiempo que aún no ha llegado, pero que se logrará «estableciendo conexiones con otras disciplinas y puntos de encuentro con otras áreas de conocimiento»[776]. En el avance de su delimitación positiva ha contribuido la descripción del fenómeno de la mediación desde diversos espacios y ámbitos[777]. Académicos procedentes de disciplinas tan diversas como la antropología, el derecho, la psicología, la ciencia política, la sociología y otras, han intentado promover nuestra comprensión de la mediación, y sus esfuerzos están plagados de problemas de definición[778]. En este sentido, apunta Pompeu Casanovas que «la construcción jurídica de la mediación tiene que tener en cuenta tanto esta transversalidad como la especificidad de cada dominio particular, y además debe encuadrarse de forma armónica en el ámbito normativo del derecho público y privado que constituye nuestro

[773] FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison: *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio* (trad. Beatriz E. Blanca Mendoza). Ciudad de México: Limusa, 1996, p. 26.
[774] GARCÍA GARCÍA, Lucía: *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 55.
[775] BERCOVITCH, Jacob y Richard JACKSON: *Conflict Resolution in the twenty-first century: Principles, methods, and approaches*, *op. cit.,* p. 33.
[776] CORSÓN PEREIRA, Francisco y Eva GUTIÉRREZ HERNANZ: *Mediación y teoría*, *op. cit.,* p. 37.
[777] VILALTA NICUESA, Aura Esther: «El marco jurídico: derecho comparado», *op. cit.,* p. 146.
[778] BERCOVITCH, Jacob: «International mediation», *Journal of Peace Research*, vol. 28, núm. 1 (1991), p. 3.

marco legal»[779]. Esta tarea puede resultar especialmente ardua para los abogados, pues como los describía Jerold Auerbach en su libro *¿Justicia sin ley?*, son demasiado estrechos de miras y demasiado lentos para apreciar y absorber el conocimiento de otras disciplinas[780].

El lenguaje empleado en la mediación es distinto del empleado en la teoría del derecho, proviene de al menos treinta campos científicos y académicos diferentes (medicina, ciencias políticas y sociales, y la propia práctica de la mediación)[781]. «Si algo debemos tener por cierto es que el futuro de la mediación pasa por la interdisciplinariedad»[782]. Actualmente, estamos ante el paradigma de la complejidad, y las ciencias en desarrollo precisan de intercambios y relaciones, integrando de distintas formas las diversas facetas del ser humano, lo psicológico, biológico, cultural, económico, político, social, histórico, pedagógico, etc., de distintas formas. La interdisciplina implica la aplicación de los fundamentos de una disciplina a otra, una interacción de conocimientos, habilidades, conceptos y principios procedentes de distintos ámbitos del saber y el conocimiento, que amplían la comprensión, la resolución de problemas y el desarrollo cognitivo[783].

Jacobs Bercovitch reivindica que la investigación sobre la mediación internacional es verdaderamente una actividad interdisciplinaria; las contribuciones proceden de diferentes disciplinas y reflejan una diversidad de perspectivas e ideas[784]. «La interdisciplinariedad es un posicionamiento, no una teoría unívoca»[785], afirma Stolkiner, quien concibe la interdisciplina como un «movimiento o tendencia, en configuración, que va de la ciencia poseedora de un objeto y un método, a los campos conceptuales articulados en prácticas sociales alrededor de situaciones problemáticas»[786]. Ese posicionamiento implica reconocer lo incompleto de las herramientas que ofrece cada disciplina; y legitima algo que ya existía previamente, la «multireferencialidad teórica», y las «importaciones de un campo a otro». Francisco Corsón explica que esa

[779] CASANOVAS I ROMEU, Pompeu: *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*, *op. cit.,* p. 434.
[780] FOX JR., William F.: «Justice Without Law? By Jerold S. Auerbach. New York and Oxford: Oxford University Press. 1983. Pp. 182», *op. cit.,* p. 517.
[781] CASANOVAS I ROMEU, Pompeu: *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*, *op. cit.,* p. 434.
[782] CORSÓN PEREIRA, Francisco y Eva GUTIÉRREZ HERNANZ: *Mediación y teoría*, *op. cit.,* p. 75.
[783] *Ibid.*, pp. 149-150.
[784] BERCOVITCH, Jacob: «International mediation», *op. cit.,* p. 6.
[785] STOLKINER, Alicia: «La interdisciplina y salud mental», en IX Jornadas Nacionales de Salud Mental. I Jornadas Provinciales de Psicología Salud Mental y Mundialización: Estrategias posibles en la Argentina de hoy (Posadas, Argentina, 7 y 8 de octubre de 2005), p. 1. En este artículo la autora remite a lo ya publicado en este tema en un trabajo suyo: STOLKINER, Alicia: «De interdisciplinas e indisciplinas», en Nora ELICHIRY (comp.): *El Niño y la Escuela. Reflexiones sobre lo obvio*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1987.
[786] STOLKINER, Alicia: «La interdisciplina y salud mental», *op. cit.,* p. 5.

«multireferencialidad» a la que se refiere Stolkiner consiste en reconocer distintas vertientes teóricas y disciplinarias desde las que abordar una cuestión determinada, reconociendo cómo pueden formar parte de la misma; y que con la importación de saberes se alude a los conocimientos que pasan de una disciplina a otra, incluso atravesando transversalmente distintas disciplinas en cierto momento del conocimiento[787]. La actividad interdisciplinaria, sea de la índole que sea, requiere y se inscribe en la «acción cooperativa de los sujetos»[788]; su razón de ser obedece a la transformación de las formas de representar el pensamiento científico, y su relación con las prácticas solo puede comprenderse en el contexto de las transformaciones y las crisis de un largo periodo. Pese a esa plataforma común existen distintas corrientes sobre la interdisciplinariedad.

La mediación no es una disciplina homogénea, ni está asentada en un cuerpo de conocimientos definitivo; se constituye en una confluencia de perspectivas, que engarzan cada una de ellas con modos singulares de comprender a la persona y sus relaciones, vinculadas a sus ámbitos culturales y de pensamiento[789]. Son los psicólogos, antropólogos, politólogos, filósofos, trabajadores sociales, sociólogos, etc., quienes han escrito y pensado profundamente sobre la mediación y el conflicto; estas múltiples aportaciones han contribuido al desarrollo y enriquecimiento de la disciplina que llamamos mediación, poniendo cada una el foco en aspectos diversos[790]. Desde los años sesenta, han sido especialmente los antropólogos y sociólogos del derecho quienes han señalado las raíces culturales de una estructura triádica: la intervención de un tercero en una controversia, tendente a producir efectos sin ninguna otra arma que la palabra[791].

Al nutrirse de diversas fuentes, la mediación tiene una naturaleza interdisciplinaria, son distintas las ciencias que inciden sobre la mediación que aúnan en ella lo mejor de cada materia, dándole con ello un valor añadido. La aportación de los distintos saberes, lejos de agotar la mediación, contribuye a proporcionarle un cuerpo teórico propio[792]. Ortuño Pascual, como magistrado ponente en una sentencia, afirma de la mediación, al contener elementos extrajurídicos, que posee una naturaleza mixta; el derecho comparado destaca cómo la metodología de la mediación es, en gran parte, y dados los

[787] CORSÓN PEREIRA, Francisco y Eva GUTIÉRREZ HERNANZ: *Mediación y teoría*, *op. cit.,* p. 150.
[788] STOLKINER, Alicia: «La interdisciplina y salud mental», *op. cit.,* p. 5.
[789] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *El contexto ético-filosófico de la mediación y la proyección moral del modelo transformativo*, *op. cit.,* p. 52.
[790] CORSÓN PEREIRA, Francisco y Eva GUTIÉRREZ HERNANZ: *Mediación y teoría*, *op. cit.,* p. 150.
[791] CASANOVAS I ROMEU, Pompeu; Jaume MAGRE y María Elena LAUROBA (dirs.): *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*, *op. cit.,* p. 107. Entre estos antropólogos y sociólogos se señala a: AUBERT, Vilhelm: *Continuity and development in law and society*. Oslo: Norwegian University Press, 1989; NADER, Laura (ed.): *Law in culture and society*. Chicago: Aldine, 1969; GULLIVER, Phillip H.: *Disputes and negotiations: A cross cultural perspective*. Nueva York (Estados Unidos): Academic Press, 1979.
[792] COBAS COBIELLA, María Elena: «Resolución extrajudicial de conflictos en la era de la modernización de la justicia. Algunas reflexiones sobre la mediación», *op. cit.,* p. 13.

importantes elementos incorporados de otras ciencias sociales, como la psicología y la teoría social de la gestión positiva, ajena al derecho[793].

La mediación, como método de resolución de conflictos, se ha desarrollado en ámbitos muy dispares, y ha contado con la incorporación de profesionales que provienen de múltiples disciplinas; esta circunstancia ha propiciado que la mediación sea una intervención con una identidad interdisciplinar particular, y probablemente este sea el factor que haya incidido en la escasez de propuestas para la construcción de modelos teóricos específicos que den sustento a su práctica, y uno de los motivos por los que en muchas ocasiones la mediación sea identificada únicamente como un proceso basado en una mera sucesión de fases y técnicas[794].

Luis M. Rondón, en una aproximación conceptual, explica que la mediación, al tratarse de una actividad profesional de reciente aparición, aún no tiene homogenizados los conceptos clave para entender su epistemología; existe una dispersión de acepciones y diversidades etimológicas; el concepto de la mediación es un término polisémico, que cuenta con una multiplicidad de significados, matices, especificidades y campos de intervención, que expresan de manera diferente la naturaleza de la mediación[795].

John Haynes defendió la elaboración de una teoría de la mediación pura, si bien reconocía las influencias recibidas del campo de la terapia y de la ley, situándola como la tercera pata de un taburete, de igual valor, pero en última instancia independiente y separada de ambas teorías; solía repetir el dicho de que «no hay nada más práctico que una buena teoría»[796].

El doble desafío que suponía definir y afianzar los fundamentos teóricos y desarrollar nuevas metodologías, conforme la mediación fue adquiriendo consistencia institucional y clamor social, lo asumieron los mediadores profesionales desde sus conocimientos y experiencia, lo que explica que el resultado obtenido sean diferentes acepciones sobre su esencia, «un conglomerado de múltiples perspectivas sobre mediación, entre las que más allá de reconocerse un cierto aire de familia, no existía, y aún hoy no existe una coherencia conceptual»[797]. Las distintas definiciones sobre la esencia de la mediación son una prueba de ello. La mediación viene definida o descrita como un «procedimiento», un «proceso», un «mecanismo». También se emplean otros términos y expresiones para definir o describir el fenómeno de la mediación, si bien no cuentan con la

[793] Sentencia núm. 132/2007, de 21 de febrero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª.
[794] BOLAÑOS CARTUJO, José Ignacio: «Mediación transicional», *Portularia*, vol. 7, núms. 1-2 (2007), p. 62.
[795] RONDÓN GARCÍA, Luis Miguel (coord.): *Bases para la mediación familiar*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2012, pp. 30-32.
[796] HAYNES, John Michael; Gretchen L. HAYNES y Larry Sun FONG: *Mediation: Positive conflict management*. Nueva York (Estados Unidos): State University of New York Press, 2004, p. 15.
[797] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 41.

misma implantación, como son «actividad», «acción», «medio», «método», «forma de autocomposición asistida», «técnica», «institución», «sistema», o «acuerdo o avenencia»[798].

Folberg y Taylor consideran que la forma más útil de observar la mediación es considerarla como «una intervención de solución de problemas dirigida a una meta»[799], siendo su propósito: (i) resolver desavenencias y reducir el conflicto, (ii) así como proporcionar un foro para la toma de decisiones. Christopher Moore, al describir cómo funciona la mediación, la define en esos mismos términos como: «la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral, que carece de un poder autorizado de decisión, para ayudar a las partes en disputa, a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable»[800].

Algunas de las conceptualizaciones de la mediación la definen como «un instrumento de solución de conflictos intersubjetivos o sociales que se fundamenta en la intervención de terceros que ayudan a las personas enfrentadas a encontrar y alcanzar entre ellas un acuerdo»[801]. Mediar es abordar los litigios de forma diferente, una institución que se suma a la transformación cultural, al contribuir al cambio de la concepción litigiosa en la forma de plantear las diferencias y conflictos entre personas, promoviendo una actitud proactiva, responsable y de empoderamiento en la búsqueda de soluciones al conflicto[802].

La mediación es definida también como una *institución* orientada a garantizar que las partes protagonicen un buen debate negocial con la ayuda de un mediador, que les ayude a debatir de forma solvente el problema en el que están involucradas; o, dicho en otros términos, es una institución orientada a suplir los déficits de racionalidad de las partes que les impiden debatir correctamente las posibilidades de alcanzar un acuerdo[803]. El sentido de la mediación es procurar que los sujetos que recurren a ella desarrollen un buen debate negocial. Y este sentido de la mediación es el que pauta la responsabilidad del mediador. La controversia y el diálogo racional son formas idóneas para desarrollar un buen debate negocial[804].

Grover, Olczak y Grosch describen la mediación desde la acción que realiza la tercera parte neutral que es el mediador, y así la definen como «la intervención en un conflicto de una tercera parte neutral que ayuda a las partes opuestas a manejar o resolver

[798] VILALTA NICUESA, Aura Esther: «El marco jurídico: derecho comparado», *op. cit.,* p. 146.
[799] FOLBERG, Jay y Alison TAYLOR: *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, *op. cit.,* p. 27.
[800] MOORE, Christopher W.: *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, *op. cit.,* p. 44.
[801] CORSÓN PEREIRA, Francisco y Eva GUTIÉRREZ HERNANZ: *Mediación y teoría*, *op. cit.,* p. 34.
[802] *Ibid.*, p. 36.
[803] AGUILÓ REGLA, Josep: *El arte de la mediación: argumentación, negociación y mediación*, *op. cit.,* p. 105.
[804] *Ibid.*, p. 107.

su disputa»[805]. El mediador no fuerza ni impone la solución a las partes discordantes, sino que, mediante el empleo de técnicas, las ayuda capacitándolas para que logren alcanzar su propio acuerdo, y resuelvan así el problema en disputa. Jacobs Bercovitch, al referirse a la mediación internacional, indica que el término mediación describe una amplia gama de actividad de terceros, siempre que dicha actividad sea aceptada por los adversarios, y pretenda disminuir, llegar a un acuerdo o resolver una disputa, sin recurrir a la fuerza o invocar a la autoridad[806].

La mediación es un instituto con autonomía propia, tiene su propio espacio y ámbito de desarrollo, contando con una ley, categorías y principios que la caracterizan e identifican; tiene definido su ámbito de actuación, y aun naciendo como una técnica cuando hay un conflicto, esto no agota su contenido, pues supondría una visión simplista de la mediación[807]. Para otros, en cambio, la mediación es concebida como «proceso formal de gestión pacífica de conflictos»[808], donde participan activamente las personas implicadas junto con otra persona externa que las acompaña en la exploración del conflicto, en la comunicación entre ambas y en la cooperación para buscar un acuerdo mutuamente satisfactorio y libremente pactado. La idea de «proceso» ayuda a comprender que la mediación es una dinámica. Al definir la mediación como un «método alternativo» se la identifica con técnicas, herramientas, y no con los valores humanos que la conforman: concordia, solidaridad, comprensión, justicia, creatividad, reconciliación y paz. Tampoco es una simple «alternativa» al sistema judicial establecido porque tiene su sentido y lugar propios[809].

Christopher Moore define la mediación como un *proceso* de resolución de conflictos, una extensión de la negociación, que suele comenzar cuando las partes litigantes no son capaces por sí solas de iniciar conversaciones productivas, o las ya iniciadas han llegado a un punto muerto. Así, define la mediación como «un proceso de resolución de conflictos donde un tercera parte, aceptada mutuamente por las partes litigantes, pero que carece de autoridad para tomar decisiones que las vinculen, interviene en el conflicto o controversia para ayudarlas a mejorar sus relaciones y comunicaciones, utilizando procedimientos eficaces de resolución de problemas y de negociación para

[805] GROVER, Karen; Paul V. OLCZAK y James W. GROSCH: *La mediación y sus contextos de aplicación: una introducción para profesionales e investigadores*. Barcelona (España): Paidós Ibérica, 1996, p. 18.
[806] BERCOVITCH, Jacob: «International mediation», *op. cit.,* p. 3.
[807] COBAS COBIELLA, María Elena: «Resolución extrajudicial de conflictos en la era de la modernización de la justicia. Algunas reflexiones sobre la mediación», *op. cit.,* p. 13.
[808] BOQUÉ TORREMORELL, María Carme: *La mediación va a la escuela*, *op. cit.,* p. 18. La autora explica cómo las soluciones, al igual que los conflictos, tienen su desarrollo, y no se configuran en un instante, requieren de reflexión, exploración, valoración, empatía, comprensión, duelo, aceptación, perdón, creación, cooperación, elección, decisión, pacto, cumplimiento y revisión, como mínimo. Visto así, la mediación consiste en un proceso, una dinámica, un ritual, un mecanismo, una acción viva y compleja que no puede estereotiparse.
[809] *Ibid.*, p. 17.

llegar a acuerdos, o entendimientos voluntarios y mutuamente aceptables sobre las cuestiones en disputa»[810].

Con esta visión de la mediación, hay quienes comparten la definición de la mediación como un proceso especificando su carácter comunicativo, y así conceptúan la mediación como «un proceso de comunicación que favorece la negociación asistida para tratar, gestionar e incluso resolver una amplia variedad de conflictos, bien sean de relación, de intereses, de información o, incluso, de carácter estructural o de valores»[811]. La mediación se conforma con las interacciones comunicativas de todos los implicados en los encuentros de mediación, es un proceso comunicativo y educativo. Es educativa «porque implica para las partes y el propio mediador una situación de aprendizaje, que conduce al conocimiento de nuevas formas de interacción, de relación, que influyen en su comportamiento inmediato y mediato»[812].

También es definida la mediación distinguiéndola del proceso, como un «procedimiento no adversarial, pacífico y cooperativo de resolución de conflictos»[813], una instancia voluntaria de las partes en conflicto a la que se puede acudir por sí mismas o con sus abogados.

El Centre Nacional de la Mèdiation francés redactó, en los años ochenta del siglo pasado, una carta y un código deontológico donde se delimita el concepto de mediación enunciando sus características fundamentales, y como elemento novedoso que introduce la mediación, frente a otros métodos de resolución de conflictos, se define en uno de sus rasgos como una «estrategia donde dos antagonistas aceptan perder para llegar a ser ambos ganadores». La sustitución de la concepción tradicional del «ganar-perder» de las controversias al «ganar-ganar» es un cambio que no solo afecta al resultado sino a la actitud de las partes, y la mediación se convierte en una «negociación cooperativa»[814].

Los conceptos de «acontecimiento» y «estrategia» surgen en el contexto de los años setenta en Estados Unidos, en un momento donde se multiplican los movimientos sociales, surgen conflictos bélicos, reales o latentes, por lo que surge el interés en el estudio del conflicto, y corrientes de pensamiento alrededor de esta temática, como los

---

[810] MOORE, Christopher W.: *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, *op. cit.,* p. 20.

[811] ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, Ramón y Cristina MERINO ORTIZ: «Principios éticos y código de conducta para personas y entidades mediadoras», *Doxa*, núm. 33 (2010), p. 660. Estos autores definen la mediación como un proceso de comunicación que favorece la negociación asistida para tratar, gestionar e incluso resolver una amplia variedad de conflictos, bien sean de relación, de intereses, de información o, incluso, de carácter estructural o de valores.

[812] MÁRQUEZ ALGARA, María Guadalupe: *Mediación y administración de justicia: hacia la consolidación de una justicia participativa*. Aguascalientes (México): Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2004, p. 86.

[813] *Ibid.*, p. 85.

[814] MIRANZO DE MATEO, Santiago: «La mediación familiar como forma de resolución de conflictos familiares», en Ana BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO y Blanca GÓMEZ BENGOECHEA (coords.): *Horizontes de la familia ante el s. XXI*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2011, pp. 319-320.

procesos sociales en la resolución de conflictos. Las teorías «procesualistas y conflictualistas» de los años sesenta-setenta surgen como reacción a la perspectiva «estructural funcionalista», donde el interés se centra en el proceso, en la dinámica conflictiva en sí, más que en la estructura o en la preservación del orden y equilibrio. Como consecuencia, al no enfocar el análisis en torno a la estructura, se prioriza la contextualización socioeconómica del conflicto, cuya naturaleza adquiere dinamismo y entidad propia. El individuo es el protagonista en el proceso social. Las ciencias sociales emplean una terminología conceptual relacionada con el conflicto, como «acontecimiento» y «estrategia», que emplea el individuo para conseguir sus intereses, y que pueden observarse a través de una acción social que conlleva un proceso previo. Sin estos cambios introducidos a nivel teórico por las teorías antropológicas del conflicto, difícilmente hubiera podido surgir el movimiento ADR en Estados Unidos, ni seguramente la mediación como disciplina tampoco sería la misma[815].

1.2. Elementos conceptuales de la definición de mediación

El esfuerzo por definir de forma rigurosa el significado y la práctica de la mediación garantiza el mejor sistema para preservar sus aportaciones originales, y asegura su aceptación y uso social, evitando con ello la proliferación de significados contradictorios que causan desorientación, o la superficialidad de asociarla a cualquier otra forma de intervención en conflictos[816]. Sin embargo, encontrar una definición universalmente aceptada de la mediación es un desafío. Existen muchas definiciones variables debido a múltiples formularios de mediación, estilos y áreas de práctica, pero partiendo de esta premisa, se puede establecer la siguiente regla general: la mediación implica una tercera persona neutral, sin autoridad para tomar una decisión, que ayude a dos o más partes a negociar una solución en una disputa[817].

La descripción del fenómeno de la mediación desde diferentes espacios y ámbitos permite identificar algunos elementos conceptuales de la mediación que gozan de un reconocimiento generalizado en todos los ámbitos de la mediación, desde la civil-mercantil, y penal, hasta la administrativa, y laboral, y que son los siguientes: el inicio de la mediación precisa como premisa, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la existencia de un *conflicto*, *controversia* o *litigio*, *disputa* o *diferencia* entre dos o más personas; las partes mediante la mediación intentan alcanzar un *acuerdo* que resuelva y aporte solución a los problemas que se derivan del conflicto; su *carácter voluntario*, el método se fundamenta en la voluntad de las partes para lograr un acuerdo por sí mismas;

[815] CORSÓN PEREIRA, Francisco y Eva GUTIÉRREZ HERNANZ: *Mediación y teoría*, *op. cit.,* p. 82.
[816] VINYAMATA CAMP, Eduard: *Aprender mediación*. Barcelona (España): Paidós, 2003, p. 16.
[817] HOFFMANN, Alexander: «Mediation in Germany and the United States», *op. cit.,* p. 506.

es un método *autocompositivo*, *facilitativo* y *extraprocesal*, precisa de la intervención de un *tercero mediador*, que será competente, independiente, imparcial y neutral; las partes conservan en todo momento la capacidad de disposición, no solo en relación al fondo del asunto, sino también en la forma, sobre el procedimiento[818].

Santiago Miranzo remite a la Carta Europea de Mediación del Centre Nacional de la Mèdiation, que delimita el concepto de la mediación describiendo y resaltando sus características principales, en lugar de definirla, y así queda configurada como un «lugar intermedio y dinámico», se afirma como «voluntad de abrir caminos, de establecer lazos», «espacio de comunicación»[819], que busca elaborar conjuntamente una salida «restableciendo un "yo" y un "tú" que permitan un verdadero diálogo». Lo que caracteriza la mediación para Marinés Suares es la posibilidad de «crear un contexto más flexible para la conducción de disputas»[820].

Es significativa igualmente la amplia pero sintética definición que de la mediación elaboraron distintos profesionales expertos en mediación como un diálogo voluntario desarrollado a través de un procedimiento y normas específicas, y así afirman que «[la mediación es] un diálogo voluntario que se realiza conforme a las normas y procedimientos específicos [fases]»[821].

En este mismo aspecto, Bolaños, en relación a la mediación familiar, resalta otras dos notas características que ofrece la mediación, las dos dimensiones espacial y temporal de referencia que requiere el diálogo. Este autor caracteriza a la mediación por ofrecer «un espacio transaccional y transicional adecuado al momento específico de la evolución del conflicto»[822], especificando que se trata de un espacio de diálogo cooperativo, adecuado a

---

[818] VILALTA NICUESA, Aura Esther: «El marco jurídico: derecho comparado», *op. cit.,* pp. 146-147.

[819] MIRANZO DE MATEO, Santiago: «Quiénes somos, a dónde vamos… Origen y evolución del concepto mediación», *Revista de Mediación*, vol. 3, núm. 5 (2010), pp. 319-320. La descripción completa de la mediación se transcribe en este artículo: «Es un lugar intermediario donde se hacen nuevas relaciones, un lugar abierto que evita los escollos, un lugar dinámico que permite una regulación de las tensiones y de los conflictos. La mediación es ante todo voluntad de abrir caminos, de establecer lazos, de una forma creativa, allá donde no existen, un espacio de comunicación, en el que un tercero imparcial independiente y sin poder alguno suscite constantemente, en quienes encerrados cada uno en su monólogo se encuentran atrapados en el conflicto, el deseo de elaborar conjuntamente una salida, restableciendo un "yo" y un "tú" que permita un verdadero diálogo. Es una estrategia en la que dos antagonistas aceptan perder para llegar a ser, ambos, ganadores».

[820] SUARES, Marines: *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Barcelona (España): Paidós, 1996, p. 50.

[821] El Ministerio Federal de Economía, Familia y Juventud de Austria realizó en el año 2009 el proyecto denominado *Peer-Mediation in der Offenen Jugendarbeit. Leitfaden* (Mediación interpares en el trabajo juvenil público. Directrices). El trabajo presentaba ejemplos de buenas prácticas de mediación en Austria, que se extrajeron de una serie de entrevistas a expertos en este campo. La base de la mediación es el principio *win-win*, es decir, llegar a una solución solo si las dos partes aceptan el acuerdo elaborado conjuntamente, puesto que ven una ventaja para ellas». LAUROBA (dirs.): *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Barcelona (España): Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 2011, p. 84.

[822] BOLAÑOS CARTUJO, José Ignacio: «Mediación transicional», *op. cit.,* p. 70.

un momento concreto de la evolución del conflicto. El espacio transaccional incluye los procesos necesarios de negociación, donde tienen cabida los intercambios de información, la negociación, los acuerdos, y se toman decisiones sustantivas, las no relacionales que precisa cada avance transicional; y el espacio transicional es el conjunto de negociaciones de carácter relacional que los diferentes miembros de una familia realizan cada vez que es preciso un avance en su ciclo evolutivo, formando parte del cambio. Estos dos elementos no tendrían sentido sin una dimensión temporal, que permite ubicarlos en la relatividad de un contexto de avance, de evolución, no de resolución definitiva.

Folberg y Taylor resaltan una característica de la mediación en relación con las personas que participan en ella, y así definen la mediación como aquel proceso que incide en la propia responsabilidad de los participantes para tomar decisiones que influyen en sus vidas. En consecuencia, constituye un proceso que confiere autoridad sobre sí misma a cada una de las partes[823]. Otro elemento conceptual de la mediación es el componente moral, pues para Baruch Bush y Folger, responder productivamente a los conflictos significa utilizar las oportunidades que ofrecen de cambio y transformación en las partes en su condición de seres humanos; comporta un crecimiento moral pues significa alentar y ayudar a los adversarios a utilizar el conflicto para comprender y realizar sus cualidades intrínsecas, tanto por lo que se refiere a la fuerza del yo como a la relación con los demás; en última instancia, significa destacar la bondad intrínseca de las personas enfrentadas[824].

En su estudio sobre lo que significa la expresión «mediación jurídica», Puy Muñoz distingue dos modelos de definiciones doctrinales, las que se corresponden con visiones jurídicas positivistas y formalistas, y aquellas otras que buscan una definición esencial que explique su raíz significativa desde las visiones jurídicas realistas o iusnaturalistas. Así, las definiciones descriptivas, al igual que los legisladores, parten de las definiciones de Folger, Taylor y Moore, y contienen seis elementos: la mediación es 1) un procedimiento 2) que resuelve un conflicto entre dos 3) con un acuerdo justo y legal, 4) obtenido de un diálogo mantenido de forma voluntaria, 5) y moderado por un mediador imparcial y neutral, 6) provisto de autoridad moral y privado de potestad coercitiva. El otro modelo de definición esencial de la mediación se inspira en autores como Francisco Díez Gachi Tapia, Carme Boqué y Luis María Bandieri, y emplea también seis elementos: la mediación es 1) un proceso transformativo 2) de comunicación 3) que coloca a las personas descentradas en su centro, 4) y ordena el fluir de los conflictos que las enfrenta 5) al hallazgo de la misma cosa justa, 6) evitando la recaída en la espiral de la venganza[825].

[823] FOLBERG, Jay y Alison TAYLOR: *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, *op. cit.,* p. 27.
[824] BARUCH BUSH, Robert A. y Joseph P. FOLGER: *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, *op. cit.,* p. 131.
[825] PUY MUÑOZ, Francisco de Paula: «La expresión 'mediación jurídica': un análisis tópico», *op. cit.,* pp. 25-26.

De entre las distintas notas que describen la mediación destaca como característica fundamental promover la autonomía de las partes implicadas en el conflicto, «en el sentido de que cada persona que participa como protagonista de un proceso de mediación se responsabiliza y decide sobre su situación particular», recibiendo la asistencia profesional de una persona o equipo mediador[826]. En casi todos los países europeos, el motivo que ha despertado el interés por los métodos alternativos a la jurisdicción, y en particular por la mediación, procede de la falta de recursos de las Administraciones de Justicia, el colapso y el agotamiento de un sistema que no alcanza a dar respuesta satisfactoria al creciente aumento de litigios[827]. Del análisis de esos mismos datos sociales, económicos y jurídicos se desprende que la mediación es definida o descrita en su mayoría como un procedimiento, proceso o mecanismo no jurisdiccional o de carácter extraprocesal[828].

Los elementos básicos que para Marina Vargas Gómez-Urrutia componen, con carácter general, la definición de mediación son tres: (i) el mecanismo o procedimiento de resolución de controversias disponible para las partes; (ii) la autonomía de las personas que son quienes gestionan y resuelven, en su caso, el litigio; y (iii) el tercero que interviene, el mediador, que actúa con imparcialidad y neutralidad, sin imponerles una solución[829].

Para Letizia García Villaluenga la mediación posee unas características particulares que determinan su esencia y le confieren una naturaleza jurídica propia. Estas notas propias son su carácter voluntario, no adversarial y autocompositivo, que confiere a las partes todo el poder de decisión, y donde la intervención neutral e imparcial del mediador es fundamental al ayudar a las partes a aproximar sus intereses. Los principios de la mediación, entre ellos los de imparcialidad y neutralidad, perfilan el contorno de esta institución[830]. Para Jacob Bercovitch toda mediación contiene cuatro elementos fundamentales que deben ser analizados para entender el resultado en una mediación en particular: (i) las partes; (ii) las cuestiones o la naturaleza de la controversia; (iii) el mediador; y (iv) el contexto[831].

---

[826] ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, Ramón y Cristina MERINO ORTIZ: «Principios éticos y código de conducta para personas y entidades mediadoras», *op. cit.,* p. 661.

[827] VILALTA NICUESA, Aura Esther: «El marco jurídico: derecho comparado», *op. cit.,* p. 44.

[828] *Ibid.*, p. 157.

[829] VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina: «Concepto de mediación y ámbito de aplicación de la ley 5/2012», en Francisco LÓPEZ SIMÓ y Federico F. GARAU SOBRINO (coords.): *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2014, p. 103.

[830] GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*, *op. cit.,* p. 458.

[831] BERCOVITCH, Jacob y Richard JACKSON: *Conflict Resolution in the twenty-first century: Principles, methods, and approaches*, *op. cit.,* p. 35.

1.3. La construcción institucional y jurídica de la mediación

En el marco conceptual conviene distinguir entre estos dos conceptos, «sistemas de mediación», que comprende todas las actuaciones de soporte y formación que sustentan las intervenciones sociales y administrativas que comprende la mediación, e «institución de mediación», o mediación formal propiamente dicha, que provoca efectos jurídicos, con diferente grado de vinculación entre las partes, siguiendo un procedimiento y principios establecidos[832]. Mientras que la calificación como «institución» enfatiza el componente sustantivo, situarse más allá de los canales procedimentales, la condición de sistema supone superar el índice estrictamente jurídico con el fin de identificar un ámbito de actuación y de consolidación de la mediación. La mediación no refiere únicamente procedimientos no jurisdiccionales, sino también instrumentos de gestión de conflictividad, con unas connotaciones que superan la individualidad de las partes en conflicto, para identificarlas como herramientas sociales[833]. Las mediaciones forman parte de lo que se denomina sistema de mediación, «un conjunto de múltiples actuaciones sociales y políticas con una función tanto preventiva como resolutiva»[834].

La mediación, como método de resolución alternativa de conflictos, no es únicamente un mecanismo procesal, aunque tenga una parte procedimental. La mediación no pretende únicamente la adopción de un acuerdo y que este tenga efectos ejecutivos. Lo que se persigue también es una gestión razonable del conflicto, que a menudo estabiliza el conflicto más que solucionarlo, lo que permite a las partes identificar y asumir mejor las diferencias que las separan, de forma que decidan no continuar la contienda. En este sentido, la mediación es «un sistema de gestión social, política y jurídica de las diferencias (personales, económicas, profesionales, culturales, religiosas…) como un sistema civil o ciudadanos de justicia»[835].

En la construcción jurídica de la mediación como institución se parte del concepto que de ella ofrecen las normas jurídicas que la regulan, sus principios esenciales y cuál es el objeto de la mediación según la legislación vigente, así como de su ámbito subjetivo con atención particular al mediador[836].

---

[832] CASANOVAS I ROMEU, Pompeu; Jaume MAGRE y María Elena LAUROBA (dirs.): *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*, *op. cit.,* p. 43.

[833] LAUROBA, María Elena; Inmaculada BARRAL; Jaume TARABAL e Isabel VIOLA: «La construcción institucional y jurídica de la mediación», en Pompeu CASANOVAS I ROMEU, Jaume MAGRE y María Elena LAUROBA (dirs.): *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*, *op. cit.,* p. 834.

[834] CASANOVAS I ROMEU, Pompeu; Jaume MAGRE y María Elena LAUROBA (dirs.): *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*, *op. cit.,* p. 1161.

[835] *Idem*.

[836] LAUROBA, María Elena; Inmaculada BARRAL; Jaume TARABAL e Isabel VIOLA: «La construcción institucional y jurídica de la mediación», *op. cit.,* p. 831.

Cobas Cobiella, a la vista de la evolución de la mediación y compartiendo el planteamiento de determinados autores como Barona Vilar, que señala que la mediación no constituye una institución jurídica, defiende que la mediación se asemeja más a un método o un procedimiento si cabe, «al carecer de la exactitud de los elementos que identifican una institución jurídica, lo que no significa que la norma no le ofrezca una regulación»[837].

Se trata de una institución de naturaleza no jurisdiccional que se desarrolla de manera previa y complementaria a los mecanismos jurisdiccionales, lo cual no impide que pueda desarrollarse en sede judicial, como un mecanismo colaborador de la Administración de Justicia. La mediación ha experimentado en este sentido un avance significativo, porque ya no constituye solo una modalidad alternativa a las instancias judiciales sino además «complementaria», útil colaboradora del sistema judicial[838].

A partir de los textos normativos, desde su definición o descripción legal, se puede conocer en qué términos ha estado tipificada la mediación. En la delimitación del concepto de mediación, los «instrumentos internacionales existentes van aportando, progresivamente, claridad al panorama normativo y terminológico mediante la descripción del fenómeno, circunstancia que coadyuva a la delimitación conceptual»[839]. Es en la normativa interna de los Estados miembros de la UE donde la mediación adquiere su mayor despliegue, tanto en el ámbito de la mediación civil y mercantil, como en el penal, administrativo y laboral, o allí donde las relaciones entre las personas pueden generar tensiones y conflictos.

La ingente regulación, a veces desordenada, que existe en la legislación comunitaria, estatal y autonómica relativa a la figura de la mediación, producida en los últimos veinte años, «permite y reclama que sobre su base se dibujen los contornos estrictamente jurídicos de la institución»[840]. La gran variedad de definiciones que propone el legislador, en función del ámbito territorial o material de que se trate, dificulta la fijación del concepto legal de mediación, que es fundamental, «ya que una definición abstracta que aglutine las características esenciales de la figura, contribuirá a aislarla conceptualmente del resto de técnicas alternativas de resolución de conflictos».

La Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su artículo 3 define la mediación, con independencia de su nombre o denominación, como un «procedimiento estructurado», donde dos o más partes en un

[837] COBAS COBIELLA, María Elena: «Resolución extrajudicial de conflictos en la era de la modernización de la justicia. Algunas reflexiones sobre la mediación», *op. cit.,* p. 13.
[838] VILALTA NICUESA, Aura Esther: «El marco jurídico: derecho comparado», *op. cit.,* p. 159.
[839] *Ibid.*, p. 146.
[840] CASANOVAS I ROMEU, Pompeu; Jaume MAGRE y María Elena LAUROBA (dirs.): *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*, *op. cit.,* p. 64.

litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador[841]. El principio de acceso a la justicia es fundamental, y debe incluir el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios, como es la mediación; pero para incentivar su uso más frecuente y garantizar que las partes que recurran a ella puedan contar con un marco jurídico predecible, se precisa establecer una *legislación marco* que contenga, en particular, los aspectos fundamentales del procedimiento civil[842]. En este sentido, del estudio comparativo de los datos socioeconómicos referentes a la actividad mediadora desarrollada en el ámbito internacional y español, siguiendo el método de Leonin Constantinesco, se extrae, entre otras conclusiones, que «la mediación resulta efectiva cuando cuenta con una normativa de mínimos que ofrece un marco de confianza y certeza tanto en los procesos, como en los resultados»[843].

En las distintas leyes y normativas se pueden identificar tres elementos que contribuyen a definir jurídicamente el concepto de mediación: (i) el *procedimiento*, (ii) la *intervención de las partes* en el conflicto, y (iii) la *actividad del mediador*. La tipificación va necesariamente ligada al objeto del procedimiento, que es la gestión del conflicto; la mención de las partes del conflicto incide en la implicación en el procedimiento, pues son ellas quienes construyen con su actuación y responsabilidad los acuerdos que dan respuesta al conflicto existente; y, como último dato identificador, la referencia al profesional que hace posible el procedimiento, el mediador[844].

2. NATURALEZA PROCEDIMENTAL DE LA MEDIACIÓN

2.1. Aspectos adjetivos de la mediación: proceso y procedimiento

2.1.1. La mediación como proceso: el conflicto

Para Folberg y Taylor, la mediación es «por principio y sobre todo, un proceso que trasciende el contenido del conflicto que se pretende resolver»[845]. La mediación no es un suceso, afirma Whalting, sino «un proceso en el que una persona imparcial ayuda a aquellos que están envueltos en un conflicto, a comunicarse de forma efectiva y a alcanzar

[841] Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, DOCE núm. L 136, p. 6.
[842] *Ibid.*, p. 3.
[843] VILALTA NICUESA, Aura Esther: «El marco jurídico: derecho comparado», *op. cit.,* p. 159. Este método comparativo de Leontin-Jean Constantinesco consiste en un proceso ordenado y progresivo de contraste donde el proceso comparativo que se realiza es de naturaleza horizontal o sincrónica, entre ordenamientos y sistemas próximos en el tiempo, aunque distantes en el espacio.
[844] LAUROBA, María Elena; Inmaculada BARRAL; Jaume TARABAL e Isabel VIOLA: «La construcción institucional y jurídica de la mediación», *op. cit.,* pp. 834-835.
[845] FOLBERG, Jay y Alison TAYLOR: *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, *op. cit.,* p. 27.

soluciones consensuadas acerca de alguno o todos los asuntos en disputa»[846]. Es un proceso fundamentalmente enfocado al futuro, donde la solución elegida, con la ayuda del mediador, deberá satisfacer a todos los participantes en la disputa; el proceso de mediación es la conducción de las negociaciones sobre la solución o combinación de soluciones aceptables para todos, y el mediador es el director de las negociaciones[847]. La mediación es la «ciencia del proceso, y no del estado, de la transformación, y no del ser»[848]. Leonard Riskin define la mediación como «un proceso en el que una tercera parte imparcial, sin autoridad para imponer una solución, ayuda a otros a resolver una disputa o planificar una transacción»[849].

En opinión de Leticia García Villaluenga, la mediación es un proceso, entendiendo este como «un conjunto de actos, muchos de ellos jurídicos, algunos de los cuales se convierten en negocio jurídico»[850]. Para Rubén Calcaterra la mediación es un proceso, pero es un proceso singular, dadas su características y finalidades; es un proceso formal, altamente estructurado, estratégico y político, porque se ocupa del poder y tiene una ideología; en cuanto al poder, porque su esencia es otorgar más poder a las partes involucradas en el conflicto en detrimento del tercero, y porque tiende a equilibrar el poder entre las partes mismas, como condición básica para afrontar una negociación exitosa y arribar a una solución duradera; y la ideología, porque la mediación no patrocina relaciones adversas para favorecer el comportamiento colaborativo de las partes[851].

La palabra proceso proviene de *processus*, y posee varios significados; en el lenguaje corriente significa progreso, avance, acción de ir hacia delante, conjunto de etapas sucesivas de un acontecimiento[852]. La noción de «proceso» contribuye a comprender que la mediación es una dinámica, del mismo modo que los conflictos desde que se originan hasta que estallan tienen un desarrollo (en ocasiones bien largo), las soluciones no aparecen o se forjan en un instante[853].

---

[846] WHATLING, Tony: *Mediación: habilidades y estrategias, guía práctica*, *op. cit.,* p. 19.

[847] HAYNES, John Michael: *Fundamentos de la mediación familiar* (trad. Daniel Jorge Bustelo Eliçabe-Urriol y Ana María Sánchez Durán). Madrid: Gaia, 2012, p. 11.

[848] PARKINSON, Lisa: *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, *op. cit.,* p. 21. En esta cita Lisa Parkinson hace suyas las palabras de James Gleick: «Algunos físicos interpretan el caos como ciencia del proceso antes que del estado, del devenir antes que del ser», de su libro *Caos, la creación de una ciencia*, p. 10.

[849] RISKIN, Leonard L.: «Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: Grid for the Perplexed», *op. cit.,* p. 8.

[850] GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*, *op. cit.,* p. 458.

[851] CALCATERRA, Rubén Alberto: *Mediación estratégica*, *op. cit.,* pp. 32-38.

[852] PEÑA PEÑA, Rogelio Enrique: *Teoría general del proceso,* 2.ª ed. Bogotá: Ecoe, 2010, p. 123.

[853] BOQUÉ TORREMORELL, María Carme: *La mediación va a la escuela*, *op. cit.,* p. 18.

Todo tipo de interacciones humanas, especialmente aquellas en las que las personas implicadas tienen objetivos específicos que quieren alcanzar, siguen comúnmente un patrón general de desarrollo a través de varias etapas hasta que, idealmente, se han realizado varias tareas y se han alcanzado los resultados deseados[854]. La mediación es un proceso de resolución de controversias donde las partes en *conflicto*, de forma voluntaria, acuerdan que una o más personas imparciales intervengan en ese conflicto y les ayude a encontrar un acuerdo satisfactorio para ellas[855]. Los mediadores familiares de formación jurídica tienden a definir la mediación como un *proceso contractual*, no terapéutico, y los que proceden de la psicología o la terapia lo hacen en términos de *proceso de gestión de conflictos psicológicos y emocionales*, que subyacen en sus disputas; más que como resolución de disputas, enfatizan la mejora en la comunicación[856].

El contexto natural para analizar el conflicto lo constituyen las relaciones humanas, al resultar una realidad consustancial e ineludible a la naturaleza humana; el conflicto está presente en todos los ámbitos de la vida de las personas, y es percibido como un *proceso dinámico*, donde distintos actores persiguen a la par objetivos que consideran incompatibles al responder a intereses contrapuestos[857]. Franco Conforti define el conflicto en los siguientes términos: «una relación social de interdependencia entre dos o más actores que persiguen objetivos que perciben como total o parcialmente incompatibles»[858]. El conflicto, desde una perspectiva psicosocial, se considera como un proceso, que se puede describir como un fenómeno dinámico diferenciado en distintas fases a través de las cuales el conflicto y las relaciones entre este y las partes afectadas se transforman, influyen y retroalimentan, modificándolo y condicionando su evolución. Desde esta visión dinámica, la mediación se conceptúa como un proceso en sí mismo que se enmarca a su vez en un proceso más amplio: la propia historia del conflicto que pretende ayudar a resolver[859]. Los elementos que componen invariablemente un conflicto son seis: los agentes, las percepciones, las posiciones, los intereses, las necesidades y los recursos. A cada uno de estos elementos le corresponde una pregunta que permite

[854] MOORE, Christopher W.: *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, *op. cit.,* p. 182.
[855] MORCILLO JIMÉNEZ, Juan Jesús; Manuel ÁLVAREZ TORRES y Beatriz GIL VALLEJO: *Mediación civil y mercantil*, *op. cit.,* p. 37.
[856] PARKINSON, Lisa: *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, *op. cit.,* p. 17.
[857] PILLADO GONZÁLEZ, Esther y Francisca FARIÑA RIVERA (coords.): *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*, *op. cit.,* p. 33.
[858] FRANCO CONFORTI, Óscar Daniel: *Construcción de paz: diseño de intervención en conflictos*, *op. cit.,* p. 55.
[859] ALCOVER DE LA HERA, Carlos María: «La mediación como estrategia para la resolución de conflictos: una perspectiva psicosocial», en Marta GONZALO QUIROGA (dir.): *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 122.

identificarlos, y que se muestran en la plantilla del Anexo 4 de la tesis, referida habitualmente con la abreviatura PIN (posición, interés y necesidad)[860].

El binomio mediación-conflicto se presenta no solo como posible sino como necesario[861]. El conflicto en sí mismo no es ni positivo ni negativo, es «una fuerza natural necesaria para el crecimiento y el cambio»[862]. El contexto de la mediación es el conflicto y la disputa, según Lewis Caser, quien plantea un doble escenario de terminación del conflicto social. En una primera aproximación, y recurriendo a la terminología hobbesiana, mantiene que, en el estado de naturaleza, un conflicto cesará solo con la muerte o la aniquilación del otro, y así, «cuando no se puede llegar a estándares comunes en cuanto al punto de terminación de un conflicto, este solo concluirá con la aniquilación o rendición totales»; por el contrario, el conflicto puede iniciar otro tipo de interacciones entre las partes antagónicas, cuando comparten (i) actitudes comunes en lo que se refiere a la determinación del resultado de un conflicto, o también (ii) cierto grado de entendimiento respecto de la conducta de cada uno, y por lo tanto (iii) tienden a estar de acuerdo sobre algunas reglas y normas comunes que les permiten evaluar su fuerza respectiva y su deseo de acción. Si los contendientes no encuentran alguna forma de terminar la disputa, antes de que alguno de ellos o ambos resulten totalmente aniquilados, esto indica la falta de un universo discursivo compartido, evidenciando que viven en mundos morales y perceptuales enteramente distintos[863].

El conflicto como fenómeno social no trata solo o exclusivamente de derechos, intereses o poder, aunque implique todas estas cosas; el conflicto se refiere también, y quizás con mayor importancia, a la interacción de las personas con otras como seres humanos[864]. Son tres los elementos que interactúan entre sí y configuran un conflicto interpersonal: las personas, el proceso y el problema. Para abordar de forma adecuada el conflicto es preciso conocer cuántas personas están implicadas, su papel y qué relación de interdependencia mantienen. «Además el conflicto se desarrolla a lo largo del tiempo, con estadios de escalada y desescalada, progresando gradualmente, es decir, es un proceso»[865]. El conflicto no es estático, y al desarrollarse a lo largo del tiempo se configura como un proceso, donde se distinguen dos fases: la escalada y su etapa inversa, la

[860] BANDIERI, Luis María: «Análisis del conflicto», en Helena SOLETO MUÑOZ y Milagros María OTERO PARGA (coords.): *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, *op. cit.,* p. 62.
[861] GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*, *op. cit.,* p. 137.
[862] PARKINSON, Lisa: *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, *op. cit.,* p. 21.
[863] CASER, Lewis: *Nuevos aportes a la teoría del conflicto social*. Buenos Aires: Amorrortu, 1970, pp. 12-13.
[864] BARUCH BUSH, Robert A. y Sally GANONG POPE: «La mediación transformativa: un cambio en la calidad de la interacción de los conflictos familiares», *Revista de Mediación*, vol. 1, núm. 2 (2008), p. 18.
[865] CORSÓN PEREIRA, Francisco y Eva GUTIÉRREZ HERNANZ: *Mediación y teoría*, *op. cit.,* p. 12.

desescalada[866]. En este mismo sentido, Baruch Bush afirma el carácter dinámico del conflicto que cambia de forma notable[867]. Para que un conflicto pueda desescalar y se transforme en una solución renovadora, requiere que las partes lo aborden, como mínimo, con análisis, reflexión, exploración, valoración, empatía, comprensión, cooperación, duelo, aceptación, perdón, creación, cooperación, elección, decisión, pacto, cumplimiento y revisión. El proceso de mediación, si es bien conducido, tendrá una duración relativamente breve, pero no se improvisa, por eso se le califica de *formal*[868]. «Los conflictos son procesos que se desarrollan y evolucionan a lo largo del tiempo»[869].

Para Michèle Guillaume-Hofnung, la mediación se beneficia de una definición muy precisa, gracias a la cual se puede garantizar su eficacia con independencia del sector en el que interviene; esta definición precisa está construida sobre dos criterios, el primero el proceso, la mediación es un *proceso de comunicación ético*, y el segundo el mediador, tercero imparcial y neutral que participa, al igual que todos, no como partes enfrentadas sino como socios, interesados todos en el buen resultado de la mediación[870].

El conflicto se desarrolla como un proceso complejo donde las partes cambian sus percepciones o actitudes cuando modifican sus conductas o adoptan nuevas decisiones estratégicas. Las partes durante ese proceso fluctúan entre posiciones de competición, que aumentan los puntos de divergencia, y de cooperación, donde el diálogo y la negociación permiten reconstruir la relación de las partes para transformar el conflicto[871]. Ortuño Pascual refiere la mediación familiar en términos de «proceso de construcción y de reconstrucción del vínculo familiar», fundamentado en la autonomía y responsabilidad de las partes afectadas por un conflicto, donde interviene un tercero sin ningún poder de disposición[872].

Para Boqué la mediación es mucho más que un método, no puede definirse con base a unas técnicas, pasos o herramientas, sino de acuerdo con los valores humanos de concordia, solidaridad, comprensión, justicia, creatividad, reconciliación y paz. «Visto así, la mediación consiste en un proceso, una dinámica, un ritual, un mecanismo, una acción viva y compleja que no puede estereotiparse»[873]. El proceso de la mediación se desarrolla

---

[866] GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*, *op. cit.,* pp. 143-144.
[867] BARUCH BUSH, Robert A. y Sally GANONG POPE: «La mediación transformativa: un cambio en la calidad de la interacción de los conflictos familiares», *op. cit.,* p. 20.
[868] BOQUÉ TORREMORELL, María Carme: *La mediación va a la escuela*, *op. cit.,* p. 18.
[869] BOLAÑOS CARTUJO, José Ignacio: «Mediación transicional», *op. cit.,* p. 69.
[870] GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle: *Qu'est-ce que la médiation?* [video]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=nILR7HRs66I>.
[871] MORALES FERNÁNDEZ, María Gracia: *La mediación: sistemas alternativos de resolución de conflictos. Sistemas complementarios al proceso. Un enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva*, *op. cit.,* p. 37.
[872] ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual: «La mediación como medio de solución de conflictos», *op. cit.,* pp. 16-17.
[873] BOQUÉ TORREMORELL, María Carme: *La mediación va a la escuela*, *op. cit.,* p. 17.

mediante la alternancia de reuniones conjuntas del mediador y las partes y, en su caso, por separado, los denominados «caucus», que le proporcionan un mejor entendimiento de sus diferencias para así ayudarlas a resolverlas[874].

El proceso de mediación es flexible, delimitado tan solo por las limitaciones que la ley establece y las normas éticas que los mediadores imponen; y como todo proceso, está constituido por diversas etapas con duración y contenido variables, pero que en general pueden sintetizarse en las siguientes: (1) premediación; (2) reunión inicial; (3) explicación del conflicto; (4) encuadre o delimitación del conflicto; (5) generación de alternativas de solución; (6) formalización del acuerdo[875]. En esta misma línea, Rodón García defiende que la mediación se apoya en una estructura que está formada, no solo por el proceso de intervención que seguirá el modelo teórico elegido por el mediador, sus técnicas y habilidades, sino por el seguimiento del código deontológico, reflejo de los principios y valores que rigen la disciplina de la mediación; este proceso de intervención que es la mediación se divide en una serie de fases que tienen un carácter hologramático, proporcionando estabilidad y seguridad al mediador en su labor de conseguir acuerdos entre las partes; estas fases son las siguientes: 1.- premediación; 2.- fase de acogida (cuéntame o relato de las partes); 3.- fase de explicación o cuéntame (situarnos, aclarémonos); 4.- fase de situación (pensar soluciones); 5.- fase de arreglo/negociación; 6.- fase de acuerdo o cierre[876].

Afirma Christopher Moore que «La mediación es un proceso utilizado para ayudar a resolver una disputa o conflicto»[877]. Es un proceso diferente al de las discusiones que no cuentan con esa ayuda, o en el que las partes intervienen únicamente para mejorar sus relaciones, o para promover una mayor comprensión o aceptación entre ellas, o para resolver un problema donde las partes implicadas no están necesariamente en un desacuerdo significativo. «La mediación es un proceso centrado en objetivos y enfocado en ayudar a los contendientes a alcanzar acuerdos y resultados tangibles sobre cuestiones en las que existen diferencias importantes entre ellos»[878].

Al analizar la estructura y fases de la mediación, Jorge Guillermo Portela se refiere a la flexibilidad del proceso de mediación, señalando que carece de una forma estricta, pero que precisa de «ciertos pasos básicos» que posibilitan progresar en el camino que conduce a la solución del conflicto, haciendo que la mediación funcione. El primero, como primer peldaño, está orientado a generar confianza; en el segundo, el mediador buscará e

[874] MÁRQUEZ ALGARA, María Guadalupe: *Mediación y administración de justicia: hacia la consolidación de una justicia participativa*, *op. cit.,* p. 112.
[875] *Ibid.*, pp. 112-114.
[876] RONDÓN GARCÍA, Luis Miguel (coord.): *Bases para la mediación familiar*, *op. cit.,* p. 205.
[877] MOORE, Christopher W.: *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, *op. cit.,* p. 24.
[878] *Idem*.

identificará los hechos para determinar los puntos de desacuerdo que separan a las partes; el tercer paso consiste en la búsqueda del interés subyacente más allá de las posiciones que hacen valer las partes; el cuarto, relacionado con el anterior, se centra en buscar una decisión común, el mediador dirige esta negociación estructurada, trabajando con las partes distintas opciones; y al quinto y último paso se llega cuando se han tomado las decisiones, el lugar propio del acuerdo, su redacción, que pone fin a la mediación[879]. Comenta Tony Whatling que Haynes, al describir la mediación como proceso, la asemeja a un viaje, que comienza en un sitio cierto, continúa con «pasos ciertos e identificables», y termina en otro lugar, y lo normal es que este proceso de mediación, con independencia de las etapas en las que se estructure, incluya los siguientes elementos: qué ha pasado (la historia), qué efectos está teniendo en las vidas de las personas, qué se está haciendo para intentar resolver las dificultades, a quién le afecta más la situación, cuáles son los deseos que alberga cada parte, las opciones de las que disponen para lograr un cambio en el futuro, qué necesitarán para conseguir sus objetivos, y los detalles para sacar adelante su plan de acción[880].

La Fundación Libra de Argentina, ha condensado estos pasos en cuatro etapas, la primera, denominada «Organizar la mediación», tiene el cometido de explicar las reglas de la mediación a las partes, y donde se pronuncia el «discurso inicial», cumple un importante rol; la segunda se llama «Comprensión de la perspectiva de las partes», momento trascendente y donde se escuchan los relatos de las partes, tratando de averiguar cuáles son los verdaderos intereses y necesidades de los afectados en el conflicto; la tercera es el «Replanteo-Generación de Opciones»; y la cuarta, que se encamina directamente a «Lograr un acuerdo»[881].

La mediación se desarrolla en un proceso caracterizado por el consenso desde su comienzo hasta su clausura. El proceso se inicia con una premediación, cuando las partes deciden acudir a la mediación para informarse de sus ventajas y límites, lo que implica dar el primer paso hacia la otra parte; a continuación de esos encuentros informativos, si las partes aceptan, da comienzo la mediación[882]. Para Jacques Salzer, Aurélien Colson y Alain Lempereur la mediación es un proceso que avanza mediante el desarrollo de cuatro pasos que consisten en la presentación, objetivos, reglas, tiempo y acuerdo. Este proceso es

[879] PORTELA, Jorge Guillermo: «Estructura y fases de la mediación», en Helena SOLETO MUÑOZ y Milagros María OTERO PARGA (coords.): *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, *op. cit.,* pp. 225-226.
[880] WHATLING, Tony: *Mediación: habilidades y estrategias, guía práctica*, *op. cit.,* pp. 21-22.
[881] PORTELA, Jorge Guillermo: «Estructura y fases de la mediación», *op. cit.,* p. 226. Se describen las etapas que distingue la Fundación Libra, sin fecha de publicación (s/f), comenta el autor.
[882] BLOHORN-BRENNEUR, Béatrice y Helena SOLETO MUÑOZ: *La mediación para todos: mediación en el ámbito civil e intrajudicial*. Madrid: Dykinson, 2019, pp. 38-39.

conocido por sus inicales PORTA (en francés PORTE)[883]. Nos señala Helena Soleto cómo Thomas Fiutack, mediador norteamericano, siguiendo el método de Fisher y Ury (Harvard), divide la negociación en cuatro fases: 1. ¿qué?, 2. ¿por qué?, 3. ¿cómo?, y 4. ¿cómo finalmente?, que se integran en la denominada «negociación razonada»[884].

La mediación también involucra a las partes y al mediador en el paso a través de una secuencia de etapas de desarrollo. El progreso en el proceso es el resultado de la realización de actividades compartidas para lograr objetivos o tareas específicos, que permiten a los participantes lograr los resultados deseados al abordar cuestiones controvertidas que ponen fin a una controversia. Cada etapa de mediación contiene varios objetivos y tareas más pequeños que las partes deben lograr y completar al menos parcialmente antes de proceder a las etapas y tareas subsiguientes[885].

El método empleado por Johan Galtung en el proceso de la mediación es el diálogo y la interrogación, no tanto el debate, donde la figura del mediador se centra en dinamizar y estimular el proceso, pero sin tomar su control. Las partes primero tienen que reunirse a solas en la denominada "pequeña mesa" de diálogo con el mediador para estar dispuestas a reunirse alrededor de la "gran mesa" con el fin de abordar las negociaciones entre ellas [886].

Christopher Moore se ha esforzado en describir una secuencia común para las etapas de mediación, sus posibles actividades y movimientos de mediación contingente y posible no contingente, y las prevenciones e intervenciones que generalmente ocurren o pueden ser necesarias en cada una de ellas.

Las actividades del mediador descritas suceden durante dos grandes categorías de etapas: (1) las realizadas antes de que comiencen las sesiones formales de resolución de problemas, a menudo con la reunión intermedia y trabajando con las partes individualmente para entender mejor el conflicto y desarrollar posibles estrategias de mediación; y (2) las que se llevan a cabo por etapas después de que el mediador haya entablado conversaciones oficiales con múltiples contendientes, ya sea en sesión conjunta o por medio de un intercambio de opiniones, y haya comenzado algún aspecto de la solución de problemas.

---

[883] SALZER, Jacques; Aurélien COLSON y Alain PEKAR LEMPEREUR: *Méthode de Médiation: Au coeur de la conciliation*. París: Dunod, 2008, pp 123-143.

[884] BLOHORN-BRENNEUR, Béatrice y Helena SOLETO MUÑOZ: *La mediación para todos: mediación en el ámbito civil e intrajudicial*, *op. cit.,* p. 42.

[885] MOORE, Christopher W.: *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, *op. cit.,* p. 183.

[886] GALTUNG, Johan: *Transcend and transform: An introduction to conflict work.* Abingdon (Reino Unido): Routledge, 2004, p. 39.

En el Anexo 5 de la tesis se muestran las fases del proceso de mediación diseñadas por Christopher Moore[887].

2.1.2. La mediación como procedimiento

2.1.2.1. Alcance jurídico del procedimiento de la mediación

«Todo proceso se desarrolla formalmente a través de un procedimiento»[888]. En el contexto de las organizaciones y de la empresa, se distingue con claridad la diferencia entre estos dos términos, «proceso» y «procedimiento». Un proceso es una secuencia de tareas que se realizan de forma concatenada, seguida una detrás de la otra, para alcanzar un objetivo o un fin concreto. Un procedimiento es una descripción detallada de cómo se debe llevar a cabo un proceso. En concreto, en el ámbito de los sistemas de gestión de la calidad, la norma internacional ISO 9001 2015 desarrolla la gestión de la calidad mediante la aplicación de principios como el del «enfoque a procesos»[889], y conforme a las definiciones que registra esta norma, el proceso es «un conjunto de actividades mutuamente relacionadas, o que interactúan y transforman elementos de entrada en resultados». Y define el procedimiento como una «forma específica de llevar a cabo un proceso o actividad»[890]. No todos los procesos deben tener un procedimiento, sin embargo, siempre que existe un procedimiento en una empresa, es porque existe un proceso detrás.

En el derecho procesal también se distinguen estos dos conceptos de proceso y procedimiento. El proceso jurídico es un concepto instrumental, «una simple sucesión de fases que precisa la jurisdicción para materializarse»[891]. Rogelio Peña define el proceso jurídico como una estructura ordenada y creciente que surge de la actividad de las partes como consecuencia de la suma de diferentes actos procesales, que obliga al representante del Estado a dar un pronunciamiento jurisdiccional a las pretensiones interesadas por la parte actora[892].

La jurisdicción y el proceso son los dos conceptos que, por sí solos, pueden explicar la existencia de cualquier contenido del derecho procesal, por eso se les puede llamar fundamentales, afirmando que el proceso «es el instrumento que posibilita la declaración de la jurisdicción»[893]. Si bien ambos términos, «proceso» y «procedimiento», tienen una

[887] *Ibid.*, p. 186.
[888] MONTERO AROCA, Juan; Juan Luis GÓMEZ COLOMER y Silvia BARONA VILAR: *Derecho jurisdiccional* (21.ª ed.). Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2013, vol. 1: *Parte general*, p. 227.
[889] GÓMEZ MARTÍNEZ, José Antonio: *Guía para la aplicación de UNE-EN ISO 9001:2015*. Madrid: Asociación Española de Normalización y Certificación, 2019, pp. 39-40.
[890] ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN Y CERTIFICACIÓN: *Sistema de gestión de organización saludable*. Madrid: Asociación Española de Normalización y Certificación, 2019, p. 17.
[891] PEÑA PEÑA, Rogelio Enrique: *Teoría general del proceso*, *op. cit.,* pp. 124-125.
[892] *Idem*.
[893] NIEVA FENOLL, Jordi: *Derecho procesal I. Introducción*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2019, pp. 53 y 70.

misma raíz etimológica, *procedere*, en el segundo destaca la nota de actuación externa, hace referencia a la forma, a la sucesión de actos[894].

La sucesión de fases o actos es un proceso, y se denomina «jurisdiccional» al proceso donde se requiere la emisión del juicio de un juez. El proceso jurisdiccional suele estar normativizado, de manera que las leyes establecen exactamente qué trámites debe celebrar concretamente el juez para llegar a su juicio. Esa concreción es conocida con el nombre de «procedimiento», y se materializa fundamentalmente en la descripción de plazos, oportunidades procesales y formas de realizar los diferentes trámites. Así, podemos definir que «el procedimiento es el cauce o itinerario formal que permite celebrar el proceso»[895]. El procedimiento puede estar más o menos normativizado, dejando así mayor o menor margen al juez para determinar cada detalle procedimental. El proceso es un concepto instrumental, una simple sucesión de fases que precisa la jurisdicción para materializarse, y así, «el proceso es una sucesión de actos que se desarrolla en el tiempo para obtener el juicio jurisdiccional, con arreglo a las normas de procedimiento»[896]. Resulta esencial distinguir estas expresiones que se confunden constantemente, proceso y procedimiento, siendo el proceso la sucesión de fases o actos, y el procedimiento la concreción, normalmente normativa, del detalle de los trámites de esas fases[897].

En la literatura científica y en la jurisprudencia, la mediación es calificada como un procedimiento, en contraposición al proceso, y en ocasiones ambos términos se utilizan indistintamente[898]. Para diferenciar lo que es proceso de lo que no lo es, se precisa, apunta Susana Barona, partir de una adecuada delimitación conceptual; técnicamente lo correcto es hablar de procedimiento de mediación, y no de proceso, porque para que este exista es necesaria la presencia de la función heterocompositiva. En la mediación, esta función que permite diferenciar o utilizar el instrumento procesal no se da, lo que permite conceptuarla como «una sucesión de actuaciones que reviste la forma de procedimiento»[899].

Si bien en la doctrina, en textos legislativos y hasta en la jurisprudencia la mediación se encuentra referenciada como proceso, algunos autores, como Cátia Marqués convienen en no atribuirle este vocablo para no generar ninguna confusión con el ámbito

[894] MONTERO AROCA, Juan; Juan Luis GÓMEZ COLOMER y Silvia BARONA VILAR: *Derecho jurisdiccional*, *op. cit.,* p. 243.
[895] NIEVA FENOLL, Jordi: *Derecho procesal I. Introducción*, *op. cit.,* p. 71.
[896] *Idem*.
[897] *Ibid.*, pp. 53 y 70.
[898] VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina: «Concepto de mediación y ámbito de aplicación de la ley 5/2012», *op. cit.,* p. 106.
[899] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* p. 93.

jurisdiccional. La mediación debería ser considerada como procedimiento, entendido como una secuencia de actos, lógicamente articulados entre sí, con vistas a un fin; sin embargo, el carácter informal y flexible excluye *ab initio* cualquier definición de un procedimiento previo y predeterminado. Es preferible concebir la mediación como un método[900]. Vargas Gómez coincide con esta percepción de la mediación como método, pues permite distinguirla más claramente del proceso (judicial) y del procedimiento (propio del derecho administrativo), y la sitúa como un *tertium genus* dotado de autonomía con regulación jurídica propia[901].

Sin embargo, considero que la mediación participa de ambos vocablos; la mediación, como hemos visto, es y se constituye como proceso (no judicial), y tiene entidad como procedimiento justificado desde la premisa de resultar necesario establecer unas garantías mínimas «de proceder» para asegurar que se respetan y cumplen los principios que fundamentan la mediación, y para que los efectos del acuerdo al que lleguen las partes, despliegue toda su eficacia jurídica. Para Esther Vilalta, la mediación, en cuanto norma de actuación, materializada en secuencias o fases, con sus principios inspiradores, garante del cometido de su finalidad, es a lo que llamo «procedimiento». En este sentido, la mediación resulta efectiva cuando cuenta con una normativa de mínimos que ofrece un marco de confianza y certeza tanto de los procesos como de los resultados[902].

Existe unanimidad en aceptar que no se puede acometer una mediación sin que el mediador tenga predefinido un procedimiento; el procedimiento es un elemento clave para el éxito de la mediación, que dependerá en gran medida del mismo[903].

En otro orden distinto al de obtener unos buenos resultados en mediación, como el de la eficacia en el orden jurídico, considero que el *procedimiento* desempeña un papel trascendental, pues de su observación se hará depender la validez del acuerdo o su posible impugnación ante los tribunales de justicia. La mediación participa jurñidicamente de una naturaleza procedimental.

A la Ley de Mediación de Asuntos Civiles y Mercantiles expone López Barba, que le corresponde regular, más que tipificar, un procedimiento de mediación distinto o singularizado de los que puedan seguirse al margen de la misma; son mediaciones «atípicas» en tanto que establecen las garantías suficientes en torno a la valía de sus

[900] MARQUÉS CEBOLA, Cátia Sofía: *La mediación, un nuevo instrumento de la Administración de Justicia para la solución de conflictos* [tesis doctoral]. Salamanca (España): Universidad de Salamanca, 2011, pp. 136-137.
[901] VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina: «Concepto de mediación y ámbito de aplicación de la ley 5/2012», *op. cit.,* p. 107.
[902] VILALTA NICUESA, Aura Esther: «El marco jurídico: derecho comparado», *op. cit.,* p. 159.
[903] MORCILLO JIMÉNEZ, Juan Jesús; Manuel ÁLVAREZ TORRES y Beatriz GIL VALLEJO: *Mediación civil y mercantil*, *op. cit.,* p. 133.

mediadores y la fuerza de los acuerdos que hayan sido adoptados en aplicación de la ley[904].

La Directiva de Mediación 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, en su artículo 3 define la mediación como *procedimiento estructurado*[905], con independencia de cuál sea el nombre o denominación (proceso, método, intervención, etc.) con el que se la refiera. Un procedimiento donde las partes en litigio «intentan» voluntariamente alcanzar un acuerdo con la ayuda del mediador. En mediación, el uso del término «procedimiento» proporciona dos indicadores: que existe algún tipo de estructura, y que permite situar la mediación entre las otras figuras procedimentales dirigidas a la solución de conflictos[906]. La configuración jurídica de la figura de la mediación, en tanto institución, trata de fijar el núcleo, el espacio que todo el mundo identifica y denomina «mediación», y no otra figura[907]. La elección de este adjetivo «estructurado» y su inclusión final en el artículo 3 son muy reveladores, pues pretenden resaltar que no toda intervención mediadora posee relevancia jurídica, sino tan solo aquella que responde a una predeterminación metodológica, sin que esta estructura del procedimiento disminuya en nada la flexibilidad que la caracteriza; las partes siguen siendo soberanas para pactar con el mediador cómo se va a desarrollar la mediación[908].

El procedimiento de la mediación tiene entidad por sí mismo, y, si bien puede estar conectado intrajudicialmente con los tribunales de justicia, también puede iniciarse de forma extrajudicial; es un procedimiento de gestión y negociación autónomo, que debe entenderse como derecho fundamental de los ciudadanos a una resolución del conflicto desde la autocomposición[909]. La característica fundamental de la mediación y, por tanto, del procedimiento previsto para desarrollarla debe ser la flexibilidad[910].

El legislador español, si bien transcribe prácticamente los términos de la directiva, no hace suya la definición de la mediación como procedimiento «estructurado», sigue en todo caso el Dictamen del Consejo General del Poder Judicial, que establecía la necesidad

---

[904] LÓPEZ BARBA, Elena: «La eficacia ejecutiva del acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación según la Ley 5/2012», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 30 (2013), p. 4.

[905] Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, DOCE núm. L 136, p. 4.

[906] LAUROBA, María Elena; Inmaculada BARRAL; Jaume TARABAL e Isabel VIOLA: «La construcción institucional y jurídica de la mediación», *op. cit.,* p. 834.

[907] *Ibid.*, p. 831.

[908] ORTUÑO MUÑOZ, José pascual: «Artículo 1: Concepto», en Cristina ALONSO SALGADO y Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (coords.) y Raquel CASTILLEJO MANZANARES (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2013, p. 24.

[909] MÁRQUEZ ALGARA, María Guadalupe: *Mediación y administración de justicia: hacia la consolidación de una justicia participativa*, *op. cit.,* p. 133.

[910] GÓMEZ AMIGO, Luis: «El procedimiento de mediación», en Francisco LÓPEZ SIMÓ y Federico F. GARAU SOBRINO (coords.): *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2014, p. 245.

de que la mediación se desarrolle conforme a un procedimiento regulado legalmente con la finalidad de configurar un procedimiento tipo de mediación[911].

2.1.2.2. La estructura del procedimiento

La estructura del procedimiento se logra a través de una serie de fases o etapas generales que se siguen, con mayor o menor rigidez, en un orden preestablecido desde el comienzo de la mediación hasta su fin[912]. Como consecuencia del anclaje de la institución en la voluntad de las partes, las normativas nacionales mantienen habitualmente una actitud muy flexible en relación a la institución de la mediación y al procedimiento; el legislador nacional, en la mayoría de los casos, se limita a incluir solo algunas reglas muy básicas o principios generales relativos al procedimiento; se asume que esta cuestión, por lo general, es algo que deben concretar las partes, de forma directa o indirecta, atendida la naturaleza voluntaria de la mediación[913]. El procedimiento de la mediación se ha estructurado por fases, algunas de las cuales son comunes a la mayoría de los procedimientos: la designación de la persona mediadora, la reunión inicial con el mediador, las actas inicial y final[914].

Se toma como referencia el *iter* procedimental de la LMACM, que ofrece un marco para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las CC. AA. en el ámbito de sus competencias, y articula un procedimiento de fácil tramitación, poco coste y duración, para ayudar a los sujetos implicados que acudan a la mediación[915]. Con carácter previo, conviene señalar que no son objeto de estudio en este apartado ni las particularidades previstas en relación con la utilización de los medios electrónicos, ni el procedimiento simplificado desarrollado por medios electrónicos que consiste en las reclamaciones de cantidad que no exceda de 600 euros o de otro interés cuya cuantía no supere esa cantidad.

La LMACM dedica al procedimiento de mediación el título IV, artículos 16 a 24, aplicables a toda mediación con independencia de que esté vinculada o no a un proceso judicial; esto es, tanto la mediación extrajudicial como la intrajudicial deben ajustarse al

---

[911] IGLESIAS CANLE, Inés Celia (dir.) y Ángela BUSACCA (coord.): *La mediación en las controversias civiles y mercantiles. Guía para la práctica de la mediación civil y mercantil en España y en Italia*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2014, p. 162.

[912] MORCILLO JIMÉNEZ, Juan Jesús; Manuel ÁLVAREZ TORRES y Beatriz GIL VALLEJO: *Mediación civil y mercantil*, *op. cit.,* p. 133.

[913] ESPLUGUES MOTA, Carlos: *Mediación civil y comercial. Regulación internacional e iberoamericana*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2019, p. 263.

[914] ESTEVE GARCÍA, Gisela: «Las leyes autonómicas españolas: los conceptos básicos», *op. cit.,* 47.

[915] Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, p. 5, punto II. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9112>.

procedimiento regulado en la ley[916]. Estos preceptos configuran un proceso ordinario que, si bien viene delimitado por unas pautas de obligado cumplimiento, el carácter mínimo de aquellas hace que resulte bastante flexible para las partes que en él intervienen[917]. Se trata de un procedimiento que ha sido calificado en el propio preámbulo de la ley como «un procedimiento de fácil tramitación, poco costoso y de corta duración en el tiempo y cuya regulación se centra en fijar tan solo unos contenidos mínimos que pretenden garantizar los principios informadores y las directrices de la mediación»[918]. La flexibilidad se considera tradicionalmente como uno de los principios rectores de la mediación y se traduce en la capacidad del procedimiento de adaptarse a las circunstancias de cada caso concreto, y, en coherencia, el artículo 10.1 de la LMACM señala que «la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente», pero desde el respeto a los principios que se establecen en esta ley[919].

El procedimiento de mediación es sencillo y flexible, está diseñado para que sean las partes implicadas quienes determinen libremente sus fases fundamentales; la norma se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar. La mediación puede perseguir simplemente mejorar las relaciones sin que las partes tengan intención de alcanzar acuerdo alguno, pues no resulta obligatorio[920]. Luis Gómez Amigo considera que la LMACM solo ha esbozado las líneas básicas del procedimiento, de manera que son las partes con el mediador quienes determinen el concreto procedimiento a seguir, haciendo uso de la flexibilidad para adaptarlo a la controversia que pretendan resolver. De lo que se deduce que la ley contiene la regulación legal (no dispositiva) necesaria para que el Estado asuma el resultado de la mediación y pueda otorgarse fuerza ejecutiva al acuerdo de mediación[921].

El modelo de mediación por el que ha optado el legislador español se basa en el principio de voluntariedad y libre disposición, artículo 6 de la LMACM, que resulta compatible con la concurrencia de un pacto escrito que exprese el compromiso de las partes a someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir de sus relaciones, que les obligue a intentar de buenas el procedimiento de mediación, antes de

---

[916] PILLADO GONZÁLEZ, Esther: «Procedimiento de mediación familiar», en Esther PILLADO GONZÁLEZ y Francisca FARIÑA RIVERA (coords.): *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*, *op. cit.,* p. 263.

[917] PAZ-PEÑUELAS BENEDÉ, María Pilar: *Conflicto y técnicas de gestión. En especial, la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su versión electrónica*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2017, p. 221.

[918] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Raquel: «Procedimiento y ejecución de acuerdos», en Carmen BOLDÓ RODA y María del Mar ANDREU MARTÍ (coords.): *La mediación en asuntos mercantiles*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2015, pp. 116-117.

[919] PILLADO GONZÁLEZ, Esther: «Procedimiento de mediación familiar», *op. cit.,* p. 253.

[920] Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, p. 6, punto II. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9112>.

[921] GÓMEZ AMIGO, Luis: «El procedimiento de mediación», *op. cit.,* p. 246.

acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial[922]. Esta cláusula de sometimiento surtirá estos efectos incluso cuando la controversia entre las partes verse sobre la validez o existencia misma del contrato donde esté insertada.

2.1.2.2.1. Fases del procedimiento de mediación

a) Fase preparatoria inicial o premediación

aa) La solicitud de inicio del procedimiento (artículo 16 LMACM)

El artículo 16 de la LMACM es el que regula la solicitud de inicio de la mediación. En concreto, dispone quiénes son los legitimados para presentarla, su contenido (al menos en parte), ante quién, y determinados efectos derivados de la presentación[923]. Las partes pueden presentar la solicitud del inicio de la mediación conjuntamente, de común acuerdo, o bien de forma unilateral por una de ellas, cuando exista un pacto previo de someterse a mediación[924].

El legislador, con la expresión «el procedimiento podrá iniciarse», está enfatizando una vez más el carácter voluntario de la mediación. El uso del verbo «podrá» quiere resaltar que el procedimiento de mediación solo se iniciará cuando las partes así lo decidan, configurándose por tanto como un procedimiento dispositivo que en este sentido guarda una naturaleza similar a la que rige el proceso civil[925].

El legislador ha optado en este artículo por especificar las dos formas por las que, como regla general, puede dar comienzo el procedimiento de mediación, si bien a estas dos puertas de entrada hay que añadir una tercera vía, introducida indirectamente al amparo de lo dispuesto en la disposición final tercera de la LMACM, modificativa de artículos de la LEC, donde se faculta al tribunal en la vía judicial para «invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa»[926]. En este caso es el juez, dentro de un proceso judicial, quien sugiere la mediación, devolviendo a las partes el protagonismo que han perdido en el conflicto, y dándoles la oportunidad de hacerse de nuevo dueñas de su situación. El juez, en su invitación a las partes a que intenten llegar ellas mismas a un acuerdo a través de un procedimiento de mediación,

---

[922] IGLESIAS CANLE, Inés Celia (dir.) y Ángela BUSACCA (coord.): *La mediación en las controversias civiles y mercantiles. Guía para la práctica de la mediación civil y mercantil en España y en Italia*, *op. cit.,* p. 167.

[923] PAZ-PEÑUELAS BENEDÉ, María Pilar: *Conflicto y técnicas de gestión. En especial, la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su versión electrónica*, *op. cit.,* p. 231.

[924] Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, BOE núm. 162, 7 de julio de 2012, artículo 16.1, p. 11. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9112>.

[925] NOYA FERREIRO, María Lourdes: «Artículo 16. Solicitud de inicio», en Cristina ALONSO SALGADO y Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (coords.) y Raquel CASTILLEJO MANZANARES (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* 2013, p. 187.

[926] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Raquel: «Procedimiento y ejecución de acuerdos», *op. cit.,* p. 115.

deberá explicar adecuadamente a las partes por qué cree que la mediación es idónea para su caso[927]. Sin embargo, para otros autores, esta «invitación» a la mediación nacida en el curso de un procedimiento judicial no debe ser considerada como una tercera vía distinta e independiente de las anteriores, en tanto que debe ser aceptada por las partes implicadas en el conflicto, como requisito necesario para que pueda dar comienzo el procedimiento de mediación; esta tercera vía indirecta, propone Sánchez Hernández que, en última instancia, puede ser subsumida en la primera de las que recoge de forma expresa el artículo 16 de la LMACM; esto no sucedería si en lugar de una invitación o sugerencia fuera una clara imposición, o existiese en el ordenamiento jurídico una previsión que exija al menos el inicio de un procedimiento de mediación como requisito previo para poder iniciar un procedimiento judicial[928].

La fase del inicio del procedimiento está integrada por la solicitud de inicio de la mediación, la sesión informativa y la sesión constitutiva, que para Paz-Peñuelas Penedé está a caballo entre esta fase y la siguiente, la del desarrollo de la mediación[929].

La solicitud de inicio se cursará ante la institución de mediación o mediador propuesto por una de las partes, o ante el mediador ya designado por ambas. Cuando la solicitud se haya presentado de común acuerdo entre las partes, deberá incluir la designación del mediador o institución de mediación elegido para llevar a cabo la mediación, así como la fijación del lugar donde se desarrollarán las sesiones, y la lengua a utilizar en las actuaciones.

Aunque el artículo 16 de la LMACM solo señala como forma de iniciar el procedimiento de mediación por voluntad de las partes, en otros preceptos de la misma norma, y en la LEC, se prevé la posibilidad de que, durante la pendencia de un proceso judicial se acuda al recurso de la mediación para intentar solucionar el conflicto, suspendiendo, en su caso, el proceso; es la denominada mediación intrajudicial. La posibilidad de acudir a la mediación intrajudicial requiere el acuerdo de ambas partes, aunque la «iniciativa» para ello puede provenir o bien de los propios litigantes o bien del órgano judicial[930]. Si el procedimiento de mediación se inicia estando en trámite un proceso judicial, las partes de común acuerdo pueden solicitar la suspensión conforme a lo dispuesto en la legislación procesal.

La solicitud de inicio del procedimiento de mediación produce el efecto de suspender, no de interrumpir, los plazos de prescripción y de caducidad de las acciones

[927] PEREIRA PARDO, María del Carmen; Beatriz FERNÁNDEZ MUIÑOS y Vanesa BOTANA CASTRO: *La mediación paso a paso: de la teoría a la práctica*. Madrid: Dykinson, 2014, p. 67.
[928] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Raquel: «Procedimiento y ejecución de acuerdos», *op. cit.,* pp. 120-121.
[929] PAZ-PEÑUELAS BENEDÉ, María Pilar: *Conflicto y técnicas de gestión. En especial, la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su versión electrónica*, *op. cit.,* p. 231.
[930] *Idem*.

que puedan ejercitar las partes, dando la norma un mismo tratamiento legal a los plazos de estas dos instituciones[931]. En este sentido, el Consejo General del Poder Judicial en su informe al Anteproyecto de la LMACM, de 8 de abril de 2011, explicó que «si bien en materia de prescripción de acciones el criterio general del CC es que la prescripción puede ser objeto de interrupción, con inutilización en tal hipótesis del tiempo transcurrido hasta ese momento, no habría obstáculo para que una ley específica —como sería el caso de la ahora proyectada— disponga dentro de su ámbito de aplicación la suspensión, y no la interrupción, de los plazos de prescripción». El Consejo consideró acertada la unificación en tanto que, si el inicio de un procedimiento de mediación tuviese por efecto la interrupción de los plazos de prescripción, tendría el efecto indeseado de incentivar el recurso a la mediación aun sin ánimo de alcanzar ninguna solución, solo con el propósito de purgar la prescripción ya iniciada y lograr que el plazo prescriptivo vuelva a contarse en su integridad[932].

Como ya se ha adelantado, la mediación intrajudicial consiste en la posibilidad, una vez iniciado el proceso judicial, de derivar el pleito a un procedimiento de mediación, «informando» el juez a las partes que cuentan con ese recurso para intentar solucionar el conflicto. Así, el tribunal, en atención al objeto del proceso, podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa (artículo 414.1 LEC). No tiene carácter obligatorio para las partes recibir esa información, como sí sucede en cambio, y en algunos casos, en el derecho italiano[933].

ab) La designación del mediador

Una vez presentada la solicitud de inicio, la siguiente actuación del procedimiento de mediación puede ser, si se precisa, la designación del mediador. Será necesaria la designación solo cuando la solicitud de mediación se haya realizado de mutuo acuerdo, pero las partes solo hayan reseñado la institución de mediación, o bien, cuando la solicitud unilateral se presente directamente ante una institución de mediación, como la que propone, de forma expresa o tácitamente, a la otra parte[934].

La designación de un mediador concreto es necesaria para la siguiente actuación del procedimiento, la convocatoria a las partes para celebrar la sesión informativa, donde

[931] Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, BOE núm. 162, 7 de julio de 2012, artículo 4.1., p. 811.

[932] Informe del Consejo del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 19 de mayo de 2010. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-mediacion-en-asuntos-civiles-y-mercantiles>.

[933] IGLESIAS CANLE, Inés Celia (dir.) y Ángela BUSACCA (coord.): *La mediación en las controversias civiles y mercantiles. Guía para la práctica de la mediación civil y mercantil en España y en Italia*, *op. cit.,* pp. 169-170.

[934] GÓMEZ AMIGO, Luis: «El procedimiento de mediación», *op. cit.,* p. 253.

asistirá el mediador ya designado para resolver su controversia, y no con cualquier mediador u otro empleado de la institución de mediación; solo así es posible que aquel les informe de las posibles causas que puedan comprometer su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia[935].

ac) La sesión informativa previa a la mediación

La sesión informativa es esencial tanto para la aceptación de las partes como incluso para el éxito o fracaso de la mediación[936].

En la sesión informativa previa, las personas son asesoradas sobre el valor, las ventajas, los principios y las características de la mediación; se les proporciona, en definitiva, suficientes elementos de juicio para decidir, sobre la base de este conocimiento y del caso concreto, si optan o no por someter su conflicto a mediación[937].

Una vez designado el mediador, se celebrará una sesión informativa a la que asistirán las partes y el mediador, donde el mediador les informe sobre las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento, y las consecuencias jurídicas del posible acuerdo al que puedan llegar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva[938]. El mediador deberá proporcionar a las partes, con carácter previo al inicio del procedimiento, en la sesión informativa, los datos de la cobertura de su responsabilidad civil, dejando constancia en el acta inicial[939].

Esta sesión informativa «individualizada» forma parte del propio procedimiento de mediación, y no puede sustituirse por alguna otra sesión informativa a la que hayan podido asistir las partes en algún otro momento, y a las que la ley denomina «sesiones informativas abiertas», que organizan las instituciones de mediación para aquellas personas que están interesadas en acudir a este método de resolución de conflictos.

Sin embargo, la celebración de esta primera sesión, dado su carácter «informativo» y en coherencia con la flexibilidad que rige el procedimiento de mediación, no es obligatoria en todo caso. Las partes, si lo estiman oportuno, pueden prescindir de su celebración. A esta posibilidad se refiere el artículo 17.1 de la LMACM cuando señala que la sesión informativa se celebrará «salvo pacto en contrario». Esto sucederá si las partes no consideran necesaria esta fase, porque ya conocen qué es la mediación, o al mediador, y

---

[935] *Ibid.*, p. 254.

[936] PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita: «Artículo 17. Información y sesiones informativas», en Leticia GARCÍA VILLALUENGA y Carlos ROGEL VIDE (dirs.) y Carmen FERNÁNDEZ CANALES (coord.): *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012*. Madrid: Reus, 2012, p. 210.

[937] LAUROBA, María Elena; Inmaculada BARRAL; Jaume TARABAL e Isabel VIOLA: «La construcción institucional y jurídica de la mediación», *op. cit.,* p. 866.

[938] Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, BOE núm. 162, 7 de julio de 2012, artículo 16, p. 11. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9112>.

[939] Artículo 28 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, p. 105 307.

en este caso podrán pactar prescindir de la misma, y acudir directamente a la sesión constitutiva[940].

El contenido de la sesión informativa incluye orientación en relación a un conjunto de cuestiones; en primer lugar, el mediador expondrá sobre las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, su profesión, formación y experiencia; en segundo lugar, deberá ilustrar a las partes sobre las características del servicio, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar; y, finalmente, el mediador advertirá a las partes del plazo de que disponen para firmar el acta de la sesión constitutiva[941]. La información relativa a las características de la mediación se reiterará después en la sesión constitutiva[942].

Efectivamente, el mediador no se limitará en esta información previa a explicar de manera genérica las características de la mediación; deberá explicar el alcance de los acuerdos, llamados a ser ejecutivos, conforme se determina en el artículo 23 de la LMACM cuando afirma que «informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo». La mediación está muy relacionada con el proceso judicial; si la mediación es extrajudicial y voluntaria, la conexión vendrá dada por la ejecutabilidad del acuerdo elevado a escritura pública[943].

Una función destacable de esta primera reunión entre partes y mediador, conectada a su contenido, es la función sanadora. Si el acta de la sesión adoleciera de algún defecto que pudiera invalidar el procedimiento, como no ser parte legítima del conflicto mediable, el mediador puede apercibir ese o cualquier otro defecto y podrá ponerlo de manifiesto a las partes y proceder a su subsanación[944].

La importancia que tiene la asistencia a esta sesión informativa, no solo radica en que las partes conozcan los detalles del procedimiento y las ventajas que puede ofrecerles la mediación para solucionar su controversia, sino también en las consecuencias legales que lleva aparejada su falta de asistencia sin causa justificada, dado que tal actuación equivale a un desistimiento de la mediación solicitada[945].

---

[940] PILLADO GONZÁLEZ, Esther: «Procedimiento de mediación familiar», *op. cit.,* p. 273.
[941] SANCHÍS CRESPO, Carolina: «La mediación como alternativa en la gestión de la conflictividad de las comunidades de vecinos», en Virginia PARDO IRANZO (coord.): *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, *op. cit.,* p. 95.
[942] *Idem*.
[943] PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita: «Artículo 17. Información y sesiones informativas», *op. cit.,* p. 211.
[944] SANCHÍS CRESPO, Carolina: «La mediación como alternativa en la gestión de la conflictividad de las comunidades de vecinos», *op. cit.,* p. 97.
[945] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Raquel: «Procedimiento y ejecución de acuerdos», *op. cit.,* p. 124.

b) Fase de inicio de la mediación: la sesión constitutiva

Una vez debidamente informadas y provistas de suficientes elementos de juicio, en la sesión constitutiva las partes pueden manifestar su decisión de someter, libre y voluntariamente, su controversia al instituto de la mediación[946]. Esta sesión constitutiva puede tener lugar a continuación de la sesión informativa, o en una reunión posterior; la ley se inclina por dos sesiones diferenciadas, pero en la práctica no es infrecuente que se den una tras otra sin solución de continuidad[947]. Puede realizarse la sesión constitutiva en unidad de acto con la informativa, pero es recomendable, en este supuesto, levantar acta de cada una de las sesiones que se vayan desarrollando, aun cuando más de una sesión se realicen en el mismo día, de forma consecutiva[948].

La sesión constitutiva está dirigida a que las partes, con la ayuda del mediador, fijen los extremos necesarios para el desarrollo del procedimiento, que solo quedará «formalizado» cuando se firme con éxito el acta de la sesión constitutiva: quedarán fijados los extremos necesarios para el desarrollo del procedimiento[949]. Pillado González considera que, en sentido estricto, el procedimiento de mediación comienza con la sesión constitutiva, y más aún, específicamente se inicia con la firma por las partes y el mediador del acta que se levante de la misma. Tal es así que, si las partes firman el acta, esta tendrá el valor de acto de inicio del procedimiento de mediación; en otro caso, en el acta se hará constar que la mediación ha sido intentada y sin efecto (artículo 19.2 LMACM)[950]. La sesión constitutiva es el hito por el que se inaugura el procedimiento de mediación. La finalidad de esta etapa del proceso es la firma del acta constitutiva, que no deja de ser un contrato de los servicios del mediador, el contrato de mediación. En ella, las partes «expresarán su deseo de desarrollar la mediación», razón que explica por qué es una exigencia que el acta vaya firmada por todas las partes y el mediador o mediadores[951]. El artículo 19 de la ley marca, propiamente, el momento de inicio del proceso de mediación; aunque el título IV de la ley se desarrolla bajo el epígrafe de «procedimiento de mediación», se puede afirmar que los artículos 16 y 17 se ocupan de regular la fase previa al proceso de mediación necesaria para preparar correctamente el proceso. Tanto la solicitud de inicio como la

[946] TORRADO TARRÍO, Cristina: «Artículo 19. Sesión constitutiva», en Cristina ALONSO SALGADO y Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (coords.) y Raquel CASTILLEJO MANZANARES (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* p. 207.

[947] SANCHÍS CRESPO, Carolina: «La mediación como alternativa en la gestión de la conflictividad de las comunidades de vecinos», *op. cit.,* p. 97.

[948] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* p. 403.

[949] GÓMEZ AMIGO, Luis: «El procedimiento de mediación», *op. cit.,* p. 258.

[950] PILLADO GONZÁLEZ, Esther: «Procedimiento de mediación familiar», *op. cit.,* p. 277.

[951] PAZ-PEÑUELAS BENEDÉ, María Pilar: *Conflicto y técnicas de gestión. En especial, la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su versión electrónica*, *op. cit.,* p. 249.

información y sesiones informativas son los elementos preparatorios del proceso de mediación, y suelen denominarse fase de premediación[952].

Existe una relación estrecha con la sesión informativa, una duplicidad consciente en la función de dar información, coincidiendo con la mayoría de las cuestiones que deben tratarse en ambas reuniones. Sin embargo, la información de la fase previa no disculpa de la necesidad de volver a informar en la sesión constitutiva; la diferencia consiste en que la información inicial es genérica y la información suministrada en la sesión inicial sirve directamente para conformar el consentimiento de las partes y para concretar la información genérica sobre el proceso concreto que se sustancia[953]. En este mismo sentido, Sánchez Hernández manifiesta que existe una lógica correlación entre las materias que fueron objeto de explicación en la sesión informativa y las que son objeto de pacto de inclusión en el acta de la sesión constitutiva, que deberá ser firmada por todas las partes y por el mediador[954].

En el acta de la sesión constitutiva debe dejarse constancia de los siguientes aspectos previstos en la ley: (i) identificación de las partes; (ii) designación del mediador o institución de mediación, aceptación del designado por una de las partes; (iii) el objeto del conflicto sometido al procedimiento de mediación; (iv) el programa de actuaciones y la duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, susceptibles de modificación; (v) la información del coste de la mediación o las bases para su determinación, separando de forma clara honorarios del mediador y otros posibles gastos; (vi) la declaración de la aceptación voluntaria por las partes de la mediación y la asunción de las obligaciones; y (vii) el lugar de celebración y la lengua del procedimiento[955]. Esta formalidad se precisa por los efectos jurídicos que se desprenden de la sesión constitutiva. La aceptación de las partes es relevante a los efectos de la posible impugnación por vicios o efectos del consentimiento, pues su impugnación podría, de verificarse, llevar aparejada la anulación, aplicándose el régimen jurídico correspondiente a este tipo de ineficacia[956]. La suspensión de los plazos de prescripción y de caducidad es otra de las consecuencias jurídicas de la sesión constitutiva, pues si se inició en el momento en que se hizo constar la recepción de la solicitud de mediación, la misma continúa.

---

[952] VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «Artículo 19. Sesión constitutiva», en Leticia GARCÍA VILLALUENGA y Carlos ROGEL VIDE (dirs.) y Carmen FERNÁNDEZ CANALES (coord.): *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012*, *op. cit.,* p. 227.
[953] *Ibid.*, p. 228.
[954] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Raquel: «Procedimiento y ejecución de acuerdos», *op. cit.,* p. 126.
[955] Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, BOE núm. 162, 7 de julio de 2012, artículo 19.1., p. 12. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9112>.
[956] VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «Artículo 19. Sesión constitutiva», *op. cit.,* pp. 231-232.

c) Fase de desarrollo de las actuaciones de la mediación

La fase de desarrollo de la mediación se regula en el artículo 21 de la LMACM, y al referirse a «las actuaciones de mediación», expresión que contiene un cierto cariz jurisdiccional, está aludiendo a las denominadas sesiones de mediación, y más concretamente a las normas formales que las afectan, dejando a salvo el contenido de las mismas[957]. Este precepto es aplicable tanto a las mediaciones extraprocesales como a las intraprocesales, y se limita simplemente a facilitar unas directrices, pero sin detallar concretamente cómo se llevará a cabo el procedimiento, ni cuáles serán sus distintas fases. Esto es lógico si tenemos en cuenta que la flexibilidad es uno de los principios rectores de la mediación, que impide encorsetarla en una estricta sucesión de actos y plazos, más propios de un proceso judicial[958].

Se puede decir que las actuaciones desarrolladas en esta fase constituyen la mediación propiamente dicha, en cuanto el mediador ejercitará sus habilidades mediadoras en la búsqueda de un acuerdo entre las partes[959]. Sanchís Crespo, para esta fase del procedimiento de mediación, llama «sesiones progresivas» a las siguientes reuniones que tendrán lugar tras la celebración de la sesión constitutiva, donde el mediador tratará de conocer en profundidad el conflicto que ha llevado a las partes a enfrentarse[960].

Al mediador le corresponde convocar a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirlas y facilitar que se comuniquen y expongan sus posiciones de manera equilibrada, conforme reza el artículo 21.1 de la LMACM. Por tanto, al mediador se le atribuye un papel no solo moderador sino también de dirección del procedimiento (siempre con sujeción al programa de actuaciones pactado en la sesión constitutiva), adoptando las iniciativas que mejor sirvan para alcanzar un acuerdo, que es lo que, en definitiva, pretenden las partes[961]. La fase intermedia de desarrollo material de las sesiones de mediación no se regula apenas, lo que supone una apertura, desde la flexibilidad y la autonomía privada de las partes, a todas las posibilidades de organización[962].

---

[957] PAZ-PEÑUELAS BENEDÉ, María Pilar: *Conflicto y técnicas de gestión. En especial, la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su versión electrónica*, *op. cit.,* p. 257.

[958] RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana: «Artículo 21. Desarrollo de la mediación», en Cristina ALONSO SALGADO y Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (coords.) y Raquel CASTILLEJO MANZANARES (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* pp. 219-220.

[959] PILLADO GONZÁLEZ, Esther: «Procedimiento de mediación familiar», *op. cit.,* p. 280.

[960] SANCHÍS CRESPO, Carolina: «La mediación como alternativa en la gestión de la conflictividad de las comunidades de vecinos», *op. cit.,* p. 99.

[961] GÓMEZ AMIGO, Luis: «El procedimiento de mediación», *op. cit.,* p. 263.

[962] VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «Artículo 19. Sesión constitutiva», *op. cit.,* p. 248.

El desarrollo del procedimiento de mediación se realizará desde la flexibilidad, la autonomía de la voluntad de las partes, la pérdida del valor central de la ley en beneficio del principio dispositivo, también procedimentalmente hablando, y teniendo al mediador como figura esencial en la conformación del procedimiento[963].

Las sesiones progresivas que tengan lugar durante el desarrollo de la mediación pueden revestir dos modalidades, celebrarse de forma simultánea o no simultánea; a las sesiones simultáneas se las denomina también conjuntas, y serán el modo ordinario en el que se desarrollen las actuaciones de mediación; en estas sesiones conjuntas, el mediador se reunirá al mismo tiempo con los mediados, de modo que cada uno tendrá cumplida y directa información de todo lo tratado en la sesión correspondiente[964]. Además de las sesiones conjuntas, a las que asisten el mediador y las partes, la ley contempla que puedan celebrarse los denominados «caucus», entrevistas individuales que el mediador mantiene con cada una de las partes que participan en la mediación[965]. Estas sesiones privadas o «caucus» pueden celebrarse a lo largo del procedimiento de mediación, cuando las situaciones así lo aconsejen; ofrece una ubicación diferente que aporta distintas oportunidades al mediador para poder averiguar qué impide que la negociación siga adelante[966]. La finalidad de estas sesiones individuales puede ser muy distinta: rebajar el nivel de tensión en un momento dado de una sesión conjunta, u obtener más información sobre la posición y verdaderos intereses de una de las partes al hablar con ella sin la presencia de la otra[967].

El artículo 20 de la LMACM, al referirse a la duración del procedimiento, no fija un límite temporal, pero sí pauta que debe ser «lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones», lo que supone un explícito reconocimiento del principio de concentración de actuaciones, y su vinculación intrínseca y proporcional con la duración del procedimiento[968].

d) Fase de terminación y sus modalidades

El momento final del procedimiento de mediación es la denominada «fase de cierre»; el procedimiento de mediación tiene una duración determinada y está abocado a su

[963] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* p. 410.
[964] SANCHÍS CRESPO, Carolina: «La mediación como alternativa en la gestión de la conflictividad de las comunidades de vecinos», *op. cit.,* p. 103.
[965] RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana: «Artículo 21. Desarrollo de la mediación», *op. cit.,* pp. 220-221.
[966] VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «Artículo 19. Sesión constitutiva», *op. cit.,* p. 259.
[967] PEREIRA PARDO, María del Carmen; Beatriz FERNÁNDEZ MUIÑOS y Vanesa BOTANA CASTRO: *La mediación paso a paso: de la teoría a la práctica*, *op. cit.,* p. 97.
[968] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* p. 346.

terminación, no hay más opción que terminar, con acuerdo o sin él[969]. A esta tercera fase del procedimiento de mediación se puede llegar, bien por un agotamiento natural de las fases anteriores, o porque sobrevenga alguna causa que impida que el procedimiento pueda seguir su curso natural, imponiendo así un cierre abrupto[970]. En tanto que el mediador no tiene la facultad para imponer a las partes una solución a la controversia objeto de mediación, es posible que, tras desarrollarse adecuadamente el procedimiento, este finalice con un acuerdo alcanzado por las partes que zanje su disputa, pero también puede suceder que las partes no se pongan de acuerdo[971]. La terminación del procedimiento sin acuerdo es una categoría con sustantividad propia, regulada en el artículo 22.1, que contiene distintas causas de finalización de la mediación sin pacto entre las partes[972]. El resultado de esta última fase se materializará por escrito mediante la firma de un acta final[973]. El documento que formaliza y determina la conclusión del procedimiento es el acta final; si la mediación concluye mediante acuerdo alcanzado entre las partes deberá incluirse de forma clara y comprensible, y si se cierra sin acuerdo contendrá la causa de la finalización[974].

El artículo 22 de la LMACM: regula la terminación del procedimiento, establece las causas de finalización, sin que constituyan un *numerus clausus*, la formación del expediente, y el acta final. El procedimiento de mediación puede concluir de las dos maneras que se exponen a continuación, por acuerdo de las partes o sin alcanzar acuerdo.

da) Terminación del procedimiento sin acuerdo

Si bien la LMACM define la mediación en su artículo 1 como un medio de «solución» de controversias, la mediación más bien debe ser entendida como un método de «gestión» de controversias, donde lograr un acuerdo no tiene por qué ser el objetivo último que persigan las partes. En este sentido, la Exposición de motivos de la LMACM aclara que «alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues, a veces, como enseña la experiencia aplicativa de esta institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto»[975].

---

[969] TAMAYO HAYA, Silvia: «Artículo 22. Terminación del procedimiento», en Leticia GARCÍA VILLALUENGA y Carlos ROGEL VIDE (dirs.) y Carmen FERNÁNDEZ CANALES (coord.): *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012*, *op. cit.,* p. 262.

[970] SANCHÍS CRESPO, Carolina: «La mediación como alternativa en la gestión de la conflictividad de las comunidades de vecinos», *op. cit.,* p. 109.

[971] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Raquel: «Procedimiento y ejecución de acuerdos», *op. cit.,* p. 128.

[972] GÓMEZ AMIGO, Luis: «El procedimiento de mediación», *op. cit.,* p. 266.

[973] SANCHÍS CRESPO, Carolina: «La mediación como alternativa en la gestión de la conflictividad de las comunidades de vecinos», *op. cit.,* p. 109.

[974] PEREIRA PARDO, María del Carmen; Beatriz FERNÁNDEZ MUIÑOS y Vanesa BOTANA CASTRO: *La mediación paso a paso: de la teoría a la práctica*, *op. cit.,* pp. 105-106.

[975] *Ibid.*, p. 101.

La primera causa de terminación de la mediación consiste en el desistimiento unilateral, el derecho o prerrogativa del que disponen las partes a dar por concluida la mediación en cualquier momento del procedimiento[976]. El procedimiento puede terminar por abandono voluntario de las partes en conflicto, las partes pueden ejercer su derecho a dar por terminadas las actuaciones en cualquier momento de la mediación, informando al mediador; las partes no solo son libres de acudir a este sistema de solución de conflictos sino también de mantenerse o de retirarse del mismo[977]. Esta modalidad es la expresión de uno de los principios fundamentales que rigen el procedimiento de mediación, la voluntariedad, y que contribuyen a garantizar su éxito; este principio implica, en esencia, que tanto el inicio como el abandono del procedimiento de mediación deberán responder única y exclusivamente a la voluntad, libremente manifestada, de las partes enfrentadas por el conflicto, y les garantiza que ese abandono, en el estadio en que se lleve a efecto, no podrá en ningún caso revertir en su perjuicio[978]. En todo caso, la parte que desiste tiene obligación de comunicárselo al mediador, sin que la ley especifique cómo formular esa renuncia; el mediador, para protegerse de posibles responsabilidades, debería solicitar a la parte que se retira de la mediación que firme un documento de desistimiento, y si no se aviene a hacerlo, lo hará constar en el acta final[979].

El procedimiento puede concluir también por el transcurso del plazo máximo que las partes hayan acordado para su duración, aunque, a tenor del texto legal, no operará de una manera automática e irreversible. En el acta constitutiva es donde las partes habrán pactado este extremo, sujeto a posible modificación conforme dispone el artículo 19.1 d) de la LMACM; las partes podrán acordar, según se acerque el vencimiento del plazo dado, una prórroga del inicialmente previsto[980].

La tercera causa de terminación del procedimiento sucede cuando el mediador aprecia posiciones irreconciliables entre las partes, incapaces de abandonar sus posiciones para centrarse en sus intereses, resultando inviable llegar a un acuerdo; es una prerrogativa del mediador que le permite renunciar a desarrollar la mediación, debiendo entregar a las partes un acta en la que conste su renuncia[981]. De igual manera, el rechazo o

[976] PAZ-PEÑUELAS BENEDÉ, María Pilar: *Conflicto y técnicas de gestión. En especial, la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su versión electrónica*, *op. cit.,* p. 260.
[977] TAMAYO HAYA, Silvia: «Artículo 22. Terminación del procedimiento», *op. cit.,* pp. 262-263.
[978] SANDE MAYO, María Jesús: «Artículo 22. Terminación del procedimiento», en Cristina ALONSO SALGADO y Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (coords.) y Raquel CASTILLEJO MANZANARES (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* p. 225.
[979] PAZ-PEÑUELAS BENEDÉ, María Pilar: *Conflicto y técnicas de gestión. En especial, la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su versión electrónica*, *op. cit.,* pp. 260-261.
[980] SANCHÍS CRESPO, Carolina: «La mediación como alternativa en la gestión de la conflictividad de las comunidades de vecinos», *op. cit.,* p. 111.
[981] PAZ-PEÑUELAS BENEDÉ, María Pilar: *Conflicto y técnicas de gestión. En especial, la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su versión electrónica*, *op. cit.,* p. 261.

renuncia de las partes al mediador determina la finalización del procedimiento cuando no se proceda a nombrar un nuevo mediador[982].

db) Terminación del procedimiento con acuerdo

El artículo 23 de la LMACM se titula «El acuerdo de mediación» y está incardinado en el título IV sobre «El procedimiento de mediación», sin embargo, el acuerdo no forma parte del procedimiento de mediación, más bien, es un resultado posible, no necesario, de la actividad de mediación[983]. La forma óptima de finalización de la mediación es el acuerdo alcanzado por las partes, y a cuya obtención va dirigido el procedimiento; el acuerdo, que deberá estar firmado por las partes, podrá versar sobre todas las materias sometidas a mediación, o solo sobre alguna de ellas, recogiendo en todo caso las menciones a que se refiere el artículo 23.1 de la LMACM[984]. El acuerdo de mediación parcial, al resolver parte de la controversia, debe ser completo; el adjetivo «parcial» no se emplea en este contexto en contraposición a «completo», sino a «total», debe ser un conjunto armónico, pues de otra manera, no podrá alcanzar fuerza ejecutiva[985]. La oralidad, la inmediación y la concentración pueden ser considerados principios (mejor, reglas) técnicos del procedimiento, pero la publicidad tiene un claro componente político que se resuelve en una garantía para las partes en el proceso, aunque también es el medio más idóneo para que pueda producirse el control de los órganos judiciales por el pueblo, del que emana el poder de aquellos.

En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación conforme a las previsiones de esta ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento[986]. El contenido mínimo de carácter material y formal que debe contener el acuerdo de mediación no es una cuestión superficial, sino de especial trascendencia si, como consecuencia de cumplimiento voluntario, una de las partes debe recurrir a la ejecución judicial, condicionando, por

---

[982] IGLESIAS CANLE, Inés Celia (dir.) y Ángela BUSACCA (coord.): *La mediación en las controversias civiles y mercantiles. Guía para la práctica de la mediación civil y mercantil en España y en Italia*, *op. cit.,* p. 184.

[983] SENÉS MOTILLA, María Carmen: «El acuerdo de mediación y su ejecución», en Francisco LÓPEZ SIMÓ y Federico F. GARAU SOBRINO (coords.): *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, *op. cit.,* p. 289.

[984] COSTAS RODAL, Lucía: «La nueva Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm. 7 (2012), p. 9.

[985] PARDO IRANZO, Virginia: «La finalización del procedimiento de mediación y la realización forzosa del acuerdo: principales cuestiones controvertidas», en Virginia PARDO IRANZO (coord.): *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, *op. cit.,* p. 121.

[986] IGLESIAS CANLE, Inés Celia (dir.) y Ángela BUSACCA (coord.): *La mediación en las controversias civiles y mercantiles. Guía para la práctica de la mediación civil y mercantil en España y en Italia*, *op. cit.,* p. 184.

ejemplo, el lugar donde se suscribe el acuerdo, la competencia territorial del eventual procedimiento de ejecución[987].

1. Naturaleza del acuerdo

El acuerdo no forma parte del procedimiento de mediación, pero su validez depende de cómo se haya desarrollado el procedimiento, si resulta o no conforme a las exigencias establecidas en la LMACM, como la igualdad de las partes, la imparcialidad del mediador y la confidencialidad de las actuaciones (artículos 7 a 9 LMACM)[988]. Significativa es, al respecto, la exigencia legal de que el contenido del acuerdo exprese «que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de la Ley»; el procedimiento y la función mediadora confieren al acuerdo de mediación un rasgo diferencial respecto de cualquier otro acuerdo que pudieran alcanzar las partes (ex artículo 1.255 CC), y le hacen merecedor de un tratamiento procesal privilegiado[989].

2. Efectos: vinculación y ejecutividad del acuerdo

El acuerdo obtenido en el procedimiento de mediación vincula a las partes con el mismo efecto que produce una sentencia firme en un proceso judicial, el auto de homologación dictado en una transacción judicial, el acta de conciliación firmada previa al proceso, o el laudo arbitral. La forma de conseguir que el acuerdo obtenido tras la mediación sirva eficazmente para resolver los conflictos exige situarlo al mismo nivel de eficiencia que las resoluciones procesales y arbitrales, o de los títulos ejecutivos extrajudiciales[990]. La Directiva 2008/52 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su Considerando núm. 19, en tanto que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación depende de la buena voluntad de las partes, determinó que los Estados miembros debían asegurar que las partes puedan dar fuerza ejecutiva a su contenido, y así evitar que la mediación pueda ser considerada como una alternativa peor que el proceso judicial[991]. En el caso de la mediación, como siempre que el legislador ha querido dotar de fuerza ejecutiva a un acto, ha inscrito el título notarial, la escritura pública que contiene el acuerdo obtenido en la mediación, en el catálogo legal de los títulos que tienen aparejada

[987] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Raquel: «Procedimiento y ejecución de acuerdos», *op. cit.,* p. 131.
[988] SENÉS MOTILLA, María Carmen: «El acuerdo de mediación y su ejecución», *op. cit.,* p. 290.
[989] *Ibid.*, pp. 290-291.
[990] BONET NAVARRO, Ángel; Adolfo CALATAYUD SIERRA; Juan Francisco HERRERO PEREZAGUA y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ: *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Zizur Menor (España): Aranzadi, 2013, p. 4.
[991] Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, DOCE núm. L 136, p. 4.

ejecución. Con este fin ha sido reformado el número 2.º del apartado 2 del artículo 517 de la LEC[992].

Son dos las vías para que el acuerdo alcanzado en mediación se convierta en título ejecutivo, la primera de ellas es mediante su elevación a escritura pública, y la segunda consiste en su homologación judicial. No se trata por tanto de cauces que se brindan a los interesados para que opten indistintamente por el que consideren más conveniente, sino que cada uno de ellos obedece a determinadas circunstancias que, concurrentes en una vía, hacen improcedente la otra. La adquisición de título ejecutivo de un acuerdo a través de la homologación judicial solo procede, y excluye el cauce notarial, cuando sea el resultado de una mediación «intrajudicial», iniciada con un proceso judicial en marcha, cuya suspensión hubiera sido solicitada por las partes para someterse a mediación (artículos 19.1 y 415.1 LEC)[993].

3. El acuerdo de mediación extrajudicial

El ordenamiento jurídico español únicamente otorga fuerza ejecutiva a los acuerdos que las partes adopten en el transcurso de una mediación extrajudicial desarrollada conforme a lo dispuesto en la LMACM, y solo para aquellos casos en los que, toda vez se ha seguido el procedimiento legalmente establecido, las partes deciden optar voluntariamente por recogerlo en escritura pública[994]. El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo y de la posibilidad de instar su elevación a escritura pública al objeto de configurarlo como un título ejecutivo[995]. El requisito de elevar a público el acuerdo de mediación mediante la correspondiente escritura notarial exigido legalmente para obtener su ejecutividad no es un requisito puramente formal, sino que presta un valor añadido; la intervención del notario, como fedatario público en su función de autenticar, informar a los otorgantes y controlar la legalidad de los actos celebrados, verifica no solo la regularidad formal sino de fondo, asegurando que los sujetos que otorgan la escritura pública prestan un consentimiento válido e informado[996]. El notario, al autorizar la escritura de elevación a público, ejercerá un control de legalidad sobre el acuerdo,

---

[992] BONET NAVARRO, Ángel; Adolfo CALATAYUD SIERRA; Juan Francisco HERRERO PEREZAGUA y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ: *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y* mercantiles, *op. cit.,* p. 12.

[993] HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco: «Escritura y acuerdo de mediación: el título ejecutivo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4 (2012), pp. 11-12.

[994] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Raquel: «Procedimiento y ejecución de acuerdos», *op. cit.,* p. 135.

[995] IGLESIAS CANLE, Inés Celia (dir.) y Ángela BUSACCA (coord.): *La mediación en las controversias civiles y mercantiles. Guía para la práctica de la mediación civil y mercantil en España y en Italia*, *op. cit.,* p. 184.

[996] BONET NAVARRO, Ángel; Adolfo CALATAYUD SIERRA; Juan Francisco HERRERO PEREZAGUA y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ: *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y* mercantiles, *op. cit.,* p. 31.

comprobará, no solo que su contenido no es contrario a derecho, sino también que el acuerdo es el resultado de un procedimiento que ha cumplido los requisitos exigidos por la LMACM; si no fuera así, el notario deberá hacerlo constar, y se elevaría a público un contrato de transacción que quedaría fuera del ámbito de la LMACM, y su eficacia ejecutiva sería la derivada del artículo 517.2.4 de la LEC, con la limitación del artículo 520[997].

Un primer escenario, conforme a lo previsto en la LMACM, es que las partes finalicen el proceso de mediación, autocompongan sus diferencias, lo reflejen en un acuerdo de mediación, pero no lo eleven a escritura pública. La eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación proviene de su elevación a escritura pública, como una opción de la que disponen las partes, por lo que es posible que algunos acuerdos de mediación obtenidos a través del procedimiento legalmente previsto, y de una mediación finalizada con éxito, no se formalicen en instrumento público. En este supuesto, y en caso de incumplimiento del acuerdo, la parte no podrá recurrir al proceso ejecutivo, sin previamente instar un proceso judicial declarativo sobre la existencia del acuerdo, siempre que el juez estime que su contenido no es contrario a derecho, y que lo pactado entre las partes posee fuerza ejecutiva[998]. Herrero Perezagua apunta otras dos posibilidades, una al amparo del artículo 1279 del CC, las partes pueden compelerse a otorgar la escritura pública, de tal manera que, ante la negativa de una de las partes, tendrá la otra que incoar el correspondiente proceso judicial a fin de obtener una sentencia que la condene a elevar a público el acuerdo de mediación. La otra solución que plantea es demandar a la parte que no se aviene a elevar a escritura pública el acuerdo de mediación, solicitando del juez, y siempre que el acuerdo de mediación contenga los elementos esenciales de una obligación, que acuerde tener por emitida su declaración de voluntad, y se le condene a la prestación que corresponda; en este caso el título ejecutivo será la sentencia de condena[999].

Otro escenario previsto en la LMACM es que el acuerdo que pone fin al procedimiento de mediación sí sea elevado a escritura pública.

La LMACM deja a la voluntad de las partes el otorgar carácter ejecutivo al acuerdo alcanzado, o que permanezca con la misma eficacia que un contrato o convenio en documento privado; de esta manera, para su carácter ejecutivo se requiere un doble consentimiento, en primer lugar, para alcanzar ambas partes el acuerdo a través del procedimiento de la mediación, y posteriormente, para elevar a instrumento público lo

[997] *Ibid.*, p. 29.
[998] LÓPEZ BARBA, Elena: «La eficacia ejecutiva del acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación según la Ley 5/2012», *op. cit.,* p. 7.
[999] HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco: «Escritura y acuerdo de mediación: el título ejecutivo», *op. cit.,* p. 12.

acordado por ellas[1000]. La LMACM, a pesar de referirse a las partes en plural, guarda silencio ante la posibilidad de que sea solo una de ellas quien solicite su elevación a público, contando siempre con el consentimiento expreso de las demás[1001]. Sánchez Martín aboga por esta posibilidad al ser compatible con la previsión contenida en el artículo 6 de la Directiva 2008/52/CE, de tal manera que las partes podrán pactar y dejar constancia en el mismo acuerdo de mediación la autorización expresa de uno de ellos a favor de la otra parte, autorizándola a elevar a público el acuerdo alcanzado, sin que sea por tanto necesaria su presencia ante el notario para el otorgamiento de la escritura pública[1002]. Herrero Perezagua es de la misma opinión, pues el determinante gramatical utilizado no solo expresa una pluralidad, sino que connota la totalidad; la cuestión puede ser especialmente problemática cuando las prestaciones a realizar recaigan solo sobre una de las partes, de modo que su colaboración para el otorgamiento de la escritura ofrezca algún tipo de reticencia, siendo aconsejable a estos efectos la introducción en el acuerdo de una cláusula que expresara la prestación de conformidad de las partes para que cualquiera de ellas, previa comunicación a la otra, para solicitar la elevación del acuerdo a escritura pública sin necesidad de que comparezca ante el notario[1003].

Sin embargo, para Munné y Vidal la función de la mediación es procurar que la jurisdicción sea la «última ratio», o último «remedio», como dice la Exposición de motivos, en la solución del conflicto; la mediación no sustituye a los jueces y tribunales, como sí sucede en cambio con el arbitraje, alternativa excluyente, por voluntad de las partes, que sustituye a la jurisdicción ordinaria; el Tribunal Constitucional lo ha definido como un «equivalente jurisdiccional» o como una «jurisdicción convencional». En consecuencia, el acuerdo de la mediación carece de fuerza jurisdiccional, y *per se*, de la eficacia de cosa juzgada[1004].

El acuerdo de mediación obtenido en un procedimiento de mediación no es susceptible de ser recurrible ante ningún tribunal, ni revisable en otra posible vía de solución extrajudicial de conflictos. La única posibilidad para plantear la anulación del acuerdo logrado en mediación sería su impugnación ante un órgano jurisdiccional si concurrieran alguna de las causas que lo invalidan, como son los defectos

[1000] PEREIRA PARDO, María del Carmen; Beatriz FERNÁNDEZ MUIÑOS y Vanesa BOTANA CASTRO: *La mediación paso a paso: de la teoría a la práctica*, *op. cit.,* pp. 110-111.
[1001] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Raquel: «Procedimiento y ejecución de acuerdos», *op. cit.,* p. 135.
[1002] SÁNCHEZ MARTÍN, Pablo: «Incidencia de la mediación en el proceso civil», *Práctica de tribunales*, núms. 98-99 (2012), p. 67.
[1003] HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco: «Escritura y acuerdo de mediación: el título ejecutivo», *op. cit.,* p. 12.
[1004] MUNNÉ CATARINA, Frederic y VIDAL TEIXIDO, Antoni: *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*. Madrid: La Ley, 2013, p. 31.

procedimentales, la falta de capacidad, los vicios del consentimiento, o la nulidad por ser contrarios a derecho de alguno de los acuerdos u obligaciones establecidos[1005].

4. El acuerdo de mediación intrajudicial

Para el caso de tratarse de una mediación judicial, es decir, cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de estar iniciado un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación con arreglo a la normativa de la LEC, que prevé, entre otros artículos, en el 415.2 que «el acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados»[1006]. Bonet se pregunta si las partes pueden optar, en estos casos, por la solución notarial, la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, puesto que la LMACM, al estar configurada como una facultad, no les impone la obligación de solicitar la homologación judicial. Por otra parte, considera que nada les impide a las partes, una vez alcanzado el acuerdo de mediación, desistir del procedimiento judicial y otorgar la escritura pública del acuerdo de mediación. La cuestión que se plantea es si, en este supuesto, la escritura pública que se otorgue se corresponde con la regulada en la LMACM, o si será una escritura más que formaliza un acuerdo transaccional, cuya eficacia ejecutiva se reduce a las obligaciones dinerarias o equivalentes, en los términos que establece el artículo 520 de la LEC, mientras que si lo elevado a público es el acuerdo de mediación su eficacia ejecutiva no tendrá esa limitación y será equiparable, a estos efectos, a la que corresponde a los títulos judiciales y los laudos arbitrales[1007].

5. Impugnación del acuerdo de mediación extrajudicial

Contra lo convenido en la mediación, solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos; así rezan los artículos 22 y 23 de la LMACM[1008]. No contiene esta ley una enumeración tasada de las causas que pueden determinar la nulidad

[1005] MARTÍN DIZ, Fernando: «Diseccionando la mediación: ¿Un futuro en términos electrónicos?», en Ana María RODRÍGUEZ TIRADO (coord.): *Cuestiones actuales de Derecho procesal. Reformas procesales. Mediación y arbitraje*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2017, p. 246.

[1006] SANCHÍS CRESPO, Carolina: «La mediación como alternativa en la gestión de la conflictividad de las comunidades de vecinos», *op. cit.,* p. 115.

[1007] BONET NAVARRO, Ángel; Adolfo CALATAYUD SIERRA; Juan Francisco HERRERO PEREZAGUA y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ: *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y* mercantiles, *op. cit.,* p. 30.

[1008] IGLESIAS CANLE, Inés Celia (dir.) y Ángela BUSACCA (coord.): *La mediación en las controversias civiles y mercantiles. Guía para la práctica de la mediación civil y mercantil en España y en Italia*, *op. cit.,* p. 184.

del acuerdo de mediación, sino que se remite a «las causas que invalidan los contratos», reguladas en los artículos 1261 a 1277 y 1300 a 1314 del CC[1009].

2.1.2.3. Principios informadores de la mediación

2.1.2.3.1. ¿Principios de la mediación o reglas?

La definición jurídica de la mediación y la concreción de las finalidades que típicamente persigue requieren el estudio de los principios a partir de los cuales se la ha venido identificando[1010]. Como disciplina con entidad propia, la mediación precisa de principios básicos, unos parámetros preferiblemente universales que configuren su identidad y permitan su desarrollo[1011]. La mediación se configura sistemáticamente con base en determinados principios, que nacen todos ellos de la libertad de contratación y acuerdo, principio de la autonomía de la voluntad que el derecho privado reconoce a los ciudadanos[1012]. La esencia de la mediación la constituyen los principios, que son los elementos que determinan el modo en el que se configura la institución: «son el eje en torno al cual gira la mediación, manteniéndose como estructura inalterable sobre la que construir el proceso en el que se desarrolla y los contratos que las partes suscriben en él»[1013]. En otras palabras, las leyes y la práctica de la institución pueden ampliar los ámbitos y los sujetos legitimados para solicitar la mediación, pero «los principios se mantienen como estructura inalterable sobre la que construir proceso y acuerdos»[1014].

La definición jurídica de la mediación y la concreción de las finalidades que persigue requieren el estudio de los principios que permiten identificarla[1015]. Los principios deontológicos de la mediación constituyen su eje y esencia, manteniéndola como una estructura inalterable sobre la que construir el proceso y los acuerdos; existe un amplio consenso, tanto en la doctrina como en los códigos deontológicos de las disciplinas de origen, acerca de cuáles deben ser los puntos cardinales de la mediación[1016]. Los principios

[1009] GRANDE SEARA, Pablo: «El acuerdo de mediación y su ejecución», en Esther PILLADO GONZÁLEZ y Francisca FARIÑA RIVERA (coords.): *Mediación familiar: una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*, *op. cit.,* p. 305.

[1010] CASANOVAS I ROMEU, Pompeu; Jaume MAGRE y María Elena LAUROBA (dirs.): *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*, *op. cit.,* p. 64.

[1011] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 77.

[1012] MONTERO AROCA, Juan; Juan Luis GÓMEZ COLOMER y Silvia BARONA VILAR: *Derecho jurisdiccional*, *op. cit.,* p. 47.

[1013] GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: «La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 4 (2010), p. 718.

[1014] GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*, *op. cit.,* p. 379.

[1015] CASANOVAS I ROMEU, Pompeu; Jaume MAGRE y María Elena LAUROBA (dirs.): *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*, *op. cit.,* p. 64.

[1016] CORSÓN PEREIRA, Francisco y Eva GUTIÉRREZ HERNANZ: *Mediación y teoría*, *op. cit.,* pp. 168-169.

y límites de la mediación le proporcionan una identidad propia, al tiempo que preservan su integridad como una garantía para los usuarios[1017].

A partir de estos principios-base que conforman la mediación, se puede deslindar lo que se constituye como accidental de lo esencial de esta institución, propiciando con ello que todo lo que quede bajo este paraguas jurídico, es decir, una multiplicidad de formas, modalidades y plazos en su configuración, sean perfectamente admisibles al respetar esos pilares fundamentales que la conforman[1018]. Helena Nadal comenta que estos principios o parámetros regulan la práctica profesional, y afectan a la conducta del mediador, a la de las partes implicadas o a la de ambos, pero son asumidos de forma irregular. Respecto al ejercicio profesional, los mediadores discrepan sobre la pertinencia o no de algunos de ellos, y en el ámbito jurídico se concretan de forma diversa, dependiendo de la demarcación territorial y del ámbito de aplicación[1019].

García Figueroa, desde la teoría del derecho, nos recuerda cómo en las últimas décadas se ha insistido en diferenciar las normas dividiéndolas entre reglas y principios; como ejemplo de regla señala el artículo 582 del CC, y de principio el artículo 47 Constitución española[1020]. Sin embargo, a pesar de la distinción, no existe acuerdo en determinar qué les diferencia, remitiéndose para clarificar estas lindes a los dos autores más conocidos por sus ideas en esta materia, Ronald Dworkin y Robert Alexy. Y así, para Dworkin, las reglas se aplican «a la manera todo o nada», mientras que los principios tienen una «dimensión de peso». Por eso, las reglas se subsumen y los principios se ponderan. Alexy se posiciona de una forma similar al afirmar que las reglas son «mandatos de determinación», en tanto que los principios son «mandatos de optimización». El mandato de determinación no exige deliberar, sino solo subsumir, y el mandato de optimización es una exhortación a deliberar por qué es necesario ponderar las precisas circunstancias del caso[1021].

Para Sigüenza, los principios de una institución son aquellas primeras proposiciones que la inspiran, sus razones fundamentales, los criterios que constituyen los puntos de partida a partir de los cuales debe comenzar a estudiarse, y la LMACM lo que enuncia no

---

[1017] PARKINSON, Lisa: *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, *op. cit.,* p. 29.

[1018] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* pp. 157-158.

[1019] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 77.

[1020] El artículo 582 del CC establece: «No se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad. Tampoco pueden tenerse vistas de costado u oblicuas sobre la misma propiedad, si no hay 60 centímetros de distancia». Artículo 47 de la Constitución española: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada».

[1021] FIGUEROA GARCÍA, Alfonso Jaime: «¿Hacen justicia los jueces? Sobre principios y reglas», en Marina Felicia GASCÓN ABELLÁN (coord.): *Argumentación jurídica*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2014, pp. 196-197.

son principios en rigor, sino en apariencia, al no derivarse de ellos ningún sistema, ni sanción por su inobservancia, puesto que, en su mayoría, no son exigibles. Lo que la ley denomina «principios informadores» de la mediación son un conjunto de notas que caracterizan la intervención del mediador, quien debe actuar con imparcialidad, neutralidad y reserva con cuanto se desarrolle en la mediación, así como algunas recomendaciones que cualquier persona que desee alcanzar un acuerdo debería tener presentes[1022].

Los «Principios informadores de la mediación» que se presentan en el título I de la LMACM son en realidad meras reglas positivas que expresan las directrices o fundamentos que han de regir la mediación, y a las que la ley ha querido imprimir una particular fuerza motriz e impulsora de la mediación; estas reglas positivas, afirma Torres Lana, carecen de la fuerza expansiva propia de un verdadero principio general informador, que se adquirirá en la medida que se expliciten o modulen otros principios de naturaleza más profunda; como ejemplo de su posicionamiento compara el carácter voluntario de la mediación, que proviene del principio de autonomía privada, que sí constituye un verdadero principio del derecho, con la regla de neutralidad procedimental, que difícilmente puede distinguirse de la de imparcialidad[1023].

Montero Aroca, para distinguir entre principios y reglas del proceso judicial del procedimiento, explica que existen algunos principios que son consustanciales con la idea misma de proceso; tal es así que, si en una determinada regulación de derecho positivo se desconociera alguno de ellos, o se desconoce esa normativa, no daría lugar realmente a un proceso. Existen en cambio otros principios que son en verdad reglas conformadoras de los procesos en concreto, y actúan de tal modo que la opción por una u otra no atiende a la misma esencia del proceso sino a la manera de desarrollarlo en un determinado derecho positivo. El criterio diferenciador de los principios del proceso se centra en la distinción entre comunes y específicos; sin embargo, si fuéramos rigurosos en la terminología no distinguiríamos entre principios comunes y principios específicos, sino entre principios (que atienden a la esencia) y reglas conformadoras (que se refieren a los accidentes); llevamos siglos mezclando verdaderos principios y reglas conformadoras, pero una idea que debe quedar clara es que «algo es principio cuando atiende a la esencia,

[1022] SIGÜENZA LÓPEZ, Julio: «Los llamados "principios" de la mediación instaurada en España por la Ley 5/2012», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2 (2018), p. 1.

[1023] TORRES LANA, José Ángel: «Principios rectores de la mediación», en Francisco LÓPEZ SIMÓ y Federico F. GARAU SOBRINO (coords.): *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, *op. cit.,* pp. 123-124.

cuando sin él el proceso deja de serlo. Todo lo demás no es verdadero principio del proceso, es regla conformadora»[1024].

Para aclarar la terminología, continúa Montero Aroca, «es principio cuando atiende a la esencia, cuando sin él el proceso deja de serlo»; los principios comunes, los verdaderos principios, parten de que el proceso es un *actus trium personarum*, donde necesariamente concurren dos partes parciales y un tercero imparcial, y atienden a la intervención de cada uno de esos sujetos en el proceso. Todo lo demás no es verdadero principio del proceso, es regla conformadora; mientras los principios atienden a la esencia, las reglas conformadoras refieren los accidentes[1025].

García Figueroa aclara que las reglas nos procuran soluciones binarias, prohibido o permitido, porque reducen la realidad a ceros y unos, síes y noes, blanco o negro; una regla dice qué hacer exactamente, se establece de manera algo precisa qué tenemos que hacer, cómo, cuándo y dónde; en cambio, con los principios se trata más bien de una orientación que debemos seguir, como sucede con ciertas máximas morales, que ni siquiera sabemos muy bien en qué casos habrán de ser aplicadas[1026].

El Consejo de Estado, en la sesión del Pleno celebrada el día 17 de febrero de 2011, previo examen del expediente relativo al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, emitió un Dictamen donde consideró, en relación al capítulo II dedicado a los principios informadores de la mediación: la voluntariedad y la libre disposición (artículo 7), la imparcialidad (artículo 8), la neutralidad (artículo 9), la confidencialidad (artículo 10) y las partes en la mediación (artículo 11), que esta enumeración se corresponde, en buena parte, «con una serie de principios o criterios universalmente difundidos sobre la mediación y que se reflejan a veces en la propia regulación legal, en otras ocasiones en los códigos voluntarios de conductas y en otras, simplemente, en la práctica real como características propias de todo procedimiento de mediación»[1027]. Son tres las cuestiones que plantea el Dictamen en relación a la inclusión de estos principios: (i) su carácter incompleto, (ii) su heterogeneidad, y (iii) la falta de concreción de alguno de ellos en reglas específicas. En relación a la primera de ellas, los principios que el Consejo echa en falta son «el de eficacia, en cuanto a la accesibilidad al procedimiento y a un coste controlado por las partes; el de transparencia, en cuanto al acceso de las partes a la información necesaria en cada fase del procedimiento […]; el de

[1024] MONTERO AROCA, Juan; Juan Luis GÓMEZ COLOMER y Silvia BARONA VILAR: *Derecho jurisdiccional*, *op. cit.,* p. 243.
[1025] *Ibid.*, p. 244.
[1026] FIGUEROA GARCÍA, Alfonso Jaime: «¿Hacen justicia los jueces? Sobre principios y reglas», *op. cit.,* p. 196.
[1027] Dictamen del Consejo de Estado núm. 2222/2010 sobre el expediente relativo a un Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, aprobado el 17 de febrero de 2011. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2010-2222>.

inmediatez o también denominado carácter personalísimo, en cuanto que las partes deben asistir personalmente a las reuniones sin que puedan valerse de representantes o de intermediarios salvo situaciones excepcionales […], y el de debate contradictorio o el del debido proceso con las correspondientes garantías a las partes de respeto a la igualdad y con interdicción de la indefensión, así como permitirles conocer cualquier diligencia, presentar pruebas y ponerlas en conocimiento de la parte adversa»[1028].

Si bien, a pesar de la omisión, el Consejo de Estado manifiesta que nada tiene que objetar, pues a lo largo del texto del Anteproyecto varios de estos principios señalados están incorporados, como sucede, por ejemplo, con el principio de inmediatez o de carácter personalísimo, materializado en el hecho de la presencia de las partes sin que puedan ser sustituidas por representantes o intermediarios. En cuanto a la mezcla de principios de distinta índole, el Consejo de Estado destaca que algunos se dirigen al sistema, otros al marco legal en cuanto a asegurar la eficacia ejecutiva, otros al procedimiento, otros al rol del mediador y, finalmente, otros a la actitud y conducta esperada de las partes en la mediación. Finalmente, la última consideración se centra en denunciar que «no todos los principios pueden concretarse en reglas específicas, aunque hayan de inspirar el conjunto del sistema, su funcionamiento, la actuación del mediador y la conducta de las partes»[1029].

Barona Vilar comparte los mismos criterios del Dictamen del Consejo de Estado, confirmando que efectivamente no están todos los principios ni son todos los que están enumerados, y al regularlos de esta manera se ha creado un conglomerado de principios que responden a criterios diversos, sin estar unidos por la idea de homogeneidad, o de aplicación de criterio único[1030].

Los principios de la mediación de conflictos están universalmente aceptados y consensuados[1031]. Entre estos principios se distinguen aquellos que son esenciales o nucleares de la institución, de aquellos otros que resultan meramente naturales, es decir, que son principios que se asocian a la mediación, pero que su ausencia no comporta su negación[1032]. Precisamente por este aspecto, la calidad personal y profesional de las personas que ejercen la mediación es de tal trascendencia que requiere la unificación de unos principios y pautas de actuación.

[1028] *Idem*.
[1029] *Idem*.
[1030] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* pp. 158-159.
[1031] FRANCO CONFORTI, Óscar Daniel: «La mediación: definición, principios, ámbitos, modelos. El análisis del conflicto», en José Benito PÉREZ SAUCEDA, Óscar Daniel FRANCO CONFORTI y José ZARAGOZA HUERTA (coords.): *La mediación: temas selectos*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2018, p. 14.
[1032] CASANOVAS I ROMEU, Pompeu; Jaume MAGRE y María Elena LAUROBA (dirs.): *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*, *op. cit.,* p. 64.

El legislador español ha querido configurar los principios que deben predicarse de la mediación en el título II, artículos 6 a 9: voluntariedad y libre disposición; igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores; neutralidad y confidencialidad, a los que añade en el artículo 10 los principios o guías referidos a la actuación de las partes en la mediación, que son la buena fe y el respeto mutuo, así como su deber de colaboración y apoyo al mediador.

La justificación de por qué el legislador español ha optado por enumerar los principios informadores de la mediación, pues algunos quedan intrínsecamente vinculados a sus características y a la propia definición de esta institución, debe interpretarse en cuanto comportan las «proposiciones fundamentales» o las normas esenciales a partir de las cuales esta debe desarrollarse; se convierten en las estructuras que otorgan la «esencia» a la mediación[1033]. Los principios rectores de la mediación se presentan como garantías fundamentales de este sistema[1034].

Al hablar hoy de principios se hace referencia a las ideas base de determinados conjuntos de normas, ideas que se deducen de la propia ley aunque no estén expresamente formuladas en ella. Su valor no es solo teórico; las repercusiones prácticas de los principios pueden manifestarse en diversos campos: 1) como elemento auxiliar de la interpretación; 2) como elemento integrador de la analogía, para los supuestos de laguna legal; y 3) como marco teórico para las discusiones de *lege ferenda*[1035].

2.1.2.3.2. Principios informadores de la mediación

a) Voluntariedad y libre disposición

«El principio de voluntariedad no radica tanto en que el sometimiento a la mediación sea voluntario sino, sobre todo, en la decisión de las partes de permanecer en el proceso de mediación y, sobre todo, de alcanzar un acuerdo»[1036]. La mediación tiene como finalidad hacer dueñas a las partes del conflicto, y este carácter autocompositivo y responsable de la mediación, como un instrumento eficaz para la resolución de conflictos, se recoge en el preámbulo de la LMACM, donde se enfatiza el carácter disponible que deben tener los derechos subjetivos objeto de la controversia jurídica que enfrenta a las partes; la mediación, según se declara en el preámbulo, se construye sobre este principio dispositivo

[1033] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* p. 157.
[1034] GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: «La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *op. cit.,* p. 723.
[1035] MONTERO AROCA, Juan; Juan Luis GÓMEZ COLOMER y Silvia BARONA VILAR: *Derecho jurisdiccional*, *op. cit.,* p. 240.
[1036] Dictamen del Consejo de Estado núm. 2222/2010 sobre el expediente relativo a un Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, aprobado el 17 de febrero de 2011, p. 27. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2010-2222>.

que rige también en las relaciones que son objeto de conflicto, al objeto de conseguir así la deslegalización o pérdida del papel central que ocupa la ley[1037]. A pesar de enunciar el artículo 6 de la LMACM el principio de la voluntariedad y la libre disposición, de la lectura del mismo se desprende que el precepto tan solo contiene las manifestaciones propias y efectivas de la «voluntariedad» de la mediación, sin hacer referencia a la libre disposición, que sí queda recogida en otros preceptos de esta ley[1038].

La voluntariedad radica en el poder del que disponen las partes para ser ellas quienes alcancen una solución consensuada al problema que las enfrenta, y en la libertad que poseen para decidir si quieren o no seguir con el procedimiento una vez iniciado, o desistir del mismo en el momento en el que ya no deseen participar más en él, quedando de este modo intacta la autonomía negocial de las partes[1039].

La voluntariedad es esencialmente la bondad de la mediación, y la voluntariedad de acudir a la mediación se respeta con independencia del motivo que la haya impulsado, bien el común acuerdo entre las partes, bien el pacto previo de sometimiento a mediación, o la derivación judicial, tras la recomendación de acudir a este procedimiento extrajurisdiccional desde sede judicial[1040]. La mediación se rige por los principios de voluntariedad y libre disposición, conforme determina el artículo 6 de la LMACM, lo que significa que la mediación es voluntaria, y esta voluntariedad se extiende al supuesto de que las partes, si hubieran acordado por escrito el compromiso de someter sus controversias a la mediación, una vez surja el conflicto, y antes de acudir al proceso judicial u otra solución extrajudicial, han de intentar resolverlas a través del procedimiento de mediación pactado de buena fe[1041]. El pacto de sometimiento a mediación constituye un verdadero y propio contrato, tiene una específica naturaleza contractual y goza de autonomía negociable; se trata de unas declaraciones de voluntad que encuentran su punto común en el sometimiento de sus diferencias a mediación, lo que implica el concurso de voluntades de un consentimiento contractual (ex artículos 1262 y 1261.1.º del CC)[1042].

En la mediación, como institución consensual, la voluntad de las partes en el proceso es un principio cardinal, y, en este sentido, tanto el proceso como el acuerdo en

[1037] SOLETO MUÑOZ, Helena: «La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», *op. cit.,* p. 147.
[1038] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* p. 160.
[1039] SILVA FERNÁNDEZ, Carmen: «La mediación social, una breve aproximación», en Inés Celia IGLESIAS CANLE (coord.): *Mediación, justicia y Unión Europea*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2014, p. 293.
[1040] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* pp. 169-170.
[1041] PARDO IRANZO, Virginia: «La finalización del procedimiento de mediación y la realización forzosa del acuerdo: principales cuestiones controvertidas», *op. cit.,* p. 122.
[1042] TORRES LANA, José Ángel: «Principios rectores de la mediación», *op. cit.,* pp. 127-128.

ella adoptado obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes[1043]. El principio de voluntariedad es uno de los principios informadores de la mediación, proclamado en el artículo 6 de la LMACM, y es aplicable tanto a las partes como al mediador; las primeras son libres de decidir acogerse a un procedimiento de mediación como cauce de resolución de conflictos, y una vez comenzado, pueden desistir del mismo sin que les sea exigible llegar a un acuerdo[1044].

La regulación establece sin ambages el carácter voluntario de la mediación, no solo al inicio en su ingreso, sino en su término, al poder abandonarla en cualquier momento por decisión unilateral de una de las partes[1045]. Voluntariedad: este principio viene determinado, en relación con las partes, respecto a su derecho a acceder a la mediación para resolver conflictos, por propia iniciativa y voluntad, y se concreta en el compromiso mutuo de buscar de manera constructiva una solución a su conflicto, enfocado desde el «nosotros», y reforzado con la aceptación de la ayuda por una tercera parte, la persona mediadora[1046].

Este principio también afecta a la persona mediadora no solo respecto al comienzo del proceso, pues puede declinar su nombramiento en determinadas circunstancias, sino también en cuanto a su permanencia, teniendo la facultad de poner fin a la mediación cuando aprecie falta de buena fe o colaboración de las partes, respecto a las condiciones establecidas en el proceso[1047]. El mediador también participa de forma voluntaria en la mediación, por dos razones, la primera porque si ha sido designado podrá aceptar o rechazar su nombramiento, y la segunda porque, una vez iniciada la mediación, tiene la facultad de «renunciar a desarrollar la mediación» ex artículo 13.3 de la LMACM, debiendo entregar a las partes un acta con su renuncia[1048]. Uno de los complementos asociados a la voluntariedad de la mediación es la flexibilidad, que deja al margen los rígidos formalismos de un procedimiento reglado, como puede ser el proceso judicial, para adaptar en cada caso el procedimiento a la particular mediación que se desarrolle[1049].

En el texto definitivo, el artículo 6.1 de la LMACM ha suprimido la referencia que contenía el Proyecto de Ley de abril de 2011 al prever la mediación voluntaria «sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevé la legislación procesal», lo que

[1043] VILALTA NICUESA, Aura Esther: «El marco jurídico: derecho comparado», *op. cit.,* p. 147.
[1044] GRIMALDOS GARCÍA, María Isabel: «Estatuto jurídico del mediador. Principios informadores y normas de actuación», en Carmen BOLDÓ RODA y María del Mar ANDREU MARTÍ (coords.): *La mediación en asuntos mercantiles*, *op. cit.,* p. 64.
[1045] TORRES LANA, José Ángel: «Principios rectores de la mediación», *op. cit.,* p. 126.
[1046] CORSÓN PEREIRA, Francisco y Eva GUTIÉRREZ HERNANZ: *Mediación y teoría*, *op. cit.,* pp. 169-170.
[1047] *Ibid.*, p. 170.
[1048] GRIMALDOS GARCÍA, María Isabel: «Estatuto jurídico del mediador. Principios informadores y normas de actuación», *op. cit.,* pp. 64-65.
[1049] SILVA FERNÁNDEZ, Carmen: «La mediación social, una breve aproximación», *op. cit.,* p. 293.

permitía la posibilidad de derivar obligatoriamente un pleito a mediación, por modificación de la LEC o de cualquiera otra norma a mediación[1050]. Esta derivación obligatoria a mediación está en plena consonancia con la directiva europea que hace referencia en concreto a la posibilidad de que el legislador nacional decida la obligatoriedad del uso de la mediación, o someterla a incentivos o sanciones, siempre que con ellos no se impida el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial[1051]. En las tres fases del proceso de mediación, comienzo, negociaciones y toma de decisiones, se debe reconocer la voluntariedad a las partes, y si bien en su inicio pudiera estar condicionada a la propuesta de un órgano judicial, o por el pacto de sumisión previo acordado, no podrá extenderse esta situación a etapas posteriores del proceso[1052].

«La libre disposición debe ser interpretada como un principio informador de la mediación directamente conectado y vinculado con la voluntariedad»; son principios que informan de manera esencial a la actividad de mediación[1053]. El principio dispositivo encuentra su fundamentación en la naturaleza privada del derecho subjetivo objeto del proceso, en su titularidad particular, y en la autonomía de la voluntad de los ciudadanos; en definitiva, en la libertad[1054]. El significado de la libre disposición se refiere no tanto a la opción por la mediación sino al objeto, qué puede plantearse en mediación y por qué; ambos principios, voluntariedad y libre disposición, se enlazan, por lo que Barona Vilar lo denomina «la disponibilidad de lo disponible»[1055].

Esta idea se encuentra en la Directiva 2008/52/CE, que en su Considerando núm. 10 afirma que no debe aplicarse a los derechos y obligaciones que las partes no sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable pertinente[1056].

b) Principio de igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores

Montero Aroca, comentando los principios generales del proceso judicial, afirma que el de igualdad no es sino consecuencia de otro más general enunciado en todas las constituciones, el de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, y en el ámbito procesal requiere conceder a las partes los mismos derechos, posibilidades y cargas, de tal manera

[1050] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* p. 178.
[1051] *Ibid.*, p. 161.
[1052] GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: «La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *op. cit.,* p. 726.
[1053] COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio: «Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición», en Cristina ALONSO SALGADO y Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (coords.) y Raquel CASTILLEJO MANZANARES (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* pp. 86-87.
[1054] MONTERO AROCA, Juan; Juan Luis GÓMEZ COLOMER y Silvia BARONA VILAR: *Derecho jurisdiccional*, *op. cit.,* p. 257.
[1055] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* p. 177.
[1056] *Ibid.*, p. 178.

que no existan privilegios ni en favor ni en contra de alguna de ellas[1057]. La igualdad constituye un principio poliédrico que trasciende el ámbito del ordenamiento procesal, y del procedimiento; se asienta en el artículo 14 de la Constitución española, que lo formula como derecho fundamental. En relación al proceso judicial, la jurisprudencia constitucional ha delimitado este principio como igualdad de armas y, con mayor precisión, de equilibrio entre las partes, de forma que ambas dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación[1058].

La igualdad entre las partes es un principio cardinal en mediación, y su punto neurálgico y crítico es el denominado *power imbalance* de las relaciones entre las partes o relaciones en desequilibrio, situaciones donde una de ellas ejerce una influencia o presión sobre la otra, afectando con ello a su libertad de negociar y, consecuentemente, a su poder de transigir; quedarán omitidas sus verdaderas opiniones, o se negará a reivindicar sus legítimos derechos y intereses[1059]. La finalidad del principio de igualdad estriba en mantener a las partes en conflicto sin que ninguna se encuentre o sienta en inferioridad respecto a la otra parte o se aproveche por alguna la mediación como palestra de poder, pues en esas situaciones la adopción de acuerdos resulta prácticamente inviable[1060].

En materia de mediación no se puede hablar de proceso, aunque sí de procedimiento, donde la igualdad de las partes deviene esencial, al menos en el inicio del sistema, pues en caso contrario, difícilmente podrá llegarse a una verdadera autocomposición de la controversia[1061].

En el procedimiento de la mediación, la regla de igualdad de las partes sigue siendo un esquema formal, en el sentido de limitarse a habilitar el campo o ámbito donde se realizará el debate o la negociación, asegurando la equivalencia de medios de los que dispondrá cada una de las partes, y a partir de entonces, el resultado más o menos ventajoso para alguna de ellas de la mediación ya no dependerá de la existencia de la regla de igualdad, sino del desarrollo del propio procedimiento de mediación. En este, al igual que ocurre en toda negociación, las cualidades personales de las partes son normalmente determinantes del resultado[1062]. Silva Fernández parte de lo innegable que resulta que las partes sometidas a un conflicto tengan exactamente la misma cuota de poder, y no dándose nunca una igualdad real de armas, ello no es óbice para que el sistema de

[1057] MONTERO AROCA, Juan; Juan Luis GÓMEZ COLOMER y Silvia BARONA VILAR: *Derecho jurisdiccional*, *op. cit.,* p. 249.
[1058] TORRES LANA, José Ángel: «Principios rectores de la mediación», *op. cit.,* pp. 139-141.
[1059] MARQUÉS CEBOLA, Cátia Sofía: *La mediación, un nuevo instrumento de la Administración de Justicia para la solución de conflictos*, *op. cit.,* p. 250.
[1060] SILVA FERNÁNDEZ, Carmen: «La mediación social, una breve aproximación», *op. cit.,* p. 292.
[1061] TORRES LANA, José Ángel: «Principios rectores de la mediación», *op. cit.,* p. 141.
[1062] *Ibid.*, pp. 141-142.

mediación intente acercar a las partes desde un trato de igualdad[1063]. El objetivo es mantener garantías del principio de igualdad de actuación, no responder a una más que evidente y cierta desigualdad personal que puede concurrir en cualquier caso y procedimiento[1064].

En el supuesto de que a lo largo del procedimiento se produzca un desequilibrio notorio en las posiciones negociadoras de las partes, Torres Lana se pregunta si el mediador debería intervenir, respondiendo que no, a tenor de lo dispuesto en el artículo 13 de la LMAMC: «debe desarrollar una conducta activa tendente al acercamiento entre las partes», pero no más; el mediador debe ser imparcial, y en consecuencia, debe respetar tanto el procedimiento de mediación como su resultado; en otras palabras, su función se limita a asegurar la existencia inicial y el mantenimiento del esquema formal de igualdad, dependiendo el resto de las partes[1065].

«Una de las manifestaciones de la imparcialidad es el trato igualitario a las dos partes»[1066]. La imparcialidad es garantía de la igualdad entre las partes, y la LMACM predica esta cualidad del propio mediador y la formula de forma negativa en su artículo 7, inciso final, cuando le conmina a no «actuar en perjuicio o interés» de cualquiera de las partes, salvaguardando así la equidistancia con ellas[1067]. La esencia de la imparcialidad consiste en que no se asumen las posiciones de ninguna de las partes en conflicto, pues no es un proceso judicial donde se juzga cuál de ellas tiene razón o en qué medida, y porque no trata de asumir su defensa, ni la de sus intereses, lo que la distingue de la intervención de los abogados[1068].

En el procedimiento de mediación, el mediador debe ser imparcial, y esta obligación se traduce, en primer lugar, en asegurar que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades; en segundo lugar, conseguir que exista un equilibrio entre sus posiciones; y, finalmente, se respeten los puntos de vista que ellas expresen, absteniéndose en estos fines de perjudicar o actuar en interés de alguna de ellas, conforme dictamina el artículo 7 de la LMACM[1069]. El mediador en su actuación no debe acercarse más a una de las partes que a la otra, ni debe permitir que se quiebre el principio

[1063] SILVA FERNÁNDEZ, Carmen: «La mediación social, una breve aproximación», *op. cit.,* p. 292.
[1064] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* p. 178.
[1065] TORRES LANA, José Ángel: «Principios rectores de la mediación», *op. cit.,* p. 142.
[1066] ORTUÑO MUÑOZ, José pascual: «Artículo 7: Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores», en Cristina ALONSO SALGADO y Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (coords.) y Raquel CASTILLEJO MANZANARES (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* p. 101.
[1067] TORRES LANA, José Ángel: «Principios rectores de la mediación», *op. cit.,* pp. 143-144.
[1068] GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*, *op. cit.,* p. 396.
[1069] GRIMALDOS GARCÍA, María Isabel: «Estatuto jurídico del mediador. Principios informadores y normas de actuación», *op. cit.,* pp. 64-65.

de igualdad entre ellas; con este propósito se asegurará, entre otras cosas, de que se respeten los turnos de palabra, durando lo mismo, o que no se den faltas de respeto entre los mediados[1070]. La imparcialidad es «la condición básica del mediador para que las dos partes en un conflicto dispongan de igualdad de oportunidades»[1071].

Imparcialidad e independencia están asociadas, pero no son intercambiables, pues esta última viene referida al conflicto de intereses[1072]. Se trata de un elemento esencial para la consecución y mantenimiento de la confianza. La mayor parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados hacen mención explícita de la imparcialidad como principio o garantía de la mediación. La credibilidad e integridad del proceso dependen de la neutralidad e imparcialidad del órgano extrajudicial[1073]. Aroca, refiriéndose al principio de imparcialidad en el proceso civil, que es trasladable a mi entender a la mediación, comenta que la forma im/in indica negación o privación cuando precede a una palabra, por lo que es conveniente afrontar ese concepto desde lo positivo; y así, parcialidad debe entenderse el designio o, al menos, la prevención del juez de poner el ejercicio de su función al servicio o interés de una de las partes o al interés del propio juez[1074].

c) Principio de neutralidad

Los términos neutralidad e imparcialidad son semejantes pero no sinónimos, cada uno aporta a la construcción de la mediación su propio significado y una nota distintiva; mientras la imparcialidad se conecta con la igualdad, la neutralidad debe comprenderse desde la exigencia de respeto a las diferentes opciones y, especialmente, al reconocimiento de la legitimidad de todas las posiciones que pueden ser mantenidas en un conflicto. Así, mientras que la imparcialidad es un requisito previo al inicio del proceso y que se materializa como un deber en el ejercicio de la función del mediador, la neutralidad se extiende a todo el desarrollo del proceso en la medida que garantiza a cada una de las partes del conflicto un espacio de seguridad, de respeto mutuo y de tolerancia[1075].

La LMACM impone al mediador un claro límite en sus funciones al vetarle la capacidad de decidir o imponer un compromiso a las partes en conflicto, son ellas quienes deben alcanzar una solución; la elección de la mediación implica la voluntad de no someterse a la decisión de un tercero, ya sea juez o árbitro, como acontece en los

[1070] SILVA FERNÁNDEZ, Carmen: «La mediación social, una breve aproximación», *op. cit.,* p. 292.
[1071] ORTUÑO MUÑOZ, José pascual: «Artículo 7: Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores», *op. cit.,* p. 102.
[1072] VILALTA NICUESA, Aura Esther: «El marco jurídico: derecho comparado», *op. cit.,* p. 148.
[1073] *Idem*.
[1074] MONTERO AROCA, Juan; Juan Luis GÓMEZ COLOMER y Silvia BARONA VILAR: *Derecho jurisdiccional*, *op. cit.,* p. 98.
[1075] ORTUÑO MUÑOZ, José pascual: «Artículo 7: Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores», *op. cit.,* pp. 107-108.

métodos de heterocomposición de conflictos[1076]. La imparcialidad y la neutralidad del mediador, conforme se pronunció el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de Ley de mediación, «no deben ser meros principios, sino reglas que han de concretarse, y ello ha de hacerse en el Estatuto del mediador y en su forma de actuación, lo que ya se determina, al menos parcialmente, en el artículo 14»[1077].

Remite Rodríguez Llamas que si la imparcialidad significa que el mediador no toma partido por ninguna de las partes que participan en la mediación, la neutralidad se refiere a su relación con el conflicto; si el mediador no pretende resolver el conflicto, su posición será neutral, y si por el contrario su función es solucionar el conflicto, entonces se implicará en el mismo, y no será neutral[1078].

La neutralidad en la LMACM no se predica del mediador, sino del procedimiento de mediación, pero si neutral significa no tomar partido, parece evidente, para Torres Luna, que esta cualidad no puede predicarse del procedimiento, orientado a conseguir que las partes alcancen un acuerdo de mediación; la verdadera ratio del artículo estriba, más allá de configurar un esquema procedimental neutral o aséptico, en que no favorezca la posición de ninguna de las partes en perjuicio de la otra[1079].

El artículo 8 de la LMACM concluye con una regla dirigida al mediador formulada como un mandato, al imponerle la obligación de actuar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13, donde solo dos de sus apartados, el 1 y el 2, se refieren propiamente a la intervención del mediador dentro del procedimiento mediador; y si bien respecto al primero de ellos nada se opone y es compatible con el deber de su imparcialidad, sin embargo, el segundo puede entrar en contradicción con alguno de los principios proclamados en el título II de la LMACM. La obligación de «desarrollar una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes» puede entrar en conflicto, tanto con el principio de voluntariedad establecido en el artículo 6, como con la necesidad de que las partes lleguen «por sí mismas» al acuerdo de mediación. Parece, comenta Torres Lana, que la ley a través de varios preceptos exige un difícil equilibrio al mediador, marcándole, por un lado, una intervención activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, y procurar el acuerdo de mediación, y, por otro, no entrometerse demasiado ni en el procedimiento ni en la negociación[1080].

[1076] GRIMALDOS GARCÍA, María Isabel: «Estatuto jurídico del mediador. Principios informadores y normas de actuación», *op. cit.,* pp. 68-69.

[1077] Dictamen del Consejo de Estado núm. 2222/2010 sobre el expediente relativo a un Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, aprobado el 17 de febrero de 2011, p. 28. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2010-2222>.

[1078] RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia: *La mediación familiar en España. Fundamento, concepto y modelos jurídicos*, *op. cit.,* p. 251.

[1079] TORRES LANA, José Ángel: «Principios rectores de la mediación», *op. cit.,* pp. 147-148.

[1080] *Ibid.*, p. 150.

No le compete al mediador proponer soluciones, remedios, componendas ni medidas reparadoras a las partes, pues, con ello, podría condicionar la libre formación de la voluntad de los actores, y por la misma razón no deberá dirigir la mediación a un determinado resultado, ya que la libertad y voluntariedad de las partes, junto con el principio de neutralidad, le exigen una intercesión meramente promotora del acercamiento entre aquellas[1081].

En su actuación, el mediador está obligado a crear el clima propicio de confianza y colaboración entre los intervinientes en la mediación para que estos generen su propia respuesta al conflicto, o, en palabras de la LMACM, «desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes», y con ese objetivo «facilitará la comunicación entre las partes», recurriendo para ello al uso de técnicas y habilidades específicas de mediación, como son por ejemplo la escucha activa, plantear preguntas pertinentes, desbloquear situaciones difíciles, o favorecer el flujo de ideas, entre otras[1082].

d) Principio de confidencialidad

El fundamento de la confidencialidad se sitúa, muy probablemente, en la misma naturaleza de los métodos de resolución de conflictos, en las soluciones extrajurisdiccionales, que responden a una concepción netamente privatista, donde el elemento «privacidad» adjetiva estas fórmulas[1083]. «En cuanto a la confidencialidad, la regla es que los asuntos tratados en mediación son confidenciales, de modo que el conflicto se mantiene en la órbita privada, sin recibir la difusión que puede llegar a tener un proceso judicial»[1084]. La confidencialidad es un principio esencial de la mediación que «permite generar el espacio de confianza necesario para que las partes definan sus intereses y puedan, en su caso, llegar a acuerdos»; alcanza al procedimiento de mediación y a la documentación empleada en el mismo[1085].

La LMACM consagra en su artículo 9 la confidencialidad como principio rector de la mediación, inspirado a su vez en el artículo 7 de la Directiva 2008/52, y sin que se haya traspuesto de una forma fiel y exacta del mismo; ambos coinciden en su formulación, que consiste en la exoneración general de la obligación de declarar a quienes participan en un procedimiento de mediación, y en la dispensa de este deber de reserva mediante el

[1081] GRIMALDOS GARCÍA, María Isabel: «Estatuto jurídico del mediador. Principios informadores y normas de actuación», *op. cit.,* p. 69.
[1082] *Idem*.
[1083] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* p. 191.
[1084] Dictamen del Consejo de Estado núm. 2222/2010 sobre el expediente relativo a un Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, aprobado el 17 de febrero de 2011, p. 29. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2010-2222>.
[1085] GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: «La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *op. cit.,* p. 733.

acuerdo de las partes[1086]. La terminología adoptada para mencionar este principio no es uniforme, en ocasiones se identifica confidencialidad con reserva, privacidad, y secreto profesional[1087]. Se extiende subjetivamente sobre las partes y participantes, y objetivamente sobre toda información relativa o con respecto al proceso, su contenido y comunicaciones previas, coetáneas y posteriores[1088]. Confidencialidad: este principio implica una obligación, de la que pueden dispensarse total o parcialmente las partes, pero afecta de lleno a la persona mediadora, en cuanto secreto profesional, que puede levantarse si las partes consienten, según las circunstancias del caso, o si la ley lo prevé[1089].

La confidencialidad del procedimiento de mediación y de la documentación utilizada en el mismo se regula explícitamente en el artículo 9 de la LMACM como otro de los principios esenciales de la mediación; con ello se persigue asegurar la confianza mutua de las partes, favoreciendo y garantizando la sinceridad con la que deben manifestarse en sus afirmaciones y declaraciones[1090]. La estructura del artículo 9 de la LMACM comienza por una formulación general del principio, y continúa por la delimitación subjetiva del deber, para proseguir por su configuración objetiva, las excepciones, y concluir estableciendo las consecuencias que lleva aparejadas la infracción del deber[1091].

El principio de confidencialidad contribuye a promover durante el procedimiento de mediación la necesaria cooperación y confianza que debe darse entre las partes, favoreciendo una comunicación abierta y franca que incrementará las posibilidades de éxito de la mediación[1092].

La expresión confidencial proviene de confianza, y también incluye la reserva. Los dos términos van íntimamente unidos porque la confianza presupone la reserva. En este sentido, la confidencialidad supone la prohibición de divulgar, difundir o publicar determinado tipo de informaciones o datos[1093]. Sin embargo, este principio no se predica con carácter absoluto, al tener prevista la LMACM dos excepciones en su artículo 9.2: la primera, la exoneración del mediador de su deber de confidencialidad concedida por las propias partes del conflicto; la segunda, la obligación de declarar quiénes, habiendo participado en un procedimiento de mediación se les requeire mediante resolución judicial

[1086] TORRES LANA, José Ángel: «Principios rectores de la mediación», *op. cit.,* pp. 149-150.
[1087] VILALTA NICUESA, Aura Esther: «El marco jurídico: derecho comparado», *op. cit.,* p. 147.
[1088] *Idem*.
[1089] CORSÓN PEREIRA, Francisco y Eva GUTIÉRREZ HERNANZ: *Mediación y teoría*, *op. cit.,* p. 171.
[1090] GRIMALDOS GARCÍA, María Isabel: «Estatuto jurídico del mediador. Principios informadores y normas de actuación», *op. cit.,* p. 71.
[1091] TORRES LANA, José Ángel: «Principios rectores de la mediación», *op. cit.,* p. 151.
[1092] MERINO ORTIZ, Cristina y Pilar LASHERAS HERRERO: «Artículo 9. Confidencialidad», en Cristina ALONSO SALGADO y Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (coords.) y Raquel CASTILLEJO MANZANARES (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* p. 114.
[1093] TORRES LANA, José Ángel: «Principios rectores de la mediación», *op. cit.,* p. 151.

proveniente de la jurisdicción penal que esté debidamente motivada para comparecen o informar acerca del procedimiento[1094].

2.1.2.3.3. Principios técnicos o reglas del procedimiento

Toda la problemática del procedimiento, de la forma, se concentra en dos principios, que son en realidad dos reglas, pero siguiendo la terminología común, les denominamos principios: la oralidad y la escritura, incluyendo dentro del principio de la oralidad aquellos otros principios que de él se derivan, como son la inmediación, la concentración y la publicidad; y lo mismo sucede con los principios contrarios derivados de la escritura: la mediación, la dispersión, la preclusión y el secreto[1095].

Partiendo de la flexibilidad como principio esencial del procedimiento de mediación, existen otros principios que, pese a no aparecer mencionados expresamente en la LMACM, también sirven para determinar cómo se configura el procedimiento de mediación familiar[1096].

a) El principio de oralidad

El principio de oralidad significa, en primer lugar, que en los actos del procedimiento predomina lo hablado sobre lo escrito, como medio de expresión y comunicación entre los diferentes sujetos que intervienen en el proceso[1097].

De la lectura de algunos de los artículos de la LMACM, como los relativos a la sesión constitutiva y al desarrollo de las actuaciones de mediación (n.os 19 y 21), puede derivarse, sin que expresamente así se disponga, que el procedimiento debe ser eminentemente oral. Sin embargo, esto no excluye que algunas actuaciones deban desarrollarse por escrito para garantizar la seguridad jurídica, como por ejemplo la solicitud de inicio de la mediación o el acta de la sesión constitutiva. De igual manera, dada la flexibilidad del procedimiento, nada impedirá que, si las partes así lo pactan, el procedimiento pueda ser eminentemente escrito, limitando al máximo las sesiones presenciales ante el mediador[1098].

b) El principio de inmediación

«La inmediación es parte esencial del procedimiento oral, tanto que puede afirmarse que no se trata de principios distintos y autónomos, sino de los dos aspectos de una misma

---

[1094] GRIMALDOS GARCÍA, María Isabel: «Estatuto jurídico del mediador. Principios informadores y normas de actuación», *op. cit.,* p. 71.

[1095] MONTERO AROCA, Juan; Juan Luis GÓMEZ COLOMER y Silvia BARONA VILAR: *Derecho jurisdiccional*, *op. cit.,* pp. 293-294.

[1096] PILLADO GONZÁLEZ, Esther: «Procedimiento de mediación familiar», *op. cit.,* p. 256.

[1097] MONTERO AROCA, Juan; Juan Luis GÓMEZ COLOMER y Silvia BARONA VILAR: *Derecho jurisdiccional*, *op. cit.,* p. 295.

[1098] PILLADO GONZÁLEZ, Esther: «Procedimiento de mediación familiar», *op. cit.,* p. 256.

realidad»[1099]. Unido al principio de oralidad está el de inmediación, entendido como el contacto directo entre el mediador y las partes, necesario en la medida que es quien dirige el procedimiento; y debe tener una actitud proactiva y fomentar e incentivar que las partes participen, implicándose en la búsqueda de una solución al conflicto. La organización de sesiones presenciales, conjuntas o individuales propicia que el mediador pueda desarrollar una conducta activa tendente al acercamiento entre las partes, si bien, de nuevo y al amparo del principio de flexibilidad, no existe obstáculo para recurrir al uso de medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia entre las partes y el mediador. La LMACM contempla esta modalidad, especificando que las partes pueden acordar que la totalidad, o algunas de las sesiones, incluidas la constitutiva, puedan celebrarse a través de medios electrónicos, o videoconferencias, siempre que se garantice en la intervención «la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley» (artículo 24.1)[1100].

c) El principio de concentración de actuaciones

«Decir oralidad es también decir concentración, y lo es en tanto que lo que más caracteriza a un procedimiento oral es la concentración»[1101]. El principio de oralidad, que viene justificado por la esencia y función misma de la mediación, requiere a su vez de la concentración de las sesiones, que deberán celebrarse sin dilaciones innecesarias, y próximas en el tiempo, asegurando con ello la brevedad del procedimiento. Esta concentración es compatible con la posibilidad de acordar suspensiones del procedimiento que se acuerdan por circunstancias externas, o por exigencias de la propia dinámica de la mediación que así lo aconseje. Además, la concentración se configura como una exigencia legal del tiempo de duración del procedimiento que será «lo más breve posible» sin marcar máximos, a diferencia de las legislaciones autonómicas de mediación familiar, que por regla general no podrá ser superior a tres meses, y «sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones» (artículo 23.4). La LMACM establece, por tanto, una directriz de rapidez y agilidad, pero sin concretar la duración del procedimiento, que en cada supuesto estará condicionada a la decisión y propia voluntad de las partes, al reglamento de la institución de mediación, o a lo acordado en la sesión constitutiva[1102]. La influencia de la concentración sobre la forma del proceso se constata en la brevedad de su duración, frente a la escritura, que supone necesariamente dispersión de los actos

[1099] MONTERO AROCA, Juan; Juan Luis GÓMEZ COLOMER y Silvia BARONA VILAR: *Derecho jurisdiccional*, *op. cit.,* p. 296.
[1100] PILLADO GONZÁLEZ, Esther: «Procedimiento de mediación familiar», *op. cit.,* pp. 256-257.
[1101] MONTERO AROCA, Juan; Juan Luis GÓMEZ COLOMER y Silvia BARONA VILAR: *Derecho jurisdiccional*, *op. cit.,* p. 297.
[1102] PILLADO GONZÁLEZ, Esther: «Procedimiento de mediación familiar», *op. cit.,* pp. 260-261.

procesales en el tiempo; esta influencia sobre el proceso es tal que a la concentración se la considera la principal característica exterior del proceso oral[1103].

d) El secreto de las actuaciones

A diferencia del proceso judicial, el principio de oralidad lleva implícito, salvo excepciones previstas legalmente, el de publicidad; sin embargo, en la mediación, al estar informada por el principio de confidencialidad (artículo 9 LMACM), que obliga tanto a los mediadores como a las partes y demás intervinientes en el procedimiento, el principio procedimental que rige es el de secreto. El principio de secreto de las actuaciones del procedimiento de mediación no afectará a las partes sino al público en general, lo que supone que las sesiones de mediación no son públicas, sino que se desarrollarán de forma privada con las partes y el mediador[1104]. La oralidad supone necesariamente publicidad, entendida esta en su verdadera significación, es decir, en lo que se refiere al público, y de la que se afirma su carácter político, pero cuando se habla de la publicidad para las partes se está incurriendo en un grave error; en un proceso judicial, esa «publicidad» se refiere en realidad al principio de contradicción o al derecho de audiencia, pues si un acto procesal fuera secreto para las partes no se estaría haciendo referencia a la forma del proceso, al procedimiento, sino que se estaría colocando a aquellas en situación de indefensión[1105].

La oralidad, la inmediación y la concentración pueden ser considerados principios (mejor, reglas) técnicos del procedimiento, pero la publicidad, sin embargo, tiene un claro componente político que funciona como una garantía para las partes en el proceso, aunque también es el medio más idóneo de control de los órganos judiciales por parte de la sociedad, de donde proviene su poder[1106].

2.1.2.3.4. Principios personales o de actuación para las partes

La LMACM no ha estado acertada al emplear la denominación «las partes», pues, en un sentido técnico jurídico, partes propiamente dichas solo existen cuando media un proceso en curso ante un juez, y quizás habría sido conveniente reservar un concepto más propio, como el de «sujetos de la relación jurídica procesal», «los implicados», o los «solicitantes» de la mediación; todas estas expresiones expresan mejor la idea de flexibilidad de la mediación, y responden mejor a sus fines, como el de evitar la confrontación entre partes

[1103] MONTERO AROCA, Juan; Juan Luis GÓMEZ COLOMER y Silvia BARONA VILAR: *Derecho jurisdiccional*, *op. cit.,* pp. 297-298.
[1104] PILLADO GONZÁLEZ, Esther: «Procedimiento de mediación familiar», *op. cit.,* pp. 261-262.
[1105] MONTERO AROCA, Juan; Juan Luis GÓMEZ COLOMER y Silvia BARONA VILAR: *Derecho jurisdiccional*, *op. cit.,* p. 298.
[1106] *Ibid.*, p. 299.

enfrentadas[1107]. Las partes que conforman el proceso de mediación, ex artículo 19 de la LMACM, son, por un lado, los sujetos enfrentados por el conflicto, y, por otro, el propio mediador, pues todos ellos están obligados a firmar el acta inicial o constitutiva antes de dar comienzo a la negociación, con el compromiso todos de guardar confidencialidad de lo que suceda durante el proceso[1108]. La autodeterminación de las partes es un principio fundamental de la mediación[1109].

a) Principios de la buena fe, lealtad y respeto mutuo

El legislador, además de configurar los principios informadores de la mediación que nos permiten conocer cuáles son los elementos esenciales y básicos que conforman el procedimiento de la mediación, ha querido completarlos con aquellos otros principios que considera de respeto ineludible para las partes. ¿Qué significan esos principios?; encontramos otras normas jurídicas semejantes que también exigen la lealtad y la buena fe en la actuación procesal, como son los artículos 6 y 7 del CC, el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, o el artículo 247 de la LEC[1110]. Las partes tienen un deber genérico de comportarse con arreglo a las exigencias de la lealtad, la buena fe y el respeto mutuo; y así, en cuanto a la buena fe, se trata de una copia del principio general del ordenamiento jurídico que encontramos en el CC, artículo 7, descrito como principio general para el ejercicio de los derechos, y en la Ley Procesal Civil, que en su artículo 247 impone a los intervinientes en un proceso una actuación conforme a las reglas de la buena fe, y en la LOPJ, que en su artículo 11 dispone este principio general en relación con las pruebas obtenidas ilícitamente y el abuso del derecho o el fraude de ley[1111].

A la buena fe se la ha calificado como el principio del «cierre del sistema» por contribuir a situar al resto de los principios, y señala al elemento cooperativo imprescindible para la resolución o interpretación del conflicto, y la superación de la desconfianza, incluso para el caso de no alcanzar acuerdos[1112]. Barona Vilar comenta la necesidad de mantener en la mediación la posición de lo que algunos autores han denominado «no erosión» al contrario, con la otra parte que se tiene delante, lo que hace

[1107] VALERA GÓMEZ, Bernardino J.: «Artículo 10. Las partes en la mediación», en Cristina ALONSO SALGADO y Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (coords.) y Raquel CASTILLEJO MANZANARES (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* pp. 123-124.

[1108] BLANCO CARRASCO, Marta: «Artículo 10. Las partes en la mediación», en Leticia GARCÍA VILLALUENGA y Carlos ROGEL VIDE (dirs.) y Carmen FERNÁNDEZ CANALES (coord.): *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012*, *op. cit.,* p. 141.

[1109] SHESTOWSKY, Donna: «Disputants' preferences for court-connected dispute resolution procedures: Why we should care and why we know so little», *op. cit.,* p. 566.

[1110] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* p. 215.

[1111] VALERA GÓMEZ, Bernardino J.: «Artículo 10. Las partes en la mediación», *op. cit.,* pp. 136-137.

[1112] LAUROBA, María Elena; Inmaculada BARRAL; Jaume TARABAL e Isabel VIOLA: «La construcción institucional y jurídica de la mediación», *op. cit.,* p. 845.

imprescindible y requiere, no solo el uso de un lenguaje amable a lo largo de todo el procedimiento, sino la actitud de los sujetos que a él acuden[1113]. Este principio tiene su reflejo, en primer lugar, hacia la otra parte en la negociación, que se manifestará fundamentalmente en dos cuestiones: la actitud respetuosa y la transparencia en la información[1114]. Entre otros efectos, la buena fe implica que la mediación no puede ser utilizada como instrumento dilatorio[1115].

En el marco de un procedimiento extrajudicial como es el de la mediación, el establecimiento de estos principios generales no puede pasar de la mera obligación natural, moral, no propiamente jurídica[1116].

Ante el incumplimiento de estos principios, el legislador no ha previsto la imposición de sanciones o multas como las contenidas en la ley procesal, artículo 247 de la LEC; sin embargo, sí que existe el artículo 22.1 de la LMACM, que implícitamente contempla esta posibilidad, al permitir al mediador concluir el procedimiento de mediación por considerar que las posiciones de las partes son irreconciliables o porque concurra alguna otra causa que determine su terminación, como podría ser aquel incumplimiento[1117]. La exigibilidad del cumplimiento de estas obligaciones en el contexto de la mediación no puede tener otro contenido distinto al de la terminación del procedimiento, que deviene inútil al no contar ya con la voluntad que motivó el comienzo de la mediación[1118]. Esta actuación esperada de las partes son reglas de buena educación y de respeto de valores cívicos, que han sido elevados a normas en el artículo 10 de la LMACM, y como uno de los principios del modelo de mediación; no podemos concluir que no hay respuesta del sistema ante la quiebra de estos principios, puesto que la consecuencia más grave que puede derivarse de su quebrantamiento es precisamente la conclusión del procedimiento[1119].

b) Principio de colaboración y apoyo al mediador

En el procedimiento de mediación, al regirse por el consenso y el pacto, no terminando en ningún caso con una resolución de naturaleza impositiva, no es posible configurar una

[1113] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* p. 218.
[1114] BLANCO CARRASCO, Marta: «Artículo 10. Las partes en la mediación», *op. cit.,* p. 144.
[1115] LAUROBA, María Elena; Inmaculada BARRAL; Jaume TARABAL e Isabel VIOLA: «La construcción institucional y jurídica de la mediación», *op. cit.,* p. 845.
[1116] VALERA GÓMEZ, Bernardino J.: «Artículo 10. Las partes en la mediación», *op. cit.,* p. 137.
[1117] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* p. 221.
[1118] VALERA GÓMEZ, Bernardino J.: «Artículo 10. Las partes en la mediación», *op. cit.,* pp. 137-138.
[1119] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* p. 222.

posible «imposición» o «condena» a una de las partes argumentando la falta de colaboración o entorpecimiento en el desarrollo de la mediación[1120].

c) Prohibición de acudir a la jurisdicción

Esta prohibición tiene como objetivo afianzar el carácter alternativo y extrajudicial de la mediación como método de resolución de conflictos, al impedir que, mientras no se termine la mediación, se pueda acudir de manera simultánea, en paralelo o coetáneamente a la jurisdicción. La ley contempla la mediación como primera opción, la denominada mediación preprocesal, o anterior a la iniciación del proceso judicial, y solo ante su fracaso se puede después recurrir a la vía judicial[1121].

Como excepciones a esta exclusión de la jurisdicción, la ley prevé la posibilidad de solicitar medidas cautelares, u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes o derechos[1122].

2.1.2.4. Contratos convergentes en el procedimiento de la mediación

En el procedimiento de la mediación se insertan al menos dos contratos, uno inicial, como acuerdo en sentido estricto, declaración de voluntades que crean derechos y obligaciones, al que puede denominarse «contrato de mediación», y, en la fase final del mismo, el contrato al que se le ha llamado «negocio jurídico mediado», que tiene origen en el mismo procedimiento. La intervención del mediador en cada uno de estos dos negocios jurídicos difiere, pues mientras que en el primer contrato lo suscribe como una parte, en el segundo solo lo hacen los mediados[1123].

El «negocio jurídico mediado» ya ha sido objeto de estudio en este capítulo, por lo que a continuación solo se desarrolla el contrato de mediación.

El contrato de mediación, comenta Leticia García Villaluenga, no puede asimilarse ni a un «contrato de mandato» ni al de «mediación o corretaje», porque el mediador, en el primer supuesto, no representa ni sustituye a las partes, ni estas delegan en él para la resolución del conflicto, y en el segundo caso, el mediador no pone en comunicación a las partes para que realicen un negocio jurídico a cambio de una comisión, son los mismos sujetos quienes solicitan su intervención. Tampoco es un «contrato de obra» que persigue la obtención de un resultado con independencia de la actividad del arrendatario, porque la mediación supone solo la obligación de actividad[1124].

[1120] *Idem*.
[1121] VALERA GÓMEZ, Bernardino J.: «Artículo 10. Las partes en la mediación», *op. cit.,* p. 141.
[1122] *Ibid.*, p. 146.
[1123] GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*, *op. cit.,* p. 462.
[1124] *Idem*.

El contrato de mediación mantiene, según García Villaluenga, semejanzas con la «transacción» que, conforme dispone el artículo 1809 del CC, «es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado»[1125]. De la definición de la transacción que proporciona el artículo 1809 se desprende que son dos los presupuestos necesarios para que un contrato pueda ser calificado de aquella manera: una situación de controversia entre las partes, y la necesidad de recíprocas concesiones para superarla. La controversia que se dirime no es sinónima exclusivamente de pleito. La transacción incide sobre una controversia o *res* litigiosa, bien haya pasado a la fase judicial, bien no haya llegado a ese extremo todavía[1126].

El verdadero «contrato de mediación» no es otro que el recogido en el acta de la sesión constitutiva regulada en el artículo 19 de la LMACM, donde no consta la institución de mediación sino el mediador[1127]. La firma de las partes del acta constitutiva refleja su aceptación a estar y pasar por el procedimiento de mediación. Esta declaración de aceptación voluntaria de la mediación implica asumir las reglas que se establezcan, entre las cuales se configuran tanto los derechos como las obligaciones que se derivan para las partes[1128].

Si tenemos en cuenta que en el procedimiento de la mediación puede intervenir una institución de mediación, entonces existirá un tercer contrato, porque conforme dispone el artículo 5.1.1.º de la LMACM, aquella no puede prestar directamente los servicios de mediación. Para Santiago Cavanillas Múgica, la relación jurídica entre la institución de la mediación y las partes puede ser básicamente un arrendamiento de servicios, donde el servicio encargado, la mediación, es una intermediación entre los mediadores y las partes, al modo de una agencia de mediación[1129].

Entre las diversas modalidades de inicio del procedimiento de mediación, comenta Silvia Barona Vilar que el párrafo primero, letra b) del artículo 16 de la LMACM se refiere a la posibilidad de comenzarlo en cumplimiento de un pacto de sometimiento de las partes a mediación. Este artículo 16 debe concectarse con el artículo 6.2 del mismo texto legal, que contempla la posibilidad de que las partes hubieren decidido expresar por escrito un pacto

[1125] Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *Gaceta de Madrid*, núm. 206, 25 de julio de 1889. Entrada en vigor: 16 de agosto de 1889. Departamento: Ministerio de Gracia y Justicia. Referencia: BOE-A-1889-4763, p. 255. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con>.

[1126] AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano; Manuel ALBALADEJO GARCÍA y José ALMAGRO NOSETE: *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia de España, 1991, t. II, pp. 1768-1769.

[1127] CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «El mediador y las instituciones de mediación», en Francisco LÓPEZ SIMÓ y Federico F. GARAU SOBRINO (coords.): *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, *op. cit.,* p. 216.

[1128] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* p. 408.

[1129] CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «El mediador y las instituciones de mediación», *op. cit.,* p. 216.

con el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir en torno a una determinada relación jurídica entre ellas. La naturaleza del contrato de sumisión puede conocerse a través de tres notas que lo caracterizan: (i) se trata de un pacto entre las partes, que suscriben un verdadero contrato, en el sentido de acuerdo de voluntades, manifestado por personas con capacidad suficiente para celebrarlo y que se obligan en virtud de su contenido, pudiendo compelerse a su cumplimiento; (ii) en cuanto a la forma, puede formar parte como una cláusula más del contrato principal, o puede configurarse como un acuerdo independiente; en ambos supuestos posee una autonomía jurídica, tanto en cuanto a los elementos que lo integran, como respecto de la validez o existencia del contrato principal donde está inserto; (iii) el objeto del pacto es el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que pueden surgir entre las partes. El efecto jurídico que produce este pacto de mediación consiste en facultar a las partes para exigirse mutuamente la necesidad de acudir a mediación. El artículo 6.2 de la LMACM menciona la posible existencia de este pacto de compromiso de sometimiento a mediación, y señala que deberá en este caso intentarse el procedimiento de mediación pactado de buena fe[1130].

3. METODOLOGÍA: ESCUELAS, MODELOS Y ENFOQUES

En el ámbito internacional, como quiera que la mediación ha estado desarrollándose desde hace cuatro décadas, existe un término genérico compartido que aúna la variedad de modos diferentes de poner en práctica el proceso de mediación para resolver conflictos en los diversos ámbitos[1131].

Las escuelas de mediación, también denominadas modelos y en otros momentos métodos, promueven distintas dinámicas procedimentales que aportan orden y significado al proceso formal y profesional de la mediación[1132]. Los modelos son guías que orientan la práctica mediadora, y en cada uno subyace una proyección de diversas corrientes del pensamiento ético-filosófico; sus planteamientos se fundamentan «sobre formas ya estructuradas de entender el mundo y las relaciones humanas»[1133]. Por consiguiente, la elección entre los distintos modelos o enfoques de la mediación expresa una decisión de

[1130] BARONA VILAR, Susana: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *op. cit.,* pp. 371-374.
[1131] MERINO ORTIZ, Cristina: *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*. Madrid: Reus, 2013, p. 24.
[1132] FALCÓN CARO, María del Castillo: *La escuela integradora: para el ejercicio personal y profesional de la mediación*. Sevilla (España): Athenaica, 2016, p. 56.
[1133] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *El contexto ético-filosófico de la mediación y la proyección moral del modelo transformativo*, *op. cit.,* pp. 53-54.

índole filosófica, reflejo de una determinada visión del mundo, más individualista o referencial, y de la creencia en los valores que la dinamizan[1134]. Así como la teoría de la mediación contiene cuáles son los valores fundamentales de la mediación, la práctica «se asienta sobre creencias y principios cardinales acerca de las personas y el conflicto»[1135].

Si bien los distintos modelos de mediación describen la práctica de forma abstracta, son muy útiles porque aportan reflexiones sobre asuntos específicos y subrayan cómo las teorías y valores pueden influir en el comportamiento de la persona mediadora[1136]. Sin embargo, es preciso puntualizar que la mediación, como método de intervención de conflictos, no consiste en una simple técnica desvinculada de lo que en ella acontece, sino que comprende todo un conocimiento y procedimiento elaborado, cuyas raíces provienen del entendimiento del ser humano y de la experiencia de la vida en relación[1137].

Helena Nadal prefiere emplear el término «enfoque» teórico de mediación para designar al corpus ideológico sobre el que se asientan los modelos de mediación, sin que pueda reducirse a un conjunto de estrategias, herramientas y técnicas; los enfoques se adscriben a una determinada concepción del conflicto, su tratamiento y resolución, y comprenden información teórica, de fundamentación y análisis que se traslada a las metodologías de intervención o modelos de mediación[1138]. Para Pilar Munuera, los soportes teóricos de cada escuela inciden, determinándolo, el proceso de mediación, así como en las estrategias elegidas, lo cual influye a su vez en la actuación de mediación, al configurar la estructura de la intervención mediadora[1139].

John Haynes resalta la relevancia que aporta la práctica a la mediación y viceversa, y promovió la idea de elaborar una teoría de la mediación a partir de la práctica; así, afirma que su búsqueda es aprender de la amplia base de la mediación, «De este modo, estamos intentando obtener algo de teoría de nuestra práctica, porque así como la teoría informa la práctica, también la práctica puede informar la teoría»[1140]. En estos términos del binomio teoría y práctica se pronuncia Jacobs Bercovitch, mediador en conflictos internacionales, para quien la investigación sobre la mediación recibirá mayor comprensión si estamos dispuestos a poner nuestra confianza en una empresa científica, combinando esquemas

---

[1134] BARUCH BUSH, Robert A. y Joseph P. FOLGER: *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, *op. cit.,* pp. 333-334.
[1135] PARKINSON, Lisa: *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, *op. cit.,* p. 15.
[1136] MERINO ORTIZ, Cristina: *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, *op. cit.,* p. 37.
[1137] VINYAMATA CAMP, Eduard: *Aprender mediación*, *op. cit.,* p. 11.
[1138] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 107.
[1139] MUNUERA GÓMEZ, María Pilar: *Nuevos retos en mediación*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2014, p. 106.
[1140] HAYNES, John Michael; Gretchen L. HAYNES y Larry Sun FONG: *Mediation: Positive conflict management*, *op. cit.,* p. 1.

conceptuales con datos del mundo real[1141]. Rubén Calcaterra opina que, en la conformación de la mediación como sistema de conocimiento, adquiere singular importancia el desarrollo de una práctica que incluya un movimiento reflexivo sobre su propia identidad, y permita a su vez recoger información relevante para la teoría. Sin embargo, existe una dificultad inicial en toda práctica novedosa como es la mediación, y es la ausencia de la práctica misma en cuantía suficiente que permita recoger información, al no disponer de esa práctica que informe la teoría. Como resultado aparece entonces una práctica que se desarrolla a tientas, al socaire de la intuición, sagacidad y suerte. A su vez, en el plano de la teoría, se asiste a una variedad de propuestas sobre la incorporación de saberes sin referencia a su aplicación práctica, y de contenidos pedagógicos que se le exigen conocer al futuro mediador que, puesto a mediar, no entiende para qué le sirven. Se produce un círculo vicioso[1142].

Al crecimiento exponencial que experimentó la mediación, presente en todos los ámbitos de la vida, le acompañan concepciones filosóficas diferentes, formas diversas de comprender la mediación, y distintos modos de afrontar el proceso mediador que han sido agrupados en cuatro teorías o corrientes[1143]. A Baruch Bush y Joseph Folger les sorprende, aún más que el hecho del crecimiento notable de la mediación en Estados Unidos desde los años 1960-1990, la extraordinaria divergencia de opiniones sobre el modo de comprender ese mismo crecimiento y de caracterizar al movimiento de la mediación[1144]. Al desarrollo de la mediación en nuevas áreas lo denominan «movimiento contemporáneo de mediación» o simplemente «movimiento de mediación»[1145]. La divergencia era tan acentuada que no existía ninguna reseña aceptada sobre el modo en el que el movimiento se desarrolló o lo que este representa; la literatura especializada fue la que mostró reseñas o «historias» diferentes del movimiento, que contadas por autores diferentes subrayaban las distintas dimensiones del proceso mediador, y de su influjo social, resultando las principales cuatro siguientes versiones: (i) la *historia de la satisfacción*, que considera el proceso mediador como una herramienta poderosa para satisfacer las auténticas necesidades humanas de las partes en conflictos individuales, facilitando la resolución de problemas mediante la colaboración e integración, con resultados creativos del tipo «gana-gana»; son exponentes autores como Fisher y Ury, Susskind y Cruikshank; (ii) la *historia de*

[1141] BERCOVITCH, Jacob: «International mediation», *op. cit.,* p. 6.
[1142] CALCATERRA, Rubén Alberto: *Mediación estratégica*, *op. cit.,* pp. 31-32.
[1143] MUÑOZ HERNÁN, Yolanda y María Eugenia RAMOS PÉREZ: *Mediación. Escuelas, herramientas, técnicas* [documento núm. 1]. Gizateca. Disponible en: <https://www.fundaciongizagune.net/wp-content/uploads/mediacion-herramientas-tecnicas.pdf>, p. 39.
[1144] BARUCH BUSH, Robert A. y Joseph P. FOLGER: *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, *op. cit.,* p. 39.
[1145] *Ibid.*, p. 19.

la justicia social, donde la mediación ofrece un modo eficaz de organizar individuos en torno a unos intereses comunes, y así crear vínculos y estructuras comunitarias más sólidas frente al mismo adversario, sin depender de las instituciones, favoreciendo alianzas en contra de la explotación y originando así más justicia social; los variados contextos en los que se aplica son la mediación interpersonal en el vecindario, los consumidores, la mediación ambiental; son representantes de este enfoque Paul Wahrhaftig y Ray Schonholtz; (iii) la *historia de la transformación*, que expresa la promesa original de la mediación: su capacidad de transformar el carácter de los antagonistas y de la sociedad en general, al permitir que las partes definan sus problemas y metas en sus propios términos y en un ejercicio de autodeterminación, decidir cómo resolver la controversia; se distinguen dos dimensiones en el proceso mediador: la dimensión revalorizante, que proporciona a las partes del proceso confianza en sí mismas, y la de reconocimiento, cuando las partes descubren su capacidad intrínseca de relacionarse con los otros con comprensión y preocupación por sus problemas a pesar de sus discrepancias; representan este enfoque Leonard Riskin y Menkel-Meadow; y (iv) la *historia de la opresión*, es un tipo de historia distinta a las tres anteriores, pues denuncia los efectos negativos o potencialmente negativos de la mediación, y en lugar de ofrecer una descripción del movimiento mediador, y su correspondiente recomendación, parece una advertencia frente al movimiento; la mediación se ha convertido, por su informalismo y la consensualidad del proceso, y, por tanto, ausencia de normas procesales y sustanciales, en un peligroso instrumento a favor de los fuertes, que puede agravar desequilibrios de poder, y ha producido resultados injustos. La postura de la «neutralidad» disculpa al mediador de no actuar impidiéndolo. La mediación, al no referirse a otros casos similares y sin aludir al interés general, provoca «des-agregación» y privatización de los problemas, que ayudan a los fuertes a dividir y conquistar; entre los críticos del movimiento mediador figuran Richard Abel y Christine Harrington[1146]. La existencia de estos cuatro enfoques diferentes responde al carácter plural y no monolítico del movimiento de mediación, reconociendo todos ellos la mediación como un recurso para alcanzar metas sociales, con la discrepancia acerca de cuál es el fin o el valor social más importante[1147].

Aunque existan diversas propuestas de intervención en la mediación, es tradicional la referencia a los tres modelos realmente asentados en la práctica, que son el de Harvard, el modelo transformativo, y el modelo narrativo; los tres parten de focalizar distintos aspectos del conflicto, y son relacionables pero no vinculados, sin que haya habido hasta el

[1146] *Ibid.*, pp. 40-53.
[1147] *Ibid.*, p. 40.

momento significativos intentos de integración[1148]. Actualmente resulta más adecuado hablar en mediación a nivel internacional de estas tres escuelas y sus respectivos modelos, para destacar la unidad de criterios que los autores de cada modelo y sus seguidores han mantenido en sus directrices generales, favoreciendo con ello el crecimiento de la mediación como profesión, indistintamente del modelo que el mediador utilice[1149].

Los modelos responden a distintas ideologías de los mediadores y al análisis del conflicto que realizan; se caracterizan por establecer un proceso metodológico que sirve de referente teórico al mediador, al facilitarle una guía en su práctica profesional y el empleo de técnicas para obtener unos objetivos determinados[1150]. Los diferentes enfoques están enmarcados en una forma determinada de entender la mediación y la finalidad que con ella se persigue; en cada modelo se realiza un análisis del conflicto desde una óptica diversa; cada uno ofrece un referente teórico, un proceso metodológico y técnicas propias adecuadas a los objetivos que con la mediación se pretenden alcanzar[1151]. La mayoría de los modelos responden más a una determinada «filosofía de trabajo» que al diseño de un procedimiento de mediación singular, al que se asocian unas estrategias y tácticas concretas de actuación[1152]. La intervención de un mediador en un proceso de mediación viene determinada por la metodología que emplea para conducirlo[1153].

Para definir cada uno de los enfoques principales con los que se trabaja en mediación, y resaltar así cuáles son sus distintas filosofías, Juan José Sarrado y Marta Ferrer parten de los tres elementos que están siempre presentes en el proceso de mediación, que son los participantes, el conflicto y el proceso de comunicación, al incidir cada modelo más en uno que en los otros; el mediador, en función de sus propios valores personales, y de la relevancia que le dé a cada uno de esos elementos frente a los otros, tomándolo como referencia, elegirá trabajar desde un enfoque u otro. Así, el propósito del *enfoque lineal* es la prosecución de acuerdos que pongan fin al conflicto, prestando atención al conflicto para poder resolverlo; en el *enfoque transformativo* prima el carácter educativo y el crecimiento moral de las partes, centrándose por tanto en la relación entre

[1148] MADRID LIRAS, Santiago: «Por qué un cuarto modelo de mediación. Oportunidades e integración del modelo de mediación *insight*», *Revista de Mediación*, vol. 10, núm. 2 (2017), p. 2.
[1149] MUNUERA GÓMEZ, María Pilar: «El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas», *Portularia*, vol. 7, núms. 1-2 (2007), p. 85.
[1150] *Idem*.
[1151] GUTIÉRREZ SANZ, Rosa María: «El procedimiento de mediación: transposición de la directiva 2008/52/CE por la Ley 5/2012 de 6 de Julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en María Teresa HUALDE MANSO y Michèle MESTROT (coords.): *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*. Madrid: La Ley, 2013, p. 265.
[1152] MERINO ORTIZ, Cristina: *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, *op. cit.,* p. 49.
[1153] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 115.

los participantes; y el *enfoque circular-narrativo* se ocupa de la comunicación y las formas de narración de las historias[1154].

Desde la década de los años noventa del siglo pasado, aproximadamente, en mediación se refieren los siguientes tres modelos teóricos: (i) el *modelo tradicional*, introducido por Harvard, parte de una concepción estructuralista, y surge del paradigma de la simplicidad, centrado en la averiguación de los intereses subyacentes de cada una de las partes, y su meta es lograr acuerdos, disminuyendo las diferencias y aumentando las semejanzas, valores, o intereses, sin proponer cambios en las relaciones; (ii) el *modelo transformador* de Baruch Bush y Folger se plantea desde el paradigma de la complejidad, su objetivo es modificar la relación entre las partes desde el *empowerment*, potenciando el protagonismo de las mismas; se centra en la «transformación de las relaciones»; es de tipo relacional y se considera el modelo intermedio entre el de Harvard y el circular-narrativo, al hacer suyos los preceptos de la comunicación humana a la vez que incorpora la circularidad; y (iii) el *modelo circular-narrativo* de Sara Cobb, totalmente ubicado en los nuevos paradigmas, al apoyarse en las teorías posestructurales de la narrativa; su objetivo es cambiar la historia que cada parte ha elaborado y conseguir acuerdos en la medida de lo posible[1155].

La principal diferencia entre las tres escuelas tradicionales de mediación, Harvard, transformativa y circular-narrativa, estriba en su manera de concebir el conflicto, que depende a su vez del ámbito de procedencia de cada una de ellas, el derecho y la economía, la sociología y la psicología, respectivamente[1156].

El modelo de Harvard responde al conflicto de forma colaborativa y desde el concepto de interés que subyace en los participantes de la mediación. Se confía en la capacidad de las personas para acceder, con facilidad, al conocimiento de sus propios intereses y de presupones que son objetivos, lo que implica una defensa de la racionalidad de las decisiones humanas [1157]. En el marco transformativo, el conflicto se entiende como «una crisis en la interacción humana», la experiencia del conflicto, que conduce a las personas a estados de debilidad y de ensimismamiento, que dificultan su compromiso de interactuar con otros de forma productiva o constructiva[1158]. Para la escuela circular-narrativa, al provenir de la psicología, el conflicto es fruto de un proceso mental y utiliza el

[1154] SARRADO SALDEVILLA, Juan José y María FERRER VENTURA: *La mediación un reto para el futuro: actualización y prospectiva*. Bilbao (España): Desclée de Brouwer, 2003, p. 53.
[1155] MUNUERA GÓMEZ, María Pilar: «El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas», *op. cit.,* p. 85.
[1156] FALCÓN CARO, María del Castillo: *La escuela integradora: para el ejercicio personal y profesional de la mediación*, *op. cit.,* p. 56.
[1157] MADRID LIRAS, Santiago: «Por qué un cuarto modelo de mediación. Oportunidades e integración del modelo de mediación *insight*», *op. cit.,* p. 2.
[1158] FOLGER, Joseph P.: «La mediación transformativa: preservación del potencial único de la mediación en situación de disputas», *Revista de Mediación*, vol. 1, núm. 2 (2008), p. 9.

lenguaje para desestructurarlo mediante la reflexión. La escuela transformativa proviene de la sociología, por lo que su trabajo se centra en la reconstrucción de la relación a través de la transformación del individuo, pues el conflicto es inherente al mismo[1159].

Las propuestas que responden al paradigma circular en la actualidad son tres: la transformativa, la circular-narrativa y la estratégica, y se caracterizan por desarrollar el foco interpersonal, y centrarse en los aspectos relacionales de las partes en conflicto con el objetivo de modificar los patrones de interacción y proveer cambios de significados; «el conflicto representa un orden sujeto a reglas de interacción que hay que desestabilizar para alcanzar un nuevo orden»[1160]. El modelo estratégico sostiene que la mediación es, sobre todo, un proceso formal que trasciende el contenido del conflicto que se pretende resolver.

En cuanto a la elección del método que sirva de guía al mediador en la práctica de la mediación, se distinguen dos posturas distintas: la ecléctica o conciliadora y la incompatible o exclusiva. Así, Eduard Vinyamata promueve una actitud conciliadora de los distintos enfoques al considerarlos complementarios, pues permite al profesional «realizar una síntesis constantemente renovada, en beneficio de una capacidad flexible de adaptación», que en nada busca demostrar la superioridad de un modelo teórico sobre otro»[1161]. Todos los modelos de mediación aportan elementos valiosos, comenta Giménez Romero, y como sucede en otros campos y teorías existe el riesgo de seguir únicamente un enfoque descartando totalmente a los demás; por tanto, con independencia de cuál sea el método con el que un mediador se identifique, resulta conveniente que el mediador incorpore a su perspectiva y práctica profesional aquellos otros aspectos que puedan ser de utilidad de las otras escuelas[1162]. Para Franco Conforti, el mediador debe ser ecléctico, pues, bien entendido, el eclecticismo conlleva un modo de obrar por el que se adopta una postura intermedia, es decir, se procura conciliar las doctrinas que parecen mejores, aunque difieran en su procedencia[1163].

La mediación requiere del mediador que ajuste su intervención al contexto del conflicto, y esto explica que, si bien la mayoría de estos profesionales son partidarios y prefieren un determinado modelo como soporte de sus actuaciones, reconocen al mismo tiempo que recurren a estrategias y herramientas asociadas a otros modelos, pues resulta

---

[1159] FALCÓN CARO, María del Castillo: *La escuela integradora: para el ejercicio personal y profesional de la mediación*, *op. cit.,* p. 56.

[1160] CALCATERRA, Rubén Alberto: «Estrategia de la mediación. Un punto de partida para la implementación de reformas en la administración de justicia», *Investigación y Docencia* (2011), núm. 45, pp. 23-24.

[1161] VINYAMATA CAMP, Eduard: *Aprender mediación*, *op. cit.,* p. 24.

[1162] GIMÉNEZ ROMERO, Carlos: «Modelos de Mediación y su aplicación en mediación intercultural», *Migraciones*, núm. 10 (2001), p. 62.

[1163] FRANCO CONFORTI, Óscar Daniel: «La mediación: definición, principios, ámbitos, modelos. El análisis del conflicto», *op. cit.,* p. 21.

complicado trabajar dentro de modelos únicos[1164]. Frente a esta postura ecléctica, muy aceptada, Helena Nadal reivindica la incompatibilidad, pues no se plantea una verdadera síntesis entre los distintos modelos de mediación, es decir, un nuevo enfoque original y con esencia propia, procedente de la combinación de dos o más elementos incompatibles de los distintos enfoques, sino una mezcla desordenada, donde cada mediador va eligiendo, a modo de una cesta de la compra, cuáles de ellos le convienen más para dirigir el proceso de mediación de una forma eficaz, descartando aquellos otros que no le son de utilidad. La compatibilidad de los elementos procedentes de cada enfoque se produce tan solo de forma aparente, pues se utilizan desprovistos de sus raíces teóricas, cuando en realidad solo adquieren su auténtico sentido dentro del modelo al que pertenecen. «Una mediación conducida simultáneamente por postulados de unos y otros modelos es cuando menos desorientadora al no establecerse una línea consecuente de actuación y es empobrecedora porque pierde la carga cultural e intelectual que hay tras cada uno de los enfoques»[1165]. Cada uno de los enfoques proviene de una concepción diferente, y la incompatibilidad entre los distintos enfoques es precisamente lo que favorece la aparición de nuevos modelos de mediación, verdaderas síntesis de los anteriores, sirviendo cada enfoque del pasado como atalaya desde donde vislumbrar el futuro de la mediación. Esta reivindicación a favor de la incompatibilidad se refuerza aún más ante la necesidad que se le exige al mediador de reflexionar sobre cuál es su visión del mundo, y elegir en consecuencia el modelo que prefiere aplicar, porque debe transmitir a los participantes de una mediación una postura clara respecto al conflicto y al modo de afrontarlo[1166].

3.1. El modelo tradicional-lineal de Harvard

Este modelo proviene del campo empresarial, del Programa de Negociación de la Universidad de Harvard, fundado y creado por los profesores Roger Fisher y William Ury en 1983, con la colaboración posterior de Bruce Patton[1167]. Todos ellos han trabajado en conflictos internacionales desde mediados de los años setenta, como la Guerra Fría, el conflicto árabe-israelí, el *apartheid* en Sudáfrica, y la lucha religiosa en Irlanda del Norte[1168]. Estos autores avanzaron el método de resolución de conflictos que ya había sido contrastado con éxito en la negociación, y desarrollaron un sistema colaborativo basado en unos principios y técnicas que resultaban muy ventajosos para ser asimilados al

[1164] MERINO ORTIZ, Cristina: *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, *op. cit.,* p. 49.
[1165] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *El contexto ético-filosófico de la mediación y la proyección moral del modelo transformativo*, *op. cit.,* pp. 69-70.
[1166] *Ibid.*, p. 70.
[1167] RONDÓN GARCÍA, Luis Miguel (coord.): *Bases para la mediación familiar*, *op. cit.,* p. 63.
[1168] URY, William: *Alcanzar la paz*, *op. cit.,* p. 206.

procedimiento de mediación[1169]. En 1973, el psicólogo social Morton Deutsch publicó su teoría sobre la naturaleza del conflicto humano y la construcción sobre su resolución[1170]. Siguiendo a Morton Deutsch, estos tres autores proponen dejar de lado las posiciones y atender a los intereses subyacentes, no desde un enfoque confrontativo (imponiendo el interés propio sobre el otro), sino desde uno colaborativo (promoviendo el interés común), para desde ahí buscar soluciones que satisfagan a todas las partes[1171]. Se acepta por lo general que este modelo sobre negociación basada en intereses o principios es el soporte teórico de la mediación[1172]. En este mismo sentido, puede afirmarse que la mediación contemporánea surge de este modelo, y si bien en algunos ámbitos de la mediación ha sido criticado por la centralidad que confiere al logro de acuerdos, lo cierto es que ha contribuido con relevantes aportaciones a la misma[1173]. A diferencia de los otros dos métodos, el transformativo y el circular-narrativo, este método, el de Harvard, comenta Carlos Jiménez, es más bien una escuela de negocios y de resolución de conflictos, que no directamente un sistema de mediación, tratándose en todo caso de un método de mediación para negociación asistida, que ha influido destacadamente en la práctica de los profesionales de la mediación, a veces como método predominante, y en otras ocasiones como bagaje en la obra de teóricos; entre otras, *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio* de Folberg y Taylor, *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos* de Moore, o *El corazón del conflicto: del trabajo al hogar como campos de batalla, comprendiendo la paradoja del conflicto como camino hacia la sabiduría* de Muldoon[1174]. En este mismo sentido, los mismos Folberg y Taylor aseveran que algunos profesores de la Harvard Law School, como Lon Fuller, Frank Sander y Roger Fisher, han contribuido con sus estudios a la formación del pensamiento profesional y público respecto a los procedimientos, la aplicación y las técnicas para la resolución de conflictos fuera de los tribunales[1175]. Probablemente hasta el año 1994, momento en el que se consolida el enfoque transformativo, la mediación «fue una proyección del modelo de negociación de Harvard»[1176].

[1169] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 46.

[1170] PARKINSON, Lisa: *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, *op. cit.,* p. 15.

[1171] MADRID LIRAS, Santiago: «Por qué un cuarto modelo de mediación. Oportunidades e integración del modelo de mediación *insight*», *op. cit.,* p. 2.

[1172] PARKINSON, Lisa: *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, *op. cit.,* p. 15.

[1173] MUÑOZ HERNÁN, Yolanda y María Eugenia RAMOS PÉREZ: *Mediación. Escuelas, herramientas, técnicas*, *op. cit.,* p. 39.

[1174] GIMÉNEZ ROMERO, Carlos: «Modelos de Mediación y su aplicación en mediación intercultural», *op. cit.,* pp. 63-64.

[1175] FOLBERG, Jay y Alison TAYLOR: *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, *op. cit.,* p. 44.

[1176] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 46.

Este enfoque, o como lo denominan Baruch Bush y Joseph Folger «historia de la satisfacción», subraya la capacidad de la mediación para reformular conflictos en problemas multilaterales y para hallar soluciones óptimas, como medio para lograr la satisfacción de las necesidades de las partes[1177]. Para Moore la mediación es una extensión del proceso de negociación, en cuanto implica un formato nuevo, más allá del regateo, y emplea a un mediador que aporta variables y dinámicas nuevas a la interacción de los litigantes. En este sentido, «la mediación es esencialmente la negociación que incluye a un tercero que conoce los procedimientos eficaces de negociación, y puede ayudar a la gente en conflicto a coordinar sus actividades y ser más eficaz en su pugna». Tal es así que afirma que, sin negociación, no puede haber mediación[1178].

Una de las premisas significativas que aporta este modelo de Harvard al proceso de mediación es la separación de las personas y los problemas, así como la asociación de los intereses de las partes con sus necesidades[1179]. La característica principal que define a este modelo es el acuerdo al que pueden llegar las partes para poner fin a su disputa[1180].

3.1.1. El desafío de la cooperación y el tercer lado

«El camino que lleva del enfrentamiento a la cooperación es la negociación», y esto no significa el fin de la competición, ni la eliminación de las diferencias, sino enfrentarlas de forma constructiva en un ejercicio de solución conjunta de problemas[1181]. La cooperación, en nuestros días, se ha convertido en el modo primordial de abordar el conflicto, del que se pueden distinguir tres significados, fáciles de confundir: (i) los *intereses* o las necesidades y deseos de las personas, (ii) las *posiciones* de cada una de las partes, un choque de exigencias concretas motivadas por los intereses subyacentes, y (iii) la *lucha de poder*, o la contienda que se inicia entre las partes para conseguir sus pretensiones. Ury aclara que el solo hecho de que haya un conflicto de intereses no implica que aparezca un conflicto de posiciones[1182]. La pregunta que se formula Ury es cómo convertir los problemas en conflictos que se van a resolver, resaltando que en estos momentos «más que nunca necesitamos aprender a cooperar», y «en todas partes se siente la imperiosa necesidad de la cooperación»[1183]. La sociedad en general, las organizaciones y las personas se están dando cuenta de que acudir a los tribunales es siempre costoso, y con frecuencia

[1177] BARUCH BUSH, Robert A. y Joseph P. FOLGER: *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, *op. cit.,* p. 56.
[1178] MOORE, Christopher W.: *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, *op. cit.,* p. 44.
[1179] RONDÓN GARCÍA, Luis Miguel (coord.): *Bases para la mediación familiar*, *op. cit.,* p. 177.
[1180] VINYAMATA CAMP, Eduard: *Aprender mediación*, *op. cit.,* p. 16.
[1181] URY, William: *Supere el NO. Cómo negociar con personas que adoptan posiciones inflexibles* (trad. Adriana de Hassan), 2.ª ed. Barcelona (España): Gestión 2000, 2011, pp. 16-17.
[1182] URY, William: *Alcanzar la paz, op. cit.,* p. 64.
[1183] URY, William: *Supere el NO. Cómo negociar con personas que adoptan posiciones inflexibles*, *op. cit.,* p. 16.

inútil, y están recurriendo más bien a métodos alternativos de solución de conflictos como la mediación. La cooperación no significa el fin de la competición, ni eliminar las diferencias de la disputa, sino enfrentarlas de manera constructiva, y así para él, el camino que lleva del enfrentamiento a la cooperación es la negociación[1184]. Y la respuesta que nos ofrece es bien simple, mediante la cooperación. En las negociaciones difíciles, William Ury resalta la importancia de no enfatizar la dificultad en las personas sino en las situaciones; no importa, dice, quién de las partes sea el individuo de personalidad difícil, el reto es transformar un enfrentamiento en un ejercicio de solución conjunta de problemas. En la nueva edición de su libro, *Supere el NO*, el autor advierte a los lectores que un cambio significativo introducido en el texto inicial es el haber sustituido la palabra adversario, que refuerza la idea desaconsejable de ganar/perder, por la de oponente. La solución conjunta de los problemas se centra en los intereses y no en las posiciones de cada una de las partes, lo que implica cambiar el enfrentamiento cara a cara por la resolución del problema hombro a hombro. En el rival ya no se ve a alguien al que hay que derrotar, sino a un oponente, de tal suerte que solo teniendo en consideración sus intereses se podrán satisfacer los propios[1185].

La forma de afrontar nuestras diferencias, sin suprimirlas o sin emplear la fuerza o la coerción, la manera de crear una cultura de coexistencia, y de resolución de conflictos tanto en el ámbito familiar como laboral, y en el mundo, es la cooperación voluntaria, aprendiendo a tomar decisiones compartidas. La confrontación puede evitarse y de nosotros depende la elección de gestionar nuestros conflictos de forma destructiva o constructiva; tenemos la alternativa, asumir el «tercer lado»[1186]. Del «ganar-perder» al «ganar-ganar». El tercer lado es «gente (de la comunidad) que, usando un cierto tipo de poder (el poder de los pares desde una cierta perspectiva, una base común), en respaldo de un determinado proceso (de diálogo y de no-violencia) apuntan a un cierto producto un triple triunfo»[1187]. La mediación permite a los participantes descubrir cuáles son sus necesidades mutuas, ofreciendo un modelo personalizado para conciliar sus desavenencias, y les ayuda a aprender la forma de trabajar juntos, aislar los problemas que requieren decisiones y darse cuenta de que, con cooperación, todos pueden obtener beneficios[1188].

En el Proyecto de Negociación de Harvard se desarrolla una alternativa a la negociación posicional, un método de negociación explícitamente diseñado para conseguir

[1184] URY, William: *Alcanzar la paz*, *op. cit.,* p. 202.
[1185] URY, William: *Supere el NO. Cómo negociar con personas que adoptan posiciones inflexibles*, *op. cit.,* pp. 17 y 24-25.
[1186] URY, William: *Alcanzar la paz*, *op. cit.,* p. 204.
[1187] *Ibid.*, p. 40.
[1188] FOLBERG, Jay y Alison TAYLOR: *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, *op. cit.,* pp. 28-29.

unos resultados acertados de forma eficiente y amigable. Si bein en la negociación posicional puede asumirse una actitud blanda o dura de las partes, en la negociación de Harvard las partes se centran en dar con una solución. Una comparativa de estos dos estilos de negociar, el posicionla con la metodología de Harvard, se recoge en el cuadro que se inserta en el Anexo 6 de la tesis.

3.1.2. Del «ganar-perder» al «ganar-ganar»

«La negociación ha pasado a ser el proceso de toma de decisiones predominante en la democracia, lo mismo en la empresa y en la vida personal»[1189]. Tradicionalmente, el tipo de negociación en cualquier contienda de la vida humana era del tipo «yo gano-tú pierdes» como una forma más de guerra, lo que ha causado destrucción; esto sucede a los dos vecinos que litigan en un juicio, por lo general ambos pierden tiempo y dinero, o cuando se enfrentan sindicatos y empresas, donde los trabajadores pueden perder sus trabajos para siempre. La revolución del conocimiento, comenta Ury, ha acentuado la lógica del «perder-perder» porque la difusión de la información provoca que el poder se equipare, y resulte más complicado ganar una disputa de manera decisiva y permanente; pero, de igual manera, esta misma revolución del conocimiento posibilita ofrecer soluciones nuevas a viejos conflictos, donde todos ganan. Se pasa entonces del «ganar-perder» al «ganar-ganar», a otro tipo de negociación, colaborativa y constructiva del conflicto, donde las partes no conseguirán todo lo que quieren sino que cada una obtendrá más beneficios de lo que probablemente conseguiría enfrentándose a la otra parte, y además significa que las necesidades humanas básicas de cada una quedarán satisfechas[1190]. Como si fueran dos náufragos, las partes de un conflicto pueden considerarse inicialmente como adversarios, sin embargo, para sobrevivir han de separar las personas del problema, identificando las necesidades de cada uno, como un problema compartido, enfrentándose de forma conjunta, lado a lado y no de frente[1191]. La actitud de las partes basada en los intereses es resolutiva, orientada al arreglo de los problemas, siendo la meta de la negociación encontrar una solución satisfactoria para las partes, donde el resultado final sea «ganar-ganar»[1192].

3.1.3. Metodología de la escuela de negociación de Harvard: los siete elementos

La metodología del Proyecto de Negociación de Harvard utiliza siete elementos que simplifican la complejidad de una negociación, crean un círculo de valor y funcionan como indicadores de éxito. Si los sintetizamos al máximo podemos decir que tendremos una

[1189] URY, William: *Alcanzar la paz*, *op. cit.,* p. 120.
[1190] *Ibid.*, pp. 104 y 106.
[1191] *Ibid*., pp. 57-58.
[1192] MOORE, Christopher W.: *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, *op. cit.,* p. 77.

buena negociación: 1) si somos incondicionalmente constructivos en la *relación* de trabajo con la otra parte, 2 y 3) si promovemos una *comunicación* eficiente y clara donde se busca maximizar los *intereses* debajo de las posiciones planteadas, 4) si se genera una gran variedad de *opciones*, 5) si se utilizan *criterios de legitimidad*, 6) si se considera cuáles son las *alternativas* o posibilidades de retirarse de la negociación que tiene cada una de las partes si no se alcanza el acuerdo MAPAN (mejor alternativa posible a un acuerdo negociado), y 7) si se atiende al *compromiso*[1193].

Los siete elementos que conforman el modelo de Harvard se detallan en el cuadro que se inserta en el Anexo 7 de la tesis.

Los explicamos a continuación:

a) La relación. «La negociación posicional pone en conflicto la relación y la esencia»[1194]. La mayoría de las negociaciones tiene lugar dentro del contexto de una relación existente, resultando que, de hecho, en la mayoría de conflictos con los clientes, entre socios, miembros de una misma familia, funcionarios gubernamentales, o naciones extranjeras, «esa relación existente es mucho más importante que el resultado de cualquier negociación especial». La relación que se mantiene con la otra parte en una negociación tiende a entremezclarse con las discusiones sobre la esencia, tratando con toda probabilidad a los demás y al problema como una misma cosa. Se mezclan los temas psicológicos con los temas esenciales, lo que provoca que se obtengan deducciones sin fundamento de los comentarios que se emiten sobre lo esencial, y se consideren hechos probados las intenciones y actitudes de quienes los realizan. La percepción juega un papel decisivo, el conflicto no reside en la realidad objetiva, sino en la mente de las personas, las diferencias entre las partes provienen de las diferencias de sus pensamientos; es la realidad, según es percibida por cada parte, la que constituye el problema en la negociación y a la vez la que facilita la apertura hacia la solución[1195]. Para que así sea, esta metodología aconseja en relación a las percepciones: (i) ponerse en el lugar del otro, con el fin de poder observar la situación de la misma forma que la ve la otra parte, bajo la premisa de que comprender su punto de vista no es lo mismo que estar de acuerdo; (ii) no culpar o hacer responsable del propio problema a la otra parte; (iii) discutir las percepciones opuestas para convertirlas en explícitas y comentarlas de una forma honesta y franca; (iv) buscar oportunidades de actuación que estén en desacuerdo con las percepciones del otro, para así alterarlas; y (v) involucrar a la otra parte haciéndola

[1193] ROSA RODRÍGUEZ, María de las Mercedes: «¿Cómo se mide el éxito en la negociación?», *Diario Jurídico* [en línea]. Disponible en: <https://www.diariojuridico.com/como-se-mide-el-exito-en-la-negociacion>.
[1194] URY, William; Roger FISHER y Bruce PATTON: *Obtenga el sí: el arte de negociar sin ceder*. Barcelona (España): Gestión 2000, 2011, p. 39.
[1195] *Ibid.*, pp. 40-41.

partícipe del proceso desde una fase temprana, el acuerdo será más fácil si las partes se sienten propietarias de las ideas[1196]. En cuanto a las emociones, en una negociación los sentimientos de ira, miedo, pueden significar más que las conversaciones, y predisponer a las partes hacia la confrontación y el bloqueo en lugar de hacia la cooperación, por lo que la primera actuación será (i) reconocer y comprender las emociones de los demás y las propias, (ii) manifestar las emociones de forma explícita y reconocerlas como legítimas, (iii) permitir, mediante la escucha callada, que la otra parte pueda desahogarse como una manera de liberarse de los sentimientos de frustración o ira, y facilitar así un habla más racional, y (iv) evitar las reacciones ante explosiones emocionales, si estas pueden dar lugar a disputas violentas[1197].

La relación con la otra parte se construye sobre una base de confianza, como una relación de trabajo, al mismo tiempo personal y organizativa, donde se enfrentan al problema, no a ellas mismas; cada parte tiende a ponerse a la defensiva y a ser reactiva a los intereses legítimos de la contraria, y sin embargo existe una forma de relación, de considerarse a sí mismas más eficaz[1198], es la de ser «socios o compañeros en una búsqueda conjunta, nada sentimental, sino realista, de un acuerdo equitativo y justo que sea ventajoso para ambos»[1199].

b) Comunicación. «La negociación es un proceso de comunicación de ida y vuelta, con el propósito de alcanzar una decisión conjunta»[1200]. No existe negociación sin comunicación, y esta puede presentar tres grandes problemas: el primero es la ausencia de comunicación o, si la hay, que las partes no se entiendan; el segundo, no prestar atención a lo que dice la otra parte, falta de escucha; y el tercer problema son las malas interpretaciones. Para lo cual se recomienda: (i) la escucha activa y el reconocimiento de lo que se ha dicho al objeto de comprender sus percepciones, necesidades y limitaciones; (ii) hablar para obtener comprensión, teniendo en cuenta que una negociación no es un debate, o un juicio, sino más bien una conversación entre dos jueces intentando ponerse de acuerdo sobre una sentencia; (iii) hablar sobre uno mismo y el impacto que algunos hechos le han causado, sin explicar o condenar las motivaciones e intenciones de la otra parte; manifestar lo que uno siente es difícil de cuestionar.

c) Intereses. «El problema básico de una negociación no reside en las posiciones en conflicto, sino en el conflicto entre las necesidades, los deseos, las preocupaciones y los miedos de cada lado»[1201]. Conciliar intereses, que son los motivos que llevan a una

[1196] *Ibid.*, pp. 41-48.
[1197] *Idem*.
[1198] *Ibid.*, pp. 55-57.
[1199] *Idem*.
[1200] *Ibid.*, p. 51.
[1201] *Ibid.*, p. 59.

persona a adoptar una posición, funciona por dos motivos: porque para cada interés suelen existir varias posibilidades para satisfacerlos, posiciones alternativas, y porque detrás de posturas opuestas y enfrentadas existen muchos más intereses subyacentes de los que se hallan en conflicto, algunos son compartidos y compatibles y otros enfrentados[1202]. «El propósito de la negociación es servir a sus intereses»[1203]. Los intereses son las condiciones específicas (o ventajas) que una parte debe obtener para lograr un arreglo aceptable, y obedecen a tres grandes grupos: (i) los fundamentales, se refieren a las necesidades de una persona en relación a ciertos objetos tangibles, como son el dinero, el tiempo, y representan generalmente el punto en el que se concentra la discusión entre las partes que están negociando; (ii) de procedimiento, que son las preferencias sobre el modo de tratar las diferencias y la forma en la que se obtiene el resultado de la negociación; y (iii) psicológicos, son las necesidades emocionales y de relación que un negociador experimenta durante las negociaciones y como resultado de las mismas; las partes desean su propia autoestima, el ser respetadas por las otras partes, sobre todo en orden a mantener una comunicación futura[1204].

d) Opciones. «Una sesión de negociación está pensada para producir tantas ideas como sea posible, para resolver el problema que se tiene entre las manos»[1205]. A menudo se negocia en una sola dimensión, sin generar múltiples opciones realistas en beneficio mutuo de las partes. En la mayoría de las negociaciones existen cuatro impedimentos que dificultan la invención de opciones abundantes: (i) el juicio prematuro, un sentido crítico agudo que se anticipa y desbarata cualquier nueva idea que se piensa; (ii) la búsqueda de una única y mejor respuesta; (iii) la presunción de que el pastel es de un tamaño fijo: «cuanto menos haya para ti, más habrá para mí»; y (iv) pensar que la «solución de su problema es su problema», es un obstáculo para la invención de opciones, pues conduce a desarrollar únicamente posturas partidistas y soluciones unilaterales; se tiene la falsa creencia de que conceder cualquier legitimidad a los puntos de vista de la otra parte es una deslealtad consigo mismo. Lo primero es inventar esas opciones, separando el acto crítico del creativo, el siguiente paso será decidir[1206].

e) Criterios objetivos. «La negociación basada en principios alcanza acuerdos juiciosos, de forma amistosa y eficaz»[1207]. La solución de las diferencias de interés no puede realizarse sobre la base de la voluntad de cualquiera de las partes, requiere de una

[1202] *Ibid.*, p. 61.
[1203] *Ibid.*, p. 69.
[1204] MOORE, Christopher W.: *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, *op. cit.,* pp. 77-78.
[1205] URY, William; Roger FISHER y Bruce PATTON: *Obtenga el sí: el arte de negociar sin ceder*, *op. cit.,* p. 79.
[1206] *Ibid.*, pp. 75-79.
[1207] *Ibid.*, p. 103.

negociación fundada en principios, en unos criterios o procedimientos objetivos, que además de ser independientes de la voluntad de aquellas, sean legítimos y prácticos. Estos criterios objetivos deben ser justos e imparciales, pues sirven de base para proponer acuerdos, y van desde el valor del mercado, un precedente, un juicio científico, lo que el tribunal decidiría, criterios morales, reciprocidad, etc. Proponer acuerdos sobre la base de criterios objetivos no significa que la negociación se centre únicamente en los criterios que presenta una de las partes, pues una norma de legitimidad no excluye la existencia de otras; lo que una parte considera que es justo puede que no lo sea para la otra parte[1208].

f) MAPAN (mejor alternativa posible a un acuerdo negociado), en terminología inglesa, BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*). «Ningún método puede garantizar el éxito si toda la influencia y poder están en manos de la otra parte»[1209]. Como respuesta ante esa situación de poder, el método de negociación se plantea dos objetivos: el primero, impedir que cualquiera de las partes acepte un acuerdo que debería rehusar, y el segundo, ayudar a obtener el mayor beneficio posible. La razón de acudir a una negociación es porque de ella se espera obtener un resultado mejor de lo que se pudiera conseguir sin negociar. Cuáles son esos resultados o alternativas no lo indica el MAPAN, un criterio que sirve para medir si una propuesta de acuerdo conviene o no aceptarla. Cuanto mejor sea el MAPAN mayor es el poder negociador de esa parte. El MAPAN es «el único criterio que puede proteger a las partes tanto de aceptar términos que son demasiado poco favorables como de rechazar términos que sería beneficioso aceptar para los intereses»[1210]. No solo es útil porque muestra un acuerdo mínimamente aceptable, o cuál puede ser una alternativa mejor, sino que, por su flexibilidad, permitirá explorar otras soluciones, y probablemente elevarán ese mínimo[1211].

g) El compromiso. El mediador debe creer que existe en las partes un compromiso común doble, por una parte, con el proceso de negociación como medio para resolver sus diferencias, y, por otra parte, con él mismo, como colaborador a su favor en este empeño. Este compromiso puede ser asimilable al que se ha denominado contrato psicológico, «consiste en los términos y las expectativas de la relación entre el mediador y el litigante, por ejemplo, la franqueza, la sinceridad y el compromiso con el acuerdo»[1212]. Las partes formalizarán su compromiso en la forma de acuerdos. En el proceso de negociación, al estar orientado hacia la consecución del compromiso, el mediador obtendrá un acuerdo inicial que le permitirá hablar con una o más partes a solas o en reuniones conjuntas informales. En estas conversaciones las partes y el mediador irán descubriendo intereses

[1208] *Ibid.*, p. 101-110.
[1209] *Ibid.*, p. 119.
[1210] *Ibid.*, p. 122.
[1211] *Ibid.*, p. 129.
[1212] MOORE, Christopher W.: *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, *op. cit.,* p. 104.

comunes para reforzar la promoción de sus relaciones y obtener más adelante acuerdos sustanciales[1213].

3.2. El modelo transformativo

El modelo transformativo lo desarrollaron Robert Baruch Bush y Joseph Folger como un acercamiento teórico y filosófico al proceso de mediación; se centra en la creencia de que las partes en conflicto son las más indicadas para decidir cómo resolver su disputa, habilitándolas para ello a expresarse con eficacia, y animándolas a entender el porqué del comportamiento de la otra parte[1214]. Este nuevo enfoque transformativo incide más que las propuestas iniciales de Harvard en toda la elevada carga emocional que está presente en el conflicto, por lo que trasciende el enfrentamiento de intereses entre las partes, y se centra en cómo el propio conflicto causa en los protagonistas un estado emocional de debilidad y ensimismamiento que provoca a su vez que se refuerce una interacción donde cada uno de ellos se repliega en sí mismo, cerrándose al otro[1215].

3.2.1. ¿Cómo surge el enfoque transformativo?

La mediación transformativa nace como respuesta a tres preocupaciones que surgen acerca del rumbo y la evolución de la práctica de la mediación en Estados Unidos y en otros lugares. Conforme se expandía el ejercicio de la mediación, en los años ochenta y noventa del siglo pasado, se fue constatando como los mediadores, al intervenir en conflictos, lo hacían de una manera muy crítica y altamente directiva, asemejándose con ello a los otros métodos de resolución de conflictos (juicios, actos de conciliación, arbitraje) que se proponía reemplazar. Cuando la mediación los replica o intenta lograr similares objetivos que los perseguidos por esos procesos de intervención en conflictos, se pierde o transforma su potencial único[1216].

La primera de las preocupaciones se centraba en cómo los mediadores estaban ejerciendo de forma directiva la mediación, motivo que impulsó la necesidad de buscar un nuevo enfoque enfatizando la autodeterminación de las partes, en su capacidad de resolver sus propios problemas y de avanzar hacia la comprensión de las perspectivas de la otra. De igual manera, la mediación transformativa sale al paso de la necesidad imperiosa de clarificar el objetivo implícito de la práctica de la mediación. Y la tercera preocupación que asumió la mediación transformativa fue la necesidad de definir y preservar la

[1213] *Ibid.*, p. 105.
[1214] WHATLING, Tony: *Mediación: habilidades y estrategias, guía práctica*, *op. cit.,* p. 26.
[1215] MADRID LIRAS, Santiago: «Por qué un cuarto modelo de mediación. Oportunidades e integración del modelo de mediación *insight*», *op. cit.,* p. 4.
[1216] FOLGER, Joseph P.: «La mediación transformativa: preservación del potencial único de la mediación en situación de disputas», *op. cit.,* pp. 6-9.

capacidad propia del proceso de mediación en sí mismo, respondiendo a la pregunta, «¿ofrece realmente la práctica de la mediación un proceso alternativo de intervención en conflictos?»[1217]. La mediación transformativa pretende cambiar el conflicto o a las partes, modificando la percepción de cada uno y de su lugar en el mundo a través de un doble proceso, de capacitación de las partes y de reconocimiento mutuo[1218].

3.2.2. El conflicto

De igual manera que el conflicto y la violencia conformaron la necesidad de los estudios generales sobre la paz, también, como señala María Dolores Pérez Jaraba, con la aparición de la mediación, el análisis y desarrollo de la teoría del conflicto es una premisa básica para su comprensión[1219].

El conflicto, en cualquier otro tipo de situación, tiene el poder de afectar a la experiencia que tenemos de nosotros y de los demás[1220]. Baruch Bush y Folger conceptualizan el conflicto como una oportunidad de crecimiento moral para la persona, expresada en el proceso de mediación mediante el fortalecimiento del yo y la superación de los límites para relacionarnos con los otros[1221].

El conflicto provoca en las personas que lo padecen un sentido de la propia debilidad e incapacidad; el conflicto acarrea en las personas un cambio respecto de la situación anterior, y así, donde en la situación previa las partes experimentaban su propia eficacia, ahora sienten una pérdida de control de la situación, acompañada de confusión, duda, incertidumbre e indecisión. Surge un sentido general de «debilidad» como respuesta humana muy natural al conflicto, de la que prácticamente nadie está a salvo, con independencia de la «posición de poder» inicial. Al mismo tiempo, el conflicto causa en las partes un sentido de «ensimismamiento», también respecto de la situación anterior, donde cada una de las partes se centra más en sí misma, se protege más, sospecha más, es más hostil, cerrada e impermeable a la perspectiva de la otra persona[1222].

La teoría transformativa denomina «degradación de las interacciones» a la situación a la que llegan las partes cuando el conflicto se escala, como consecuencia de cómo se producen las experiencias de debilidad y ensimismamiento, pues estas no se dan

[1217] *Ibid.*, pp. 7-8.
[1218] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 95.
[1219] PÉREZ JARABA, María Dolores: *Teorías de la mediación y derechos fundamentales.* Madrid: Dykinson, 2020, p. 53.
[1220] BARUCH BUSH, Robert A. y Sally GANONG POPE: «La mediación transformativa: un cambio en la calidad de la interacción de los conflictos familiares», *op. cit.,* pp. 18-19.
[1221] GIMÉNEZ ROMERO, Carlos: «Modelos de Mediación y su aplicación en mediación intercultural», *op. cit.,* p. 74.
[1222] BARUCH BUSH, Robert A. y Sally GANONG POPE: «La mediación transformativa: un cambio en la calidad de la interacción de los conflictos familiares», *op. cit.,* pp. 18-19.

de forma unilateral, sino que se refuerzan mutuamente en un mecanismo de *feedback*; se crea un círculo vicioso de desvalorización y demonización que los expertos como Rubin, Pruitt y Kim llaman «escalada del conflicto». La «degradación de las interacciones» sigue la siguiente dinámica: cuanto más débil se siente una parte, más hostil y cerrada se comporta en la relación con la otra persona, y a su vez, cuanto más se mantiene una actitud hostil con el otro, más reaccionará la otra persona en su contra; cuanto más débil se siente la persona, más hostil y cerrada se dispone la otra, y así sucesivamente[1223].

La interacción entre las personas no termina cuando comienza el conflicto, sino que degenera hasta el extremo de la alienación y destrucción mutua, en lo que se denomina «escalada del conflicto» o «degradación en espiral»[1224]. En los conflictos familiares, el valor primordial que la mediación aporta a las partes para resolver sus problemas va más allá de la dimensión de ayudarles a ponerse de acuerdo, y en el modelo transformativo consiste en revertir esta espiral descendente, y regenerar la interacción; la ayuda que buscan las partes en conflictos familiares, y seguramente en todos los conflictos, implica ayudarlas a salir del círculo vicioso de desvalorización y falta de respeto, porque sin cambiar este círculo, ellas son incapaces de trascender la interacción negativa[1225]. En la orientación transformadora, la respuesta ideal a un conflicto no consiste en resolver «el problema» sino en *ayudar a transformar* a los individuos comprometidos, en dos dimensiones del crecimiento moral: (i) el fortalecimiento del yo, y (ii) la superación de sus límites para relacionarse con los otros. El conflicto ofrece a las personas la oportunidad de desarrollar la autodeterminación y la confianza en las propias fuerzas, así como la ocasión de demostrar respeto y consideración mutuos, representando la mediación un modo de aprovechar cabalmente esas oportunidades[1226].

3.2.3. Objetivos y método

El término «transformación» se refiere a la transformación de la interacción destructiva de las partes en conflicto[1227]. La esencia del proceso de mediación es dar apoyo a la transformación del conflicto[1228]. El objetivo de la mediación en el modelo transformativo es «apoyar y facilitar el esfuerzo de las partes para cambiar su interacción en los conflictos

[1223] ANTES, James R.; Joseph P. FOLGER y Dorothy J. DELLA NOCE: «Transformar interacciones conflictivas en entornos laborales: efectos documentados del programa Redresstm del UPS», *Revista de Mediación*, vol. 1, núm. 2 (2008), p. 19.
[1224] *Idem*.
[1225] *Idem*.
[1226] BARUCH BUSH, Robert A. y Joseph P. FOLGER: *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, *op. cit.,* pp. 129-131.
[1227] FOLGER, Joseph P.: «La mediación transformativa: preservación del potencial único de la mediación en situación de disputas», *op. cit.,* p. 9.
[1228] ANTES, James R.; Joseph P. FOLGER y Dorothy J. DELLA NOCE: «Transformar interacciones conflictivas en entornos laborales: efectos documentados del programa Redresstm del UPS», *op. cit.,* p. 22.

mediante las oportunidades de revalorización y reconocimiento que surgen a medida que se despliega el conflicto»[1229]. La orientación transformativa se centra «en el valor de los cambios constructivos de la interacción en conflictos que tienen las partes, independientemente de que se llegue o no a un acuerdo»[1230]. La práctica transformativa hace claramente hincapié en los procesos de revalorización y reconocimiento como objetivos primordiales de la mediación[1231]. Uno de los pilares de la mediación transformativa es la revalorización, que implica devolver a las partes cierto sentido de su propio valor, de su fuerza emotiva y de su propia capacidad para afrontar los problemas de la vida[1232]. La intervención en un conflicto será útil para las partes solo si aborda directamente la crisis de interacción en sí misma, sin centrarse solo en la resolución de los problemas que las enfrentan, o en la satisfacción de sus necesidades e intereses[1233].

Revalorización y reconocimiento.- Conforme a la teoría relacional de la naturaleza humana, las personas cuentan con un potencial positivo, disponen de unas capacidades inherentes de fortaleza y de respuesta, así como de una resiliencia que les permite, en situaciones de conflicto, superar la debilidad y la reclusión sobre sí mismas[1234]. Cuando las personas tienen activadas estas capacidades, la espiral del conflicto se puede revertir y la interacción entre ellas se regenera a una relación constructiva, humanizante, de conexión; el conflicto no es estático, sino dinámico, y las partes cambian, dando paso a la situación de fortaleza, y a darse respuestas mutuamente, dejando atrás la debilidad y el ensimismamiento; cuanto más fuerte se encuentre la persona, más abierta se mostrará hacia el otro, produciéndose un efecto de *feedback*; cuanto más fuerte esté una de las dos partes hacia la otra, más lo estará esta, y, a su vez, cuanto más fuerte esté esta otra más lo estará aquella; la apertura exije y crea un sentido de fortaleza y de magnanimidad; se produce un movimiento circular entre la fortaleza y la actitud de respuesta hacia el otro, a modo de círculo virtuoso, que transforma el conflicto[1235]. En el modelo transformativo, estos cambios de revalorización y reconocimiento que logran las partes por sí mismas, que son altamente posibles, sin importar además lo pequeñas y aparentemente insignificantes que puedan ser, proporcionan el «valor añadido» que los mediadores aportan en la

[1229] *Ibid.*, p. 30.
[1230] *Ibid.*, p. 42.
[1231] *Ibid.*, p. 44.
[1232] CASTRILLÓN GARCÍA, Eddison David: «Poder y empoderamiento de las partes en la mediación de conflictos familiares como estrategia de formación ciudadana», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 47, núm. 127 (2017), p. 484.
[1233] BARUCH BUSH, Robert A. y Sally GANONG POPE: «La mediación transformativa: un cambio en la calidad de la interacción de los conflictos familiares», *op. cit.,* p. 18.
[1234] *Ibid.*, p. 20.
[1235] *Ibid.*, pp. 20-21.

mediación[1236]. Comenta Sara Cobb que la mediación transformadora dirige la atención a la voz de las partes y se centra en la relación entre ellas, aunque no defiende la modificación del contenido de la narrativa; si bien reconoce la eficacia verdadera de este proceso, se muestra escéptica en el análisis del conflicto, pues defiende que existen más procesos en juego que los puramente psicológicos de la empatía y el reconocimiento, ilustrando como ejemplo la escucha reflexiva, capaz de generar las condiciones del habla donde las partes están en condiciones de tomar su propia voz como objeto, convirtiendo a las partes en sujetos hablantes, condición previa para la transformación de las relaciones. No es la empatía la que prepara el contexto para una transformación de la relación, dice Cobb, sino el regreso de la voz misma; el hablante se experimenta, asimismo, como sujeto hablante, lo cual permite que se transforme la relación con el otro[1237].

La función del mediador en el enfoque transformativo es apoyar proactivamente cambios en la interacción de las partes, basados en una mayor comprensión de cada una respecto de la otra y de los problemas que han surgido entre ellas[1238]. Su papel es ayudar a las partes a que ellas sean capaces de encontrar un equilibrio entre la fortaleza y claridad individual (revalorización) y la conexión social (reconocimiento); si, por el contrario, el mediador es directivo y controlador sobre los temas sustantivos y sobre la expresividad emocional de las partes, provoca que la meta de la práctica transformativa sea inalcanzable[1239]. «La emocionalidad es parte de la experiencia del conflicto y el instrumento a través del cual las partes se expresan»[1240]. En el modelo de práctica transformativa no hay fases preestablecidas que los mediadores usan como mapa o guía del proceso que se está desarrollando, pues implica posicionarse en una función de «conducir» a las partes en ese proceso[1241]. Baruch Bush y Folger, en el modelo de resolución de conflictos transformador, promovieron una teoría conforme a la cual el mediador, a través de la escucha reflexiva, le repite a un hablante lo que dijo mediante paráfrasis, y ellos creen que este proceso genera las condiciones para que los hablantes sientan que las terceras partes demuestran empatía, y entonces están en una posición de reconocer las necesidades del otro[1242].

[1236] *Ibid.*, p. 21.
[1237] COBB, Sara: *Hablando de violencia: la política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*. Barcelona (España): Gedisa, 2016, pp. 255-256.
[1238] FOLGER, Joseph P.: «La mediación transformativa: preservación del potencial único de la mediación en situación de disputas», *op. cit.,* p. 9.
[1239] *Ibid.*, pp. 9-10.
[1240] *Ibid.*, p. 12.
[1241] *Ibid.*, pp. 10-11.
[1242] COBB, Sara: *Hablando de violencia: la política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, *op. cit.,* p. 255.

Los objetivos primordiales del mediador son: (1) fomentar cambios de revalorización, apoyando —nunca suplantando— la deliberación y la toma de decisiones de cada una de las partes, en aquellos momentos de la sesión en que estas tengan que tomar una decisión (en relación con el proceso o con el resultado); y (2) fomentar el cambio para el reconocimiento, animando y apoyando —pero nunca forzando— el esfuerzo hecho personalmente por cada una de las partes para entender mejor la perspectiva del otro (las prácticas específicas relacionadas con estos objetivos se indicarán más adelante).

El papel del mediador es ayudar a que las partes lleven a cabo cambios positivos en su interacción (cambios de revalorización y reconocimiento) apoyándolas para que ejerciten sus capacidades de fortaleza y respuesta mediante la deliberación, la toma de perspectiva, la comunicación y las decisiones.

El modelo transformativo defiende que el conflicto expresa un patrón de relación que mantienen las partes involucradas, está instalado y alimentado por la forma en la que se vinculan. Esta estrategia no se centra en lograr un acuerdo determinado que dé solución a la disputa, sino más bien en la mejora o transformación de las relaciones humanas; el acuerdo no es un objetivo inmediato, sino que es la consecuencia de la transformación de las relaciones humanas[1243].

El rol que asumen las partes en la mediación está dirigido a buscar la transformación adecuada y positiva de su relación, y en consecuencia, la transformación misma del conflicto, de tal manera que, si con posterioridad a la mediación se alcanza una solución a sus controversias, esta será una consecuencia de la transformación en las relaciones, de la apertura de los canales de comunicación entre las partes, y en última instancia, de la transformación del conflicto propiamente dicho[1244].

El programa REDRESS del USPS (Servicio Postal de Estados Unidos), puesto en marcha desde 1998, y en el que participaron directivos y empleados, adoptó explícitamente el modelo de mediación transformativa porque buscaba asegurarse que la mediación proporcionara una verdadera alternativa a formas más directivas y confrontativas de intervención en conflictos que no fomentan los cambios potenciales que pueden darse en las relaciones entre los empleados[1245].

[1243] LIPSKY, Jonatan: «Diálogo intercultural en Israel elementos de la mediación transformativa», *Política y sociedad*, vol. 50, núm. 1 (2013), p. 27.
[1244] CASTRILLÓN GARCÍA, Eddison David: «Poder y empoderamiento de las partes en la mediación de conflictos familiares como estrategia de formación ciudadana», *op. cit.,* p. 483.
[1245] ANTES, James R.; Joseph P. FOLGER y Dorothy J. DELLA NOCE: «Transformar interacciones conflictivas en entornos laborales: efectos documentados del programa Redresstm del UPS», *op. cit.,* p. 44.

3.3. El modelo circular-narrativo

3.3.1. Objetivos y método

El modelo circular-narrativo está representado por autores como Rifkin, Sara Cobb, Winslade y Monk, White y Suares[1246]. El modelo circular-narrativo se fundamenta en los siguientes componentes teóricos: (i) en primer lugar, en la psicología del yo; en la concreta formulación de Erikson y White, el mediador se propone facilitar el aprendizaje del yo, motivando a la persona para cambiar y liberando las capacidades afectivas y cognitivas que le permiten resolver la dificultad; (ii) en segundo lugar, en la pragmática de la comunicación humana, en la teoría general de sistemas, y en conceptos cibernéticos, donde se sitúa a la persona como miembro interdependiente con los otros miembros de un «sistema»; destacan autores como Bertalanffy, Haley, Russell, Shannon, Von Neumann, Watzlawick o Wiener, por sus aportaciones, entre otros campos, a la comprensión de los procesos de comunicación y del ciclo de vida familiar; (iii) también, en la causalidad circular que enfatiza el «aquí y ahora» frente a la causalidad lineal, donde el análisis se desplaza del pasado hacia el presente, retrocediendo hasta el comienzo de los hechos para comprenderlos, entender la causa de un efecto; la circularidad es el convencimiento de obtener de la familia una auténtica información, que se considera una diferencia, y la diferencia es una relación o cambio en la relación; no existe en los sistemas con circuitos de retroalimentación, como en un círculo, un comienzo ni un fin; y (iv), en último lugar, la construcción de nuevas narrativas que desestabilizan historias que impiden crecer a las personas, y donde el protagonismo reside en la persona y no en el contexto[1247].

Una perspectiva narrativa promueve un objetivo que resulta cambiante a lo largo del tiempo, una historia, más que alcanzar un acuerdo singular. Un mediador narrativo debería conservar en su mente: (i) crear las condiciones relacionales para el crecimiento de una historia alternativa, (ii) construir una historia de relación que es incompatible con el continuo dominio del conflicto, y (iii) abrir espacios para que las personas hagan cambios en el posicionamiento de su discurso[1248].

En este modelo circular-narrativo, se les propone a las partes que cuenten cuál es su conflicto, para, a través de la autodeterminación que guía el proceso de mediación,

[1246] MERINO ORTIZ, Cristina: *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, *op. cit.,* p. 44.
[1247] MUNUERA GÓMEZ, María Pilar: «El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas», *op. cit.,* pp. 86-87.
[1248] WINSLADE, John Maxwell: «Mediation with focus on discursive positioning», *op. cit.,* p. 510.

crear una historia alternativa que las implique por igual, y conseguir así una visión compartida de la controversia[1249].

En la intervención circular-narrativa se valora en mucho la historia que cada una de las personas participantes en la mediación ha construido sobre el conflicto, y se trabaja en la creación de una nueva narrativa, en la construcción de una historia alternativa, que les permitirá ampliar sus visiones desde otra perspectiva, con nuevas aportaciones, favoreciendo con todo ello su autonomía y determinación[1250].

El modelo circular-narrativo favorece la manifestación de las diferencias entre las partes con el fin de legitimar sus discrepancias y que cada una experimente que las demás partes del proceso la legitiman. Merino Ortiz observa en este extremo una distinción fundamental con la escuela de Harvard, que entre sus objetivos persigue minimizar las diferencias, incluso su total desaparición[1251]. El enfoque circular-narrativo se fundamenta en la circularidad entendida como la capacidad de intervenir en las partes a través de la información que se obtiene sobre la relación, o interrelación, lo que favorece una nueva información en términos de diferencia y de cambio[1252].

El modelo de mediación desarrollada por Winslade y Monk procede de su trabajo previo en el campo de la terapia narrativa y se fundamenta en los desarrollos de la teoría social posmoderna y en el movimiento social construccionista de las ciencias sociales y las humanidades[1253]. Estos dos profesores de las universidades de San Diego y San Bernardino, en California, trabajan la metáfora narrativa, que sirve para explicar cómo todas las personas vivimos a través de historias, las generamos para darnos sentido a nosotros mismos y a las circunstancias de nuestras vidas; las historias que contamos acerca de nosotros mismos y las que otras personas cuentan de nosotros conforman la realidad; «las historias no describen simplemente lo que vemos, construyen lo que vemos»[1254]. Se trata de abrir espacios dentro de unas historias que están firmemente urdidas, y una de las tareas principales del mediador consiste en desestabilizar las descripciones totalizantes de un conflicto con el fin de debilitar las rígidas y negativas motivaciones que las partes se atribuyen entre sí[1255]. Desde un enfoque narrativo, el mediador trabajará con los

[1249] MERINO ORTIZ, Cristina: *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, *op. cit.,* p. 43.
[1250] *Ibid.*, p. 44.
[1251] *Idem*.
[1252] MUNUERA GÓMEZ, María Pilar y Salvador GARRIDO SOLER: «Innovación en mediación a través de la intervención narrativa. Desmitificando el principio de neutralidad», *Revista de Mediación*, vol. 8, núm. 1 (2015), p. 31.
[1253] WHATLING, Tony: *Mediación: habilidades y estrategias, guía práctica*, *op. cit.,* p. 27.
[1254] MONK, Gerald y John Maxwell WINSLADE: *Enfoque narrativo en contextos educativos: una propuesta en orientación escolar*. Madrid: Giuntieos Psychometrics, 2011, p. 43.
[1255] WINSLADE, John Maxwell y Gerald MONK: *A new approach to conflict resolution*. San Francisco (Estados Unidos): Jossey-Bass, 2001, p. 43.

participantes para explorar las narrativas que están detrás de su historia de conflicto, para luego identificar y desarrollar historias alternativas, preferidas. De esta manera, la mediación proporciona un espacio interactivo donde aquellas narrativas que no son contradictorias pueden progresar[1256].

Marinés Suares es una de las defensoras emblemáticas del modelo sistémico circular-narrativo, y plantea que el conflicto, como hecho aislado, no debe ser lo primero que se trate en la mediación, aunque sea lo primero que se manifiesta, sino que se debe abordar el proceso conflictivo que lo ha originado, y las circunstancias que han propiciado el bloqueo entre las partes, vetándolas así a resolver la situación controvertida, lo que denomina «empantanamiento»[1257]. Suares clasifica las técnicas de la mediación narrativa en microtécnicas, minitécnicas y macrotécnicas, que se detallan en la tabla del Anexo 9[1258].

3.3.2. El modelo de Sara Cobb

Este modelo se denomina «circular» porque parte de una concepción circular tanto de la comunicación como de la causalidad, y se denomina «narrativo» porque la categoría de narrativa es central tanto desde el punto de vista analítico como propositivo[1259]. El modelo de Sara Cobb está basado en la comunicación circular, procede de diversas áreas de las ciencias sociales, como la teoría de la comunicación humana (Bateson y Watzlawick), la terapia familiar sistémica, la teoría general de los sistemas y el constructivismo social (Kenneth Gergen); se encuentra muy cercano a los procesos terapéuticos[1260]. Para la teoría de sistemas las transacciones son circulares, y forman espirales de intercambio progresivamente más complejas; el sistema emplea toda la información recibida para activar los mecanismos adecuados (homeostáticos) para mantener su estabilidad, y se caracterizan por la capacidad de retroalimentación, positiva o negativa[1261]. Se necesita una teoría de resolución de conflictos, como forma práctica narrativa, «que respalde la inclusión de historias, emociones y valores, y los considere pertinentes para la creación de una transformación narrativa y todo lo que eso permite (como la evolución de las

[1256] WINSLADE, John Maxwell; Gerald MONK y Alison COTTER: «A narrative approach to the practice of mediation», *Negotiation Journal*, vol. 14, núm. 1 (1998), p. 26.
[1257] MERINO ORTIZ, Cristina: *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, *op. cit.,* p. 44.
[1258] SCHNITMAN, Dora Fried: «Perspectiva generativa en la gestión de conflictos sociales», *op. cit.,* p. 44.
[1259] GIMÉNEZ ROMERO, Carlos: «Modelos de Mediación y su aplicación en mediación intercultural», *op. cit.,* p. 95.
[1260] CORSÓN PEREIRA, Francisco y Eva GUTIÉRREZ HERNANZ: *Mediación y teoría*, *op. cit.,* p. 43.
[1261] MUNUERA GÓMEZ, María Pilar y Salvador GARRIDO SOLER: «Innovación en mediación a través de la intervención narrativa. Desmitificando el principio de neutralidad», *op. cit.,* p. 26.

relaciones entre las partes), restaure la experiencia de hablar y ser escuchados y pueda ofrecer acuerdos sostenibles»[1262].

Munuera Muñoz explica como el modelo circular-narrativo de Sara Cobb, referente téorico de esta escuela de mediación, valora la construcción de las narrativas que cada parte en la mediación ha realizado con base en tres criterios: (i) la coherencia de las narrativas, (ii) el cierre narrativo, y (iii) la interdependencia narrativa[1263]. En relación a la coherencia narrativa, como «la unidad presentada de las relaciones establecidas entre las partes», es considerada como el diseño previo y minucioso que cada parte elabora, a modo de imagen final de un puzle, que refleja la coherencia de las relaciones (infelicidad o culpabilidad del contrario). Los elementos que componen la *coherencia relacional* son las tramas (secuencia de hechos razonados con una lógica causal lineal), los roles de cada uno de los personajes (agresor/víctima), los temas y valores del conflicto, y la conexión con historias o narraciones que se mantienen latentes, al no estar resueltas. El segundo criterio es el *cierre narrativo* compuesto por dos factores, la plenitud de la narrativa y resonancia cultural. La persona que ha construido una historia donde su participación ha sido de no-protagonismo, responsabilizando al contexto y a las otras personas de lo que le sucede, ahora construirá una nueva historia de protagonismo que dependerá del cierre realizado. El tercer criterio, la *interdependencia narrativa*, funciona como «teoría de la responsabilidad», que justifica de forma racional la «narrativa construida», donde se responsabiliza al otro u otros como responsables, las partes se deslegitiman y quedan deslegitimadas, al crear relaciones de interdependencia y de confrontación cargadas de mutua culpa. El mediador, con su intervención, procurará modificar esas historias o narrativas construidas para elaborar historias de la mejor manera posible o historias de cada parte, que creen una nueva realidad que libere a las personas[1264].

3.3.2.1. La narrativa de conflictos como estructura

«Yo afirmaría que la transformación del conflicto, si no la resolución, depende de la evolución de la narrativa»[1265]. Para el enfoque narrativo, «la entidad que se asume como causa primera del conflicto, y que constituye la referencia constante para conducir un proceso de mediación, es la narración»; este constituye el objeto del proceso de mediación, es el eje sobre el que pivota esta metodología y el desarrollo teórico de este

[1262] COBB, Sara: *Hablando de violencia: la política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, *op. cit.,* p. 115.
[1263] MUNUERA GÓMEZ, María Pilar: «El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas», *op. cit.,* pp. 88-89.
[1264] *Ibid.*, p. 88.
[1265] COBB, Sara: *Hablando de violencia: la política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, *op. cit.,* p. 322.

modelo[1266]. Explica Marinés Suares que los conflictos o problemas tienen la estructura de las narrativas[1267]. Una parte de los conocimientos sobre estructura narrativa se los debemos a Aristóteles, quien, en la *Poética*, describe que una buena narrativa cuenta con un planteamiento, nudo y desenlace; su objetivo es despertar miedo y compasión, y la característica principal consiste en la trama[1268]. En una comparativa con la teoría crítica literaria moderna, Aristóteles se centra en un tipo de drama, la tragedia griega, y repetidamente enfatiza la importancia de la trama como «la composición de los hechos», como si fuera el alma de la tragedia, por lo que presta poca atención, por ejemplo, a las ideas psicológicas, políticas, sociales o religiosas que pueden estar contenidas en ella, sin distinguir con ello las relaciones que surgen de la trama y del significado que las personas confieren a los sucesos[1269]. Desde este punto de vista, Aristóteles destaca la «forma» de la narrativa (descripción formal de la acción y de las relaciones que conectan los eventos) frente a las «dinámicas asociadas» a la compasión y miedo que pretende promover[1270]. La teoría de la narrativa comienza con una distinción ternaria dentro del discurso narrativo, y en su obra *Figuras III* el teórico francés Gerard Genette propone distinguir estos tres planos distintos: la historia, el relato y la narración, donde la historia son los acontecimientos desarrollados o el contenido que se cuenta, el relato es el producto de esa acción, susceptible, en teoría o en la práctica, de sobrevivir como texto escrito, grabación, recuerdo humano, o manifestación discursiva (es el discurso pronunciado), y la narración es la situación en la que se profiere, o la acción de narrar, que incluiría a las otras dos. La historia, según Genette, se expone en un relato concreto, a partir de la enunciación de la narrativa[1271]. Para este mismo autor el término relato se emplea para designar demasiadas cosas, por eso diferencia los tres ámbitos, que se hacen más nítidos si los referimos en relación al tiempo: la historia sigue el orden real de las cosas, el tiempo del relato sigue el orden del autor y el tiempo de la narración es diferente cada vez que se narra o lee[1272].

[1266] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 185.
[1267] SUARES, Marines: *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, *op. cit.,* p. 21.
[1268] COBB, Sara: *Hablando de violencia: la política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, *op. cit.,* p. 76
[1269] BELFIORE, Elisabeth: «Narratological plot's and Aristotels's mythos», *Arethusa,* vol. 33 (2000), pp. 41-42.
[1270] COBB, Sara: *Hablando de violencia: la política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, *op. cit.,* pp. 76-77.
[1271] VALLES CALATRAVA, José R.: «Hacia una nueva propuesta teórica de sistematización de los estratos del texto narrativo. Fábula, trama y relato como planos funcional, actuacional y discursivo», *Revista de Literatura*, vol. 78, núm. 156 (2016), p. 351.
[1272] MAYNARD, Douglas W.: «Narratives and narrative structure in plea bargaining», *Law & Society Review*, vol. 22, núm. 3 (1988), p. 474.

Más adelante, Gustav Freytag adopta y desarrolla la perspectiva de George W. Hegel, para quien la narrativa es la «batalla de los opuestos», un planteamiento desde un punto de vista más social y dinámico, centrado en la dimensión humana, en los actores, y cuyo rasgo principal es el conflicto[1273]. Freytag construyó un modelo de «narrativa de conflicto», con una estructura en cinco actos: (i) exposición, (ii) acción descendente que conduce a un (iii) clímax, seguido de (iv) una acción descendente, y (v) una resolución. Ambos, Freytag y Hegel, crean una perspectiva normativa de la narrativa que refleja unas características estructurales y unas funciones donde importa menos la estructura de la trama general que la noción de que la narrativa consiste en la elaboración del conflicto. En consecuencia, el conflicto ya no es solo, siguiendo la teoría de Burton sobre las necesidades humanas, una característica del contexto social donde se produce, sino que «está constituido por las propias narrativas que se movilizan en la descripción del conflicto: se crea a medida que la gente elabora en narrativas las explicaciones acerca de sus acciones, las acciones de los demás y las consecuencias de dichas acciones a lo largo del tiempo»[1274]. Es preciso puntualizar, dice Cobb, que no todas las narrativas responden a una forma hegeliana, no todas funcionan como «choque», pues si entendemos que la narrativa es una sucesión de acciones, muchos relatos contienen un elemento que no tiene que ver con el conflicto, acciones que tienen la «cláusula evaluativa», de Labob y Waletzky. Y, para Gergen y Gergen, solo la forma narrativa regresiva posee esa tensión a la que alude Hegel; las otras dos, progresiva y estable, no obedecen a ese esquema[1275].

El historiador norteamericano White, coincidiendo con su colega Ricoeur, afirma que «los acontecimientos no solo han de registrarse dentro del marco cronológico en el que sucedieron originariamente sino que además han de narrarse, es decir, revelarse como sucesos dotados de una estructura, un orden de significación que no poseen como mera secuencia». El relato no solo representa los acontecimientos en su orden discursivo, conforme a la secuencia cronológica en que originalmente se produjeron. La narrativa posee dos dimensiones: una episódica, el relato de los acontecimientos, y otra configurativa, según la cual la trama construye los significados a partir de acontecimientos dispersos[1276]. Estos episodios se mantienen unidos entre sí mediante «conexiones lógicas»

[1273] COBB, Sara: *Hablando de violencia: la política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, *op. cit.,* pp. 76-77.
[1274] *Ibid.*, p. 77.
[1275] *Ibid.*, p. 78.
[1276] WHITE, Hayden: *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*. Barcelona (España): Paidós Ibérica, 1992, p. 68.

que unen un evento con el siguiente, y un conflicto narrativo termina en una serie de resultados negativos que son consecuencia directa de las acciones del otro[1277].

Las narrativas cuentan con una estructura organizada con independencia de los factores, bien sean sociales o legales, que le son externos o exógenos[1278]. Las historias o narrativas son estructuras discursivas a través de las cuales los conflictos son construidos y transformados[1279].

3.3.2.2. Contextualizaciones narrativas y el mejor relato

La narrativa se puede dividir en dos estructuras: la horizontal, los eventos lineales de la trama, y la vertical, la contextualización de las narrativas[1280]. «La dimensión vertical de la narrativa es la dimensión elaborada, en interacción, por el hablante original, y todos aquellos que elaboran esa línea mediante las contextualizaciones»[1281]. Si se fusionan el evento y la narrativa que lo hace estable, no se requiere ningún esfuerzo para lograr la estabilidad del evento. El esfuerzo por estabilizar la narrativa, que supone un proceso natural para mantener su coherencia, reduce la complejidad de la trama y también la posibilidad de transformación. Las partes que intervienen se enrocan en sus conflictos en la medida en que es poco probable que se produzca la transformación narrativa dentro del proceso de la estructuración narrativa. Desde una perspectiva narrativa, «una dinámica de conflicto es aquella en la cual las partes de la interacción se esfuerzan por desestabilizar mutuamente los componentes centrales de las narrativas del otro»[1282]. La centralidad de estos elementos dentro de la narrativa proviene de su lógica, esencial para la coherencia del relato. La contextualización de la narrativa puede modificar el significado de un episodio en la trama principal cuando cada parte del conflicto provee un contexto para comprenderlo, que puede a su vez ser recontextualizado por las otras partes. Sin el trabajo de recontextualización no puede haber cuestionamiento y por tanto tampoco evolución del significado[1283]. El cuestionamiento es un proceso por el que el hablante proporciona un marco alternativo para un episodio determinado y lo recontextualiza, de tal manera que, si este nuevo contexto se mantiene, altera de hecho el significado del hilo narrativo al alterar tanto las posiciones como el punto de inflexión de la narrativa[1284].

[1277] COBB, Sara: *Hablando de violencia: la política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, *op. cit.,* p. 80.
[1278] MAYNARD, Douglas W.: «Narratives and narrative structure in plea bargaining», *op. cit.,* p. 474.
[1279] COBB, Sara y Janet RIFKIN: «Practice and paradox: Deconstructing neutrality in mediation», *op. cit.,* p. 51.
[1280] COBB, Sara: *Hablando de violencia: la política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, *op. cit.,* p. 81.
[1281] *Ibid.*, p. 105.
[1282] *Ibid.*, p. 80.
[1283] *Ibid.*, p. 83.
[1284] *Ibid.*, p. 104.

Las narrativas y el acto de narrar son esenciales del ser humano, no podemos no estar dentro de una narrativa, usándola para darle sentido a nuestras acciones y a las de los otros, ya sea de modo retrospectivo o prospectivo. Los hablantes se posicionan a sí mismos y al otro a lo largo de la trama que proponen sus narrativas. En concreto, en las narrativas de conflicto ese posicionamiento es positivo respecto de uno mismo, legitimar y justificar el papel del narrador, y a su vez posiciona a su otro como ilegítimo, considerándole entre inapropiado y maligno[1285]. En las narrativas del conflicto los hablantes descubren la acción o presentan su narrativa de forma que se muestran como víctimas[1286]. Posicionamiento de primer orden, para Harré y Van Langenhove, como la «representación de la conversación que sitúa a una persona determinada dentro de un argumento dado», quienes señalan que las personas, cuando se las deslegitima casi siempre resisten, refutan o denuncian las posiciones de primer orden que se les plantea, considerando su reacción como un proceso de segundo orden. Althus considera el posicionamiento como una *interpelación*, un proceso en el que se designa a las personas como sujetos dentro de una relación de poder, donde las personas se identifican por posiciones, reconociéndose a sí mismas como sujetos. Añade Law que, mediante la teoría del posicionamiento, se puede considerar el discurso como el aparato que sirve para la producción de una nueva forma de ser en el mundo. Dice Cobb que la narrativa es la estructura en la que y por la que los hablantes son posicionados.

La coherencia narrativa de cada uno de los argumentos que presentan las partes en conflicto contribuye a su cierre; la forma narrativa donde encajan los acontecimientos que han quedado estabilizados de tal manera que no pueden desestabilizarse, o modificar la condición para ese cierre normativo. Son los hablantes y sus otros quienes pueden construir en colaboración las dimensiones horizontal y vertical de la coherencia normativa dentro de un contexto de conflicto. Y desde este modelo de coherencia narrativa, la resolución de conflictos es «un proceso de creación narrativa que incluye: a) el desarrollo de una línea argumental principal (por parte de uno o varios hablantes y/o sus otros) y b) la creación de un andamiaje de narrativas contextualizantes, desarrollado y elaborado por todas las partes, es decir, los hablantes y sus otros»[1287].

El relato mejor formado precisa la creación de significado, que es revelado mediante las acciones de las partes en conflicto[1288]. La narrativa se describe por sus teóricos como un sistema de sentido[1289], y su práctica es la interacción[1290], pues las

[1285] *Ibid.*, p. 95.
[1286] *Ibid.*, p. 92.
[1287] *Ibid.*, p. 106.
[1288] *Ibid.*, p. 103.
[1289] *Ibid.*, p. 306.
[1290] *Ibid.*, p. 327.

narrativas no surgen de los individuos, sino que son construidas en la interacción[1291]. La narrativa, que es el resultado de la conversación, es un relato mejor formado donde ambas partes están posicionadas como legítimas, porque cada parte confoguró al otro como legítimo; han aumentado los relatos que contextualizan, además de una mayor complejidad de la historia y del futuro, al igual que el sistema de valores en su conjunto[1292]. El mediador trabaja para desestabilizar las posiciones de los sujetos, interactúa para favorecer que se produzcan cambios en los sistemas de valores, asegurando que ambas partes sean legítimas e imperfectas a la vez en ese sistema; se producirán puntos de inflexión, el primero consistirá en construir la narrativa circular o interdependiente, donde las partes elaboran el relato de un pasado en el que ambas contribuyeron al problema, y de esta manera el problema es redefinido; otro punto de inflexión se obtiene a través de preguntas circulares, cuando se construye el escenario donde se desarrollan posibles futuros que contienen la declaración del problema recién definido en la historia integrada; para llegar al siguiente punto de inflexión, el escenario donde se elabora un acuerdo que contiene un metaacuerdo, o los acuerdos acerca del acuerdo[1293].

3.3.2.3. Deconstruyendo la neutralidad en la mediación

El proceso de resolución de conflictos debe funcionar para cambiar el contenido de las narrativas, y la neutralidad, sin embargo, «era y sigue siendo un discurso que autoriza a terceros a ignorar el contenido y centrarse en el mantenimiento del proceso»[1294]. Sara Cobb es consciente de que la crítica a la neutralidad socava los supuestos principales de la resolución de conflictos[1295], pero también de que se trata de un concepto central para la teoría de la mediación, que permanece indefinida en las organizaciones profesionales, y «se ha convertido en una práctica en debate», donde los términos justicia, poder e ideología funcionan como una unidad[1296]. Los procesos requieren que los mediadores participen dando forma a los problemas de un modo que proporcione a todos los hablantes, no solo la oportunidad de contar sus historias, sino la oportunidad «discursiva» de contar una historia que contribuya a evitar sus propias deslegitimaciones[1297]. La cuestión que se plantea es si los profesionales de la mediación consideran que ellos mismos, desde su función, participan en la construcción social del significado, en el

[1291] *Ibid.*, p. 306.
[1292] *Ibid.*, p. 341.
[1293] *Idem*.
[1294] *Ibid.*, p. 111.
[1295] *Ibid.*, p. 110.
[1296] COBB, Sara y Janet RIFKIN: «Practice and paradox: Deconstructing neutrality in mediation», *op. cit.,* pp. 35-36 y 62.
[1297] *Ibid.*, p. 62.

convencimiento de que el lenguaje o el significado no solo representa sino que construye la realidad. Si es así, admitirán que en el proceso de construcción, de resolución de conflictos, todas las partes en conjunto mediante la interacción posibilitan que el significado evolucione a partir de nuevas descripciones y narrativas sobre lo que ha sucedido, a quiénes y por qué[1298]. La desmitificación de la neutralidad es uno de los rasgos distintivos de este modelo, y desde la escuela circular-narrativa se propone una intervención basada en la circularidad, en una actitud empática y no aséptica, reivindicando una colaboración activa en el proceso[1299]. «El principio de neutralidad es sustituido por un espacio neutral, construido por los principios de imparcialidad y equidistancia»[1300]. Nosotros describimos la neutralidad como una esmerada práctica que funciona en realidad como un impedimento para ocultar el trabajo sobre el poder en la mediación, y fuerza a los mediadores a rechazar su rol en la construcción y transformación de conflictos[1301]. A veces se ha definido la neutralidad como equidistancia, un contexto facilitado por el mediador donde ninguna parte es favorecida o desfavorecida; se trata de un proceso activo a través del cual el prejuicio o la parcialidad es usada para crear simetría. El propio concepto de parcialidad tiene dos acepciones, la primera negativa, como una característica psicológica, mientras que la segunda es positiva, y se refiere a «estar cerca» de los litigantes, como lo es el término simétrico. El código ético requiere que el mediador practique la «parcialidad» en orden a asegurar que el interés de todas las partes está representado en el proceso de mediación, obligándole, en un momento dado del mismo, a defender a una u otra de las partes[1302].

Con el fin de ordenar estas tres principales tendencias de mediación, se ha elaborado un cuadro que muestra las características de los modelos de Harvard, circular-narrativo y transformativo, que se inserta en el Anexo 8 de la tesis

3.4. Los distintos enfoques de la mediación

Las distintas definiciones sobre la esencia de la mediación responden a la multiplicidad de perspectivas desde donde los mediadores la conocen y trabajan, tanto en sus rudimentos teóricos como en los modos de intervenir, lo que explica que prácticamente cada

[1298] COBB, Sara: *Hablando de violencia: la política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, *op. cit.,* pp. 110-111.
[1299] MUNUERA GÓMEZ, María Pilar y Salvador GARRIDO SOLER: «Innovación en mediación a través de la intervención narrativa. Desmitificando el principio de neutralidad», *op. cit.,* p. 32.
[1300] *Ibid.*, p. 41.
[1301] COBB, Sara y Janet RIFKIN: «Practice and paradox: Deconstructing neutrality in mediation», *op. cit.,* p. 62.
[1302] *Ibid.*, pp. 41-45.

mediador haya desarrollado su propia definición, y sobre esta una metodología[1303]. Los distintos enfoques, que suman una variedad aparentemente infinita de ellos, incluyen desde estudios puramente académicos, implicaciones políticas, reflexiones de los propios mediadores, hasta estudios que sugieren que los teóricos deben actuar como terceros en los esfuerzos de mediación[1304].

Existen en la actualidad distintos planteamientos en la intervención mediadora que, en opinión de Munuera, dispersan la disciplina, debiendo, en beneficio de su fundamentación teórica, unificarse en las tres escuelas; esta propuesta favorecería la coherencia teórica de la mediación, y avanzar hacia una disciplina científica[1305]. Los tres enfoques teóricos de mediación, el de Harvard, el transformativo y el circular-narrativo, los de mayor alcance y significación, son fuente de otros procedimientos que son guía del proceso de mediación, los subenfoques o guías prácticas[1306].

Baruch Bush y Folger se preguntan sobre cuál es el verdadero enfoque o historia del movimiento de mediación, para responder que existen distintos enfoques en la práctica mediadora, con distintos efectos, y ninguno de ellos es el verdadero, «más bien puede afirmarse que cada una es probablemente una reseña válida de las prácticas de cierto número de mediadores que trabajan ahora en este campo»[1307]. Todavía, la mayoría de los comentaristas, tanto mediadores, abogados, como otros relacionados con la mediación, no tienen una imagen definitiva de lo que es la mediación, por lo que casi toda conversación sobre mediación sufre de ambigüedad en esos términos, provocando una enorme confusión en las personas intentar determinar cuándo y de qué manera participar en una mediación[1308].

Sea cual sea la escuela de mediación, Pilar Munuera destaca el papel que protagonizan las escuelas de mediación, su función en el proceso de mediación, y para el mediador. Se muestra a favor de que el mediador, en su ejercicio profesional, debe guiarse por el proceso metodológico que ofrece cada escuela de mediación, pues él es el responsable de conducirlo desde una conducta ética, siguiendo las directrices teóricas de la escuela de mediación que haya elegido, a fin de lograr coherencia entre lo que se dice

---

[1303] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 43.

[1304] BERCOVITCH, Jacob y Richard JACKSON: *Conflict Resolution in the twenty-first century: Principles, methods, and approaches*, *op. cit.,* p. 36.

[1305] MUNUERA GÓMEZ, María Pilar: *Nuevos retos en mediación*, *op. cit.,* p. 57.

[1306] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 108.

[1307] BARUCH BUSH, Robert A. y Joseph P. FOLGER: *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, *op. cit.,* p. 54.

[1308] RISKIN, Leonard L.: «Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: Grid for the Perplexed», *op. cit.,* pp. 8-9.

(teoría) y lo que se hace (práctica), relación que se consigue a través del proceso construido por cada escuela[1309].

Helena Nadal agrupa los distintos modelos de mediación en torno a dos paradigmas metodológicos que han regido hasta la fecha (2016) en la mediación, el *paradigma del acuerdo* y el *paradigma comunicacional*[1310].

El *paradigma del acuerdo*, caracterizado por estar orientado a la solución de problemas, ha seguido desarrollándose, aunque en esta segunda etapa trabaja «una perspectiva de la mediación más sistemática, empírica e interdisciplinar que puede calificarse de inductiva»[1311]. El paradigma del acuerdo está representado en el enfoque de Harvard, y se fundamenta en el modelo de negociación de Roger Fisher y William Ury, y en los subenfoques estratégicos e inductivos[1312]. El paradigma del acuerdo se inició con la mediación facilitativa, pero se ha extendido a la mediación evaluativa, estratégica e inductiva, que se exponen todas a continuación.

3.4.1. Mediación facilitativa

Esta metodología está orientada hacia la solución de problemas, y dirige el proceso de mediación hacia los intereses subyacentes de las partes en lugar de centrarse en las posiciones evidentes, originando la mediación facilitativa como el estilo propio de la mediación, al que se ha denominado también el «enfoque estándar»[1313]. Según este modelo los conflictos son identificados como problemas que deben resolverse, y con la ayuda del mediador, a modo de consultor del proceso, las partes desde su capacidad de decisión buscan soluciones mutuamente aceptables[1314]. En la mediación facilitativa, el mediador asume que su principal misión es la de aclarar y mejorar la comunicación entre las partes con el fin de ayudarlas a que decidan qué hacer, todo ello desde el convencimiento de que las partes pueden desarrollar mejores soluciones que ningún mediador pueda crear; ellas son capaces de trabajar entre sí, y de comprender su situación mejor que el mediador, y quizás más que sus abogados[1315].

En el estilo facilitador, los mediadores fomentan centrarse principalmente en ayudar a las partes a identificar y expresar sus intereses y necesidades, suponiendo que al

[1309] MUNUERA GÓMEZ, María Pilar: *Nuevos retos en mediación*, *op. cit.,* p. 105.
[1310] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 83.
[1311] *Idem.*
[1312] *Ibid.*, p. 115.
[1313] *Ibid.*, p. 84.
[1314] *Idem*.
[1315] RISKIN, Leonard L.: «Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: Grid for the Perplexed», *op. cit.,* p. 24.

hacerlo saldrán a la superficie las compatibilidades subyacentes, o las áreas de compensación y compromiso, explica Kenneth Kressel[1316].

3.4.2. Mediación evaluativa

La mediación evaluativa singularizada por el papel del mediador, que analiza y valora las posiciones de las partes, e incluso sugiere soluciones, está muy extendida en Estados Unidos, incluso es prevalente en algunas materias y en determinados territorios, como la costa oeste, lo que no ha sucedido ni en España ni en Iberoamérica. La razón de este desarrollo obedece a su metodología, muy cercana a la práctica preprocesal de las llamadas *settlement conferences*[1317], y a ser practicada por mediadores, algunos juristas muy especializados como jueces jubilados, pertenecientes a organizaciones potentes[1318]. La mediación evaluativa comparte con la facilitativa que ambas son de carácter individualista, y se enfrentan al conflicto como un problema que debe ser superado; pero, a diferencia de la facilitativa, donde el proceso tiene más entidad que el problema, y trabaja la creación de una comunicación dialógica, no adversarial, la evaluativa se focaliza en un acuerdo útil[1319].

Para Kenneth Kressel, en el estilo evaluativo se intenta proporcionar a las partes una valoración realista de sus posiciones negociadoras. Es este un enfoque más distributivo que el facilitativo para mediar, que es más frecuente para situaciones donde las disputas se plantean en torno a un asunto, generalmente, dinero[1320]. El mediador en su intervención prestará a las partes una opinión legal ante el conflicto, y las ayudará a dirigirse hacia objetivos prácticos. Este modelo de mediación es el enfoque más complementario a la Administración de Justicia, como medio eficaz de resolver conflictos evitando el colapso de los tribunales[1321]. El mediador que evalúa en la mediación asume que los participantes la quieren y desean para que se les proporcione algún consejo en

---

[1316] KRESSEL, Kenneth: «The strategic style in mediation», *op. cit.,* p. 251.

[1317] La ABA (American Bar Association) describe la *settlement conference* como una reunión de las partes enfrentadas presidida por el juez o magistrado a quien se le ha asignado el caso, con el propósito de intentar resolverlo antes de la celebración de la audiencia o juicio; son procesos similares a la mediación, en tanto que un tercero neutral ayuda a las partes a explorar las opciones de solución, pero a diferencia de estas, su duración es más corta, la participación, en general, de las partes es menor, y también la consideración la valoración de los intereses que no son jurídicos. Disponible en: <www.americanbar.org/groups/dispute_resolution/resources/DisputeResolutionProcesses/settlement_conferences>

[1318] ITURMENDI, Blanca y Fernando RODRÍGUEZ PRIETO: «La evaluación en la mediación: una visión crítica», *La Trama*, núm. 52 (2017), s. p. [en línea], p. 1.

[1319] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* pp. 85-86.

[1320] KRESSEL, Kenneth: «The strategic style in mediation», *op. cit.,* pp. 251-252.

[1321] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 86.

cuanto a las razones correctas para alcanzar un acuerdo, basadas estas en la ley, en la práctica industrial o tecnológica, y dadas desde su experiencia, formación y objetividad[1322].

Leonard Riskin diseñó en el año 1994 un sistema de clasificación, que denominó *grid* (parrilla), referido a la orientación de los mediadores que trabajaban en el enfoque de solución de problemas, con la intención de ordenar y comprender la interacción del mediador con los participantes en la mediación. La «parrilla» se articula en función a las respuestas dadas a dos interrogantes que plantea Riskin: ¿el mediador tiende a abordar los problemas de forma restringida o de forma general?, y ¿el mediador considera que debería evaluar —hacer valoraciones o predicciones o propuestas de acuerdos— o facilitar la negociación entres las partes sin evaluar? El resultado es una «parrilla» de doble entrada: por un lado, mediador restrictivo y extensivo, y por otro, mediador evaluativo y facilitativo[1323].

El sistema propuesto por Riskin se compone de dos *contínuums*: el de la definición del problema, en un eje horizontal, que mide el alcance del problema o problemas objeto de la mediación; y, en el eje vertical, el papel del mediador, con sus estrategias y técnicas para intentar abordar o resolver los problemas de la mediación. Cada uno de los cuatro cuadrantes representa una orientación general hacia la mediación, que son: «evaluativa-estrecha», «facilitativa-estrecha», «evaluativa-amplia» y «facilitativa-amplia», según la siguiente tabla[1324]:

Tabla 3. La «parrilla» de Leonard Riskin (1994)

		Rol del mediador	
		EVALUATIVO	
Definición del problema	Evaluativo Restrictivo	Evaluativo Extensivo	Definición del problema
RESTRICTIVO	Facilitativo Restrictivo	Facilitativo Extensivo	EXTENSIVO
		FACILITATIVO	
		Rol del mediador	

Distingue dentro de la mediación evaluativa dos tipos de enfoque: *evaluative-narrow* y *evaluative-broad*. La principal estrategia del primero, el enfoque «evaluativo-reducido», es la de ayudar a las partes a comprender las fortalezas y debilidades de sus posiciones, y el resultado probable del pleito o de cualquier otro proceso que emplearan si

[1322] RISKIN, Leonard L.: «Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: Grid for the Perplexed», *op. cit.,* p. 24.
[1323] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 87.
[1324] XINWEI, Li: *La mediación en China: aportaciones de Occidente*. Madrid: Dykinson, 2017, p. 150.

no logran alcanzar una solución en la mediación. Para ello, antes del inicio de la mediación, el mediador estudiará los documentos más significativos, y así podrá emplear técnicas como: (i) proponer a las partes acuerdos de compromiso basados en sus posiciones; (ii) instar o presionar a las partes a resolver o a aceptar una proposición de acuerdo particular o una selección de ellas[1325].

En el enfoque «evaluativo-amplio» es más difícil de describir la estrategia y técnicas del mediador, pero la principal estrategia es aprender acerca de las circunstancias y de los intereses subyacentes de las partes y de otros individuos o grupos afectados, y entonces usar el conocimiento para dirigir a las partes hacia un resultado que responda a tales intereses. Las técnicas que podrá emplear son variadas, y entre ellas: (i) predecir el impacto, sobre los intereses, que se producirá por falta de arreglo, incluso debe intentar persuadir a los participantes de que sus valoraciones son correctas, proporcionándoles criterios objetivos o información adicional; (ii) desarrollar y ofrecer propuestas basadas en los intereses que satisfagan tantos intereses como sea posible; (iii) urgir a las partes para aceptar la propuesta del mediador u otra propuesta; deberá presentar su propuesta con variantes de grados, o del impacto previsto[1326].

Posteriormente Leonard Riskin, después de haber suscitado un enorme trato de atención y de crítica, que hace referencia a que el *contínuum* incluye la idea de evaluación, presentó una nueva clasificación revisada de su «parrilla» a la que denominó *new old grid*, sustituyendo los términos de «facilitativo» y «evaluativo» por los de «elictivo» y «directivo»[1327]. Se sustituye la anterior dicotomía, al considerar que el *contínuum* del rol del mediador genera confusión, y el *contínuum* de la definición del problema no es capaz de describir ciertos tipos de comportamientos de mediación[1328]. Este mayor margen de actuación se corresponde con una mejor posibilidad de describir el *contínuum*, de tal modo que la dimensión que va de lo «directivo» a lo «elictivo», comprende desde una conducta directiva donde el mediador guía el proceso o a las partes hacia una perspectiva, resultado o procedimiento determinado particulares, hasta la intervención del mediador que se limita a provocar las soluciones de las partes o sus preferencias[1329].

La mediación «evaluativa», según algunos teóricos como Kimberlee Kovach y Lela Love, hace peligrar la neutralidad del mediador, pues su evaluación favorece invariablemente a alguna de las partes, y tiende a perpetuar o crear un clima

[1325] RISKIN, Leonard L.: «Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: Grid for the Perplexed», *op. cit.,* pp. 26-28.
[1326] *Ibid.*, pp. 29-32.
[1327] RISKIN, Leonard L.: «Retiring and replacing the grid of mediator orientations», *Alternatives to the High Costs of Litigation*, vol. 21, núm. 4 (2003), p. 72.
[1328] XINWEI, Li: *La mediación en China: aportaciones de Occidente*, *op. cit.,* pp. 151-152.
[1329] RISKIN, Leonard L.: «Retiring and replacing the grid of mediator orientations», *op. cit.,* pp. 89-90.

contradictorio entre ellas; la evaluación desalienta la comprensión entre las partes y la solución de los problemas pues recurre en sus actividades a usar enfoques de confrontación y argumentativos. El resultado de la evaluación en algunos casos será el abandono del proceso por la parte cuya posición se vea desfavorecida por el mediador. Por el contrario, ellos defienden que los mediadores deben alentar a las partes a evaluar las opciones y alternativas sugeridas y la viabilidad de los posibles acuerdos, deben alentar a las partes a recibir consejos, opiniones y evaluaciones externos de expertos apropiados, pero no deben hacer estas cosas por sí mismos. En definitiva, Kovach y Love piensan que, si se permite a los mediadores que puedan proporcionar evaluaciones, se deben establecer normas para guiarlas[1330].

3.4.3. El subenfoque estratégico

Dentro del paradigma del acuerdo, y fuera de la metodología de solución de conflictos, se ha desarrollado la mediación estratégica que incide especialmente en las causas del conflicto, a diferencia de la mediación facilitativa y evaluativa, para las que esas causas suelen ser evidentes, y si no lo son, es fácil identificarlas; en la estratégica se trabaja sobre la creencia de que es la causa del conflicto, a veces latente y desconocida por las partes, la que provoca el conflicto[1331]. La mediación con enfoque estratégico se basa en la teoría sistémica y en el constructivismo, y se fundamenta en teóricos como Milton Ericson, que defienden una concepción unitaria de la persona, donde se observan limitaciones y resistencia al cambio, no como un obstáculo, sino como una fuerza orientada a la solución[1332]. El modelo estratégico defiende que «la mediación es, sobre todo, un proceso formal, que trasciende el contenido del conflicto que se pretende resolver»[1333]. Aunque el estilo estratégico cuenta en gran medida con establecer relación, el enfoque se siente relativamente libre de preocupaciones sobre la neutralidad[1334]. El proceso de mediación constituye un verdadero recurso estratégico, donde el mediador deberá recabar su propia información, sin depender exclusivamente de la que le proporcionan las partes, y deberá tomar la decisión de fijar una estrategia, para desestructurar el conflicto producido por la interacción entre las partes[1335]. Las etapas del proceso de mediación pueden resumirse en: (i) preliminar, este primer estadio de la convocatoria informa sobre estrategias acerca de

[1330] KOVACH, Kimberlee K. y Lela P. LOVE: «"Evaluative" Mediation Is An Oxymoron», *Alternatives*, vol. 14, núm. 3 (1996), p. 90.
[1331] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 90.
[1332] MANSILLA IZQUIERDO, Fernando: «La mediación estratégica en los conflictos psicosociales en el trabajo», *Medicina y seguridad del trabajo*, vol. 58, núm. 228 (2012), p. 182.
[1333] CALCATERRA, Rubén Alberto: *Mediación estratégica*, *op. cit.,* p. 24.
[1334] KRESSEL, Kenneth: «The strategic style in mediation», *op. cit.,* p. 255.
[1335] CALCATERRA, Rubén Alberto: *Mediación estratégica*, *op. cit.,* pp. 33 y 35.

quién convoca y cómo convocar, incluye la entrevista previa destinada a evaluar el caso y acordar los términos de la mediación; (ii) enmarcamiento de la disputa, incluye los estadios propedéutico (contextualiza y estructura el proceso para generar en las partes seguridad y confianza, y crear un espacio para la recíproca evaluación mediador/partes; y el discurso inicial del mediador, donde acepta el conflicto que traen las partes, lo legitima y redefine así las percepciones), y exploratorio (la búsqueda de datos en la definición y descomposición de los problemas); (iii) actuación de la disputa, que abarca los estadios de reconstrucción del conflicto, reconstrucción de la relación, negocional y decisional; y (iv) cierre del proceso, con supuestos de acuerdo o sin acuerdo, donde pueden emplearse técnicas para motivar el acuerdo[1336]. Kenneth Kressel enumera las características de este modelo estratégico, destacando, en primer lugar, como la atención a las causas latentes es extremadamente útil. Los mediadores estratégicos no se involucran en conseguir un cambio terapéutico ambicioso, ni en la alteración fundamental de relaciones disfuncionales. Su objetivo es ayudar a las partes a resolver una preocupación práctica e inmediata (las cuestiones que les han llevado a la mediación) de una manera eficiente y práctica. Asimismo, se omiten aquellos aspectos ocultos y problemáticos de las circunstancias o relaciones de las partes que no son relevantes para la tarea del mediador. En segundo lugar, este estilo estratégico suele desarrollarse en, más o menos, tres etapas específicas: (i) la etapa de diagnóstico inicial que se ocupa, principalmente, de identificar las causas latentes más relevantes para resolver los problemas. Al igual que en las etapas sucesivas, el mediador interviene de una manera fuertemente directiva; las partes podrán contar su historia, pero solo para dar respuesta a la pregunta que el mediador ha centrado y que sirve de base; (ii) la etapa de la formulación de la estrategia, normalmente, donde se enfatiza sobre el intercambio abierto que se produce entre las partes y el mediador en relación a lo que él ha pensado de la causa subyacente del conflicto, y respecto al derecho de modificar, o incluso rechazar, el plan que les ha presentado[1337].

En este subenfoque estratégico también destaca el modelo de elección de estrategias de Peter Carnevale, dentro del paradigma del acuerdo, enfocado a la resolución de problemas, y se caracteriza por identificar dos variables en el modo en que un mediador conduce el proceso de mediación: la primera está relacionada con el valor que el mediador asigna al hecho de que las partes obtengan sus satisfacciones, y la segunda con la estimación del mediador a lograr un acuerdo aceptable, como un *common ground* donde las partes comparten valores y están conformes con unas mínimas

[1336] *Ibid.*, pp. 24-25.
[1337] KRESSEL, Kenneth: «The strategic style in mediation», *op. cit.,* p. 255.

aspiraciones, que las conducen a una actitud cooperativa[1338]. Peter Carnevale, cuando le preguntan acerca de la utilidad del modelo de elección estratégica, diseñado por él en el año 1986 como modelo de comportamiento del mediador, responde que ha ayudado a interpretar el comportamiento de los negociadores que se enfrentaban a diferentes clases de mediadores, explicando algunos de los efectos «escalofriantes» y «acelerados»; y su utilidad mejoró cuando resultó ser un buen predictor del comportamiento de mediadores poderosos que podrían arbitrar[1339]. Las distintas estrategias que puede emplear el mediador, en función de cómo valore las aspiraciones de las partes y de la existencia de ese terreno común donde alcanzar soluciones mutuamente aceptables, son: (i) de presión, (ii) de compensación, (ii) de integración, y (iv) de inacción[1340].

3.4.4. El subenfoque inductivo (modelo de contingencias)

La mediación es esencialmente una situación de influencia recíproca, con independencia de que sea compleja, novedosa, o impredecible; se necesita, para comprenderla mejor, estudiar al mediador, a las partes contendientes y a sus relaciones[1341]. Dentro de este subenfoque destaca el modelo de contingencias estratégicas de Jacob Bercovitch, que es una metodología dentro del subenfoque inductivo[1342]. Este autor propone un cuarto método, que él mismo denomina «enfoque de contingencia», para entender la mediación[1343]. El ámbito propio de la mediación donde se aplica este modelo es la pacificación y la mediación internacional[1344], donde «la mediación se está convirtiendo rápidamente en uno de los métodos para resolver conflictos internacionales»[1345]. El principio teórico que sustenta este enfoque es la creencia de que las características contextuales y propias de la mediación están por encima de las particularidades de quienes participan en ella; su enfoque se dirige a las circunstancias o contingencias del proceso de mediación, y no a los participantes[1346]. Al comentar los tres enfoques más

[1338] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 117.
[1339] CARNEVALE, Peter J.: «The Usefulness of Mediation Theory», *Negotiation Journal*, vol. 8, núm. 4 (1992), p. 390.
[1340] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 117.
[1341] BERCOVITCH, Jacob: «International mediation», *op. cit.,* p. 6.
[1342] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 119.
[1343] BERCOVITCH, Jacob y Richard JACKSON: *Conflict Resolution in the twenty-first century: Principles, methods, and approaches*, *op. cit.,* p. 37.
[1344] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 119.
[1345] BERCOVITCH, Jacob y Richard JACKSON: *Conflict Resolution in the twenty-first century: Principles, methods, and approaches*, *op. cit.,* p. 32.
[1346] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 119.

significativos que se usan en mediación, Jacob Bercovitch comenta como el de Harvard incide en los aspectos objetivos de una diferencia surgida entre las partes, suponiendo que todos los casos son distintos y que no se puede derivar nada significativo sobre los tipos de mediación y los resultados de las controversias. En otros modelos, al referirse a elementos subjetivos de la percepción y la comunicación, su planteamiento implica que ningún conflicto es demasiado intratable, y que los terceros experimentados pueden eliminar todos los obstáculos que impiden una resolución exitosa. Es decir, ninguno de los enfoques se ha dedicado a algo muy necesario, la investigación empírica[1347]. A nivel estructural, el modelo de las contingencias coincide con el de Harvard en el axioma orientativo, estimativo y teleológico; ofrece un marco de referencia para averiguar qué estrategias particulares, a partir del análisis y comprensión de la causa-efecto del conflicto, serán las convenientes para conducir, si se aplican, con éxito un proceso de mediación. Las variables que condicionan las contingencias se encuentran en cada caso en el contexto de la mediación, son estas las que condicionan el éxito o el fracaso del resultado, e influyen en la actuación del mediador[1348]. «La mediación es, y solo puede ser, un contexto específico. Asumir lo contrario es confundir lo aparente con lo verdadero»[1349]. Así, las contingencias que están presentes en el contexto se refieren a su vez a: (i) la naturaleza del mediador, relativas a su nivel, identidad, y tipo de relación con las partes; (ii) la naturaleza de las partes, su pertenencia a un sistema político y cultural, el estatus, poder y forma de relacionarse entre ellas; y (iii) la naturaleza del conflicto, que condiciona su tiempo de duración, el momento de intervención y la facilidad o complejidad para tratarlo[1350]. Como ejemplo de estas tres variables, Jacobs Bercovitch comenta cómo «la intensidad del conflicto afecta negativamente a la eficacia de la mediación», o «la mediación no es un método adecuado para conflictos donde las partes involucradas son superpoderes», y que «los mediadores más exitosos no son particulares, sino los que están en lo alto del ranking»[1351].

Este nuevo enfoque, que Jacobs Bercovitch posiciona como el cuarto modelo, lo presenta como un método de análisis que concibe de manera distinta la mediación, pues trata los resultados que han producido los esfuerzos de la mediación, ya sean éxitos o

[1347] BERCOVITCH, Jacob y Richard JACKSON: *Conflict Resolution in the twenty-first century: Principles, methods, and approaches*, *op. cit.,* p. 36.
[1348] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* p. 119.
[1349] BERCOVITCH, Jacob: «International mediation», *op. cit.,* p. 6.
[1350] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, *op. cit.,* pp. 119-120.
[1351] BERCOVITCH, Jacob: «Social research and the study of mediation: Designing and implementing systematic archival research», en Peter J. CARNEVALE y Carsten K. W. DE DREU (eds.): *Methods of negotiation research*. Boston (Estados Unidos): Martinus Nijhoff, 2011, p. 89.

fracasos, como dependientes o contingentes del entorno (o contexto) de un conflicto y de la forma de comportarse dentro del proceso. Este enfoque sostiene que hay situaciones de conflicto en las que la mediación puede ser una forma eficaz de resolución de conflictos[1352]. Se explica en la siguiente figura:

Contingencias precedentes	Contingencias actuales	Contingencias consiguientes
Contexto	Proceso	Resultados
1.- Naturaleza del mediador 2.- Naturaleza de las partes 3.- Naturaleza de la disputa	Comportamiento del mediador	Éxito o fracaso de la mediación

Del mismo modo, hay situaciones en las que la mediación simplemente no puede lograr nada de forma proactiva o reactiva. Una tarea clave para el erudito es distinguir entre estos dos tipos de conflicto. El enfoque de contingencia nos ayuda a abordar las dos cuestiones centrales en el estudio de la mediación internacional: cuándo mediar y si es probable que la mediación tenga éxito[1353].

Una comparativa entre los enfoques de solución de problemas y mediación transformativa se muestra en la tabla elaborada por David Hoffman, que se inserta en el Anexo 9 de esta tesis.

3.5. Algunos otros ejemplos de enfoques de mediación

Cada modelo ha contribuido con valiosas aportaciones a entender qué es la mediación, comenta Bercovitch, para quien los estudios de mediación pueden agruparse en cuatro enfoques generales: (i) los estudios prescriptivos, son los que ofrecen asesoramiento a los negociadores; (ii) los estudios que buscan desarrollar un modelo integral de resolución de conflictos; (iii) los modelos matemáticos de comportamiento de negociación racional que desarrollan economistas y teóricos del juego; y (iv) el enfoque final, que busca destilar directrices de resolución de conflictos a partir del análisis de casos y experimentos empíricos, siendo para este autor el enfoque más productivo[1354].

Carme Boqué considera que, a partir de los tres modelos tradicionales, el lineal, el transformativo y el circular-narrativo, han surgido nuevas corrientes y autores caracterizados por mezclar elementos pertenecientes a cada uno de ellos y añadir

[1352] BERCOVITCH, Jacob y Richard JACKSON: *Conflict Resolution in the twenty-first century: Principles, methods, and approaches*, *op. cit.,* p. 36.
[1353] *Ibid.*, p. 37.
[1354] BERCOVITCH, Jacob: «Mediation in International Conflict: An overview of theory, a review of practice», en Ira W. ZARTMAN y John L. RASMUSSEN (eds.): *Peacemaking in International Conflict: Methods and techniques*. Washington DC: United States Institute of Peace Press, 1997, p. 1.

elementos específicos, hasta configurar una práctica mediadora adecuada al tipo de contexto o de conflicto en el cual se trabaja[1355].

Refiriéndose al ámbito familiar, comenta Cristina Merino que la intervención mediadora no cuenta con un proceso uniforme y unificado, pues concurren en la actualidad diversidad de escuelas, modelos y procesos que orientan e inspiran las funciones del mediador desde perspectivas diversas, que plantean líneas de pensamiento distintas en cuanto a cómo debe ser entendida la mediación, hasta el extremo de pensar que se está ante procesos diferentes[1356].

A medida que la práctica de la mediación se ha ido extendiendo, tanto en el sentido geográfico como en los ámbitos de aplicación, han ido apareciendo modelos que se han desarrollado y combinado, sin llegar a convertirse en compartimentos estancos o excluyentes. Cada una de estas escuelas ha desarrollado un método de trabajo diferente en función de la finalidad que pretendan con la mediación, teniendo en cuenta sus objetivos y el tipo de proceso que utilizan[1357].

3.5.1. Mediación *insight*

La mediación *insight*, como modelo de mediación en conflictos, surge en el año 2001, en Ottawa, a partir de un proyecto conjunto de investigación entre la profesora Cheryl Picard, de la Universidad Carleton, y el profesor Kenneth Melchin, de la Universidad Saint Paul[1358]. El nombre de mediación *insight* proviene del trabajo de Bernard Lonergan sobre el aprendizaje y el poder de los *insights*[1359], filósofo y teólogo para quien su interés primordial no es lo conocido, sino la naturaleza del conocimiento y del sujeto cognoscente[1360]. La preocupación de Lonergan no es la cuestión de si existe el conocimiento, sino en qué consiste su naturaleza, y esta deriva del proceso de su generación[1361]. Para Bernard Lonergan, el acto de conocer consiste no en algo simple, como el ver, sino además implica preguntarse qué es eso que uno ve, y tratar de encontrar una respuesta a la pregunta; es decir, intentar comprender y juzgar si lo que uno ha comprendido es o no correcto; y aunque el acto de conocer implique todas esas

[1355] BOQUÉ TORREMORELL, María Carme: *La mediación va a la escuela*, *op. cit.,* p. 28.
[1356] MERINO ORTIZ, Cristina: *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, *op. cit.,* p. 37.
[1357] *Ibid.*, p. 38.
[1358] GARRIDO SOLER, Salvador: «Mediación *insight*: un modelo reflexivo y pedagógico para abordar los conflictos», *Revista de Mediación*, vol. 10, núm. 2 (2017), p. 2.
[1359] PICARD, Cheryl: «Orígenes, principios y prácticas de la mediación *insight*», *Revista de Mediación*, vol. 10, núm. 2 (2017), p. 3.
[1360] LONERGAN, Bernard: *Insight. Estudio sobre la comprensión humana*. Salamanca (España): Sígueme, 2004, pp. 19-20.
[1361] WALCZAK, Monika: «La filosofía del conocer de Bernard Lonergan», *Daimon*, núm. 45 (2008), p. 145.

actividades u operaciones, destaca entre todas ellas la que él denomina *insight*[1362]. El propósito de su obra *Insight. Estudio sobre la comprensión humana* es un intento de comprender lo que es comprender, y en particular, el momento en el que uno gozosamente descubre por fin que algo se hace claro, que uno entiende, ese es el «acto de intelección» o *insight*[1363]. Al definir Bernard Lonergan el término *insight* como un «acto de comprensión que sobreviene inesperadamente»[1364], con ello no se refiere a la simple percepción sensorial de un fenómeno aprehensible, sino más bien al «conjunto de operaciones mentales que permiten a la persona tomar conciencia de sí misma en un doble sentido: en cuanto acto de voluntad y en cuanto al conocimiento que adquiere»[1365].

La mediación *insight* se diferencia de otros enfoques en tres aspectos: el primero, la definición de conflicto, el segundo, la concepción relacional de la acción social y su concepción interpretativa de la comunicación, y tercero, no considerar la mediación como la resolución de un problema, sino que la solución proviene de un proceso mayor que es el aprendizaje. Los mediadores *insight* entienden la conducta conflictiva como «aquellas respuestas defensivas ante lo que se entiende como una amenaza»[1366]; el conflicto no se crea solo porque se lucha por obtener unos recursos escasos, o por la incompatibilidad de objetivos, posiciones, necesidades, sino que «surge, sube en intensidad y se mantiene por el discernimiento de las amenazas a lo que importa, seguido por la decisión de defenderse y los patrones consiguientes de interacción»[1367]. Otro aspecto diferenciador es afrontar la mediación, no como el proceso que resuelve el problema en sí mismo, sino que la clave está en el proceso de aprendizaje «como lo que libera a las partes de un conflicto de la amenaza»[1368]. El papel del mediador es ayudar a que las partes obtengan *insights* sobre cómo usar su mente cuando están encastilladas en un conflicto, estimulando la reflexividad que posibilita su transformación, y la interacción entre ellas con una actitud menos amenazante[1369]. El tercer factor diferenciador de este enfoque estriba en la concepción relacional de la acción social, frente a la visión individualista que sostiene la negociación y la mediación basadas en intereses, e interpretativa de la comunicación. Las personas, como actores sociales, conviven a través de una multiplicidad de relaciones que forman su identidad y que influyen en sus actuaciones; la cognición social guía las acciones

[1362] GALÁN VÉLEZ, Francisco Vicente: «Insight. Estudio sobre la comprensión humana» [reseña en línea]. *Bernard Lonergan.* Disponible en: <www.lonerganlat.org>.
[1363] *Idem*.
[1364] LONERGAN, Bernard: *Insight. Estudio sobre la comprensión humana*, *op. cit.,* p. 11.
[1365] GARRIDO SOLER, Salvador: «Mediación *insight*: un modelo reflexivo y pedagógico para abordar los conflictos», *op. cit.,* p. 3.
[1366] PICARD, Cheryl: «Orígenes, principios y prácticas de la mediación *insight*», *op. cit.,* p. 3.
[1367] *Ibid.*, p. 4.
[1368] *Idem*.
[1369] *Idem*.

de las personas, que se tornan habituales en normas inconscientes, y las relaciones donde, en situaciones de conflicto, cuando los otros no actúan con nosotros como esperábamos, sus acciones se vuelven contrarias a las nuestras e intencionales[1370].

Para esta metodología, el objetivo final del proceso de mediación es facilitar una solución colaborativa del conflicto como consecuencia de haberlo comprendido mejor, lo cual se produce en forma de *insight*; sin embargo, no se procura tanto ampliar la información del conflicto para obtener datos objetivos para la futura negociación, como para mejorar el entendimiento en torno a las amenazas que estimulan el conflicto[1371].

En este modelo el concepto de *insight* es fundamental, sirve para abrir nuestra visión, distinguiendo dos tipos: el *insight* inverso, que no ayuda a responder a la necesidad de entender la causa de conflicto, sino a la de darse cuenta de que la causa hay que buscarla en otro sitio distinto del habitual; proporciona la toma de conciencia de que el camino hacia la solución no es el correcto, y se requiere para llegar a los *insights* directos, que son las respuestas de aquello que nos peguntamos. En ocasiones los valores, creencias, son *insights* que se dan por válidos y determinan las vivencias posteriores, como ideas preconcebidas; para hallar los *insights* directos hay que desandar primero los inversos, a modo de la deconstrucción de las narrativas en el enfoque narrativo[1372]. El proceso del método *insight* consiste en cinco fases: (i) asistir al proceso, (ii) ampliar conocimiento, (iii) profundizar *insights*, (iv) explorar posibilidades, y (v) tomar decisiones, después de las cuales comienza la fase de posmediación o seguimiento[1373].

En cuanto a las intervenciones y habilidades propias de la mediación *insight*, se pueden resumir en las que a continuación siguen: (i) *actuar con intencionalidad de respuesta*, el mediador *insight* responde, y no es directivo, a la conciencia de las partes, a sus palabras y acciones, que están relacionadas con la interpretación y la búsqueda de sentido[1374]; (ii) *reconocer los sentimientos como portadores de valor*, nos comunican que algo es importante, están relacionados con experiencias pasadas, anticipan resultados futuros, e influyen en la interacción de un conflicto actual, por eso el mediador los investiga, para conocer de qué tratan, en lugar de apartarlos[1375], les da un sentido; (iii) *profundizar la conversación de aprendizaje*, con el objetivo de ampliar lo que saben las partes en el momento actual, extraer y entender lo que importa, las amenazas, emociones

[1370] *Ibid.*, p. 6.
[1371] GARRIDO SOLER, Salvador: «Mediación *insight*: un modelo reflexivo y pedagógico para abordar los conflictos», *op. cit.,* p. 3.
[1372] MADRID LIRAS, Santiago: «Por qué un cuarto modelo de mediación. Oportunidades e integración del modelo de mediación *insight*», *op. cit.,* pp. 7-9.
[1373] PICARD, Cheryl: «Orígenes, principios y prácticas de la mediación *insight*», *op. cit.,* p. 6.
[1374] *Ibid.*, p. 7.
[1375] *Idem*.

más profundas que subyacen en un conflicto, todo ello a través del diálogo y la conversación; este conocimiento conlleva que las partes descubran que además de defenderse ante una amenaza existen otras respuestas y decisiones que tomar en relación a las relaciones entre las partes[1376]; (iv) *diferenciar entre las amenazas a lo que importa y las historias defensivas*, que son las que mantienen el conflicto y lo alimentan, están cerradas a la entrada de nueva información, pues la persona se encuentra segura de saber todo lo que hay que saber; estas historias defensivas contienen todas las razones para que una persona «esté en lo cierto» y la otra esté «equivocada», la certeza de defenderse de la otra persona; las historias sobre amenazas a lo que importa inician el cambio en el conflicto, se forman con la información que proporciona la experiencia original y transmiten a las partes lo que importa y cómo se sienten[1377]; (v) *parafraseo selectivo*, del contenido y de las emociones, también se lo conoce como escucha activa, conduce al aprendizaje, permite confirmar que se han entendido, y es relevante al inicio de la mediación para dirigir la conversación hacia lo que importa distanciándose del juicio y de la culpa[1378]; (vi) *hacer preguntas basadas en las amenazas*, para que emerjan las que están subyacentes[1379]; (vii) *preguntar sobre lo que se espera*, centrándose en las relaciones interpersonales, que no en los intereses o problemas[1380]; (viii) *explorar para dar sentido e interpretar*, pues de los significados que se obtienen de la conducta de otras personas y de las interpretaciones surgen conflictos, y de la misma manera también pueden posibilitar su resolución; los mediadores *insight* verifican así lo que las partes han oído y obtienen de la conversación; (ix) *vincular, desvincular y verificar*, vincular estriba en descubrir lo que importa y el núcleo del conflicto, para descubrir cómo lo que importa está vinculado con lo que amenaza a los demás; es una de las habilidades del mediador que consiste en escuchar y preguntar entre las interpretaciones y sentimientos de las partes y sus acciones, buscar conexiones entre experiencias pasadas y expectativas de futuro[1381]; y (x) *finalizar la conversación de profundización y utilización de la información*, este concepto de finalización se elaboró para resaltar la importancia que tiene la profundización en la conversación hasta que las partes no tengan más que decirse sobre el objeto de la mediación; las partes han quedado satisfechas porque se sienten comprendidas, y lo que ellas entienden ha quedado verificado; finalizar la conversación significa que la información

[1376] *Idem*.
[1377] *Ibid.*, p. 9.
[1378] *Ibid.*, p. 10.
[1379] *Idem*.
[1380] *Ibid.*, pp. 10-11.
[1381] *Ibid.*, pp. 12-13.

necesaria se ha manifestado, con la que las partes pueden tomar decisiones acertadas con posterioridad[1382].

3.5.2. Mediación terapéutica

La mediación terapéutica incide más que otros modelos en los temas emocionales que están presentes en los conflictos con un alto grado de implicación personal, donde los sentimientos son intensos, como sucede en las disputas entre compañeros, en las escuelas, el *bullying*, y en los asuntos familiares, especialmente conflictivos[1383]. El componente más significativo de este modelo es su concepción de la familia como «un sistema en continua interacción y evolución», de tal manera que resulta conveniente explorar mediante la aproximación individual con cada miembro, incluidos, si fuera posible, los hijos[1384]. A esto responde la idea que considera que el divorcio es una reorganización de la familia, y no su final, y se concibe en términos de divorciarse «de» alguien, en lugar de «contra» alguien[1385]. La diferencia principal entre este modelo de mediación y la mediación transformadora la encontramos en la relevancia que se concede a la evaluación previa. El modelo desarrollado por Michael Irving y Howard Benjamin reconoce que, en mediación familiar, existen parejas que son incapaces o que todavía no están preparadas para acudir a un proceso de mediación, requiriendo de una capacitación previa; se enfatiza el momento de la evaluación previa al inicio de la mediación, ofreciendo ayuda preliminar a las personas mediante reuniones por separado, evitando así que sean rechazadas o consideradas como no aptas para la mediación[1386]. En este sentido, estos mismos autores manifiestan la necesidad de conocer mucho más acerca de las familias de las personas que asisten a la mediación, antes de iniciar el proceso, resultando un recurso útil para lograrlo la práctica de una evaluación de base[1387]. Los objetivos que se persiguen en la mediación terapéutica son aliviar las heridas emocionales y resolver, o hacer avanzar, los conflictos[1388]. Las fases del proceso de mediación terapéutica son cuatro: (i) evaluación, (ii) premediación, (iii) negociación, y (iv) seguimiento. Así los expresan Michael Irving y Howard Benjamin al explicar que la clave del éxito en la mediación consiste en una mayor confianza de las partes en su capacidad de negociar, en la oportunidad de explorar

[1382] PICARD, Cheryl: «Orígenes, principios y prácticas de la mediación *insight*», *op. cit.,* p. 13.
[1383] RIPOL-MILLET, Aleix: *Estrategias de mediación en asuntos familiares*. Madrid: Reus, 2011, pp. 51-52.
[1384] MERINO ORTIZ, Cristina: *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, *op. cit.,* pp. 52-53.
[1385] MCISAAC, Hugh: «Prólogo», en Howard H. IRVING y Michael BENJAMIN (auts.): *Family Mediation: Contemporary Issues.* Londres: Sage, 1995, p. IX.
[1386] PARKINSON, Lisa: *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, *op. cit.,* p. 50.
[1387] BENJAMIN, Michael y Howard H. IRVING: «Research in family mediation: Review and implications», *Mediation Quarterly*, vol. 13, núm. 1 (1995), pp. 71 y 72.
[1388] RIPOL-MILLET, Aleix: *Estrategias de mediación en asuntos familiares*, *op. cit.,* p. 53.

plenamente las quejas, y examinar toda la gama de opciones de acuerdos, en encontrar un oído receptivo y un hombro blando, cuando todo lo demás es hostilidad y demanda. Si todo este proceso conduce a un acuerdo, estará bien, y si no es así, pero los clientes continúan con su experiencia positiva, entonces el proceso de mediación habrá tenido igualmente éxito[1389]. Es en la fase de evaluación donde se comprueba si las partes entienden la mediación y si están dispuestas a participar[1390]. La mediación terapéutica, a través de su metodología, pretende: (i) rehacer las versiones acerca de la ruptura que presentan las partes; (ii) que las partes se excusen por sus actitudes violentas, agresivas o simplemente desajustadas, e inicien un nuevo estilo de relación; (iii) hacer salir a las partes de posiciones inflexibles-estériles para llegar a intereses-acuerdos comunes[1391]. Michael Irving y Howard Benjamin consiguieron con sus estudios de seguimiento sobre la práctica de evaluación de la premediación, unido al empleo optativo de reuniones individuales previas a las negociaciones conjuntas, resultados satisfactorios, así como también reducir un uso inadecuado o prematuro del proceso de mediación[1392].

3.5.3. Mediación tópica

Las premisas fundamentales del modelo tópico de Luis M.ª Bandieri son la dialéctica, el tópico y el sentido común.

El modelo tópico de mediación se enfoca en el reparto justo de los bienes, y se propone la solución del conflicto sobre la base del valor de la justicia en particular, y de todos los valores en general. Las partes se encuentran «cara a cara» en la mediación y comienzan a argumentar, mediante sus narraciones, lo que consideran o sienten que es justo o injusto, recurriendo a la reflexión y la comunicación, que favorecen la relación y la composición del conflicto[1393].

La mediación tópica se fundamenta en la discusión que mantienen las partes en conflicto acerca del bien o derecho que ambas disputan. El modelo tópico incluye intercambios retóricos y argumentativos a través de la palabra, y para lograrlo se basa en tópicos o lugares comunes aceptados por todos con el fin de conseguir acuerdos. El

[1389] BENJAMIN, Michael y Howard H. IRVING: «Research in family mediation: Review and implications», *op. cit.,* p. 73.
[1390] PARKINSON, Lisa: *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, *op. cit.,* p. 51.
[1391] *Ibid.*, p. 53.
[1392] *Ibid.*, p. 51.
[1393] PONCE ALBURQUERQUE, Johanna: *Familia, conflictos familiares y mediación*. Ciudad de México: Ubjus, 2017, p. 228.

mediador que emplee este modelo ayudará a mostrar a las partes a localizar y usar los *topoi* o lugares comunes referenciados a lo justo-injusto del conflicto[1394].

Para Luis M.ª Bandieri el conflicto se concentra en una relación binaria, el uno con el otro, y, sobre todo, el uno contra el otro. El número dos puede expresar reciprocidad y rivalidad, complementariedad e incompatibilidad. En una dualidad extrema, los contrincantes están frente a frente, cada uno afirmado en su posición. La mediación, sin embargo, es ternaria, el número tres es su cifra clave[1395]. El conflicto jurídico es aquel donde «se disputa acerca del reparto de bienes materiales o simbólicos, con criterios encontrados sobre lo suyo de cada uno y reivindicando mutuamente derechos al respecto»[1396].

La forma de armonizar lo justo con las pretensiones de las partes, que identifican con sus posturas, es recurrir a otro bien, el orden, como un ente superior al que se subordinan los intereses particulares. Se trata de la idea de subordinar el bien particular al bien común que tiene en Aristóteles su origen, como uno de los creadores del pensamiento tópico. Este método no busca una sola respuesta correcta para cada supuesto, la forma de resolver el conflicto es plural y variable, y está en función de la capacidad creativa de las partes y del mediador. Cada parte intentará convencer a la otra y argumentará a favor de sus intereses, necesidades o deseos mediante el diálogo y la conversación. En la visión tópica la argumentación no se realiza en abstracto, sino que se fundamenta en determinados tópicos o lugares comunes[1397].

3.5.4. Modelo ecosistémico de mediación familiar

La propuesta sistémica parte de una concepción específica de las relaciones humanas, implica una forma de entender cómo se relacionan las personas y cómo se construye su ser a partir de esa específica forma de relacionarse; la interacción debe ser observada en torno a la idea de sistema entendido como una pluralidad de elementos que se relacionan en distintos niveles[1398].

El modelo ecosistémico de mediación se centra en la familia como un todo, donde los niños y demás miembros de la familia, que no son los padres, se ven implicados de forma indirecta, y si es posible directamente[1399]. Se define como un sistema de decisión

[1394] OTERO PARGA, Milagros María: «Los modelos teóricos de la mediación», en Helena SOLETO MUÑOZ y Milagros María OTERO PARGA (coords.): *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, *op. cit.,* p. 164.
[1395] BANDIERI, Luisa María: «Los terceros y el conflicto», en Helena SOLETO MUÑOZ y Milagros María OTERO PARGA (coords.): *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, *op. cit.,* p. 70.
[1396] *Ibid.*, p. 63.
[1397] OTERO PARGA, Milagros María: «Los modelos teóricos de la mediación», *op. cit.,* pp. 165 y 169.
[1398] CALVO SOLER, Raúl: «Del alcance de la mediación», *op. cit.,* p. 11.
[1399] PARKINSON, Lisa: *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, *op. cit.,* p. 52.

participativa donde los miembros de la familia, principalmente los padres, buscan obtener acuerdos en asuntos que tienen implicaciones y consecuencias psicológicas, sociales, económicas y jurídicas[1400]. El modelo ecosistémico, en un momento familiar especialmente crítico, de transición y de reajuste, ayuda a los miembros de la familia a gestionar estos cambios y la comunicación entre ellos, a fin de poder tomar decisiones de cara al futuro, y se diferencia de la terapia familiar en su dimensión interdisciplinaria, en la comprensión y gestión de los conflictos, no asumiendo objetivos específicamente terapéuticos[1401]; la mediación familiar necesita distinguirse de intervenciones de *counselling* y de la terapia, y aunque es evidente que la mediación puede tener efectos terapéuticos, estos no constituirán el foco de la mediación[1402]. El modelo ecosistémico se introduce en otros procesos privados que conciernen a la familia y los sistemas públicos, por ejemplo, los sistemas jurídicos, los económicos, o los servicios públicos de asistencia a las familias; este enfoque interdisciplinario facilita trazar acuerdos sobre asuntos que ni abogados ni terapeutas podrían abordar de forma aislada[1403].

Para entender la ecología y el sistema de la evolución familiar los mediadores diseñan «ecogramas», diagramas que muestran las estructuras familiares con sus relaciones de líneas verticales generacionales; esta herramienta, el «ecograma», se utiliza para ilustrar la ecología de las familias en transición, que tienden a crecer hacia fuera sobre un eje horizontal, de forma amplia, y no solo verticalmente, de forma estrecha; el «ecograma» es la versión modificada de un «geneograma», que se emplea en terapia de la familia, pero con propósito distinto[1404].

Los principios rectores de los modelos ecosistémicos pueden resumirse en estos cinco: (i) los miembros de la familia —principalmente los padres— pueden necesitar ayuda para acordar las nuevas situaciones que se producen en otros aspectos de sus vidas (niños, vivienda, situación económica); (ii) el enfoque interdisciplinario implica la actuación del mediador en distintos marcos interconectados, de carácter cultural, social o jurídico, que deberá tener conocimientos específicos para su correcta comprensión; (iii) los niños son personas con derechos propios que no pueden tratarse como posesiones; (iv) una familia separada sigue siendo una familia, pues las necesidades de sus miembros se interrelacionan, pudiendo requerir ayuda para comunicar sus problemas; y (v) los niños y adolescentes necesitan entender los cambios en sus vidas; en consecuencia, si ambos padres están de acuerdo, pueden participar directa o indirectamente en la mediación; se

[1400] PARKINSON, Lisa: «El modelo eco-sistémico de mediación familiar», *Revista La Trama*, núm. 1 (2003), p. 5.
[1401] PARKINSON, Lisa: *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, *op. cit.,* p. 57.
[1402] PARKINSON, Lisa: «El modelo eco-sistémico de mediación familiar», *op. cit.,* p. 5.
[1403] *Idem*.
[1404] *Ibid.*, p. 2.

precisa formación adicional de los mediadores familiares para poder hacer partícipes a los niños en la mediación[1405].

3.5.5. Mediación motivacional

La entrevista motivacional (en adelante, EM) es un modelo de psicoterapia que surgió de la experiencia práctica en el campo del tratamiento de la adicción al alcohol[1406]. William Miller y Stephen Rollinck definen la EM como «una forma concreta de ayudar a las personas para que reconozcan y se ocupen de sus problemas potenciales y presentes»; es especialmente útil para aquellas que se muestran ambivalentes y reticentes al cambio, con habilidades y recursos útiles para el desbloqueo o la inmovilización de sus conflictos motivacionales, y su progreso hacia un cambio duradero[1407]. La EM se especializa en el estudio de distintas formas de aproximación a los pacientes para descubrir el modo más eficaz de lograr la adhesión a la terapia, y así los objetivos de cambio[1408]. La EM, como psicoterapia, contiene «mecanismos» psicolingüísticos vinculados al desarrollo de la voluntad y a la autorregulación mediante el lenguaje, además de integrar un componente relacional, y el apoyo a la autonomía, elemento clave en su espíritu subyacente[1409]. William Miller y Stephen Rollinck aclaran que el método de la EM inicialmente se ha empleado para tratar conductas adictivas como el alcohol, drogas, trastornos de la alimentación, juego patológico y otras compulsiones, y está destinada igualmente para aquellos profesionales que incluyen en su trabajo la terapia con personas necesitadas de cambio, como los consultores, psicólogos, miembros del clero, trabajadores sociales, médicos, enfermeros[1410].

Los cinco grandes principios clínicos que inspiran la EM son: (i) expresar una empatía, (ii) crear una discrepancia, (iii) evitar la discusión, (iv) darle un giro a la resistencia, y (v) fomentar la autoeficacia[1411].

En el ámbito de la mediación, la EM tiene por objeto devolver a las partes su responsabilidad a fin de que puedan tomar decisiones, ayudándolas a descubrir y entender sus motivaciones, focalizando su atención hacia cambios que pueden propiciar la salida del

[1405] *Ibid.*, pp. 4-5.
[1406] MILLER, William R. y Stephen ROLLNICK: «Meeting in the middle: motivational interviewing and self-determination theory», *The International Journal of Behavioral Nutrition and Physical Activity*, núm. 9 (2012), p. 1.
[1407] MILLER, William R. y Stephen ROLLNICK: *La entrevista motivacional* (trad. Montserrat Asensio Fernández), 3.ª ed. Barcelona (España): Paidós, 2015, p. 50.
[1408] MADRID LIRAS, Santiago: «Entrevista motivacional en mediación», *Revista de Mediación*, vol. 7, núm. 1 (2014), p. 84.
[1409] MILLER, William R. y Stephen ROLLNICK: «Meeting in the middle: motivational interviewing and self-determination theory», *op. cit.,* p. 1.
[1410] MILLER, William R. y Stephen ROLLNICK: *La entrevista motivacional*, *op. cit.,* p. 6.
[1411] *Ibid.*, p. 54.

conflicto[1412]. Los procesos por los que pasa la EM son cuatro: (i) el *compromiso*, como primer objetivo, iniciar una relación de ayuda y confianza mutua entre las partes y el mediador, quien intenta entender cuáles son las motivaciones, emociones o conceptos que han promovido las conductas de las partes, legitima a la parte como persona, sus pensamientos y vivencias, lo que no significa justificar su conducta o validarla si fuera inadecuada, y las apoya de forma prácticamente incondicional; (ii) la *focalización*, el mediador centrará la atención de las partes en el movimiento hacia el cambio, las ayudará a clarificar sus objetivos, a situarse: dónde están y hacia dónde dirigirse para lograrlo; el mediador actuará en un punto intermedio entre una marcada directividad, que podría causar resistencia al cambio, y una desmedida pasividad, como simple acompañamiento que igualmente puede producir inmovilismo al cambio; (iii) la *evocación*, propiciar el deseo al cambio, el mediador, mediante motivaciones, amplía la visión de la partes, situándolas en un contexto diferente, despertando la intención de cambiar, incidiendo en lo negativo de su rechazo, y en lo positivo, al tiempo que trabaja con ellas su autoeficacia para resolverlo; y (iv) la *planificación*, preparación de los acuerdos; este es el proceso donde se proponen soluciones, cómo organizarse con el fin de materializar el tiempo[1413].

3.5.6. Otros enfoques de mediación: neurolingüístico, integrador, y transcend

Además de los tres modelos principales, existe en la mediación una amplia gama de otros enfoques y propuestas que proceden de diversas disciplinas, como por ejemplo el de Cecilia Ramos Mejía, que enfoca la mediación desde la filosofía, la pedagogía y la programación neurolingüística, o el modelo *tópico* propuesto por Bandieri, basado en el «sentido común»[1414].

Cecilia Ramos Mejía, especializada en mediación escolar, y formada en Florida por Peace Education Foundation, fundamenta su método en la programación neurolingüística (PNL) y los niveles lógicos de Bateson, ambos como recursos que permiten comprender el conflicto allí donde se origina, el cerebro, entender cómo se ha formado, y resolverlo desde el pensamiento[1415].

La PNL se originó en el año 1970 como consecuencia de la investigación de Richard Bandle y John Grinde, en un estudio sobre el éxito de los tratamientos de algunas terapias, concluyendo que es posible conocer la estrategias de éxito y su aprendizaje; la palabra «programa» se refiere al estudio de las pautas o programas que sigue nuestro

[1412] MADRID LIRAS, Santiago: «Entrevista motivacional en mediación», *op. cit.,* p. 84.
[1413] *Ibid.*, pp. 90-92.
[1414] NADAL SÁNCHEZ, Helena: *El contexto ético-filosófico de la mediación y la proyección moral del modelo transformativo*, *op. cit.,* p. 54.
[1415] RAMOS MEJÍA, Cecilia: *Un mirar, un decir, un sentir en la mediación educativa*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2004, p. 54.

comportamiento, cuyo aprendizaje se basa en la automatización de las conductas en patrones o programas ejecutados sin atención; la palabra «neuro» refiere los procesos mentales, mecanismos de pensamiento y procesos de información que posteriormente se reflejan en nuestro comportamiento, y modifica la forma de aprendizaje; y la palabra «lingüístico» estudia el lenguaje y cómo los procesos mentales se ven reflejados en la forma en la que hablamos[1416].

La mediación integradora es un método creado por M.ª del Castillo Falcón Caro, y consiste en «integrar no solo la aptitud, sino sobre todo la actitud de un mediador en el afrontamiento de conflictos»[1417], donde confluyen filosofía, psicología y derecho. La filosofía permite la comprensión de las actitudes de las partes del proceso, su comportamiento, que deriva de su forma de pensar, de la representación subjetiva del mundo en el que viven. La filosofía sirve para determinar cómo cooperar como estrategia ante el conflicto; este método integrador parte de la comprensión de la influencia natural de los pensamientos en los sentimientos y en el comportamiento o actos de las personas; está relacionado con la filosofía del lenguaje, el poder de la palabra y su significado, y su relación con las personas. También está relacionado con la filosofía de la mente, que incluye la investigación de las percepciones, sensaciones, emociones, fantasías, sueños, pensamientos y creencias, que llega al método a través de su herramienta principal, la PNL. Sócrates recurre a su propia «estrategia», la mayéutica, usando básicamente el diálogo para llegar al conocimiento, técnica utilizada en el *coaching*, de las herramientas del método integrador[1418]. La psicología explora conceptos como la percepción, la atención, la motivación, la emoción, el funcionamiento del cerebro, la inteligencia, la personalidad, las relaciones personales, la consciencia y la inconsciencia, y permite, sin entrar en parámetros terapéuticos, su gestión y descubrimiento en el proceso de la mediación.

La herramienta principal que emplea la mediación integradora es la PNL, y su objetivo es abrir alternativas de pensamiento para entender el conflicto a través de los procesos mentales e integrar la solución por el mismo camino; otra herramienta de apoyo es el *coaching* sistémico, que permite entender y respetar a la persona en toda su dimensión y complejidad, como sistema dentro de sistemas que se influyen entre sí a través de la propia sinergia[1419].

[1416] CABALLERO WANGÜEMERT, María: *Neuroeducación de profesores para profesores*. Madrid: Pirámide, 2017, p. 27.

[1417] Definición publicada en «La Mediación Integradora: rompiendo paradigmas», página web del Instituto de Mediación Integradora: <http://www.imediacionintegradora.com>.

[1418] FALCÓN CARO, María del Castillo: *La escuela integradora: para el ejercicio personal y profesional de la mediación*, *op. cit.,* pp. 64-65.

[1419] *Ibid.*, p. 72.

Por último, el método Transcend, ideado por el científico y profesor noruego Johan Galtung, donde trascender significa redefinir la situación conflictiva, convertir lo que parece bloqueado o insalvable en un panorama distinto con nuevas posibilidades, ir más allá de lo conocido hasta ese momento, traspasar los límites de la problemática[1420]. El conflicto afecta todo lo que hay en nosotros, nuestros sentimientos, nuestros pensamientos, nos exige todo lo que tenemos para ofrecer, y si esto no ocurre, nuestras emociones se expresarán fácilmente con violencia[1421].

Este método Transcend parte de dos triángulos: (i) el triángulo de la violencia, y (ii) el triángulo del conflicto. La violencia se traduce en conducta, y reconoce tres niveles de violencia: a) violencia directa: consiste en acontecimientos, la suma de los daños visibles e invisibles; b) violencia cultural: es más resistente al cambio, la conforman aspectos culturales como la religión, la ideología, el idioma; y c) violencia estructural: aquella que se materializa en la injusticia y la desigualdad como consecuencia de la propia estructura social[1422].

4. CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO: LA MEDIACIÓN ES PROCESO Y PROCEDIMIENTO.

La mediación no es una disciplina homogénea, su cuerpo teórico es interdisciplinar, y contiene elementos jurídicos y extrajurídicos. La teoría de la mediación, al estar en proceso de elaboración, se asienta aún sobre conocimientos no definitivos, que provienen en una parte considerable de la práctica profesional y de la experiencia de los mediadores.

Para que la mediación llegue a ser una disciplina autónoma, con un cuerpo teórico propio, precisa de unos parámetros universales que configuren su identidad y permitan su desarrollo natural. Estos parámetros deben proceder de las aportaciones de las diversas ciencias (derecho, psicología, empresa, trabajo social, filosofía y conflictología, entre otras) que en ella concurren, sumando todas ellas valor, y sin que ninguna pueda reclamar para sí el monopolio de la configuración de su estatus teórico.

La aportación del derecho, además de proporcionar a la teoría de la mediación, como institución jurídica, un régimen legal que le es propio, puede contribuir, a partir del mismo, a situarla en la categoría de «justicia», como una modalidad más de hacer justicia.

En los textos legales que regulan la mediación, son tres los elementos que pueden identificarse en su definición: el procedimiento, la intervención de las partes en el conflicto y la actividad del mediador. De estos tres elementos, es el procedimiento la vía a través de

[1420] FRANCO CONFORTI, Óscar Daniel: *Construcción de paz: diseño de intervención en conflictos*, *op. cit.,* p. 188.
[1421] GALTUNG, Johan: *Transcend and transform: An introduction to conflict work, op. cit.,* p. 4.
[1422] FRANCO CONFORTI, Óscar Daniel: *Construcción de paz: diseño de intervención en conflictos*, *op. cit.,* p. 188.

la cual sucede la mediación, es el dónde y cómo tiene lugar la intervención de las partes y la actividad del mediador. La naturaleza jurídica de la mediación, entendida como esencia, es procedimental. La característica jurídica principal que define la mediación, y a partir de la cual pueden vertebrarse los demás elementos que la integran, es la de configurarse como un procedimiento estructurado.

La mediación es simultáneamente proceso y procedimiento. Los conceptos de proceso y procedimiento no son intercambiables, sin embargo, en la mediación con frecuencia se emplean de forma indistinta. La mediación, desde la perspectiva del conflicto, es un proceso dinámico, y desde la perspectiva jurídica, es un procedimiento estructurado. Al hablar de mediación conviene referirse a ella como un proceso que formalmente se desarrolla mediante un determinado procedimiento legal.

No obstante, no toda intervención mediadora posee relevancia jurídica, sino tan solo aquella que responde a la predeterminación que le proporciona un procedimiento formal, sin que la estructura del procedimiento disminuya en nada la flexibilidad que caracteriza a la mediación; las partes siguen siendo soberanas para pactar entre ellas y con el mediador cómo se va a desarrollar, respetando unos mínimos, la estructura del procedimiento de la mediación.

El proceso de la mediación se desenvuelve, por lo general, siguiendo una metodología específica, y formalmente a través de un procedimiento que cuenta con una regulación jurídica propia; esta normativa procedimental ofrece por un lado un marco jurídico que otorga confianza a la actuación de quienes participan en ella, y por otro plena seguridad y eficacia jurídica a las decisiones, entre ellas el acuerdo si se alcanza, que logran las partes y que pone fin al conflicto.

Los principios fundamentales que informan la mediación constituyen la estructura inalterable sobre la que construir el procedimiento y los acuerdos. A su vez, la estructura del procedimiento se configura a través de una serie de fases o etapas generales que se siguen, con mayor o menor rigidez, en un orden preestablecido desde el comienzo de la mediación hasta su finalización. La esencia de la mediación la constituyen estos principios inspiradores del procedimiento, que son los elementos que determinan el modo en el que se perfila como institución jurídica.

La naturaleza procedimental de la mediación convierte la mediación en derecho adjetivo, en tanto que sirve a los participantes, las partes que median y mediador, como una vía que les permite dirimir sus diferencias con vistas a lograr, recorriéndola, acuerdos de justicia y en beneficio mutuo, que resuelvan su conflicto.

PARTE SEGUNDA.
FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA MEDIACIÓN

CAPÍTULO CUARTO. FILOSOFÍA JURÍDICA DE LA MEDIACIÓN

1. INTRODUCCIÓN A LA PREGUNTA SOBRE EL FUNDAMENTO JURÍDICO FILOSÓFICO DE LA MEDIACIÓN

La mediación, conforme describe el magistrado Luis A. González Martín, se define como una forma alternativa o adecuada, y pacífica, de resolución de conflictos, donde las partes enfrentadas, con la ayuda de un mediador, puedan resolver, de forma consensuada, sus disputas en un espacio neutral, materializando la solución mediante un acuerdo satisfactorio y mutuamente aceptado por aquellas[1423].

Para definir la mediación se ha recurrido, según explica Carlos Conforti, a fórmulas tan variadas como son el análisis del tipo de conflicto o la comparación con otros métodos de resolución de conflictos. La pregunta sencilla sobre qué es la mediación no guarda relación con la complejidad y dificultad que supone configurar una definición. Los obstáculos que dificultan no disponer actualmente de una definición clara y consensuada de la mediación son, sefún Conforti, básicamente dos: el primero se refiere a la brevedad de la historia de la mediación contemporánea, que incide directamente en la desvinculación entre teoría y práctica, y el segundo a la heterogeneidad de los profesionales que trabajan en la mediación, propiciando con ello un considerable grado de confusión. No obstante lo anterior, para Conforti la definición de la mediación debe ser abordada en tres niveles: (i) como proceso, (ii) un hacer y (iii) el ser del mediador. Así, Conforti define la mediación como «un proceso de gestión de conflictos más o menos estructurado, en el que interviene un tercero que ayuda a las partes a satisfacer sus expectativas y necesidades en relación al conflicto mediante la cooperación y coordinación»[1424].

El concepto de mediación, por su propia importancia para la teoría y la experiencia jurídica, se presenta, según Enrique César Pérez-Luño Robledo, con rasgos de marcada equivocidad. Mediante el concepto de mediación se puede delimitar ulteriormente su alcance y su regulación normativa, lo que nos sitúa desde el principio ante la difícil tarea que supone la diversidad de planos en los que esta categoría jurídica viene empleada y la

---

[1423] GONZÁLEZ MARTÍN, Luis Aurelio: «La mediación: sistema alternativo o complementario de resolución de conflictos», en Luis Aurelio GONZÁLEZ MARTÍN (dir.): *Mediación y tutela judicial efectiva: la justicia del siglo XXI*. Madrid: Editorial Reus, 2019, pp. 34-35.

[1424] FRANCO CONFORTI, Óscar Daniel: *Tutela judicial efectiva y resolución de conflictos en España*. Madrid: Tecnos, 2016, p. 13.

pluralidad de perspectivas desde las que es asumida. Este autor considera que, con frecuencia, los cambios y reformas en el lenguaje normativo o las categorías del lenguaje de los juristas no son producto de preferencias casuales o arbitrarias, sino que suelen obedecer a mutaciones políticas, sociales o culturales de las que las nuevas fórmulas o definiciones pretenden dar cuenta[1425].

El contenido de la mediación y su práctica constituyen para Rubén Calcaterra contextos pendientes hoy en día de construir. El desafío en la mediación ha sido y sigue siendo el provocar una tensión dialógica entre la teoría de la mediación y la práctica reflexiva, de tal entidad que permita el desarrollo de un proceso de profesionalización de la mediación[1426].

El objetivo de estudio que se aborda en este capítulo de la tesis consiste en justificar la introducción en la definición de la mediación del concepto de justicia, afirmando que es justicia, y acometiéndolo a partir de sus fundamentos jurídico filosóficos. Este objetivo supone una significativa novedad en relación a las actuales definiciones de la mediación.

Un referente inspirador para este propósito se ha encontrado en el eslogan «la mediación es justicia», publicitado por el Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME), sección española, en su sitio web, y que tiene como finalidad impulsar los métodos alternativos de resolución de conflictos, en especial la mediación, desde el ámbito de los tribunales. Para acotar el campo de investigación se ha decidido limitar el estudio de los fundamentos filosóficos de la mediación desde las teorías de la justicia de dos autores, el norteamericano John Rawls y el alemán Jürgen Habermas.

Otro referente inspirador para el propósito de este capítulo cuarto es la «justicia relacional» a la que se refiere Pompeu Casanovas en su preocupación por la falta de fundamento existente dentro de la teoría del Estado de derecho de un tipo de justicia que proviene de la base, y que él mismo ha denominado «justicia relacional». Esta modalidad de justicia no se imparte para aplicar una ley por parte de los órganos estatales competentes, como son los tribunales de justicia, sino que «se estructura a partir de la autorregulación de patrones o pautas sociales que actúan y se generan de abajo arriba para dar solución a problemas sociales o políticos». Este tipo de justicia, la «justicia relacional», se aplica a múltiples situaciones como son: (i) la justicia de transición en situaciones posbélicas, (ii) en Estados fracasados o destruidos, (iii) la justicia para las víctimas en situaciones colectivas de genocidio o violencia masiva, (iv) la justicia en casos de mediación penal víctima-agresor (*Victim-Offender Mediation*, VOM). De igual manera,

[1425] PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, Enrique César: «La mediación como proceso», en Pedro M.ª QUESADA LÓPEZ (coord.): *La mediación como método para la resolución de conflictos*. Madrid: Dykinson, 2017, pp. 48-49.
[1426] CALCATERRA, Rubén Alberto: *Mediación estratégica*, *op. cit.,* pp. 31-32.

Pompeu Casanovas proyecta este tipo de «justicia relacional» a los casos de justicia reparadora en ámbitos más próximos o cotidianos para el ciudadano, como son los conflictos entre vecinos, medioambientales, disputas familiares, porque en ellos subyace la dimensión relacional que las leyes no dirimen y «para cuya conceptualización la ciencia política y la teoría del derecho aún no disponen de un lenguaje común»[1427].

Desde otro ámbito, el penal, a la mediación se le denomina «justicia restaurativa», y se debe a la consecuencia de un cambio de paradigma en la forma de abordar los conflictos penales. La «justicia restaurativa» emplea la herramienta del diálogo para conseguir la pacificación del conflicto teniendo en cuenta las necesidades de la víctima, del infractor, y de la sociedad en su conjunto. La «justicia restaurativa» proporciona un espacio de seguridad y protagonismo a la víctima, evitando con ello que sea sometida a la victimización secundaria que sucede durante el proceso penal[1428].

Luis A. González Martín apunta que, en la mediación, las partes son los jueces de sus propias decisiones, y el acuerdo que logran pactar por sí mismas, en su caso, lo ha denominado «solución judicial». En la medida en que son las propias partes quienes consiguen poner fin al proceso con la ayuda del mediador, estas se convierten en sus propios jueces y, más que una decisión judicial, se está en presencia de una «solución judicial». Esto es así porque, cuando en una mediación intrajudicial las partes logran alcanzar un acuerdo en el seno de un pleito ya comenzado, obtienen su homologación por el juez, o si es extrajudicial la mediación, se puede solicitar la ejecución judicial del acuerdo mediado y elevado a escritura pública[1429].

Sin embargo, la fundamentación que se propone en este capítulo como justificación para defender que la mediación es justicia no se sustenta en la capacidad de las partes de erigirse en los jueces que dictan sus propias decisiones y con eficacia de cosa juzgada. La perspectiva desde la cual se pretende fundamentar la introducción de la noción de justicia en la definición de la mediación es filosófica y proviene de ser justicia procedimental.

¿Por qué motivo se pretende investigar sobre la definición de la mediación? La definición es el instrumento metodológico más importante del estudio del derecho en la tradición dogmática continental, y se presenta de modo habitual como la determinación

[1427] CASANOVAS I ROMEU, Pompeu: «Republicanismo y Justicia relacional», *op. cit.*, pp. 262-263.
[1428] SOLETO MUÑOZ, Helena: «Las políticas públicas en materia de Justicia restaurativa en Justicia de menores», en Helena SOLETO MUÑOZ (dir): *Reflexiones en torno a la Justicia restaurativa en el ámbito del menor infractor*. Madrid: Dykinson, 2019, p. 6.
[1429] GONZÁLEZ MARTÍN, Luis Aurelio: «La mediación: sistema alternativo o complementario de resolución de conflictos», *op. cit.*, p. 36.

de la naturaleza jurídica de una institución[1430]. La definición legal puede perseguir los siguientes tres fines no excluyentes entre sí: (i) dar mayor precisión a un término y restringir su alcance, (ii) ampliar el alcance de un término para incluir situaciones que no están cubiertas claramente por su sentido más directo, y, por último, (iii) introducir un término nuevo, que no tiene uso en el lenguaje común, resultando imprescindible asegurarle un sentido mediante una definición.

Las definiciones, según Eugenio Carlos Achourron y Eugenio Bulygin, no son ni normas de conducta ni reglas técnicas, aunque es posible formular estas últimas; su única función es la de contribuir a la identificación de las normas en las que figuran los términos definidos[1431]. Josep Guiló Regla comenta que estos dos autores defienden que las definiciones legales tienen la función de contribuir a la identificación de las normas y no la de prescribir conductas. Sostienen que todas las definiciones son traducibles a una forma canónica, y no hay diferencias entre las definiciones que realiza el legislador y las definiciones estipulativas privadas[1432].

En la ciencia jurídica las nociones relevantes están formuladas en términos generales, que permiten su aplicación a normas de cualquier índole[1433]. Las definiciones jurídicas, en tanto que buscan la naturaleza jurídica de una institución, se pueden encuadrar en las denominadas «definiciones esencialistas», de origen teórico en la acepción aristotélica de la definición. El objeto de estas definiciones es perseguir, descubrir o detectar la esencia, la naturaleza jurídica de una institución jurídica. En la definición aristotélica esencialista, el término definido nombra una esencia y la fórmula definitoria es la descripción de esa esencia[1434].

Por tanto, es objeto de este capítulo fundamentar filosóficamente la mediación en términos de justicia con el propósito de que forme parte de su definición. Si las definiciones identifican la esencia de los términos, se pretende introducir la noción de justicia en la definición de lo que es la mediación. Este propósito se plantea a partir de los fundamentos jurídico filosóficos de la mediación que se asientan sobre la justicia procedimental pura, formulada inicialmente por John Rawls, como mecanismo para aplicar el principio de la justa igualdad de oportunidades, y retomada posteriormente por Jürgen

[1430] GARZÓN VALDÉS, Ernesto y Francisco Javier LAPORTA SAN MIGUEL (coords.): *El derecho y la justicia* (3.ª ed.). Madrid: Trotta; Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2013, p. 23.
[1431] ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio BULYGIN: *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, pp. 448 y 456.
[1432] AGUILÓ REGLA, Josep: «Sobre "definiciones y normas"», *Doxa*, núm. 8 (1990), pp. 275 y 278.
[1433] ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio BULYGIN: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1987, p. 7.
[1434] BULYGIN, Eugenio (ed.): *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, pp. 12 y ss.

Habermas, en la acción comunicativa y en lo que él denomina «situación ideal del habla», donde las personas tratan de alcanzar acuerdos sobre la verdad y la justicia.

El procedimiento de la mediación y el acuerdo que en su caso alcancen las partes son justicia, y esta hipótesis se fundamentará en una razón de justicia procedimental: en tanto que los participantes son personas, como sujetos de lenguaje y acción, son capaces de alcanzar un acuerdo que dirima sus diferencias. En un procedimiento de mediación no existen criterios o baremos independientes que permitan juzgar el resultado del acuerdo que en su caso se alcance en el seno del procedimiento de la mediación. La consideración de justicia dependerá del cumplimento de las formalidades del procedimiento que define la mediación y de la deliberación que las partes desarrollan durante el mismo, permitiéndoles, en su caso, alcanzar un resultado mtuamente aceptable. En un procedimiento de mediación pueden producirse innumerables e indefinidos resultados, pero lo que hace que uno de ellos sea justo es el hecho de que se haya llegado a él siguiendo de forma efectiva un esquema de cooperación justo.

Los acuerdos que de común acuerdo adoptan las partes en un procedimiento de mediación, y que ponen fin a una disputa, son decisiones expresables en enunciados que ellas formulan, tienen que ser reconocidos como verdaderos o probados, y en los que se ven afectados sus intereses. Las propuestas de los intereses deben estar fundamentadas o justificadas en un sistema de valoraciones objetivas, que se concreta a su vez en un sistema de enunciados. La argumentación en este procedimiento de entendimiento que es la mediación tiene como cometido la corrección de los enunciados que las partes proponen y discuten, es una actividad lingüística a la que se puede denominar discurso práctico. Una de las propuestas formuladas en este capítulo consiste en afirmar que el discurso que tiene lugar en un procedimiento de mediación es un tipo especial de discurso práctico general, tal y como lo ha elaborado Jürgen Habermas.

El discurso tendrá por objeto la corrección de enunciados normativos. Así, el punto de partida de este discurso, como apunta Robert Alexy, lo integran las convicciones normativas, los deseos e interpretaciones de necesidades existentes, y las informaciones empíricas de los participantes[1435].

Por último, la incardinación de los postulados de Rawls y Habermas a la definición de la mediación en la respuesta a la pregunta sobre cuál es la razón jurídica filosófica de la mediación constituye el resultado del objeto de investigación de este cuarto capítulo de la tesis.

[1435] ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007, p. 37.

2. BREVE APROXIMACIÓN DOCTRINAL AL CONCEPTO DE JUSTICIA

En su obra *Filosofía*, Ludwig Wittgenstein reflexiona sobre el problema filosófico y lo define como «una conciencia del desorden en nuestros conceptos y, mediante su puesta en orden, puede superarse»[1436], siendo el filósofo «quien nos provee de la palabra con la cual se puede expresar la cosa y hacerla inocua»[1437]. Define la filosofía como una suerte de trabajo en la propia manera de pensar, en cómo uno ve las cosas, y en lo que se requiere de ellas. Por eso la elección de nuestras palabras es tan importante, porque se trata de dar exactamente con la fisonomía de la cosa, porque «solo el pensamiento exactamente encauzado puede conducirnos por el camino correcto»[1438].

A modo de ejemplo, se pueden comparar, explica Ludwig Wittgenstein, los problemas filosóficos con cajas de caudales que se abren mediante la colocación de una determinada palabra o un determinado número, y hasta que no encontremos esta palabra, ninguna fuerza puede abrirla, y una vez hallada, cualquiera puede hacerlo sin esfuerzo. Así, el concepto de presentación panorámica es esencial, pues indica nuestra forma de presentar las cosas, el modo de verlas, y nos procura la comprensión, el entendimiento, que consiste en que veamos conexiones, de ahí la importancia de las piezas intermedias[1439].

La palabra que se pretende introducir en la definición de la mediación, la que nos adentra en su fisonomía, es el concepto de justicia, un concepto práctico, relacionado con nuestra acción[1440]. La justicia es un concepto complejo que impregna el pensamiento social de una forma inigualable, y es básico, tanto para la ley como para la ética y la política[1441].

La justicia no es simplemente un valor destacable entre otros, que pueda ponderarse según lo requiera una situación, sino que se constituye en el medio para evaluar y sopesar valores. En este sentido se puede afirmar que es el valor de los valores, que no está sujeto al mismo tipo de compensaciones que los valores que regula[1442]. No se puede reducir la justicia a la Administración de la Justicia contenciosa, ni los cuerpos judiciales o la abogacía tienen su monopolio, sino que pertenece a toda la sociedad civil. Se

[1436] WITTGENSTEIN, Ludwig: «Filosofía», *Revista de Filosofía*, vol. V, núm. 7 (1992), p. 23.
[1437] *Ibid.*, p. 7.
[1438] *Idem.*
[1439] *Ibid.*, pp. 17-19.
[1440] VELASCO, Marina: *¿Qué es justicia?* Buenos Aires: Eudeba, 2011, p. 24.
[1441] RAPHAEL, David Daiches: *Concepts of Justice*. Nueva York (Estados Unidos): Oxford University Press, 2001, p. 1.
[1442] SANDEL, Michael J.: *El liberalismo y los límites de la justicia*. Barcelona (España): Gedisa, 2009, p. 32.

puede definir la justicia como «todo un sistema que se enmarca dentro del movimiento de lo que la filosofía del derecho denomina la justicia deliberativa»[1443].

El filósofo Tom Campell suscribe que la mayoría de los teóricos y teorías liberales contemporáneas sobre la justicia se centran más en preguntar sobre qué es lo justo, y cuáles son los criterios adecuados para determinar si algo es o no justo, y menos en indagar sobre el concepto de justicia. Priorizan en su estudio una cuestión sustantiva, determinar cuáles son los principios de los que participa la justicia, proponiendo fórmulas donde incluyen distintos elementos puestos en relación, como el debate, el consentimiento, la información y la imparcialidad[1444].

Para John Rawls, «la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento»[1445]. Las cuestiones de justicia surgen cuando existen varias partes diferentes, bien sean individuos, asociaciones o naciones, que insisten en hacer valer sus pretensiones y donde cada una se considera representante de intereses que merecen ser tomados en consideración[1446]. Lo que da origen a la cuestión de la justicia es la existencia de personas mutuamente interesadas que hacen valer entre sí sus pretensiones enfrentadas, entre las cuales hay que encontrar una ponderación o equilibrio equitativo. Por eso la justicia es «la virtud de las prácticas en las que se presupone que existen intereses rivales y pretensiones conflictivas y que las personas van a insistir en sus derechos frente a otras»[1447].

Robert Alexy apunta que la fórmula clásica según la cual la justicia es dar a cada uno lo suyo evidencia que el objeto de la justicia no es todo el campo de la moral, sino solo aquella parte donde se cuestionan repartos y compensaciones. En los casos de justicia distributiva, como son los impuestos y la asistencia social, siempre existe un sujeto que distribuye y una pluralidad de sujetos. En el ámbito de la justicia conmutativa no se trata, al menos inicialmente, de una relación entre sujetos, sino de una relación entre objetos o entre cosas en un sentido amplio. Entre la justicia distributiva y conmutativa subsisten relaciones muy estrechas, al mismo tiempo que complejas. El objeto de la justicia, afirma Alexy, son las distribuciones y compensaciones. Un caso determinado se configura como un problema de justicia solo si se construye o conceptualiza de forma tal que en el mismo

[1443] Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, p. 3. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/InstListDownload/Propuesta_de_anteproyecto_de_Ley_de_eficiencia_de_la_Jurisdiccion_ContenciosoAdministrativa.PDF>.

[1444] CAMPBELL, Tom: *La justicia. Los principales debates contemporáneos*. Barcelona (España): Gedisa, 2011, p. 33.

[1445] RAWLS, John: *Una teoría de la justicia*, *op. cit.,* p. 17.

[1446] RAWLS, John: *Justicia como equidad*. Barcelona (España): Paidós Ibérica, 2012, p. 139.

[1447] *Ibid.*, pp. 140-141.

se considere una distribución o compensación. Cuando está en cuestión la justicia, aquello que está en cuestión es siempre una distribución y/o una compensación[1448].

La noción de justicia se puede analizar de múltiples maneras, una de ellas es la que propone Aristóteles, dividiéndola en dos partes principales: la «justicia distributiva» *vs* la «justicia correctiva». La justicia distributiva se refiere a la división proporcional de beneficios y cargas sociales; así, por ejemplo, muchas cuestiones de política fiscal son cuestiones de justicia distributiva. Y la justicia correctiva implica la rectificación de la injusticia, que incluye una variedad de temas de derecho, como el penal entre otros muchos. Lawrence Solum complementa esta distinción añadiendo que la «justicia procedimental» se refiere a los medios que los grupos sociales, incluidos gobiernos, instituciones privadas y familias, emplean para determinar los requisitos de la justicia correctiva y distributiva a los casos particulares. Una concepción de la justicia procedimental especifica las condiciones en las que el empleo de las normas de justicia correctiva a casos particulares, es justo[1449].

En el ámbito de la mediación, el profesor Robert Baruch Bush menciona la existencia de un grupo de estudios asociado con la teoría de la «justicia procedimental», que utilizan diversas técnicas de investigación para medir las actitudes sobre los procedimientos consensuales, en comparación con procedimientos de imposición como son los procedimientos judiciales o el arbitraje, y sus hallazgos muestran que las partes suelen preferir los primeros, incluso cuando los resultados que reciben en ellos son desfavorables. La razón principal de esta preferencia es el valor que para los contendientes representa el «control del procedimiento», un término que incluye tanto la oportunidad de una participación significativa en la determinación del resultado del procedimiento, cualquiera que sea en última instancia, como la oportunidad de una plena autoexpresión. Los procedimientos consensuados como la mediación y la negociación ofrecen un mayor grado de control de los procesos, y por lo tanto son vistos por las partes como subjetivamente más justos y los priorizan, independientemente de si al final conducen a resultados favorables. En otras palabras, la investigación de la justicia procedimental muestra que a las partes les importa tanto cómo se lleva a cabo la solución de controversias como qué resultados se obtienen, y los procedimientos consensuados proporcionan el «cómo» que las partes valoran más[1450].

En concreto, en la mediación penal se habla del término «justicia restaurativa» para referirse al procedimiento por el cual el ofensor y la víctima resuelven de manera conjunta

[1448] ALEXY, Robert: *La doble naturaleza del derecho*, *op. cit.,* p. 47.
[1449] SOLUM, Lawrence B.: «Procedural justice», *op. cit.,* p. 238.
[1450] BARUCH BUSH, Robert A.: «"What Do We Need a Mediator For?": Mediation's "Value-Added" for Negotiators», *op. cit.,* pp. 5-6.

y con la ayuda de un tercero imparcial las consecuencias del delito, como la reparación del daño causado, y las implicaciones futuras. Es la llamada «justicia reparadora»[1451].

Por otro lado, interesa resaltar la idea de equidad en John Rawls, como componente fundamental en el concepto de justicia, porque de igual modo está latente en el fundamento jurídico de la mediación. Para Rawls, las cuestiones de equidad surgen cuando personas libres que carecen de autoridad las unas sobre las otras emprenden una actividad conjunta y establecen o reconocen entre ellas las reglas para definir la distribución de sus respectivas cuotas de beneficios y cargas. A esas personas les resultará equitativa una determinada práctica o actuación si ninguna siente que, por participar en ella, los demás pueden sacar una ventaja o están siendo forzados a ceder ante pretensiones que no consideran legítimas. Esto supone que cada una de las partes tiene una concepción de lo que son pretensiones legítimas, y piensa que es razonable que los otros las reconozcan también[1452].

Cuando las partes afectadas por un conflicto deciden recurrir a la mediación para resolver sus discrepancias, son conocedoras de que intervendrán como personas libres y en pie de igualdad entre ellas, sin que pueda prevalecer una superioridad o autoridad de una sobre la otra, incluso si existe como tal en sus relaciones jerárquicas; píensese en el trabajador y la dirección de la empresa en un conflicto laboral. El mediador se erige en el garante del cumplimiento de estos principios de igualdad e imparcialidad que deben presidir todo procedimiento de mediación. De igual manera, siguiendo la idea de equidad de Rawls, es preciso que las partes y el mediador, con el fin de poder acordar cuál será, en orden a resolver sus diferencias, la distribución de beneficios y cargas que pacten entre ellas, medien siempre sobre pretensiones legítimas y reconocerlas como tales.

La concepción de la justicia puede enunciarse mediante dos principios. El primer principio consiste en que cada persona que participa en una práctica, o que se ve afectada por ella, tiene un igual derecho a la más amplia libertad compatible con una similar libertad para todos; y el segundo proclama que las desigualdades son arbitrarias, a no ser que pueda razonablemente esperarse que redundarán en provecho de todos, y siempre que las posiciones y cargos a los que están adscritas, o desde los que pueden conseguirse, sean accesibles a todos[1453]. A su vez, estos dos principios expresan la justicia como un

[1451] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Verónica: «Reparación y modelos de justicia reparativa», en Helena SOLETO MUÑOZ y Áurea GRANÉ CHÁVEZ (dirs.): *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*. Madrid: Dykinson, 2007, p. 544.

[1452] RAWLS, John: *Justicia como equidad, op. cit.,* p. 143. El concepto de justicia estudiado por Rawls se refiere solo como virtud de instituciones sociales, o de lo que él denomina «prácticas», que emplea como «una suerte de término técnico para significar toda forma de actividad especificada por un sistema de reglas que define cargos, papeles, jugadas, castigos, defensas y así sucesivamente y que da a esa actividad la estructura que tiene».

[1453] *Ibid.*, p. 131.

complejo de tres ideas: libertad, igualdad y recompensa por servicios que contribuyan al bien común[1454]. Y estas ideas conectan con una concepción de la justicia propia de los sofistas griegos, donde la aceptación de los principios de justicia se considera como un compromiso entre personas que, con facultades de poder similar, impondrían su voluntad los unos a los otros si pudieran, pero que, dado que poseen igualdad de fuerzas entre ellos, y atendiendo a su propia paz y seguridad, reconocen ciertas formas de conducta, en función de lo que requiera la prudencia. La justicia, afirma John Rawls, se concibe de esta manera como un pacto entre egoístas racionales, cuya estabilidad depende de un equilibrio de poder y una similitud de circunstancias[1455].

La mediación forma parte del nuevo paradigma de justicia del siglo XXI. La finalidad de la mediación, comenta M.ª Eleba Cobas, es solucionar el conflicto, dándole otro cauce alejado de la vía judicial, y desde un punto de vista más global, modernizar la justicia[1456]. Es necesario, a los fines de redefinir el sistema de justicia, incorporar un nuevo enfoque de la comunicación y la racionalidad en los procedimientos diferente al sistema clásico de resolver los litigios en sede judicial. Para lograr ese cambio se requiere que personas, sociedades y culturas preserven la calidad de la comunicación desde el máximo respeto a las diferencias, la gestión saludable de la adversidad y la solidaridad bien entendida. En las teorías desarrolladas por Jürgen Habermas se encuentra el giro pragmático a la racionalidad, centrada en los diversos usos del lenguaje, los discursos y argumentos, con el fin de que sean ellos los que nos persuadan de la verdad de los enunciados problemáticos. Para definir un nuevo modelo de justicia, autocompositivo y necesario para la eficaz gestión de problemas, se articulará sobre el discurso y el consenso de los participantes como proceso *in fieri*[1457].

Para Antonio Márquez Prieto, la idea de justicia encuentra explicación desde la noción de relación, que es un nexo recíproco, lo que implica tanto vinculación como reciprocidad de relación entre valores, motivaciones y objetivos, y que en su estado inicial se traduce en «dar lo propio», o «promover lo otro». Si se ignora el ámbito de la reciprocidad, o lo que es lo mismo, el del comportamiento dinámico, interactivo, libre y plural de las personas, atendiendo únicamente a las normas, significa que se estará enfocando erróneamente lo jurídico. Así, Márquez Prieto considera que «justicia relacional» no se refiere a ninguna de las categorías concretas de justicia que se han

[1454] *Idem*.
[1455] *Ibid.*, pp. 139-140.
[1456] COBAS COBIELLA, María Elena: «Resolución extrajudicial de conflictos en la era de la modernización de la justicia. Algunas reflexiones sobre la mediación», *op. cit.,* p. 19.
[1457] MORALES FERNÁNDEZ, María Gracia: *La mediación: sistemas alternativos de resolución de conflictos. Sistemas complementarios al proceso. Un enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva*, *op. cit.,* pp. 298-301.

individualizado de forma clásica desde Aristóteles, como son la justicia distributiva o conmutativa, si bien las incluye y presupone, sino que remite a lo que el filósofo consideraba como justicia en sentido universal, o virtud perfecta. Esta justicia universal recibe su nombre por dos motivos: primero por englobar todas las virtudes, y segundo porque no se usa solamente para con uno mismo, sino para con los demás. En síntesis, es la obligación de actuar conforme a la virtud para con el otro. Podría decirse que la buena fe traduce el contenido positivo de la «justicia relacional» en términos básicamente de confianza. La «justicia relacional» es una característica o cualidad de la relación[1458]. Para Pompeu Casanovas, con un protagonismo cada vez mayor de la ciudadanía, los sistemas de «justicia relacional» cobran un papel creciente y más fundamental en la organización de las sociedades del siglo XX[1459].

Para comprender la mediación como justicia es preciso, como se pronuncia M.ª Dolores Pérez Jaraba, considerar a la Administración de la Justicia como un todo, que ofrece distintas alternativas de solución de conflictos, todas ellas con idéntica igualdad y respeto a las garantías constitucionales, para que sean los ciudadanos quienes decidan, cuando se vean afectados por un conflicto, la forma de resolverlo, en la modalidad autocompositiva, la mediación, o en la heterocompositiva, el proceso judicial. En consecuencia, la mediación no debe considerarse como un método aislado y aparte de la «tutela judicial efectiva» reconocida por el sistema jurídico, sino que debe conocerse y comprender su sentido y alcance dentro de la totalidad del ordenamiento jurídico. De ahí que sea preciso evitar la separación radical entre, por una parte, la justicia en el proceso judicial y, por otra, la justicia en los métodos alternativos de resolución de conflictos, como si cada una buscara objetivos sociales diferentes[1460].

3. JUSTICIA PROCEDIMENTAL PURA EN JOHN RAWLS

El objetivo de estudio es introducir, en la definición de la mediación, la noción de justicia como una explicación de su razón de ser, afirmando que la mediación «es justicia». Esta definición se sumará a las ya existentes, reforzando y complementando sus contenidos, que están referidos bien a su funcionalidad (método alternativo y complementario de la Administración de Justicia), bien a su carácter coyuntural (solución para resolver los actuales problemas estructurales del sistema judicial).

La definición de la mediación debe abordarse, no en referencia a su función «alternativa» o «complementaria» a otros métodos de resolución de conflictos, sino a su

[1458] MÁRQUEZ PRIETO, Antonio: «La justicia relacional como círculo virtuoso», *Recerca. Revista de Pensament y Anàlisi*, núm. 14 (2014), pp. 120-121 y 131.
[1459] CASANOVAS I ROMEU, Pompeu: «Republicanismo y Justicia relacional», *op. cit.,* pp. 263-264.
[1460] PÉREZ JARABA, María Dolores: *Teorías de la mediación y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 183.

esencia, a lo que ella es en sí y por sí misma considerada. La mediación, en el contexto de nuestra sociedad contemporánea, y para determinados conflictos, no resulta una alternativa o complemento del proceso judicial, sino el método de resolución más idóneo para llegar a solucionarlos. La mediación, como método de resolución de litigios, tiene un valor propio, y no debe definirse en función de lo que aporta a otros métodos de resolución de conflictos como puede ser el judicial. La mediación debe promoverse con independencia de las ventajas que proporciona su empleo sobre el funcionamiento de los tribunales de justicia, como son, entre otros, por ejemplo, mitigar la litigiosidad o descargar la presión de trabajo que el elevado índice de pleitos ejerce sobre el sistema judicial.

En este sentido, se pretende definir la mediación como un «espacio de justicia», un procedimiento estructurado de resolución de conflictos que proporciona a las personas y organizaciones un acceso a la justicia. Este procedimiento de resolución de conflictos se sitúa al lado y en pie de igualdad con el proceso judicial, al que también hoy en día se le denomina «justicia deliberativa».

El objeto de estudio se centra, en este apartado tres del capítulo cuarto de la tesis, en demostrar cómo la mediación tiene uno de sus fundamentos filosóficos en la teoría de la «justicia» elaborada por John Rawls, en concreto, en su «justicia procedimental».

John Rawls se propuso construir una concepción sustantiva de la justicia[1461], y para ello combina una sofisticada metodología con una visión sustantiva sobre lo que es justo[1462]. No trata de los principios de lo justo, sino de la naturaleza de la justicia misma[1463]. Aplica el término «justicia» tanto al contenido de su concepción como a su método para alcanzarla[1464]. La teoría de John Rawls intenta llevar a un nivel más alto de abstracción la teoría tradicional del contrato social formulada por Locke, Rousseau y Kant, sin que se ocupe, como las teorías clásicas, en estudiar cómo se originó la sociedad o se formó el gobierno, sino que busca indagar cómo, en el estado natural, personas libres y racionales habrían aceptado una serie de principios de justicia, lo que él denomina «justicia como imparcialidad»[1465].

En una primera formulación de su idea de la justicia, Rawls toma como referente argumental la teoría de juegos, y define la justicia como un pacto entre partes que persiguen sus propios intereses, y cuya estabilidad depende de un equilibrio de poder y

[1461] BONETE PERALES, Enrique: «Tugendhat contra Rawls y Habermas», *Anuario de Filosofía del Derecho,* vol. VI (1989), p. 340.
[1462] CAMPBELL, Tom: *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, *op. cit.,* p. 101.
[1463] SANDEL, Michael J.: *El liberalismo y los límites de la justicia*, *op. cit.,* p. 31.
[1464] RAPHAEL, David Daiches: *Concepts of Justice*, *op. cit.,* p. 197.
[1465] SUÁREZ-IÑIGUEZ, Enrique: *Filosofía política contemporánea: Popper, Rawls y Nozick*. Ciudad de México: Miguel Ángel Porrúa, 2005, pp. 53-55.

similitud de circunstancias; pero más tarde, formula la justificación de la justicia bajo el amparo de un argumento que, anclado en la tradición moderna del contrato social, lo innovaba al tomar como objeto de esa justificación los principios de la justicia, y no la legitimidad del Estado[1466].

La idea del contrato social surge de la necesidad de buscar un fundamento moral, no teológico, para la creación del Estado como entidad política independiente. Las distintas versiones del contrato social descritas en *El Leviatán* de Hobbes, el *Segundo tratado sobre gobierno* de Locke, y *El contrato social* de Rousseau, se caracterizan todas ellas por la importancia de obtener el consentimiento de los individuos respecto de las normas que limitan su libertad. Se propone una situación que denominan «estado de naturaleza», donde las personas que carecen de derechos se ponen de acuerdo sobre la base para establecer un sistema social que les atribuye derechos y obligaciones, incluidas las de cumplir ese acuerdo y obedecer al gobernante designado. El contrato social se ha usado tanto para explicar la obligación de los ciudadanos de obedecer la ley con sus límites, como para determinar cuál es el contenido de los derechos y obligaciones que vinculan a los miembros de una determinada sociedad civil y política[1467].

El trasfondo de las teorías del contrato social responde a una visión individualista de la sociedad, conforme a la cual la persona es la fuente de sus propios derechos y libertades públicas, y es de corte liberal, al exigir que la limitación de esas libertades implica una justificación moral. Se concibe la sociedad política como una asociación que promueve, entre sus fines, el asegurar los intereses de sus miembros de una forma coherente con la autonomía intrínseca e igualitaria de todas las personas. Al final, todas las evoluciones del contrato social, tanto el hipotético como uno histórico o real, tienen el efecto de hacer más entendible que el resultado del acuerdo es justo en tanto que aquello que acuerdan las personas libres e iguales puede ser considerado como aceptable[1468].

En la teoría de John Rawls, el objeto del contrato no es como en Rousseau y Kant el establecimiento del Estado, sino la estipulación de ciertos principios de justicia que servirán para evaluar las instituciones fundamentales de una sociedad[1469]. El filósofo estadounidense propone un modelo de toma de decisiones con el objetivo de institucionalizar un consentimiento informado e imparcial, y obtener de su aplicación unos principios firmes y aceptables de justicia. Se observa en su teoría una metodología procedimental, contractualista, y una visión sustantiva de la justicia, de los principios de

[1466] RODRÍGUEZ CEPEDA, Jesús: *El igualitarismo liberal de John Rawls: estudio de la teoría de la justicia*. Ciudad de México: Miguel Ángel Porrúa, 2010, p. 21.
[1467] CAMPBELL, Tom: *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, *op. cit.,* pp. 102-103.
[1468] *Ibid.*, p. 104.
[1469] NINO, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del derecho* (10.ª ed.). Barcelona (España): Ariel, 2004, p. 410.

justicia. La idea del contrato social ofrece la posibilidad de conciliar intereses y valores que se presentan como contrapuestos y aparentemente incompatibles entre sí, mediante un solo proceso comprometido y conocido de decisión. Su reformulación se opone al utilitarismo instalado en los años setenta en la filosofía política[1470].

John Rawls argumenta en su obra *Una teoría de la justicia* que los principios fiables de la justicia surgirán como resultado de un acuerdo original producido en una situación inicial debidamente definida. La idea de un contrato social no es nueva, pero la situación inicial ideal que diseña Rawls y sus implicaciones establecen su trabajo como algo genuinamente único[1471].

Para John Rawls cada uno de los miembros de una sociedad posee una inviolabilidad fundada en la justicia, que no puede quedar condicionada ni tan siquiera por el bienestar de todos los demás ciudadanos, así como tampoco la pérdida de libertad de algunas personas no puede ser rectificada con la mayor suma de satisfacciones de las que gozan los demás. Sin embargo, el principio de utilidad no es capaz de explicar que, en una sociedad justa, las libertades de la igualdad ciudadana se den por sentadas ni que los derechos asegurados por la justicia no estén sujetos a negociación política ni al cálculo de los intereses sociales. Resulta por tanto una necesidad buscar otra explicación de los principios de justicia que sea distinta a la del utilitarismo, y la alternativa más natural a este principio es su eterno competidor, la teoría del contrato social[1472].

Los individuos racionales que pertenecen a la sociedad, en la doctrina del contrato social, deben escoger juntos, en un solo acto conjunto, lo que entre ellos ha de contar como justo o injusto; son ellos quienes tendrán que decidir, de una vez por todas, cuál ha de ser su concepto de justicia. El objeto de la doctrina del contrato social es explicar la justicia a través de la presunción de que sus principios se alcanzan mediante el acuerdo suscrito por individuos racionales, libres e independientes, en una situación original de igualdad, lo que refleja la integridad e igualdad soberana de quienes forman parte del mismo[1473].

La justicia se refiere a los principios de convivencia cívica justa elegidos por aquellos que estarán sujetos a estos principios en una situación de elección que es en sí misma justa[1474]. Los principios de la justicia son los que las personas libres y racionales que velan

[1470] CAMPBELL, Tom: *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, *op. cit.,* pp. 101, 106 y 221.
[1471] THIBAUT, John; Laurens WALKER; Stephen LATOUR y Pauline HOULDEN: «Procedural Justice as Fairness», *op. cit.,* p. 1271.
[1472] RAWLS, John: *Justicia distributiva* [trad. de *Economic Justice,* Penguin Books, 1973, capítulo 4, sección 13, pp. 319-362] [en línea]. Disponible en: <https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183136/rev24_rawls.pdf>, p. 55.
[1473] *Idem*.
[1474] BEINER, Ronald: *Political Philosophy: What It Is and Why It Matters*. Nueva York (Estados Unidos): Cambridge University Press, 2014, p. 200.

por sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de la sociedad. Estos principios de justicia social son el objeto del acuerdo original y regularán también los acuerdos posteriores. Son elegidos tras un velo de ignorancia, que asegura que las distintas situaciones del destino natural de las personas, o de sus circunstancias sociales, no darán a las personas ventajas o desventajas al escoger estos principios. Los principios de justicia son el resultado de un acuerdo justo logrado como consecuencia de la posición original (posición original de igualdad que corresponde al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social), y la simetría de las relaciones entre las partes. Es la justicia entendida como imparcialidad. El nombre de «justicia como imparcialidad transmite la idea de que los principios de la justicia se acuerdan en una situación inicial que es justa»[1475].

Estos principios de justicia, según los concibe Rawls, son aquellos que establecen criterios para asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y que definen la distribución apropiada de los beneficios y cargas de la cooperación social. Rawls solo se ocupará de los principios de justicia que deben regir en una sociedad bien ordenada, es decir, una sociedad destinada al progreso del bien entre sus miembros, donde todos aceptan y saben que los demás aceptan a su vez esos mismos principios de justicia y que sus instituciones básicas se ajustan a tales principios[1476].

El filósofo Samuel Freeman, especialista de la teoría de la justicia, el contrato social y la filosofía política de John Rawls, explica cómo este autor actualizó la teoría de los derechos naturales del contrato social formulada por Locke, Rousseau y Kant, con una justificación moral acorde a la sensibilidad de su tiempo, una sociedad más científica, secular y democrática. El propósito que guía la obra de Rawls es justificar las instituciones primarias de una sociedad liberal y democrática en términos de una concepción de la justicia que los mismos miembros de una sociedad democrática puedan aceptar, en la que confiar para deliberar asuntos y para justificarse entre sí en las instituciones y leyes básicas que gobiernan aquella sociedad. Los argumentos principales del nuevo contrato social planteado por Rawls son, en primer lugar, la imparcialidad del acuerdo sobre principios de justicia alcanzado desde el «velo de la ignorancia», que oculta a las partes el conocimiento de todos los hechos particulares acerca de sí mismos y de su sociedad, y que les conduce a esa decisión imparcial; y, en segundo lugar, que los ciudadanos libres e iguales, situados en una «sociedad bien ordenada», se encuentran moralmente motivados por su sentido de justicia, pueden aceptar y estar de acuerdo en los mismos principios de justicia[1477].

[1475] RAWLS, John: *Una teoría de la justicia*, *op. cit.,* p. 25.
[1476] NINO, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del derecho*, *op. cit.,* p. 410.
[1477] FREEMAN, Samuel: *Rawls*. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2017, pp. 13-14.

La mediación tiene su fundamentación filosófica en una concepción sustantiva de la justicia en similares términos a los planteados por John Rawls, pues los acuerdos que en su caso logran libremente pactar las partes participan en sus contenidos de unos principios de justicia, y derivan de una visión sustantiva sobre lo que es justo para ellas. Este resultado «justo» lo consiguen alcanzar las partes como consecuencia del empleo de una metodología, el procedimiento de mediación, que está regido por unos principios y que permite a las partes conseguir este objetivo. Para mantener lo anterior, es necesario partir de una doble premisa, la libertad de las personas que median y la libertad de disposición conforme a derecho de aquello sobre lo que las personas deciden mediar.

La mediación, comenta el profesor Juan Montero Aroca, se fundamenta en la libertad y en la autonomía de la voluntad de las partes que median. La voluntad forma parte integrante de las relaciones jurídicas que mantienen los ciudadanos, de tal manera que ellos pueden establecer, modificar y extinguir todas esas relaciones jurídico-materiales privadas. En la medida que las personas son titulares de derechos subjetivos privados, pueden, en función de la libertad y de la autonomía de la voluntad, referidas ambas tanto a un aspecto de derecho material como a otro de derecho procesal, someterlos a una mediación. Lo que puede someterse a una mediación, apunta Juan Antonio Aroca, no es una controversia, sino una pretensión derivada normalmente de la existencia de una disputa o conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos. Un conflicto puede dar lugar a más de una pretensión, por lo que en la mediación deberá atenderse a todas aquellas peticiones implícitas que estarán referidas siempre a un bien o a una consecuencia jurídica. En sentido contrario, todas aquellas causas de pedir cuya única manera de lograr una consecuencia jurídica lo sea por medio de una sentencia quedan excluidas de la posibilidad de mediación[1478].

3.1. La justicia como equidad

La justicia como equidad es el tema principal recogido en la obra de Rawls *Una teoría sobre la justicia* de 1971 y en otras posteriores. Su modelo se fundamenta en *la equidad procedimental* de una «posición originaria», que equivale a su personal concepción del «estado de naturaleza», caracterizada por la ausencia de cualquier sesgo o parcialidad que pueda influir en un resultado justo e imparcial. Y esta misma equidad se traslada a los principios de justicia acordados en la «posición original», por las partes en el contrato social, que podrán ser aplicados en instituciones sociales de una sociedad real. Los teóricos contractuales se encontraron con la dificultad de configurar un «estado de naturaleza»

[1478] MONTERO AROCA, Juan: «Las materias de libre disposición en el arbitraje y en la mediación», en Virginia PARDO IRANZO (coord.): *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, *op. cit.*, pp. 34-35 y 47.

que contuviera suficientes referencias a la realidad social para conectarlas con la propia naturaleza y experiencia social, y que pudiera servir al mismo tiempo como situación para alcanzar acuerdos, reales o hipotéticos, justos, es decir, que no sean el resultado de la coacción, ignorancia o desigualdad que existe en la sociedad[1479].

En esta posición originaria, el velo de ignorancia es lo más característico, la situación en la que se encuentran las personas que supone que ninguna de ellas conoce el lugar donde vivirá, la posición, clase social que ocupará, su patrimonio, o la distribución de talentos y habilidades naturales, inteligencia, fuerza, ni otros bienes semejantes. El objetivo propuesto con el velo de ignorancia consiste en que las personas no puedan elegir principios que sería racional elegir, si tuvieran ciertos conocimientos de su situación particular, pero que, a la vez, son irrelevantes desde el punto de vista de la justicia[1480].

Rawls adopta una cierta concepción acerca de la justicia a la que denomina «justicia como equidad», conforme a la cual los principios de justicia son los principios que personas libres y puramente racionales decidirían, que solo se preocuparan por su propio interés, si estuvieran en una posición de igualdad. Siendo las condiciones de esta elección equitativas o imparciales, cualesquiera que fueran los principios que resultaran elegidos, estos serían los principios de la justicia. La justicia como imparcialidad es una concepción especial de la justicia diseñada expresamente para determinar los rasgos de una sociedad bien ordenada, siempre y cuando esta pueda erigirse sobre una específica experiencia social institucionalizada[1481].

Rawls imagina una situación ficticia que denomina «posición originaria», al objeto de ayudar a visualizar las condiciones relevantes para la elección de los principios de justicia. Esta posición originaria es una reunión inventada de seres puramente racionales y autointeresados, libres para decidir e iguales, situados tras un «velo de ignorancia» que les impide conocer los hechos particulares respecto de sí mismos. Los partícipes a esa reunión imaginaria que conforma la «posición originaria» desconocen de ellos mismos sus talentos, posición social, raza, fines últimos, preferencias, etc., y su sociedad, pero no acerca de las leyes generales de índole social. Tendrán que deliberar y decidir por unanimidad, sobre la base de puras consideraciones racionales de autointerés, que son los principios por los cuales se regirán para juzgar las instituciones básicas de su sociedad[1482].

Rawls pide a sus lectores que imaginen una conferencia o «posición original» donde se desarrollarán los principios que regirán una sociedad. Para garantizar la justicia o la

[1479] CAMPBELL, Tom: *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, *op. cit.,* p. 106

[1480] RIBOTTA, Silvina: «Nueve conceptos clave para leer la teoría de la justicia de Rawls», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 28 (2012), p. 212.

[1481] RODRÍGUEZ CEPEDA, Jesús: *El igualitarismo liberal de John Rawls: estudio de la teoría de la justicia*, *op. cit.,* p. 67.

[1482] NINO, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del derecho*, *op. cit.,* p. 410.

equidad de esos principios, argumenta que todos los delegados a esa conferencia deben ignorar el lugar que ocuparán en esa sociedad, o las ventajas intelectuales, físicas y de otro tipo que podrían determinar su lugar y las recompensas que la sociedad les cedería. Este «velo de ignorancia» debe garantizar que, al resultar los principios básicos de una sociedad justa, los delegados consideren el efecto que esos principios puedan tener en todos, independientemente de sus habilidades, talentos, género, color de piel o lo que sea[1483].

En la «posición original» no encontramos criterios anteriores con los que valorar el resultado del proceso de decisión, a diferencia de lo que sí sucede en la denominada «justicia procedimental imperfecta». De una deliberación equitativa se obtienen resultados equitativos. En la «justicia procedimental pura» la aceptación del resultado alcanzado en la «posición originaria» depende únicamente de la aceptación del procedimiento. Su objetivo es presentar el contrato como una fuente independiente de justificación, y con su método del «equilibrio reflexivo» pretende que los ciudadanos identifiquen y acepten los principios adoptados en la posición original con aquellos que aceptarían en cualquier caso, una vez se haya reflexionado sistemáticamente sobre ellos, de tal manera que aquellos coincidan con sus convicciones y expectativas sobre la justicia[1484].

John Rawls conjuga dos criterios morales diferentes e independientes entre sí, y solo al término de un comprometido proceso de ajustes se llega a un resultado común y, por tanto, se puede concluir que se han alcanzado unos principios de justicia adecuados. Estos dos fundamentos morales son, por una parte, las limitaciones a los argumentos que son aceptadas de hecho en torno a las discusiones sobre la justicia, que están incluidas en la descripción de la posición original, y por otra, nuestros juicios personales sobre lo que es justo, después de que estos juicios se han situado en el «equilibrio reflexivo»[1485].

En resumen, este método del «equilibrio reflexivo» se presenta como punto de partida, y de forma provisional para distinguir cuáles son nuestros criterios morales, para averiguar a continuación de forma retrospectiva cuáles son los principios que los justificarían. La esclavitud de personas se muestra como ejemplo de cómo opera este proceso y así, partiendo del criterio de considerarla una situación moralmente mala, justificamos nuestro juicio moral con la referencia al principio de igualdad entre los hombres. De este modo, el proceso del «equilibrio reflexivo» que funciona en un ir hacia delante y hacia atrás y donde los criterios y principios son revisados y trabajados, hasta

[1483] EDGAR, Andrew: *The Philosophy of Habermas*. Londres: Routledge, 2005, p. 161.
[1484] CAMPBELL, Tom: *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, *op. cit.,* p. 107.
[1485] *Idem.*

conseguir un contrapeso coherente entre unos y otros, nos proporciona un conocimiento fiable sobre cómo constituir una sociedad justa[1486].

La esencia de la teoría de la justicia de Rawls se puede resumir a grandes trazos en la descripción de la posición originaria y los principios de justicia resultantes de la misma. Estas convicciones meditadas de justicia, coincidentes con los principios que componen la «posición originaria», constituyen el ideal liberal de justicia. La novedad que supuso inicialmente la teoría de la justicia de Rawls como una forma de conocimiento sobre lo que es objetivamente justo o está objetivamente justificado, y el entusiasmo con el que fue recibida, encontraron serias críticas al cuestionar tanto la forma imprecisa con la que es descrita la posición originaria, como la fiabilidad de las intuiciones morales que sirven de dato de partida para trabajar la corrección moral[1487].

Este doble condicionamiento limita la aplicación de su renovado contrato social a un determinado tipo de sociedades que, sin especificarlas, comparten un mismo sentir sobre la justicia, limitando incluso el uso de la idea de la justicia como equidad a determinadas instituciones básicas de la sociedad, y en concreto al ámbito de la distribución de las cargas y beneficios de la cooperación social. Las sociedades donde podría proyectarse su teoría de la justicia podrían ser la estadounidense, y algunas democracias occidentales. Una concepción de la justicia no puede ser deducida de premisas evidentes o de condiciones sobre principios; por el contrario, su justificación es cuestión del mutuo apoyo de muchas consideraciones y de que todo se ajuste conjuntamente en una visión coherente[1488].

La cuestión de la justificación es resuelta por John Rawls elaborando un problema de deliberación que consiste en averiguar qué principios resultaría racional adoptar dada la situación contractual. De este modo conecta la teoría de la justicia con la teoría de la elección racional. La justificación del «equilibrio reflexivo» presupone una idea de «juicios considerados» y de «convicciones morales consideradas». El objetivo inicial de su obra *Una teoría de la justicia* es encontrar una concepción de la justicia que se ajuste del mejor modo posible a la consideración de nuestras convicciones morales. Este ajustarse de la mejor manera no tiene que ver con un ejercicio intuitivo, con sentirse cómodos con los juicios propios, sino que tiene su explicación en el constructivismo de Rawls y en la posición original[1489].

Los principios de justicia de Rawls y su justificación contractualista se fundamentan en la idea del «equilibrio reflexivo», de la que también participa la mediación. El «equilibrio

[1486] *Idem*.
[1487] RAWLS, John: *Una teoría de la justicia*, *op. cit.,* p. 33.
[1488] *Idem*.
[1489] FREEMAN, Samuel: *Rawls*, *op. cit.,* p. 46.

reflexivo» le sirve a Rawls de justificación moral, y presupone poner en relación las ideas de juicios y convicciones. Los juicios son juicios morales en los que cada parte tiene puesta su confianza, y las convicciones son puntos fijos provisionales que deberían satisfacer cualquier concepción de justicia, y compatibles con los principios de justicia. Estos dos elementos son llevados por las partes en mediación a un equilibrio entre ellas conseguido a partir de una debida reflexión. El mutuo apoyo de las partes, respecto de las muchas consideraciones que cada una trae consigo al procedimiento de mediación, se consigue con esos juicios y convicciones que se consideran de justicia. Mediante el «equilibrio reflexivo» se pretende que las partes identifiquen y acepten los principios de justicia para que puedan tomar decisiones y adoptar sus acuerdos, de tal manera que aquellos coincidan con sus convicciones y expectativas sobre la justicia. Consiguen así las partes alcanzar sus «convicciones meditadas de justicia» para aplicarlas al caso concreto que les ha llevado al procedimiento de mediación.

Este método del «equilibrio reflexivo» utilizado por John Rawls funciona como punto de partida, y de forma provisional, para distinguir cuáles son los criterios morales que cada parte defiende, y averiguar a continuación de forma retrospectiva cuáles son los principios que los justificarían. Este proceso del «equilibrio reflexivo», que se mueve en un ir hacia delante y hacia atrás, donde los criterios y principios son revisados y trabajados por las partes hasta conseguir un contrapeso coherente entre unos y otros, proporciona un conocimiento fiable en la mediación sobre cómo constituir un resultado justo. La novedad que supuso inicialmente la teoría de la justicia de Rawls fue una forma de conocimiento sobre lo que es objetivamente justo o está objetivamente justificado.

La justificación, para John Rawls, es un problema del apoyo recíproco de muchas consideraciones, de todo lo que admite una interpretación coherente, y se fundamenta «en la concepción total y en la forma en que esta se ajusta y organiza nuestros juicios en un equilibrio reflexivo»[1490]. John Rawls cree en la objetividad de los juicios morales, en su capacidad para ser más o menos razonables, y en su corrección, incluyendo la verdad o falsedad de los mismos. La justificación está estrechamente vinculada con esta idea de la objetividad de los juicios y con la existencia de algún tipo de argumentación, o demostración que las personas razonables pueden aplicar para alcanzar la conclusión sobre qué es lo correcto. Proveer una justificación sobre una afirmación o acción es dotar de razones para creer que esa afirmación o acción es correcta o razonable[1491].

Esta teoría de la justificación ha predominado en la historia durante siglos y la encontramos en la filosofía de Platón, al afirmar que los juicios y principios morales pueden inferirse de alguna manera a partir de unos principios más abstractos que

[1490] RAWLS, John: *Una teoría de la justicia*, *op. cit.,* p. 523.
[1491] FREEMAN, Samuel: *Rawls*, *op. cit.,* p. 47.

constituyen en sí mismos verdades fundamentales, no sometidas a demostración lógica, sino cognoscibles a nuestra razón por una intuición filosófica[1492].

La objetividad de las proposiciones morales en Rawls es el resultado de la suma de la coherencia de unos principios y de su aceptación, apunta Carlos Massini. Se fundamenta en un conjunto de proposiciones coherentes entre sí, que se encuentran en lo que Rawls denomina «equilibrio reflexivo», y son aceptadas por los participantes en la posición original[1493].

Para fundamentar sus dos principios de justicia, John Rawls recurre, comenta Carlos Nino, a varios recursos como son el consentimiento, el autointerés, el intuicionismo, y de forma menos explícita, los presupuestos formales del discurso moral. Sus dos conocidos principios de justicia pueden resumirse (i) en el principio de prioridad de la libertad, que describe una distribución igualitaria de derechos civiles y políticos, y (ii) en el principio de la diferencia que solo permite desigualdades económicas y sociales en la medida que estén adscritas a cargos abiertos a todos y que vayan en beneficio de los miembros menos favorecidos de la sociedad[1494].

El recurso al consentimiento figura en buena lógica como seguidor de la teoría del contractualismo en la aceptación de los dos principios de la justicia, por unanimidad y en una situación hipotética, que él denomina «posición originaria», caracterizada por las situaciones de los sujetos y algunos rasgos del contexto social, «circunstancias de justicia», como pudiera ser la escasez moderada de los recursos. Esos sujetos que deciden son personas racionales, autointeresadas y que conocen hechos generales, pero se encuentran bajo el «velo de la ignorancia» respecto de los hechos particulares y de su sociedad. El autointerés está presente también como fundamento, pues los sujetos eligen los principios de justicia sobre la base de su interés en maximizar su acceso a bienes primarios, y empleando el principio de prudencia racional denominado máximum, que prescribe elegir en situaciones de incertidumbre el estado de cosas cuya posición sea la menos mala que las peores posiciones de arreglo alternativas[1495].

El recurso al intuicionismo es también explícito, comenta Carlos Nino, pues la posición originaria permite derivar principios que serían aceptables en un equilibrio reflexivo que se obtiene luego de ajustes mutuos entre principios generales, que parecen en principio plausibles, e intuiciones sobre la justicia e injusticia de soluciones para casos específicos plausibles, e intuiciones más débiles que no se compadecen con principios

[1492] *Idem*.
[1493] MASSINI CORREAS, Carlos I.: *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, *op. cit.,* p. 94.
[1494] NINO, Carlos Santiago: «Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas», *Doxa*, núm. 5 (1988), p. 88.
[1495] *Ibid.*, p. 89.

plausibles, y reformulando principios que no permiten homologar las intuiciones más fuertes. Las intuiciones sugieren ser el último tribunal de apelación de validez de sus principios[1496].

Comenta Freeman que los principios de justicia de Rawls y su justificación contractualista encuentran en la idea del «equilibrio reflexivo» la justificación moral más general que sirve de encuadre para fundamentar su planteamiento. El mutuo apoyo de muchas consideraciones se logra con nuestras convicciones consideradas de justicia. Ese «equilibrio reflexivo» presupone poner en relación la idea de juicios considerados, y de convicciones morales consideradas, y son estas las que son llevadas a un «equilibrio» entre sí a partir de una debida reflexión. Los juicios considerados son los juicios morales en los que tenemos la mayor confianza, como la intolerancia religiosa y la discriminación racial, y las convicciones son puntos fijos provisionales que se supone deben satisfacer cualquier concepción de justicia. Esas convicciones deberían ser compatibles con los principios de justicia[1497].

Los dos principios de justicia, que según Rawls las personas elegirían posiblemente con carácter preferente sobre otros en la posición original, y donde es racional que las personas decidan como si estuvieran diseñando una sociedad en la que el enemigo les ha de asignar su lugar, son dos: (i) toda persona comprometida en una institución o afectada por ella tiene el mismo derecho a la más extensa libertad compatible con igual libertad para todos; (ii) las desigualdades que la estructura institucional define o promueve son arbitrarias, salvo que se justifique que de ellas se espere que puedan redundar en beneficio de todos y siempre que los puestos y los cargos a los cuales van conectadas o de los cuales se pueden derivar se encuentren disponibles para todos[1498].

Estos dos principios se trasladan, en primer lugar, a la estructura básica de la sociedad, es decir, a las instituciones principales del sistema social y a su ordenamiento en la forma en la que ellos se combinan. La estructura social comprende la constitución política y las instituciones económicas y sociales más significativas, que reunidas definen las libertades y derechos de la persona e inciden en sus expectativas de vida, esto es, aquello que pueden llegar a ser y el bien que pueden esperar. Los principios de justicia, al decidir sobre la asignación de derechos y obligaciones en la estructura social, actúan regulando los aspectos distributivos de las instituciones, comenzando con la aprobación de una constitución política[1499].

[1496] *Ibid.*, p. 90.
[1497] FREEMAN, Samuel: *Rawls*, *op. cit.,* p. 46.
[1498] RAWLS, John: *Justicia distributiva, op. cit.,* p. 85.
[1499] *Ibid.*, p. 86.

El esquema de una distribución justa de bienes y servicios determinados a personas determinadas, *distributive shares*, depende de la elección correcta de una estructura básica de la sociedad, su sistema fundamental de derechos y obligaciones. Un rasgo esencial que caracteriza a este esquema es que contiene un elemento de justicia procesal pura, pues el objetivo no es establecer una distribución justa de bienes y servicios determinados para personas determinadas, como si solo fuera posible una sola forma de compartirlos, con independencia de las elecciones que realicen los agentes económicos. El fin es elaborar un sistema de derechos y obligaciones tal que el esquema de distribución, procediendo de los esfuerzos de quienes se dedican a la cooperación, y de sus expectativas legítimas, resulte justo. Es, por tanto, en relación a ese sistema y a la distribución justa de bienes y servicios donde Rawls conecta con la noción de justicia procedimental, al determinar que contiene un elemento de justicia procesal pura[1500].

3.2. Los principios de la estructura social y de la persona

Los principios que se aplican a las instituciones o, más exactamente, a la estructura básica de la sociedad son dos. El primer principio de justicia de John Rawls expresa el ideal clásico de la ciudadanía liberal al exigir unos derechos civiles y políticos iguales, y el segundo principio reconoce las demandas de ciudadanía social y económica desdoblándose en dos partes. La primera parte de este segundo principio establece una concepción rigurosa de la igualdad de oportunidades, y la segunda parte, que denomina el «principio de la diferencia», hace depender la justicia de las instituciones sociales y económicas en la capacidad de convertir a los miembros del grupo socioeconómico más pobre de la sociedad en tan ricos como pueda hacerlos cualquier escenario de convenios institucionales[1501].

El principio de compensación defiende que la sociedad prestará mayor atención a quienes tienen menos dones naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables, a fin de tratar igualmente a todas las personas y de proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades. El propósito es compensar las desventajas contingentes en dirección hacia la igualdad. Este principio no se propone como el único criterio de la justicia, ni como el objetivo único del orden social. Al igual que la mayoría de los principios, debe ser ponderado en comparación con otros, como los principios del mejoramiento del nivel medio de vida o de la promoción del bien común. Finalmente, sean

[1500] *Ibid.*, p. 84.
[1501] BARRY, Brian: *Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism*. Cambridge (Reino Unido): Polity Press, 2001, p. 15.

cuales sean los otros principios, las demandas de la compensación deberán tomarse en cuenta[1502].

El principio de diferencia expresa una concepción de reciprocidad, un principio de beneficio mutuo. A primera vista pudiera parecer, sin embargo, que estuviese inequitativamente predispuesto en pro de los menos favorecidos[1503]. Un mérito adicional del principio de diferencia es que ofrece una interpretación del principio de fraternidad. En comparación con la libertad y la igualdad, la idea de la fraternidad ha tenido un lugar menos importante dentro de la teoría democrática[1504].

Uno de los principios que se aplican a los individuos es el principio de imparcialidad. La idea básica es que, cuando un número de personas se comprometen en una empresa cooperativa, mutuamente ventajosa y conforme a reglas, restringiendo por tanto su libertad en la medida en que sea necesario para que se produzcan ventajas para todos, entonces, aquellos que se han sometido a estas restricciones tienen derecho a una aceptación semejante por parte de aquellos que se benefician de tal sumisión. La justicia como imparcialidad y lo justo como imparcialidad proporcionan una definición o explicación de los conceptos de la justicia y de lo justo[1505]. La idea de la justicia como imparcialidad usa la noción de justicia puramente procesal para tratar las contingencias de situaciones particulares. El sistema social ha de estructurarse de manera que la distribución resultante sea justa, suceda lo que suceda[1506].

En el concepto de justicia de John Rawls, entendida como imparcialidad, la sociedad es interpretada como una empresa cooperativa para el beneficio mutuo de sus ciudadanos, lo que es trasladable a la esencia de la mediación como institución social, y como comunidad social del «nosotros», donde las partes actúan conjunta y cooperativamente de modo que se produzca una suma mayor de beneficios a la que obtendrían al actuar por separado y enfrentadas. La mediación es una empresa cooperativa, donde las partes obtendrán ventajas mutuamente, y donde actuarán conforme a unos principios, para lo cual estarán dispuestas a restringir sus pretensiones en la medida en que sea necesario para que se produzcan ventajas beneficiosas para todas las partes que participan en la mediación. En este planteamiento está latente como fundamento de la mediación el principio de la diferencia, que expresa una concepción de reciprocidad, el principio de beneficio mutuo.

[1502] RAWLS, John: *Justicia distributiva, op. cit.,* p. 103.
[1503] *Ibid.*, p. 105.
[1504] *Ibid.*, p. 107.
[1505] *Ibid.*, p. 113.
[1506] RAWLS, John: *Una teoría de la justicia*, *op. cit.,* p. 257.

3.2.1. La justa igualdad de oportunidades

La idea de igualdad de oportunidades es un tema reiterativo en el pensamiento liberal, que en su mínima expresión implica la ausencia de restricciones para el acceso a las posiciones sociales y políticas deseadas, pero Rawls distingue entre la idea liberal clásica de «igualdad formal de oportunidades» y otra más sustancial a la que llama «justa igualdad de oportunidades», que busca como añadido corregir las desventajas sociales[1507].

Para Rawls el objeto principal de la justicia social es la estructura básica. Una concepción de la justicia social es aquella que proporciona, en primera instancia, una pauta que permita evaluar los aspectos distributivos de la estructura básica de la sociedad[1508]. Esta estructura básica consiste en la disposición de las instituciones políticas, sociales y económicas que hacen posible y productiva la cooperación social, «o más exactamente, el modo en que grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social»[1509].

La propiedad privada de los medios de producción, la competencia mercantil, la protección de la libertad de pensamiento y de conciencia, son instituciones básicas que inciden en la vida de las personas, definen sus derechos y deberes, e influyen sobre sus perspectivas de vida, como parte de la estructura básica. Su razón de ser estriba en que son necesarias para la cooperación social y productiva. En la justicia como imparcialidad, la sociedad es interpretada como una empresa cooperativa para beneficio mutuo. La estructura básica se configura en un sistema público de reglas que definen un esquema de actividades que conduce a las personas a actuar conjuntamente, de modo que produzcan una suma mayor de beneficios, al mismo tiempo que le asigna a cada uno ciertos derechos reconocidos relativos a compartir los productos. Estas consideraciones sugieren la idea de tratar la cuestión de las partes distributivas como cuestión puramente procesal[1510].

Los principios de justicia social se aplicarán en primera instancia a las profundas desigualdades que surgen en esta estructura básica de toda la sociedad, donde conviven personas en posiciones sociales y económicas dispares y son las instituciones sociales quienes favorecen ciertas posiciones iniciales frente a otras. El concepto de justicia ha de ser definido por la función de sus principios al asignar derechos y deberes y al definir la división correcta de ventajas sociales. De esta manera, la aplicación del principio de la justa igualdad de oportunidades será la de asegurar que el sistema de cooperación sea de justicia puramente procedimental. La idea que persigue Rawls es la de organizar el sistema

[1507] FREEMAN, Samuel: *Rawls*, *op. cit.,* pp. 97-98.
[1508] RAWLS, John: *Una teoría de la justicia*, *op. cit.,* p. 22.
[1509] *Ibid.*, pp. 20-23.
[1510] *Ibid.*, p. 89.

social de tal modo que, sea cual fuere el resultado, este sea justo, o al menos esté próximo, se mantenga dentro de cierto ámbito[1511].

3.2.2. Justicia procedimental pura, perfecta e imperfecta

El modelo de justicia de John Rawls se asienta en la justicia procedimental pura, que permite asegurar la igualdad frente a sistemas que privilegian la eficiencia, como sucede en el modelo del utilitarismo clásico, donde la justicia se convierte en una clase de eficiencia[1512].

Brian Barry, en su obra *Political Argument*, al tratar sobre la justicia procedimental detalla que un procedimiento se desarrolla de manera justa si las formalidades que lo definen se han cumplido correctamente. Por ejemplo, una carrera será justa si los competidores comienzan juntos, ningún corredor se adelanta al pistoletazo de salida, ni toman atajos, reconociendo como ganador a la primera persona que pase la línea de meta sin ser descalificada; una lucha es justa porque a los concursantes no les está permitido salirse con la suya con faltas, y así sucesivamente. La justicia sobre cómo se determina el funcionamiento del procedimiento tendrá su contenido, más o menos, conforme al detalle con el que ese procedimiento se especifique para cada caso concreto[1513].

La propuesta de justicia de Rawls es meramente procedimental, consiste en la puesta en práctica de determinados procedimientos en la conducta humana social, de tal forma que puedan asegurar que el resultado de ese orden en las conductas, sea necesariamente justo. Esto significa que resultará suficiente la implementación de una serie de procedimientos de acción social, considerados imparciales o equitativos, para que el resultado deba tenerse por justo, cualquiera que sea este y sin que exista ningún criterio independiente del mismo procedimiento, conforme al cual se pueda medir la corrección o incorrección de esos resultados[1514].

La pregunta de investigación que se formula en este capítulo es si este concepto de justicia procedimental pura es posible trasladarlo a lo que sucede en la mediación. El proceso de mediación se desarrolla a su vez a través de un procedimiento estructurado, que está configurado en fases y fundamentado y basado en unos principios fundamentales. Las partes y el mediador de la mediación no se cuestionan, para resolver el conflicto que les afecta, qué es o no lo justo en su conflicto, conforme a lo establecido de antemano por un determinado criterio, como puede ser el legal, es decir, lo dispuesto para

[1511] *Ibid.*, p. 257.
[1512] RIBOTTA, Silvina: «Nueve conceptos clave para leer la teoría de la justicia de Rawls», *op. cit.,* p. 224.
[1513] BARRY, Brian: *Political argument*. Londres: Routledge, 2010, p. 67.
[1514] MASSINI CORREAS, Carlos I.: *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, *op. cit.,* pp. 85-86.

el caso concreto por un ordenamiento jurídico, sino que priorizan los principios de los que participa la justicia para valorar el resultado de la mediación.

Para Silvina Ribotta, la preocupación por una justicia procedimental pura, en relación con la estructura de cargos y posiciones sociales ligados directamente a las posiciones sociales relevantes, a la a igual ciudadanía respecto a la libertad y a las ventajas respecto a la distribución del ingreso y la riqueza, incorpora en la propuesta de concepción de justicia presentada por John Rawls, un componente formalista[1515].

La función del principio de oportunidades equitativas implica asegurar que el sistema de cooperación social sea de justicia procedimental pura; con esto se asegura que el procedimiento sea justo y, por ende, también los resultados, evitando el gran problema de definir principios sobre el concepto de lo justo[1516]. Massini Correas destaca cómo John Rawls, además de proponer una justicia estructural, presenta una justicia meramente procedimental. La característica principal de esta renovada versión del contractualismo es su carácter estrictamente estructural, referida a la justicia como una forma de estructura social. La justicia se concibe como una virtud de las instituciones sociales, la primera, como una cualidad de una determinada forma de organización social, o un cierto modo de disponer las prácticas sociales. Lo que caracteriza las estructuras sociopolíticas es esta virtud, que no está pensada con el concepto tradicional de virtud definida como hábito operativo bueno de los ciudadanos. Esto significa que será suficiente la implementación de una serie de procedimientos de carácter imparcial y equitativo para que el resultado obtenido deba calificarse de justo. La puesta en marcha de unos determinados procedimientos relativos a conductas humanas es lo que asegura que el resultado sea necesariamente justo. No existe por tanto un baremo independiente del mismo procedimiento que permita medir la corrección o incorrección de esos resultados[1517].

La situación es de justicia procedimental pura en tanto que no existe un criterio independiente conforme al cual pueda juzgarse el resultado; existe una multitud indefinida de resultados, y lo que hace que uno de ellos sea justo es el hecho de que se haya llegado a él siguiendo de forma efectiva un esquema de cooperación justo, tal y como se entiende públicamente[1518].

John Rawls introduce en su obra *Una teoría de la justicia* la idea, en abstracto, de la justicia procedimental sobre dos factores distintivos: por un lado, (i) la disponibilidad o no de un criterio independiente de determinación de lo que es conforme a la justicia, y a la vez preliminar respecto al procedimiento especificado; y, por otro lado, (ii) conocer si

[1515] RIBOTTA, Silvina: «Nueve conceptos clave para leer la teoría de la justicia de Rawls», *op. cit.,* pp. 223-224.
[1516] *Ibid.*, p. 223
[1517] MASSINI CORREAS, Carlos I.: *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, *op. cit.,* pp. 85-86.
[1518] RAWLS, John: *Justicia como equidad, op. cit.,* pp. 85-86.

existe o no garantía de que el procedimiento especificado, si se observa efectivamente, produzca el resultado conforme a la justicia. De esta manera clasifica tres formas fundamentales: (i) justicia procedimental perfecta, (ii) justicia procedimental imperfecta, y (iii) justicia procedimental pura[1519].

Samuel Free identifica la justicia puramente procesal de Rawls con los resultados de ciertos procedimientos equitativos, que son necesariamente justos cuando se observa su pleno cumplimiento. No existe un criterio independiente para medir la justicia de sus resultados, al margen de asegurarse que se ha seguido satisfactoriamente el procedimiento establecido. En comparación con la justicia procedimental imperfecta, esta sí dispone de un criterio independiente y es probable que el resultado de los procedimientos, como los juicios con jurado, sea justo, en tanto que los procedimientos satisfagan o se aproximen a este criterio independiente. De esta manera, un sistema económico, cuyas reglas satisfacen completamente la justicia como equidad, está mostrando una justicia puramente procesal. Una vez que las normas del sistema se cumplen, los individuos tienen derecho a todo lo que reciben y son justas las diferentes distribuciones de ingresos y riquezas[1520].

Rawls distingue dos rasgos característicos en la justicia procedimental perfecta: el primero, la existencia de un criterio independiente sobre lo que es justo, en el caso de la distribución de un pastel una división justa es cortarlo a partes iguales; y el segundo, contar con un procedimiento que consiga el resultado deseado. El concepto de justicia procesal pura se puede explicar mediante la comparación con la justicia procesal perfecta e imperfecta[1521].

Para Rawls la justicia procedimental perfecta se produce de forma ocasional, y prácticamente es imposible. Un ejemplo muy sencillo que sirve para mostrar las características de la justicia procedimental perfecta es la división equitativa. La existencia de un criterio independiente que produce un resultado justo y permite elaborar un procedimiento seguro para alcanzarlo. Un ejemplo simple de división equitativa en la que varias personas tienen que dividir un pastel; suponiendo que la división equitativa es la división en partes iguales, ¿cuál será el procedimiento si lo hay para lograr ese resultado? La solución pasa por dejar el último trozo para quien reparta la tarta, pues repartirá en partes iguales asegurándose para sí una parte lo más grande posible. Es este un caso donde se aprecia un criterio independiente sobre qué es una división equitativa. La división equitativa muestra las características de la justicia procedimental perfecta. Rawls advierte el problema que se encuentra, elaborar el procedimiento, un conjunto de reglas que

[1519] CELANO, Bruno: «Justicia procedimental pura y teoría del derecho», *Doxa*, núm. 24 (2001), p. 409.
[1520] FREEMAN, Samuel: *Rawls*, *op. cit.,* p. 420.
[1521] RAWLS, John: *Justicia distributiva, op. cit.,* p. 84.

aseguren el resultado justo. Lo esencial que se requiere es una norma independiente que determine que el resultado es justo, y un procedimiento que garantice que se logra alcanzar[1522].

El supuesto que explica la justicia procesal imperfecta es por ejemplo un juicio criminal. La cualidad específica de la justicia procedimental imperfecta consiste en que «si bien existe un criterio independiente para el resultado correcto, no hay ningún procedimiento factible que conduzca a él con seguridad»[1523]. Rawls, para ejemplificar la justicia procedimental imperfecta recurre al juicio penal, pues aun cuando este se tramite con corrección y equidad, por los cauces procesales previstos, y siguiendo el derecho, puede llegarse a un resultado erróneo, que no sea justo. Efectivamente, puede suceder que, a pesar del fin que se persigue en el juicio, la declaración de culpabilidad de un acusado que ha cometido el crimen del que se le acusa, no siempre se consigue ese resultado debido[1524]. Este procedimiento sencillo de dividir el pastel ejemplifica la justicia procedimental perfecta solo porque siempre arroja un resultado equitativo aceptado: la igual división. Si fracasara en dar un resultado equitativo no sería un procedimiento para la justicia sino para alguna otra cosa[1525].

Un juicio puede ser un caso de justicia procesal imperfecta. Aun cuando se siga cuidadosamente la ley y el juicio se lleve en equidad y corrección, puede concluir con un resultado erróneo. Y a este resultado erróneo, que no obedece a ningún defecto humano, sino a una combinación de circunstancias que anula el propósito de las reglas procedimentales, se le puede llamar injusticia. Un inocente puede ser declarado culpable y un culpable puesto en libertad. La razón que explica este fenómeno es que el procedimiento judicial está conformado para buscar y establecer este resultado, pero no podemos elaborar reglas seguras para alcanzarlo. Este resultado erróneo hace fracasar el objetivo de las normas jurídicas[1526].

Y finalmente, después de explicar la justicia procedimental perfecta e imperfecta, Rawls aborda la noción de la justicia procesal pura escenificándola con un juego de azar, la apuesta. De este modo, si varias personas deciden apostar en una serie de juegos de azar, la distribución de dinero que se obtenga, cualquiera que sea el resultado, una vez conocida la última apuesta, será equitativa, o al menos no será injusta. Un juego de apuesta es equitativo en la medida que las apuestas son voluntarias, nadie hace trampas, y se le define al jugador cuál es una expectativa cero. Con estos presupuestos, cualquier

[1522] RAWLS, John: *Una teoría de la justicia*, *op. cit.,* p. 90.
[1523] *Ibid.*, pp. 84 y 90.
[1524] RAWLS, John: *Justicia distributiva, op. cit.,* p. 84.
[1525] HABERMAS, Jürgen y John RAWLS: *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona (España): Paidós, 1998, p. 130.
[1526] RAWLS, John: *Justicia distributiva, op. cit.,* p. 85.

distribución de la suma de dinero apostada podría ser el resultado de apuestas equitativas y en consecuencia todas las distribuciones resultantes de ese dinero inicial son equitativas. Rawls explica cómo la distribución que resulte será equitativa simplemente porque es el resultado alcanzado. El concepto de justicia procedimental pura se define a partir de la ausencia de un criterio independiente que sirva para alcanzar el resultado debido y, en su lugar, lo que existe es un procedimiento justo e imparcial; ese resultado, sea el que fuere, será igualmente correcto o imparcial, siempre y cuando se haya observado debidamente el procedimiento[1527].

En la justicia procedimental el procedimiento relevante tiene carácter constitutivo de la conformidad a la justicia de aquello que constituye su resultado. La ejecución del procedimiento es de alguna manera infalible. Solo si el procedimiento se sigue el resultado es necesariamente conforme a la justicia, y su efectiva ejecución es lo que hace que aquello que constituye su resultado sea conforme a la justicia[1528].

Enrique César Pérez-Luño Robledo afirma que, en cuanto procedimiento, la mediación tiene unas características propias, una naturaleza específica con respecto a los procedimientos jurisdiccionales. Estas características se revelan en los principios y en las fases a través de los cuales el procedimiento mediador se configura y materializa. La mediación consiste básicamente en unos cauces procesales destinados a gestionar un determinado conflicto jurídico. De lo anterior, se está en condiciones de inferir el carácter inequívocamente procedimental de la mediación. Las teorías que insisten en la dimensión contractual de la mediación no implican negarle el carácter de procedimiento. Si bien la mediación se inicia como un negocio jurídico destinado a establecer un acuerdo entre partes para gestionar su conflicto jurídico, una vez formalizado dicho acuerdo, los cauces o procedimientos para la gestión del conflicto son de naturaleza inequívocamente procesal. Al final de ese procedimiento y siempre que se llegue a un resultado favorable, se concluirá con el contrato de mediación[1529].

En la mediación, como «justicia procedimental», el procedimiento tiene carácter constitutivo para la conformidad a la justicia de aquello que constituye su resultado, que se formaliza en el acuerdo que alcanzan, en su caso, las partes. Si el procedimiento formal de la mediación, con sus fases y principios fundamentales, es observado, el resultado será necesariamente conforme a la justicia, y su observancia efectiva es lo que hace que aquello que constituye su resultado sea conforme a la justicia. A esto hay que añadir, como apunta John Rawls, que lo que determina si el resultado final de la mediación es equitativo, además de haber respetado las formalidades del procedimiento, es la necesidad de

[1527] RAWLS, John: *Una teoría de la justicia*, *op. cit.,* p. 90.
[1528] CELANO, Bruno: «Justicia procedimental pura y teoría del derecho», *op. cit.,* p. 410.
[1529] PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, Enrique César: «La mediación como proceso», *op. cit.*, p. 59.

haberla desarrollado mediante actuaciones equitativas de quienes intervienen y participan en la misma. En una mediación existe una cantidad indefinida de resultados que las partes pueden alcanzar, incluido el no pactar un acuerdo, pero lo que hace que uno de ellos sea justo es el hecho de que se logró con el cumplimiento efectivo de un esquema de cooperación justo.

En la justicia procesal pura, al no existir un criterio de referencia que sirva para saber si un resultado es o no justo, la condición imprescindible para lograrlo es el cumplimiento efectivo del procedimiento que determina el resultado. Sin embargo, siguiendo este planteamiento no podemos concluir que una situación sea justa porque se pudo llegar a ella mediante un procedimiento, lo que nos conduciría a consecuencias absurdamente injustas. En el ejemplo de las apuestas significaría que podría aceptarse cualquier distribución de dinero; en la medida que se ha apostado de forma imparcial, la distribución del dinero es igualmente imparcial, sea cual fuere el resultado. Lo que determina que el resultado final de las apuestas sea o no equitativo es el hecho de haberse producido después de una serie de apuestas equitativas. La cualidad de la justicia procedimental, según Rawls, estriba en que el procedimiento que determine el resultado justo debe ser efectivamente observado, dado que no se dispone en esos supuestos de criterios independientes que sirvan de referencia para conocer si un determinado resultado es justo. En consecuencia, un procedimiento imparcial hace imparcial el resultado solo cuando es efectivamente observado[1530].

En la mediación, son las partes que en ella intervienen quienes tienen que decidir cuál es su concepto de lo justo. Los principios de justicia son el resultado del acuerdo justo que las partes, en una relación de simetría, logran alcanzar a través del procedimiento formal de la mediación. En función de estos principios de justicia, las partes elegirán los criterios para asignarse recíprocamente unos derechos y obligaciones, que mediante el acuerdo pactado entre ellas definirá cuál es la distribución apropiada de los beneficios y cargas en la solución del conflicto. En este sentido, el fin de la mediación será que las partes acuerden este esquema de distribución de derechos y deberes justo, al que llegarán mediante sus esfuerzos de cooperación y teniendo en cuenta sus expectativas legítimas. Esta consideración sobre la distribución y asignación de derechos y obligaciones implica tratar la mediación como cuestión puramente procesal. El concepto de justicia en la mediación se define en función de los principios que han servido para asignar derechos y obligaciones, y al concretar la división correcta de las ventajas y beneficios que recibe cada una de las partes. El sistema de cooperación que se verifica en el procedimiento de la mediación es de «justicia procedimental».

[1530] RAWLS, John: *Una teoría de la justicia*, *op. cit.,* pp. 90-91.

John Rawls toma la distinción entre justicia procedimental y justicia sustantiva como la distinción que existe entre la justicia, o equidad, de un procedimiento, y la justicia, o equidad, de su resultado, respectivamente. Ambos tipos de justicia ejemplifican ciertos valores, de procedimiento y también de consecuencia, y ambos tipos de valores van juntos en el sentido de que la justicia de un procedimiento siempre depende, a excepción del caso especial del juego, de la justicia de su resultado probable, o de la justicia sustantiva. Así, la justicia procedimental y la sustantiva están conectadas y no van separadas. De esta manera facilita que los procedimientos equitativos cuenten con valores intrínsecos a ellos, por ejemplo, un procedimiento que tiene el valor de la imparcialidad, porque da a todos una oportunidad igual para presentar su caso[1531].

A veces, señala Rawls, puede dar la impresión de que la discusión se establece en relación a la justicia procedimental o la justicia sustantiva, sin embargo, no tiene consistencia esta contraposición, pues la justicia procedimental depende de la justicia sustantiva, pero también difiere de ella en alguna que otra cosa[1532].

La mediación se constituye sobre el concepto de «justicia procedimental pura» de John Rawls que surge cuando no hay un criterio independiente para el resultado debido: en su lugar existe un procedimiento justo e imparcial, de tal modo que el resultado al que lleguen, en su caso, las partes será igualmente correcto o imparcial, sea el que fuere, siempre y cuando se haya observado debidamente el procedimiento. En la «justicia procesal pura», al no existir un criterio de referencia que sirva para saber si un resultado es o no justo, la condición imprescindible para lograrlo es el cumplimiento efectivo del procedimiento que determina el resultado. En la mediación, el cumplimiento del procedimiento es garantía de buena justicia pues está informado por unos principios, como el de voluntariedad y libre disposición, el de imparcialidad, el de neutralidad, a los que se añaden las reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes durante el desarrollo de la mediación, como son la buena fe y el respeto mutuo.

El procedimiento de la mediación, tal y como está diseñado en España en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, es sencillo y flexible al objeto de que las partes junto con el mediador sean quienes determinen libremente sus fases fundamentales. La ley únicamente se limita a establecer los requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes en su caso logren alcanzar.

3.2.3. Críticas a la justicia procedimental pura de John Rawls

Para Brian Barry, en la justicia procedimental, que significa conformidad con las normas de procedimiento, es más probable que siempre se produzcan los resultados incorrectos,

[1531] HABERMAS, Jürgen y John RAWLS: *Debate sobre el liberalismo político, op. cit.,* p. 129.
[1532] *Ibid.*, p. 131.

sean cuales sean, porque lo que significa simplemente es que todos están actuando de la misma manera. Decir que un procedimiento está siendo desarrollado justamente es decir que las formalidades que definen el procedimiento se han respetado correctamente. La justicia procedimental proporciona las condiciones mínimas, mientras que la justicia sustantiva constituye un mayor refinamiento[1533].

La perspectiva adoptada detrás del «velo de la ignorancia» produce una concepción particular de justicia que luego se formaliza en el sistema de organización social que se elige; en esta posición del «velo de la ignorancia», las personas optan por decidir el sistema social derivado de sus propios criterios, y consiguen lo que realmente quieren. Las posiciones de los interesados adoptadas fuera del «velo de la ignorancia» crean concepciones de un sistema procesal justo que son claramente diferentes de la concepción creada en la posición original. Esa concepción de la justicia procedimental implica de manera única que el sistema judicial se crea más allá del «velo de la ignorancia»[1534].

Bruno Celano critica la construcción de la justicia procedimental pura como de ingenua y moralista. Explica cómo en este tipo de justicia procedimental, el procedimiento tiene carácter constitutivo de la conformidad a la justicia de aquello que constituye su resultado, en tanto que, cumplido el procedimiento, no será necesario comprobar que el resultado que ha producido es o no conforme a la justicia. Si se actúa siguiendo los trámites del procedimiento, el resultado es necesariamente conforme a la justicia. Su efectiva ejecución es lo que hace que aquello que constituye su resultado sea conforme a la justicia. A diferencia de la justicia procedimental imperfecta que, y en esto la aventaja, además de precisar la observancia del procedimiento después es preciso preguntarse si el resultado al que se llega es o no justo. Se conjugan dos elementos: la disponibilidad de un criterio independiente de corrección y la no garantía de éxito del procedimiento. En este sentido, la justicia procedimental pura presenta afinidad estructural con las normas denominadas «reglas constitutivas», creadas John R. Searle. Las reglas constitutivas hacen posibles tipos de comportamiento o de entidades que no existirían en ausencia de las mismas reglas; por ejemplo, quitarse el sombrero en un determinado grupo equivale a un saludo, frente a las reglas regulativas, como es la prohibición de circular a velocidad superior de 110 km/h, su concepto es independiente de ellas[1535].

La justicia procedimental pura, con el fin de determinar qué sea conforme a derecho, se pregunta si el procedimiento específico se ha seguido efectivamente, siendo todas estas cuestiones fácticas, de hecho, indagaciones de carácter teórico que

[1533] BARRY, Brian: *Political argument*, *op. cit.,* pp. 67 y 71.
[1534] THIBAUT, John; Laurens WALKER; Stephen LATOUR y Pauline HOULDEN: «Procedural Justice as Fairness», *op. cit.,* p. 1289.
[1535] CELANO, Bruno: «Justicia procedimental pura y teoría del derecho», *op. cit.,* pp. 410-412.

dependerán del establecimiento de informaciones de hecho. Sin embargo, un jurista, además de preguntarse si se ha seguido efectivamente el procedimiento, se hará otra pregunta inevitablemente, si existe un órgano competente habilitado en derecho para responder al primer interrogante, y controlar la ejecución del procedimiento. En derecho no se dan problemas propios de justicia procedimental pura, pues el derecho transforma toda cuestión de justicia procedimental pura en una cuestión de justicia procedimental imperfecta. Un problema de justicia procedimental puro se configura como un problema jurídico, a partir de situarse en un supuesto donde concurre la disponibilidad de un criterio independiente de juicio, y la no garantía de éxito del procedimiento[1536].

Bruno Celano llega a afirmar que el planteamiento jurídico que representa todo problema de justicia procedimental pura es el contenido de un problema de justicia procedimental imperfecta. Para este mismo autor, desde el punto de vista de la teoría del derecho, en la medida que no se considera adecuadamente que en el ámbito jurídico debe incluirse el interrogante sobre si existe o no un órgano con capacidad de juzgar según unas específicas modalidades, la noción de justicia procedimental pura es una construcción para moralistas, ingenua. El juicio sobre la ejecución de un procedimiento cualquiera está sometido a una mediación autoritativa institucionalizada. No se contempla el principio nomodinámico del derecho donde uno de sus rasgos distintivos es la centralidad de esta otra pregunta ulterior. Solo un juicio oficial sobre la corrección de la actividad relevante tendrá consecuencias jurídicas, y sin el procedimiento, que no garantiza el éxito, nada asegura que el juicio oficial acierte. El derecho transforma todo problema de justicia procedimental imperfecta en un problema de justicia procedimental pura. Contemplado desde un punto de vista de una teoría nomodinámica del derecho, los dos caracteres, de no disponibilidad de un criterio independiente de corrección y garantía de éxito del procedimiento de juicio, son la situación distintiva de la justicia procedimental pura, no imperfecta. Todo caso de justicia procedimental, aun si es pura, se configura desde un punto de vista jurídico como justicia procedimental imperfecta, y viceversa[1537].

Sin embargo y más allá de la crítica, conviene aclarar que para Rawls sería una simpleza trasladar este concepto de justicia procedimental a cualquier distribución de bienes, y concluir que una determinada situación es justa porque es el resultado de un procedimiento imparcial. Lo que hace parcial o imparcial el resultado final de una apuesta es que el resultado se haya obtenido de un juego de suerte que sea imparcial. En consecuencia, para aplicar la noción de justicia procedimental referida a cuotas de participación, se precisa establecer un sistema justo de instituciones sociales que sea administrado imparcialmente. «Solamente teniendo como trasfondo una estructura básica

[1536] *Ibid.*, pp. 414-416.
[1537] *Ibid.*, p. 417.

justa que incluya una constitución política justa y una justa configuración de las instituciones económicas y sociales, puede decirse que existe el procedimiento justo requerido»[1538].

El principio de la justa igualdad de oportunidades deberá asegurar que el sistema de cooperación sea de justicia puramente procesal, pues la justicia distributiva no lo hará por sí misma. El adelanto que proporciona la justicia procedimental pura es que «ya no es necesario seguir el rastro de la variedad infinita de circunstancias, ni de las posiciones relativamente cambiantes de las personas particulares»[1539].

Según explica Silvina Ribotta, este modelo de justicia procedimental pura es para Rawls el modelo procedimental justo que permite la igualdad frente a sistemas que privilegian la eficiencia, como el modelo del utilitarismo clásico, donde la justicia se convierte en una clase de eficiencia[1540]. La sociedad, en el modelo de justicia como equidad, es pensada como una sociedad cooperativa para beneficio mutuo, constituyendo el objeto principal de la justicia, lo que Rawls denomina la estructura básica. Esta estructura básica es «un sistema público de reglas que definen un esquema de actividades que conducen a los hombres a actuar conjuntamente de modo que produzcan una suma mayor de beneficios, al mismo tiempo que le asignan a cada uno ciertos derechos reconocidos a compartir los productos. La distribución que resulte se obtendrá satisfaciendo las pretensiones, que se determinarán por lo que las personas emprenden a la luz de todas las expectativas»[1541].

Otra posición crítica a la *Una teoría de la justicia* de Rawls es la valoración que realiza Massini Correas desde un análisis metaético de sus premisas metodológicas y de sus supuestos epistémicos. Se centra en tres aspectos: (i) su carácter antifundamentalista, (ii) la falacia procedimentalista, y (iii) la eticidad de sus principios. Respecto al primer punto de la metaética de Rawls, su carácter antifundamentalista, al presentar una teoría cuyos principios se fundamentan en la aceptación de sus destinatarios y en la coherencia interna de esos principios, no requiere de una fundamentación fuerte, y deviene en una objetividad débil. Le basta con invocar la coherencia interna de las ideas que han sido alcanzadas por procedimientos racionales de argumentación[1542]. En esta misma línea se pronuncia Guillarme Bertrand, que asevera que «su objetividad procede del hecho de que se pueden pensar las realidades éticas de un modo apropiado. Este pensamiento puede

[1538] RAWLS, John: *Una teoría de la justicia*, *op. cit.,* p. 91.
[1539] *Idem.*
[1540] RIBOTTA, Silvina: «Nueve conceptos clave para leer la teoría de la justicia de Rawls», *op. cit.,* pp. 223-224.
[1541] RAWLS, John: *Una teoría de la justicia*, *op. cit.,* p. 89.
[1542] MASSINI CORREAS, Carlos I.: *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, *op. cit.,* p. 113.

ser formalizado por un procedimiento, y los principios que pueden ser representados como el resultado de este procedimiento, serán objetivos»[1543].

Continúa Massini Correas con su crítica recriminando que la teoría de Rawls abandona la noción de verdad como correspondencia con la estructura de la realidad y se ampara en el cognitivismo de carácter coherentista-consensualista. La objetividad de los conocimientos de la razón se apoya en la armonía interna de un conjunto de proposiciones aceptadas por las personas, que, de nuevo, como refiere Bertrand, se cataloga como un caso particular de una estrategia de justificación que se conoce con el nombre de «coherentismo». Se explicita que «la coherencia (o la existencia de relaciones explicativas entre diferentes niveles de creencias) no tiene en ella misma ninguna potencia justificativa»[1544].

Una objetividad que solo se fundamenta en la relación coherente de proposiciones en sí mismas no justificadas carece de una fundamentación consistente, según el trilema de Münchlausen, que establece que una justificación propiamente requiere una remisión a una proposición o conjunto de proposiciones que se encuentran en sí mismas fundamentadas. Para Massini, las normas o principios prácticos, en especial los referidos a las relaciones de justicia, necesitan una absolutidad que no se la proporciona ni el acuerdo de los miembros del grupo, ni la coherencia interna de las afirmaciones aceptadas. El acuerdo intersubjetivo sobre afirmaciones coherentes entre sí carece, en su opinión, de modo definitivo de justificación racional suficiente, además de que se trata de un acuerdo hipotético. Carece por tanto de justificación racional suficiente dar un valor normativo objetivo a los principios de justicia política solo sobre la base de ese hipotético acuerdo intersubjetivo sobre afirmaciones coherentes entre sí[1545]. En este sentido, toma en consideración lo mencionado por Carlos Nino, «un consentimiento solo hipotético solo puede proveer una justificación hipotética de un curso de acción, y no una categoría como la que necesitamos antes de decidirnos a actuar»[1546].

La siguiente crítica de Massini se refiere al carácter meramente constructivo-procedimental de la justicia de Rawls, que incurre en lo que él denomina la falacia constructivista o procedimentalista. La razón empleada en su argumentación es el paralogismo innegable que supone la pretensión de Rawls de extraer principios de justicia dotados de un contenido normativo concreto de un mero procedimiento seguido para llegar a ellos. En la misma línea argumental, Arthur Kaufmann refuerza esta cuando

[1543] BERTRAND, Guillarme: *Rawls et l'égalité démocratique*. París: Presses Universitaires de France, 1999, p. 41.
[1544] *Ibid.*, p. 15.
[1545] MASSINI CORREAS, Carlos I.: *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, *op. cit.,* pp. 93-97.
[1546] NINO, Carlos Santiago: «Ética analítica en la actualidad», en María Victoria CAMPS CERVERA, Osvaldo GUARIGLIA y Fernando SALMERÓN (eds. lits.): *Concepciones de la ética*. Madrid: Trotta; Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2004, p. 136.

escribe: «este pensamiento de que la pura forma, el deber ser puro, podría producir contenidos y reglas de conducta concretas, que alejen el engaño de la percepción, ha ejercido una gran fascinación en muchos pensadores. Hoy en día se denominan estos intentos mayormente como teorías procesales de la verdad o de la justicia»[1547].

Resulta por tanto imposible para este filósofo alemán, Kaufmann, obtener contenidos materiales partiendo únicamente de la forma del procedimiento o por lo menos contando únicamente con ello. Este tipo de argumentación es de tipo circular. Si apoyamos una intuición en otra y a su vez esta en la primera, se produce una cadena de intuiciones fundadoras que termina en una regresión al infinito que resulta incapaz de justificar nada. Se trata de una falacia en sentido estricto, en tanto que, en la conclusión del procedimiento argumentativo, se suponen toda una serie de contenidos materiales que no se encuentran legítimamente en las premisas. Si en el proceso argumentativo no se introducen en un comienzo afirmaciones de contenido, el solo discurrir de la razón no puede conducir ni en el orden normativo ni en cualquier otro a afirmaciones de contenido material. Rechaza lo que llama la misteriosa generación espontánea de la materia desde la forma[1548].

Massini Correas, para corroborar su crítica, recurre a Otfried Höffe, quien la ha denominado falacia normativista en tanto que niega la posibilidad de obtener normas concretas de contenido solo de normas formales generales, y en consecuencia el contenido y valor normativo de los principios de la justicia no pueden surgir solo del procedimiento racional seguido para llegar a ellos[1549]. En lo relativo a la aceptabilidad de las conclusiones, debería seguirse de la aceptabilidad de las premisas, que deberían ser a su vez demostradas adecuadamente y no solo supuestas, todo ello a fin de alcanzar un resultado aceptado de antemano[1550].

Finalmente, en cuanto a la crítica de la eticidad de los principios, Massini Correas reprocha la falta de carácter deóntico-normativo, al estar amparado solo por razones de carácter estratégico, el autointerés de unas personas que deciden por ese motivo establecer unos principios éticos de convivencia. Una sociedad justa y bien ordenada no surge de la suma de los intereses; la pretensión de centrar la justicia en la autonomía y el autointerés, sin referencias a los bienes humanos, es una aporía. El autointerés se ordena siempre a la desigualdad, y a la acumulación de bienes, antes de su reparto igualitario[1551]. Denuncia la falta de conexión necesaria para pasar de un ámbito a otro de pensamiento,

[1547] KAUFMANN, Arthur: *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. Bogotá: Temis, 1992, p. 43.
[1548] MASSINI CORREAS, Carlos I.: *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, *op. cit.,* p. 98.
[1549] HÖFFE, Otfried: *Immanuel Kant* (trad. H. Diorki). Barcelona (España): Herder, 1986 (Biblioteca de Filosofía, 21), p. 99.
[1550] MASSINI CORREAS, Carlos I.: *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, *op. cit.,* pp. 97-99.
[1551] *Ibid.*, p. 115.

del técnico instrumental al ético-normativo, que precisa de un principio normativo capaz de transformar en éticamente exigible lo técnicamente conveniente. En esta misma línea, cita a Carlos Nino al defender que «las razones morales no pueden estar fundadas en deseos o intereses del agente, ya que cuando acudimos a ellas precisamente es cuando tales deseos e intereses determinan un curso de acción insatisfactorio y deben ser neutralizados»[1552]. De nuevo recurre a Otfried Höffe cuando comenta que la estructura técnico-instrumental de Rawls es más propia del utilitarismo que del kantismo, pues su pretensión de deducir los principios de justicia de una elección racional de prudencia no constituye un imperativo categórico, que es válido en sí mismo, sino uno hipotético y heterónomo al derivar del propio bienestar[1553].

En relación a la mediación, la crítica que podría plantearse en relación a la postura aquí defendida sería la de cuestionar que un determinado resultado obtenido en un procedimiento de mediación sea justo o correcto por el hecho de haber sido alcanzado observando la formalidad del procedimiento de mediación legalmente establecido. Efectivamente, si la mediación, como «justicia procesal pura», no requiere la existencia de un criterio de referencia que sirva a las partes para saber si un resultado es o no justo, ¿cómo se puede afirmar que un contenido concreto de un acuerdo de mediación lo sea?

Conviene puntualizar que, una vez cumplido el procedimiento de mediación, no será necesario comprobar que el resultado que se ha producido sea o no conforme a la justicia, porque son las partes en pleno ejercicio de su derecho de autonomía y libre disposición quienes decidirán en cada caso concreto qué es o no justo para solucionar el conflicto que les afecta. El criterio de referencia que las partes y el mediador deberán aplicar para dar validez al acuerdo alcanzado tiene que cumplir con la legalidad vigente, comprobar que sea conforme a derecho.

En este sentido, se exige que el acuerdo mediado no puede ser contrario a una norma imperativa, o prohibitiva, porque lo convenido sería nulo al amparo de lo dispuesto en el artículo 6.3 de nuestro Código Civil. De la misma manera, la ley de mediación establece que el pacto no puede ser contrario a derecho en su artículo 25.2[1554].

Esta exigencia de legalidad forma parte del mismo procedimiento de mediación, y en aquellos supuestos donde las partes deciden otorgar al acuerdo de mediación carácter ejecutivo, se materializa o explicita de dos formas distintas. Cuando el acuerdo de mediación se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un

[1552] NINO, Carlos Santiago: «Ética analítica en la actualidad», *op. cit.,* p. 133.
[1553] HÖFFE, Otfried: *L'etat et la justice*. París: Vrin, 1988, p. 85.
[1554] GONZÁLEZ MARTÍN, Luis Aurelio: «La mediación: sistema alternativo o complementario de resolución de conflictos», *op. cit.*, p. 34.

proceso judicial, es decir, en una mediación intrajudicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por el contrario, si el acuerdo de mediación se consigue en procedimiento de mediación extrajudicial, las partes podrán elevarlo a escritura pública, por lo que se presentará ante un notario, quien deberá verificar además el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y que su contenido no es contrario a derecho.

Podría ser objeto de discusión que el criterio de legalidad que asegura la conformidad de un determinado acuerdo de mediación a derecho está fuera del procedimiento de mediación, pero no es así. El acuerdo de mediación, si existe, dado que no es obligatorio que las partes lo alcancen, forma parte integrante del procedimiento de mediación, asegurando que el resultado, cualquiera que sea, sea no solo justo sino legal. Si bien el juicio de legalidad se puede realizar formalmente, una vez ha finalizado el procedimiento de mediación, y a instancia, voluntariamente, de las partes de la mediación por un tercero ajeno al mismo, bien sea un notario o el juzgado que esté conociendo el asunto que es objeto de la mediación, deberá en todo caso formularse por las partes y el mediador dentro del procedimiento de mediación. En consecuencia, siguiendo el procedimiento de mediación, las partes y el mediador se aseguran que el resultado al que lleguen en su caso sea, además de justo, legal, pues este nunca podrá ser contrario al ordenamiento jurídico. La norma en este sentido funciona como un límite de la voluntad de las partes.

3.2.4. El bien como razón: la prioridad de la justicia y del yo

La idea original de John Rawls ha sido crear un marco de cooperación cívica que sea justo para individuos con una diversidad de concepciones del bien, cualesquiera que sean, siempre que estos sean consistentes con la justicia liberal. En *Una teoría de la justicia* se asienta en la doctrina de la prioridad del derecho sobre el bien[1555]. La teoría del bien para Rawls no es un requisito previo sino un complemento de la justicia. En una ética deontológica donde lo justo es anterior a lo bueno, aquello que separa a las personas es anterior a lo que las une, pues son primero individuos distintos y luego se relacionan y forjan acuerdos cooperativos con los «otros», primando la pluralidad sobre la unidad. En otras palabras, la persona está despojada de toda posesión y después elige los fines que quiere tener situándose el «yo» por encima de esos fines[1556].

[1555] BEINER, Ronald: «John Rawls and the death of political philosophy», en Ronald BEINER: *Political Philosophy: What It Is and Why It Matters*, *op. cit.,* p. 202.
[1556] SANDEL, Michael J.: *El liberalismo y los límites de la justicia*, *op. cit.,* pp. 170-171.

La definición de bueno en *Una teoría de la justicia* no contiene una fórmula general para determinarlo, sino que esta varía en función del caso concreto, al no existir nada necesariamente justo, o moralmente correcto. Esta neutralidad moral de la definición del bien se corresponde con la teoría de la justicia como equidad. A esto se añade que los planes de vida que adoptan las personas son racionales y cambian de acuerdo a sus circunstancias y capacidades[1557].

En *Una teoría de la justicia* lo justo es anterior a lo bueno, lo que significa, en un primer lugar, que los derechos no pueden ser sacrificados por la causa del bienestar general, y en segundo lugar, que los derechos especificados en los principios de justicia no pueden ser derivados de alguna visión particular de un bien determinado. En consecuencia, la justificación de los derechos no proviene de que ellos maximicen el bien público o promuevan el bien general, sino más bien que ellos constituyen una estructura justa dentro de la cual los individuos y los grupos pueden escoger sus propios valores y fines, consistentes con una libertad similar para los otros[1558].

Para Michael Sandel la justicia debe ser lógicamente anterior, en el sentido de derivación independiente, a los valores que juzga. La justicia es el criterio que permite reconciliar los valores en conflicto y armoniza las concepciones contradictorias del bien, aunque no siempre se resuelvan. Le corresponde por tanto una posición de cierta prioridad respecto a esos valores y bienes; ninguna concepción del bien puede prevalecer sobre las exigencias de la justicia porque son de un orden cualitativo diferente, y su validez se configura también de modo diverso[1559].

La concepción de persona en Rawls, comenta Ribotta, cuenta con dos cualidades que determinan tanto su igualdad como su libertad, y son: su potestad de ser razonable, identificada con el sentido del deber y de la justicia, y la de ser racional, con la que puede concebir y perseguir sus bienes particulares[1560]. Efectivamente, la persona se caracteriza por dos facultades en su actuación moral: una concepción del bien, y un sentido de la justicia. Cuando se actualizan, la primera se expresa mediante un proyecto racional de vida, y la segunda mediante un deseo regulador de actuar según ciertos principios de derecho. Por tanto, para Rawls, una persona moral es un sujeto con fines que él ha elegido, y su preferencia principal está orientada hacia las condiciones que le permitan construir un modelo de vida que exprese la racionalidad de su naturaleza, su libertad e igualdad tan plenamente como las circunstancias lo consientan. La unidad de la persona se manifiesta en la coherencia de su proyecto cimentado sobre su sentido del derecho y de la

[1557] RIBOTTA, Silvina: «Nueve conceptos clave para leer la teoría de la justicia de Rawls», *op. cit.,* p. 213; RAWLS, John: *Una teoría de la justicia*, *op. cit.,* p. 89.
[1558] SANDEL, Michael J.: *Liberalism and its critics*. Oxford (Reino Unido): Blackwell, 1984, p. 4.
[1559] SANDEL, Michael J.: *El liberalismo y los límites de la justicia*, *op. cit.,* pp. 32 y 33.
[1560] RIBOTTA, Silvina: «Nueve conceptos clave para leer la teoría de la justicia de Rawls», *op. cit.,* p. 214.

justicia, ambos principios que responden a una elección racional. Una persona configura sus objetivos de manera gradual, dentro de los modos permitidos por la justicia, y puede formular y seguir un proyecto de vida, construyendo así su propia unidad[1561].

En la concepción de Rawls, las doctrinas teleológicas confunden la relación de lo justo con lo bueno al concebir erróneamente la relación del «yo» con los fines. Este planteamiento le conduce a formular una nueva prioridad deontológica, y así, lo que resulta más esencial para nuestra condición de persona no son los fines que elegimos, sino nuestra capacidad de elegirlos, que se localiza en un «yo» anterior a los fines que elige[1562].

John Rawls, a través de lo que define como bienes sociales primarios y posiciones sociales relevantes, organiza la distribución de ciertos bienes que considera imprescindibles o básicos para el desarrollo de cualquier plan personal de vida racional, conforme a dos posibilidades que permiten sus principios de justicia, y que permiten, a su vez, situar a los ciudadanos en dos categorías o estatus sociales. Estas categorías son las posiciones sociales relevantes a partir de las cuales es posible realizar comparaciones interpersonales[1563].

La teoría de la comunidad de Rawls se concibe a partir de las personas previamente individualizadas que se reúnen para conformar una unión social, y de la teoría del sujeto anticipadamente individualizado, que consigue sus propósitos y fines. Así, mientras la moralidad de lo justo concierne a los límites de la persona del «yo» y trata de aquello que nos distingue, la moralidad de lo bueno corresponde a la unidad de las personas y trata de aquello que nos une[1564].

En la mediación, las partes, desde sus diferencias, conforman una unidad conectada con un valor especial, el bien común, y consiguen crear una comunidad de sujetos a la que se denomina «nosotros»: en esta comunidad, lo justo para las partes que median es anterior a lo bueno, pues lo que les separa, el conflicto, es anterior a lo que les une; mediante el procedimiento de la mediación las personas que inicialmente estaban enfrentadas logran relacionarse y entenderse forjando en su caso acuerdos cooperativos y en beneficio mutuo. Las partes en la mediación justifican sus acuerdos, no porque maximicen un determinado bien público o promuevan con ello el bien general, sino más bien porque constituyen, con ocasión de su participación en el procedimiento, una estructura justa, dentro de la cual ellas deciden sus propios valores y fines.

[1561] RAWLS, John: *Una teoría de la justicia*, *op. cit.,* pp. 506-507.
[1562] SANDEL, Michael J.: *El liberalismo y los límites de la justicia*, *op. cit.,* p. 36.
[1563] RIBOTTA, Silvina: «Nueve conceptos clave para leer la teoría de la justicia de Rawls», *op. cit.,* p. 214.
[1564] SANDEL, Michael J.: *El liberalismo y los límites de la justicia*, *op. cit.,* p. 170.

4. LA JUSTICIA PROCEDIMENTAL PURA EN JÜRGEN HABERMAS: «LA SITUACIÓN IDEAL DEL HABLA»

Otro de los fundamentos filosóficos que es objeto de investigación en la presente tesis se asienta sobre el discurso racional y la teoría de la justicia de Jürgen Habermas, que sigue al igual que Rawls la vía procedimental que conduce a la justicia, y que da una respuesta al concepto de lo que es justicia. La mediación implica un diálogo deliberativo real conforme lo formula Habermas, quien no pretende establecer unos determinados criterios o contenidos sustanciales de justicia, sino fijar un procedimiento formal que permanezca por encima de circunstancias temporales y situaciones históricas. Este procedimiento formal se distingue por dos principios, la ausencia de coacción y la supresión de toda desigualdad en el discurso. Las partes deben estar en situación de igualdad formal y actuar en libertad para poder adentrarse en un procedimiento de mediación.

La pregunta que le interesa a Habermas no es tanto qué significa lo justo, es decir, lo que encontraremos al final del camino, y que prejuzgaría los resultados de un diálogo deliberativo real, sino qué es justicia. Se trata de una teoría de la justicia formal, una teoría procedimental pura, en la que todo depende del procedimiento y no hay acceso independiente al conocimiento del resultado; esta justicia procedimental es un método que permite a las comunidades de personas trascender su propia cultura y conseguir normas universales de justicia.

El fundamento filosófico de la mediación como justicia se defiende, como se ha adelantado más arriba, al amparo de la teoría de la justicia en Habermas, en el discurso. La comunicación tiene como fin el entendimiento y en última instancia el acuerdo social; de esta manera, es a través de la comunicación y del discurso como las personas logran entenderse y pueden llegar a acuerdos en un procedimiento de mediación. La justicia, como fundamento filosófico de la mediación, significa que es el resultado de un logro social, el de las personas que participan cooperativamente en la mediación, a través de lo que el filósofo alemán denomina la «formación discursiva de la voluntad» que en ella tiene lugar. En este proceso discursivo resulta más importante, para adoptar las decisiones que pueden poner fin al conflicto, no ya la motivación de las convicciones en sí mismas consideradas, sino la aceptación libre de esas mismas motivaciones por cada una de las partes que participan en el procedimiento de la mediación.

El lenguaje para Habermas es la capacidad distintiva de la persona; toda comunicación está orientada al entendimiento con otras personas, y se propone en última instancia, como fin, el acuerdo social. Al trasladar este planteamiento a la mediación se puede concluir que es a través del discurso y de la comunicación como las personas que se reúnen para seguir un procedimiento formal de mediación pueden entenderse y lograr acuerdos que diriman sus diferencias.

A partir de las interacciones sociales de quienes participan en un diálogo real y sincero, que contiene las condiciones de libertad e igualdad, se produce lo que Habermas denomina «situación ideal de habla», capaz de crear una racionalidad comunicativa. La mediación participa, como parte de su fundamento filosófico, de esa racionalidad comunicativa, sin la cual no puede existir un procedimiento de mediación, y que se desarrolla en el espacio virtual al que se ha denominado «situación ideal de habla».

Para Habermas esta «situación ideal de habla» sirve de modelo o de pauta para guiar la actuación de las partes en el discurso, un objetivo a perseguir para que se produzca el entendimiento, un procedimiento formal que opera en las sociedades y comunidades como un constructo teórico diseñado para asegurar la imparcialidad de las interacciones comunicativas. En la mediación, la «situación ideal de habla» funciona como un objetivo, una situación hipotética anticipada y a la vez constitutiva del diálogo. Esta «situación ideal de habla» funciona como un marco de actuación dentro del cual deben actuar el mediador y las partes en el procedimiento de mediación, lo que podrán verificar a través de la observación y respeto de los principios y reglas que lo fundamentan.

Las ideas de John Rawls y Jürgen Habermas han influido profundamente en la filosofía contemporánea, en el transcurso de los últimos tres decenios. El primero, con *Una teoría de la justicia* de 1971, introdujo de nuevo en la problemática actual la cuestión de una sociedad de instituciones justas, y el segundo con su original *Teoría de la acción comunicativa*, ha logrado que se comenzara a repensar el sentido de la modernidad[1565].

Jürgen Habermas, partiendo de su modelo dialógico-comunicativo y de la necesidad de revitalizar el espacio público, entabla controversias con distintos filósofos y teóricos sociales contemporáneos. Especial significación adquiere su relación con John Rawls, y aunque ambos autores presentan trayectorias intelectuales diferentes, se observa entre ellos concordancias de fondo, que hacen de su confrontación no una batalla frontal sino una disputa familiar con una disparidad de matices en torno a un tema de fondo, el alcance normativo del ideario liberal. Sus proximidades se vislumbran con la publicación de *Facticidez y validez* en 1992, dos decenios después de *Una teoría de la justicia* (1971), y aunque con variantes importantes, ambos autores comparten perspectivas teóricas similares en ámbitos como la reivindicación de la filosofía práctica de Kant y la oposición a la filosofía utilitarista[1566].

El reproche que Habermas dirige a Rawls sobre la «posición original» es su deseo de ser análoga a las teorías del contrato social moderno, y resultar una imagen o metáfora. Rawls defiende que lo justo puede ser definido por el intelecto y deseado políticamente en

[1565] MELKEVIK, Bjarne: *Rawls o Habermas: un debate de filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 44.
[1566] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* pp. 239 y 245.

términos de un cálculo de intereses y de costo-beneficio, que puede conocerse subjetivamente; se busca lo bueno y justo para uno mismo, y es el «yo» quien elige. Sin embargo, para Habermas la «posición original» provoca un egoísmo racional y excluye un momento práctico verdadero, al excluir la posibilidad de seleccionar las normas compartiéndolas y validándolas intersubjetivamente[1567].

La teoría formal de la justicia que elabora Jürgen Habermas la hace a partir de su idea de la ética discursiva o discurso ético. Apela al lenguaje como la capacidad distintiva de la persona que le permite apreciar la naturaleza de la sociedad. La sociedad existe porque es posible la comunicación y el entendimiento intersubjetivo entre las personas a través del uso del lenguaje. Toda comunicación está orientada al entendimiento de los individuos y busca en última instancia el acuerdo social. Es a través del discurso y de la comunicación como las personas, que conforman la sociedad, se entienden y logran acuerdos[1568].

Tom Campell comenta cómo Habermas destaca por haber intentado dar una respuesta al concepto de justicia solo desde la vía procedimental que conduce a la justicia, lo que implica la existencia de un diálogo real continuado, en lugar de trabajar sobre las hipótesis puramente contrafácticas que presentan otros teóricos[1569]. Sus análisis proceden de las interacciones sociales reales, como las que experimentan aquellas personas que participan en un diálogo sincero, que él denomina «situación ideal del habla», en unas condiciones de libertad e igualdad que generan la «racionalidad comunicativa»[1570].

No se trata de establecer unos determinados criterios o contenidos sustanciales, que son variables con el tiempo y las culturas, sino que lo esencial es fijar un procedimiento formal que permanezca por encima de circunstancias temporales y de las situaciones históricas. El procedimiento formal se distinguiría por dos principios: la ausencia de coacción, y la supresión de toda desigualdad en el discurso. Las partes deberán estar en situación de igualdad formal y actuar en libertad, sin coacciones ni miedos[1571].

En realidad, su enfoque de la justicia es el de una teoría a la que Rawls podría llamar de «justicia procedimental pura», en la que todo depende del procedimiento y no hay acceso independiente al conocimiento del resultado[1572].

M.ª José Falcón y Tella describe esa situación ideal del habla como «aquella situación pura de la comunicación en la que se verifican todas las reglas argumentativas

[1567] MELKEVIK, Bjarne: *Rawls o Habermas: un debate de filosofía del derecho*, *op. cit.,* p. 56.
[1568] FALCÓN Y TELLA, María José: *La justicia como mérito*. Madrid: Marcial Pons, 2014, pp. 26-27.
[1569] CAMPBELL, Tom: *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, *op. cit.,* p. 221.
[1570] *Ibid.*, pp. 221-222.
[1571] FALCÓN Y TELLA, María José: *La justicia como mérito*, *op. cit.,* p. 25.
[1572] CAMPBELL, Tom: *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, *op. cit.,* p. 222.

para que se produzca ese consenso intersubjetivo que, a través de la comunicación, se persigue»[1573]. Si bien ella advierte que esa situación ideal no tiene su correlativo en la vida real, pues no puede verificarse en estado puro, al estar siempre mediatizada y contaminada por intereses y fines particulares. Esta situación ideal persigue otra función, y es la de servir como pauta o modelo con el que comparar las situaciones de habla de la vida real. Funciona como un objetivo, como la más pura situación ideal del habla a alcanzar, para que se produzca el entendimiento. Se trata de un procedimiento formal, donde los criterios materiales o contenidos sustanciales que cambian con el tiempo y las culturas dan paso a lo esencial, fijar ese procedimiento formal que contiene dos reglas: la eliminación de toda coacción y la supresión de toda desigualdad en el discurso. Es este el principio de la ética o acción comunicativa. Pueden variar los contenidos, pero no ese principio formal.

Para poder fundamentar la mediación en una razón de justicia procedimental es preciso asegurar que, como procedimiento de resolución de conflictos, la mediación cumple con los dos aspectos descritos por Diego Alejandro Otero Angelini, que deben estar presentes en un sistema de justicia procedimental. En el primer aspecto, la mediación como sistema de justicia procedimental debe ofrecer unos resultados que puedan ser considerados como deseables por las partes en mayor proporción que alguna otra opción disponible, si bien conocer qué se considera deseable puede estar sujeto a discusión. En el segundo aspecto, las condiciones y términos del procedimiento deben ser aceptables por las partes que formarán parte del mismo, de lo contrario no podría ser juzgado en un principio como justo. Si los resultados a los que se puede llegar en la mediación no son aceptables en general, o al menos comparativamente frente a otras opciones, el sistema de justicia procedimental fracasará. Si las condiciones no son aceptables, tampoco puede ser considerado justo o aceptable aun cuando los resultados fueran aceptables[1574].

En la mediación, el procedimiento se inicia con la sesión constitutiva, una vez las partes han sido debidamente informadas sobre el valor, las ventajas, los principios y las características de la mediación, por lo que adquieren suficientes elementos de juicio para decidir si optan o no por someter su conflicto a mediación. En esta sesión constitutiva las partes manifestarán su decisión de someter, libre y voluntariamente, su controversia al instituto de la mediación, habiendo calibrado previamente que los posibles resultados son preferidos en mayor proporción que alguna otra opción disponible, y que el procedimiento para alcanzarlos es justo.

[1573] FALCÓN Y TELLA, María José: *La justicia como mérito*, *op. cit.,* p. 26.
[1574] OTERO ANGELINI, Diego Alejandro: «Democracia y justicia procedimental», *Revista de Filosofía. Ediciones Complutense,* vol. 45, núm 1 (2020), p. 109.

¿Cuál es el significado de la «situación ideal del habla» que refiere Habermas? Juan Carlos Velasco la define como: «un constructo teórico diseñado para asegurar la imparcialidad en las interacciones comunicativas. Se trata de una situación hipotética anticipada, y a la vez constitutiva de todo diálogo»[1575]. Y enuncia sus principales rasgos característicos: (i) publicidad de las deliberaciones, (ii) reparto simétrico de los derechos de comunicación, y (iii) proscripción de las relaciones de dominación, excepto la ejercida por la «coacción de las coacciones» que implica el mejor argumento. Esta «situación ideal del habla» representa el máximo exponente de lo que es una comunicación no distorsionada, pero para ser usada como una idea regulativa, no como un proyecto que deba verificarse históricamente en la práctica.

La pregunta que le interesa plantear a Habermas, apunta M.ª José Falcón y Tella, no es tanto qué significa lo justo, es decir, lo que encontraremos al final del camino, y que prejuzgaría los resultados de un diálogo deliberativo real, sino qué es justicia. Se trata de una teoría de la justicia formal, una teoría procedimental pura, como método que permite a las comunidades trascender su propia cultura y conseguir normas universales de justicia. Algunas sociedades, como las democracias deliberativas, pluralistas y poscapitalistas, se aproximan a las situaciones ideales de diálogo. De esta manera, su teoría de la justicia dista de ser una idea irreal o fuera de contexto, como se le critica a otros teóricos como Rawls, donde la «posición originaria», exenta de toda causa de parcialidad, se sitúa en un escenario hipotético. Sin embargo, a pesar de ser una teoría formal, no es estrictamente procedimental, en tanto que reclama la presencia en el proceso de elementos sustantivos, como lo son el compromiso con la libertad política y la igualdad social. La participación, en condiciones de igualdad en el diálogo, incorpora a la sociedad cuotas de igualdad social y económica[1576].

La teoría de establecer solo la vía procedimental hacia la justicia implica la existencia de un diálogo real y continuado, en lugar de partir de situaciones hipotéticas en las que trabajan otros autores. Habermas no recurre a la moral para constatar esta vía procedimental, pues conllevaría preguntarse por aquello que se encontrará al final del recorrido. Esta opción supondría prejuzgar el resultado del diálogo deliberativo, y en la justicia procedimental pura todo depende del procedimiento, y no se contempla un acceso independiente al conocimiento del resultado[1577].

La dinámica de la mediación y su esencia, en la medida que las partes desconocen los términos de cuál puede ser el resultado, con o sin acuerdo, al que pueden llegar mediando, se asienta en esta vía procedimental hacia la justicia, que requiere

[1575] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* p. 287.
[1576] FALCÓN Y TELLA, María José: *La justicia como mérito*, *op. cit.,* p. 24.
[1577] CAMPBELL, Tom: *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, *op. cit.,* p. 222.

incontestablemente la presencia de un diálogo real y continuado. La mediación ha sido definida por Ignacio Bolaños Cartujo e Inmaculada Urruela Arnal como un espacio de diálogos virtual que comienza incluso antes del inicio del procedimiento de la mediación, en la sesión informativa, y puede continuar una vez terminada. Se trata de una variedad de espacios posibles de diálogo que pueden iniciarse antes del primer encuentro entre las partes, pueden sucederse entre el primero y los demás, y pueden continuar una vez finalizada la mediación. Estos espacios relacionales se dan en los encuentros privados que concierta el mediador con las partes, los llamados «caucus», en los encuentros entre las partes (sin esa presencia de la persona mediadora), en los diálogos internos de estas e incluso en el trabajo con una sola de las partes cuando la otra no desea participar. Sin embargo, Bolaños y Urruela proponen introducir el empleo de metáforas para abandonar, a diferencia de Habermas, el espacio racional de las posiciones y los intereses con el fin de estar en condiciones de superar ese espacio puramente emocional, si no reúne las condiciones idóneas para trabajar en la mediación al convertirse más en un obstáculo. Estos dos autores, con el uso de la metáfora proponen a las partes mantener un diálogo diferente, un lugar más propicio para el encuentro, un espacio intermedio que, sin perder de vista el terreno de las decisiones, busca al mismo tiempo situar las emociones en un lugar más fácilmente manejable por las partes. Apunta Bolaños que el «como si» del territorio metafórico garantiza a las partes espacios de diálogo menos comprometidos donde estas pueden sentirse más seguras en determinados momentos del procedimiento de la mediación[1578].

La visión del diálogo interactivo que defiende Habermas se fundamenta en un tipo de acuerdo basado en unas normas compartidas, más que en una suma de preferencias personales interesadas, que incorporan al proceso valores como la solidaridad, lealtad, respeto mutuo, y entendimiento social compartido. Este diálogo interactivo difiere del propuesto por Ackerman, planteado como una conversación restringida, y en respuesta a la teoría comunitarista de John Rawls. En la posición de Habermas se observa cómo confluye la corrección moral con la preocupación sociológica por la cohesión social. Las sociedades que recurren a la deliberación comunicativa racional para dotarse de normas de justicia son capaces de superar la pluralidad cultural y el relativismo en los que se basa el comunitarismo, y conseguir así una objetividad necesaria para vivir de forma pacífica y en cohesión social. De esta manera, la vía procedimental de la justicia, la racionalidad comunicativa que propugna Habermas, conlleva elementos sustantivos en el concepto de justicia[1579].

[1578] BOLAÑOS CARTUJO, Ignacio: «Una mirada aplicada: los espacios relacionales de la mediación», *Política y Sociedad*, vol. 50, núm. 1 (2013), pp. 196 y 213-214.
[1579] CAMPBELL, Tom: *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, *op. cit.*, pp. 223-224.

Finalmente, en esta apuesta por la sola vía procedimental, en la teoría formal de la justicia que elabora Habermas se aprecia la existencia de elementos sustantivos que definen la idea de justicia, como son el compromiso por la libertad política y la igualdad social, que surgen de la participación igual y equitativa en ese particular diálogo donde se manifiesta la racionalidad comunicativa[1580]. De igual manera, estos elementos sustantivos que están presentes en la concepción de la justicia por la sola vía procedimental se encuentran materializados en el procedimiento de la mediación, en los principios que lo informan y configuran, como son: la voluntariedad y libre disposición, la igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, la neutralidad y confidencialidad, a los que se añaden otros que sirven de guía para la actuación de las partes en la mediación, como son: la buena fe y el respeto mutuo, el deber de colaboración y apoyo al mediador. Estos principios, como contenidos sustantivos del concepto de justicia, se ponen de manifiesto por las partes a través del uso de la palabra en el diálogo o conversación que emprenden las partes, y con la ayuda del mediador para abordar las soluciones a su conflicto.

El diálogo que reúne las características de una «situación ideal del habla» no solo es garantía de éxito en la comunicación, sino también requisito para legitimar su contenido. Lo original de la teoría de Habermas, según Tom Campbell, estriba en hacer ver que luchar por el acuerdo o consenso en una «situación ideal del habla» supone centrarse en conseguir el conocimiento y la legitimidad. Esto no significa equiparar normas con acuerdo social, sino que resalta el compromiso con la verdad y la justicia objetiva de quienes participan en ese diálogo. La búsqueda del conocimiento requiere establecer un acuerdo que trascienda las propias creencias compartidas, y presupone considerar la verdad como algo más que el acuerdo intersubjetivo, que reclama conocimiento, si bien este no está constituido por el acuerdo[1581].

En este sentido, la actividad de la mediación requiere o presupone para su desarrollo la existencia de esta «situación ideal de habla», que no surge o les es dada a las partes por el mero hecho de participar en ella, sino que, con la ayuda del mediador, aparecerá como consecuencia de la voluntad específica, la de las partes, de crearla. En esta situación de habla que se crea en la mediación, la comunicación entre las partes no puede estar condicionada ni por factores externos al procedimiento, ni tampoco por presiones o algún tipo de intimidación que puedan surgir con ocasión del conflicto durante el desarrollo del debate que tiene lugar entre aquellas. El mediador es quien debe orientar y conducir el procedimiento de la mediación para que este tipo de impedimentos no se produzcan, y lo conseguirá solo si logra que se dé una distribución simétrica de comunicación para todos los participantes, en la que ellos puedan elegir y efectuar los

[1580] *Ibid.*, pp. 221-223.
[1581] *Ibid.*, p. 227.

actos de habla que deseen. De esta exigencia general de simetría Habermas hace depender cuatro exigencias para cada uno de los distintos actos de habla que él clasifica, diferenciándolos entre sí. A las partes que median se les presupone, al formar parte de una relación comunicativa, que son capaces de crear esta situación de diálogo. Robert Alexy explica que Habermas denomina ideal a una situación lingüística donde la comunicación no puede ser impedida ni por causas contingentes exteriores ni por coacciones que provengan de la misma estructura de la comunicación. Son cuatro las exigencias que se le requieren a los distintos actos de habla, las dos primeras se refieren al discurso y las otras dos al encuadre de los discursos en los contextos de acción, tal y como se expone en la siguiente tabla[1582]:

Tabla 4. Exigencia de simetría para los actos de habla según Habermas

1	Todos los participantes potenciales de un discurso deben tener la misma posibilidad de usar los actos de habla comunicativos: iniciar el discurso en cualquier momento, y continuarlo con réplicas y contrarréplicas, preguntas y respuestas.
2	Todos los participantes de un discurso deben tener la misma oportunidad de realizar interpretaciones, aserciones, explicaciones, justificaciones, problematizar los asuntos para que ninguna cuestión se escape a la crítica o a ser tematizada.
3	Solo se admiten hablantes en el discurso con la misma capacidad de realizar actos de habla representativos, es decir, expresar sus opiniones, sentimientos o intenciones.
4	Solo se admiten hablantes en el discurso con la misma capacidad de realizar actos de habla regulativos, ordenar y oponerse, permitir y prohibir, rendir y exigir cuentas, prometer y retirar promesas.

En su metodología, Habermas combina los métodos filosóficos de Immanuel Kant con la teoría social de Max Weber. De este modo, emplea la deducción trascendental de Kant, y extrae presupuestos de ciertas afirmaciones inevitables de la experiencia cotidiana con el objetivo de establecer verdades *a priori* de las que se pueden derivar enunciados morales y epistemológicos. En este sentido, Habermas afirma que no se puede mantener un argumento racional sobre lo que hacemos o decimos sin asumir compromisos con la sinceridad, la verdad y la corrección. Por esta razón, toma presupuestos de la actividad lingüística y los traslada como condiciones necesarias a la interacción social lingüística. Estos presupuestos son contrafácticos, en el sentido de no estar insertos en las interacciones reales, por lo que pueden ser empleados en las interacciones lingüísticas como criterios que sirven de guía sobre cómo actuar para alcanzar la verdad y la justicia[1583]. Quien se aviene a argumentar, comenta Müller-Doohm, está cumpliendo necesariamente con aquellos presupuestos comunicativos del discurso argumentativo que

[1582] ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.,* pp. 126-127.
[1583] CAMPBELL, Tom: *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, *op. cit.,* p. 226.

Habermas formalizó como reglas del discurso[1584]. La mediación, en la medida que la consideremos como una interacción social lingüística, también cuenta con unos presupuestos comunicativos, unos criterios que sirven a las partes y al mediador de guía en su actuación con vistas a alcanzar unos objetivos. Si defendemos que la actividad lingüística que se desarrolla en la mediación es de tipo argumentativo, entre los objetivos que se proponen las partes conseguir deberían figurar la verdad y la justicia.

El espacio de diálogo que es la mediación lo configura un contexto que, según afirma Alicia García-Herrera, favorece la confianza y la autoexpresión de los intereses de las partes, sus necesidades y afectos, y donde el mediador, no solo ha de estar atento a las emociones y percepciones de los actores, sino que ha de mantener un control de sus propios sentimientos y emociones. En la construcción de este marco comunicacional que es la mediación, García-Herrera presupone que el mediador dispone de una serie de aptitudes y cualidades personales, como son la ecuanimidad, el autocontrol, y la objetividad, para adaptar su lenguaje, gestual y verbal, al de los solicitantes de la mediación, y de una serie de diferentes recursos técnicos, como es la escucha activa. El reto del mediador es reconducir los estados afectivos de las partes y crear un espacio de calma que permita la comunicación, dice García-Herrera, la mejora de las relaciones entre los mediados y la adopción de acuerdos consensuados, o ambas cosas a la vez. La relación mediadora es un proceso que trasciende los encuentros personales que se producen entre las personas mediadoras y las partes[1585]. Este espacio de diálogo que se construye en el proceso de una mediación puede encontrar su fundamento en última instancia en el ideal normativo de comunicación que propone Habermas, y su conformación es un cometido que compete no solo al mediador sino a las partes.

Habermas usa su tipo de comunicación como ideal normativo, con fundamentos empíricos y fenomenológicos, que se fundamentan en una «situación ideal del habla» donde las personas luchan por alcanzar un acuerdo sobre la verdad y la justicia, en unas condiciones sin coacción y donde la participación está abierta a todos por igual[1586].

La mediación, como proceso de entendimiento, exige de las partes conocer la realidad de una forma, no solo racional, sino que es preciso que la comprendan de una forma participativa. Desde la perspectiva de Habermas, la sociedad existe como consecuencia de la posibilidad, a través del lenguaje, de la comunicación y entendimiento intersubjetivo que sucede entre las personas que la conforman. Es un convencido defensor del lenguaje entendido como la capacidad distintiva de la persona que le permite apreciar

[1584] MULLER-DOOHM, Stefan: *Jürgen Habermas: una biografía.* Madrid: Trotta, 2020, p. 88.
[1585] GARCÍA-HERRERA, Alicia: «Los sentimientos y las emociones en el proceso de mediación», *Revista de Mediación*, vol. 10, núm. 1 (2017), pp. 2 y 6.
[1586] CAMPBELL, Tom: *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, *op. cit.*, p. 226.

qué es la sociedad; de la misma manera apuesta por el diálogo, la reflexión crítica, lo que él denomina «situación ideal del habla», como condición suficiente para que suceda, no solo la comunicación exitosa entre aquellas, sino como mecanismo para justificar y legitimar lo que es objeto de discusión[1587]. El espacio de diálogo que se conforma en un procedimiento de mediación, no solo permitirá a las partes alcanzar una comunicación exitosa, sino que es el mecanismo que justifica y legitima el objeto y el resultado de su deliberación. Por eso podemos afirmar que la mediación es justicia procedimental porque las partes encontrarán, en su caso, un acuerdo justo, y conforme a derecho, que solucione sus diferencias como resultado de su deliberación, al final del procedimiento de deliberación que es la mediación y observando sus formalidades.

La naturaleza humana también requiere ser aprendida de forma participativa, como expresa Weber con la idea de comprensión interpretativa, *verstehen*. Si se razona solo racionalmente, se prescinde del punto de vista interno de la persona, de quien participa en el debate. No basta el estudio de las ciencias naturales, ni aplicar la metodología empírica a las ciencias sociales, pues con sus explicaciones externas de la realidad y sus resultados exactos pretenden dominar a la persona y las presentan como la única opción aceptable. Esto es contradictorio con la naturaleza autónoma del hombre, que no puede ser controlada ni manipulada[1588].

El fundamento que sustenta toda esta teoría de la justicia en Habermas es el discurso. La comunicación tiene como fin el entendimiento y en última instancia el acuerdo social; es a través de la comunicación y del discurso como los hombres logran entenderse y pueden llegar a acuerdos en una sociedad. La comunicación de cualquier enunciado lleva implícita una pretensión de validez intersubjetiva. Es en la acción comunicativa donde el hombre se aparta de su propio subjetivismo y dirige a sus oyentes una oferta de entendimiento sobre algo. Cada vez que el hombre habla para expresarse intenta ir más allá de las fronteras que delimitan su yo, para encontrarse con el otro en una comunicación intersubjetiva[1589]. La mediación es acción comunicativa que persigue el entendimiento entre las partes que están discutiendo sobre una determinada situación y derechos subjetivos disponibles, y en este sentido no se configura como un espacio de confrontación o de mero intercambio de las distintas posiciones que cada una de las partes plantea a la otra para ver satisfechas sus necesidades. La mediación se configura como un tipo de acción comunicativa, intersubjetiva, que busca el entendimiento de las partes en conflicto con vistas a conseguir acuerdos que pongan fin a sus disputas. En la mediación las

[1587] *Ibid.*, p. 227.
[1588] FALCÓN Y TELLA, María José: *La justicia como mérito*, *op. cit.,* p. 27.
[1589] *Ibid.*, pp. 23-29.

partes deben distanciarse de lo propiamente «suyo», para ofrecer al otro posibilidades de entendimiento sobre las que construir posibles acuerdos.

Niklas Luhmann es uno de los oponentes a la teoría práctica del discurso por considerar que el problema planteado en la actualidad no es el de la corrección interna de las normas o decisiones, sino el de la superación de la complejidad. En consecuencia, el problema de la justicia debe superar la tradicional relación entre verdad y fundamentación, y debe formularse de nuevo la pregunta sobre la complejidad adecuada del sistema jurídico. En las sociedades modernas, las discusiones pueden comprenderse mejor a partir de la teoría de los sistemas más que desde la del lenguaje, que no se detiene en las exigencias de las «situaciones ideales del habla» sino que puede trabajar sobre las limitaciones de cualquier sistema de discusión[1590].

Habermas postula una «racionalidad comunicativa» donde verdad y justicia se unen como presupuestos indispensables del diálogo. En esta «racionalidad comunicativa», el acuerdo al que se llega acerca de la verdad se justifica en las condiciones de ausencia de coacción y participación igualitaria de todos en el diálogo. Al participar en el diálogo que busca el consenso, quienes intervienen en ese proceso asumen el compromiso de establecer un acuerdo que trascienda las creencias personales o comunitarias, pues la justicia deviene si es universalizable, y lo es en la medida que en situaciones semejantes, aquel acuerdo quiera cumplirse. Hablar para Habermas es un tipo de acción estratégica y el procedimiento de toma de decisiones es inevitablemente intersubjetivo, un modelo socializado de discurso. La justicia y el conocimiento son el resultado, no son logros individuales, sino que están insertos en el desarrollo, y es en este contexto donde el filósofo alemán se remite a la «formación discursiva de la voluntad»[1591]. La búsqueda de la justicia en la mediación es una vía procedimental, y el objeto de esa justicia está constituido por las decisiones que las mismas partes en conflicto adoptan, con la ayuda del mediador, de una forma intersubjetiva, más allá de lo personal de cada una de ellas. Esas decisiones adquieren el carácter de universales desde el momento en que, en situaciones análogas, esa misma decisión quiera ser cumplida por otras personas ajenas al conflicto.

Comenta Falcón y Tella que Habermas explora la idea del habla como un tipo de acción estratégica siguiendo la línea de la teoría de los actos del habla de John Searle y de los filósofos del lenguaje como Wittgenstein, y la línea de Hegel y Marx al plantear «la formación discursiva de la voluntad». El habla puede adoptar un tipo de acción estratégica en tanto que pueden realizarse afirmaciones criticables acerca del mundo, que podrán tener o no validez, dependiendo de si pueden defenderse, para lo cual se requiere la presencia de determinadas condiciones como son, por ejemplo, la identidad de significado

[1590] ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 187-188.
[1591] FALCÓN Y TELLA, María José: *La justicia como mérito*, *op. cit.*, p. 22.

de las expresiones lingüísticas que las hace intercambiables y no meramente subjetivas, entre quienes mantienen un diálogo, situándose más allá del ámbito puramente individual[1592].

Y en cuanto a la «formación discursiva de la voluntad», Habermas nos propone buscar una racionalidad en el desarrollo de la sociedad humana, en una consideración que es más una empatía; una norma es justa si es universalizable, cuando todos pueden desear que sea obedecida. Esta idea no es particularmente original, pues ya está contenida en el principio kantiano de universabilidad. Lo que es genuino en Habermas es haber combinado una teoría social y normativa con una teoría sociológico-realista que incide en la «facticidad» de los procesos sociales. La fuerza por sí sola no es suficiente, es el acuerdo el que dispondrá qué fuerza puede ser usada y cómo llegar a imponerse[1593].

El resultado, dirá Campbell, es que la justicia se alcanza y desarrolla, no a través de las especulaciones de los filósofos u otros críticos, sino como consecuencia de un diálogo cuyas condiciones incluyen el presupuesto de la existencia de algo que es la justicia universal. Los acuerdos básicos están representados por un sistema de derechos que permiten que la coerción pueda ser utilizada para proteger las bases de la integración social. La justicia, por tanto, está relacionada con los aspectos deontológicos del discurso, no con los teleológicos. La justicia no significa un valor entre otros, sino del predicado sobre la validez de los enunciados normativos universales que expresan normas morales generales. Es un concepto abstracto conectado con la igualdad, en sentido kantiano, una norma válida de justicia debe sobrevenir a la prueba de la universalización que examina lo que es igualmente bueno para todos. La justicia se identifica con la moral al comprender normas universales que trascienden aquellas preferencias individuales y grupales que tienen que ver con los valores[1594].

Sin embargo, en tanto que las cuestiones de justicia tienen que ver con las pretensiones que se ven atacadas en los conflictos interpersonales, esto la convierte en una cuestión de mera justicia distributiva. Si bien Habermas insiste en que una distribución equitativa del bien es un aspecto que se sigue de la autoorganización de una comunidad de ciudadanos libres e iguales, porque la justa distribución de los beneficios sociales es simplemente el resultado del carácter universalista de una ley, cuyo propósito consiste en garantizar la libertad e integridad de cada una de las personas[1595].

La justicia está relacionada con el derecho como un subsistema de la sociedad que tiene particularmente que ver con la función de la interacción social, lo que Habermas

[1592] *Ibid.*, pp. 28-29.
[1593] *Idem*.
[1594] CAMPBELL, Tom: *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, *op. cit.,* p. 234.
[1595] *Idem.*

denomina la «facticidad de los procesos sociales». La justicia es el presupuesto de la acción comunicativa ideal, un proceso que apunta a un resultado que puede ser adoptado como legítimo por todas las personas. Es, por tanto, un proceso mediado por la realidad social y que está fundado en la conciencia política de un espacio público de ciudadanos que combina las perspectivas de todas las personas implicadas[1596].

La mediación, en tanto que es justicia, mantiene una íntima ligación con la cohesión social, como una de sus funciones, desarrollando con ello la cultura de la paz; se constituye en instrumento para la ordenación pacífica de la convivencia y sus resultados se alcanzan como consecuencia de un diálogo, entre cuyas condiciones se incluye el presupuesto de que existe una justicia universal. Es un mecanismo a través del cual distintas partes enfrentadas por un determinado conflicto, al interactuar entre ellas y con la ayuda de un mediador, pueden lograr un consenso funcional que se considera justo. Las cuestiones de justicia en la mediación están conectadas con las pretensiones que plantean las partes en sus conflictos interpersonales, en un espacio público, donde las partes legitiman sus acuerdos como resultado del proceso de comunicación que en ella tiene lugar.

Con la obra de Habermas, apunta M.ª Dolores Pérez Jaraba, el debate público-democrático de las contradicciones de la sociedad ha pasado a ser valorado positivamente para resolver los conflictos estructurales de la sociedad moderna a través de la ética discursiva, que continuamente abre al debate democrático los aspectos de la vida privada y la vida pública[1597].

Este nuevo paradigma de justicia procedimental, afirma Habermas, es más apropiado aplicarlo para sociedades complejas que los dos paradigmas que han competido hasta ahora, el denominado materialista y el formal[1597]. De igual manera, la capacidad de las partes de debatir su conflicto y de pactar por ellas mismas, o no, un acuerdo de reconciliación solo resulta posible como un ideal social participativo, que se corresponde con los valores básicos, sociales y jurídicos de sociedades democráticas. Desde esta perspectiva, Pérez Jaraba ha examinado la mediación como una propuesta teórico-práctica enmarcada dentro de la teoría general del conflicto de las sociedades democráticas. La mediación únicamente es posible en un contexto democrático, y las distintas teorías o modelos teóricos de mediación (modelo Harvard, modelo circular-narrativo, modelo transformativo) solo han sido posibles como propuestas teóricas de mediación basadas en la democracia y los derechos de los ciudadanos. Precisamente la característica «autocompositiva» de la mediación se visualiza con más claridad a través del estudio que estas teorías realizan, tanto del mediador neutral como de la dinámica del proceso

[1596] *Ibid.*, p. 235.
[1597] PÉREZ JARABA, María Dolores: *Teorías de la mediación y derechos fundamentales, op. cit.,* p. 69.
[1597] HABERMAS, Jürgen: «Paradigms of law», *Cardozo Law Review*, vol. 17, núms. 4-5 (1995), p. 772.

mediador igualitario entre las partes del conflicto, y de sus habilidades y técnicas responsables[1598].

La justicia, a través del proceso judicial, no se presenta ya como la única opción para resolver las disputas; se han constituido varios procedimientos alternativos para resolverlos, algunos de ellos puros, como son la mediación, la transacción, la negociación o el arbitraje, y otros híbridos o mixtos, como son el arb-med (arbitraje-mediación) y el med-arb (mediación-arbitraje), entre otros[1599].

El proceso judicial y los ADR son alternativos, explica Raúl Calvo Soler, en tanto que los dos son métodos para conseguir un mismo fin, la resolución de un conflicto[1600]. Los ADR, en sus orígenes, se conforman como un movimiento que busca cauces alternativos al poder judicial, pudiendo ser este cauce bien no procesal ni jurisdiccional, bien procesal pero no jurisdiccional, o bien judicial pero no procesal, siempre y cuando sirviese para la obtención de una solución al conflicto planteado[1601].

Por ello, comenta Pérez Jaraba, interesa seguir avanzando en la idea socialmente amplia de jurisdicción, de la justicia como un todo para lo cual es imprescindible contar con «alternativas» que complementen la labor del poder judicial, efectivas y reguladas jurídicamente, consiguiendo la necesaria socialización del proceso y del acceso a la Administración de la Justicia en sentido amplio. Sin embargo, en el contexto de esta apertura de jurisdicción, la mediación, como método o solución alternativa de conflictos, debe otorgar las mismas garantías constitucionales que la tutela judicial efectiva otorga a los justiciables. Cualquier ley que regule una alternativa de resolución de conflictos, no solamente debe procurar que las personas involucradas en un conflicto puedan acudir a ella en cualquier momento del proceso judicial, sino que, dentro de su articulado, deberá incorporar los contenidos básicos de la tutela judicial efectiva, a fin de integrar de este modo las posibles vías legales de solución a los conflictos dentro de una única Administración de Justicia[1602].

4.1. Acción comunicativa y teoría social

Jürgen Habermas, como teórico social, se interesa sobre la posibilidad del orden social, y por cómo se estructuran las sociedades modernas[1603]. Proyecta fundamentar la teoría de la sociedad en una antropología del conocimiento, y para ello, aborda la distinción entre

[1598] PÉREZ JARABA, María Dolores: *Teorías de la mediación y derechos fundamentales*, *op. cit.,* p. 183.
[1599] *Ibid.*, p. 184.
[1600] CALVO SOLER, Raúl: *Donde la Justicia no llega.* Barcelona (España): Gedisa, 2017, p. 14.
[1601] DE DIEGO VALLEJO, Raúl Y Carlos GUILLÉN GESTOSO: *Mediación: Proceso, tácticas y técnicas.* Madrid: Pirámide, 2008, p. 27.
[1602] PÉREZ JARABA, María Dolores: *Teorías de la mediación y derechos fundamentales*, *op. cit.,* pp. 181-182.
[1603] FULTNER, Barbara (ed.): *Jürgen Habermas: Key concepts*. Londres: Routledge, 2014, p. 55.

«teoría tradicional» y «teoría crítica» establecida en la escuela de Fráncfort[1604], formada por un grupo de pensadores como Horkheimer y Adorno, unidos en torno al Instituto de Investigación Social de Fráncfort, que se propone una reflexión crítica sobre la sociedad posindustrial y el concepto de razón que la ha propiciado[1605].

Asume la crítica formulada por Horkheimer contra el positivismo, quien, en discrepancia con las tesis marxistas, concedía a las categorías de conocimiento e interés un papel relevante con el propósito de superar y reconstruir la separación existente entre el ámbito de la teoría y la praxis[1606].

El término «teoría crítica» fue acuñado por Horkheimer y se caracteriza por dos rasgos, por una parte, la convicción de que el criterio del conocimiento que una teoría nos proporciona no es el único para afrontar su valoración, sino que hay que considerar el interés social e histórico con el que se promovió su construcción, y por otra parte, la insistencia en superar la separación entre teoría, asentada en la racionalidad, pero inútil a efectos prácticos, y la praxis que, en virtud de su desconexión teórica, se ve condenada a la irracionalidad[1607].

Habermas asume la posición de Horkheimer y hace suya también la denuncia del positivismo por haber concentrado su atención en exclusiva en la racionalidad de los medios, con absoluta preterición de la racionalidad de los últimos fines, lo que acabaría, en última instancia, declarándose ilusorio e imposible. Se reduce la función de la razón a la meramente instrumental; el razonamiento servirá para cualquier empeño, sea este bueno o malo, y se convierte en un instrumento para toda suerte de empresas indiscriminadas de la sociedad, pero sin pretensiones de ofrecer pautas para la vida individual o colectiva, determinables por otras fuerzas[1608].

Javier Muguerza comenta que la distinción entre «técnica» y «praxis» es la mayor aportación de la escuela de Fráncfort a la filosofía contemporánea, al igual que su denuncia al positivismo, que encuentra su lugar originario en la obra de Horkheimer, donde caracteriza a la razón instrumental como aquella para la que no existe ninguna meta racional en sí, de suerte que carece de sentido discutir la superioridad de una meta frente a otras por referencia a la razón[1609].

Jürgen Habermas comparte con Horkheimer y Adorno, sobre todo, el enfoque de la «teoría crítica» de la filosofía y las ciencias sociales, pero su principal discrepancia reside

[1604] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* pp. 43 y 47.
[1605] TOMÉ, José Lorenzo: *Las identidades: las identidades morales y políticas en la obra de Jürgen Habermas*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2014, p. 24.
[1606] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* pp. 43 y 47.
[1607] MUGUERZA CARPINTIER, Javier: *La razón sin esperanza: siete trabajos y un problema de ética*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2009, p. 174.
[1608] *Ibid.*, p. 194.
[1609] *Idem*.

en su crítica a la modernidad y a la razón, que adquiere una forma totalizadora, e imposibilita una alternativa. Horkheimer y Adorno identifican la razón como una parte definitoria de la modernidad, identificando la razón con la razón instrumental, que reduce nuestra relación con el mundo a la de un sujeto que intenta dominar un objeto. Lo mismo sucede cuando se aplica la razón en el contexto de las personas y las relaciones sociales. Al recurrir a la razón, instrumental, en estos ámbitos, los seres humanos son tratados como objetos, a fin de ser manipulados y dominados. En consecuencia, la modernidad es igual a la razón, la razón es igual a la razón instrumental, y la razón instrumental es igual a la manipulación y la dominación de las personas. Habermas propone una alternativa, una noción diferenciada de la razón, donde la razón instrumental no es más que un tipo de razón, y, por lo tanto, confía, esperanzado, en otro tipo de razón, la razón comunicativa, como una fuerza emancipadora[1610].

Si nos preguntamos qué tipo de razón es la que está presente y guía en un procedimiento de mediación, compartimos con Habermas que la razón instrumental, aquella que en una disputa llevada a mediación reduciría la relación de las partes a querer dominar el conflicto, de tal manera que la persona sería tratada también como un instrumento, un puro objeto que manipular. Desde luego, estudiando la dinámica de un proceso judicial, descubrimos que la razón que auspicia el ejercicio de acciones ante los tribunales discrepa enteramente de aquella otra que fundamenta un procedimiento de mediación, y a la cual podemos denominar como razón comunicativa. El proceso judicial asume una razón de contienda. Tal y como lo define Calamandrei, el proceso civil no es un monólogo, sino un diálogo, donde se produce un cambio de proposiciones, de respuestas y de réplicas, un cruce de acciones, de estímulos y de contraestímulos, de ataques y de contraataques, y por este motivo se le ha comparado con una esgrima de persuasiones y o una contienda de razonamientos[1611].

Es común, en el ámbito del derecho procesal, diferenciar entre distintos tipos de motivación, comenta Rafael de Asís, quien distingue dos tipos de motivaciones jurídicas, las válidas o las racionales y conformes con una concepción de lo jurídico y con las consecuencias que de ella se desprenden, y las éticamente correctas o racionales y conformes con una concepción de la justicia y con las consecuencias que de ella se desprenden. De la misma manera, sería posible distinguir entre motivación racional suficiente y motivación racional correcta. La primera sería aquella que da cuenta de la regla que justifica la decisión, y la segunda aquella que da cuenta de las razones que

[1610] THOMASSEN, Lasse: *Habermas: A Guide for the Perplexed*. Londres: Bloomsbury, 2010, pp. 21-22.
[1611] CALAMANDREI, Piero: *El Proceso y la democracia.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, pp. 150-151.

justifican la regla que apoya la decisión; todo ello depende de la concepción que se use sobre el derecho, la justicia y, ahora también, sobre lo racional[1612].

En consecuencia, partiendo del carácter racional de la legislación y de la jurisprudencia, para M.ª Dolores Pérez Jaraba habría que dar un paso más y considerar que la sociedad o la comunidad también pueden participar de ese ámbito de lo racional. En este contexto de racionalidades compartidas es donde, para esta autora, la mediación podría encontrar una primera justificación estrictamente jurídica[1613].

El primer paso que acomete Habermas en el desarrollo de una teoría crítica de la sociedad es plantear la idea de «intereses humanos» o «intereses constitutivos del conocimiento»[1614]. Habermas dedica su primera investigación a analizar el tipo de conexión existente entre estas dos nociones, conocimiento e interés, al estar convencido de que el criterio de conocimiento que una teoría proporciona no debe ser el único a tener en consideración, debiendo contar el interés social e histórico que promovió su construcción[1615]. En su obra *Conocimiento e interés* expone sistemáticamente su posición, una tentativa de entender el proceso de disolución de la teoría del conocimiento, cuyo lugar ha sido ocupado por la teoría de la ciencia, y de remontar, a través de las etapas que han sido abandonadas de la reflexión. Lo que le preocupa a Habermas es la transformación experimentada por la relación entre «autorreflexión epistemológica» y «ciencia empírico-analítica»[1616].

En su intento de explicar que es posible una teoría crítica, Habermas expone cómo el conocimiento en general también lo es, y propone una solución radical al problema de la teoría y la práctica: el conocimiento y la filosofía, esta como teoría, ya no pueden darse por sentados, como si estuvieran dados, sino que deben ser vistos como ideales que producen, a través de la práctica de la reflexión, su propia posibilidad. La filosofía ya no puede continuar como una teoría contemplativa del conocimiento, sino que debe convertirse en una fuerza práctica para la emancipación: una ciencia social que critica la ideología[1617].

La doctrina del interés propuesta por Habermas permite fundamentar una teoría del conocimiento como teoría de la sociedad. El conocimiento está regido por algún tipo de interés que lo condiciona socialmente, y nunca es puro. El hecho de conocer responde a nuestra necesidad de apropiarnos de la naturaleza, para lo cual se apoya en un impulso técnico, instrumental, dirigido a controlarla. Pero la forma en la que nos apropiamos de la

[1612] DE ASÍS ROIG, Rafael: *El juez y la motivación en el derecho.* Madrid: Dykinson, 2006, pp. 27-31.
[1613] PÉREZ JARABA, María Dolores: *Teorías de la mediación y derechos fundamentales, op. cit.,* pp. 176-177.
[1614] THOMASSEN, Lasse: *Habermas: A Guide for the Perplexed*, *op. cit.*, pp. 24-25.
[1615] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* p. 42.
[1616] MCCARTHY, Thomas: *La teoría crítica de Jürgen Habermas* (trad. Manuel Jiménez Redondo), 4.ª ed. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 75 y 136.
[1617] INGRAM, David: *Habermas: Introduction and analysis*. Ithaca (Estados Unidos): Cornell University Press, 2011, p. 44.

naturaleza es también una actividad social, que debe dar cuenta del sentido del mundo social circundante, de las normas que lo rigen y que se transmite a través del lenguaje. Los intereses del conocimiento están relacionados con las condiciones de vida, la reproducción y autoconstitución de la especie humana, que Habermas engloba, respectivamente, en las categorías de trabajo e interacción, o acción comunicativa[1618].

El conocimiento que guía la actuación de las partes en un proceso judicial, como hemos observado, está orientado a obtener una estimación favorable de sus pretensiones, a controlar el resultado para que sea a su favor, el reconocimiento de las peticiones formuladas en los escritos de demanda o de contestación, por lo que al impulso de la actividad procesal le corresponde un interés técnico y puramente instrumental. Por el contrario, para saber qué tipo de conocimiento e interés es el que está presente en la actividad desarrollada en un procedimiento de mediación, hace falta englobarlos como una actividad social, en el sentido apuntado de dar cuenta del mundo circundante, de sus normas que son transmitidas a través del uso de la palabra, y del lenguaje.

Habermas subraya que todos los procesos cognitivos se basan y están conducidos por unos intereses que habitualmente se pasan por alto y no son reconocidos como tales. Todo conocimiento se pone en marcha por un interés, no existe un saber neutral[1619]. El interés es una condición de posibilidad del conocer, una condición cuasi trascendental, en sentido kantiano, del conocimiento, de modo que no existe un conocimiento no interesado, no existe un sentido sustantivo. La sociología positivista ha absolutizado un tipo especial de interés, que Habermas denomina «técnico-instrumental» y que consiste en la seguridad informativa de los datos, orientada hacia el control técnico del mundo. Ese tipo de interés debería complementarse con dos intereses negados por la ciencia positivista, que son el interés «práctico» y el interés «crítico» o «emancipatorio»[1620].

Descartado el predominio del interés instrumental en la mediación, ¿qué otros tipos de interés son los que mueven a las personas a decidirse por la mediación para solucionar su conflicto?

El interés «técnico» está orientado al dominio de la naturaleza, anima el estudio de las ciencias naturales y la técnica, su lenguaje es relativo a la física; el interés «práctico» está orientado al entendimiento entre los hombres, le sirven los saberes prácticos, como las ciencias de la cultura, y las tradiciones culturales, y emplea un lenguaje intencional. Y finalmente, el interés «emancipativo» se corresponde con el proceso histórico de

[1618] TOMÉ, José Lorenzo: *Las identidades: las identidades morales y políticas en la obra de Jürgen Habermas*, *op. cit.,* p. 65.
[1619] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* p. 43.
[1620] VON SPRECHER, Javier Cristiano y Matías GILETTA: *Teorías sociológicas: introducción a los contemporáneos*. Córdoba (Argentina): Brujas, 2013, p. 159.

autoconstitución del hombre en cuanto tal, como una liberación progresiva de la persona. El interés «emancipativo» hace transparentes a los intereses «técnico» y «práctico» en su verdadero sentido de intereses directivos del conocimiento[1621].

En el primer párrafo de su obra *Conocimiento e interés*, Habermas concluye que el positivismo es renegar de la reflexión, y refleja su propósito, el de elaborar una crítica integral del positivismo para depurar de la razón todo aquello que disminuya su función crítica. De este modo, identifica tres tipos de intereses básicos e interrelacionados entre sí que son rectores del conocimiento y permiten ampliar el marco científico, impugnando así las pretensiones del positivismo: (i) el interés «técnico»: el ser humano percibe en función de su posible manipulación técnica, esto es, movido por el afán de dominar y explotar la naturaleza para optimizar los procesos de producción; (ii) el interés «práctico» o de comprensión: en este caso, no se busca la manipulación de la realidad, sino aprehenderla de sentido y la comprensión de los otros sujetos, indispensable para la apropiación de los constructos simbólicos y demás procesos culturales; y (iii) el interés «emancipativo»: el ser humano busca conocer la realidad social existente para, inicialmente, poder criticarla y, posteriormente, poder modificarla de modo que primen los criterios de equidad y no de dominación[1622].

La actividad propia de un procedimiento de mediación no puede existir si no se produce un entendimiento intersubjetivo entre las partes, que de partida se manifiesta en una actitud de querer conseguirlo en un espacio abierto al diálogo, y en última instancia en aquel otro que se materializa en los términos de un acuerdo que pone fin a la disputa. Es imprescindible por tanto que exista algún otro tipo de interés que no sea el meramente instrumental, otro distinto que mueva a las partes a entenderse, ese otro interés que Habermas ha denominado como «interés práctico». Las partes deben querer aprehender la realidad en la que surge el conflicto para captar su sentido y la comprensión del «otro». Para explicarlo de otra manera y mediante una contraposición, en el proceso judicial no existe en las partes ni en el juez ese interés de ponerse de acuerdo, y entenderse, y si bien el juez invita a las partes a que lo hagan, la actividad procesal que desarrollan las partes busca obtener una resolución favorable a sus intereses, un vencimiento frente a las pretensiones contrarias. Además, las partes, al promover y participar en un procedimiento de mediación, no solo se mueven por el «interés práctico» sino por cambiar el estado de las cosas, salir, mediante la crítica y la reflexión, de la situación de enfrentamiento que provoca el conflicto y transformar la realidad primando criterios de equidad y justicia.

[1621] TOMÉ, José Lorenzo: *Las identidades: las identidades morales y políticas en la obra de Jürgen Habermas*, *op. cit.,* p. 27.
[1622] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* pp. 44 y 47.

La tesis que defiende Habermas explica cómo la «orientación general» que conduce a las ciencias de la naturaleza está basada en un interés de raíces antropológicas profundas, por la predicción y el control de los sucesos que tienen lugar en el entorno natural, a la que él llama interés «técnico». El desarrollo de la vida humana se basa de forma irrevocable en una intersubjetividad fiable para la persona, que se establece en la comunicación lingüística cotidiana, y las perturbaciones que se producen, a modo de no concordancia con las expectativas, no resultan una amenaza para la vida social. En el desarrollo de las ciencias naturales e históricas, donde se aplicaba un conocimiento práctico, se introdujeron formas de entendimiento intersubjetivo que mantienen la interactuación. Por tanto, la orientación general que guía a las ciencias históricas hermenéuticas se basa en un interés también de raíces antropológicas profundas en pro del aseguramiento y expansión de las posibilidades de entendimiento mutuo y autoentendimiento en la organización de la propia vida, que denomina interés «práctico». El tercer modo de investigación, la reflexión crítica y el interés en la que se basa, es el interés respecto a las falsas coacciones naturales, cuyo poder reside en su falta de transparencia[1623].

Los impulsos que empujan las acciones provienen de estos tres intereses, de tal manera que las ciencias empírico-analíticas son promovidas por el interés «técnico», el interés «práctico» se precisa para el ejercicio de las ciencias histórico-hermenéuticas, y el interés «emancipativo», que es primordial para las investigaciones críticas[1624]. La correspondencia del tipo de interés y el conocimiento figura en la siguiente tabla:

Tabla 5. Tipos de interés y conocimiento

Interés	Conocimiento
Técnico	Ciencias naturales. Saber descriptivo
Práctico-moral	Histórico-hermenéutico
Emancipativo	Crítico-autorreflexivo

La obra *Conocimiento e interés* representa la relación más técnica y transformadora entre el individuo y el mundo natural que le rodea. Habermas analiza la preponderancia actual del conocimiento natural experimental, lo que conduce a un intento de reducir la teoría del conocimiento a la teoría de la ciencia, y recalca la necesidad de la existencia de pensamiento crítico para superar los conflictos sociales e individuales. La persona requiere coordinar racionalmente estos distintos aspectos de la realidad, trabajo, interacción y

[1623] MCCARTHY, Thomas: *La teoría crítica de Jürgen Habermas*, *op. cit.,* p. 78.
[1624] BOLADERAS CUCURELLA, Margarita: *La escuela de Frankfut*. Barcelona (España): Universidad Oberta de Catalunya, 2016, p. 82.

emancipación, para lograr un equilibrio. Las tres clases de acción funcionan con normas diferentes y responden a distintas dinámicas, pero todas ellas participan y tienen en común la necesidad del lenguaje y el impulso de la necesidad promovido por el interés. Las ciencias naturales proporcionan un valioso e insustituible conocimiento descriptivo del mundo objetivo, pero carecen de la capacidad de aunar el mundo social y subjetivo[1625].

Javier Muguerza considera que la triple correlación que Habermas defiende entre interés «técnico», «práctico» y «emancipativo», por un lado, y las ciencias de la naturaleza, la cultura y la sociedad, así como la propia filosofía entendida como «crítica», por otro, presenta más de un punto débil. Ni las ciencias naturales se hallan exclusivamente dominadas por el interés en el control de la naturaleza, ni la cultura humanística se halla tampoco exenta de experimentar cómo el interés práctico dominante se convierte en un interés por el control social y degenera en un instrumento de opresión. En cuanto al interés compartido por las ciencias sociales y la filosofía crítica, Habermas no explica si se trata de una estructura trascendental ajena a la historia, de un contenido histórico susceptible de contenidos diversos y discrepantes[1626].

Con el transcurso de los años, Habermas se distanciará de este planteamiento y, aun considerando válidos las argumentaciones para la fundamentación de la teoría de *Conocimiento e interés*, considera que la racionalidad crítica tiene que abandonar la perspectiva epistemológica y metodológica. Con su obra *Acción comunicativa* supera el primado del conocimiento, y considera las presuposiciones de la acción orientada hacia el entendimiento intersubjetivo de un modo independiente de las presuposiciones trascendentales del conocimiento. Así, en su obra *Teoría de la acción comunicativa* reconstruye la teoría social entrelazando otras disciplinas como la antropología, la fenomenología o la filosofía del lenguaje. Las categorías monológicas de la filosofía de la conciencia no le permitían fundamentar, de forma conveniente, sus propuestas morales y políticas[1627].

La teoría del lenguaje de Habermas está pensada como un instrumento para transformar la sociedad, por eso, es inseparable de su teoría social, que está a su vez planteada en términos de una teoría de la comunicación. Esto significa entender el proceso de la vida social, como un proceso de creación mediado por el habla. Su teoría del lenguaje es construida como una teoría del acto del habla, donde construye el sistema de reglas que

[1625] *Ibid.*, p. 84.
[1626] MUGUERZA CARPINTIER, Javier: *La razón sin esperanza: siete trabajos y un problema de ética*, *op. cit.,* pp. 196-197.
[1627] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* p. 46.

toda persona adulta ha de dominar para crear una situación de conversación, de diálogo[1628].

Explica Guillermo Hoyos Vázquez que, para Habermas, es mediante el lenguaje como el hombre se relaciona originariamente con las personas que lo rodean. Otra función del lenguaje es servir de proceso de formación y, a la vez, se constituye en un momento de emancipación en relación con los objetos del mundo natural y con respecto a la sociedad en su conjunto. La persona es capaz de objetivar, explicar o diferenciar gracias al lenguaje, y fundamentalmente, consigue captar la diferencia del sujeto frente al objeto y poseer así un medio de reconocimiento con relación a la especie. El interés determinante de los procesos de formación y apropiación de la realidad en esta dimensión del lenguaje es un interés de tipo práctico, como una concreción en estos procesos del interés emancipatorio. Aclara Hoyos que el interés práctico quiere decir necesidad de comprender la pertenencia cultural para, a partir de tal comprensión, poderse proponer y poder asumir responsablemente tareas históricas transformadoras de la sociedad[1629].

La dinámica de la mediación precisa la presencia de este tipo de interés práctico. El motivo por el que una persona decide acudir al procedimiento de mediación de forma alternativa y con carácter previo a un proceso judicial no puede estar fundamentado en una sola razón instrumental, es decir, aquella que persigue, para solucionar la disputa que le enfrenta a otros, el imponerse y dominar a la parte contraria, ni siquiera sirviéndose de la ley y del derecho para ello. Es indispensable que la persona, al participar en un procedimiento de mediación, decida en su actuación comprometerse con este tipo de interés que Habermas denomina emancipatorio.

Comentando a Habermas, Guillermo Hoyos Vázquez afirma que, frente a ese tipo de naturaleza sugestiva que es el otro, se dan procesos de interacción social. Estos procesos también tienen su incidencia en la formación de la conciencia, y al mismo tiempo en los empeños emancipatorios del ser humano como individuo y como especie. Igualmente, aquí podría hablarse de un «instrumento», de un agente de la interacción que es el reconocimiento del otro, gracias al cual yo soy reconocido por él. En el reconocimiento del «otro» como «otro» se genera la socialización en cuanto tal, no como masificación, sino como posibilidad de mediación entre lo particular y lo universal[1630].

[1628] TOMÉ, José Lorenzo: *Las identidades: las identidades morales y políticas en la obra de Jürgen Habermas*, *op. cit.,* p. 28.

[1629] HOYOS VÁZQUEZ, Guillermo: *Los intereses de la vida cotidiana y las ciencias: Kant, Husserl, Habermas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2011, p. 74.

[1630] TOMÉ, José Lorenzo: *Las identidades: las identidades morales y políticas en la obra de Jürgen Habermas*, *op. cit.,* p. 28.

4.1.1. Concepto de racionalidad comunicativa

Habermas se propuso, como objetivo explícito, desarrollar una nueva teoría de la racionalidad. El contenido de la noción de racionalidad no es un concepto empírico o descriptivo, sino prescriptivo, en la medida que funciona como idea regulativa, que permite orientar la crítica de acciones e instituciones. Es un concepto con repercusiones prácticas en la organización de la vida y su contenido normativo trasciende los límites de toda comunidad local al ser universal. La racionalidad, en un sentido amplio, significa para Habermas una forma de tratar con validez intersubjetiva propuestas de toda clase, y su modo de operar es la práctica de la deliberación, argumentación y crítica[1631].

La teoría de la acción comunicativa establece un nuevo paradigma comunicacional caracterizado porque promueve la separación entre la acción racional, con arreglo a fines, y la acción comunicativa como acción intencional básica de la teoría crítica de la sociedad[1632]. Se necesita esta teoría de la comunicación para abordar la problemática de la racionalización social[1633]. El propósito de la teoría de Habermas relativa a la acción comunicativa es el de esclarecer los presupuestos de la racionalidad de los procesos del entendimiento. En su obra *Discurso filosófico de la modernidad* desarrolla el planteamiento intersubjetivo sobre la modernidad, considerando el concepto de racionalidad comunicativa[1634]. La reelaboración habermasiana del concepto de razón en términos comunicativos adquiere un sentido nuevo como búsqueda de un marco normativo, que sirve para la construcción de una teoría crítica de la sociedad, todo ello en consonancia con el proyecto emancipatorio de la modernidad y de la tradición francfortiana donde se inserta[1635].

Recuerda esta racionalidad, comenta Habermas, a las clásicas ideas del logos, pues contiene connotaciones sobre la fuerza de un discurso unificador, no coercitivo y creador de consenso, mediante el cual los participantes, con el fin de alcanzar un acuerdo motivado por la racionalidad, superan sus respectivas ideas, que inicialmente y en un

[1631] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, *op. cit.,* p. 38.
[1632] DELGADO DE COLMENARES, Flor: «La educación contemporánea entre la racionalidad y la emancipación: un intento de aproximación a la obra de Jürgen Habermas», *Acción Pedagógica*, vol. 11, núm. 2 (2002), p. 7.
[1633] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Trotta, 2018, p. 30.
[1634] FLYVBJERG, Bent: «Habermas y Foucault: ¿Pensadores de la sociedad civil?», *Estudios Sociológicos*, vol. 19, núm. 2 (2001), p. 5.
[1635] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, *op. cit.,* p. 38.

primer término fueron subjetivas[1636]. El proyecto habermasiano se propone poner de manifiesto las exigencias de racionalidad inherentes en el lenguaje humano[1637].

En su obra *Teoría de la acción comunicativa*, el lugar de la razón práctica pasará a ocuparlo la razón comunicativa[1638]. La forma de rescatar lo salvable de la razón práctica la encuentra Habermas en la noción de acción comunicativa, a la que llega a través del concepto «interacción mediada por símbolos» de Georg H. Mead, si bien recibe otras influencias de los teóricos clásicos de la acción social, y lo que resulta decisivo es el giro lingüístico de la filosofía contemporánea[1639]. La teoría de la acción social inspirada en Max Weber solo concebía una modalidad de racionalización, aquellas acciones que se ajustan al modelo de la acción racional con arreglo a fines, o acción teleológica, donde el actor se orienta exclusivamente al logro de su objetivo, para lo cual es esencial que se asegure la idoneidad de los medios que se vayan a emplear para su prosecución. Habermas, frente a esta racionalidad teleológica, introduce la categoría de comunicación e interacción simbólica, pues si la cuestión es determinar cuáles son los fines perseguidos y no tanto los medios, estos tendrán que buscarse, no en la ciencia o en la técnica, sino en la interacción social que presupone la interacción entre los actores en un proceso abierto de argumentación, deliberación y toma de decisión[1640].

El desarrollo de la razón comunicativa de Habermas se plantea aquí porque sirve de fundamento para justificar la razón filosófica de la mediación, un procedimiento donde la comunicación tiene una función trascendental, y más concretamente a través del lenguaje[1641]. Para autores como Carlos Chimpén López y M.ª Soledad Sagrado García, el proceso de mediación se centra en el proceso de comunicación, dos procesos que se encuentran estrechamente relacionados, y que deben ser aprendidos, practicados y perfeccionados[1642]. Sin embargo, en la teoría de la mediación, la comunicación ha sido estudiada como vehículo, el instrumento a través del cual el mediador desarrolla su papel. La comunicación interpersonal ha sido abordada en la mediación como un proceso dinámico, que posee un carácter transaccional, y donde el esquema de la acción

[1636] FLYVBJERG, Bent: «Habermas y Foucault: ¿Pensadores de la sociedad civil?», *op. cit.,* p. 5.
[1637] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, *op. cit.,* p. 38.
[1638] HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 2010, p. 65.
[1639] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* pp. 46-47.
[1640] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, *op. cit.,* p. 39.
[1641] ESTEBAN SOTO, Yolanda: «La comunicación: su utilidad y poder en el proceso de mediación», en Helena SOLETO MUÑOZ y Milagros María OTERO PARGA (coords.): *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, *op. cit.,* p. 77.
[1642] CHIMPÉN LÓPEZ, Carlos Alexis y M.ª Soledad SAGRADO GARCÍA: *Mediación: la búsqueda del camino alternativo*. Libertador San Martín (Argentina): Editorial Universidad Adventista del Plata, 2015, p. 19.

comunicativa se divide en la emisión de un mensaje (palabras, mensajes paraverbales, mensajes no verbales), la escucha, o recepción, la interacción y el marco o contexto[1643].

Al abordar el proyecto de una teoría crítica de la sociedad, desde el marco de una teoría del lenguaje y la acción comunicativa, se produce en Habermas un cambio de paradigma apartándose del marco de la filosofía de la conciencia adaptada al modelo de sujeto-objeto de conocimiento y acción[1644]. El medio lingüístico es el que hace posible, a través de sucesivas interacciones y estructuras de formas de vida, la razón comunicativa, inscrita en el fin del entendimiento intersubjetivo, creando un conjunto de condiciones posibles a la vez que restrictivas[1645]. La idea de comprensión, la principal propuesta metodológica de Weber, que concibe la acción social como una relación intersubjetiva basada en la comprensión interpretativa, se encuentra en los fundamentos de la acción comunicativa, en virtud de la cual no puede existir el orden social, si no es mediante coordinación simbólica de la acción, preferentemente en términos lingüísticos[1646].

La racionalidad comunicativa no es una facultad subjetiva que dicte a los actores qué es lo que deben hacer, no es como en la forma clásica una fuente de normas de acción. El único contenido normativo que asume el actor es la asunción de presupuestos pragmáticos de tipo contrafáctico, un «tener que», como puede ser el atribuir a las expresiones significados idénticos, o asociar a sus manifestaciones pretensiones de validez que trasciendan el contexto, o suponer a sus destinatarios capacidad de responder de sus actos, autonomía y veracidad frente a sí mismos y frente a los demás[1647].

Al hacer uso de la expresión «racional», presuponemos que existe una estrecha relación entre racionalidad y saber, y este tiene una estructura proposicional, es decir, las opiniones pueden hacerse explícitas y exponerlas en forma de enunciados. Sin embargo, para Habermas la racionalidad tiene menos que ver con el conocimiento o su adquisición que con la forma en la que los sujetos, capaces de lenguaje y de acción, hacen uso del conocimiento. En las manifestaciones lingüísticas se expresa explícitamente un saber, y en las acciones dirigidas a un fin se expresa un poder, una capacidad, un saber implícito. De esta estrecha relación entre saber y racionalidad surge la sospecha de que la racionalidad de una emisión o manifestación depende de la fiabilidad del saber que contiene, y este puede ser criticado por no fiable. El concepto de racionalidad que analiza Habermas se

[1643] FUNES LAPPONI, Silvia y Damián SANT-MEZARD OPEZZO: «Habilidades para la comunicación eficaz», en Helena SOLETO MUÑOZ y Milagros María OTERO PARGA (coords.): *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, *op. cit.,* pp. 95-97.
[1644] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* pp. 46-47.
[1645] TOMÉ, José Lorenzo: *Las identidades: las identidades morales y políticas en la obra de Jürgen Habermas*, *op. cit.,* pp. 27-28.
[1646] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, *op. cit.,* p. 39.
[1647] HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez*, *op. cit.,* p. 66.

define exclusivamente por referencia al empleo de un saber descriptivo, y se utiliza en conexión con manifestaciones que puedan ser verdaderas o falsas, eficaces o ineficaces. La racionalidad inmanente a la comunicación se extiende a un ámbito más amplio, y remite a diversas formas de argumentación o distintas posibilidades de proseguir la acción comunicativa a través de medios reflexivos[1648].

La racionalidad, apunta Habermas, puede entenderse como una disposición de los sujetos capaces de lenguaje y de acción, y se manifiesta en el modo de comportarse para quienes existen, en cada caso, buenas razones. Esto significa que las manifestaciones racionales son accesibles a un enjuiciamiento objetivo. De este modo, todo examen explícito de pretensiones de validez controvertidas exige una forma más exigente de comunicación, que satisfaga los presupuestos propios de la argumentación. En un sentido especial, un comportamiento puede considerarse racional gracias a la argumentación, al aprender de los errores, una vez que se han identificado. Aquellos procesos de aprendizaje que nos permiten adquirir conocimientos teóricos, perspectiva moral, ampliar el lenguaje evaluativo, superar el autoengaño y las dificultades de comprensión, necesitan de la argumentación[1649].

Rubén Alberto Calcaterra explica cómo el contexto de la mediación requiere de una comunicación directa entre las partes, la expresión de forma directa y personal entre ellas, a diferencia de lo que sucede en otros contextos, especialmente en el judicial, donde las partes no se hablan sino a través de sus letrados. Esta comunicación directa requiere de la comprensión del otro, de las cuestiones que las partes llevan a la mediación, sus posiciones, necesidades, e intereses. Para que esta comunicación sea efectiva, Calcaterra aconseja distinguir tres cuestiones: (i) lo que se intenta comunicar, (ii) lo comunicado, y (iii) lo recibido. Para el modelo de mediación que propone Calcaterra, la «mediación estratégica» es un proceso en el discurso donde el enfoque construccionista de la comunicación es el que sostiene que el lenguaje no solo es descriptivo sino que construye el mundo, es sumamente decisivo. Los actos del habla son un hacer, es decir, existe algo que se hace mientras se habla, de tal manera que el habla no es algo referido a algo, sino que es ese algo mismo. Este nuevo paradigma en el ámbito de la comunicación sostiene que el lenguaje construye el mundo, por su función normativa, por la cual no solo designa sino que llama a las cosas a ser lo que son[1650].

El concepto de «racionalidad comunicativa» hace referencia a la experiencia central de la capacidad de aunar sin coacción y de generar consenso que posee el habla

[1648] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* p. 33.
[1649] *Ibid.*, pp. 47-48.
[1650] CALCATERRA, Rubén Alberto: *Mediación estratégica*, *op. cit.,* pp. 67 y 185.

argumentativa, donde distintos participantes superan la subjetividad inicial de sus respectivos puntos de vista, al tiempo que se aseguran, mediante una comunidad de convicciones racionalmente motivadas, la unidad del mundo objetivo con la intersubjetividad del contexto en el que se desarrollan sus vidas[1651].

Partimos de un supuesto, en el que A y B participan en una comunicación donde los dos usan de modo diverso un mismo saber (la opinión «p» que representa un contenido idéntico de saber del que ambos disponen), y donde A realiza la afirmación «p», mientras que B elige los medios que en virtud de la opinión «p» considera apropiados en una determinada situación para conseguir el efecto deseado. A y B están utilizando diversamente un mismo saber. Pero, para la racionalidad comunicativa, no es suficiente que los participantes en la comunicación se entiendan sobre algo que ocurre en el mundo, cuando se refieren a los hechos y a la susceptibilidad de fundamentación de las manifestaciones, sino que es esencial que el hablante entable, en relación con su enunciado, una pretensión de validez susceptible de crítica que pueda ser aceptada o rechazada por el que le escucha. Esto último es lo que posibilita una intervención eficaz en el mundo[1652].

En relación a la mediación, esta ha sido definida como una de las formas alternativas de resolución de conflictos, por la cual, un tercero neutral que no tiene poder sobre las partes, la persona mediadora, les asiste para que, en forma cooperativa, encuentren el punto de armonía, facilitando la comunicación, identificando los puntos de controversia, favoreciendo que surjan los intereses y necesidades, y orientándolos hacia la búsqueda de acuerdos mutuamente satisfactorios[1653].

La mediación, como un tipo de acción social basada en una relación intersubjetiva entre las partes que median, se fundamenta en la capacidad de comprensión interpretativa que ellas despliegan, mediante el uso del lenguaje, en relación a las distintas pretensiones que cada una de ellas plantea al intervenir en un proceso de mediación. La razón comunicativa está inserta en el fin de la mediación, que no es otro que el entendimiento intersubjetivo. A esta razón comunicativa que caracteriza el proceso de la mediación le acompaña una estructura proposicional que permite a las partes, no solo explicitar y exponer sus opiniones, sino que estas puedan ser, al no ser fiables, objeto de crítica y debate. Este intercambio de proposiciones es posible porque las partes asumen una actitud de comprensión basada en la solidaridad; la mediación es algo más, como dice Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, que una técnica eficaz de resolución de conflictos, es un

[1651] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* p. 34.
[1652] *Idem.*
[1653] GONZÁLEZ MORALES, M.ª del Mar y Jesús LORENZO AGUILAR: *¿Qué es la mediación?* Madrid: Tébar Flores, 2018, p. 11.

proceso realmente educativo para todos sus participantes, al permitir la creación de nuevas solidaridades entre los diferentes miembros de la comunidad; los proyectos de mediación han contribuido a desarrollar un espíritu de solidaridad en el conjunto de la sociedad que refuerza los lazos sociales[1654].

Añade Habermas que resulta necesario para la racionalidad comunicativa que el hablante base su acción en un plan que implique la verdad de «p», en base al cual poder realizar el fin deseado, dadas las circunstancias. Solo se podrá considerar racional una afirmación si el que habla cumple las condiciones necesarias para lograr el fin «ilocucionario» de entenderse con otro participante en la comunicación, sobre algo en el mundo. Y a una acción teleológica solo se le podrá llamar racional si el hablante cumple las condiciones necesarias para la realización de su intención de intervenir eficazmente en el mundo. Es el tipo de saber proposicional empleado lo que sirve de diferencia, pues el entendimiento comunicativo figura como finalidad inmanente de la racionalidad, no la manipulación instrumental[1655].

Guillermo Miguel se pregunta qué es lo que distingue a la mediación desde el concepto de las partes que intervienen en los otros mecanismos de resolución de conflictos. La mediación moderna presupone un sujeto autónomo individual capaz de responsabilizarse de la resolución de sus propios conflictos; los mediados no son simples espectadores, sino que se alzan como protagonistas de esta vía alternativa. Su existencia implica una teoría de la subjetividad subyacente a la mediación, la cual solo puede entenderse si se presume dignidad, racionalidad y autonomía a cada una de las partes, de quienes se espera que puedan entenderse y resolver su propio conflicto[1656]. El entendimiento comunicativo forma parte de la finalidad de la mediación, considerada esta en sentido amplio, no solo procurar un acuerdo sino el entendimiento entre las personas afectadas por el conflicto.

La finalidad de la mediación es solucionar el conflicto, reconducirlo a otro cauce, alejándolo de la vía judicial, y desde un punto de vista más global, conseguir además modernizar el sistema de justicia. Para M.ª Elena Cobas Cobiella, sin embargo, el objetivo de la mediación no siempre es el acuerdo, porque lo que interesa en algunas situaciones es que los mediados puedan aprender a gestionar el conflicto, identificar los problemas y trabajar en ello, con vistas al futuro desarrollo de las relaciones interpersonales. Se

[1654] BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre: «La médiation scolaire par les pairs. Une alternative á la violence a l´écoles», *SPIRALE, Revue de Recherches en Éducation*, núm. 37 (2006), p. 177.
[1655] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* p. 35.
[1656] MORALES JODRA, Guillermo Miguel: «Fundamentos filosóficos de la mediación e intercesión», en Pedro M.ª QUESADA LÓPEZ (coord.): *La Mediación como método para la resolución de conflictos*. Madrid: Dykinson, 2017, p. 69.

apuesta más como finalidad de la mediación la de potenciar las decisiones de los propios particulares en la búsqueda de su crecimiento personal, y la de fortalecer su propio camino, con lo que se apuesta, a medio plazo, por el futuro de la justicia[1657]. Cualquiera que sea la finalidad de la mediación, con o sin acuerdo, precisa, como premisa, el entendimiento comunicativo entre las partes.

En este mismo sentido se pronuncia M.ª Pilar Munuera al afirmar que la mediación tiene como objetivo llegar a un acuerdo, pero poniendo el énfasis en la comunicación y en la interacción de las partes[1658].

Si medimos, comenta Habermas, la racionalidad de las personas por su capacidad de responder de sus actos, y por el éxito de las intervenciones dirigidas a la consecución de un fin, es suficiente con exigir que puedan elegir entre alternativas y controlar algunas condiciones del entorno, pero si su racionalidad se mide por el buen suceso de los procesos de entendimiento, no son suficientes esas capacidades. En los ámbitos de la acción comunicativa, «solo puede ser capaz de responder de sus actos quien sea capaz, como miembro de una comunidad de comunicación, de orientar su acción por pretensiones de validez intersubjetivamente reconocidas»[1659].

En consecuencia, a los distintos conceptos de responsabilidad les corresponden distintos conceptos de autonomía en la actuación; así, un mayor grado de racionalidad cognitivo-instrumental tiene como resultado una mayor independencia en relación a las restricciones que el entorno contingente opone a la autoafirmación de las personas que actúan con el propósito de realizar sus fines. Sin embargo, un mayor grado de racionalidad comunicativa implica incrementar, dentro de la comunidad de comunicación, las posibilidades de coordinar acciones, sin recurrir a la coerción y, por tanto, de solucionar los conflictos de acción, siempre que estos se deriven de disonancias cognitivas en sentido estricto. En los contextos de comunicación se califica de racionalidad, no solo a quien realiza una afirmación y es capaz de defenderla frente a un crítico, mediante las evidencias pertinentes, sino también a quien sigue una norma vigente y es capaz de justificar su acción frente a un crítico, mediante su interpretación conforme a las expectativas legítimas de comportamiento. Y esa racionalidad también alcanza a quien expresa verazmente un deseo, un sentimiento, estado de ánimo, o confiesa algo de sí, y después convence a un crítico de la autenticidad de la vivencia que comunica, comportándose de forma consistente con lo dicho[1660].

[1657] COBAS COBIELLA, María Elena: «Resolución extrajudicial de conflictos en la era de la modernización de la justicia. Algunas reflexiones sobre la mediación», *op. cit.,* p. 19.
[1658] MUNUERA GÓMEZ, María Pilar: *Nuevos retos en mediación*, *op. cit.,* pp. 34-35.
[1659] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* pp. 38-39.
[1660] *Idem.*

De igual modo, las acciones reguladas por normas y las autopresentaciones de vivencias no se refieren a hechos, sino a normas y a vivencias. El que habla comunica su pretensión sobre su correcto comportamiento, en relación con un contexto normativo reconocido como legítimo, o sobre la veracidad en relación a una manifestación expresiva a la que él tiene un acceso privilegiado. Pero al igual que en los actos de habla constatativos, esas manifestaciones pueden ser erróneas. No obstante, también forma parte de su racionalidad la posibilidad de un reconocimiento intersubjetivo de validez susceptible a la crítica. El actor plantea una pretensión de validez sobre lo correcto de su comportamiento en relación a un contexto normativo reconocido como legítimo o sobre la veracidad de la manifestación expresiva de una vivencia. Este saber relativo a las acciones reguladas por normas o el de las manifestaciones expresivas, no refiere a un conocimiento sobre el estado de las cosas, sino a la validez deóntica de las normas, o del acto de sacar a la luz las experiencias personales. Señala Habermas que el hablante no se refiere a algo objetivo en el mundo, sino a algo en el mundo social común o a algo en el mundo subjetivo de cada uno, que es, en cada caso, el propio de cada uno. En conclusión, afirma que existen actos de comunicación que se caracterizan por sus referencias al mundo y que están vinculados a unas pretensiones de validez, que no se identifican con las manifestaciones o emisiones constatativas[1661]. Con el concepto de acción comunicativa se incluye un supuesto más, el de un medio lingüístico donde se manifiestan las relaciones del actor con el mundo[1662].

Lo dicho anteriormente es aplicable también a un tipo de manifestaciones que no están provistas de una pretensión de validez claramente delimitada, es decir, las manifestaciones o emisiones evaluativas, que ni son simplemente expresivas, ni se limitan a expresar un sentimiento o necesidad privada, ni apelan a una vinculación normativa, a una obligación, para las que sí pueden existir buenas razones. En resumen, todas estas acciones complementan los actos de habla constatativos, y con el trasfondo de un mundo de vida, configuran una práctica comunicativa que persigue el logro, mantenimiento y renovación de un consenso conseguido sobre el reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez que son susceptibles de crítica. El acuerdo alcanzado comunicativamente debe fundamentarse en última instancia en razones, y la racionalidad de la práctica comunicativa se mide, si en las circunstancias apropiadas, aquellos que participan en ellas son capaces de razonar sus manifestaciones o emisiones[1663].

Finalmente, apunta Habermas, la racionalidad inherente a la práctica comunicativa cotidiana está conectada con la práctica de la argumentación, una instancia de apelación

[1661] *Ibid.*, p. 42.
[1662] *Ibid.*, p. 129.
[1663] *Ibid.*, p. 42.

que permite proseguir la acción comunicativa con otros medios, cuando se produce un desacuerdo que ya no puede ser absorbido por las rutinas cotidianas, y que, sin embargo, tampoco puede ser decidido al empleo directo del poder o por su uso estratégico[1664]. Así, se puede distinguir la acción comunicativa de las acciones de tipo estratégico, porque todos los participantes persiguen sin reservas fines ilocucionarios con el propósito de llegar a un acuerdo, que sirva de base para la coordinación concertada de los planes individuales[1665].

La mediación facilita espacios y escenarios de encuentro interpersonal a partir de la revalorización y el reconocimiento de la otra parte, considerada como «otro», y al mismo tiempo como «uno mismo» con ese «otro». De hecho, la finalidad de la mediación trasciende y se eleva más allá de la mejora de las relaciones entre las personas, del analizar conflictos o establecer acuerdos. La mediación puede transformar la vida de las personas, en tanto que son ellas mismas quienes, apropiándose de sus realidades situacionales y de sus sentimientos y convicciones, toman conciencia de las propias potencialidades y debilidades mediante la construcción de nuevos contenidos significativos con la «alteridad», dejando que el otro nos afecte, nos enriquezca, y nos impresione. Por esto, cada sesión de mediación incorpora convicciones de fondo: opción para las personas, estimación y reconocimiento, así como vivir y protagonizar el escenario comunicativo con referentes axiológicos claros[1666].

La mediación es concebida en un sentido amplio, y a la vez en un marco de acción específica, como una forma de gestión de la comunicación, de las relaciones humanas, de los aprendizajes y de los conflictos en el tiempo presente. Se trata, en suma, de una nueva figura institucional por la que los intervinientes tienen la oportunidad de hacer valer su propia visión de la realidad y de buscar el entendimiento con el «otro» a partir de la aceptación de la diferencia y la contingencia, teniendo como testigo a un agente social consciente de la nueva realidad[1667].

4.1.1.1. El habla argumentativa

Habermas denomina argumentación al tipo de habla donde los participantes tematizan pretensiones de validez que han devenido controvertidas, y tratan de realizarlas o recusarlas mediante argumentos. Si las manifestaciones racionales son accesibles a un enjuiciamiento objetivo, debe existir, por tanto, una estrecha relación entre racionalidad y

[1664] *Ibid.*, p. 40.
[1665] *Ibid.*, p. 341.
[1666] SARRADO SALDEVILLA, Juan José; Juan José RIERA RIERA y M.ª Carmen BOQUÉ TORREMORELL: «Vers el sentit pedagògic de la Mediació», *Aloma. Revista de Psicologia i Ciències de l'Educació*, núm. 6 (2000), pp. 93-94.
[1667] HERMOSO RICO, Blas y Felipe MORENTE MEJÍAS: «Introducción», en Felipe MORENTE MEJÍAS (dir.): *La mediación en tiempos de incertidumbre*, *op. cit.*, p. 13.

argumentación. Cualquier examen concreto de pretensiones de validez controvertidas requiere una forma más exigente de comunicación, que cumpla con los presupuestos propios de la argumentación. El argumento contiene razones que están conectadas de forma sistemática con la pretensión de validez de la manifestación problematizada[1668]. La lógica de la argumentación requiere un marco conceptual que permita dar razón del fenómeno de la peculiar coerción sin las coacciones que caracterizan al mejor argumento[1669].

La fuerza de una argumentación se mide en un contexto determinado por la pertinencia de las razones, que se muestran, entre otras cosas, por la capacidad para convencer a los participantes en un discurso, de motivarlos, para que acepten la pretensión de validez en discusión. Siguiendo a Stephen Toulmin, para Habermas la racionalidad de quien participa en un discurso, como sujeto de acción y lenguaje, o su falta de racionalidad, se manifiesta en su forma de actuar y responder a las razones que se le ofrecen a favor y en contra de lo que está en litigio. Responderá de forma racional cuando se muestre abierto a los argumentos, o reconozca la fuerza de las razones que se le exponen, o trate de contestarlas, y siempre encarándolas de forma racional. Si, por el contrario, este mismo sujeto responde con afirmaciones dogmáticas, no escuchando los argumentos, o ignorando las razones contrarias a su pretensión, no se estará enfrentando racionalmente a los asuntos que están en discusión[1670]. La forma de argumentar transcurre de la siguiente forma: los participantes se esfuerzan en apoyar sus pretensiones aduciendo buenas razones, la calidad de las razones y su relevancia pueden ser puestas en cuestión por la parte contraria, se pueden enfrentar a las objeciones y llegado el caso, pueden verse obligados a modificar su posición original[1671].

El concepto de fundamentación está muy unido al de aprendizaje. Las fundamentaciones de las manifestaciones racionales pueden ser respondidas por parte de quienes se comportan racionalmente con disponibilidad a la crítica, y en caso contrario, participando formalmente en las argumentaciones. En virtud de esa susceptibilidad de crítica, las manifestaciones racionales son también susceptibles de corrección. La persona, en el ámbito cognitivo-instrumental, es racional si expresa opiniones fundadas y actúa con eficacia, pero esa racionalidad sigue condicionada a quedar conectada a la capacidad de

[1668] *Ibid.*, p. 47.
[1669] *Ibid.*, p. 54.
[1670] TOULMIN, Stephen E.: *The layout of arguments. In the uses of argument*. Cambridge (Reino Unido): Cambridge University Press, 2003, pp. 110-114.
[1671] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* pp. 57-58.

aprender de los errores o desaciertos, a cómo pueden ser rebatidas las hipótesis, y a los fracasos de las intervenciones en el mundo, una vez que se han identificado[1672].

La argumentación hace posible un comportamiento racional especial, como es el aprendizaje, a diferencia de lo que sucede con la susceptibilidad de crítica y la susceptibilidad de la fundamentación de las manifestaciones, que se limitan a remitir a posibilidades de argumentación. Los procesos de aprendizaje necesitan de la argumentación, son procesos que permiten la adquisición de conocimientos teóricos, amplían y renuevan el lenguaje evaluativo, y hacen posible salir del autoengaño y los problemas de comprensión[1673].

Habermas diferencia dos formas de argumentación: (i) el discurso teórico donde las pretensiones de verdad que se han vuelto problemáticas se convierten en tema, lo que sucede también en el ámbito práctico moral, donde alguien es racional si puede justificar sus acciones apelando a lo dispuesto en la normativa vigente; y (ii) el discurso práctico, el medio donde se puede examinar si una norma de acción, esté o no reconocida de hecho, puede justificarse imparcialmente; es la forma de argumentación en la que se convierten en tema las pretensiones de corrección o rectitud normativa. De este modo, llamamos racional a quien en un conflicto normativo actúa con lucidez, sin dejarse llevar por las pasiones, ni entregarse a sus intereses inmediatos, sino que se esfuerza por juzgar imparcialmente esa cuestión desde el punto de vista moral y resolverla de forma consensuada[1674].

Las normas de acción se presentan, en un ámbito de validez, con la pretensión de un interés común a todos los afectados, digno de un reconocimiento general. Por ello, las normas válidas, en unas condiciones que neutralizan cualquier otro interés que no sea la búsqueda cooperativa de la verdad, disponen en principio de la facultad de encontrar también el asentamiento racionalmente motivado de todos los afectados[1675].

Existen hasta cinco campos de argumentación representativos, que son el derecho, la moral, la ciencia, la dirección de empresas y la crítica de arte. Toulmin distingue entre un modelo de organización de las argumentaciones orientado al conflicto y otro orientado al consenso. No los equipara o sitúa en un mismo plano. En la celebración de un juicio, por ejemplo, la argumentación ante el tribunal se diferencia del discurso práctico general por su vinculación al derecho vigente y a la normativa procesal. Esto explica la necesidad de obtener una decisión provista de autoridad y el que las partes orienten su acción al éxito y no al entendimiento. La negociación de un compromiso no está al servicio de un

[1672] *Ibid.*, p. 54.
[1673] *Ibid.*, p. 43.
[1674] *Idem.*
[1675] *Ibid.*, p. 44.

desempeño estrictamente discursivo de pretensiones de validez, sino que busca un ajuste de intereses no susceptibles de universalización, que tiene lugar sobre la base de un equilibrio de posiciones de poder. Sin embargo, las discusiones científicas y morales son ejemplos de argumentación organizadas como procesos de obtención de un acuerdo[1676].

Josep Aguiló Regla aborda algunas cuestiones de fundamentación de la mediación y defiende una determinada forma de comprenderla, en concreto, abandera una concepción argumentativa de la misma. Así, la mediación es la intervención de un tercero imparcial y neutral que procura canalizar un debate orientado a un acuerdo. La función del mediador consiste esencialmente en hacer posible o mejorar el debate negocial. La acción de debatir es argumentar en forma de diálogo. De esta manera, para estar en condiciones de entender bien la mediación, Aguiló Regla propone que antes debe entenderse qué es la negociación y sus aspectos argumentativos, pues esta no es algo distinto al debate orientado al acuerdo[1677].

Argumentar, expone Manuel Atienza, es algo que sucede en el contexto de la resolución de problemas. Los elementos que configuran el concepto de argumentación para este mismo autor son los cuatro que se describen a continuación. El primero, argumentar es siempre una acción relativa a un lenguaje, siempre hay un lenguaje en la argumentación; podría explicitarse que a diferencia de otros usos como el descriptivo o prescriptivo, se caracteriza por la necesidad de dar razones. Se argumenta cuando se defiende o se combate una determinada tesis y se dan razones para ello. En segundo lugar, una argumentación presupone siempre un problema. En tercer lugar, una argumentación implica tanto un proceso, una actividad, como el producto o resultado de esa actividad. Como actividad, la argumentación es todo lo relacionado entre el planteamiento del problema y su solución; como resultado, se distinguen siempre las siguientes realidades: premisas, conclusión e inferencia, que no es otra cosa que la relación dada entre las premisas y la conclusión. Y en cuarto lugar, argumentar es una actividad racional, existen crtiterios de validez y/o corrección para evaluar una argumentación[1678].

La argumentación y en última instancia la mediación, apunta Aguiló Regla, no es un proceso orientado a comunicar las opiniones y creencias, sino a determinar su fundamentación. La deliberación, o la argumentación, requiere de la imparcialidad, y por eso está indisolublemente unida a la razón, lo que exije del sujeto que participa en la mediación una actitud crítico-práctica adecuada. Por tanto, las razones no son los enunciados usados como premisas, pues en sí mismos no fundamentan nada, lo

[1676] *Ibid.*, p. 62.
[1677] AGUILÓ REGLA, Josep: *El arte de la mediación: argumentación, negociación y mediación*, *op. cit.,* pp. 10-11 y 31.
[1678] ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel: *Curso de argumentación jurídica.* Madrid: Trotta, 2013, p. 363.

importante es la verdad o la corrección de esos enunciados. El problema no está en el paso de las premisas a las conclusiones, sino en la selección de aquellas. También la argumentación tiene una dimensión social, de relación entre sujetos que interactúan[1679]. En la mediación, las partes tendrán que ocuparse de fundamentar la verdad de los enunciados que ellas proponen mediante el uso del mejor argumento del que dispongan para justificarlos.

4.1.1.2. Las pretensiones de validez

Explica Habermas que una pretensión de validez equivale a la afirmación de que se cumplen las condiciones de validez de una manifestación o emisión1680. El sentido de toda conversación consiste, para Habermas, en el hecho de que, al menos, dos interlocutores se entienden respecto a algo, y el entendimiento al que se llega, si se llega, es real, un consenso de fondo, que descansa en el reconocimiento de cuatro pretensiones de validez: inteligibilidad, verdad, rectitud y veracidad, y todas convergen en una única: la racionalidad[1681].

El concepto de racionalidad que propone Habermas se refiere a un sistema de pretensiones de validez, y las argumentaciones se distinguen según el tipo de pretensión que el proponente trate de defender, y a su vez, las pretensiones varían según los contextos de acción. A los diferentes contextos les corresponden diferentes tipos de pretensiones y tipos distintos de argumentación. La diversidad de contextos en los que se presentan los argumentos está en función de unos cuantos campos sociales de la actividad humana. Un argumento despliega toda su fuerza y vigor si lo situamos en su contexto original, en la medida que contribuye a los fines más amplios del campo social donde se está desplegando, por ejemplo, el campo científico, el jurídico-procesal. Lo que le da consistencia a un argumento no es solo su estructura y orden[1682].

Los sistemas de pretensión de validez se muestran en la siguiente figura con los tipos de argumentación:

Tabla 6. Tipos de argumentación

Objeto de la argumentación/ Formas de argumentación	Manifestaciones o emisiones problemáticas	Pretensiones de validez controvertidas

[1679] AGUILÓ REGLA, Josep: *El arte de la mediación: argumentación, negociación y mediación*, *op. cit.,* pp. 18, 23 y 25-27.
[1680] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* p. 65.
[1681] TOMÉ, José Lorenzo: *Las identidades: las identidades morales y políticas en la obra de Jürgen Habermas*, *op. cit.,* pp. 28-29.
[1682] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* p. 58.

Discurso teórico	Cognitivo-instrumentales	Verdad de las proposiciones; eficacia de las acciones teleológicas
Discurso práctico	Práctico-morales	Rectitud de las normas de acción
Crítica ética	Evaluativas	Adecuaciones de los estándares de valor
Crítica terapéutica	Expresivas	Veracidad de las manifestaciones o emisiones expresivas
Discurso explicativo	-	Inteligibilidad o corrección constructiva de los productos simbólicos

En función de la pretensión de validez predominante en cada caso, Habermas ofrece una clasificación de los actos de habla. Así, la verdad es la pretensión de validez que entablan característicamente los actos de habla «constatativos», las afirmaciones, suposiciones, conjeturas, descripciones, narraciones; la rectitud o corrección normativa caracteriza a los actos de habla regulativos como las órdenes, ruegos, consejos; y la veracidad es predominante en los actos expresivos como son las confesiones, declaraciones de intenciones, expresión de sentimientos. La pretensión de inteligibilidad, esto es, la pretensión de que la emisión resulta comprensible para el oyente, no permite diferenciar ninguna clase específica de actos, puesto que está necesariamente presupuesta en todos ellos por igual[1683].

Habermas se pregunta ¿cómo pueden las pretensiones de validez cuando se vuelven problemáticas quedar respaldadas por buenas razones?; ¿cómo pueden a su vez esas razones ser objeto de crítica?; ¿qué es lo que hace que algunos argumentos y con ello las razones que resultan relevantes en relación con alguna pretensión de validez sean más fuertes o más débiles que otros argumentos? En el habla argumentativa pueden distinguirse tres aspectos: (i) como proceso, una forma de comunicación infrecuente y poco probable que debe aproximarse a las condiciones ideales del habla, y puede considerarse junto con otros medios de tipo reflexivo, como continuación de la acción orientada al entendimiento; (ii) como procedimiento, una forma de interacción sometida a una regulación específica, donde existe una división cooperativa del trabajo entre proponentes y oponentes; así, los participantes tematizan una pretensión de validez, que se ha vuelto problemática, adoptan una actitud hipotética, una vez liberados de la presión de la acción y de la experiencia; examinan con razones y solo con ellas si la pretensión de validez defendida por el proponente debe o no ser admitida; (iii) como producción de argumentos pertinentes que convencen por las cualidades intrínsecas que permiten rehusar o realizar las pretensiones de validez[1684].

[1683] LÓPEZ Y LÓPEZ DE LIZAGA, José Luis: *Lenguaje y sistemas sociales. La teoría sociológica de Jürgen Habermas y Niklas Luhmann*. Zaragoza (España): Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2014, p. 59.
[1684] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* p. 50.

La teoría de la argumentación asume una considerable carga de demostración, pues tiene que poder ofrecer un sistema de pretensión de validez, que no precisa recurrir a la deducción, en el sentido de una deducción trascendental, es suficiente un procedimiento fiable para la comprobación de las distintas hipótesis reconstructivas. Una pretensión de validez puede ser entablada por al menos un oyente, lo que sucede de ordinario de forma implícita, y así, el hablante, al pronunciar una oración, entabla una pretensión que, si se hiciera de forma explícita, podría formularse de las siguientes maneras: «es verdadero que p», «es correcto que a», «pienso realmente lo que digo al pronunciar "s" aquí y ahora»; donde «p» representa un enunciado, «a» la descripción de una acción y «s» una oración que expresa vivencias[1685].

Tanto en el supuesto en el que se plantea una pretensión de validez de forma implícita como explícita, la reacción del oyente será aceptarla o rechazarla, o bien dejarla de momento en suspenso. Al posicionarse el oyente en algunas de estas tres reacciones permitidas, afirmación, negación o abstención, significa que está asintiendo o no, con razones, a una pretensión de validez susceptible de crítica, y son expresión de intelección de un nexo o contextos de validez. Las pretensiones de validez se entablan de forma implícita de las manifestaciones, distinguiendo diversos modos: la verdad, la rectitud o corrección normativa, la adecuación, o la inteligibilidad o corrección en el uso de los medios de expresión[1686].

Habermas no está de acuerdo con el concepto propuesto por Wolfgang Klein de lo «colectivamente válido», entendiendo por tal solo aquellas convicciones compartidas de hecho por determinados grupos. Wolfgang Klein distingue entre la argumentación efectiva y la válida. El ámbito del habla argumentativa se centra en recurrir a lo colectivamente válido para convertir algo que colectivamente se ha vuelto cuestionable en algo colectivamente válido. Para él no es un postulado sino una afirmación empírica, y así, declara que «en una argumentación, se intenta, con la ayuda de algo colectivamente válido, convertir algo colectivamente cuestionable en algo colectivamente válido»[1687].

Los participantes en la argumentación intentan decidir con razones las pretensiones de validez problematizadas, y la fuerza de convicción de esas razones proviene, en última instancia, de un saber problemático, colectivamente compartido. Solo considera «colectivamente válido» a aquellas convicciones compartidas, de hecho, en un determinado momento por grupos determinados[1688].

[1685] *Ibid.*, p. 65.
[1686] *Idem*.
[1687] KLEIN, Wolfgang: *Argumentation*. Gotinga: Vandenhoeck & Ruprecht, 1980, p. 19.
[1688] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* p. 53.

Sin embargo, Wolfgang Klein, al restringir lo «colectivamente válido» a las convicciones fácticas que en cada caso están aceptadas, subsume la argumentación bajo una descripción que elimina los intentos de convencer una dimensión decisiva; está eliminando, comenta Habermas, todo criterio que pueda posibilitar una evaluación de la racionalidad de las razones. Un argumento, entonces, cuenta, como cualquier otro siempre que conduzca a la aceptación inmediata de razones, con el riesgo que supone eliminar la verdad y la referencia a la realidad. No distingue entre vigencia social y validez de los argumentos, ni se responsabiliza de las consecuencias relativistas[1689].

Esto es consecuencia, aclara Habermas, de haber planteado la lógica de la argumentación como una teoría monológica, el resultado de haberla formulado, exclusivamente, desde la perspectiva del desarrollo de los procesos de comunicación, y de haber evitado el análisis de los procesos de formación de un consenso alcanzado mediante un acuerdo racionalmente motivado y como desempeño discursivo de pretensiones de validez. Es necesario un concepto de racionalidad que permita establecer una relación entre lo que es válido para nosotros y lo que es válido para ellos, entre los estándares de unos y otros. Limitarse al plano que la abstracción retórica representa tiene como consecuencia abandonar la perspectiva interna que representa la reconstrucción de contextos y nexos de validez[1690].

Klein insiste en que no todas las pretensiones de validez que pueden debatirse en una argumentación son reductibles a pretensiones de verdad, pues muchas argumentaciones no tratan sobre enunciados cuya validez se pueda deducir con las categorías de verdadero o probable, sino sobre cuestiones como qué es bueno, o qué se debe hacer. Se necesita un concepto más amplio de verdad proposicional para abarcar todo aquello a lo que los participantes en una argumentación puedan pretender dar validez en sentido lógico, un concepto de validez que no se limite a la verdad, sin renunciar a conceptos de validez análogos al de verdad, o depurar el concepto de validez de todos sus momentos contrafácticos, de equiparar validez y aceptación, validez y vigencia social. El acierto de Toulmin es admitir una pluralidad de pretensiones de validez sin necesidad de negar a su vez el sentido crítico del concepto de validez que trasciende las restricciones espacio-temporales y sociales. Con todo, las argumentaciones se distinguen atendiendo al tipo de pretensión que el proponente intenta defender y varían según el contexto de acción[1691].

Las pretensiones de validez están conectadas internamente con razones, y guardan una relación interna con las razones, prestando al papel ilocucionario una fuerza

[1689] *Ibid.*, pp. 54-55.
[1690] *Ibid.*, p. 56.
[1691] *Ibid.*, p. 57.

motivadora de tipo racional, a diferencia de las pretensiones de poder, que para imponerlas tienen que venir respaldadas por una sanción[1692]. Tanto el acto de entablar como el de reconocer una pretensión de validez están sometidos a restricciones convencionales, pues la pretensión solo puede ser rechazada en forma de una crítica, y frente a la crítica solo puede ser defendida en la forma de refutación a esa crítica. De este modo, un hablante debe la fuerza de su éxito ilocucionario, no a la validez de lo dicho, sino al efecto coordinador que tiene la garantía que el hablante ofrece al demostrar que está justificada, es decir, de desempeñar, si fuera el caso, la pretensión de validez que su acto de habla comporta[1693].

Todas las argumentaciones, con independencia del campo de argumentación, exigen una misma forma de organización básica, que es la búsqueda cooperativa de la verdad a fin de subordinar los medios del procedimiento dialéctico al objetivo de lograr convicciones intersubjetivas basadas en los mejores argumentos[1694].

Para M.ª Dolores Pérez Jaraba, si consideramos que las partes implicadas en un procedimiento o proceso de mediación participan en un «debate», podríamos asumir que están participando en una negociación argumentativa. En la mediación, la dimensión social de la argumentación es fundamental. Desde esta perspectiva, todos los elementos de la argumentación adquieren sentido por su relación con los sujetos involucrados en la mediación. Lo que importa es la argumentación como actividad[1695].

Cuando dos partes dialogan en mediación, comenta Consuelo Arés de Goirdiano, existen ciertas pretensiones de validez como plantea Habermas. En primer lugar, el sujeto hablante quiere ser comprendido o entendido, pero la inteligibilidad de su mensaje no se produce de forma espontánea por la otra parte que interviene en el procedimiento. Y más si se tiene en consideración la posible confusión comunicativa consecuencia de diversos factores como el emocional o el cultural. De igual manera, cada parte pretende que su mensaje sea entendido como una pretensión de validez y considerado sincero por aquella otra que la escucha, lo que resulta a veces complicado por el ambiente de desconfianza reinante en un conflicto. Además, el que habla parte de la suposición de creer que su postura es la correcta y que se ajusta a una norma de convivencia aceptada, queriendo que sea aceptada y respetada. Todas estas pretensiones funcionan como supuestos que hacen posible el diálogo en la mediación, y servirán para que, a partir de las mismas, las partes busquen con la ayuda del mediador el entendimiento y posterior consenso[1696].

[1692] *Ibid.*, p. 351.
[1693] *Ibid.*, pp. 348-349.
[1694] *Ibid.*, p. 62.
[1695] PÉREZ JARABA, María Dolores: *Teorías de la mediación y derechos fundamentales, op. cit.,* pp. 254 y 258.
[1696] ARÉS DE GIORDIANO, Consuelo: «La mediación y el ciudadano: Responsabilidad de las decisiones en situaciones conflictivas», *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, vol. 8 (2016), pp. 252-253.

4.1.1.3. La búsqueda cooperativa de la verdad

Según Habermas, la verdad es una pretensión de validez que las personas unimos a los actos de habla constatativos. Una proposición es verdadera si está justificada la pretensión de validez de los actos de habla con los que afirmamos cualquier proposición mediante el uso de enunciados. Por tanto, la justificación de una aserción no depende de la verdad de la aserción sino que debe depender de la justificación de la aserción. El concepto de verdad se traslada del nivel de la semántica al de la pragmática[1697].

El lenguaje y la realidad, en la comprensión de enunciados elementales relativos a estados de cosas o sucesos en el mundo, se interpretan de una forma que, para nosotros, afirma Habermas, es indisoluble. No existe ninguna posibilidad natural de aislar las limitaciones impuestas por la realidad, que hacen verdadero un enunciado, de las reglas semánticas que establecen las condiciones de verdad del mismo. Solo podemos explicar un hecho con la ayuda de la verdad de un enunciado sobre hechos, y lo que es real solo podemos explicarlo en términos de que es verdadero[1698].

Los discursos, explica Habermas, sirven para la comprobación de las pretensiones de validez problematizadas en opiniones, donde la única presión permitida es la del mejor argumento, y el único motivo admitido la búsqueda cooperativa de la verdad. La verdad proposicional y normativa son las únicas pretensiones de validez que pueden ser sostenidas discursivamente[1699]. El único motivo permisible que debe mover a los participantes en un discurso sometido a limitaciones de espacio y tiempo, y que acontece en contextos sociales determinados, consiste en la búsqueda cooperativa de la verdad[1700].

La verdad para Habermas, comenta Robert Alexy, es una pretensión de validez que se une a los actos de habla constatativos. La justificación de un enunciado no debe hacerse depender de la verdad de la aserción, como tradicionalmente se ha establecido, sino de la justificación de la aserción[1701].

Se llama verdadero al enunciado que en una situación ideal de habla encuentra un acuerdo logrado por medios argumentativos. Verdadero es aquello que puede ser racionalmente aceptado bajo condiciones ideales[1702]. La argumentación, expone Habermas, continúa siendo el único medio disponible para asegurarse de la verdad, pues las pretensiones de verdad, que devienen en problemáticas, no pueden ser examinadas de

[1697] ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.,* p. 113.
[1698] HABERMAS, Jürgen: *Verdad y justificación*. Madrid: Trotta, 2018, p. 237.
[1699] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, *op. cit.,* p. 62.
[1700] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* p. 102.
[1701] ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.,* pp. 460-461.
[1702] HABERMAS, Jürgen: *Verdad y justificación, op. cit.,* p. 246.

otro modo[1703]. Robert Alexy explica cómo Habermas, en su teoría consensual de la verdad, afirma que las expresiones normativas, como son los mandatos y valoraciones, pueden ser fundamentadas de manera idéntica a las proposiciones empíricas; a la verdad de la proposición empírica le corresponde la corrección de las expresiones normativas[1704].

Un enunciado no es verdadero porque corresponda a un determinado estado de cosas, ni simplemente porque resulte coherente con otros enunciados; lo es porque a lo largo del proceso comunicativo llegara a ser aceptado como justificado bajo determinadas condiciones ideales. Se precisa disponer por tanto de razones justificatorias, aportar todo tipo de razones hasta que se consiga hacerlas valer como las mejores conforme al conocimiento disponible en un momento determinado. Estas razones justificatorias avalan la pretensión de verdad, que no puede ser entendida sino como aseverabilidad justificada mediante razones[1705].

Frente a esta teoría de la verdad consensuada, en la teoría de la verdad como correspondencia solo se puede designar como verdadero un enunciado o un juicio, proposición o aserción, si existe el estado de cosas que el enunciado expresa. El hecho es el estado de cosas que existe, y así, la verdad se puede definir como concordancia entre enunciados y hechos. Se puede decir, afirma George Edward Moore, que es verdadero si existe el hecho correspondiente[1706]. Ernst Tugendhat explica cómo la formulación clásica de la denominada «teoría de concordancia» proviene de la definición que Aristóteles da a los enunciados verdadero y falso en su obra *Metafísica*; decir que lo que es no es, o que lo que no es es, es falso; en cambio, decir que lo que es es, o que lo que no es no es, es verdadero; también tiene su origen en Platón[1707].

Habermas no comparte la teoría de la verdad por correspondencia, sin embargo, al rechazarla no está argumentando que la verdad o la falsedad de una proposición es independiente de la relación de la proposición con la realidad. Andrew Edgar lo aclara con el siguiente ejemplo: «Habermas es el autor de *Conocimiento e interés* es una afirmación verdadera porque él escribió ese libro, pero la teoría de la correspondencia no comprende que tal proposición se afirma dentro de un acto de habla. El problema clave de la verdad no se centra en la correspondencia con la realidad, sino más bien en el proceso por el cual la verdad viene a ser atribuida a una proposición. Para mostrar este proceso, Habermas recurre a una teoría del consenso, donde una proposición es verdadera, si y solo si todos aquellos que pueden entrar en el debate con el hablante, la aceptaran libremente como

[1703] *Ibid.*, p. 50.
[1704] ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.,* pp. 456-457.
[1705] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* p. 50.
[1706] RAMSEY, Frank Plumpton y George Edward MOORE: «Symposium: "Facts and Propositions"», *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 7: *Mind, Objectivity and Fact* (1927), p. 199.
[1707] TUGENDHAT, Ernst: *Ser, verdad, acción: Ensayos filosóficos*. Barcelona (España): Gedisa, 1998, p. 166.

verdadera. La formulación de Habermas en esencia implica que su teoría no deriva en un simple relativismo, de tal manera que la "verdad" es relativa a esta comunidad en particular, a la de los participantes en el discurso o discusión»[1708].

El modo fundamental de las manifestaciones o emisiones de un hablante se determina en función de las pretensiones de validez que implícitamente se entablan con ellas, la verdad, la rectitud o corrección normativa, la adecuación o la inteligibilidad. Estas modalidades también se deducen del análisis del enfoque semántico de las formas de los enunciados. Las oraciones descriptivas, que en sentido amplio sirven para constatar los hechos, pueden ser afirmadas o negadas bajo el aspecto de verdad de una proposición. Los enunciados normativos o proposiciones deónticas, que sirven a la justificación de acciones, pueden ser afirmadas o negadas bajo el aspecto de la rectitud o corrección normativa (o de la justicia), de una forma de actuar. Las oraciones evaluativas, los juicios de valor, que sirven a la valoración de algo, pueden ser afirmadas o negadas bajo el aspecto de adecuación de los estándares normativos, bajo el aspecto de lo bueno. Las explicaciones de reglas generativas, que sirven a la explicación de operaciones como hablar, calcular, pueden ser afirmadas o negadas bajo el aspecto de inteligibilidad o corrección formal (de estar o no bien formadas) de las expresiones simbólicas[1709].

Todos los enunciados se distinguen por tanto por su forma, y es el análisis semántico el que nos indica cómo con la forma de los enunciados cambia también de modo específico el sentido de la fundamentación. Así, por ejemplo, (i) la fundamentación de los enunciados descriptivos significa probar la existencia de los correspondientes estados de cosas; (ii) la fundamentación de los enunciados normativos significa probar la aceptabilidad de acciones o de normas de acción; (iii) la fundamentación de enunciados evaluativos significa probar la preferencia de estos o aquellos valores; (iv) la fundamentación de enunciados expresivos significa probar la transparencia de las autopresentaciones; y (v) la fundamentación de los enunciados explicativos significa mostrar que las expresiones simbólicas han sido correctamente generadas y están bien formadas. No solo las elocuciones comunicativas contienen pretensiones de validez, y no todas las pretensiones de validez contenidas en las emisiones comunicativas tienen una conexión directa con las correspondientes formas de argumentación[1710].

Un enunciado no es verdadero porque corresponda a un determinado estado de cosas o porque resulte coherente con otros enunciados, sino porque durante el proceso de comunicación es aceptado como justificado bajo determinadas condiciones ideales de

[1708] EDGAR, Andrew: *The Philosophy of Habermas*, *op. cit.,* p. 149.
[1709] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* p. 67.
[1710] *Idem*.

habla, como el respeto al procedimiento, la exclusión de toda coacción dentro del proceso argumentativo, el reparto equitativo de derechos y deberes de argumentación, la transparencia en la exposición de razones. Es necesario disponer de razones justificativas, aportar todo tipo de razones que avalen la pretensión de verdad, que es entendida, en la práctica discursiva, como la aseveración justificada mediante razones[1711].

Habermas diferencia entre hechos y objetos de la experiencia, siendo hechos lo que lo enunciados, cuando son verdaderos, enuncian; no es aquello a lo que se refieren los enunciados[1712]. En la teoría de la verdad que expone Habermas, el criterio de verdad estriba en el consenso entre los que argumentan, a lo que se podría objetar que este, para poder ser un criterio de verdad, debería ser un consenso cualificado y no uno cualquiera, circunstancia que Habermas acepta. Por esto, afirma que el único consenso que puede servir como criterio de verdad es aquel que tiene lugar bajo condiciones ideales, de manera que el consenso será racional solo si se da en esta situación, donde se cumplen una serie de reglas fundamentales, que serán las que posibiliten que se desarrolle un discurso auténtico[1713].

El sentido de las diferentes pretensiones de validez diferenciadas puede explicitarse, en términos de lógica de argumentación, en las condiciones bajo las cuales puede hacerse para cada caso la demostración. Por tanto, no solo los enunciados comunicativos contienen pretensiones de validez, y no todas las pretensiones de validez contenidas en emisiones comunicativas tienen conexión directa con las correspondientes formas de argumentación[1714]. De esta manera, un hablante solo podrá demostrar que piensa realmente lo que dice actuando en consecuencia. La veracidad de las elocuciones expresivas no puede fundamentarse sino solo mostrarse. La no veracidad puede delatarse en la falta de consistencia entre una manifestación y las acciones vinculadas interiormente con ella[1715].

El actor que se oriente al entendimiento tiene que entablar, explícitamente, con su manifestación tres pretensiones de validez: (i) que el enunciado que pronuncia es verdadero, (ii) que el acto de habla es correcto en relación con un contexto normativo vigente, y (iii) que la intención expresada por el hablante coincide realmente con lo que piensa. El hablante pretende, en consecuencia, la verdad para los enunciados, o la verdad para las presuposiciones de existencia de lo dicho (cuando lo que realiza no es enunciar

[1711] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* p. 50.
[1712] ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.,* p. 159.
[1713] SÁNCHEZ LIMIÑANA, Pedro: *La filosofía moral de Ernst Tugendhat*. Las Palmas de Gran Canaria (España): Servicio de Publicaciones y Difusión Científica de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2012, p. 86.
[1714] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* p. 67.
[1715] *Ibid.*, p. 69.

una verdad sino hacer un mandato o expresar un deseo), la rectitud o corrección normativa para lo que son acciones legítimamente reguladas, para su contexto normativo, y la veracidad para lo que es la manifestación de sus vivencias subjetivas[1716].

Así, con el fin cooperativamente perseguido de llegar a entenderse, los participantes, en la interacción, movilizan su potencial de racionalidad de acuerdo con las tres relaciones del actor con el mundo. Las relaciones del oyente con el mundo son las que se dan entre la manifestación y (i) el mundo objetivo, como conjunto de todas las entidades sobre las que son posibles enunciados verdaderos, (ii) el mundo social, como conjunto de todas las relaciones interpersonales legítimamente reguladas, y (iii) el mundo subjetivo, como totalidad de las vivencias del hablante, a las que este tiene un acceso privilegiado. Son los propios actores quienes buscan un consenso y lo someten a criterios de verdad, es decir, por un lado, a criterios de ajuste o desajuste entre los actos de habla, y por el otro, a los tres mundos con los que el actor entabla relaciones con su manifestación[1717].

En todo proceso de entendimiento solo se pone a prueba la parte de saber que los participantes en la interacción utilizan y tematizan para sus interpretaciones, definiendo la situación que es negociada. Todo proceso de entendimiento se produce sobre el trasfondo de una precomprensión de la que ya se dispone y en la que uno está entrenado por su propia pertenencia cultural. Solo queda, entonces, la puesta a prueba, la parte de ese saber que los participantes en la interacción usan y tematizan. De este modo, una definición de situación constituye una ordenación y, con ella, los participantes en la interacción asignan los diversos elementos de situación de la acción a cada uno de los tres mundos, e incorporan con ello la situación actual de la acción a su mundo de la vida[1718].

La definición de la situación que proporciona un oponente, y que de primeras difiere de la que ofrece el otro participante en el proceso cooperativo de interpretación, supone un problema porque ninguno de los implicados tiene el monopolio de la interpretación. La tarea de interpretación consiste para cada una de las partes en incluir en la propia interpretación la que de la situación hace el otro, de tal manera que la versión revisada de su mundo externo, sobre el trasfondo del mundo de nuestra vida, quede relativizada en función del mundo, y las definiciones de la situación inicialmente dispares puedan coincidir suficientemente[1719].

La teoría de Habermas se centra no solo en los participantes en la discusión sino también en la naturaleza de esa discusión. La verdad se redime a través del discurso, y este

[1716] *Ibid.*, pp. 135-136.
[1717] *Ibid.*, p. 136.
[1718] *Idem.*
[1719] *Idem.*

se verifica en el proceso de la comunicación. El discurso se caracteriza por el argumento que se persigue, una vez que se ha suspendido la fuerza asertiva del contenido propositivo[1720].

La definición que de la situación ofrece un oponente y que de primeras diverge de la definición de la situación que da el oyente representa un problema de tipo especial, porque en los procesos cooperativos de interpretación ninguno de los implicados tiene el monopolio de la interpretación. Para ambas partes, la tarea de interpretación consiste en incluir la interpretación que de la situación hace el otro, de suerte que en la versión revisada de «su» mundo externo, y «mi» mundo externo, sobre el trasfondo de nuestro mundo de la vida, queden relativizadas en función del «mundo», y así, las definiciones de situación antes dispares se puedan hacer coincidir suficientemente[1721].

Según el criterio de verdad de la teoría consensual de Habermas, el «yo» solo puede atribuir a un objeto un predicado si también el «otro» puede entablar un diálogo donde atribuya al mismo objeto el mismo predicado. El criterio para diferenciar las proposiciones verdaderas de las falsas es el enjuiciamiento de aquellos con quienes el «yo» puede mantener un diálogo. La condición para la verdad de las proposiciones es el acuerdo potencial de todos los demás[1722].

A pesar de haber apostado por una teoría consensual de la verdad, Habermas considera que, en el caso del discurso, las reglas no son meras convenciones sino presuposiciones ineludibles que hay que observar si no se quiere cometer una contradicción performativa[1723].

Trasladado el discurso de Jürgen Habermas como verdad consensual en simetría de los participantes al ámbito de la mediación, M.ª Gracia Morales señala que las partes buscan, ante las pretensiones problemáticas en un conflicto, aquello que les sirva o sea racionalmente aceptable para su entendimiento. Los problemas, como aspectos del proceso conflictivo, implican divergencias interpretativas. Se produce una conexión en la búsqueda de la razón y la verdad, o entre la acción y las pretensiones de validez articuladas en los discursos. El objetivo es justificar la verdad de los argumentos consensuados que las partes usan en un conflicto, no como única verdad, sino aquella construida según conviene a los intereses convergentes. De esta manera, el mundo objetivo y las ideas de la razón salen de un estado estático a otro dinámico mediante el desarrollo de un debate discursivo

[1720] EDGAR, Andrew: *The Philosophy of Habermas*, *op. cit.,* p. 151.
[1721] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* p. 136.
[1722] ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.,* p. 458.
[1723] SÁNCHEZ LIMIÑANA, Pedro: *La filosofía moral de Ernst Tugendhat*, *op. cit.,* p. 87.

que tiene como materia la interpretación correcta de lo que nos ocupa. No hay ninguna referencia al mundo que esté absolutamente libre de contexto[1724].

4.1.2. La estructura teleológica de la acción comunicativa: el entendimiento

El intento de articular la doble estructura del lenguaje se puede encontrar en la teoría del acto del habla de John Langshaw Austin, quien estableció una separación radical entre los actos del habla y las expresiones cognitivas. En la terminología técnica de la teoría, los actos del habla tenían contenido «ilocucionario», mientras que las expresiones cognitivas tenían contenido «propositivo». En efecto, el primero hace cosas con palabras, y el segundo hace declaraciones sobre el mundo. A este respecto, la consideración de Habermas es que las dos partes están necesariamente presentes en todas las expresiones. En las expresiones cognitivas se afirma el contenido propositivo, de modo que se espera que la discusión posterior se centre en la verdad o falsedad de esta proposición, mientras que, en las expresiones no cognitivas, uno se limita a mencionarlo, y centra la atención de los comunicadores en los aspectos intersubjetivos o performativos de la expresión[1725].

El modelo comunicativo de acción de Habermas no equipara acción y comunicación. El lenguaje es un medio de comunicación que sirve al entendimiento, mientras que los actores, al entenderse entre sí para coordinar sus acciones, cada uno persigue determinadas metas. En todos los casos se presupone la estructura teleológica de la acción, pues se supone a los actores la capacidad de proponerse fines y de actuar para conseguir alcanzarlos, y, en consecuencia, un interés en la ejecución de sus proyectos de acción[1726].

Sin embargo, solo el modelo estratégico de acción se conforma con la explicación de las características de la acción directamente orientada al éxito, mientras que, en los restantes modelos, se especifican condiciones bajo las cuales el actor persigue sus fines, como son las condiciones de legitimidad, de autopresentación, o de acuerdo comunicativamente alcanzado, desde las que el «yo» puede conectar sus acciones con las del «otro». En este caso, la acción comunicativa no se agota en el acto de entendimiento en términos de interpretación; los actos de interpretación que surgen en los procesos cooperativos de interpretación representan, en la acción comunicativa, el mecanismo de

[1724] MORALES FERNÁNDEZ, María Gracia: *La mediación: sistemas alternativos de resolución de conflictos. Sistemas complementarios al proceso. Un enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva*, *op. cit.,* pp. 301-302.
[1725] EDGAR, Andrew: *The Philosophy of Habermas*, *op. cit.,* p. 137.
[1726] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* p. 137.

coordinación de la acción. La acción comunicativa designa un tipo de interacciones que vienen coordinadas mediante actos del habla, pero que no coinciden con ellos[1727].

La acción, en cuanto distingue las acciones sociales conforme a dos orientaciones básicas que se corresponden con la coordinación por tramas de intereses y con la coordinación por acuerdo normativo, puede dividirse en los siguientes tipos:

Orientación/situación de la acción	Acción orientada al éxito	Acción orientada al entendimiento
No social	Acción instrumental	
Social	Acción estratégica	Acción comunicativa

Habermas define el modelo de acción racional con arreglo a fines como aquel: (i) donde el actor se orienta primariamente a alcanzar una meta suficientemente precisa en cuanto a fines concretos, (ii) elige los medios que le parecen más adecuados a la situación en concreto; y (iii) considera otras consecuencias previsibles de su acción, como pueden ser las condiciones colaterales de éxito. Se puede definir el éxito como la realización en el mundo del estado de cosas deseado, causado por una acción u omisión calculada. Los efectos de la acción comprenden los resultados, las consecuencias, incluidas las colaterales que causa esa misma acción. Y así, a una acción orientada por o al éxito la denomina «instrumental», si se la estudia bajo la consideración de las reglas de acción técnicas y se evalúa el grado de eficiencia de la intervención en el contexto de los sucesos. Y a esa misma acción orientada al o por el éxito, cuando es analizada en los aspectos de la observancia de reglas de elección racional y se evalúa el grado de influencia sobre decisiones de un oponente racional, se la denomina «estratégica». Las acciones instrumentales pueden ir asociadas a interacciones sociales, y las acciones estratégicas representan, ellas mismas, acciones sociales[1728].

La intención primaria de Habermas es distinguir las acciones comunicativas de todas las demás acciones; considera todas las demás acciones como pertenecientes a la clase que llama acciones «teleológicas» u orientadas al éxito, y divide esta clase, a su vez, en acciones «instrumentales», si no son sociales, y «estratégicas», si son sociales. En oposición, presenta las acciones comunicativas definidas como orientadas al consenso[1729].

En las acciones comunicativas, los planes de acción de los actores implicados no se coordinan a través de un cálculo egocéntrico de resultados, sino mediante los actos de entendimiento. De igual modo, en la acción comunicativa, los participantes no se orientan primariamente al propio éxito; antes persiguen sus fines individuales bajo la condición de

[1727] *Ibid.*, pp. 137-138.
[1728] *Ibid.*, p. 331.
[1729] TUGENDHAT, Ernst: *Ser, verdad, acción: Ensayos filosóficos*, *op. cit.,* p. 257.

que sus respectivos planes de acción puedan armonizarse entre sí sobre la base de una definición compartida de la situación. De ahí que la negociación de definiciones de la situación sea un componente esencial de las operaciones de interpretación que la acción comunicativa requiere[1730].

La diferencia entre la acción estratégica y la comunicativa no se estudia solo en el plano analítico, donde una sola acción es descrita como un proceso de recíproca influencia entre oponentes que actúan estratégicamente en función del éxito, o como un proceso de entendimiento entre miembros de un mismo mundo de vida. Se necesita un análisis conceptual de estas dos actitudes, y en el marco de una teoría de la acción esto no puede abordarse como un trabajo psicológico, desde las disposiciones del comportamiento de los actores, sino que Habermas centra su estudio en las estructuras generales de los procesos de entendimiento de las que pueden deducirse condiciones de participación, a fin de caracterizarlas formalmente[1731].

4.1.3. El acuerdo alcanzado comunicativamente

«El acuerdo se basa en convicciones comunes»[1732]. ¿Qué significa para Habermas el «entenderse»? Se trata de un proceso que tiene como fin la obtención de un acuerdo entre sujetos competentes lingüística e interactivamente. Un acuerdo alcanzado comunicativamente o un acuerdo supuesto en común, en la acción comunicativa, es un acuerdo proposicionalmente diferenciado, que debido a su estructura lingüística no puede ser inducido por un influjo ejercido desde fuera, sino que tiene que ser aceptado como válido por los participantes, y en este sentido se distingue de una coincidencia fáctica. Los procesos de entendimiento se caracterizan porque tienen como meta un acuerdo que cumpla las condiciones de un asentamiento racionalmente motivado por el contenido de una manifestación o emisión. Un acuerdo alcanzado comunicativamente tiene que tener una base racional, en el sentido de que no puede ser impuesto por ninguna de las partes, ya sea instrumentalmente mediante una intervención directa en la situación de la acción, ya sea estratégicamente mediante un influjo calculado sobre las decisiones de un oponente. El acuerdo se fundamenta en las convicciones comunes de los participantes en el discurso[1733].

Partiendo de las teorías de Habermas y Rawls resulta comprensible que las distintas teorías de la mediación se hayan referenciado como formas de participación comunicativas, democráticas y justificadas en la resolución de los conflictos. Entre las vías

[1730] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* p. 331.
[1731] *Ibid.*, p. 332.
[1732] *Ibid.*, p. 333.
[1733] *Ibid.*, pp. 332-333.

cooperativas para la resolución de conflictos, la mediación se orienta hacia la comunicación, en lugar de hacia la confrontación, y se apoya en una concepción de relaciones sociales solidarias y comprometidas. Estas vías, según expone M.ª Dolores Pérez Jaraba, pueden encuadrarse dentro del paradigma procedimental cooperativo, sostenido por Habermas, según el cual los sujetos jurídicos, destinatarios y también autores del derecho, en su condición de ciudadanos, pueden entenderse entre sí, reconocer «al otro», respecto de cuáles son sus problemas y cómo deben ser resueltos en el futuro[1734].

El acto de habla de un actor solo podrá tener éxito si el otro acepta la oferta que ese mismo acto de habla contiene, tomando postura, siquiera implícitamente, con un sí o con un no, frente a una pretensión de validez que, en principio, es susceptible de crítica. El «yo» que vincula a su manifestación una pretensión de validez, como el «otro» que la reconoce o rechaza, basan sus decisiones en razones potenciales[1735].

El hablante, en el acto comunicativo, presenta, como hemos expuesto más arriba, cuatro pretensiones de validez que constituyen las condiciones de la comunicación: verdad, corrección, veracidad, inteligibilidad. En estas pretensiones de validez se basa la posibilidad de coordinar racionalmente las acciones extralingüísticas a la luz de un acuerdo racional, pues la posibilidad de coordinar racionalmente las acciones dependerá de una acción comunicativa, no de una acción orientada al éxito[1736].

Este modelo del habla nos proporciona el análisis de lo que significa que dos sujetos se entiendan entre sí. En consecuencia, el entendimiento es inmanente como fin al lenguaje humano. Lenguaje y entendimiento no se relacionan entre sí como medio y como fin, pero solo podemos explicar el concepto de entendimiento si somos capaces de precisar qué significa emplear oraciones con intención comunicativa. Los conceptos de hablar y entenderse se interpretan el uno al otro[1737].

Habermas incide especialmente en lo que sucede cuando un hablante intenta hacer algo con palabras, como por ejemplo prometer, que puede ser desafiado, no como se podría esperar normalmente de la relación intersubjetiva entre un hablante y el oyente, sino más bien sobre los hechos mencionados en la expresión. Así, también, cuando se afirma un hecho en una expresión cognitiva, la conversación puede continuar centrándose en la relación que se ha establecido entre el hablante y el oyente, en lugar de centrarse en ese hecho. En ambos casos, el recurso del que habla a la reflexividad del lenguaje está

[1734] PÉREZ JARABA, María Dolores: *Teorías de la mediación y derechos fundamentales, op. cit.,* pp. 131 y 133.
[1735] *Ibid.*, p. 333.
[1736] TOMÉ, José Lorenzo: *Las identidades: las identidades morales y políticas en la obra de Jürgen Habermas*, *op. cit.,* p. 100.
[1737] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* p. 333.

evitando una posible ruptura de la comunicación. La conversación continúa mediante el uso del lenguaje para hablar de la conversación en sí misma[1738].

El entendimiento es inmanente como fin al lenguaje. Si no pudiéramos hacer uso del modelo del habla, no se podría analizar qué significa que dos sujetos se entiendan entre sí. Podemos analizar las propiedades pragmático-formales de la actitud orientada al entendimiento, usando como modelos la actitud de los participantes en una comunicación, donde uno de ellos ejecuta un acto de habla frente a otro, que toma postura con un sí o con un no. Lenguaje y entendimiento no se relacionan entre sí como medio y fin[1739].

Diferenciar las acciones orientadas al éxito de las orientadas el entendimiento a través del análisis de los actos del habla contiene una dificultad. Por un lado, se consideran actos comunicativos aquellos en los que hablante y oyente se entienden mediante un mecanismo de coordinación de la acción, pero, por otro lado, no toda interacción mediada lingüísticamente representa un ejemplo de acción orientada al entendimiento, pues existen numerosos casos de entendimiento indirecto. Este entendimiento puede realizarse porque uno de los hablantes dé a entender algo con señas, induciéndolo indirectamente a formarse una opinión o a captar una determinada intención mediante una elaboración inferencial de la situación que percibe, o también puede inducirlo empleando medios lingüísticos a comportarse como el hablante desea instrumentalizándolo para el éxito de su propia acción. Esta forma de usar el lenguaje, orientándose a o por las consecuencias, parece desmerecer el acto de habla de la acción orientada al entendimiento. Para evitar este descrédito, comenta Habermas, debe probarse que el empleo del lenguaje orientado al entendimiento es el modo original, frente al entendimiento indirecto o la comprensión indirecta o el dar a entender o hacer que el otro entienda, que lo califica de un uso parasitario, y puede realizarse conforme plantea John Austin desde la distinción entre «ilocuciones» y «perlocuciones»[1740].

Esta división opera de la manera siguiente: cuando alguien dice algo debemos diferenciar entre lo que Austin denomina (i) el acto «locucionario», o la dimensión «locucionaria» del acto lingüístico, que es el acto de decirlo, y consiste en emitir con cierta entonación o acentuación algunos ruidos pertenecientes a un vocabulario, emitidos siguiendo una construcción a la que se le asigna un sentido o referencia; (ii) el acto «ilocucionario», o la dimensión «ilocucionaria» del acto lingüístico, que es el acto que llevamos a cabo al decir algo como prometer, advertir, afirmar, saludar; y (iii) el acto que llevamos a cabo porque decimos algo como intimidar, asombrar, convencer, ofender,

[1738] EDGAR, Andrew: *The Philosophy of Habermas*, *op. cit.,* p. 146.
[1739] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* p. 333.
[1740] *Idem*.

intrigar, apenar, al que Austin denomina el acto «perlocucionario» o la dimensión «perlocucionaria» del acto lingüístico[1741].

De esta manera, Habermas restablece el *telos* de la comunicación, la comprensión mutua, que contiene el concepto de «fuerza ilocucionaria». El componente «ilocucionario» de una expresión no se refiere simplemente al punto relativamente superficial de que los actos del habla se producen entre al menos dos sujetos, hablante y oyente, sino más bien al punto más profundo de que los actos del habla pueden ser juzgados con éxito si y solo si tienen la fuerza para generar una relación interpersonal entre dos o más sujetos, que es libremente entablada por todas las partes. En otras palabras, un acto de discurso exitoso genera el contexto en el que las preguntas, los acuerdos, las objeciones, las denegaciones, las confesiones, las traiciones, las promesas y las disculpas pueden tener sentido y ser vinculantes para todos los afectados[1742].

La mediación debería ser analizada no como un acontecimiento singular sino como un proceso de cambio, a nivel individual y social, dice Consuelo Arés de Giordiano, por lo que el resultado de la mediación no puede limitarse al acuerdo, que debería considerarse como una textura abierta o provisional, al poder ser modificado constantemente por las partes aun cuando se cumpla voluntariamente por las partes, pues ellas, como verdaderas protagonistas, no son las mismas antes, durante y después de la mediación[1743].

4.1.4. Actos locucionarios, ilocucionarios y perlocucionarios

La teoría de los actos de habla de Ludwig Wittgenstein y John Austin aborda la investigación de los usos no descriptivos del lenguaje. Frente al predominio de los enunciados descriptivos, dotados de un valor de verdad y que caracterizan la reflexión filosófica sobre el lenguaje desde Aristóteles, estos dos autores señalan la variedad de usos del lenguaje no descriptivos, como son los mandatos, las promesas, las declaraciones de intenciones, los insultos, los saludos. A esta categoría de usos no descriptivos corresponde también toda una serie de usos institucionalizados, como son el acto de designar a alguien para un cargo, o el de bautizar un barco con un nombre. Los análisis de Austin priorizan especialmente estos usos institucionalizados, que no describen una realidad sino que más bien la generan, se hacen cosas con las palabras. Estos usos del lenguaje no descriptivos requieren un contexto institucional[1744].

[1741] AUSTIN, John L.: *Cómo hacer cosas con palabras* (trad. Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi). Barcelona (España): Paidós, 1982, p. 32.
[1742] EDGAR, Andrew: *The Philosophy of Habermas*, *op. cit.,* p. 146.
[1743] ARÉS DE GIORDIANO, Consuelo: «La mediación y el ciudadano: Responsabilidad de las decisiones en situaciones conflictivas», *op. cit.*, p. 253.
[1744] LÓPEZ Y LÓPEZ DE LIZAGA, José Luis: *Lenguaje y sistemas sociales. La teoría sociológica de Jürgen Habermas y Niklas Luhmann*, *op. cit.,* p. 79.

En la terminología de Austin se denominan enunciados «constatativos», frente a los enunciados «performativos» o emisiones realizativas. Los primeros cuentan con un valor de verdad, y los segundos comprenden todos los usos del lenguaje, cuyas condiciones de validez o de acierto no se identifican con la verdad o la falsedad. En relación a estos usos realizativos del lenguaje, Austin destaca la circunstancia de que, a pesar de carecer de valor de verdad, las emisiones también pueden ser enjuiciadas desde el punto de vista de sus propios criterios de validez, que difieren de la verdad o falsedad[1745].

Más tarde, Austin adopta una nueva distinción entre elementos constitutivos de todo acto de habla, al que denomina componente «locucionario», y la fuerza «ilocucionaria». Esta distinción anticipa la fórmula de la estructura general de los actos de habla que más tarde propondrá John Searle, donde todo acto de habla se compone de un contenido proposicional dotado de un valor de verdad y de una fuerza «ilocucionaria» que se propone hacer algo con las palabras, esto es, lograr un determinado efecto, y cuyo acierto debe enjuiciarse desde criterios diferentes del valor de verdad. Esta estructura suele formalizarse con la expresión F(*p*). Los actos de habla quedan definidos como proposiciones o locuciones situadas en un contexto de comunicación, y su sentido no se agota en su contenido proposicional, sino que incluye también su fuerza «ilocucionaria»[1746].

En su obra *Cómo hacer cosas con palabras*, John Austin caracteriza tres tipos de actos de habla: decir algo, hacer diciendo algo, y causar algo mediante lo que se hace diciendo algo. Distingue los siguientes tres tipos de actos de habla:

Tabla 7. Tipos de actos de habla según John Austin

Actos locucionarios	El hablante expresa un estado de cosas, dice algo
Actos ilocucionarios	El agente realiza una acción diciendo algo
Actos perlocucionarios	El hablante busca causar un efecto sobre el oyente. Mediante la ejecución de un acto de habla causa algo en el mundo

La fuerza «ilocucionaria» de los actos del habla comporta un papel de coordinación de la acción y posee para Habermas lo que él denomina un efecto vinculante o de unión. Esta función de coordinación de la acción y el carácter vinculante de los actos del habla, que cumple con el propósito de la integración social, los explica Habermas apelando a lo que él denomina la base de validez del habla[1747].

«Locucionario», comenta Habermas, es por tanto el contenido de las oraciones enunciativas (p) o de las oraciones enunciativas nominalizadas (que p); estos actos fijan el

[1745] *Ibid.*, pp. 79-80.
[1746] *Idem*.
[1747] FULTNER, Barbara (ed.): *Jürgen Habermas: Key concepts*, *op. cit.,* p. 60.

modo en el que se emplea una oración, afirmación, promesa, mandato, confesión, expresándose mediante un verbo realizativo que es empleado en primera persona. Y en los actos «perlocucionarios» el efecto buscado en el mundo se realiza mediante la ejecución de un acto del habla[1748].

Dice Habermas que, para John Austin, el acto de habla resultante del componente «ilocucionario» y del componente proposicional se considera como un acto autosuficiente que el hablante efectúa, siempre con intención comunicativa, es decir, con el propósito de que un oyente entienda y acepte su emisión o manifestación. La autosuficiencia del acto «ilocucionario» se interpreta en el sentido de que la intención comunicativa del hablante y el objetivo «ilocucionario» que busca conseguir se conocen del significado manifiesto de lo dicho, mientras que con las acciones teleológicas no sucede lo mismo. El sentido de las acciones teleológicas solo lo podemos identificar atendiendo a las intenciones que persigue el hablante y a los fines que se propone perseguir. En los actos «ilocucionarios» el significado de lo dicho es constitutivo, en las acciones teleológicas la intención del agente es constitutiva[1749].

El modelo de los actos institucionalmente ligados que John Austin prioriza sistemáticamente no es seguido por Jürgen Habermas, quien interpreta la fuerza «ilocucionaria» de todo acto de habla como el establecimiento de una determinada relación entre el hablante y el oyente. El hablante, con su acto, asume un determinado compromiso hacia el oyente, en tanto que un acto «ilocucionario» contiene una determinada fuerza, como el tipo de poder o coerción de carácter obligatorio que sigue al acto de prometer. En definitiva, hablante y oyente pueden establecer los dos, con sus actos ilocucionarios, relaciones interpersonales[1750].

Los éxitos «ilocucionarios» se consiguen en un plano de relaciones interpersonales, donde los participantes de la acción se entienden entre sí sobre algo en el mundo. Se producen en el mundo de la vida, al que pertenecen los participantes en la comunicación y que constituye el trasfondo de sus procesos de entendimiento. Habermas, a esta clase de interacciones donde todos los participantes coordinan entre sí sus planes individuales de acción y persiguen sin reserva alguna sus fines ilocucionarios, es a lo que llama acción comunicativa. Este tipo de acción comunicativa se distingue de las interacciones de tipo estratégico porque todos los participantes persiguen sin reservas fines ilocucionarios. El

[1748] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* p. 334.
[1749] *Ibid.*, pp. 334-335.
[1750] LÓPEZ Y LÓPEZ DE LIZAGA, José Luis: *Lenguaje y sistemas sociales. La teoría sociológica de Jürgen Habermas y Niklas Luhmann*, *op. cit.,* p. 86.

propósito que persiguen es alcanzar un acuerdo que sirva de base a una coordinación concretada de los planes de acción individuales[1751].

Por lo tanto, el éxito de un acto de habla, en una discusión o discurso en la terminología habermasiana, se centra en que los participantes comprenden y aceptan las intenciones de los demás. La aceptación también puede requerir que los participantes recurran a la reflexividad del lenguaje para aclarar, no solo cuáles son sus intenciones, sino también si estas intenciones son o no legítimas[1752].

El objetivo «ilocucionario» que el hablante persigue con la emisión de un enunciado deriva del propio significado de lo dicho, que es el elemento constitutivo del acto de habla, identificado por sí mismo. El hablante da a conocer que lo que dice quiere que se entienda como un saludo, o mandato, o explicación. Su intención comunicativa busca que el oyente llegue a entender el contenido manifiesto del acto de habla. Y el objetivo «perlocucionario» de un hablante, al igual que sucede con los propósitos que se persiguen con las acciones orientadas a un fin, no se sigue del contenido manifiesto del acto de hablar, sino que solo puede determinarse averiguando la intención del hablante. El destinatario puede inferir los fines «perlocucionarios» del hablante a partir del contexto[1753]. John Austin concluyó que los éxitos «ilocucionarios» mantienen con los actos de habla una relación interna o regulada, y los efectos «perlocucionarios» permanecen externos a lo hablado, pues dependen de contextos contingentes, que no están fijados por convenciones. En este sentido, afirma que el acto «ilocucionario está conectado con la producción de ciertos efectos, los de provocar estados de cosas en el modo normal, esto es, cambios en el curso natural de los sucesos»[1754].

Para Habermas, el intento de entenderse con un acto de habla se logra cuando el hablante consigue su propósito «ilocucionario» en el sentido que indica Austin, y los efectos «perlocucionarios» pueden describirse como estados del mundo producidos por intervenciones en el mundo. Los éxitos «ilocucionarios» se consiguen en el plano de las relaciones interpersonales, donde los participantes en la comunicación se entienden entre sí sobre algo relacionado con el mundo. Los éxitos «ilocucionarios» se producen en el mundo de la vida al que pertenecen los participantes de la comunicación y que constituye el trasfondo de sus procesos de entendimiento. Las «perlocuciones», según Habermas,

[1751] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* p. 339.
[1752] EDGAR, Andrew: *The Philosophy of Habermas*, *op. cit.,* p. 147.
[1753] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* pp. 335-336.
[1754] AUSTIN, John L.: *Cómo hacer cosas con palabras*, *op. cit.,* pp. 159 y 162.

deben entenderse como una clase especial de interacciones estratégicas, y las «ilocuciones» se emplean como medios en contextos de acción teleológica[1755].

Se prescinde, de esta manera, del modelo de los actos institucionalmente ligados, que Austin privilegia sistemáticamente. Habermas interpreta la fuerza «ilocucionaria» de todo acto de habla como el establecimiento de una determinada relación entre el hablante y el oyente. Más en concreto, con su acto el hablante contrae un determinado compromiso hacia el oyente: un acto «ilocucionario» expresa una determinada fuerza que consiste en un poder o coerción del tipo de la obligatoriedad que se sigue de un acto de prometer. Con los actos ilocucionarios, hablante y oyente pueden establecer relaciones interpersonales[1756].

Desde el ámbito jurídico, la mediación es estudiada como una vía de resolución de conflictos alternativa al procedimiento judicial; sin embargo, para Consuelo Arés de Giordiano, en la teoría de la mediación al adjetivo «alternativo» se le asigna un significado diferente, de respeto al «otro», *alter*, en su condición de prójimo, no de adversario. El «otro» es la parte en el procedimiento de mediación con quien se está dispuesto a contrastar la propia postura, a admitir la posibilidad de crítica, y a plantear un diálogo comprometido en busca de un consenso. Esto implica, a través de la interacción, la incorporación a nivel de discurso y de prácticas concretas de las auténticas demandas de las partes involucradas en el conflicto, que aúne y no anule los intereses opuestos, y la comprensión del otro en su distinción y reconocimiento de la propia distancia[1757].

4.1.5. Significado y validez de los actos de habla

Los participantes de una acción comunicativa persiguen, incondicionalmente, fines «ilocucionarios» con el propósito de llegar a un acuerdo, que sirve como fundamento a una coordinación concertada de planes de acción individuales. En consecuencia, es preciso establecer cuáles son las condiciones que tiene que satisfacer un acuerdo comunicativamente alcanzado para cumplir esas funciones de coordinación. El objetivo, por tanto, se centra en aclarar el mecanismo concerniente a la capacidad de coordinar la acción que tienen los actos de habla. Surgen las siguientes preguntas: ¿cuáles son las condiciones bajo las cuales un oyente está motivado a la aceptación de la oferta que se le propone con el acto de habla?; ¿qué significa entender una oración empleada comunicativamente?; ¿qué significa entender una emisión o manifestación limitando su

[1755] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* p. 339.
[1756] LÓPEZ Y LÓPEZ DE LIZAGA, José Luis: *Razón comunicativa y legitimidad democrática* [tesis doctoral]. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2008, p. 80.
[1757] ARÉS DE GIORDIANO, Consuelo: «La mediación y el ciudadano: Responsabilidad de las decisiones en situaciones conflictivas», *op. cit.*, pp. 251-252.

comprensión al conocimiento de las condiciones bajo las cuales estas manifestaciones o emisiones son aceptadas por un oyente?[1758].

En los siguientes ejemplos, se toman pares de emisiones o manifestaciones, actos de habla de un hablante, y la toma de postura afirmativa de un oyente, que permiten observar qué significa tomar postura y qué consecuencias interactivas se establecen:

(1)	«Te prometo que vendré mañana». Vincula la pretensión de validez a la intención que el hablante anuncia con una orden
(2)	«Se ruega dejen de fumar». Vincula la pretensión de validez a la exigencia que el hablante plantea, con una confesión
(3)	«Te confieso que encuentro repugnante su actuación». Vincula la pretensión de validez a la expresión de sus sentimientos, con la predicación
(4)	«Puedo predecirte que estas vacaciones va a llover». Vincula la pretensión de validez a un enunciado

Con su afirmativa, el oyente acepta la oferta en el acto de habla y funda un acuerdo, que se refiere, por un lado, al contenido de la manifestación, y por otro, a las garantías inmanentes al acto de habla y a las obligaciones relevantes, todo ello, para la interacción ulterior o relativas consecuencias interactivas.

(1´)	«Sí, quedamos en eso»
(2´)	«Sí, dejaré de fumar»
(3´)	«Sí, te creo»
(4´)	«Sí, habrá que contar con eso»

La posibilidad de acción propia de los actos de habla se expresa en la pretensión que entabla el hablante de forma explícita con lo que dice, valiéndose de un verbo realizativo, y que el oyente a su vez acepte la oferta que se le hace con el acto de habla, al reconocer esa pretensión. El éxito «ilocucionario» es determinante para la acción, pues permite entablar una relación interpersonal entre hablante y oyente que tiene efectos coordinadores. Además, ese éxito tiene la capacidad de ordenar los espacios de la acción y las consecuencias de la interacción, y ofrece al oyente distintas posibilidades de proseguir la interacción[1759].

Son tres los planos de reacción de un oyente a un acto de habla: (i) entiende la manifestación y capta el significado de lo dicho, (ii) toma postura con un sí o con un no, frente a la pretensión vinculada a un acto de habla, y acepta la oferta o la rechaza, y (iii) ateniéndose al acuerdo alcanzado, orienta su acción conforme a las obligaciones de acción

[1758] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* p. 341.
[1759] *Ibid.*, p. 342.

convencionalmente establecidas. En consecuencia, el plano pragmático, que supone el acuerdo compuesto de efectos coordinadores, establece una conexión con el plano semántico de la comprensión del significado y el plano empírico de la ejecución posterior, que conlleva la interactuación para que el acuerdo resulte relevante[1760].

Esta conexión se aclara recurriendo a la teoría del significado planteada en términos de pragmática formal, que cuestiona qué significa, por un lado, entender una oración empleada comunicativamente, y por el otro, entender una emisión o manifestación. La semántica formal establece un corte conceptual entre qué significa una oración y lo que quiere significar o decir el hablante con esa oración, y con esa misma oración qué expresa cuando la emplea en un acto de habla, en tanto que puede decir algo distinto de lo que la oración literalmente significa. Sin embargo, este análisis se limita a los actos de habla, donde, en condiciones normales, el hablante no quiere decir nada distinto del significado literal de aquello que dice[1761].

Las condiciones que hacen posible el lenguaje no son metafísicas, son simplemente pragmáticas, inherentes a la práctica de la comunicación, de ahí que Habermas no mencione las condiciones de verdad sino las condiciones de aceptabilidad[1762]. De este modo, se puede ampliar el enfoque del significado de la semántica formal, y se reduce la comprensión de una emisión y manifestación al conocimiento de las condiciones bajo las cuales esa manifestación puede ser aceptada. Se puede concluir que somos capaces de entender un acto de habla cuando sabemos qué lo hace aceptable. Desde la perspectiva del hablante, las condiciones de aceptabilidad se identifican con las condiciones de su éxito «ilocucionario». La aceptabilidad no se define en sentido objetivista, es decir, desde la perspectiva de un observador, sino desde la actitud realizativa de un participante en la comunicación. Así, denominamos aceptable al acto de habla que cumple las condiciones necesarias para que un oyente pueda tomar una postura con un sí frente a la pretensión que el hablante vincula a ese mismo acto[1763].

Habermas añade un componente más en relación a esas condiciones de aceptabilidad, y dispone que no podrán quedar cumplidas de forma unilateral, esto es, ni solo respecto al hablante ni al oyente. Estas condiciones funcionan como el reconocimiento intersubjetivo respecto de una pretensión lingüística, que puede establecer un acuerdo donde se especifica lo relativo a las obligaciones relevantes para la interacción posterior del oyente y el hablante, las consecuencias interactivas[1764].

[1760] *Ibid.*, pp. 342-343.
[1761] *Ibid.*, pp. 343-344.
[1762] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* p. 50.
[1763] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* p. 344.
[1764] *Idem*.

El interés de Habermas está en clarificar, desde una perspectiva de la teoría sociológica de la acción, cuál es el mecanismo relativo a la capacidad de coordinación que tienen los actos de habla. Por ello, se centra en aquellas condiciones desde las cuales un oyente es motivado a la aceptación de la oferta que le hace el hablante con un acto de habla, presuponiendo que se usan expresiones lingüísticas bien formadas y se cumplen las condiciones del contexto, que los distintos tipos de habla necesitan. En consecuencia, un oyente entiende el significado de una emisión cuando, aparte de las condiciones de corrección gramatical, y en las condiciones generales de contexto, conoce aquellas condiciones esenciales bajo las cuales puede ser motivado por el hablante a tomar una postura afirmativa[1765].

Los actos de entablar y reconocer una pretensión de validez están los dos sujetos a restricciones convencionales, en tanto que la pretensión solo puede ser rechazada en forma de una crítica y frente a esta crítica, a su vez, solo puede ser defendida en modo de refutación. Y es que las pretensiones de validez van ligadas internamente con razones. En este sentido, las condiciones de aceptabilidad de las órdenes o imperativos derivan del sentido «ilocucionario» del acto de habla mismo, y no necesitan por ello ser completadas mediante condiciones de sanción adicionales[1766].

Las pretensiones de validez van conectadas internamente con razones. En virtud de la conexión interna que existe entre validez, pretensión de validez y desempeño de la pretensión de validez, un hablante puede motivar racionalmente a un oyente a la aceptación de la oferta que su acto de habla implica, porque puede garantizar el poder aportar razones convincentes que resistan una posible crítica del oyente a la pretensión de validez. En consecuencia, un hablante debe la fuerza vinculante de su éxito «ilocucionario» no a la validez de lo dicho sino al efecto coordinador que contiene la garantía que el hablante ofrece, al mostrar que está justificada, es decir, de poder realizar, si fuera el caso, la pretensión de validez que su acto de habla comporta[1767].

En este sentido, las pretensiones de validez guardan una relación interna con las razones, prestando al papel «ilocucionario» una fuerza motivadora de tipo racional, y sin embargo para que esas mismas pretensiones puedan imponerse tendráin que venir respaldadas por un potencial de sanción[1768].

[1765] *Idem*.
[1766] *Ibid.*, p. 348.
[1767] *Ibid.*, p. 349.
[1768] *Idem*.

4.1.6. La comunidad intersubjetiva de los sujetos hablante y oyente

La comunicación no es simplemente una cuestión de transmitir información para Habermas, sino que entraña el establecer o mantener una relación con otra persona. Cuando un hablante está tratando de llegar a un entendimiento con un interlocutor sobre algo en el mundo, existe una doble estructura del habla, pues las dos personas se comunican simultáneamente a nivel de lo que están hablando, el contenido propositivo, y en el nivel intersubjetivo de su relación[1769].

Habermas interpreta la fuerza «ilocucionaria» de todo acto de habla como el establecimiento de una determinada relación entre el hablante y el oyente. El hablante, con su acto, contrae un determinado compromiso hacia el oyente, pues un acto «ilocucionario» expresa una determinada fuerza que se sigue de un acto de prometer, donde hablante y oyente pueden establecer relaciones interpersonales[1770].

Cada uno de los cuatro tipos de pretensiones de validez implica que, en caso necesario, el hablante debe poder dar razón a su interlocutor de la verdad, la corrección normativa o la veracidad de sus palabras. Si el sentido de una promesa es adoptar un compromiso con el oyente, también puede predicarse lo mismo de las afirmaciones, los ruegos, los imperativos[1771].

La doble estructura de los actos de habla, proposicional e ilocucionaria, introduce a los interlocutores en el nivel de la intersubjetividad, donde los hablantes pueden hablar entre sí, y en el nivel de los objetos sobre los que ambos se entienden. Únicamente mediante la cooperación y la intersubjetividad entre los hablantes será posible el éxito «ilocucionario», al asumir los compromisos que vinculan tanto al emisor como al destinatario de la comunicación[1772]. Para Habermas, si el oyente acepta la oferta que contiene el acto de habla de un hablante, se realiza entre estos dos sujetos capaces de lenguaje y acción un acuerdo, que se basa, no solo en el reconocimiento intersubjetivo de una única pretensión de validez, sino que abarca tres planos a la vez[1773].

El término entendimiento posee un mínimo significado, el de que dos sujetos lingüística e interactivamente competentes entienden de forma idéntica una expresión lingüística. A su vez, el significado de una expresión consiste en la aportación que hace al acto de habla aceptable, y para entender lo que el hablante dice con el acto, el oyente tiene que conocer las condiciones en las que puede ser aceptado. Si la razón por la que, en

[1769] FULTNER, Barbara (ed.): *Jürgen Habermas: Key concepts*, *op. cit.,* p. 58.
[1770] LÓPEZ Y LÓPEZ DE LIZAGA, José Luis: *Razón comunicativa y legitimidad democrática*, *op. cit.,* pp. 77-78.
[1771] LÓPEZ Y LÓPEZ DE LIZAGA, José Luis: *Lenguaje y sistemas sociales. La teoría sociológica de Jürgen Habermas y Niklas Luhmann*, *op. cit.,* pp. 79-80.
[1772] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* p. 49.
[1773] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* p. 354.

la acción comunicativa, un hablante elige una expresión lingüística inteligible es con el fin de entenderse con un oyente sobre algo y a la vez darse a entender a sí mismo, es sencillo identificar los tres planos de acuerdo[1774].

Si la intención comunicativa del hablante comprende las siguientes:

(1)	Realizar un acto de habla que sea correcto en relación con el contexto normativo dado, para poder establecer así una relación interpersonal con el oyente, que pueda considerarse legítima
(2)	Hacer un enunciado verdadero o hacer presuposiciones de existencia ajustadas a la realidad para que el oyente pueda asumir y compartir el saber del hablante
(3)	Expresar verazmente opiniones, intenciones, sentimientos, deseos, etc., para que el oyente pueda fiarse de lo que oye

En consecuencia, todo acuerdo normativamente alcanzado genera una comunidad intersubjetiva que cubre los siguientes tres planos distintos, que se explica también mediante las funciones del entendimiento lingüístico:

(1)	El consenso normativo
(2)	Un saber proposicional compartido
(3)	Una mutua confianza en la sinceridad subjetiva de cada uno

Los actos de habla son medios donde se produce el entendimiento, y sirven para los siguientes fines:

(1)	Para el establecimiento y renovación de relaciones interpersonales, en los que el hablante hace referencia a algo perteneciente al mundo de las ordenaciones legítimas
(2)	A la exposición o a la presuposición de estados y de sucesos, en las que el hablante hace referencia al mundo de estados de cosas existentes
(3)	A la expresión de vivencias, es decir, a la presentación que el sujeto hace de sí mismo, en la que el hablante hace referencia a algo perteneciente a su mundo subjetivo al que él tiene un acceso privilegiado

El acuerdo alcanzado comunicativamente se mide exactamente por estas tres pretensiones de validez susceptibles de crítica, pues los actores, al entenderse entre ellos sobre algo, y darse así a entender a sí mismos, no pueden menos que insertar sus actos de habla precisamente en estas tres relaciones con el mundo, y reclamar para ellos validez bajo cada uno de estos aspectos. Cuando el hablante rechaza un acto de habla (i) por no considerarlo normativamente correcto, (ii) por considerarlo no verdadero, o (iii) por considerarlo no veraz, lo que está expresando con su «no» es que la emisión o manifestación no cumple las funciones de asegurar una relación interpersonal, de servir a una exposición de un estado de cosas, o de manifestar vivencias subjetivas. El motivo se debe a la falta de concordancia, bien sea con el mundo de relaciones interpersonales

[1774] *Ibid.*, pp. 354-355.

legítimamente ordenadas, bien sea con el mundo de estados de cosas existentes, bien sea con el mundo de vivencias subjetivas propio de cada uno[1775].

La función «ilocucionaria» de los actos de habla, aunque estén orientados al entendimiento, están insertos siempre en una red compleja de referencias al mundo, y se infiere bajo qué aspecto de validez quiere el hablante que, preferentemente, se entienda su manifestación. Estos modos fundamentales quedan plasmados de forma tanto más pura cuanto más unívocamente se orienta el entendimiento por una única pretensión de validez dominante[1776].

De la función ilocucionaria de los actos de habla que están orientados al entendimiento, se puede deducir el modo de validez con el que el hablante desea que se entienda preferentemente su manifestación. Así, se pueden dar las siguientes posiblidades:

(1)	Cuando hace un enunciado cuenta algo, explica algo, expone algo, predice algo, o discute algo, etc., busca un acuerdo con el oyente sobre la base de reconocimiento de una pretensión de verdad
(2)	Cuando el hablante expresa una oración vivencial descubre, revela, confiesa, manifiesta, etc., algo subjetivo, el acuerdo solo puede producirse sobre la base del reconocimiento de la pretensión de veracidad
(3)	Cuando el hablante hace un mandato, o una promesa, nombra o exhorta a alguien, compra algo, contrae matrimonio con alguien, etc., el acuerdo depende de que los participantes consideren normativamente correcta la acción

Las pretensiones universales de validez por las que se orienta un hablante pueden explicar y describir cuáles son las actitudes básicas que adopta el hablante en esa orientación, a las que les corresponde en cada caso un distinto concepto del mundo, y que se detallan a continuación:

(1)	Actitud objetiva con la que un observador neutral se relaciona con algo que tiene lugar en el mundo
(2)	Actitud expresiva con la que el sujeto, presentarse a sí mismo, descubre ante los ojos de un público algo de su mundo subjetivo adquiere tiene un acceso privilegiado
(3)	Actitud de conformidad con las normas puede crítica frente a las normas, con la teniendo de un grupo social cumple expectativas legítimas de comportamiento mundo

La tesis fundamental de Habermas puede resumirse de la siguiente manera: los actos de habla orientados al entendimiento, desde la teoría de la interacción, se distinguen de los actos de habla que están insertos en un contexto de acción estratégica, porque el hablante persigue fines «ilocucionarios» y solo van asociados a pretensiones de poder, al igual que los actos imperativos. En todos los actos de habla de la acción orientada al entendimiento que sean «ilocucionarios», todos los hablantes y oyentes asumen suposiciones compartidas mutuamente, que consisten en: (i) un deber de hablar

[1775] *Ibid.*, p. 355.
[1776] *Ibid.*, p. 356.

inteligiblemente, (ii) ser veraces, (iii) tener las respectivas emisiones por verdaderas, y (iv) por correcta una norma relevante para el caso de que se trate[1777].

La concepción de la fuerza «ilocucionaria» como relación intersubjetiva, y más en concreto como el conjunto de compromisos que el hablante contrae con el oyente en las distintas dimensiones de validez de sus emisiones, conlleva dos importantes consecuencias. La primera, que el éxito «ilocucionario» de los actos de habla solo puede alcanzarse mediante el concurso de todos los participantes en la comunicación, por lo que, en ningún supuesto, puede alcanzarse por las actuaciones de un único sujeto. Esto implica que los compromisos implícitos en los actos de habla no solo obligan al hablante sino también al oyente. Y la segunda consecuencia remarca que la fuerza «ilocucionaria» para Habermas, no solo establece compromisos discursivos, sino que estos se extienden también al terreno de la interacción, lo que le permitirá explicar la integración social por medio del efecto de vínculo de los actos de habla[1778].

4.1.7. Sistema de pretensiones de validez y división de los actos de habla

La teoría de los actos de habla permite a Habermas explicar la integración social por medio del vínculo que establecen las pretensiones de validez. La fuerza «ilocucionaria» consiste en un conjunto de compromisos. Desde la perspectiva del hablante, estos compromisos se sitúan, sobre todo, en el ámbito de la argumentación: el hablante que hace una afirmación o formula una exigencia queda comprometido por el propio sentido «ilocucionario» de su acto de habla, a justificar mediante argumentos, si el oyente lo requiere, la validez que pretende para su emisión, esto es, la verdad de su afirmación o la corrección normativa de su exigencia[1779].

Se puede presumir, a partir de la validez de los actos de habla orientados al entendimiento, que es susceptible de crítica, desde tres aspectos universales de validez, la existencia de un sistema de pretensiones de validez que distinguirá a su vez diversos tipos de habla. La distinción que realiza John Austin de los actos ilocucionarios la fundamenta en una lista de verbos realizativos, mientras que John Searle lo hará sobre las intenciones o metas «ilocucionarias» que un hablante persigue con distintos tipos de actos de habla. Así, los agrupa en constatativos, compromisorios, directivos, declarativos y expresivos. A esto se añade lo que Marga Kreckel introduce en la distinción de los actos de habla, unos indicadores pragmáticos, la dimensión temporal, social y objetiva, como indica la siguiente tabla:

[1777] *Ibid.*, p. 357.
[1778] LÓPEZ Y LÓPEZ DE LIZAGA, José Luis: *Lenguaje y sistemas sociales. La teoría sociológica de Jürgen Habermas y Niklas Luhmann*, *op. cit.,* p. 88.
[1779] LÓPEZ Y LÓPEZ DE LIZAGA, José Luis: *Razón comunicativa y legitimidad democrática*, *op. cit.,* p. 83.

	Hablante	Oyente
	Orientado al conocimiento	Orientado al conocimiento
Presente	¿Indica el hablante que se compromete con el mensaje del oyente? Ejemplos: estar de acuerdo, reconocer, rechazar	¿Trata el hablante de influir sobre la visión que el oyente tiene del mundo? Ejemplos: aseverar, argumentar, declarar
	Orientado a la persona	Orientado a la persona
Pasado	¿Se refiere el hablante a sí mismo y/o a su acción pasada? Ejemplos: justificar, defenderse, lamentar	¿Se refiere el hablante a la persona del oyente y/o a su acción pasada? Ejemplos: acusar, criticar, ordenar
	Orientado a la acción	Orientado a la acción
Futuro	¿Se compromete el oyente a una acción futura? Ejemplos: prometerse, negarse, acceder	¿Trata el hablante de hacer que el oyente haga algo? Ejemplos: aconsejar, desafiar, ordenar

Habermas, finalmente, establece la clasificación en tres tipos puros de los casos límite de acción comunicativa: (i) la conversación, (ii) la acción dirigida por formas, y (iii) la acción dramatúrgica[1780].

La verdad no es la única pretensión de validez que formulan los hablantes, pues de la observación de la práctica lingüística se aprecia cómo los hablantes, al comunicarse, dan por válidas una serie de suposiciones a sus propios enunciados. Estas pretensiones son idealizaciones inherentes al uso del lenguaje, que pueden ser impugnadas durante el proceso de comunicación, al ser susceptibles de crítica[1781].

En las acciones comunicativas concretas, las idealizaciones se enfrentan con las realizaciones fácticas en una tensión que demanda continuas explicaciones y razones, unas exigencias de racionabilidad de unos hablantes frente a otros, que solo pueden ser satisfechas de modo argumentativo. Es la propia estructura proposicional o predicativa que caracteriza al lenguaje la que empuja a argumentar, a deliberar y dar razones[1782].

Para Habermas, el hecho de argumentar es esencialmente un asunto comunicativo; las personas, debido a su lenguaje, poseen capacidad de deliberar y por ello todo acto de deliberación pregunta por razones. De esta manera, el discurso intersubjetivo es el lugar propio de la argumentación, y las reglas del lenguaje, que son propias de la comunicación, son reglas pragmáticas, diferenciadas de las reglas semánticas[1783].

En cuanto a las pretensiones de validez, Habermas afirma que, cuando los sujetos emiten un acto de habla, siempre presuponen, aunque sea de forma implícita, que dicho acto es válido desde cuatro aspectos. El hablante, desde el momento en el que emite una oración que oriente su acción al entendimiento, está dispuesto a entenderse con sus interlocutores, y debe plantearse con su emisión algunas apelaciones implícitas, como un

[1780] HABERMAS, Jürgen: *Conciencia moral y acción comunicativa*. Madrid: Trotta, 2018, p. 376.
[1781] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* p. 50.
[1782] *Ibid.*, p. 51.
[1783] SÁNCHEZ LIMIÑANA, Pedro: *La filosofía moral de Ernst Tugendhat*, *op. cit.,* p. 86.

tipo de compromisos que el hablante contrae o asume con el oyente. Cuando un hablante emite un acto de habla reclama para sí cuatro pretensiones de validez[1784]:

Inteligibilidad	Pretensión de estar expresándose comprensiblemente. La oración está bien formada gramática y sintácticamente
Veracidad Autenticidad	Pretensión de estar dándose a entender. La intención manifiesta del hablante se expresa de la misma forma en la que se exterioriza
Verdad proposicional	Pretensión de estar dando a entender algo existente con la aspiración de representar objetivamente los hechos
Corrección Rectitud normativa	La pretensión de que el contenido del acto lingüístico se ajusta a un determinado contexto normativo reconocido socialmente como válido

Quien realiza un acto de habla está dirigiendo hacia sus interlocutores una oferta de entendimiento sobre algo que se da, en su propia subjetividad y en el mundo objetivo. Existe una correspondencia entre diversas formas de acción, funciones de lenguaje y referencias a los mundos, que queda reflejada en la siguiente tabla[1785]:

Forma de acción	Función del lenguaje	Pretensión validez		Referencia extralingüística
Teleológica	Cognitiva/ representativa	Verdad proposicional		Mundo objetivo
	Normativa	Apelativa/directiva	Corrección/ rectitud normativa	Mundo social/intersubjetivo
Dramatúrgica	Expresiva o emotiva	Veracidad/ sinceridad		Mundo subjetivo
	Comunicativa	Todas las funciones del lenguaje		Entendimiento

En la mediación, la participación efectiva de las partes en busca de consensos conlleva, no solo el derecho a ser oídas, sino también a escuchar lo que el «otro» tiene que decir, y el discurso les brinda la oportunidad de expresar sus propios puntos de vista, para aprender de los «otros», para entablar un debate. Para alcanzar esa efectiva participación, hay que partir del conocimiento de la realidad para desde allí construir o descubrir posibilidades entre las cuales las partes pueden elegir las que les resulten más adecuadas. La falta de información empobrece las opciones, y solo la disposición de dialogar permite a las partes superar el dogmatismo y el egoísmo a que el conflicto les conduce, capacitando a las partes a través del discurso para poder juzgar, tomar decisiones razonables y prudentes[1786].

[1784] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* pp. 51-52.
[1785] *Ibid.*, p. 53.
[1786] ARÉS DE GIORDIANO, Consuelo: «La mediación y el ciudadano: Responsabilidad de las decisiones en situaciones conflictivas», *op. cit.*, p. 254.

4.1.8. La racionalidad comunicativa y la mediación

La mediación, como hemos apuntado, es «justicia procedimental» pura, pues al participar en ella las partes que median y el mediador en un diálogo real, sincero y continuado, experimentan la «situación ideal de habla», que contiene condiciones de libertad e igualdad creadoras de «racionalidad comunicativa». La mediación participa de esta «justicia procedimental», de la «racionalidad comunicativa» que conlleva los elementos sustantivos que definen la justicia, como son la igualdad, el compromiso, la libertad y la equidad. En la «racionalidad comunicativa» que defiende Habermas, la verdad y la justicia se unen como presupuesto indispensable para el diálogo.

La mediación se desarrolla en este diálogo interactivo, que es el que defiende Habermas, y se fundamenta en un tipo de acuerdo basado en unas normas compartidas, más que en unas preferencias personales interesadas, que son las que incorporan al proceso valores como la solidaridad, la lealtad, el respeto mutuo y el entendimiento social compartido. De esta manera, en la mediación, el diálogo que reúne las características de una «situación ideal de habla» no solo es garantía de éxito de la comunicación entre las partes sino también el requisito para legitimar su contenido, el que ellas acuerdan.

Las partes, en el procedimiento de la mediación, en ese diálogo deliberativo, promueven la «búsqueda cooperativa de la verdad»; el acuerdo al que llegan las partes acerca de la verdad se justifica en las condiciones de ausencia de coacción y participación igualitaria de todos en el diálogo. Al participar en el diálogo que busca el consenso, quienes intervienen en ese proceso asumen el compromiso de establecer un acuerdo que trascienda las creencias personales o comunitarias, pues la justicia deviene como tal si es universalizable, y lo es en la medida que en situaciones semejantes, aquel acuerdo quiera cumplirse por todos. El esfuerzo por alcanzar un acuerdo o consenso en una «situación ideal de habla» se centra en conseguir el conocimiento y la legitimidad, lo que no significa equiparar, según Habermas, normas con acuerdo social, sino que resalta el compromiso de los participantes en el diálogo deliberativo con la verdad y la justicia objetiva.

La justicia en la mediación es consecuencia de un diálogo cuyas condiciones incluyen el presupuesto de la existencia de algo que es la justicia universal; un acuerdo es justo si es universalizable, cuando todos quieren cumplirlo. La justicia, por tanto, está relacionada con los aspectos deontológicos del discurso, se obtiene a través del discurso. La justicia no trata de un valor entre otros, sino de un predicado sobre la validez de los enunciados, que en un discurso, como es el procedimiento de la mediación, alcanza el acuerdo por medios argumentativos. El objetivo del procedimiento de la mediación es conseguir la verdad de los argumentos que las partes usan en el conflicto, no como única verdad, sino como aquella construida según conviene a los intereses convergentes.

4.2. El discurso práctico racional

El lenguaje para Habermas es la capacidad distintiva de la persona; toda comunicación está orientada al entendimiento con otras personas, y se propone en última instancia, como fin, el acuerdo social. Al trasladar este planteamiento a la mediación se puede concluir que es a través del discurso y de la comunicación como las personas que se reúnen para seguir un procedimiento formal de mediación pueden entenderse y lograr acuerdos para dirimir sus diferencias.

A partir de las interacciones sociales de quienes participan en un diálogo real y sincero, que contiene las condiciones de libertad e igualdad, se produce lo que Habermas denomina «situación ideal de habla», capaz de crear una racionalidad comunicativa. La mediación participa, como parte de su fundamento filosófico, de esa racionalidad comunicativa, sin la cual no puede existir un procedimiento de mediación, y que se desarrolla en el espacio al que se ha denominado «situación ideal de habla».

Para Habermas esta «situación ideal de habla» sirve de modelo o de pauta, un objetivo a perseguir para que se produzca el entendimiento, un procedimiento formal que opera en las sociedades y comunidades como un constructo teórico diseñado para asegurar la imparcialidad de las interacciones comunicativas. En la mediación, esta situación de habla funciona como un objetivo, una situación hipotética anticipada y a la vez constitutiva del diálogo que se crea a expensas de la voluntad de las partes. Puede ser usada por las partes en el procedimiento de mediación como una idea regulativa que ellas tienen de referencia, pero con el fin de que se verifique en la realidad, o al menos se aproximen a ella lo más posible, con la ayuda del mediador en sus acciones comunicativas.

Robert Alexy relaciona la justicia con las distribuciones y compensaciones, definiéndola como un tipo de corrección, «la corrección en la distribución y en la compensación», lo que conlleva unas implicaciones profundas en la teoría de la justicia. Quien afirma que algo es justo está afirmando que siempre y de algún modo ese algo es correcto, y sobrentiende que aquello es susceptible de ser fundamentado o justificado mediante razones. La tesis según la cual la justicia es corrección conduce directamente a la idea de la justicia como posibilidad de fundamentación o justificación mediante razones, aportando luz sobre la relación interna que existe entre el concepto de justicia y el de fundamentación[1787].

En virtud de lo anterior, las cuestiones de justicia son cuestiones normativas, lo que significa que está en juego la justicia como fundamentación o justificación mediante razones, la posibilidad de fundamentar normas relativas a distribuciones y

[1787] ALEXY, Robert: *La doble naturaleza del derecho*, *op. cit.,* pp. 49-50.

compensaciones. Existen muchas teorías para la fundamentación de las normas; así, por un lado, se encuentran las teorías emotivistas, subjetivistas, y en el otro extremo, las teorías racionalistas, objetivistas, pero para Robert Alexy solo la teoría del discurso ofrece una base para una teoría satisfactoria de la justicia[1788].

La teoría del discurso es una teoría procesal de la corrección normativa, conforme a la cual una norma es correcta únicamente si puede ser el resultado de un determinado procedimiento, el propio de un discurso práctico racional, que es el que cumple las condiciones de la argumentación racional. Apunta Robert Alexy que, para una adecuada comprensión de la naturaleza de la teoría del discurso como teoría de la justicia, es esencial que el discurso sea un procedimiento de argumentación y no un procedimiento de decisión, donde se maximiza, mediante la negociación y la decisión, la utilidad[1789].

Lo que define los discursos prácticos reales es su propósito de buscar una respuesta a una cuestión práctica en unas condiciones limitadas, entre otras de tiempo, participación, ausencia de coerción, información empírica, capacidad para el intercambio de roles, y de perjuicios. La noción de discurso ideal es regulativa, está presente siempre en los discursos prácticos[1790]. El concepto de discurso racional contiene el valor de una forma característica de comunicación, que impela a los participantes a la descentración progresiva de sus perspectivas de conocimientos[1791]. En los discursos prácticos no se busca solo constatar intereses comunes, sino que prioritariamente se pretende hallar una solución correcta a conflictos de intereses[1792].

La mediación, ya se ha apuntado anteriormente, es una institución orientada a garantizar que las partes protagonicen un buen debate negocial, lo que significa concebirla como una institución orientada a suplir los déficits de racionalidad de las partes que les impiden debatir correctamente las posibilidades de alcanzar un acuerdo. El buen mediador no es, en realidad, un mero partidario de los acuerdos; no es alguien que cree que un mal acuerdo es mejor que un no-acuerdo. El papel del mediador consiste en ayudar a las partes a debatir de manera solvente las posibilidades de alcanzar un acuerdo como forma de resolver el problema en el que dos o más personas se hallan involucradas. Un mediador fracasa no cuando las partes no alcanzan un acuerdo sino cuando no consigue que las partes debatan de manera satisfactoria las posibilidades de una solución acordada[1793].

[1788] *Ibid.*, pp. 50-51.
[1789] *Ibid.*, p. 51.
[1790] *Ibid.*, p. 30.
[1791] HABERMAS, Jürgen: *Verdad y justificación, op. cit.,* p. 50.
[1792] ALEXY, Robert: *La doble naturaleza del derecho*, *op. cit.,* p. 35.
[1793] AGUILÓ REGLA, Josep: *El arte de la mediación: argumentación, negociación y mediación*, *op. cit.,* p. 103.

4.2.1. El discurso como procedimiento de entendimiento intersubjetivo

Habermas encuadra la teoría de los actos de habla dentro de una teoría general de comunicación y diferencia dos formas distintas de comunicación: la acción y el discurso. En las acciones, las pretensiones de validez que se plantean en los actos de habla son reconocidas tácitamente, mientras que, en los discursos, las pretensiones de validez que son problemáticas se transforman en tema y se investiga su justificación[1794]. La ética discursiva se sostiene sobre la base de la teoría de la racionalidad descubierta con la pragmática universal[1795].

El punto esencial de la teoría de Habermas revela que el discurso puede cumplir su función social y pragmática de la forma más idónea, porque es un proceso dialogado, un proceso que une a las personas en argumentos significativos. El proceso de justificar una norma siempre involucra a más de una persona, pues se trata de que una persona haga que la norma sea aceptable para otra[1796].

La ética del discurso permite reconstruir un concepto de razón práctica con el que afrontar las consecuencias del desarrollo científico-técnico, al mismo tiempo que asegura la intersubjetividad; adopta una perspectiva procedimental y la forma de actuar en ella es siguiendo principios universales[1797].

Se trata de un modelo teórico creado específicamente para fundamentar la validez de nuestros enunciados y juicios morales, como una extensión argumentativa de la acción comunicativa que proporciona un procedimiento intersubjetivo que aporta la clave de la moralidad racional para la creación de normas morales válidas, y para valorar las ya existentes[1798]. Está cimentado a partir de coordenadas y estrategias conceptuales, de normativas introducidas por la teoría de la acción comunicativa[1799]. En este sentido, las acciones comunicativas son las interacciones donde los participantes aceptan coordinar de modo interno sus planes de acción y alcanzar sus objetivos, con la condición de que haya o se pueda lograr un acuerdo sobre la situación y consecuencias previstas[1800].

La mediación, afirma Rubén Calcaterra, es un proceso en el discurso, y en su desarrollo acontecen tres hitos, constituyendo sus ejes: la deconstrucción del conflicto, la reconstrucción de la relación y la construcción de la solución. Los dos primeros ejes

---

[1794] ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.,* pp. 161-162.

[1795] CARABANTE MUNTADA, José María: *Las grandes categorías conceptuales de la teoría de la sociedad de Jürgen Habermas* [tesis doctoral]. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2010, p. 532.

[1796] FINLAYSON, James Gordon: *Habermas: A very short introduction*. Oxford (Reino Unido): Oxford University Press, 2005, p. 112.

[1797] TOMÉ, José Lorenzo: *Las identidades: las identidades morales y políticas en la obra de Jürgen Habermas*, *op. cit.,* p. 98.

[1798] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* p. 73.

[1799] *Idem*.

[1800] HABERMAS, Jürgen: *Conciencia moral y acción comunicativa*, *op. cit.,* p. 138.

resultan determinantes para el resultado del proceso, entendiendo por tal, no solo la posibilidad de encontrar un acuerdo, sino, fundamentalmente, de modificar la interacción entre las partes. En ese discurso no tiene sentido formular la pregunta sobre quién tiene de las partes la razón, como en los métodos de resolución por adjudicación, porque, desde la experiencia y la percepción de cada uno, todos tienen razón en su forma de ver el mundo. En mediación, las partes no tienen pretensiones de describir la realidad, sino que se afronta el conocimiento como una forma de pensar la realidad. El propósito de la mediación no se centra en decir cómo es el mundo, ni quién tiene razón en él, sino cómo pensar acerca de ello. La mediación es contemplada por este mismo autor como un proceso en el discurso a dos niveles, el del contenido de la historia y el del proceso de contar la historia. Esto significa que el conflicto no está en los hechos, está contenido en las historias que cuentan las partes, que a su vez dependen de cómo cada persona percibe el conflicto. La forma en la que cada uno lo percibe está en las narrativas y también en cómo está construido el conflicto, porque la narrativa abre un espacio que es relacional en la medida en que ninguna narrativa se da aislada, sino que dependen de las otras[1801].

El mediador debe ayudar a las partes, mediante el empleo de diferentes técnicas, a desarrollar su discurso o acercarse al del otro, siempre con la intención de buscar el diálogo. Para ello, ante una afirmación tajante o extrema, que no da lugar a la negociación, ha de elegir la pregunta adecuada que suscite un sí como respuesta y permita desarrollar el asunto o propuesta en cuestión. Para el buen desarrollo de la mediación, el mediador debe ayudar a las partes a desarrollar su discurso, es decir, formular sus propuestas y expresar adecuadamente sus emociones. A este fin es útil la técnica de la escucha activa que, básicamente, consiste en acompañar el discurso de quien está hablando con expresiones verbales y no verbales que invitan al desarrollo de la expresión de emociones y pensamientos. Para estimular el discurso, el mediador acompaña la conversación de la persona que está hablando con asentimientos, interjecciones, preguntas dirigidas a las cuestiones planteadas, pequeños resúmenes que transmiten la sensación de estar siendo escuchado, repetición de palabras o frases, y todas aquellas expresiones que muestren el interés por la conversación mantenida[1802].

Desde la teoría de la mediación, Consuelo Arés de Giordiano se pregunta cómo es posible participar efectivamente en la búsqueda de consensos, a pesar de que las situaciones conflictivas crean siempre procesos precarios, y teniendo en cuenta que no es lo mismo «intervenir» en una mediación que estar «realmente» presente en ella. La mediación existe para resolver disputas en términos de justicia, que se producen cuando

[1801] CALCATERRA, Rubén Alberto: *Mediación estratégica*, *op. cit.,* pp. 38, 40, 68-69, 71-72 y 184.

[1802] PEÑA YÁÑEZ, M.ª Ángeles: *El proceso de mediación, capacidad, y habilidades del mediador.* Madrid: Dykinson, 2013, pp. 78 y 84.

personas en desacuerdo invocan principios de justificación diferentes para sostener argumentativamente sus puntos de vista y, si es posible, buscar los modos de un acuerdo válido. La mediación protege las relaciones interpersonales y convoca a las partes involucradas en el conflicto a encontrarse y conversar para facilitar una posible solución, favoreciendo el diálogo y la escucha profunda de los protagonistas. Con esto, afirma Arés de Giordiano, se lograría lo que el proceso judicial adversarial tradicional ofrece, pero con menores costes emocionales y económicos, y en un tiempo más breve[1803].

Según Robert Alexy, la teoría del discurso es una teoría procedimental, pues una norma es correcta solo si puede ser el resultado de un procedimiento definido a través de las reglas del discurso[1804]. Los discursos surgen como una consecuencia de la acción comunicativa y comienzan cuando esta no puede continuar, pues como apunta Habermas, el procedimiento discursivo permite resolver los posibles conflictos facilitando el entendimiento y el acuerdo[1805].

La búsqueda del consenso se impone como objetivo a través del debate, que es el camino para alcanzarlo. Habermas no busca el consenso como unanimidad, sino como un proceso de ajuste de mentes e intereses discrepantes y a veces contrapuestos. El fin de la acción comunicativa es la consecución del consenso, y cuanto más abstracto sea el acuerdo así podrán ser más los disensos con los que se puede convivir pacíficamente[1806].

El consenso que se consigue en cada caso se mide por el reconocimiento intersubjetivo de las pretensiones de validez. En el campo de procesos de entendimiento lingüísticamente explícitos, los actores plantean pretensiones de validez con sus actos de habla, en la medida que se ponen recíprocamente de acuerdo. Las pretensiones son de verdad, de rectitud, y de veracidad, según se refiera a algo en el mundo objetivo, a algo en el mundo social conjunto, o a algo en el propio mundo. Mientras que en la acción estratégica un actor influye en el otro empíricamente mediante la amenaza de sanciones o la promesa de gratificaciones, a fin de conseguir la deseada prosecución de una interacción, en la acción comunicativa cada actor aparece racionalmente impelido a una acción complementaria, y ello a merced del efecto vinculante de locución de una oferta del acto de habla[1807].

La explicación de cómo un hablante pueda impeler a un oyente a aceptar una oferta no se muestra en función de la validez de lo dicho, sino que se sustenta sobre la

[1803] ARÉS DE GIORDIANO, Consuelo: «La mediación y el ciudadano: Responsabilidad de las decisiones en situaciones conflictivas», *op. cit.*, p. 319.
[1804] ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.,* p. 415.
[1805] CARABANTE MUNTADA, José María: *Las grandes categorías conceptuales de la teoría de la sociedad de Jürgen Habermas*, *op. cit.,* p. 532.
[1806] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* p. 76.
[1807] HABERMAS, Jürgen: *Conciencia moral y acción comunicativa*, *op. cit.,* p. 138.

garantía surgida de la coordinación y que formula el hablante de que, llegado el caso, hará realidad la pretensión de validez que ha presentado. En el supuesto de (i) pretensiones de verdad y de rectitud, el hablante puede dar cumplimiento a su garantía por medios discursivos, esto es, aduciendo razones; en el caso de (ii) pretensiones de sinceridad, mediante un comportamiento congruente. En cuanto el oyente acepta la garantía ofrecida por el hablante, entran en funcionamiento aquellos vínculos relevantes a las consecuencias de la interacción, que están contenidos en el significado de lo que se ha dicho. Por ejemplo, las obligaciones de la acción rigen en primer lugar para el destinatario en el caso de órdenes y recomendaciones; para el hablante, en el caso de promesas y anuncios; y para ambas partes, de modo simétrico, en el caso de acuerdos y contratos, y de modo asimétrico, en el caso de recomendaciones y avisos de contenido normativo[1808].

A diferencia de las acciones regulativas del habla, del significado de los actos de habla, que sirven para constatar algo, solo se derivan obligaciones en la medida en que el hablante y el oyente se ponen de acuerdo en apoyar acciones relativas a interpretaciones de las situaciones que no contradigan los enunciados aceptados como verdaderos en cada caso. Del significado de los actos expresivos de habla se siguen obligaciones de acción, de modo inmediato, en la forma que especifique el hablante, con lo que su comportamiento no se encontrará ni incurrirá en contradicción. Gracias a la base de validez de la comunicación que busca el entendimiento, un hablante puede conseguir mover al oyente a aceptar su acto de habla, obteniendo con ello un efecto de enlace asegurado para la prosecución de la comunicación, siempre en la medida en que ofrezca la garantía para la realización de una pretensión de validez, en principio criticable. En todo caso, la verdad propositiva y la corrección normativa son dos pretensiones de validez realizables por medios discursivos que cumplen la función de coordinación de la acción de una forma distinta[1809].

Las denominadas «vías alternativas de resolución de conflictos», como es entre otras la mediación, pueden encuadrarse, según Consuelo Arés de Girodiano, dentro del «paradigma procedimental» formulado por Habermas, conforme al cual los sujetos jurídicos, destinatarios y también autores de derecho, en su condición de ciudadanos, pueden entenderse entre sí sobre cuáles son sus problemas y cómo deben ser resueltos. En el «paradigma procedimental» al ciudadano se le considera como participante responsable de la toma de decisiones, motivadas por el principio del discurso, que a su vez considera válidas aquellas normas a las que prestan su consentimiento todos aquellos que, viéndose afectados por ellas, participan en un discurso racional. Esta participación procedimental cooperativa que es la mediación permite que las partes puedan resolver sus

[1808] *Ibid.*, pp. 69-70.
[1809] *Ibid.*, p. 70.

problemas por su cuenta, y no pretende cambiar la operativa del Poder Judicial, en términos de eficiencia, sino un cambio cualitativo, en una visión más amplia del sistema de justicia[1810].

En la mediación, por tanto, las partes, con la asistencia del mediador, deben desarrollar un buen debate negocial que les conducirá al entendimiento y a posibles acuerdos que pongan fin a sus disputas. En ocasiones, la mediación finaliza con un no-acuerdo, que es el resultado de un mal debate negocial; es decir, los sujetos no alcanzan un acuerdo porque en realidad no llegan a debatir de verdad las posibilidades del mismo. El no-acuerdo en un procedimiento de mediación, podríamos concluir con Josep Aguiló Regla, es el resultado de un déficit de debate y de exploración. En otras ocasiones, sin embargo, el no-acuerdo entre las partes es el producto, según este mismo autor, no ya de un mal debate negocial, sino de la falta de acuerdo. Es decir, tras un debate relativamente aceptable, aquel que no presenta un déficit de exploración relevante, las partes no se ponen de acuerdo, por lo que el no-acuerdo en este caso es el producto de la falta de acuerdo, no de la falta de debate negocial. El mediador, en cierta medida, es el «responsable» del primer tipo de situaciones de no-acuerdo, pero no lo es del segundo. Si lo expresamos de otra manera, la «responsabilidad» del mediador estriba más en conseguir que las partes debatan correctamente las posibilidades de alcanzar un buen acuerdo que en conseguir que las partes alcancen finalmente un acuerdo. Partiendo del hecho de que la realidad es compleja, se darán situaciones de no-acuerdo ambiguas, es decir, que no serán encajables en ninguna de las dos alternativas, o que lo serán en ambas simultáneamente. No obstante, a pesar de este dato empírico sobre la realidad, la distinción conceptual entre ambas situaciones que pueden acontecer durante el desarrollo de un procedimiento de mediación es extraordinariamente significativa para alcanzar una adecuada comprensión de cuál es el cometido del profesional mediador[1811].

4.2.2. Rasgos distintivos de la ética discursiva

La ética del discurso pretende establecer un criterio de validez frente a la vigencia fáctica, ofreciendo la posibilidad de argumentación ética, y en contraposición a la reducción de la racionalidad al ámbito científico, que descubrirá el carácter dialógico de la conciencia frente al solipsismo de la filosofía de la conciencia, y el *telos* del lenguaje frente al liberalismo contractualista que presenta la justicia como pacto. Es significativo cómo sale al paso del racionalismo crítico, que niega toda posibilidad de fundamentación, para

[1810] ARÉS DE GIORDIANO, Consuelo: «La mediación y el ciudadano: Responsabilidad de las decisiones en situaciones conflictivas», *op. cit.,* pp. 249-250.
[1811] AGUILÓ REGLA, Josep: *El arte de la mediación: argumentación, negociación y mediación*, *op. cit.,* p. 103.

presentar la pragmática formal como método propio de la filosofía y la reflexión trascendental[1812].

El principio básico de la ética discursiva toma pie de un procedimiento, la comprobación discursiva de las pretensiones normativas de validez. A este respecto, se la puede calificar como una ética discursiva formal, que no ofrece orientación de contenido alguno sino un procedimiento, el del discurso práctico. Este procedimiento no tiene por objeto la elaboración de normas justificadas, sino la comprobación de la validez de normas propuestas y establecidas con carácter hipotético. Los discursos prácticos han de admitir que su contenido les sea dado[1813].

La fundamentación de la ética del discurso consiste en dos pasos: en primer lugar, se introduce un postulado de universalidad como regla de argumentación para el discurso práctico, y luego se fundamenta esta regla en el contenido de los presupuestos pragmáticos de la argumentación en general, en conexión con la explicación del sentido de las pretensiones normativas de validez. Conforme a la propuesta de John Rawls del equilibrio reflexivo, el postulado de la universalidad se puede entender como una reconstrucción de aquellas intuiciones de la vida cotidiana que se encuentran en la base del juicio imparcial de los conflictos de la acción moral. Y el segundo paso es su carácter general, al situarse por encima de una perspectiva de una cultura determinada, y apoyarse en la prueba pragmático-trascendental de presupuestos generales y necesarios de argumentación[1814].

La ética del discurso no proporciona orientación de contenido, sino solamente un procedimiento lleno de presupuestos que debe garantizar la imparcialidad en la formación del juicio. El discurso práctico es un procedimiento, no para la producción de normas justificativas, sino para la comprobación de la validez de las normas postuladas de modo hipotético. A partir de este procedimentalismo, se diferencia la ética discursiva de otras éticas cognitivas, universalistas y formalistas, incluso de la teoría de la justicia de John Rawls[1815].

La ética del discurso se ajusta a este concepto constructivista del aprendizaje, en la medida en que entiende la formación de la voluntad discursiva como la forma reflexiva de la acción comunicativa, y exige un cambio de actitud para la transición de la acción al discurso. La argumentación cuestiona las pretensiones de validez que plantean de modo inconsciente quienes actúan en la praxis comunicativa cotidiana. En este sentido, los partícipes en la argumentación adoptan una posición hipotética respecto de las

[1812] TOMÉ, José Lorenzo: *Las identidades: las identidades morales y políticas en la obra de Jürgen Habermas*, *op. cit.,* p. 99.
[1813] HABERMAS, Jürgen: *Conciencia moral y acción comunicativa*, *op. cit.,* p. 113.
[1814] *Ibid.*, p. 121.
[1815] *Ibid.*, p. 127.

pretensiones controvertidas de validez. Efectivamente, los participantes en la argumentación adoptan una posición hipotética en relación a las pretensiones controvertidas de validez, dejando sin resolver, en el discurso práctico, la validez de una norma controvertida, porque es en la actuación entre proponente y oponente donde se tiene que demostrar si merece ser reconocida como válida o no. El cambio de la transición de la acción comunicativa al discurso es lo mismo en el caso de las cuestiones sobre lo justo que en las cuestiones sobre lo verdadero[1816].

La ética discursiva se sirve de argumentos trascendentales que demuestran que ciertas condiciones no son prescindibles, pues con su ayuda puede demostrarse a un oponente que en su actividad recurre a algo ya superado, y por ello incurre en una contradicción performativa. Se trata de buscar los fundamentos, los presupuestos pragmáticos, sin los cuales no puede funcionar el proceso de argumentación. El discurso argumentativo se entiende como una derivación especial y exclusiva de la acción que busca el entendimiento[1817].

La teoría de la argumentación se ha de elaborar bajo la forma de una lógica informal, pues no es posible imponer un acuerdo de modo deductivo ni mediante pruebas empíricas. Una norma, de conformidad con la ética discursiva, solo puede aspirar a tener validez cuando todas las personas a las que afecta consiguen ponerse de acuerdo o pueden llegar a hacerlo, en cuanto participantes de un discurso práctico donde esa misma norma es válida[1818].

El postulado de un discurso práctico es el postulado de la universalidad. El acuerdo alcanzado expresa una voluntad conjunta. No basta que cada individuo haga una reflexión, cada uno para sí mismo, para luego depositar su voto; antes bien, lo necesario es la existencia de una argumentación «real» donde participen de modo cooperativo todos los afectados. Únicamente un proceso de entendimiento intersubjetivo puede conducir a un acuerdo que sea de carácter reflexivo, solo entonces pueden saber los participantes que se han convencido conjuntamente de algo. Desde esta perspectiva, hay que volver a formular, comenta Habermas, el imperativo categórico, en el sentido de presentar su teoría con el objeto de admitir la comprobación discursiva de su aspiración de universalidad, en lugar de proponer a todos los demás una máxima como válida que opere como una ley general[1819].

De hecho, la formulación ofrecida del postulado de la universalidad trata de conseguir que la correspondiente argumentación se lleve a cabo de modo cooperativo.

[1816] *Ibid.*, p. 130.
[1817] *Ibid.*, pp. 134-135.
[1818] *Ibid.*, p. 77.
[1819] *Ibid.*, p. 78.

Solo una participación real de cada afectado puede evitar la interpretación errónea de los intereses propios por parte de los demás. Por otro lado, el modo en el que cada cual describe sus intereses tiene que estar abierto también a crítica de los demás[1820].

La forma de la argumentación se deriva de la necesidad de participación y de la igualdad de poder. La argumentación, como acontecimiento intersubjetivo, solamente es necesaria para la determinación de una forma de acción colectiva, que requiere que se coordinen las intenciones individuales. Pero únicamente cuando la decisión se deriva de la argumentación, es decir, cuando se produce según las reglas pragmáticas de un discurso, puede darse por justificada la norma decidida. Debe asegurarse que todo afectado tenga la oportunidad de dar su aprobación de modo voluntario. La forma de argumentación debe impedir que algunos puedan sugerir, o incluso prescribir, a los otros lo que es bueno para ellos. La argumentación no tiene que posibilitar la imparcialidad del juicio, sino el hecho de que no pueda influir en la formación de la voluntad, en el sentido de que sea autónoma. En esta medida, las mismas normas del discurso poseen un contenido normativo, neutralizan los desequilibrios del poder y procuran que los intereses de cada cual se realicen en igualdad de oportunidades. En un discurso práctico los afectados intentan poner en claro un interés común, mientras que, al negociar un acuerdo, pretenden compensar intereses particulares y contrapuestos[1821].

4.2.3. El postulado de la universalidad

El postulado de la universalidad supone, afirma Habermas, el primer paso para la fundamentación de una ética discursiva[1822]. Este principio de universalidad, que actúa como una regla de argumentación, se encuentra implícito en los presupuestos de cualquier argumentación. Desde el canon aristotélico, distinguimos tres esferas de presupuestos de argumentación. Esta exigencia queda satisfecha cuando puede verificarse que toda persona que participa en los presupuestos comunicativos del discurso argumentativo, y que conoce el significado que tiene la justificación de una norma de acción, debe dar por válido implícitamente el postulado de la universalidad[1823].

Se pueden diferenciar tres esferas de presupuestos de argumentación: lógica de productos, dialéctica, y círculo retórico. En principio, la argumentación debe servir para producir argumentos atinados y convenientes, desde el punto de vista de las propiedades intrínsecas, con los que se pueda comprobar o rechazar las aspiraciones de validez. Robert Alexy ha elaborado un catálogo de presupuestos de la argumentación. En esta esfera se

[1820] *Idem.*
[1821] *Ibid.*, p. 82.
[1822] *Ibid.*, pp. 86 y 97.
[1823] *Ibid.*, p. 97.

presuponen reglas lógicas y semánticas que carecen de contenido ético. No proporcionan un punto de apoyo adecuado para edificar el argumento pragmático trascendental que se busca. Ejemplos de reglas de la esfera lógica semántica pueden ser los siguientes:

(1)	Ningún hablante debe contradecirse
(2)	Todo hablante que aplica el predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar el predicado F a todo objeto que parezca a en todos los objetos importantes
(3)	Diversos hablantes no pueden emplear la misma expresión con significados distintos

En la perspectiva procedimental, las argumentaciones se manifiestan como procesos de entendimiento regulados de forma tal, que los proponentes y oponentes pueden comprobar las aspiraciones de validez que han resultado problemáticas. En esta esfera se encuentran los presupuestos pragmáticos de una forma especial, todo aquello que es necesario para una búsqueda cooperativa de la verdad, como, por ejemplo, el reconocimiento de la responsabilidad y honestidad de todos los participantes. Del catálogo de Robert Alexy se pueden destacar las siguientes reglas en las que se basa el acto de habla de aserción, a la que denomina regla general de fundamentación[1824]:

(1)	Cada hablante solo puede afirmar aquello en lo que verdaderamente cree
(2)	Quien introduce un enunciado o norma que no es objeto de discusión debe dar una razón de ello

Algunas de estas reglas tienen un contenido ético, y estos presupuestos del discurso comparten con la acción orientada hacia el entendimiento, y como un ejemplo, las relaciones de reconocimiento recíproco. En el discurso argumentativo se muestran estructuras de una situación de habla que se encuentra inmunizada de forma especial contra la represión y la desigualdad. Por eso, Habermas ha querido describir los presupuestos de la argumentación como determinaciones de una situación ideal de habla[1825].

A un hablante que pretende participar en una discusión le resultará necesario reconstruir las condiciones generales de simetría que, como todo hablante competente, ha de presuponer como suficientemente dadas. A partir de unos rasgos que se pueden describir formalmente, puede probarse el presupuesto de algo parecido a una «comunidad comunicativa ilimitada», donde la estructura de comunicación excluye cualquier coacción que no sea la del argumento mejor, influye sobre el proceso de comprensión procedente

[1824] ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.,* p. 135.
[1825] HABERMAS, Jürgen: *Conciencia moral y acción comunicativa*, *op. cit.,* p. 99.

de fuera o nacida en su propio interior, y neutraliza todos los motivos, a excepción hecha de la búsqueda cooperativa de la verdad[1826].

Robert Alexy, tomando como guía el análisis de Habermas, recomienda unas reglas de discusión que están referidas a la admisión en el discurso, y tiene el siguiente contenido[1827]:

(1)	Todo sujeto capaz de hablar y de actuar puede participar en la discusión
(2)	a) Todos pueden cuestionar cualquier afirmación b) Todos pueden introducir cualquier afirmación en el discurso c) Todos pueden manifestar sus posiciones, deseos y necesidades
(3)	A ningún hablante puede impedírsele el uso de sus derechos reconocidos en (1) y (2) por medios coactivos originados en el interior o exterior del discurso

La regla (1) determina el círculo de los participantes potenciales en el sentido de una inclusión sin excepción alguna de todos los sujetos que disponen de la capacidad de participar en discusiones. La regla (2) garantiza a todos los participantes igualdad de oportunidades para aportar contribuciones a la discusión y poner de manifiesto argumentos propios, siendo especialmente importante la letra c) que formula la exigencia de apertura. La regla (3) contiene el objetivo de proteger el discurso frente a la coacción. Se establecen las condiciones de comunicación bajo las cuales queda garantizado el acceso universal y el derecho a una participación igual en el discurso sin que se dé una represión sutil y oculta[1828]. Se puede incluso considerar, comenta Alexy, que (3) no es una regla del discurso, sino una condición para el cumplimiento de (1) y (2). Las reglas (1) y (3) se denominan reglas de razón porque definen las condiciones más importantes para la racionabilidad de los discursos[1829].

En lo relativo a las reglas del discurso, no se trata simplemente de convenciones sino de presupuestos inexcusables. Las argumentaciones deben admitirse como formas de reflexión de una acción orientada al entendimiento, en la medida en que las consideremos como interacciones especialmente reguladas. Estas argumentaciones toman prestados los presupuestos pragmáticos que descubrimos en el orden procedimental, extrayéndolos de los presupuestos de la acción orientada a la comprensión[1830].

[1826] *Idem*.
[1827] ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 136.
[1828] HABERMAS, Jürgen: *Conciencia moral y acción comunicativa*, *op. cit.*, pp. 99-100.
[1829] ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 136.
[1830] HABERMAS, Jürgen: *Conciencia moral y acción comunicativa*, *op. cit.*, p. 110.

4.2.4. Discurso práctico frente a las negociaciones: el interés común

El postulado ético discursivo sirve para discriminar los discursos prácticos de las negociaciones, que no hacen valer argumentos válidos sino tan solo propuestas ventajosas, cuando no amenazas de perjuicios[1831]. Para Carl Schmitt, el concepto de discurso se contrapone al de negociación, cuyo objetivo no es encontrar lo racionalmente verdadero sino el cálculo de intereses y las oportunidades de obtener una ganancia, haciendo valer los propios intereses según las posibilidades, que van acompañadas, también, de discursos y discusiones, pero no se trata de una discusión en el sentido correcto. El argumento, que es característico de una discusión auténtica, desaparece en las negociaciones, y en su lugar se coloca, como objetivo consciente, el cálculo de intereses y las oportunidades de poder[1832].

Habermas afirma que en el discurso práctico los afectados intentan poner en claro un interés común, mientras que al negociar un acuerdo pretenden compensar intereses particulares contrapuestos[1833]. La voluntad general, compartida por todos los afectados, remite a un interés general, que es determinable discursivamente, inteligible cognitivamente y visible desde la perspectiva de los participantes[1834]. El interés común se funda en un arreglo justo o equitativo de un conflicto de intereses, que no puede consistir en una simple transacción, trueque o negociación de los mismos. Esta solución justa se basa en la formación de un juicio común sobre la índole de los intereses contrapuestos, es decir, en un ajuste de los intereses que necesita pasar necesariamente por la ponderación de los diferentes intereses particulares[1835].

La imposibilidad de una fundamentación monológica y previa a la experiencia de la comunicación conlleva a una forma procedimental de deliberación y decisión que sirve para dirimir cuestiones fácticas de modo racional entre individuos con intereses y circunstancias contrapuestos. Este procedimiento no puede apoyarse sobre contenidos sustantivos, sino que requiere la puesta en práctica de métodos de resolución de conflictos y formas procedimentales de deliberación y decisión. Por tanto, exige la articulación de principios y reglas como son los principios de universalización, publicidad o imparcialidad[1836].

[1831] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, *op. cit.,* pp. 56-57.
[1832] SCHMITT, Carl: *Sobre el parlamentarismo* (trads. Thies Nelsson y Rosa Grueso), 2.ª ed. Madrid: Tecnos, 2002, p. 8.
[1833] HABERMAS, Jürgen: *Conciencia moral y acción comunicativa*, *op. cit.,* p. 83.
[1834] *Ibid.*, pp. 84-85.
[1835] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, *op. cit.,* p. 57.
[1836] *Ibid.*, pp. 57-58.

4.2.5. El principio discursivo y el consenso

El principio básico de la ética del discurso es el principio discursivo de universalización, en función del cual solo son válidas aquellas normas a las que los participantes en discursos racionales, en su condición de posibles afectados, pueden prestar su asentimiento. Así, la validez derivada del principio discursivo contiene un sentido exclusivamente procedimental, pues se origina como resultado de un procedimiento de argumentación desarrollado bajo unas condiciones ideales. La idea de imparcialidad está enraizada en las estructuras de la argumentación[1837].

El principio discursivo funciona como un test que expresa la moralidad de las normas, y en ese sentido como un criterio de aceptabilidad de las mismas[1838]. La discusión, o discurso en la terminología de habermasiana, significa según Carl Schmitt un intercambio de opiniones, y está determinada por el objetivo de convencer al adversario con argumentos de lo verdadero y lo correcto, o bien dejarse convencer por lo verdadero y lo correcto[1839].

En las interacciones comunicativas, donde los participantes coordinan de común acuerdo sus planes de acción, el consenso logrado en cada caso se mide por el reconocimiento intersubjetivo de las pretensiones de validez. Así, en aquellos procesos de entendimiento lingüístico explícito, los actores plantean pretensiones de validez con sus acciones de habla, en la medida que se ponen recíprocamente de acuerdo y se refieren en cada caso a algo del mundo objetivo[1840].

Afirma Habermas que «el consenso descansa siempre sobre la convicción conjunta»[1841]. El grado de cooperación y estabilidad surge de la situación en la que se encuentran los intereses de las personas afectadas en el proceso de entendimiento lingüístico. Las interacciones sociales son más o menos cooperativas o estables, más o menos conflictivas o inestables. La teoría de la acción explica cómo al menos dos participantes pueden coordinar sus planes de acción de forma que el «otro» puede coordinar sus acciones en las del «yo», sin conflictos y en todo caso evitando una ruptura de la interacción[1842].

El concepto de consenso como idea regulativa es una nota característica del pensamiento habermasiano, como sentido último de todo el proceso argumentativo de los

[1837] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* p. 76.
[1838] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, *op. cit.,* p. 56.
[1839] SCHMITT, Carl: *Sobre el parlamentarismo, op. cit.,* p. 8.
[1840] HABERMAS, Jürgen: *Conciencia moral y acción comunicativa*, *op. cit.,* p. 69.
[1841] *Ibid.*, p. 139.
[1842] *Ibid.*, p. 138.

discursos, y en atención a este carácter regulativo, la aceptación de los acuerdos depende de la afirmación o rechazo logrado sin la coacción de cada participante[1843].

La diferencia entre un consenso verdadero y uno falso debe decidirse mediante un discurso, cuyo resultado depende a su vez de la obtención de un consenso que pueda considerarse suficientemente firme. El diálogo o conversación no sería posible si no dispusiéramos de un criterio de diferenciación entre un entendimiento verdadero y uno falso. Tal criterio, que nos permitirá lograr un consenso alcanzado argumentativamente, solo lo podemos obtener mediante la anticipación de una situación comunicativa ideal, que realizamos en todo diálogo. La situación ideal la describe el mismo Habermas como aquella carente de coacciones y en la que todos los participantes tienen iguales oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla[1844].

En la medida que los actores se orientan exclusivamente hacia el éxito, esto es, hacia las consecuencias de su acción, tratan de alcanzar sus objetivos ejerciendo influencia sobre el «otro» desde fuera, mediante la definición de la situación, decisiones o motivos del interlocutor, utilizando para ello armas o mercancías, amenazas o halagos. La coordinación de las acciones de los sujetos, que se comportan recíprocamente desde un punto de vista estratégico, depende de la influencia ejercida en cada uno de ellos por los cálculos egocéntricos de utilidad[1845].

Sin embargo, en la acción comunicativa cada participante es apelado hacia una acción complementaria, en virtud al efecto vinculante de locución de una oferta del acto de habla. Así, la explicación de por qué un hablante pueda impeler a un oyente a aceptar una oferta no reside en función de la validez de lo dicho, sino de la garantía surgida de la coordinación que formula el hablante de que, si fuera el caso, hará realidad la pretensión de validez que ha presentado. En el caso de pretensiones de verdad y de rectitud, el hablante puede dar cumplimiento a su garantía por medios discursivos, o lo que es lo mismo, aduciendo razones; en el caso de pretensiones de sinceridad, mediante un comportamiento congruente. En cuanto el oyente acepta la garantía ofrecida por el hablante, entran en funcionamiento aquellos vínculos relevantes a las consecuencias de la interacción que están contenidos en el significado de lo que se ha dicho. Por ejemplo, las obligaciones de la acción rigen en primer lugar para el destinatario, en el caso de órdenes y recomendaciones; para el hablante, en el caso de promesas y anuncios; para ambas

[1843] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* p. 77.
[1844] TOMÉ, José Lorenzo: *Las identidades: las identidades morales y políticas en la obra de Jürgen Habermas*, *op. cit.,* pp. 30-31.
[1845] HABERMAS, Jürgen: *Conciencia moral y acción comunicativa*, *op. cit.,* p. 139.

partes, de modo simétrico, en el caso de acuerdos y contratos, y de modo asimétrico, en el caso de recomendaciones y avisos de contenido normativo[1846].

Solo se derivan obligaciones cuando hablante y oyente se ponen de acuerdo en apoyar sus acciones en interpretaciones de las situaciones que no contradigan los enunciados aceptados como verdaderos en cada caso. Como consecuencia de la base de validez de la comunicación que busca el entendimiento, un hablante puede conseguir mover al oyente a aceptar su acto de habla. Con esto consigue lograr el efecto de enlace asegurado para la prosecución de la comunicación, siempre que ofrezca la garantía relativa a la realización de una pretensión de validez que es objeto, en principio, de crítica[1847].

4.2.6. Aspectos conceptuales de la acción orientada al consenso

La acción comunicativa se describe como la situación en la que los actores aceptan coordinar de modo interno sus planes y alcanzar objetivos, únicamente a condición de que se haya alcanzado, mediante consenso, un acuerdo sobre la situación y las consecuencias que cabe esperar. En ambos supuestos se presupone una estructura teleológica, en la medida que se atribuyen a los actores capacidades para realizar acciones orientadas a un objetivo y para llevar a cabo sus planes de acción; mientras que en la acción estratégica la estructura de acción se orienta al éxito, quedando así completamente descrita. El modelo de acción orientado al entendimiento precisa especificar las condiciones para conseguir un acuerdo comunicativo, según el cual el «otro» pueda ajustar sus acciones a las del «yo»[1848]. Las convicciones, afirma Habermas, descansan, en último término, sobre un consenso que se establece de modo discursivo[1849].

Los aspectos conceptuales de la acción orientada al consenso se recogen en la siguiente tabla:

(1)	El entendimiento como mecanismo de coordinación de la acción
(2)	Situación de acción y situación de habla
(3)	El trasfondo del mundo de la vida
(4)	Referencias al mundo y a las pretensiones de validez
(5)	Perspectivas del mundo

Los procesos de entendimiento buscan un acuerdo, que depende de la aprobación, racionalmente motivada, del contenido de una aseveración. No es posible imponer un acuerdo a la otra parte, ni se le puede imponer al interlocutor mediante una manipulación.

[1846] *Ibid.*, pp. 69-70.
[1847] *Idem.*
[1848] *Ibid.*, p. 139.
[1849] *Idem*.

Lo que se produce a la vista, mediante una influencia externa, no puede contar como acuerdo. El establecimiento de convicciones puede establecerse como una oferta de habla, según un modelo de adopción de actitudes. El acto de habla del «uno» alcanza su objetivo solo cuando el «otro» acepta la oferta en él contenida, en la medida en que este adopta una actitud afirmativa, aunque sea implícita, frente a una pretensión de validez, que es fundamentalmente discutible[1850].

La situación de acción es una situación de habla en la cual los actores adoptan indistintamente las funciones comunicativas de hablantes, oyentes o presentes. Estas funciones corresponden a las perspectivas de los participantes de la primera y la segunda persona, así como a la perspectiva de observador de la tercera persona, desde la que cabe observar y objetivar al propio tiempo la relación «yo-tú» como una relación intersubjetiva. Este sistema de perspectivas de hablantes está limitado por las perspectivas del mundo[1851].

El mundo de la vida lo constituye el contexto preconocido intuitivamente de la situación de acción en los procesos de entendimiento, y al mismo tiempo facilita recursos para los procesos de interpretación, en los que los participantes de la comunicación tratan de satisfacer la necesidad de entendimiento que haya surgido de la situación concreta de la acción. El mundo de la vida ofrece una provisión de evidencias culturales de la que los participantes en la comunicación extraen modelos consensuados de interpretación en sus esfuerzos comunicativos. Estos supuestos de fondo, inherentes a la cultura, son solo un elemento componente del mundo de la vida. Los actores comunicativos tienen que ponerse de acuerdo sobre algo en el mundo, si su objetivo es ejecutar planes de acción sobre la base de una situación de acción definida conjuntamente. Los participantes en la comunicación fundamentan sus esfuerzos en pro del entendimiento en tres mundos: en la práctica cotidiana, puede apoyarse al mismo tiempo en un saber propositivo intersubjetivamente compartido, en un acuerdo normativo, y en la confianza recíproca[1852].

En cuanto a las referencias al mundo y a las pretensiones de validez; en una actitud orientada al entendimiento, con cada enunciado inteligible el hablante formula una pretensión:

(1)	Que el enunciado hecho es verdad, es decir, que coincide con los presupuestos existenciales de un contenido propositivo mencionado
(2)	Que la acción de habla es justa con relación a un contexto normativo existente, donde el propio contexto normativo en el que se da es legítimo
(3)	Que la intención manifestada por el hablante se ajusta a lo que se expresa

[1850] *Idem*.
[1851] *Idem*.
[1852] *Ibid.*, p. 140.

En consecuencia, quien rechaza una oferta inteligible de acto de habla niega la validez de un enunciado, al menos en alguno de los tres aspectos citados: verdad, justicia o sinceridad. Con su negativa, está manifestando que el enunciado no cumple al menos con una de las tres funciones, la representación de hechos objetivos, la garantía de las relaciones interpersonales, o la manifestación de vivencias, porque no está en consonancia con el mundo de los hechos objetivos existentes, con nuestro mundo de relaciones interpersonales legítimamente regulado, o con el correspondiente mundo de vivencias subjetivas. En la comunicación cotidiana normal no se diferencian estos tres aspectos, pero en el caso de disenso o de no avanzar en algún problema, los hablantes pueden diferenciar entre: referencias al mundo singulares, convertir en objeto de estudio las aspiraciones de validez aisladas y coincidir en algo, sea ello objetivo, subjetivo, o normativo[1853].

En cuanto a las perspectivas del mundo; el hablante puede elegir entre un modo cognitivo interactivo y expresivo de habla, así como de las clases correspondientes de comprobativos, regulativos y representativos, con idea de que pueda centrarse sobre la verdad o justicia, o del gusto o de las expresiones personales. El actor tiene una elección entre tres posiciones fundamentales y sus correspondientes perspectivas del mundo. La comprensión descentrada del mundo frente a la naturaleza exterior le permite no solo una posición objetiva sino también una normativa y otra expresiva; frente a la sociedad, no solo una normativa sino una objetiva o expresiva; y frente a la naturaleza interior, no solamente una expresiva sino una objetiva o normativa[1854].

La resolución del conflicto no es ajena a las partes que participan en un procedimiento de mediación, sino que precisamente proviene de ellas, de su capacidad de análisis y de decisión desplegadas a través de una deliberación. Para ello, es importante distinguir entre «compromiso» y «arreglo». El compromiso se formaliza entre dos mundos de acción diferentes y está fundamentado en la defensa del bien común superior reconocido por ambas partes en la controversia, y al que se llegará a través de la deliberación, y el «arreglo» es el acuerdo negociado. En la mediación se priorizan los procesos decisionales deliberativos por encima de la simple negociación[1855].

4.2.7. Perspectivas del hablante: primera, segunda y tercera personas

Una comprensión descentrada del mundo implica poder diferenciar las referencias al mundo, la pretensión de validez y las actitudes fundamentales. El proceso de

[1853] *Ibid.*, pp. 141-142.
[1854] *Ibid.*, p. 142.
[1855] ARÉS DE GIORDIANO, Consuelo: «La mediación y el ciudadano: Responsabilidad de las decisiones en situaciones conflictivas», *op. cit.*, p. 252.

entendimiento remite a una diferencia entre mundo de vida y mundo. En el mundo de vida se distinguen las esferas sobre las que cabe esperar un entendimiento fiable[1856].

Es importante distinguir entre las perspectivas del mundo y las perspectivas de los hablantes. Por un lado, los participantes en la comunicación tienen que tener la competencia necesaria para adoptar una actitud objetiva, cuando sea necesario frente a situaciones existentes de hecho, una normativa frente a relaciones interpersonales legítimamente reguladas, y una expresiva frente a las propias vivencias. Por otro lado, a fin de ponerse mutuamente de acuerdo sobre algo en el mundo objetivo, social o subjetivo, tienen que poder adoptar las actitudes que vayan unidas a las funciones comunicativas, de la primera, la segunda y la tercera persona[1857].

La comprensión descentrada del mundo está caracterizada por una estructura compleja de perspectivas que integra ambas cosas: las perspectivas vinculadas con las posiciones en el mundo y fundamentadas en el sistema formal de referencia de los tres mundos, así como las perspectivas vinculadas a las funciones comunicativas y enclavadas en la propia situación de habla[1858].

La perspectiva del observador se incluye en el sistema de perspectivas del mundo, mientras que las perspectivas del «yo-tú» se completan con el sistema de las perspectivas del hablante. La introducción de la perspectiva del observador, en la esfera de la interacción y la vinculación de la perspectiva del observador con las perspectivas del yo-tú, hace posible que se configure en un nivel nuevo la coordinación de la acción. De las dos transformaciones surge el sistema completo de las perspectivas del hablante: las funciones comunicativas de la primera, la segunda y la tercera personas se conjugan, una vez producida la transición a una etapa convencional de interacción[1859].

Las funciones comunicativas de la primera y la segunda persona resultan eficaces para la coordinación de la acción. Esta estructura de la perspectiva que se encuentra implícita en la actitud realizadora del hablante es eficaz, no solo para lograr el entendimiento, sino para la interacción. De esta manera, el hablante y el oyente realizan las perspectivas del «yo-tú» en una acción de coordinación eficaz. En la esfera de la interacción puede introducirse la perspectiva del observador. Esta tercera persona mantiene una actitud neutral, la de la persona que estando presente en la interacción no participa en ella, pues la experimenta como un mero espectador. En estas condiciones puede materializarse la reciprocidad de orientaciones de acción[1860].

[1856] *Idem*.
[1857] *Ibid.*, p. 144.
[1858] *Ibid.*, p. 143.
[1859] *Ibid.*, p. 144.
[1860] *Ibid.*, p. 151.

La nueva estructura consiste en que se puede comprender la unión de las orientaciones de la primera y la segunda persona desde la perspectiva de la tercera persona. De esta manera, los participantes pueden adoptar cada uno sus perspectivas de acción, y pueden además intercambiar las perspectivas de los participantes con la del observador y transformar las unas en otras[1861].

La etapa preconvencional de interacción puede caracterizarse por la reciprocidad de perspectivas de acción de los participantes. Se puede decir que esta etapa es el resultado de la aplicación de las perspectivas del hablante en los tipos de acción, especialmente las perspectivas de «yo-tú»[1862].

La transición a la etapa convencional de la interacción se complementa a través de la unión de la perspectiva del observador con las perspectivas «yo-tú», en un sistema de perspectivas de acción que se transforman mutuamente. Al mismo tiempo, también se complementa el sistema de perspectivas del hablante, de este modo la organización conversacional alcanza un nivel nuevo[1863].

4.3. El giro lingüístico-pragmático

La teoría consensual de Habermas está construida sobre la base de la teoría de los actos de habla. Para Habermas, la verdad es una pretensión de validez que los hablantes unen a los actos de habla constatativos. En consecuencia, la justificación de una aserción no debe depender de la verdad de la aserción sino que la verdad de la aserción debe depender de la justificación de la aserción. El concepto de verdad se traslada del nivel de la semántica al nivel de la pragmática[1864].

En la filosofía, en el derecho y en muchas otras disciplinas, después del «giro lingüístico» ha venido el «giro pragmático», es decir, de las tres dimensiones clásicas del lenguaje, la sintáctica, la semántica y la pragmática, el foco se centra hoy en día en esta última, en las relaciones entre el lenguaje y sus usuarios, en el uso del lenguaje[1865]. El «giro lingüístico» se materializó en dos formas distintas: una hermenéutica y otra analítica[1866]. Uno de los precursores del «giro pragmático» en la teoría del razonamiento, en la lógica, fue Stephen Toulmin, con su libro *The Uses of Argument* publicado en 1958, de donde arranca todo el movimiento que hoy se conoce como «lógica informal»[1867].

[1861] *Idem*.
[1862] *Ibid.*, p. 164.
[1863] *Ibid.*, p. 157.
[1864] ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 113.
[1865] ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel: *Curso de argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 363.
[1866] HABERMAS, Jürgen: *Verdad y justificación, op. cit.,* pp. 12, 107 y 109.
[1867] ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel: *Curso de argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 375.

El punto de partida de la pragmática de Habermas se encuentra en el análisis no empírico de los actos de habla, en su doble estructura performativa-proposicional, entendida como una ciencia encargada de reconstruir las bases universales de validez del habla. Habermas coincide en este sentido con Apel al ampliar, siempre que puedan considerarse como argumentos virtuales, el campo de las pretensiones de validez del habla (verdad, corrección normativa y autenticidad) a cualquier expresión y acción dotada de sentido[1868]. Para Habermas, el uso comunicativo de expresiones lingüísticas sirve para establecer relaciones interpersonales con una segunda persona, no solo para expresar sus intenciones. De esta manera, se dan los tres aspectos de entender-se-con-alguien-sobre algo. Con su acto de habla, el hablante persigue el objetivo de entenderse con un oyente sobre algo. El éxito ilocutivo de un acto de habla se mide por el reconocimiento intersubjetivo que encuentra la pretensión de validez en quien la sostiene[1869].

La pragmática formal surgió, según Habermas, de las necesidades de una teoría sociológica de la acción para explicar las fuerzas vinculantes de los actos de habla a través de las cuales el hablante sostiene pretensiones de validez criticables y a su vez induce a su oyente a adoptar una posición racionalmente motivada[1870]. En la filosofía del lenguaje, la pragmática formal ha contribuido a la formulación de una teoría de la acción comunicativa y de una teoría de la racionalidad; ha sido el fundamento de una teoría social crítica que ha introducido un camino para una concepción de la moral, del derecho y de la democracia en términos de teoría del discurso. A diferencia de las teorías del significado surgidas de la semántica, tiene la ventaja de considerar todas las funciones del lenguaje y de enfocar correctamente el papel crítico que juega la segunda persona, el oyente destinatario, en su toma de posición respecto de las pretensiones de validez sostenidas por el hablante[1871].

La concepción humboldtiana del lenguaje ejerce una influencia significativa entre otros en Habermas, y también, inspira una orientación de la lingüística que arranca con Ferdinand de Saussure. Esta concepción humboldtiana comparte con la cartesiana una idea representacional de la mente, en la medida en que ambas aceptan que no hay pensamiento sin lenguajes. El lenguaje no es ya código, sino vehículo en el que se constituye el pensamiento compartido[1872].

Humboldt, filósofo del lenguaje, distingue tres funciones del lenguaje: la función cognitiva de producir pensamientos y representar hechos; la función expresiva de

[1868] CORTINA, Adela y Jesús CONILL: «Pragmática trascendental», en Marcelo DASCAL (coord.): *Filosofía del lenguaje II: Pragmática*. Madrid: Trotta, 1999, pp. 157-159.
[1869] HABERMAS, Jürgen: *Verdad y justificación, op. cit.,* pp. 12, 107 y 109.
[1870] *Ibid.*, p. 15.
[1871] *Ibid.*, pp. 9-10.
[1872] ACERO, Juan José: «Introducción: Concepciones del lenguaje», en Marcelo DASCAL (coord.): *Filosofía del lenguaje I: Semántica.* Madrid: Trotta, 2013, pp. 16-17.

exteriorizar sentimientos y suscitar emociones; y, finalmente, la función comunicativa de hacer saber algo, formular objeciones y generar acuerdo. La relación entre estas funciones opera de manera diferente desde el punto de vista semántico de la organización de los contenidos lingüísticos a como se aprecia desde el pragmático del entendimiento, entre los participantes de un diálogo. Así, el análisis semántico se concentra en la imagen lingüística del mundo; para el análisis pragmático el diálogo aparece en primer plano[1873].

Sin embargo, la filosofía del lenguaje aún hoy se mantiene, según Habermas, anclada en una explicación tradicional y sigue priorizando la teoría sobre la práctica, la exposición frente a la comunicación, y el análisis semántico de la acción depende del análisis previo del conocimiento. El lenguaje, afirma Habermas, sirve tanto para la comunicación como para la exposición, y la expresión lingüística es ella misma una forma de acción que sirve para el establecimiento de relaciones interpersonales. El hablante con su enunciado, no solo quiere darlo a conocer a su destinatario, lo que él considera verdadero, comunicarle su pensamiento, sino que busca que llegue a la misma idea de lo que piensa y comparta su opinión. Esto solo es posible partiendo del reconocimiento intersubjetivo de la pretensión de validez sostenida por el hablante. En consecuencia, el hablante solo puede alcanzar su objetivo ilocutivo si logra satisfacer al mismo tiempo la función cognitiva del habla, es decir, cuando acepte su afirmación como válida[1874].

En la actualidad hay al menos dos tipos de proyectos filosóficos del lenguaje que estudian el significado. Por una parte, el proyecto analítico y, por otra, el proyecto naturalista. El primero se origina en los trabajos de Frege y Russell, en tanto que el segundo se inicia con los trabajos de Quine[1875]. La corriente analítica ha seguido aferrada, incluso después del giro lingüístico, al primado de la aserción y su función expositiva. La tradición semántica veritativa fundada por Gottlieb Frege, y la del empirismo lógico de Russell y del Círculo de Viena, las teorías del significado de Quine hasta Davidson y de Sellars hasta las teorías de Brandom, parten todas ellas de que el análisis del lenguaje debe tratar la aserción o la afirmación[1876].

Las principales aportaciones de Frege en el ámbito de la semiótica se sitúan en los dos aspectos que señala para el signo: el sentido (*sinn*) y la referencia o significado (*bedeutung*). La aportación de Russell a la semiótica puede centrarse en su búsqueda de la forma lógica de las expresiones gramaticales (atomismo lógico), en su estudio de la denotación y en sus investigaciones semióticas de línea conductista. Este autor criticó la

[1873] HABERMAS, Jürgen: *Verdad y justificación, op. cit.,* p. 67.
[1874] *Ibid.*, pp. 11-15.
[1875] VALDIVIA, Lourdes: «Teorías de referencia», en Marcelo DASCAL (coord.): *Filosofía del lenguaje I: Semántica*, *op. cit.*, p. 57.
[1876] HABERMAS, Jürgen: *Verdad y justificación, op. cit.,* p. 11.

distinción de Frege entre sentido y referencia de los signos y trató de resaltar la denotación, que es referencialista[1877].

Wittgenstein descubrió en la semántica lógica de Frege un nuevo paradigma filosófico[1878], y hace suya la idea de Frege y Russell acerca de que el significado del lenguaje debía explicarse en última instancia en términos de relaciones referenciales entre los signos y las entidades que constituyen sus significados. Ante la ausencia de referencia, que tanto Frege como Russell habían encontrado, Wittgenstein decide adentrarse en la teoría de las descripciones iniciada en Russell, lo que implicaba reconocer que la estructura gramatical de la expresión no corresponde a la estructura lógica de lo expresado[1879]. En su conocida segunda época, Wittgenstein originó una postura frente al significado que fue seguida por muchos filósofos analíticos, sobre todo de Oxford, iniciando la corriente que ha sido denominada «pragmática», nacida dentro de la filosofía analítica, y en la que destacan nombres como Austin, Ryle y otros. Posteriormente esta corriente fue continuada por teóricos de Estados Unidos, como Searle, Grice, Alston, Quine, Putnam y otros[1880].

Por tanto, dentro de las líneas de investigación pragmática destaca, como una de las más importantes, la formulada por el filósofo John Langshaw Austin, quien desarrolla la teoría de los actos de habla, una concepción de la lengua como una forma de actuar intencionada que es interpretada por el destinatario, según el contexto. El filósofo británico puso los cimientos de la teoría que entiende que el lenguaje es acción o, concretamente, que al enunciar una oración no solo decimos o comunicamos algo sino que hacemos algo[1881].

En su momento, el filósofo Charles Sanders Peirce, fundador del pragmatismo, intentó evitar un estrechamiento semanticista al ampliar la relación binaria entre oración y hecho, y convertirla así en una relación ternaria; el signo que se refiere a un objeto y expresa un estado de cosas necesita de la interpretación a través de un hablante y oyente. Más tarde, la teoría de los actos de habla iniciada por Austin mostró como la referencia objetiva, la del mundo contenida en el elemento proposicional, no puede separarse de la referencia intersubjetiva contenida en el elemento ilocutivo[1882].

[1877] BEUCHOT, Mauricio: *La semiótica: teorías del signo y el lenguaje en la historia*. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 97-98.

[1878] HABERMAS, Jürgen: *Verdad y justificación, op. cit.,* p. 65.

[1879] CEREZO LALLANA, María: «La revisión wittgensteiniana del análisis fregeano de los enunciados de igualdad», en David PÉREZ CHICO (coord.): *Perspectivas en la filosofía del lenguaje*. Zaragoza (España): Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2013, pp. 181-182.

[1880] BEUCHOT, Mauricio: *La semiótica: teorías del signo y el lenguaje en la historia*, *op. cit.*, p. 99.

[1881] KORTA, Kepa: «La Pragmática», en M.ª Victoria ESCANDELL-VIDAL y Manuel LEONETTI (coords.): *Pragmática.* Madrid: Akal, 2020, p. 9.

[1882] HABERMAS, Jürgen: *Verdad y justificación, op. cit.,* p. 11.

El lenguaje presenta, en la terminología de John Austin, el doble carácter constatativo y realizativo, es decir, además de encauzar las formas de decir algo, el uso del lenguaje nos permite hacer cosas, y realizar actos de diferentes tipos. De esta manera los actos que tienen como componentes una fuerza y un contenido reciben el nombre de actos de habla. La alternativa que presentaba hasta el momento el lenguaje como código frente al lenguaje como vehículo del pensamiento responde a la cuestión clásica de la prioridad representacional. Pero la convicción de que el lenguaje no es únicamente un medio de representación sino una forma de conducta añade a lo dicho una nueva dimensión. Por tanto, además de servir de código y/o vehículo al pensamiento, las palabras desempeñan otros cometidos[1883].

Una de las primeras preguntas planteadas en los estudios de los actos de habla (*speech acts*) que inició Austin interroga sobre cuáles podrían ser los componentes de los actos comunicativos en los que participamos cuando empleamos el lenguaje. En esta misma tradición también se ha estudiado la cuestión de cómo se distinguen los diversos actos de habla entre sí y cómo se deben clasificar. En general, hay dos tipos de explicación. Algunos teóricos como Austin proponen que los actos de habla están gobernados por unas normas o convenciones, gracias a las cuales tienen la capacidad de constreñir nuestro comportamiento, y otros, siguiendo un camino establecido por Herbert Paul Grice, sostienen que los actos de habla tienen su efecto por la capacidad humana de atribuir intenciones. Desde este punto de vista, los actos de habla son una especie de comportamiento que anuncia tipos de intenciones e invita a los destinatarios a inferir su contenido[1884]. Por tanto, otra línea de investigación pragmática significativa, que interesa destacar aquí, es la propuesta por el filósofo británico Paul Grice, con su teoría del principio de cooperación, que explica los principios que regulan la recuperación de los significados implícitos.

Los usos verbales para Paul Grice están regidos por un principio de cooperación y racionalidad de aplicación general a toda conducta interactiva, según el cual se espera de los hablantes que se adecuen a las necesidades del intercambio en el que participan. Como ejemplo, formula unas máximas que los hablantes deben seguir en la conversación y que les proporcionarán la información verdadera, aquella que está relacionada con el propósito de intercambio, o bien que ajusten la cantidad de información que facilitan, y todo ello con brevedad, claridad, orden y sin ambigüedades. Esta expectativa de cooperación y racionalidad hace que el oyente derive información que no se ha hecho explícita, pero que

[1883] ACERO, Juan José: *«Introducción: Concepciones del lenguaje», op. cit.*, pp. 20-21.
[1884] KORTA, Kepa: *«La Pragmática», op. cit.,* p. 61.

reconcilia el comportamiento del hablante con el supuesto de cooperación y racionalidad[1885].

Una de las distinciones fundamentales de la pragmática, al abordar el análisis del significado del enunciado, es la distinción de Paul Grice entre lo que un hablante dice, lo dicho (*what is said*), por un lado, y lo que implica (*implicate*) al decir lo que dice, la implicatura (*implicature*), por otro[1886]. Tanto las teorías de Grice como las de Searle se centran en aquello que el hablante quiere decir, más allá de aquello que efectivamente dice[1887].

Es tradicionalmente conocido como programa griceano el análisis del significado del lenguaje como una noción puramente teórica que parte del supuesto de que este viene determinado por las intenciones del hablante al enunciar expresiones lingüísticas, pero donde las expresiones por sí mismas ya tienen un contenido significativo dependiente de sus condiciones de verdad. En este sentido, es comúnmente aceptado que para Grice el significado del hablante, aquello que el hablante quiere decir mediante la emisión de ciertas palabras, de alguna manera depende del significado de aquello que dice, en tanto que la distancia existente entre ambos significados, entre lo que se dice y lo que se quiere decir, debe reducirse al mínimo posible[1888].

Grice hace que la referencia a objetivos o propósitos no solo sea útil sino obligatoria en una teoría aceptable del significado. Pretende con ello demostrar que existe una forma de tratar la infinidad de posibles variaciones contextuales mediante condiciones generales que regulen la conversación entendida como intercambio racional y coordinado. La más general de todas es el conocido principio de cooperación conversacional[1889].

El principio de cooperación es un principio no normativo, que se supone aceptado tácitamente por todos cuantos participan en la conversación y que el mismo Grice enuncia de la siguiente manera: «Haga que su contribución a la conversación sea, en cada momento, la requerida por el propósito o la dirección del intercambio comunicativo en el que usted está involucrado»[1890].

[1885] VICENTE CRUZ, Begoña: «Teoría de la pertinencia», en Marcelo DASCAL (coord.): *Filosofía del lenguaje II: Pragmática*, *op. cit.*, p. 123.

[1886] KORTA, Kepa: *«La Pragmática», op. cit.,* p. 9.

[1887] BLANCO SALGUEIRO, Antonio: «John L. Austin: El estudio del acto de habla total en la situación de habla total», en David PÉREZ CHICO (coord.): *Perspectivas en la filosofía del lenguaje*, *op. cit.*, p. 417.

[1888] COLOMINAS ALMIÑANA, Juan José: «Convencionalidad, intencionalidad, y significado: las teorías del significado de Grice y Searle», en David PÉREZ CHICO (coord.): *Perspectivas en la filosofía del lenguaje*, *op. cit.*, pp. 447-448.

[1889] BARRERO GUZMÁN, Tomás Andrés: *Razón, intención y significado: Una lectura contemporánea de Paul Grice*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2015, p. 46.

[1890] GRICE, Herbert Paul*:* «Method in Philosophical Psychology (From the Banal to the Bizarre)», *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, vol. 48 (1974), p. 43.

El punto de partida y el elemento que caracteriza este principio de cooperación es considerar que el hecho de conversar requiere un deseo de colaborar con otra persona u otras personas o, lo que es lo mismo, está necesitado de unos objetivos compartidos[1891]. Grice hace notar que hasta ese momento no se había prestado la debida atención a la naturaleza e importancia de las condiciones que gobiernan la conversación. Este autor propone un análisis del tipo particular de lógica que actúa y rige en la conversación. Para ello, intenta establecer los mecanismos que regulan el intercambio comunicativo y la interpretación de los enunciados, es decir, los mecanismos responsables del «significado añadido», o lo que es lo mismo, de la información implícita[1892]. Los trabajos de Grice sobre la «lógica conversacional» han sido una contribución vanguardista y, aún hoy en día, esencial para explicar la comunicación indirectal. Su idea central es que la interpretación pragmática resulta de un proceso de inferencia donde el oyente trata de encontrar una hipótesis explicativa razonable para el acto lingüístico del hablante. La necesidad de buscar una hipótesis explicativa se debe a que el acto lingüístico en cuestión se percibe, en algún respecto, como «problemático». Grice ha identificado y elaborado un tipo especialmente importante de problematicidad: el conflicto entre el acto lingüístico ejecutado por el hablante y las expectativas que todo «oyente normal» tendría en las mismas circunstancias[1893].

A Grice le interesa sobre todo la lógica de la conversación. Para su funcionamiento establece el principio de cooperación, que consiste en colaborar lo más posible para mantener los compromisos conversacionales en el curso del diálogo[1894].

Al principio de cooperación, según Grice, le acompañan las siguientes máximas: (i) la primera máxima de cantidad, que hace referencia a la cuantía de información que se suministra en una conversación y se relaciona con la modulación de esta cuantía, en el sentido de que en la cooperación se contribuya con mayor o menor cuota de información; (ii) la segunda máxima de cualidad, que alude a la verdad de la contribución informativa y a la acreditación o aval con que pueden sostenerse las contribuciones; (iii) la tercera máxima de relación (relevancia), que consiste en aportar contribuciones pertinentes y directas que abunden en el núcleo de la cuestión y no en sus aspectos superficiales; y, por último, (iv) la máxima de modo, que, a diferencia de las anteriores, su importancia no reside en el

[1891] ÍÑIGUEZ RUEDA, Lupicinio: *Análisis del discurso: manual para las ciencias sociales*. Barcelona (España): Universitat Oberta de Catalunya; Editorial UOC, 2006, p. 58.
[1892] RABOSI, Eduardo: «Actos de habla», en Marcelo DASCAL (coord.): *Filosofía del lenguaje II: Pragmática, op. cit.*, p. 35.
[1893] *Idem.*
[1894] BEUCHOT, Mauricio: *La semiótica: teorías del signo y el lenguaje en la historia*, *op. cit.,* p. 184.

contenido, sino en cómo se expresa este. Todas ellas requieren una exposición clara, ordenada, concisa y precisa[1895].

Lo que interesa a Grice es la descripción de las estrategias que permiten descubrir informaciones intencionadamente comunicadas, pero de manera implícita (lo que él llama *implicatures*). Contrariamente a las posiciones clásicas en pragmática, la referencia al contexto, o a la situación de enunciación, no son para él más que un medio, entre otros, para obtener tal información[1896].

Recientemente, esta teoría ha sido modificada por Sperber, antropólogo, y Wilson, lingüista, y su teoría se encuadra dentro de la pragmática cognitiva. Conciben la comunicación como un proceso en el que existen dos dispositivos que procesan información. En consecuencia, esto origina dos preguntas de partida: ¿qué se comunica? y ¿cómo se comunica?[1897]. Partiendo del principio de cooperación de Grice, Sperber y Wilson se centran en la máxima de relación, más exactamente convierten esta máxima en un pilar fundamental que rige la comunicación humana transformándola en un principio sólido. Estos dos autores proponen un solo principio en la base de todo acto de comunicación, el principio de pertinencia. En cierto modo, retoman el concepto de «implicatura» que había sido acuñado por Grice con el propósito de explicar cómo se producen las inferencias, y se centran en analizar los pasos que conlleva este proceso por el cual se salta del significado literal al significado pragmático[1898].

La palabra relevancia procede del término inglés *relevance*, haciendo alusión tanto al significado de relevancia como al de pertinencia; es decir, que el emisor ha de ser pertinente, decir algo que sea coherente con la temática, para que el receptor se percate de que el enunciado es relevante y, por ello, desencadene un proceso de inferencia con la intención de lograr unos efectos contextuales amplios con el menor esfuerzo posible[1899]. La pertinencia no sería entonces ya una regla sino una propiedad constitutiva de todo acto de comunicación, cuya garantía estaría asegurada por el principio de pertinencia. Definida en términos cognitivos, la pertinencia es una noción comparativa, determinada por la relación establecida entre los efectos contextuales provocados por el enunciado y el esfuerzo de tratamiento que este implica. Según esta perspectiva, la pragmática no provendría de una teoría general de la comunicación conversacional, sino de la teoría

[1895] ÍÑIGUEZ RUEDA, Lupicinio: *Análisis del discurso: manual para las ciencias sociales*, *op. cit.*, pp. 60-61.
[1896] TORDECILLAS COLADO, Marta Inés: *La argumentación Pourtant en la dinámica argumentativa de los ensayos de Montaigne* [tesis doctoral]. Madrid: Universidad Complutense, 2002, p. 11.
[1897] RIDAO RODRÍGUEZ, Susana: *Fundamentos de la Pragmática.* Granada (España): Comares, 2020, p. 52.
[1898] *Idem*.
[1899] *Idem*.

cognitiva. Tiene por objeto el tratamiento inferencial de las informaciones en la comunicación[1900].

Según Ducrot, para determinar el sentido es conveniente tener en consideración tanto la argumentación como la enunciación. Se exige el esfuerzo por descubrir cómo el acontecimiento que constituye el discurso se vuelve creador de significaciones. La noción de argumentación constituye así el acto lingüístico fundamental, de ahí la importancia que adquiere el estudio de operadores y conectores. Otorgar un sentido a estas partículas no es posible si no nos remitimos a las intenciones argumentativas que guían la palabra[1901]. Tanto Ducrot como Anscombre han formulado la tesis de que la argumentación prima sobre la información: no solamente el valor argumentativo de un enunciado es independiente de su contenido informativo, sino que además es susceptible de determinar su contenido. Por tanto, esto apoya la tesis según la cual la semántica estaría ligada a la pragmática. La enunciación, por otro lado, es otra instancia que debemos considerar para interpretar lo que dice el locutor[1902].

Todos estos estudios de pragmática implican una determinada concepción de la lengua y de la comunicación que está en oposición a la corriente propuesta por el estructuralismo. Una línea significativa es la semiología estructuralista, iniciada por Ferdinand de Saussure, fundador de la lingüística estructural, a través de su noción de sistema, y de las distinciones entre pares como lengua y habla, sincronía y diacronía, sintagmático y paradigmático[1903]. Saussure afirmó que la semiología sería parte de la psicología social y que una de sus grandes empresas consistió en la exclusión de las problemáticas psicológicas del ámbito de la lingüística. Para este filósofo la lengua es forma, no sustancia, y con ello legitima una adquisición de conocimiento que no depende de la «realidad» a la que remite la lengua[1904]. Louis Trolle Hjelmslev, junto con Viggo Bröndal, crearon en el año 1934 el Círculo Lingüístico de Copenhague (Dinamarca), una de las escuelas lingüísticas europeas del siglo XX, que radicalizó los planteamientos de Ferdinand de Saussure y la Escuela de Ginebra. Estos autores introducen la lógica y la matemática para el estudio de invariantes en el lenguaje, con un enfoque deductivo y formal[1905].

Para Hjelmslev el lenguaje debe ser «un fin en sí mismo», como una estructura completamente autónoma, un sistema independiente de los hechos extralingüísticos. Para

[1900] TORDECILLAS COLADO, Marta Inés: *La argumentación Pourtant en la dinámica argumentativa de los ensayos de Montaigne, op. cit.,* p. 11.
[1901] *Ibid., p. 13*
[1902] *Ibid., p. 14.*
[1903] BEUCHOT, Mauricio: *La semiótica: teorías del signo y el lenguaje en la historia*, *op. cit.*, pp. 107-108.
[1904] MARTÍN DE SOUZA, Paula: «Hjelmslev y el acontecimiento», *Tópicos del Seminario*, núm. 32 (2014). Universidad de São Paulo (traducción de Marilene Marques de Oliveira), pp. 138-139.
[1905] ROSENTAL, Mark Moisevich y Pavel Fedorovich IUDIN: *Diccionario Filosófico.* Argentina: Ediciones Universo, 1973, pp. 87-88.

este autor las lenguas son sistemas de figuras que pueden usarse para construir signos. Hjelmslev concibe la lengua como un sistema de formas puras donde los contenidos tienen un valor secundario. Para ello parte de supuestos fundamentales, que no necesitan comprobación. El primero de estos supuestos es que el lenguaje debe ser un fin en sí mismo, y no como un simple medio de expresión[1906]. Y, puesto que la lengua es concebida como pura estructura, no podrá definírsela en términos de sonido y sentido tal como lo ha venido haciendo la lingüística convencional[1907]. El modelo lingüístico diseñado en los *Prolegómenos* de Hjelmslev es esencialmente funcional y, por consiguiente, relacional. De ahí que la tipificación de las funciones cobre singular importancia. En el estrato teórico más general, diferencia tres clases de relaciones: dependiendo de la dimensión (proceso/sistema) donde se instaura la función de interdependencia, distingue Hjelmslev entre solidaridad y complementariedad. De esta manera, a la interdependencia entre términos de un proceso la llama solidaridad; a la interdependencia entre términos de un sistema, complementariedad[1908].

Si bien es cierto que la influencia de teóricos clásicos de la acción social como Durkheim, Weber, Parsons y Marx resulta decisiva en el pensamiento de Habermas, no se comprendería sin el «giro lingüístico» de la filosofía contemporánea y más en concreto sin el «giro pragmático» realizado por la filosofía del lenguaje a partir del segundo Wittgenstein, y, en especial, sin la teoría de los actos de habla iniciada por John L. Austin y sistematizada por John Searle. Estas influencias, y otras, explican por qué renombra Habermas el concepto tradicional de racionalidad práctica por el de racionalidad comunicativa, considerada como la razón inscrita en el propio proceso cotidiano de racionalidad lingüística[1909]. Así, el cometido básico de la pragmática universal es el de identificar y construir las condiciones universales de entendimiento posible, y el lenguaje es el medio específico de entendimiento, el principal instrumento de coordinación de la acción humana, de tal manera que sin él no se concibe la acción social[1910].

[1906] *Diccionario de términos clave de ELE*. Centro Virtual Cervantes. Instituto Cervantes.
[1907] Thesaurus. Boletín del Instituto Caro y Cuervo, tomo IV, núm. 2 (1948). *Reseña de Revista a Louis Hjelmslev*, p. 431.
[1908] GUTIÉRREZ ORDÓÑEZ, Salvador: «La interdependencia en sintaxis», *Revista de Filología, Comunicación y sus Didácticas*, núms. 20-21 (1997-1998), pp. 703-704.
[1909] VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *Habermas. El uso público de la razón*, *op. cit.,* p. 51.
[1910] *Ibid.,* pp. 56-57.

5. CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO: UNA NUEVA DEFINICIÓN Y ENFOQUE DE LA MEDIACIÓN

La construcción jurídica de la mediación, como parte de la teoría de la mediación, está en proceso de elaboración y puede configurarse con las aportaciones procedentes de otras disciplinas que no sean el derecho, otras ciencias como son la antropología filosófica, y en concreto la filosofía personalista del diálogo. Al mismo tiempo, el derecho, y en concreto, como hemos expuesto en la primera conclusión, el mismo marco legal comunitario y español en el que se encuadra, el «espacio de libertad, de seguridad, y de justicia», y algunas teorías de la justicia, como las de John Rawls y Jürgen Habermas, también contribuyen a perfilar su configuración jurídica.

Los conceptos que pueden introducirse en la teoría de la mediación, en su definición, se han obtenido de las cuatro primeras conclusiones de la tesis. El primero de ellos es el de «justicia», la mediación es un «espacio de justicia», y es también «justicia procedimental». Es un «espacio de justicia» donde las partes, con la ayuda del mediador, son quienes, en beneficio mutuo, administran los términos de justicia de los acuerdos que consiguen alcanzar para resolver su conflicto. La mediación también es un tipo de «justicia procedimental», un procedimiento donde no existe un criterio independiente y predeterminado de referencia para determinar si un concreto resultado de la mediación es conforme a «justicia». Las partes, junto al mediador, logran alcanzar acuerdos a través de la observancia de un procedimiento predeterminado y actuaciones equitativas.

El segundo de los conceptos que puede llevarse a la teoría de la mediación a partir de sus fundamentos filosóficos es el de «ámbito», la mediación es un ámbito *relacional*, creado a instancia del compromiso de las partes que en ella participan, y constituido a partir de una realidad espiritual que se denomina «nosotros», que a su vez se asienta en la estructura de autodeterminación que caracteriza la subjetividad de la persona, y en el valor personalista de su acción. Este ámbito además es *dialógico-dialéctico* y tiene lugar en una situación dialógica o categoría de realización humana denominada «entre». A partir de las conclusiones anteriores que explican los fundamentos filosóficos de la mediación, y trasladando tanto alguno de los postulados de la filosofía personalista y del diálogo, como los de los filósofos John Rawls y Jürgen Habermas objeto de investigación en esta tesis, se dan los presupuestos suficientes para articular las bases de una nueva metodología, y presentar la propuesta de un nuevo enfoque de mediación denominado «personalista-deliberativo», orientado al acuerdo.

Los dos ejes de coordenadas sobre los que se construye este enfoque de mediación son, por un lado, la persona, su estructura de autodeterminación, y el valor personalista de su acción cuando actúa «junto con otros», y por otro lado, el debate, el proceso

argumentativo en el que se participa para alcanzar discursivamente acuerdos justos y en beneficio mutuo.

En relación al nuevo enfoque «personalista-deliberativo», alguno de los resultados del objeto de estudio de este capítulo sirven para elaborar las bases de la propuesta, que a continuación se exponen:

a) Conceptos clave:

Concepción procedimental de la verdad y justificación: la verdad no es estática como una respuesta, sino dinámica como una relación; es un proceso, no un resultado; la realidad no es ni lo uno ni lo otro, sino la interacción vital entre ambos; la verdad es una relación.

En el enfoque «personalista-deliberativo» se busca la verdad como una propiedad de los enunciados lingüísticos; se llama verdadero a un enunciado que podría justificarse en una situación ideal de habla (Habermas), en una comunidad ideal de comunicación (Apel), o en un acuerdo alcanzado por medios argumentativos. Verdadero es aquello que puede ser aceptado bajo unas condiciones determinadas del habla.

Se trata del concepto procedimental de la verdad entendida como resolución discursiva de pretensiones de validez; esto significa la acreditación de la práctica de la argumentación bajo unas determinadas condiciones normativas, como son: espacio público abierto y plena inclusión de todos los afectados; reparto equitativo de los derechos de comunicación; ausencia de violencia y coacciones; sinceridad de las manifestaciones de los participantes. Lo que autoriza a mantener como verdadero un enunciado que se supone justificado es el momento en que se produce en los participantes de la argumentación un cambio de perspectiva; se convencen de la justificación de la pretensión de validez mediante la coacción sin coacciones que supone, como dice Habermas, el mejor argumento empleado. Cuando los participantes, en el curso del proceso de argumentación, alcanzan la convicción de que, conociendo todas las informaciones oportunas y después de ponderar todas las razones relevantes, han agotado el potencial de posibles objeciones y no existen motivos para seguir con el argumento, es en ese momento cuando una afirmación se ha *desproblematizado* por medios argumentativos, y encuentra un lugar en la relación intersubjetiva compartida de los actores.

Es el concepto discursivo de la verdad, como una propiedad de los enunciados que no puede medirse por evidencias contundentes o decisivas, sino solamente por razones justificativas. La verdad de un enunciado solo puede ser garantizada por su coherencia con otros enunciados ya aceptados.

La argumentación es uno de los medios disponibles, el único para Habermas, para cerciorarse de la verdad, puesto que las pretensiones de validez que se convierten en problemáticas solo pueden examinarse de esta forma.

Justicia: es un tipo de corrección en la distribución y en la compensación, tal y como la define Robert Alexy; así, este autor propone que quien afirma que algo es justo afirma siempre que algo es correcto, y quien afirma que algo es correcto se sobrentiende que es susceptible de ser fundamentado o justificado mediante razones. Si la verdad es para este autor el más alto criterio de valoración de la corrección de proposiciones que versan sobre aquello que ocurre, del mismo modo la justicia es el más alto criterio de valoración de la corrección de distribuciones y compensaciones. La teoría del discurso, por una parte, permite argumentar racionalmente en materia de justicia para superar las posiciones emotivas-subjetivistas de los participantes, y por otra parte, solo es aceptable lo justo si se tienen en cuenta de forma adecuada los intereses y las necesidades, además de la tradición y cultura de los implicados. La teoría del discurso es la base para la teoría de la justicia; es una teoría procesal de la corrección de normas, en virtud de la cual una norma es correcta solo si puede ser el resultado de un cierto procedimiento, del procedimiento práctico racional.

Para John Rawls la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, y en este enfoque «personalista-deliberativo» también opera la justicia como primera virtud de la institución de la mediación. La mediación crea un espacio justo de cooperación cívica para los participantes en el proceso de la mediación, donde cada uno posee distintas concepciones del bien, por eso lo justo es anterior a lo bueno. La idea del «equilibrio reflexivo» de John Rawls aplicada a la mediación implica la posibilidad de las partes de la mediación, con la ayuda del mediador, de poner en relación mediante la reflexión sus distintas convicciones y juicios al objeto de ponderarlas y conducirlas a un equilibrio entre ellas; de esta manera las partes adquieren un apoyo mutuo en sus consideraciones consecuencia de la reflexión de sus convicciones y juicios de justicia; de esta manera se consigue un esquema justo de distribución de derechos y obligaciones entre ellas, forjando acuerdos cooperativos en beneficio mutuo.

La justicia, como defiende Michael Sandel, es el criterio que ayuda a reconciliar valores en conflicto y armoniza las concepciones contradictorias del bien, si bien no siempre se resuelven. La verdad y la justicia son presupuestos indispensables del diálogo.

Palabra y lenguaje: el lenguaje y la realidad se interpretan, según Habermas, de una forma que para nosotros es indisoluble. Solo podemos explicar la verdad de un hecho con la ayuda de la verdad de un enunciado sobre hechos; y lo que es real solo podemos explicarlo en términos de lo que es verdadero. En tanto que la verdad de las creencias o enunciados solo puede ser fundada con la ayuda de otras creencias y enunciados, no podemos escapar del círculo de nuestro lenguaje; las personas somos seres de lenguaje, y el lenguaje dirige la acción (Jürgen Habermas). Algo sirve de justificación solo en relación a algo distinto que aceptamos (Richard Rorty).

Las pretensiones de validez y los actos de habla: la doble estructura del habla, proposicional e «ilocucionaria», introduce a las partes de la mediación en el nivel de la intersubjetividad en el que hablan entre sí, y en el de los objetos sobre los que se entienden. Esta doble estructura del habla se manifiesta en su dimensión interactiva, el entendimiento de los hablantes, y en la dimensión cognitiva, los acuerdos sobre las cosas. Las partes en la mediación quedan vinculadas, no solo en el plano del diálogo o discurso, sino en el de la acción.

Los componentes esenciales del habla son: (i) «locucionario», decir algo; (ii) «ilocucionario», hacer diciendo. Los posibles efectos «perlocucionarios» son aquellos en los que el hablante busca provocar a su oyente, es decir, causar algo mediante lo que se hace diciendo algo. Los éxitos «ilocucionarios» se consiguen en el nivel de las relaciones interpersonales donde los participantes de la mediación se entienden entre sí sobre algo en el mundo.

Una pretensión de validez equivale a la afirmación de que se cumplen las condiciones de validez de una manifestación o enunciado. La verdad proposicional es la pretensión que pueden mantener discursivamente las partes en su debate. Se llama verdadero al enunciado que en el proceso de la mediación, donde se cumplen unas condiciones propicias de situación de habla entre los participantes, puede ser racionalmente aceptado por medios argumentativos. La condición para la verdad de las proposiciones es el acuerdo potencial de todos los que participan en el discurso dialogado. Es verdadero un enunciado, no porque se corresponda a un determinado estado de cosas, ni porque resulte coherente con otros enunciados, lo es porque a lo largo del proceso comunicativo es aceptado como justificado.

b) La forma de conocer en la mediación «personalista-deliberativa»:

El conocimiento de los asuntos de las personas y del mundo, en la medida que concierne a la persona, se asienta en el compromiso, que se acepta con su objeto. El conocimiento comprometido es la auténtica objetividad, que implica el intento de comprender lo que resulta extraño y hostil a la persona. La comprensión absoluta del adversario exige a la persona comprometida un esfuerzo mucho más enriquecedor que la simple neutralidad objetiva, porque el adversario para él es al mismo tiempo un educador y un apoyo, más que una fuerza que debe ser superada. La comprensión aislada del compromiso contribuye a exponer a las personas al combate y a perpetuarlo.

Las partes en la mediación precisan comprender de una forma comprometida, y lo hacen cuando se tratan como seres presentes, no ausentes; se reconoce al «otro» no como un repertorio de información para uso personal, un objeto disponible, y no apelable, pues esto significa desesperar de él y no concederle crédito (Emmanuel Mounier).

Existe también un tipo de interés que está presente en la mediación. El interés es una condición de posibilidad de conocer, una condición del conocimiento, y no existe un

conocimiento que no sea interesado. Todos los procesos cognitivos, y la mediación en cierto modo lo es, se basan y son conducidos por unos intereses que habitualmente se pasan por alto y no son reconocidos como tales. No existe un saber neutral, pues todo conocimiento se pone en marcha por un interés (Habermas).

Se identifican tres tipos de intereses rectores del conocimiento: el interés técnico, el práctico, y el emancipatorio, los tres interrelacionados entre sí, siendo este último el que predomina en la mediación.

El interés técnico: el ser humano percibe en función de su posible manipulación técnica, esto es, movido por el afán de dominar y explotar la naturaleza para optimizar los procesos de producción.

El interés práctico: en este caso, no se busca la manipulación de la realidad, sino aprehenderla de sentido. La comprensión de los otros sujetos es indispensable para la apropiación de los constructos simbólicos y demás procesos culturales.

El interés emancipatorio: el ser humano busca conocer la realidad social existente para, primero, poder criticarla y, posteriormente, poder modificarla de modo que primen criterios de equidad y no de dominación.

c) La formación discursiva de la voluntad de las partes en la mediación:

El discurso cumple en la mediación una doble función, como proceso dialogado que une a las personas mediante argumentos significativos, y como proceso de justificación que las involucra al perseguir que lo acordado sea aceptable para cada una de ellas. La búsqueda del consenso en la mediación se propone como objetivo a través del debate; se busca el consenso de las voluntades no a resultas de la unanimidad sino como proceso de ajuste de mentes e intereses discrepantes y a veces contrapuestos (Habermas).

El acuerdo alcanzado en la mediación expresa una voluntad conjunta, no es suficiente que cada una de las partes realice una reflexión para sí misma, es necesaria la existencia de una argumentación real donde ellas participen de modo cooperativo. Solo un proceso de entendimiento intersubjetivo puede conducir a un acuerdo que sea de carácter reflexivo, y lo es cuando las partes advierten que se han convencido conjuntamente de algo.

La argumentación se realiza de modo cooperativo, en un proceso discursivo donde las voluntades intentan poner en claro un interés común, a diferencia de la negociación donde se pretende compensar intereses particulares contrapuestos. La voluntad general de las dos partes remite a un interés general, que es determinable discursivamente, desde la perspectiva de los participantes.

Hablar en la mediación es un tipo de acción estratégica, un procedimiento de toma de decisiones intersubjetivo, que puede asimilarse a un modelo socializado de discurso. En el tipo de habla argumentativa, los participantes tematizan pretensiones de validez que se han convertido en controvertidas y tratan de aceptarlas o rechazarlas.

Este proceso discursivo requiere que concurran determinadas condiciones como la identidad de significado de las expresiones lingüísticas, que las hace intercambiables y no meramente subjetivas, entre quienes mantienen el diálogo, situándose más allá del ámbito puramente individual.

La formación discursiva de la voluntad que se desarrolla en la mediación persigue alcanzar acuerdos de justicia, no como logros individuales, sino como beneficio mutuo de las partes. Un acuerdo será justo si es universalizable, es decir, cuando las partes que han participado en el proceso, todas ellas, desean verlo cumplido.

d) La búsqueda cooperativa de la verdad y la justicia:

Las partes, con la ayuda del mediador, entablan un diálogo real y continuado que busca cooperativamente la verdad y la justicia. La verdad en el proceso de mediación es una pretensión de validez que las partes unen a los actos de habla. Una proposición es verdadera si está justificada la pretensión de validez de los actos de habla con los que las partes la afirman mediante el uso de enunciados. Por tanto, la justificación de una aserción no depende de la verdad de la aserción, sino que debe depender de la justificación de la aserción. Las razones justificativas avalan la pretensión de verdad, que es entendida como aseverabilidad justificada mediante razones.

La verdad proposicional es una pretensión de validez que puede ser sostenida discursivamente. La «búsqueda cooperativa de la verdad» en la mediación es una vía de acceso fiable al conocimiento; el acuerdo que persiguen las partes, en esa búsqueda cooperativa de la verdad, dispone, en principio, de la facultad de encontrar el asentamiento, racionalmente motivado, de todos los afectados. Solo podemos explicar un hecho con la ayuda de la verdad de un enunciado sobre hechos, y lo que es real solo podemos explicarlo en términos de que es verdadero. El acuerdo al que se llega acerca de la verdad se justifica en las condiciones de ausencia de coacción y participación igualitaria de todos en el diálogo.

Como presupuesto, y para que se pueda mantener el proceso argumentativo de la verdad sobre lo que hacen o dicen cada una de las partes en la mediación, deben asumir compromisos con la sinceridad, la verdad y la corrección.

e) La racionalidad comunicativa y las pretensiones de validez:

Nuestro saber tiene una estructura proposicional, lo que significa que las opiniones que cada una de las partes y el mediador pueden verter en las reuniones de la mediación se hacen explícitas y se exponen en forma de enunciados. En las manifestaciones lingüísticas se expresa explícitamente un saber; en las acciones dirigidas a un fin, teleológicas, se expresa un poder, una capacidad, un saber implícito.

La racionalidad en la mediación, como entiende Habermas, tiene menos que ver con el conocimiento o su adquisición que con la forma en la que los sujetos capaces del lenguaje y de la acción hacen uso del conocimiento.

La comunicación de cualquier enunciado lleva implícita una pretensión de validez intersubjetiva. Es en la acción comunicativa donde la persona se aparta de su propio subjetivismo, y puede dirigir a las otras partes en la mediación, sus oyentes, una oferta de entendimiento sobre algo. Cada vez que una de las partes habla para expresarse, intenta ir más allá de las fronteras que delimitan su «yo» a fin de encontrarse con el «otro» en una comunicación intersubjetiva.

La racionalidad en mediación puede entenderse como una disposición de las partes participantes, como sujetos capaces de lenguaje y de acción, que se manifiesta en el modo de comportarse y para quienes existen en cada caso buenas razones. De ahí que las manifestaciones racionales sean accesibles a un enjuiciamiento objetivo.

La «racionalidad comunicativa» hace referencia a la experiencia vital de las personas, relacionada con su capacidad de aunar sin coacción y de generar consenso que posee el habla argumentativa, donde los distintos participantes en la mediación superan la subjetividad inicial de sus respectivos puntos de vista. Al mismo tiempo, estos participantes, mediante una comunidad de convicciones racionalmente motivadas, aseguran la unidad de lo que es objeto de discusión (lo relacionado con su conflicto), con la intersubjetividad del contexto en el que se desarrollan sus vidas.

Pero, para la racionalidad comunicativa no es suficiente que los participantes en la comunicación se entiendan sobre algo que ocurre en el mundo, cuando se refieren a los hechos y a la susceptibilidad de fundamentación de las manifestaciones, sino que es esencial que el hablante entable, en relación con su enunciado, una pretensión de validez susceptible de crítica que pueda ser aceptada o rechazada por quien escucha. Esto último es lo que posibilita una intervención eficaz en el mundo, su transformación, la posibilidad de solucionar el conflicto.

Solo se podrá considerar racional una afirmación si el que habla cumple las condiciones necesarias para lograr el fin de entenderse con otro participante en la comunicación sobre algo en el mundo. Y a una acción teleológica solo se le podrá llamar racional si el hablante cumple las condiciones necesarias para la realización de su intención de intervenir eficazmente en el mundo.

En este tipo de saber proposicional, la racionalidad tiene como finalidad inmanente el entendimiento comunicativo, no la manipulación instrumental, y es esta racionalidad la que remite a la práctica de la argumentación, como instancia que permite proseguir la acción comunicativa cuando se produce un desacuerdo.

La argumentación es un tipo de habla y el argumento son razones conectadas sistemáticamente con la pretensión de validez. La racionalidad es una disposición propia de los sujetos que son capaces de lenguaje y acción, y se manifiesta en modos de comportarse respaldados en cada caso de buenas razones. En el plano del proceso es,

entre los contextos de acción funcionalmente especificados, donde está inserta el habla argumentativa como mecanismo resolutorio de problemas.

Cualquier examen concreto de pretensiones de validez controvertidas requiere una forma más exigente de comunicación, que cumpla con los presupuestos propios de la argumentación.

La fuerza de una argumentación se mide en un contexto determinado por la pertinencia de las razones, y se manifiesta, entre otras cosas, en si la argumentación es capaz de convencer a los participantes en un discurso, o de motivarlos, para que acepten la pretensión de validez en discusión. La lógica de la argumentación requiere un marco conceptual que permita dar razón mediante la peculiar coerción sin coerciones que caracteriza al mejor argumento.

La racionalidad de quien participa en un discurso se manifiesta en su forma de actuar y responder a las razones que se le ofrecen a favor y en contra de lo que está en conflicto. Las partes actuarán respondiendo de forma racional, cuando se muestren abiertas a los argumentos, o reconozcan la fuerza de las razones que se les exponen, traten de contestarlas, y siempre encarándolas de forma racional. Si, por el contrario, las partes responden con afirmaciones dogmáticas, no escuchando los argumentos, anulando las razones contrarias a su pretensión, no se estarán enfrentando racionalmente los asuntos que están en discusión en la mediación. El mediador tiene una función significativa para ayudar a las partes a actuar en el marco de esta «racionalidad comunicativa».

f) El debate discursivo: oferta de entendimiento y apertura a la crítica:

Partiendo de la concepción de justicia como justificación o fundamentación mediante razones, las manifestaciones racionales que proponen las partes en el debate sobre la distribución y compensación de cargas y beneficios son susceptibles de crítica y por tanto de corrección. Si se identifican errores cometidos, corresponde a quienes participan y con la ayuda del mediador asumir una actitud de disponibilidad a la crítica, o en caso de precisarlo, a la participación formal con argumentaciones.

Una de las partes de la mediación, en su condición de hablante, está en disposición de motivar racionalmente al oyente a la aceptación de la oferta que el acto de habla de la otra parte implica, porque puede respaldarla aportando razones convincentes que resisten a la crítica, y conseguir así su justificación. Es decir, está en condiciones de realizar la pretensión de validez que su acto de habla comporta. Existe por tanto una conexión interna entre validez, pretensión de validez y desempeño de la pretensión de validez.

El concepto de justificación o fundamentación está conectado estrechamente con el de aprendizaje. Los procesos de aprendizaje necesitan de la argumentación, son procesos que permiten la adquisición de conocimientos teóricos, amplían y renuevan el lenguaje evaluativo, y hacen posible salir del autoengaño de los hablantes que participan en el debate, y de los problemas de comprensión.

Existen diversas formas de argumentación, y entre ellas se encuentra el discurso práctico, donde las pretensiones de las partes se convierten en pretensiones de corrección o rectitud normativa, caracterizada por su referencia a las necesidades interpretadas por los afectados. Se recurre al concepto de racionalidad de Jürgen Habermas que refiere a un sistema de pretensiones de validez, y las argumentaciones se distinguen según el tipo de pretensión que el proponente trate de defender; y, a su vez, las pretensiones varían según los contextos de acción.

Una pretensión de validez puede ser entablada por un hablante frente al menos un oyente, de forma implícita o explícita, y su reacción será o bien la de aceptar o rechazar, o bien dejar de momento en suspensión la pretensión del oyente. Al posicionarse el oyente en alguna de estas tres reacciones permitidas, la afirmación, la negación o la abstención, significa que está asintiendo o no con razones a una pretensión de validez susceptible de crítica. Y esto es, por consiguiente, expresión de entendimiento de un nexo o contexto de validez.

El habla argumentativa es un mecanismo resolutorio de problemas. En el habla argumentativa, los participantes en el proceso presuponen que la estructura de su comunicación excluye cualquier coerción, ya provenga de fuera o surja en el proceso, que no sea la del mejor argumento, por lo que neutraliza cualquier motivo que no sea la «búsqueda cooperativa de la verdad».

La interactuación de las partes en la mediación está orientada al entendimiento, donde ellas se esfuerzan en apoyar sus pretensiones aduciendo buenas razones; la calidad de las razones y su relevancia pueden ser puestas en cuestión por la parte contraria; cada una se enfrenta a distintas objeciones, y si fuera el caso, modifica su posición original.

El proceso discursivo de entendimiento que es la argumentación se presenta en forma de división cooperativa del trabajo entre proponentes y oponentes, que consiste en: (i) tematizar una pretensión de validez que se ha vuelto problemática, (ii) adoptar una actitud hipotética una vez liberados de la presión de la acción y de la experiencia, y (iii) examinar con razones y solo con ellas si la pretensión de validez defendida por el proponente debe o no ser admitida.

El objetivo de la argumentación es producir argumentos pertinentes que convenzan a las partes en virtud de sus propiedades intrínsecas, con el fin de aceptar o rechazar las pretensiones de validez. Los argumentos son los medios que permiten obtener un reconocimiento intersubjetivo para la pretensión de validez que el proponente entabla en forma de oferta, y con los que una opinión puede convertirse en saber.

Todas las argumentaciones exigen la misma forma de organización básica, que es la búsqueda cooperativa de la verdad, que subordina los medios de la discusión al objetivo de obtener convicciones intersubjetivas basadas en los mejores argumentos.

La veracidad de las elocuciones expresivas no puede fundamentarse sino solo mostrarse. La no veracidad puede delatarse en la falta de consistencia entre una manifestación y las acciones vinculadas interiormente con ella. Un hablante solo podrá demostrar que piensa realmente lo que dice actuando en consecuencia.

El concepto de acción comunicativa presupone el lenguaje como un medio dentro del cual tiene lugar un tipo de proceso de entendimiento en cuyo transcurso los participantes, al relacionarse con el mundo, se presentan unos ante otros con pretensiones de validez que pueden ser reconocidas o puestas en cuestión.

En todo proceso de entendimiento solo se pone a prueba la parte de saber que los participantes en la interacción utilizan y tematizan para sus interpretaciones, definiendo la situación como una forma de ordenación. Nadie tiene el monopolio interpretativo de la situación. La definición que da de la situación un oponente, y que *prima facie* diverge de la definición de la situación que da uno, representa un problema de tipo especial, porque en los procesos cooperativos de interpretación ninguno de los implicados tiene el monopolio de la interpretación. Para ambas partes, la tarea de interpretación consiste en incluir la interpretación que de la situación hace el otro, de suerte que, en la versión revisada de los dos mundos externos de cada una, sobre el trasfondo de las definiciones de situación antes dispares, se puedan hacer coincidir suficientemente. La definición compartida de la situación es una de las primeras tareas de dirección que asume el mediador al comienzo del proceso de mediación.

En la acción comunicativa que ejercitan las partes en el debate, los participantes de la mediación no se coordinan a través de un cálculo egocéntrico de los resultados, sino mediante actos de entendimiento; no se orientan primariamente al propio éxito; persiguen sus propios fines individuales bajo la condición de que sus respectivos planes de acción puedan armonizarse entre sí sobre la base de una definición compartida de la situación. De ahí que la negociación de definiciones de la situación sea un componente esencial de las operaciones de interpretación que la acción comunicativa requiere.

La diferencia entre la acción estratégica y la comunicativa, ambas acciones sociales, se distingue analizando conceptualmente las actitudes de los participantes, bien orientadas al éxito, bien al entendimiento.

Solo la acción comunicativa posee una significación comunicativa. La acción comunicativa se distingue de las interacciones de tipo estratégico porque todos los participantes persiguen fines «ilocucionarios» con el propósito de alcanzar un acuerdo que sirva de base a una coordinación concertada de los planes de acción individual.

g) El acuerdo alcanzado comunicativamente:

Un acuerdo alcanzado comunicativamente es un acuerdo proposicionalmente diferenciado. El hecho de entenderse es un proceso sobre un acuerdo entre sujetos lingüísticamente competentes. El acuerdo no puede ser inducido desde fuera, sino

aceptado como válido por los participantes; debe cumplir las condiciones de un asentimiento racionalmente motivado por el contenido de una manifestación o enunciado. Un acuerdo alcanzado comunicativamente tiene que tener una base racional, en el sentido de que no puede ser impuesto por ninguna de las partes, ni de forma instrumental por intervención directa en la situación de la acción, ni de forma estratégica mediante un influjo calculado sobre las decisiones de un oponente. El acuerdo se basa en las convicciones comunes.

¿Cuáles son las condiciones que debe reunir un acuerdo alcanzado de forma comunicativa para que cumpla las funciones de coordinación? Existe un mecanismo relativo a la capacidad de coordinar la acción que tienen los actos del habla: la aceptabilidad, y la intención comunicativa del hablante.

La aceptabilidad del acuerdo. No se define en sentido objetivista, es decir, desde la perspectiva de un mero observador, sino desde la actitud realizativa de un participante en la comunicación. Un acto de habla se entiende cuando sabemos qué lo hace aceptable. Desde la perspectiva del hablante, las condiciones de aceptabilidad se identifican con las condiciones de su éxito «ilocucionario». En este sentido, se puede decir que es aceptable un acto de habla cuando cumple las condiciones necesarias para que un oyente pueda tomar postura con un sí frente a la pretensión que a ese acto vincula el hablante.

Estas condiciones no pueden quedar cumplidas de forma unilateral, es decir, ni solo relativamente al hablante, ni solo relativamente al oyente. Son condiciones de reconocimiento intersubjetivo de una pretensión lingüística que, para los distintos actos de habla, establece el acuerdo especificado en cuanto a su contenido sobre obligaciones relevantes para la interacción posterior.

Las pretensiones de validez van conectadas internamente con razones. Un hablante debe la fuerza vinculante de su éxito ilocucionario, no a la validez de lo dicho, sino al efecto coordinador que tiene la garantía que el hablante ofrece de mostrar que está justificada la pretensión de validez que su acto de habla comporta, es decir, de desempeñarla llegado el caso. En este sentido, las pretensiones de validez guardan una relación interna con razones, prestando al papel ilocucionario una fuerza motivadora de tipo racional; por el contrario, las pretensiones, para poder imponerse, tendrían que venir respaldadas por un potencial de sanción.

La intención comunicativa del hablante. La intención comunicativa del hablante consiste: (i) en realizar un acto de habla que sea correcto, en relación con el contexto dado, para poder establecer así una relación interpersonal con el oyente que pueda considerarse legítima; (ii) en hacer un enunciado verdadero o presuposiciones de existencia ajustadas a la realidad para que el oyente pueda asumir y compartir el saber del hablante; (iii) en expresar verazmente opiniones, intenciones, sentimientos, deseos, etc., para que el oyente pueda fiarse de lo que oye.

Todo acuerdo alcanzado mediante el proceso deliberativo genera una comunidad intersubjetiva que cubre planos distintos: el de un consenso, el de un saber proposicional compartido, y el de una mutua confianza en la sinceridad subjetiva de cada uno.

El consenso que se consigue en cada caso se mide por el reconocimiento intersubjetivo de las pretensiones de validez. En el campo de procesos de entendimiento lingüísticamente explícitos, los actores plantean pretensiones de validez con sus actos de habla en la medida en que se ponen recíprocamente de acuerdo. Las pretensiones son de verdad, de rectitud y de veracidad, según se refiera a algo en el mundo objetivo, a algo en el mundo social conjunto, o a algo en el propio mundo.

Que un hablante, en su condición de parte del proceso de mediación, pueda impeler a un oyente a aceptar una oferta no se explica en función de la validez de lo dicho, sino de la garantía surgida de la coordinación que formula de que, llegado el caso, hará realidad la pretensión de validez que ha presentado. En el caso de pretensiones de verdad y de rectitud, el hablante puede dar cumplimiento a su garantía por medios discursivos, esto es, aduciendo razones; en el caso de pretensiones de sinceridad, mediante un comportamiento congruente.

En el curso de las conversaciones, los mediados, en su doble condición de hablantes y oyentes, y contando siempre con la ayuda del mediador, deben estar dispuestos a cooperar mediante el compromiso y el esfuerzo comunicativo, y, así, con el propósito de poder entenderse y lograr en su caso un acuerdo, convendrán que su conversación esté orientada por el conocido principio de cooperación del filósofo Paul Grice, y guiada por sus cuatro máximas de calidad, cantidad, relevancia y modalidad.

CAPÍTULO QUINTO. LA RAZÓN DIALÓGICA-PERSONALISTA COMO FUNDAMENTO FILOSÓFICO DE LA MEDIACIÓN

1. INTRODUCCIÓN A LA PREGUNTA SOBRE LA RAZÓN FILOSÓFICA DE LA MEDIACIÓN

En este quinto capítulo de la tesis, el objeto de la investigación se centra en responder a la pregunta sobre el «ser» de la mediación, cuál es su razón filosófica, la esencia, lo invisible de lo visible, aquello que hace que la mediación sea lo que es y no otra cosa diferente, y el método para abordar la pregunta es fenomenológico. El objetivo es conocer cuál es el fundamento filosófico de la mediación, que se cifra, según Husserl, en ver la necesidad de que algo se comporte de este u otro modo, es decir, descubrir «la validez normativa del estado de cosas referido»[1911].

En toda filosofía existe un objetivo clásico que no es otro que la búsqueda de lo esencial[1912]. El objeto propio de la filosofía para Adolf Reinach lo constituye el estudio de las esencias y de las conexiones apriorísticas entre ellas[1913]. La palabra «razón» cuenta con múltiples implicaciones de significado: junto al empleo más técnico en filosofía, existen en el idioma español distintas pero conectadas acepciones; algunos de estos sentidos, sin ser exhaustivos, son: (i) en su significación más amplia, el término «razón» refiere a la facultad o condición del hombre, así es cuando se dice «estar en su razón» o «perder la razón»; (ii) el sentido de estar en lo cierto o tener una actitud justa, como en la expresión «tener razón»; (iii) razón como motivo: «ha hecho esto por tal razón»; (iv) razón como fundamento: «la razón por la que la madera flota es la densidad, o «razón de antigüedad»; y (v) razón como justificación o explicación: «dar razón de algo». El sentido subyacente a toda esta pluralidad de acepciones cotidianas de la palabra razón, su núcleo significativo o semántico, es «la aprehensión de la realidad en su conexión»[1914]. La filosofía es asunto de la razón que investiga con rigor y sobriedad[1915].

Jürgen Habermas afirma que la filosofía se ha ocupado tradicionalmente de la racionalidad de las opiniones y de las acciones, y que el pensamiento filosófico surge al

---

[1911] XOLOCOTZI YÁÑEZ, Ángel: *Fenomenología de la vida fáctica: Heidegger y su camino a Ser y tiempo*. Ciudad de México: Plaza y Valdés, 2004, p. 39.
[1912] FERRER, Urbano y Sergio SÁNCHEZ-MIGALLÓN: *La ética de Edmund Husserl*. Sevilla: Themata, 2011, p. 26.
[1913] REINACH, Adolf: *Introducción a la fenomenología*. Madrid: Encuentro, 1986, p. 7.
[1914] MARÍAS AGUILERA, Julián: *Introducción a la filosofía*, *op. cit.,* pp. 143-144.
[1915] STEIN, Edith: *¿Qué es filosofía? Un diálogo entre Edmund Husserl y Tomás de Aquino* (trad. Alicia Valero Martín; 2.ª ed.). Madrid: Encuentro, 2008, p. 13.

convertirse en reflexiva la razón representada en el conocimiento, el habla y las acciones; dirá que «el tema fundamental de la filosofía es la razón»[1916].

«La razón es múltiple, a la par que es una»[1917]. Son tres las formas de razón que descubrió María Zambrano: la razón cotidiana, la razón mediadora, que pretende ir más allá de la estrechez de la razón racionalista, y la razón poética, siendo estas dos últimas las que guiaron toda su filosofía[1918]. La razón mediadora no pretende llegar al ser, nace de una renuncia tan fecunda que permite hacer audible la música del pensamiento, en un instante que no lleva tiempo; «toda razón ha de ser mediadora entre la nada y el ser, entre la soberbia de la vida y su acabamiento, su humillación, tal como sucede en las razones constructivas, que pretenden suplantar a la misma vida con su construcción»[1919].

El elemento de la razón es la realidad en búsqueda. La impresión de la realidad nos lanza a la intelección como un ir hacia dentro de las cosas, a través de ellas; el carácter intelectivo de esa intelección es la comprensión, no solo aprehendemos inmediatamente la realidad, sino que la realidad misma nos lanza hacia su comprensión. Este «ir lanzando hacia» es una búsqueda. No es la búsqueda de la realidad sino realidad en búsqueda. Y esta búsqueda es lo que constituye la razón, pues «la razón es constitutivamente búsqueda»[1920].

En los capítulos anteriores se ha abordado la mediación analizando su definición, naturaleza, inquiriendo sobre los elementos descriptivos que componen su concepto. A partir de ahora el estudio se centra en preguntar por la razón filosófica de la mediación, aquella que nos permite aprehender su realidad, conocer qué es la mediación en sí misma, su esencia, y fundamento. Para este propósito es necesario un cambio de actitud en la forma de plantear el estudio de la cuestión, pues la pregunta nos adentra en el ámbito de la filosofía. El fin de la pregunta filosófica es sacar a la superficie lo que permanece oculto de la mediación, aquello que está ahí, pero que no se alcanza a vislumbrar a simple vista.

El filósofo, comenta José Ortega y Gasset, no se coloca ante su objeto como el físico ante el suyo que es la materia. El matemático, y las ciencias particulares, comienzan por delimitar su objeto, el número, su extensión, lo que contienen los atributos más esenciales del asunto; su trabajo se reduce a investigar la estructura interna de su objeto[1921]. Por tanto, comienzan no con un problema sino con algo que dan o toman por sabido; sin embargo, el objeto de la filosofía, ese «todo cuanto hay», no se sabe lo que es. El

[1916] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.*, p. 23.
[1917] ZAMBRANO, María: *Notas de un método*. Madrid: Tecnos, 2011, p. 167.
[1918] LÓPEZ SÁENZ, María Carmen: «Aproximación fenomenológica a la razón mediadora de Zambrano. Intuición y creación», *Revista de Filosofía*, vol. 38, núm. 2 (2013), p. 37.
[1919] ZAMBRANO, María: *Notas de un método*, *op. cit.,* p. 167.
[1920] ZUBIRI, Xavier: *Estructura de la metafísica*, *op. cit.,* p. 151.
[1921] ORTEGA Y GASSET, José: *¿Qué es filosofía? Y otros ensayos*, *op. cit.,* p. 76.

propósito radical de la filosofía es traer a la superficie, descubrir lo oculto o velado. En Grecia, la filosofía comenzó por llamarse *alétheia*, que significa desocultación, revelación, en suma, manifestación. Filosofar es descubrir el ser de las cosas, «decir el ser»[1922], descubrir el sentido primero del ser[1923]. Preguntarse sobre el «ser» es indagar en lo más íntimo de cualquier cosa, en lo que está más profundo de todo, el acto constitutivo de los seres, lo más radical y profundo[1924].

Este es el objetivo de este capítulo, descubrir el ser o «decir el ser» de la mediación, y para ello la ciencia de la que necesitamos echar mano es la filosofía, capaz de formular las últimas preguntas, o los primeros principios.

El objeto de la filosofía es «todo cuanto hay», y busca como realidad lo que es, con independencia de nuestras acciones, es decir, lo que no depende de las acciones del ser humano[1925]. A la pregunta, ¿qué es filosofía?, responde Ortega y Gasset que es el conocimiento del «universo», entendiendo universo como «todo lo que hay», junto con lo que de universal tienen todas las cosas que hay. Otra forma de denominar al «universo» son los primeros principios, primeras raíces; la filosofía es radical porque profundiza hasta la raíz y el filósofo es el especialista en raíces. Si ciencia o razón es «dar razón», esto es, ir de un objeto a su «principio», en filosofía esta operación se extrema, en tanto que el principio será el último, o el primero, según desde qué lado se mire, el principio radical o principísimo[1926]. Comenta Ludwing Wittgenstein que podría también llamarse filosofía a aquello que es posible, y que ¡está ahí!, antes de todo nuevo descubrimiento e invención, siendo uno de los mayores obstáculos para la filosofía la expectación de nuevas y profundas elucidaciones[1927].

La filosofía es «la reconversión del silencio y de la palabra uno en otra»[1928], el comienzo, como «experiencia pura, y por así decirlo, todavía muda, que trata de obligar a que exprese puramente su sentido propio»[1929]. Para Maurice Merleau-Ponty, la tarea filosófica continúa siendo, en términos generales, la de formular una experiencia del mundo, anterior al pensamiento acerca de él, que requiere un retorno al origen de lo trascendental en el ámbito de la existencia, y con ello la búsqueda del sentido de ser del

---

[1922] *Idem*.

[1923] MERLEAU-PONTY, Maurice: *Lo visible y lo invisible* (trad. Estela Consigli y Bernard Capdevielle). Buenos Aires: Nueva Visión, 2010, p. 14.

[1924] AQUINO, Tomás de: *Suma Teológica* (trad. Hilario Abad de Aparicio). Madrid: Moya y Plaza, 1800-1803, p. 29.

[1925] ORTEGA Y GASSET, José: *¿Qué es filosofía? Y otros ensayos, op. cit.,* pp. 60 y 64.

[1926] RUIZ FERNÁNDEZ, Jesús: «La idea de filosofía en Ortega y Gasset», *Revista de Filosofía*, vol. 35, núm. 1 (2010), p. 115.

[1927] WITTGENSTEIN, Ludwig: «Filosofía», *op. cit.*, p. 21.

[1928] MERLEAU-PONTY, Maurice: *Lo visible y lo invisible*, *op. cit.,* p. 118.

[1929] HUSSERL, Edmund: *Meditaciones cartesianas,* 3.ª ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 86.

mundo. Para ello es preciso emprender la tarea de una ontología interna, o de una introontología que se plantee el problema del ser desde dentro del mundo, sin contar con la idea ingenua del ser en sí, ni con la idea correlativa de un ser de la representación[1930]. La filosofía debe abandonar todo aquello que encuentra por adelantado a través de la reflexión y la intuición; no se puede hacer ontología directa, dirá Merleau-Ponty, el «ser» no puede ser contemplado desde fuera, sino que debe ser efectivamente recorrido, su método es indirecto, el ser en los sentidos, y trata de modelar una teoría de la percepción como distancia, trascendencia e imperfección[1931]. Se trata de una ontología que procede interrogativamente, planteando sus preguntas no solamente en relación con lo que busca sino a la vez en relación consigo misma, de manera que la pregunta por el ser y el sentido de ser del mundo se va desdoblando hacia delante y hacia atrás, descubriendo respuestas y silencios[1932].

2. LA PREGUNTA SOBRE EL SER DE LA MEDIACIÓN

2.1. ¿Por qué plantearse la pregunta del «ser» de la mediación?

Si las doctrinas filosóficas tienen algo en común, apunta Jürgen Habermas, es su intención de pensar el ser o «la unidad del mundo por vía de una explicitación de las experiencias que hace la razón consigo misma»[1933]. Julián Marías comenta cómo, al conocer lo que las cosas son, las descubro o despojo de las interpretaciones sociales o históricas en las que son vividas o se presentan, para conferir lo que ellas mismas son, para darles su mismidad o autenticidad. Saber lo que algo es significa, más que saber *qué* es, implica averiguar de qué *modo* de ser es; solo puede hablarse de una idea del ser de las cosas, en cuanto está «dando razón» de lo que hay, «el ser es lo que verdaderamente hay»[1934]. Afirma Martin Heidegger que la tarea de la ontología consiste en «descartar el ser del ente y explicar el ser mismo»[1935], pues toda reflexión sobre el ser necesariamente implica un análisis del fenómeno en sí; pensar sobre «el ser-en-sí» fue el gran desafío de su filosofía[1936]. El «ser» ha de poder especialmente mostrarse, hacerse, o dejarse mostrar tal como es en sí mismo

[1930] PAREDES MARTÍN, María del Carmen: «Merleau-Ponty y la fenomenología», *Daimon*, núm. 44 (2008), p. 39.
[1931] MORENO, Manfredi: «El sentido ontológico del ser», *Intus-Legere: Filosofía*, vol. 9, núm. 1 (2015), pp. 67, 71-72.
[1932] PAREDES MARTÍN, María del Carmen: «Merleau-Ponty y la fenomenología», *op. cit.,* p. 39.
[1933] HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*; t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*; t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.,* p. 23.
[1934] MARÍAS AGUILERA, Julián: *Introducción a la filosofía*, *op. cit.,* pp. 258-259.
[1935] HEIDEGGER, Martin: *Ser y tiempo* (trad., pról. y n. Jorge Eduardo Rivera), 3.ª ed. Madrid: Trotta, 2020, pp. 24-25.
[1936] LUZIA MIRANDA, Ángela: *Técnica y ser en Heidegger*. Salamanca (España): Ediciones Universidad de Salamanca, 2017, p. 114.

y por sí mismo, y esto no es posible con otro método que el de la fenomenología, que no tiene un objeto más propio que el de la ontología, por lo que ambas, ontología y fenomenología, no son sino la filosofía misma definida respectivamente por su objeto y por su método[1937].

El concepto de «ser» es el más universal y por ello no necesita ser definido, pues todo el mundo lo usa constantemente y comprende lo que con él se quiere decir; es un concepto evidente por sí mismo, y resulta comprensible sin más, cualquiera comprende la expresión «el cielo es azul», «soy feliz», y cosas similares; sin embargo, esta universalidad no significa que sea el concepto más claro y que no esté necesitado de una discusión ulterior[1938]. Jorge Eduardo Rivera, en su comentario a la obra *Ser y tiempo* de Edmund Husserl, apunta que la comprensión del ser no está solo en nuestras expresiones lingüísticas, sino en nuestra vida misma, también cuando, sin decir palabras, nos comportamos respecto de los demás y de las cosas, y existe ahí, lo que él denomina una comprensión callada del ser[1939]. Esta misma obviedad demuestra una incomprensibilidad que pone de manifiesto que en todo comportarse y habérselas con el ente en cuanto ente subyace, *a priori*, un enigma. El ser, que tan bien conocemos en la existencia cotidiana, no es algo perfectamente claro para nuestra comprensión explícita, es más bien un profundo e inquietante misterio. La comprensión del término medio, aquella que habitualmente tenemos del ser, no hace más que demostrar una incomprensibilidad[1940]. El ser necesita y puede mostrarse tal como es en sí, o en sí mismo, y por sí mismo; pero el ser no se muestra tal como es en sí mismo y por sí mismo de buenas a primeras, por decirlo de alguna manera, pues al no ser ningún ente, tampoco es ya simplemente accesible como ninguno[1941].

En consecuencia, concluye Heidegger que el hecho de que vivamos ya siempre conviviendo con la comprensión del ser y, al mismo tiempo, el sentido del ser esté envuelto en oscuridad demuestra la principal necesidad de repetir la pregunta del ser[1942]. La consideración de estos tres prejuicios acerca del ser, su universalidad, indefinición y evidencia, que en principio harían innecesaria la pregunta sobre el sentido del ser, ponen de relieve, no solo la falta de respuesta a la pregunta sobre el ser, sino incluso que la pregunta misma se muestra oscura y carece de dirección. Por tanto, concluye que no solo

---

[1937] GAOS, José: *Introducción a El ser y el tiempo de Martin Heidegger*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 27.
[1938] HEIDEGGER, Martin: *Ser y tiempo*, *op. cit.,* p. 47.
[1939] RIVERA, Jorge Eduardo y María Teresa STUVEN: *Comentario a Ser y tiempo de Martin Heidegger*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2008, p. 36.
[1940] *Ibid.*, p. 37.
[1941] GAOS, José: *Introducción a El ser y el tiempo de Martin Heidegger*, *op. cit.,* p. 27.
[1942] HEIDEGGER, Martin: *Ser y tiempo*, *op. cit.,* p. 25.

se debe repetir la pregunta sino elaborar, de una vez por todas, en forma suficiente, su planteamiento[1943]. Al plantear Heidegger la pregunta por el ser, en general, le llevó a la pregunta por el modo de ser del hombre, sin que la pregunta por el ser agote la pregunta por la existencia como apertura del ser[1944].

Si trasladamos el planteamiento ontológico más arriba descrito al «ser» de la mediación, y en relación a su comprensión, parece que sucede algo similar, en tanto que, por un lado, esta se presenta clara y nítida, y cualquiera entiende el contenido de la institución: un método de resolución de conflictos donde las partes con la ayuda de un tercero, el mediador, intentan resolver por sí mismas su disputa. Pero al mismo tiempo, junto a esta obviedad, con la que convivimos, se presenta una incomprensibilidad que se pone de manifiesto en el comportarse y al habérnoslas con la mediación. La comprensión del término medio de la mediación, aquella de la que habitualmente se dispone, no hace más que demostrar una incomprensibilidad; su sentido está envuelto en oscuridad. De mi personal experiencia como docente impartiendo clases de mediación sanitaria en un máster de Dirección de Servicios Sanitarios para facultativos y demás personal sanitario, algunos de los comentarios y preguntas más frecuentes que formulaban estos alumnos al conocer la mediación se tornaban sobre su utopía, algo inalcanzable e imposible de llevar a la práctica.

Esto sucede porque, aun partiendo de una comprensión clara del alcance de la mediación, lo que ella representa aparece como enigmático, llegando incluso a cuestionarse su misma consistencia; surgen preguntas como las que lanzaban los alumnos durante la clase: ¿cómo es posible que dos partes enfrentadas por un conflicto decidan por voluntad propia reunirse y resolver sus diferencias por sí mismas, con el fin de alcanzar un acuerdo que ponga fin a su enfrentamiento, o cuando menos, mejorar sus relaciones?; ¿cómo es posible que las partes decidan mediar sin que nadie les obligue o se lo imponga, sin que esta opción inicial de acudir a la mediación permanezca durante el proceso, y ni las vincule, como sí lo haría el sometimiento a un fuero determinado?; ¿de qué manera puede suceder esto, y conseguir que las partes se pongan a mediar, cuando las separan fuertes intereses contrapuestos, posiciones encontradas, o una comunicación acusadamente deteriorada?; ¿cómo pueden las partes decidir mediar en lugar de hacer valer sus pretensiones frente a un tribunal de justicia o arbitraje para que sea un juez o un árbitro quien sentencie a favor de sus pretensiones? Esta situación de claroscuro que presenta la comprensión del sentido de la mediación, lo que se quiere decir con ella, puede explicarse por el hecho de dar por obvio algo que no lo es, y que solo lo parece.

[1943] XOLOCOTZI YÁÑEZ, Ángel: *Fenomenología de la vida fáctica: Heidegger y su camino a Ser y tiempo*, *op. cit.,* p. 15.
[1944] HEIDEGGER, Martin: *Ser y tiempo*, *op. cit.,* p. 25.

Efectivamente, la oscuridad se presenta porque a veces lo obvio no siempre es claro para la razón filosófica, y puede serlo tan solo aparentemente, al no haber sido sometido a cuestionamiento; otras veces lo obvio es algo claro *in actu exercito,* pero en absoluto *in actu signato*, una cosa es lo que se sabe en el ejercicio del acto y otra lo que se sabe en un saber explícito mediante el logos[1945]. Así, Heidegger afirmará que solo lo obvio, los secretos juicios de la razón común como lo describe Kant, debe ser y continuar siendo el tema expreso de la analítica, el quehacer de los filósofos[1946].

Retomando la disquisición antes expuesta sobre los prejuicios en torno al concepto del ser que consideraba Heidegger, esta consideración le reveló, no solo la ausencia de respuesta a la pregunta del ser, sino que incluso la pregunta misma es oscura, sin dirección, desconociendo exactamente qué es lo que se tiene que preguntar y cómo hacerlo, concluyendo que «la pregunta por el sentido del ser debe ser planteada»[1947].

El hilo de esta disquisición filosófica, en un ejercicio comparativo muy modesto con la comprensión del ser de la mediación, y partiendo igualmente de lo que parece obvio pero que no lo es, nos conduce igualmente a la necesidad de hacer la pregunta sobre el sentido de la mediación, y plantearla de forma adecuada, habiendo alcanzado la certeza de que esa pregunta, la del ser de la mediación, debe ser planteada.

Heidegger quiere destacar el carácter ejecutivo que tiene el planteamiento de una pregunta, como acto de la existencia humana, algo que hay que hacer, por eso en castellano se dice «hacer» una pregunta[1948], y así, continúa cuestionándose: «¿se trata solo de formular la pregunta?, ¿o quizás el preguntar es algo más que formular la pregunta?»[1949].

2.2. La estructura formal de la pregunta del ser

La pregunta por el sentido del ser es fundamental, por lo que precisa explicar lo que pertenece a toda pregunta en general y entender así el carácter particularísimo de aquella[1950]. Una pregunta no se reduce simplemente a una frase interrogativa sin más, es un acto de la existencia humana que busca algo[1951]. Así, afirma Heidegger que «todo

[1945] RIVERA, Jorge Eduardo y María Teresa STUVEN: *Comentario a Ser y tiempo de Martin Heidegger*, *op. cit.,* p. 38.
[1946] HEIDEGGER, Martin: *Ser y tiempo*, *op. cit.,* p. 25.
[1947] *Idem*.
[1948] *Ibid.*, p. 450.
[1949] RIVERA, Jorge Eduardo y María Teresa STUVEN: *Comentario a Ser y tiempo de Martin Heidegger*, *op. cit.,* p. 39.
[1950] HEIDEGGER, Martin: *Ser y tiempo*, *op. cit.,* p. 25.
[1951] RIVERA, Jorge Eduardo y María Teresa STUVEN: *Comentario a Ser y tiempo de Martin Heidegger*, *op. cit.,* p. 40.

preguntar es una búsqueda»[1952], y en cuanto búsqueda, el preguntar necesita ser guiado previamente por parte de aquello que se busca; en el sentido de estar de alguna manera a nuestra disposición, preguntar es buscar conocer el ente en lo que respecta al hecho de que es y a su ser así. Todo preguntar implica poner algo en cuestión, y al preguntar le pertenece además de lo puesto en cuestión, lo interrogado, a lo que propiamnete se tiende, aquello donde el preguntar llega su meta.

Los caracteres de una pregunta, en general, lo que esta implica, es lo siguiente: (i) «algo puesto en cuestión»[1953], algo de lo que se pregunta alguna cosa, como por ejemplo, en la pregunta ontológica se pregunta algo del «ser»; y de aquello de lo que se pregunta algo se requiere tener algún conocimiento, aunque solo sea el del nombre correspondiente[1954]; (ii) «lo preguntado»[1955], aquello por lo que se pregunta, y en el caso de la pregunta ontológica, lo que se pregunta del «ser» es qué es «ser», esto es, cuál es el sentido de este término; (iii) el que pregunta o hace la pregunta; y (iv) algo o alguien a lo que o a quien se hace la pregunta.

En este capítulo de la tesis, se busca conocer qué es la mediación en cuanto al hecho de su ser así; esta pregunta no es un simple preguntar, implica poner en cuestión la mediación partiendo de: (i) en esta pregunta investigadora lo puesto en cuestión debe ser determinado y llevado a concepto, y (ii) en lo puesto en cuestión se tiene aquello a lo que propiamente se tiende, pues el sentido de la mediación «debe estar de alguna manera a nuestra disposición»[1956]; al movernos desde siempre en una comprensión de lo que ella es, no nos resulta algo enteramente desconocido. Finalmente, al preguntarnos sobre cuál es la razón filosófica o sentido de la mediación, lo preguntado nos conducirá a la meta que se persigue, que no es otra que hallar en la respuesta aquello que hace posible o viable la mediación; conocer lo que la mediación es sirve de guía para conducir a las partes que intervienen en una mediación, como aprendizaje idóneo que las capacita para su práctica. Conforme a lo expuesto, también podemos afirmar que lo que guía esa pregunta, no es inalcanzable, ni es algo «enteramente desconocido»[1957], pues subyace en las partes, en los sujetos de la mediación, en sus planteamientos y en su actuación.

Para Heidegger, el problema de la ontología es destacar el ser de los entes y explicar el ser mismo, y considera que toda reflexión sobre la ontología es fenomenológica

[1952] HEIDEGGER, Martin: *Ser y tiempo*, *op. cit.,* p. 26.
[1953] *Idem*.
[1954] GAOS, José: *Introducción a El ser y el tiempo de Martin Heidegger*, *op. cit.,* p. 22.
[1955] HEIDEGGER, Martin: *Ser y tiempo*, *op. cit.,* p. 26.
[1956] *Idem*.
[1957] *Ibid.*, p. 27.

por excelencia[1958], pues la fenomenología en su contenido es la ciencia del ser del ente, la ontología[1959].

3. LA FENOMENOLOGÍA COMO MÉTODO FILOSÓFICO

3.1. La fenomenología

Edmund Husserl (1859-1938) es el fundador del método filosófico conocido como fenomenología, la ciencia descriptiva de la experiencia y sus objetos en la forma en que se experimentan, y se convirtió en uno de los filósofos más influyentes del siglo XX[1960]. El método elegido para investigar la pregunta sobre el ser de la mediación es el fenomenológico que, como explica Heidegger, no trata de una corriente filosófica; la expresión «fenomenología» significa primariamente una concepción metodológica, que no caracteriza el *qué* de los objetos de la investigación filosófica sino el *cómo* de esta[1961]. El método fenomenológico es el método de la crítica del conocimiento, y la fenomenología la doctrina universal de las esencias, aquella donde encuentra su lugar la ciencia de la esencia del conocimiento[1962]. La fenomenología, como la describe Edmund Husserl en las lecciones de su libro *La idea de la fenomenología*, es un conocimiento de las esencias[1963]. En la presentación que Miguel García-Baró realiza de esa misma obra, describe cómo la fenomenología aparece ante Husserl como la ciencia filosófica fundamental, y más aun como el método por excelencia de la filosofía[1964]. La fenomenología se dirige hacia las «fuentes del conocimiento», hacia los orígenes que hay que intuir genéricamente, hacia los datos absolutos genéricos que proporcionan los criterios universales conforme a los que cabe medir el sentido y también la legitimización de todo nuestro confuso pensar, y según los cuales hay que resolver todos los enigmas concernientes a su objetualidad[1965].

Adolf Reinach definió la fenomenología como un método privilegiado de acceso a lo real, «no es un sistema de proposiciones y verdades filosóficas […] sino un método de filosofar que viene exigido por los problemas filosóficos»[1966].

A principios del siglo XX, Husserl lanzó su conocido manifiesto *Zurück zu den Saschen selbst!* (*¡Volver a las cosas mismas!*)[1967]. El regresar a las cosas mismas es un

[1958] LUZIA MIRANDA, Ángela: *Técnica y ser en Heidegger*, *op. cit.,* p. 114.
[1959] HEIDEGGER, Martin: *Ser y tiempo*, *op. cit.,* p. 57.
[1960] COHEN, Joseph y Dermot MORAN: *The Husserl Dictionary*. Londres: Bloomsbury, 2012, p. 3.
[1961] HEIDEGGER, Martin: *Ser y tiempo*, *op. cit.,* p. 48.
[1962] HUSSERL, Edmund: *La idea de la fenomenología. Cinco lecciones* (trad. Manuel García-Baró). Ciudad de México; Madrid; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 60.
[1963] *Ibid.*, p. 21.
[1964] *Ibid.*, p. 8.
[1965] *Ibid.*, p. 115.
[1966] REINACH, Adolf: *Introducción a la fenomenología, op. cit.,* p. 21.

retroceder a la intuición como fuente de conocimiento, a la simplicidad de las cosas mismas al hacerlo sin supuestos y con los límites que pertenecen al darse evidente de la cosa misma[1968]. Alguien podría objetar, apunta Martin Heidegger, que esta expresión «a las cosas mismas» es demasiado obvia, y que expresa, por otra parte, el principio de todo conocimiento científico, pues, «efectivamente se trata de algo obvio, y esta cosa obvia es lo que queremos estudiar de cerca»[1969]. Husserl, con su método, abre un camino para que la filosofía se vuelva de nuevo hacia la realidad y reflexione sobre lo existente[1970]. Pero ¿a qué cosas se retorna?, aquellas que se ofrecen al hombre por vía de presencia. Edmund Husserl orientó toda su filosofía a la búsqueda del «fundamento» de la verdadera objetividad en el saber, del saber inquebrantablemente cierto. Este fundamento del saber filosófico lo buscó en la evidencia, atributo de las «intenciones plenas», actos mentales que no son meros conceptos vacíos, sino que penetran en la realidad de las cosas que se desea conocer[1971].

La fenomenología puede entenderse como búsqueda del sentido de lo más fundamental, se interesa por aquello que constituye la estructura ontológica de cualquier hecho, lo esencial; y lo esencial es lo inteligible, lo que se halla entramado en todo ser y suceder que lo hace ser de tal o cual manera[1972]. El nombre fenomenología se limita a referir la manera de mostrarse, o dejar o hacer que se muestre, lo que sea[1973].

3.2. El concepto de fenómeno

La fenomenología es la ciencia de los fenómenos[1974]. Para la fenomenología el término fenómeno carece de toda connotación kantiana, que conceptúa el fenómeno como algo distinto de la cosa en sí, y de esta manera resulta que es sencillamente lo que aparece en cuanto que aparece, ni más ni menos[1975]. La palabra fenomenología está compuesta por dos términos de procedencia griega: *phainómenon* y logos[1976]. El concepto de fenomenología se explica desde cada uno de los dos componentes que conforman el término: fenómeno y logos, y mediante la fijación del término compuesto por ellos. Una

[1967] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *Cinco grandes tareas de la filosofía actual*. Madrid: Editorial Universidad Francisco de Vitoria, 2016, p. 22.
[1968] XOLOCOTZI YÁÑEZ, Ángel: *¡A las cosas mismas!: Dos ideas sobre la fenomenología*. Ciudad de México: Miguel Ángel Porrúa, 2018, p. 87.
[1969] HEIDEGGER, Martin: *Ser y tiempo*, *op. cit.,* p. 48.
[1970] BURGOS VELASCO, Juan Manuel; José Luis CAÑAS FERNÁNDEZ y Urbano FERRER SANTOS (eds.): *Hacia una definición de filosofía personalista*. Madrid: Palabra, 2006, p. 52.
[1971] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *Cinco grandes tareas de la filosofía actual, op. cit.,* pp. 22-23.
[1972] FERRER, Urbano y Sergio SÁNCHEZ-MIGALLÓN: *La ética de Edmund Husserl*, *op. cit.,* p. 26.
[1973] GAOS, José: *Introducción a El ser y el tiempo de Martin Heidegger*, *op. cit.,* p. 27.
[1974] HEIDEGGER, Martin: *Ser y tiempo*, *op. cit.,* p. 54.
[1975] FERRER, Urbano y Sergio SÁNCHEZ-MIGALLÓN: *La ética de Edmund Husserl*, *op. cit.,* p. 24.
[1976] GAOS, José: *Introducción a El ser y el tiempo de Martin Heidegger*, *op. cit.,* p. 26.

vez analizados los dos conceptos, para Heidegger el sentido formal de la investigación fenomenológica significa «hacer ver desde sí mismo aquello que se muestra, y hacerlo ver tal como se muestra desde sí mismo»[1977].

La expresión «fenómeno» tiene dos significaciones, lo que se muestra y apariencia[1978]. El término fenómeno proviene del griego y significa mostrarse, lo que se muestra, lo automostrante, lo patente; sacar a la luz, poner en claridad, es decir, aquello en que algo puede hacerse patente y visible en sí mismo. Como significación de la expresión fenómeno debe conservarse la siguiente, «lo-que-se-muestra-en-sí-mismo», lo patente[1979]. Los fenómenos, dirá Martin Heidegger, son entonces «la totalidad de lo que yace a la luz del día, o que puede ser sacado a la luz, lo que alguna vez los griegos identificaron, pura y simplemente con los entes»[1980].

Y en este mostrarse el ente parece, y así también en griego fenómeno tiene la significación de lo que parece, lo «aparente», y ambas significaciones tienen coherencia interna, pues tan solo en la medida en que algo conforme a su mismo sentido pretende mostrarse, es decir, ser fenómeno, puede hacerlo como algo que no es, puede tan solo parecer. Esta significación de apariencia se encuentra en su sentido originario, fenómeno es lo patente, como lo fundente de aquella[1981]. El término logos contiene multiplicidad de sentidos, se traduce literalmente del griego como «decir», pero las distintas interpretaciones de esta palabra la definen como razón, juicio, concepto, definición, fundamento y relación. Ese «decir» significa hacer patente aquello de lo que se habla en el decir. El logos es un modo determinado de hacer ver, y la función del logos consiste en hacer que algo sea visto, en hacer que el ente sea percibido, y en cuanto a su sentido, «lo que está siempre ahí, delante, […] y designará el fundamento, o razón de ser, la ratio»[1982].

La fenomenología consistió en una apelación a la inmediatez, y lo más característico de este método filosófico, con técnica de conocimiento descriptivo, es su proceder con absoluta fidelidad al modo de ser de los objetos, al pretender que los objetos le fuesen dados en sí mismos, estando dispuesto Husserl a atender a la contextura peculiar de ellos, sin forzarlos a un determinado modo de presencia, ni rechazar los que no se sometiesen a esta exigencia previa[1983].

Este había sido el error del positivismo; Comte afirmaba la necesidad de atenerse al *positum*, aquello que está puesto y yo encuentro ante mí, reconociendo solo un modo de

[1977] HEIDEGGER, Martin: *Ser y tiempo*, *op. cit.,* p. 48.
[1978] *Ibid.*, p. 49.
[1979] *Idem.*
[1980] *Idem.*
[1981] *Idem.*
[1982] *Ibid.*, p. 54.
[1983] MARÍAS AGUILERA, Julián: *Introducción a la filosofía*, *op. cit.,* p. 136.

darse o presentarse los objetos, el propio de los hechos físicos, es decir, la percepción sensible descartando cualquier otra presunta realidad que estuviera sujeta a esta condición. Husserl hizo suya la exigencia de positividad, pero llevándola a sus últimas consecuencias y con todo rigor; así, la fenomenología considera todo objeto que se hace presente sea cual sea el modo de su presencia, sin tomar posición frente a lo que le es dado; consecuencia de esta actitud fue el redescubrimiento de objetos ideales, y con ello el primer campo de los análisis fenomenológicos[1984].

La fenomenología tiene por objeto las cosas que se manifiestan o muestran tal como se manifiestan. Los fenómenos son lo rigurosamente dado, aquello con lo que me encuentro y que se me hace originariamente presente. Por eso la fenomenología hace su método de la *intuición* y su motor es la evidencia, especialmente en la forma superior que Husserl denomina intelección (*einsicht*). Ahora bien, la fenomenología no se puede detener en la intuición, es algo más concretamente un logos de los fenómenos, de la realidad hecha patente e intuida[1985].

Sin embargo, el ente puede mostrarse a sí mismo de muchas maneras, en función de la forma de acceder a él, afirma Heidegger, existiendo incluso la posibilidad de que el ente se muestre como lo que no es en sí mismo, y en este mostrarse entonces el ente «parece». A este tipo de mostrarse se le llama parecer. De esta manera, en griego fenómeno significa lo que parece o lo aparente. Estas dos significaciones de fenómeno, «lo que se muestra» y «apariencia», tienen una coherencia interna, pues tan «solo en la medida en que algo, conforme a su sentido mismo, pretende mostrarse, es decir, fenómeno, puede mostrarse como algo que él no es, puede tan solo parecer»[1986].

La significación de la apariencia se encuentra ya incluida en la significación originaria de fenómeno en el sentido de lo patente, como fundante de aquella. Finalmente, aclara el filósofo alemán que ambos términos no tienen nada que ver con lo que en su lengua se expresa con la palabra fenómeno, manifestación de algo, porque no significa un mostrarse a sí mismo, sino el anunciarse de algo que no se muestra, por medio de algo que se muestra. «Manifestarse es un no-mostrarse»[1987], es anunciar-se por medio de algo que se muestra, y por tanto los fenómenos no son nunca manifestaciones, pero toda manifestación está necesitada de fenómenos.

[1984] *Idem*.
[1985] *Ibid.*, p. 137.
[1986] HEIDEGGER, Martin: *Ser y tiempo*, *op. cit.,* p. 49.
[1987] *Idem*.

4. EL CONOCIMIENTO DE LA ESENCIA DE LA MEDIACIÓN: LA INTUICIÓN INTELECTUAL

4.1. ¿Qué es la intuición intelectual?

La intuición como concepto proviene de *intueor*, que significa ver de modo inmediato, un tipo de conocimiento que la filosofía ha abordado de modos diferentes a lo largo de la historia[1988].

El principio del recorrido que la fenomenología propone es indagar los conocimientos desde la mayor cercanía posible, lo que Husserl llama la «conciencia originaria», allí donde sea posible presenciar el origen del sentido de todo conocimiento[1989]. El proceder intuitivo es su propiedad exclusiva, es el método específicamente filosófico[1990]. El análisis de las esencias que reclamamos no es un fin sino un medio, y no se agota con la investigación de las significaciones; incluso cuando nos referimos a las palabras y a las significaciones de las palabras, estas no pueden conducirnos a las cosas mismas; es posible el acceso directo a las cosas sin la guía de la significación de las palabras, descubrir nuevas esencias y ser traídas a la intuición[1991].

La intuición no precisa según Bergson una facultad nueva, es una acción desarrollada en el ámbito de los sentidos y la conciencia, no siendo necesario traspasarla sino en la medida en que, por las necesidades de la acción, aquellos han desnaturalizado el tiempo, estatificándolo a través del simbolismo conceptual y del lenguaje[1992]. En esta misma línea, concluirá que el ser «no puede ser contemplado desde fuera y en lo simultáneo, sino que debe ser efectivamente recorrido»[1993].

Edmund Husserl recurrió a la intuición para alcanzar «las cosas mismas», y a la evidencia de que lo dado es realmente lo mentado por las significaciones de las palabras; los conceptos lógicos tienen que tener su origen en ella, en la intuición, si quieren ser unidades válidas de pensamiento. Además de esta intuición sensible de lo individual, Husserl desarrolló la intuición eidética, captadora de esencias, y su equivalente, la intuición categorial[1994].

[1988] GARCÍA CASAS, Pedro: *Amor es nombre de persona en Karol Wojtyla*, *op. cit.,* p. 223.
[1989] FERRER, Urbano y Sergio SÁNCHEZ-MIGALLÓN: *La ética de Edmund Husserl*, *op. cit.,* p. 23.
[1990] HUSSERL, Edmund: *La idea de la fenomenología. Cinco lecciones*, *op. cit.,* p. 118.
[1991] REINACH, Adolf: *Introducción a la fenomenología, op. cit.,* pp. 48-49.
[1992] REVILLA GUZMÁN, Carmen: «Intuición y metafísica: anotaciones a la crítica de Bergson a Kant», *Anales del Seminario de Metafísica*, vol. 19 (1984), p. 210.
[1993] MERLEAU-PONTY, Maurice: *Lo visible y lo invisible*, *op. cit.,* p. 86.
[1994] LÓPEZ SÁENZ, María Carmen: «Aproximación fenomenológica a la razón mediadora de Zambrano. Intuición y creación», *op. cit.,* p. 40.

Para la fenomenología realista, a la esencia de las cosas no se llega señalando cuáles son sus propiedades comunes, o mediante un análisis comparativo con otras realidades, sino mediante la intuición, que consiste en la orientación de la mirada hacia lo que pertenece a la cosa como tal, hacia su ratio o idea[1995]. La intuición supone la dación directa del ser intuido[1996]. Puede ser suficiente una única intuición ejemplar para llevar a cabo una abstracción, verdadero camino hacia la esencia. Se trata del carácter intuitivo del conocimiento esencial que no es un simple mirar, ni se trata de unas proposiciones seguidas de otras en un proceso de inferencia lógica, sino de penetrar en los objetos y en las relaciones entre objetos. Es esta la tarea propia del intelecto, *intus legere*, mirar en el interior de las cosas[1997].

El método fenomenológico es «un agudísimo procedimiento de análisis para penetrar hasta lo más profundo de un material dado todo»[1998], donde: (i) la intuición de las esencias no necesita fundamentación en la experiencia, pero toda intuición encierra en sí misma material sensible; (ii) la tarea del filósofo, cuando analiza la esencia de la cosa material, no es la de examinar y comparar los objetos materiales señalando cuáles son sus propiedades comunes, pues «a la esencia no se llega a través de una comparación y abstracción tales»[1999]. El conocimiento filosófico no se alcanza mediante la inducción; a partir de la intuición, y puede ser suficiente una única intuición ejemplar, es donde comienza la abstracción, verdadero camino hacia la esencia. Y, ¿en qué consiste esta abstracción»; explica Edith Stein que en «un dejar de ver lo que pertenece a la cosa solo accidentalmente»[2000], en una orientación de la mirada hacia lo que pertenece a la cosa material como tal, hacia lo que pertenece a la ratio de la cosa material o a su idea.

La primera investigación fenomenológica es un tipo de visión o contemplación intelectual, un conocimiento intuitivo, denominado por Edmund Husserl como «intuición categorial» o también «visión de las esencias», que consiste en una captación intuitiva de las esencias. Esta captación intuitiva no tiene una inmediatez menor que la sensible, aunque se distingue de ella en que es una visión intelectual, que los filósofos escolásticos denominaban simple aprehensión o simple intuición. El adjetivo simple revela el carácter inmediato, intuitivo y directo del contacto con el objeto, en contraste con el conocimiento

[1995] STEIN, Edith: *¿Qué es filosofía? Un diálogo entre Edmund Husserl y Tomás de Aquino*, *op. cit.,* pp. 32-34.
[1996] SAN MARTÍN SALA, Javier: «Para una reforma de la filosofía», en Rubén SÁNCHEZ MUÑOZ y Sandra GARCÍA PÉREZ (coords.): *Meditaciones sobre la filosofía de Ortega.* Ciudad de México: Universidad Veracruzana y Torres Asociados, 2016, p. 17.
[1997] STEIN, Edith: *¿Qué es filosofía? Un diálogo entre Edmund Husserl y Tomás de Aquino*, *op. cit.,* pp. 32-34.
[1998] *Ibid.*, p. 32.
[1999] *Ibid.*, p. 33.
[2000] *Ibid.*, p. 34.

inferencial[2001]. Adolf Reinach explica cómo la intuición pura de las esencias es el medio para llegar a la intelección y a la aprehensión adicional de estas leyes[2002].

Josef Seifert apunta cómo el hecho de no haber distinguido entre las distintas clases de esencias, necesarias y contingentes, y no haber tenido en cuenta que existen innumerables naturalezas esenciales contingentes que solo las ciencias empíricas pueden investigar, fue una de las objeciones formuladas al método de la visión intelectual de la esencia[2003]. Esto es así porque solo aquellas esencias cuyos elementos están unidos de un modo absolutamente necesario e inteligible, de tal manera que no podrían ser diferentes en ningún mundo posible, es lo que hace posible que la mente penetre en una visión intelectual de la esencia, racional, y se pueda obtener una certeza absoluta de ellas como un todo[2004].

Si la fenomenología alcanza la claridad y distinción (*clara et distincta idea*) mediante la intuición, hay que enfatizar que en Husserl esta intuición es aprehendida en forma reflexiva, es decir, se trata de una intuición reflexiva. El modo como se obtiene la claridad y distinción para Husserl solo es posible mediante un hacer-objeto reflexionante, mediante la reflexión. La claridad y distinción de los fenómenos se obtiene en diversos niveles de la reflexión, por ello en el hacer-objeto reflexionante de la intuición en Husserl se halla esencialmente un carácter teórico-cognoscitivo. Heidegger consideró este rasgo fundamental de la intuición husserliana desde las primeras lecciones. En tanto que esta intuición proporciona el conocimiento, Heidegger la considerará desde un principio como una intuición teórica[2005].

Para Henri Bergson la intuición no es un método más, sino la filosofía misma que capta sin detenerlo el movimiento y la riqueza de lo viviente. La intuición aprehende la individualidad de las cosas que escapa a la percepción común que se concentra en las impresiones útiles para la acción; la inteligencia abstracta no puede intuir de este modo pues analiza y disecciona, sin embargo, inteligencia e intuición se comunican en toda experiencia. María Zambrano parte de la intuición cotidiana que es reveladora y nos afecta, y no se adentra en ella de modo impositivo, sino receptivo[2006]. Es preciso, comenta Maurice Merleau-Ponty, volver a esa idea de la proximidad por distancia, de la intuición

[2001] SEIFERT, Josef: *Discursos de los métodos de la filosofía y la fenomenología realista* (trad. Rogelio Rovira Madrid). Madrid: Encuentro, 2008, p. 26.
[2002] REINACH, Adolf: *Introducción a la fenomenología, op. cit.,* p. 30.
[2003] SEIFERT, Josef: *Discursos de los métodos de la filosofía y la fenomenología realista*, *op. cit.,* p. 32.
[2004] *Ibid.*, p. 27.
[2005] XOLOCOTZI YÁÑEZ, Ángel: *Fenomenología de la vida fáctica: Heidegger y su camino a Ser y tiempo*, *op. cit.,* p. 1.
[2006] LÓPEZ SÁENZ, María Carmen: «Aproximación fenomenológica a la razón mediadora de Zambrano. Intuición y creación», *op. cit.,* p. 39.

como auscultación o palpitación en consistencia, de una visión que es una visión de sí mismo, torsión de sí sobre sí mismo, y que pone en tela de juicio la «coincidencia»[2007].

4.2. La intuición intelectual de la mediación

4.2.1. La captación de la esencia de la mediación

Para el conocimiento fenomenológico de las esencias, al surgir en virtud de un acto cognoscitivo fundamentalmente receptivo que proviene de un estricto «ir a las cosas mismas», resulta absolutamente necesario un cierto tipo de experiencia[2008]. La intuición, como acto intelectual, nos permite captar la esencia de las cosas, aquello que permanece oculto a nuestros sentidos, lo que late detrás de lo patente, como una cualidad virtual que solo se adquiere en virtud de un acto del sujeto[2009]. Pero para aprehender la esencia no se requiere ninguna percepción sensible, pues en este caso se trata de actos intuitivos que pueden llevarse en todo momento dondequiera que se encuentre el sujeto representante[2010].

La esencia del conocer estriba en un aceptar, en un recibir y hacer propio algo que se ofrece; a esta esencia es a la que tenemos que acercarnos, esta esencia es la que tenemos que investigar[2011]. En filosofía se distinguen dos dimensiones de la experiencia: (i) la experiencia singular o repetida de los seres existentes, imprescindible para las ciencias empíricas, y (ii) la experiencia de la esencia y del ser-así, que es suficiente para el filósofo si se investigan esencias necesarias, al estar estas dotadas de pleno significado y ser autónomas en relación a si han sido descubiertas en una experiencia de ejemplos encarnados en el mundo o de modo intelectual, puramente cognoscitivo[2012].

La pregunta que se plantea en relación a la mediación es aquella que no inquiere sobre sus caracteres genéricos y diferenciales, o por su definición, sino sobre su sentido, su validez de ser, para lo cual no sirve la actitud positivista que Husserl denominó naturalista, porque al positivismo le interesan las relaciones causales, no hay sentido sino hechos, como resultado de otros hechos, que agotan su ser en el ser causado; buscar el fundamento filosófico de la mediación implica indagar sobre el sentido, el modo determinado e inalterable de ser de la mediación, su esencia, aquello que le da consistencia. Esto significa que la mediación tiene un estilo o un modo de ser, y la posibilidad de que la mediación se nos dé sin que medie ninguna representación de la

[2007] MERLEAU-PONTY, Maurice: *Lo visible y lo invisible*, *op. cit.,* p. 117.
[2008] SEIFERT, Josef: *Discursos de los métodos de la filosofía y la fenomenología realista*, *op. cit.,* p. 78.
[2009] SÁNCHEZ MUÑOZ, Rubén y Cintia C. ROBLES LUJÁN: «Para una reforma de la filosofía», en Rubén SÁNCHEZ MUÑOZ y Sandra GARCÍA PÉREZ (coords.): *Meditaciones sobre la filosofía de Ortega, op. cit.,* p. 61.
[2010] REINACH, Adolf: *Introducción a la fenomenología, op. cit.,* p. 52.
[2011] *Ibid.*, p. 66.
[2012] SEIFERT, Josef: *Discursos de los métodos de la filosofía y la fenomenología realista*, *op. cit.,* p. 26.

misma. Podemos conocer la mediación, aprehenderla, lo que implica asumir y familiarizarse con el estilo de ser conocido; la forma de aproximarnos a la mediación será la intuición de las esencias, más allá del puro entendimiento.

Se trata de la esencia de algo, que funda el ser o el comportarse de esta o aquella manera[2013]. José Ortega y Gasset define cómo el sentido de una cosa «es la forma suprema de su coexistencia con las demás, es su dimensión de profundidad»[2014]. Sin embargo, para el positivismo no hay un modo de ser, ninguna cosa tiene ser porque solo es resultado de un hecho anterior, por eso es «hecho», y su valor estriba en ser un ensamblaje en la cadena de hechos[2015].

¿Cómo descubrir cuál es la intuición ejemplar que nos lleve al conocimiento esencial de la mediación? El camino no es otro que el que nos lleva a revelar el sentido de la mediación, llevarla por la vía más corta hacia la plenitud de su significado, realizando un esfuerzo de clarificación del sentido que tiene la mediación para el sujeto que la vive. Existen fenómenos, como la mediación, que trascienden la presencia superficial que se nos da en la experiencia, lo que nos dan los sentidos o la percepción sensible; la captación esencial no pertenece a los sentidos porque no está en su superficie, sino en su profundidad.

La captación esencial de los objetos no pertenece a los sentidos, que nos muestran la superficie, sino a la profundidad[2016], como expone José Ortega y Gasset cuando, al preguntarse ¿qué es el bosque?, responde que es una naturaleza invisible, compuesto por los árboles que no se ven, y al atravesar sus senderos, los árboles que antes veía se sustituyen por otros análogos, se va el bosque descomponiendo en trozos sucesivamente visibles, pero «nunca los hallaré donde me encuentre. El bosque huye de mis ojos»[2017], de ahí el proverbio popular que afirma que «los árboles no nos dejan ver el bosque». La misión de los árboles que vemos, los patentes, es hacer latente el resto, el paisaje visible está ocultando otro visible, pues la invisibilidad, el hallarse oculto no es un carácter solo negativo, sino una cualidad positiva que, «al verterse sobre una cosa, la transforma, hace de ella una cosa nueva»[2018]. Lo que late siempre está detrás de lo patente, lo que se muestra y expone, y que se queda en la superficie de las cosas sin desvelar la profundidad, que es lo que late detrás de la superficie[2019]. Hay quienes se niegan a reconocer la profundidad al exigirle que se manifieste como lo superficial, sin aceptar que existan varias

[2013] REINACH, Adolf: *Introducción a la fenomenología, op. cit.,* p. 55.
[2014] ORTEGA Y GASSET, José: *Meditaciones del Quijote*, *op. cit.,* p. 10.
[2015] SAN MARTÍN SALA, Javier: «Para una reforma de la filosofía», *op. cit.,* p. 22.
[2016] SÁNCHEZ MUÑOZ, Rubén y Cintia C. ROBLES LUJÁN: «Para una reforma de la filosofía», *op. cit.,* p. 59.
[2017] ORTEGA Y GASSET, José: *Meditaciones del Quijote*, *op. cit.,* p. 101.
[2018] *Ibid.*, p. 103.
[2019] SÁNCHEZ MUÑOZ, Rubén y Cintia C. ROBLES LUJÁN: «Para una reforma de la filosofía», *op. cit.,* p. 59.

especies de claridad, limitándose a la singular claridad de las superficies; esto sucede porque no se aprecia que a lo profundo le es esencial ocultarse detrás de la superficie y presentarse solo a través de ella, latiendo bajo ella. Al final, Ortega y Gasset definirá el bosque como lo latente en cuanto tal[2020].

¿Y cómo se tiene la experiencia de lo que es latente, de la profundidad de la mediación, que permanece oculta a los sentidos?; la intuición como acto intelectual es lo que nos permite captar la esencia de la mediación.

4.2.2. La intuición intelectual de la mediación: el ámbito relacional

En la fenomenología, en el esfuerzo por volver a las cosas mismas, a la intuición de las esencias, esta no se concibe como una inspiración e iluminación, se precisan peculiares esfuerzos por obtener una aprehensión clara y distinta de los objetos[2021]. Interesa alcanzar esa aprehensión clara y distinta porque con ella se puede llegar a la esencia de la mediación, y como afirma Adolf Reinach, «en la esencia de algo se funda el ser o el comportarse de esta o aquella manera»[2022].

Junto al modo de conocer por conceptos está la intuición; este conocimiento intuitivo tiene unos caracteres diametralmente opuestos a los que posee la inteligencia, y así: (i) se dirige a lo interno y no a lo externo, (ii) penetra lo singular, y (iii) desprecia los símbolos[2023]. La intuición en la que la mediación se nos da y presenta, aquella que nos permite obtener una visión directa de lo profundo del ser de la mediación, y de la que extrae su significación, es el *ámbito relacional dialógico*. La mediación manifiesta su ser en ese ámbito relacional y la intuición intelectual verifica su sentido de ser; el ámbito relacional dialógico es la esencia de la mediación, donde se funda el ser o el comportarse en la manera en que lo hace. Es el ámbito relacional dialógico lo que hallamos en el interior de la mediación, lo que nos sale al encuentro cuando la aprehendemos, como una evidencia indiscutible, una intuición originaria de su contenido. Conocer la esencia de la mediación consiste, como apunta Adolph Reinach, «en un aceptar, en un recibir y hacer propio lo que se nos ofrece»[2024], y es esta esencia de la mediación a la que tenemos que acercarnos, es el ámbito relacional dialógico lo que tenemos que investigar.

4.2.3. Aproximación a la realidad ambital

La intuición intelectual de la esencia de la mediación, el ámbito relacional dialógico, como intuición intelectual, tiene que ser aclarada y conocida, para llevar a cabo a partir de ella

[2020] ORTEGA Y GASSET, José: *Meditaciones del Quijote*, *op. cit.,* pp. 104-105.
[2021] REINACH, Adolf: *Introducción a la fenomenología, op. cit.,* p. 68.
[2022] *Ibid.*, p. 42.
[2023] MORENTE GARCÍA, Manuel: *La filosofía de Henri Bergson*. Madrid: Encuentro, 2011, p. 40.
[2024] REINACH, Adolf: *Introducción a la fenomenología, op. cit.,* p. 50.

una abstracción que consiste en «dejar de ver» lo que pertenece a la mediación solo accidentalmente, lo que también podría ser distinto en la mediación sin que la mediación dejara de ser lo que es. Y en positivo, esta intuición intelectual, el ámbito relacional dialógico, orienta la mirada «hacia lo que pertenece a la ratio […] de la cosa material o a su idea»[2025]. El ámbito relacional dialógico, en la terminología fenomenológica de Maurice Merleau-Ponty, es lo «invisible» de la mediación, aquello que habita y posibilita lo sensible, sin presentarse en lo sensible mismo. La realidad ambital es «el reverso del exceso constitutivo de lo visible»[2026]. En este pensamiento del adentro no existe oposición ni contradicción entre esa interioridad de la mediación, el ámbito relacional dialógico, y su exterioridad, sino que existe entre ambas un principio de cohesión y de entrelazamiento, «un principio de correlación originaria entre el aparecer y el ser, entre la manifestación y la trascendencia»[2027]. En la experiencia es donde se conjuntan lo visible y lo invisible de la mediación, el sentido de la mediación; el ámbito relacional es invisible, pero lo invisible no es lo contradictorio de lo visible, como formula Merleau-Ponty, «lo visible tiene él mismo una textura de invisible, y lo invisible es la contrapartida secreta de lo visible, solo aparece en lo que no se presenta originariamente»[2028]. Es mediante la intuición intelectual como aprehendemos directamente, no a través de representaciones, el ser de la mediación, la realidad ambital, de forma unitaria. La intuición intelectual de la mediación nos transporta a su interior «para coincidir con lo que en él hay de único, y por consiguiente de inexpresable»[2029]. El carácter inmediato de la intuición intelectual, en la medida que es un acto mediante el cual nos transportamos a la interioridad de la cosa para coincidir con ella, no elimina, según Henri Bergson, el esfuerzo de la reflexión[2030]. En consecuencia, es preciso reflexionar sobre lo intuido, sobre aquello que se nos revela, el ámbito relacional dialógico.

El *ámbito* es un término acuñado por el filósofo Alfonso López Quintás para designar un campo de la realidad que tiene el carácter de ser abierta, es decir, que ofrece posibilidades de interactuación, en tanto que no está perfectamente delimitada, a diferencia de lo que sucede con las realidades cerradas, como los meros objetos[2031]. En la realidad se distinguen tres modalidades: los objetos, los ámbitos y los sujetos. Los objetos, cosas de todo tipo, aparecen «enfrente» del sujeto como algo distinto; en latín estar

[2025] STEIN, Edith: *¿Qué es filosofía? Un diálogo entre Edmund Husserl y Tomás de Aquino*, *op. cit.,* p. 34.
[2026] MORENO, Manfredi: «El sentido ontológico del ser», *op. cit.,* p. 68.
[2027] *Ibid.*, pp. 72-74.
[2028] PAREDES MARTÍN, María del Carmen: «Merleau-Ponty y la fenomenología», *op. cit.,* p. 40.
[2029] BERGSON, Henri: *El pensamiento y lo moviente*. Buenos Aires: Cactus, 2013, p. 56.
[2030] REVILLA GUZMÁN, Carmen: «Intuición y metafísica: anotaciones a la crítica de Bergson a Kant», *op. cit.,* p. 211.
[2031] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *Descubrir la grandeza de la vida: una vía de ascenso a la madurez personal*, *op. cit.,* p. 37.

enfrente se dice *ob-jacere*, verbo del que se deriva *objicere*, cuyo participio es *objectum*. Las realidades que se sitúan enfrente del sujeto y que no comprometen su ser de sujeto son objetos o realidades objetivas[2032]. También existen en nuestro entorno realidades que son en un aspecto delimitables, asibles, dominables, y en otro, sin embargo, no lo son; como ejemplo, una tabla cuadrada en un taller de carpintería no ofrece posibilidad alguna de realizar actividad, se presenta como un mero objeto; pero si sobre la tabla el sujeto pinta unos cuadrados negros y blancos, la tabla se convierte en un tablero, en una realidad abierta, en un ámbito, capaz de ofrecer posibilidades de jugar al ajedrez, o a las damas. Se diferencian así las realidades abiertas y las cerradas, con estas últimas la persona no mantiene relación alguna. En el ejemplo anterior, el tablero tiene un rango superior a la tabla vista como simple objeto, se sitúa en un nivel. Al tipo de realidad abierta que no está delimitada es a la que se denomina *ámbito*. La condición de ámbito no solo la poseen los sujetos, las personas, sino como se ha expuesto, algunos objetos como el piano, que como mueble seguirá siendo un objeto, pero como instrumento musical es un ámbito, al ofrecer posibilidades de actuación a quien se relaciona con él[2033].

Los ámbitos están delimitados como los objetos, pero están abiertos a otras realidades, pueden ser afectados por la acción de otros seres y a la vez ejercer un influjo sobre ellos; pese a su delimitación, abarcan cierto campo de la realidad. Un libro, como obra literaria, implica al lector, incentiva su imaginación, es fuente de posibilidades y origen de iniciativas, constituye todo un ámbito de realidad. Por último, entre los ámbitos de realidad destacan algunos por su enorme iniciativa, los sujetos, o personas, con capacidad para planear proyectos, producir obras literarias, y tomar decisiones[2034].

La actitud de la persona frente al objeto, la tabla, y al ámbito, el tablero, es diferente; con la primera la actitud puede ser de dominio, manejo y disfrute, al ser una realidad delimitable, medible, o transportable de un lugar a otro, mientras que con la segunda la actitud es diametralmente opuesta, al mediar una relación de respeto, estima y colaboración. El tablero, en cuanto permite el juego de ajedrez o las damas, no permite al sujeto una actuación arbitraria, sino que le obliga a seguir unas normas dictadas por un reglamento para jugar. La libertad de actuación con la tabla es de manipulación, o de maniobrar al libre antojo del sujeto, mientras que con el tablero se necesita ejercitar una libertad creativa que permite mantener una unión más íntima. La actitud que mantiene el

[2032] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *Inteligencia creativa: el descubrimiento personal de los autores*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2002, p. 36.
[2033] *Ibid.*, pp. 38-40.
[2034] *Idem*.

sujeto con la tabla se sitúa, para Alfonso López Quintás, en el nivel 1, y con el tablero en el nivel 2[2035].

A diferencia de los objetos que son una forma de la realidad tangible, y por su modo de presentarse son medibles, susceptibles de valoración, los ámbitos son tan reales como los objetos, pero no se imponen, son más discretos y parecen ocultarse, y solo se revelan al sujeto que entra en relación activa con ellos[2036]. La transformación de los objetos a la condición de ámbitos hace posible a su vez el «encuentro», unión de dos campos de relación con iniciativa, y ofrecimiento mutuo de posibilidades que pide reciprocidad[2037].

El conocimiento de los «ámbitos» resulta decisivo para puntualizar los diferentes modos de unidad que los sujetos, las personas, pueden crear con los distintos seres existentes en su entorno, en especial para la creación de ámbitos dialógicos con los demás seres personales, con quienes se compromete fundando ámbitos de convivencia[2038].

4.2.4. La realidad ambital como esencia de la mediación

La esencia de la mediación es su realidad ambital, lo que la hace ser de la manera que es, y consiste en su condición de ámbito, una forma de realidad que no resulta tangible, y cuya presencia es discreta, no se impone; una misma realidad, la mediación, posee dos vertientes: una objetiva, la mediación como institución jurídica social, la otra ambital, y ambas se integran y complementan por los sujetos que se relacionan con ella. La realidad objetiva de la mediación ya está dada, y configurada, sin embargo, como ámbito, la mediación necesita de la libertad creativa de las personas que participan en el proceso de la mediación, quienes median y el mediador.

Los elementos configuradores de la mediación, como son, entre otros, la voluntariedad de las partes, la existencia de un conflicto, la imparcialidad y neutralidad del mediador, presuponen todos ellos su contenido formal, pero aun dándose, no son suficientes por sí mismos para hacer nacer un proceso de mediación. Es imprescindible que las partes que acuden al proceso de mediación sean quienes integren esa doble vertiente de la realidad de la mediación, la objetiva con la ambital.

Integrar la mediación como realidad objeto y como realidad ambital es imprescindible, y para que se realice una experiencia de mediación, es imprescindible que

[2035] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *Descubrir la grandeza de la vida: una vía de ascenso a la madurez personal*, *op. cit.,* pp. 36-38.
[2036] *Ibid.*, p. 40.
[2037] *Ibid.*, p. 42.
[2038] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *El poder del diálogo y del encuentro: Ebner, Haecker, Wust, Przywara*, *op. cit.,* p. 13.

las partes que participan en el proceso de mediación sean capaces de crear lo que constituye su esencia, el ámbito relacional dialógico.

Esta realidad ambital puede estar presente, aunque de modo diferente, en un proceso judicial, y surgirá también de la actitud que mantengan las partes o sujetos que deciden someter la resolución de su conflicto a los tribunales de justicia, y que se manifestará en cómo se relacionan como contendientes con los demás profesionales que intervienen en el pleito, la norma y el órgano jurisdiccional. Sin embargo, el objeto del proceso judicial, como realidad ambital, no constituye la esencia del proceso judicial, y sí lo es sin embargo en un proceso de mediación.

Cuando un sujeto es llamado al proceso judicial en su condición de demandado, o cuando es él quien ejercitando una acción interpone una demanda, es suficiente para que se dé el pleito, para «pleitear», que ambas partes desplieguen una actitud respetuosa, asumiendo la posición procesal que a cada una de ellas le corresponde, y lidiar en defensa de sus respectivos intereses; bastará que cada una de ellas, incluido el tribunal, actúen conforme la normativa procesal para que exista actividad jurisdiccional, y se pueda obtener una resolución que ponga fin al contencioso. La sola voluntad individual del demandante, sin que concurra (pudiera incurrir en situación de rebeldía) la del demandado, y la observación de las normas procesales servirán para que un conflicto pueda enjuiciarse, y las partes vean estimadas o desestimadas las pretensiones ejercitadas en el proceso.

Sin embargo, para «hacer» mediación, o mediar, no basta que las partes mediadas y el mediador asuman sus respectivas posiciones; para que surja la actividad mediadora no es suficiente con una actitud de colaboración o respetuosa con la mediación, y con seguir el procedimiento prescrito; es imprescindible, y por eso es esencia, que las partes con su actitud hagan nacer ese ámbito relacional dialógico.

El ámbito, esencia de la mediación, es relacional porque es intersubjetivo, pues son los sujetos quienes lo fundan y posibilitan, permitiendo a las partes situarse en lo que el filósofo Martin Buber denomina la esfera del «entre», situada en una dimensión diferente a la propia, la de cada una de las partes, y donde no se interactúa con la otra desde el propio centro, sino desde el respectivo de cada uno, consiguiendo así estar centrados[2039].

La actividad mediadora precisa, por corresponder a su esencia, que las partes al acudir a la mediación con el propósito de solucionar por sí mismas, y con la ayuda de un mediador, sus disputas, o al menos conseguir reducir sus diferencias, o mejorar su relación, que no se sitúen entre ellas y frente a la problemática del conflicto de forma

[2039] BUBER, Martin: *Yo y tú*, *op. cit.,* p. 24.

individual, propia de una relación distante y de exterioridad, sino que sean capaces de conformar un ámbito dual y dialógico, donde la otra parte deja de ser extraña y ajena[2040].

Para que esto suceda, y las partes en la mediación estén en condiciones de fundar ese ámbito relacional que no les viene dado con solo reunir la voluntad de mediar, se les requiere que adquieran una forma de pensar y actuar en términos de contraste y no de dilema; un cambio en la relación entre las partes y en el modo de ver y tratar el conflicto, donde los términos que forman un contraste se complementan y potencian entre sí, sin que sea necesario optar entre ellos; sin embargo, los del dilema se oponen y obligan a decidirse por uno o por otro[2041].

El conocimiento intelectual que adquieren las partes sobre el alcance del conflicto, el análisis racional de sus posiciones enfrentadas, y su voluntad de arreglar las diferencias, no hacen nacer de por sí la actividad mediadora. El ámbito relacional incorpora a la mediación otro tipo de conocimiento que complementa al intelectual, y es el conocimiento comprometido, que va más allá de la neutralidad objetiva, y al que no le es ajeno el esfuerzo por comprender lo extraño y hostil. Este conocimiento comprometido conduce a la verdadera objetividad, porque el adversario o contrincante se convierte en un educador; si las partes permanecen en la actitud de un racionalismo cerrado sobre sí mismo, esto las llevará irremediablemente, en aquellos asuntos que interesan al destino del individuo o colectivo, a «la indiferencia ante los contrarios y la abstención ante la acción»[2042].

4.3. El ámbito relacional se constituye en el «nosotros»

4.3.1. La comunidad personalista del nosotros

El ámbito relacional que se ha descrito en los epígrafes anteriores como esencia de la mediación, aun siendo una abstracción formal, se materializa en el *nosotros* como primer nivel de comunidad que puede darse en la sociedad. El mundo del nosotros, explica Emmanuel Mounier, se opone al mundo del «se» caracterizado por la ausencia de una voluntad común, por el dejar hacer y la indiferencia. En este mundo del «se», el primer paso de la iniciación de la persona a la comunidad es la toma de conciencia de su vida indiferente a los otros, indiferenciada de los otros, lo que constituye su inevitable vínculo con la comunidad[2043]. La comunidad se presenta inalcanzable y no se logra si se esquiva a la persona, y si se asienta en alguna otra cosa que no sean las personas, «porque el nosotros sigue al yo», no puede precederle. El yo y el nosotros no se constituyen el uno sin

[2040] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *Descubrir la grandeza de la vida: una vía de ascenso a la madurez personal*, *op. cit.,* p. 36.
[2041] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *Inteligencia creativa: el descubrimiento personal de los autores*, *op. cit.,* p. 233.
[2042] MOUNIER, Emmanuel: *El personalismo. Antología esencial*, *op. cit.,* p. 618.
[2043] *Ibid.*, pp. 83 y 85.

el otro. El mundo del «se», sin embargo, es disperso y está hecho de la dispersión de los individuos. El nosotros orgánico es una realidad espiritual consecutiva del yo, no surge de la desaparición de la persona sino de su realización[2044]. El vínculo de la persona con las comunidades es orgánico, por lo que puede afirmarse, y no de modo figurado, que son en verdad «personas colectivas, personas de personas»[2045]. El personalismo solo puede ser comunitario siempre que, a la vez, lo comunitario, en nuestro caso el nosotros, sea personal, ni antes ni después, y bajo la consigna de la responsabilidad[2046].

El momento de dar comienzo al nosotros comunitario lo cifra Mounier en el día en que cada uno de sus miembros, cada persona particular, descubre al otro como persona y comienza a tratarlo como tal, lo eleva y sitúa por encima de sí «hacia cada uno de los valores singulares de su propia vocación y así se eleva con cada una de ellas»[2047]. En la comunidad del nosotros, el otro no comienza a ser un integrante de la misma hasta el día en que se convierte para cualquier otra persona en una segunda persona. Esta consideración de segunda persona se traduce en que esa persona es deseada como primera persona en relación con ella, al descubrir a la persona como un tú, eliminando la tercera persona[2048].

El modo de adentrarse en la comunidad es el aprendizaje del prójimo, como persona en su relación con la propia persona, lo que se ha denominado el aprendizaje del tú[2049]. La filosofía de la tercera persona es la de la inmanencia pura, donde cada uno dispone del otro para sí como un receptáculo, un él, una cosa, un no importa qué intercambiable, y sin valor propio. La afirmación tercera persona carece de sentido, existe una primera y una segunda, y el impersonal «hace frío». Sin embargo, la inmanencia en una comunidad personalista es la compenetración de personas entre sí, que siguen siendo un yo y un tú pero separados, donde cada una se descentra de alguna manera y vive en la otra, están separadas pero su relación es el amor[2050].

La actividad procesal judicial o arbitral se desarrolla en la dispersión del «se», en el mundo impersonal, pues cada una de las partes del proceso interviene desde una separación absoluta, consecuencia de haber asumido una posición antagónica, bien como parte demandada o demandante, o bien la de tercero coadyuvando a cualquiera de las otras dos; cada una de las partes se comporta en el proceso respecto de la otra como alguien que le resulta extraño y hostil, al que hay vencer para no ser vencido. Esta

[2044] *Ibid.*, p. 87.
[2045] *Ibid.*, p. 91.
[2046] SELLÉS DAUDER, Juan Fernando (ed.): *Propuestas antropológicas del siglo xx,* 2.ª ed. Pamplona (España): Ediciones de la Universidad de Navarra, 2006, 2 vols., p. 154.
[2047] MOUNIER, Emmanuel: *El personalismo. Antología esencial*, *op. cit.,* p. 88.
[2048] *Ibid.*, p. 89.
[2049] *Ibid.*, p. 88.
[2050] *Ibid.*, pp. 89-90.

actuación adversarial que despliegan las partes durante la tramitación de un proceso judicial es del todo admisible, lógica y coherente en sus planteamientos, pues ambas están enfrentadas como consecuencia de defender derechos e intereses que se han visto lesionados. La tercera persona aparece aquí en la persona del otro como contrincante, una «naturaleza indeterminada, tipo humano sin rostro»[2051], y el nosotros de la comunidad personalista es reemplazado por el vosotros, «la comunidad pensada colectivamente, abstracción hecha de mí mismo»[2052].

El mundo del «se» impersonal que surge en la dinámica del conflicto, donde cada una de las partes está diametralmente separada de la otra por tener contrapuestos intereses y derechos, se prolonga con la iniciación y prosecución de un procedimiento judicial. El enfrentamiento adversarial con el que acuden las partes a un proceso judicial es propio y natural de la actividad procesal judicial o arbitral, permaneciendo durante la contienda y llegando incluso a acentuarse tras obtener el fallo judicial. Sin embargo, en la actividad mediadora, la voluntad de las partes para mediar es incompatible, por afectar a su esencia, con el mundo impersonal y disperso de la tercera persona, al reclamar para sí la creación del ámbito relacional de la primera persona del plural, el nosotros orgánico, «abarcando y uniendo una infinitud de predilecciones singulares»[2053].

Para desarrollar la actividad mediadora, las partes que deciden mediar deben abandonar el mundo impersonal de la tercera persona donde se han podido instalar, y que se materializa en un perpetuo e irreconciliable combate frente al otro, para adentrarse en la comunidad personalista que se constituye en el «nosotros». No es esta una comunidad o asociación de tipo legal, sino una realidad espiritual, plenamente presente en el proceso de mediación al ser traída y mantenida por las partes, y a partir de la cual se sientan las bases de actuación para con el otro. El pronombre nosotros no se reduce, explica Alfonso López Quintás, a una simple ficción gramatical, es una realidad ambital, que expresa un modo de realidad «in-objetiva», y como tal no es asible ni delimitada como los objetos[2054].

Para Emmanuel Mounier, lo que fundamenta la comunidad personalista del nosotros, la persona de personas o personas colectivas, no es tanto la voluntad común que las aglutina, la actividad colectiva que despliegan como miembros, o su mismo entusiasmo, sino «los valores que la sobrepasan y que ella misma encarna»[2055].

El objeto de estudio e investigación prosigue a continuación profundizando en el conocimiento del funcionamiento de la comunidad del nosotros como realidad ambital de

[2051] *Ibid.*, p. 89.
[2052] *Idem*.
[2053] *Idem*.
[2054] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *El poder del diálogo y del encuentro: Ebner, Haecker, Wust, Przywara*, *op. cit.,* p. 89.
[2055] MOUNIER, Emmanuel: *El personalismo. Antología esencial*, *op. cit.,* p. 91.

la mediación, incorporando las aportaciones que a este respecto nos brinda la filosofía personalista.

4.3.2. La comunidad y la subjetividad de la persona

El concepto de comunidad o realidades colectivas suele vincularse a la idea de cierta estructura u organización estática regulada por la ley, sin embargo, en el personalismo de comunión de Karol Wojtyla contiene un significado tanto real como conceptual, una realidad a la par que principio o idea[2056]. Su personalismo parte de la dinámica ontológica-espiritual del sujeto personal, demostrando que la vitalidad de la comunidad se nutre del intercambio de las existencias y de la reciprocidad. En la metodología de su análisis antropológico, la persona precede a la participación en la comunidad, porque solo una comprensión rigurosa del actuar de la persona puede conducir a una interpretación correcta de la cooperación, y no al revés[2057].

Wojtyla parte de la experiencia de que el hombre actúa, y después se fija en que a menudo el hombre actúa con los otros[2058]. A diferencia del procedimiento empleado en la filosofía tradicional, en primer lugar, analizará la acción para a través de ella descubrir a la persona y su relación con las demás personas, siendo por tanto la acción quien la revele[2059].

La comunidad personalista del nosotros surge como relación, o también como suma de las relaciones existentes entre los sujetos que la conforman. Además de la multiplicidad de sujetos a los que hace referencia, lo que caracteriza a la comunidad es la unidad de esa multiplicidad. No se la debe reducir a la materialidad del hecho de un existir y obrar unos sujetos en común. Que el hombre exista y obre junto a otros como realidad material no dice nada de la comunidad, sino solo de la multiplicidad de unos sujetos agentes, las personas. La unidad que aúna la multiplicidad es lo que conforma la comunidad[2060].

El carácter accidental de la unidad en la comunidad pasa a un primer plano y constituye el fundamento de cuanto se puede decir de una persona, cuando al hablar de ella lo hacemos en términos de su pertenencia social. Así, decimos de alguien que es médico o ciudadano[2061]. Lo que deriva de esa accidentalidad, es decir, de las relaciones

[2056] WOJTYLA, Karol: «La persona: sujeto de la comunidad», *op. cit.,* pp. 77-78.
[2057] GUZOWSKI, Krzysztof: «El personalismo de comunión en Karol Wojtyla», en Juan Manuel BURGOS VELASCO (ed. lit.): *La filosofía personalista de Karol Wojtyla*, *op. cit.,* p. 198.
[2058] *Idem*.
[2059] WOJTYLA, Karol: *Persona y Acción*, *op. cit.,* p. 18.
[2060] WOJTYLA, Karol: «La persona: sujeto de la comunidad», *op. cit.,* p. 75.
[2061] *Ibid.*, p. 76.

entre las personas, es definitorio al ofrecer la base de un juicio, en primer lugar, de todas ellas, y en segundo lugar, sobre cada una de las personas de esa colectividad[2062].

La relación o conjunto de relaciones, a través de las cuales un conjunto de personas se constituye en una unidad social, si bien es una realidad objetiva que cualifica a todos y a cada miembro de esa colectividad, lo es también desde el punto de vista de la conciencia y de la persona y lo vivido en su experiencia. Las relaciones de los sujetos que se entreveran en la comunidad son una realidad objetiva que cualifica, no solo a todos ellos como multiplicidad, sino también y a la vez a cada uno de ellos como individualidad. De esta manera, Karol Wojtyla resalta la evidencia de la estrecha correspondencia y adecuación que se da entre la comunidad y la subjetividad personal del hombre. La comunidad no es la sociedad ni viceversa, sin embargo, la sociedad se realiza a través de la comunidad de sus integrantes, resultando así que se configura como algo esencial desde el punto de vista de la subjetividad personal de los miembros de una sociedad[2063].

El concepto de comunidad refiere al concepto de persona-sujeto, entendido en apertura a los demás, capaz de trascenderse y de autoplenitud[2064]. Su significado no es solo ontológico, sino axiológico o normativo. Como norma, la comunidad se presenta como esencial para la convivencia, para que los hombres puedan actuar unos junto a otros, y donde existe un valor especial, el bien común, que puede ser descubierto siguiendo ese con-vivir desde el punto de vista de la subjetividad de cada uno de ellos.

«Por comunidad entendemos lo que une», afirma Wojtyla[2065], distinguiendo la existencia de dos dimensiones en la comunidad humana: por un lado, la interpersonal representada en la relación «yo-tú», y por otro, la dimensión social del «nosotros», y en ambas relaciones, la subjetividad personal del hombre es el elemento clave para comprenderla. Cuando las personas, viviendo su subjetividad personal, adquieren conciencia de constituir un nosotros determinado, se experimentan a sí mismas en esa nueva dimensión comunitaria[2066]. En la dimensión comunitaria del nosotros permanecen el «yo» y el «tú», pero cambia totalmente el enfoque de la relación, pues viene trazada por un valor especial, el bien común.

4.3.3. El nosotros y el bien común

¿Qué contiene el pronombre nosotros? El método que emplea Karol Wojtyla contiene dos procesos, la experiencia y la comprensión; la primera es el proceso primario y vivencial por

[2062] *Ibid.*, p. 90.
[2063] *Ibid.*, p. 78.
[2064] GUZOWSKI, Krzysztof: «El personalismo de comunión en Karol Wojtyla», *op. cit.,* pp. 199-200.
[2065] WOJTYLA, Karol: «La persona: sujeto de la comunidad», *op. cit.,* p. 89.
[2066] *Ibid.*, p. 91.

el que la persona se relaciona con el mundo, y la segunda es la consolidación cognoscitiva de la experiencia[2067].

Para Karol Wojtyla, el nosotros expresa una colectividad formada por personas, a la que podemos llamar de formas distintas como grupo social, familia, etc., y que carece en sí misma de un ser sustancial. La multiplicidad puede ser cuantitativamente diversa, variar en el número de sus miembros, por ejemplo, en el supuesto de un matrimonio, son dos las personas que lo conforman, en una familia son algunos, miles en el caso de una ciudad. En todas estas realidades se realiza de forma analógica el «nosotros», donde los distintos sujetos de la colectividad que actúan en común están en relación con un valor, el bien común[2068].

El pronombre nosotros nos sumerge en un espacio de relaciones distintas de las que acontecen entre los pronombres personales «yo» y «tú», distinguiéndose una doble dimensión en la comunidad, la social y la interpersonal, respectivamente. Así, mientras la dimensión interpersonal remite directamente al «yo» y «tú», tan solo indirectamente se refieren a la multiplicidad de las personas; y en sentido contrario lo hace el «nosotros», que directamente manifiesta una multiplicidad, y solo indirectamente apunta a las personas que a ella pertenecen[2069].

Y aunque en la comunidad las dimensiones «yo-tú» y «nosotros» son diferentes y no pueden reducirse la una a la otra, en la experiencia de la vida comunitaria sí que necesitan compenetrarse y condicionarse mutuamente[2070]. La dimensión del «nosotros» por su propia naturaleza no sustituirá ni disminuirá nunca al «yo» ni al «tú», y si esto sucediera la causa habría que encontrarla en la relación con el bien común[2071].

El yo se asienta en la base y está presente en toda relación de la persona con el «otro», bien se trate de un «tú» o del «nosotros»[2072].

La relación de la comunidad y la persona se asienta sobre la subjetividad personal del hombre, y en consecuencia sobre el hecho de que toda persona es un «yo» o un «tú», y no un «él». La comunidad no solo refiere a muchos sujetos sino a una subjetividad de esa multiplicidad, diferenciando de esta manera el nosotros de los pronombres «él» o «ellos», que designan al hombre-objeto. Por eso, Wojtyla abordará el análisis de la acción de la persona, en concreto la subjetividad del sujeto, para comprender la multiplicidad, el «nosotros». Y aunque la multiplicidad es conformada por la suma de muchos «yo», de

[2067] BURGOS VELASCO, Juan Manuel: *Para comprender a Karol Wojtyla: una introducción a la filosofía*, *op. cit.,* p. 87.
[2068] WOJTYLA, Karol: «La persona: sujeto de la comunidad», *op. cit.,* p. 91.
[2069] *Ibid.*, p. 90.
[2070] *Ibid.*, p. 103.
[2071] *Ibid.*, p. 93.
[2072] LOZANO ARCO, Sergio: *La interpersonalidad en Karol Wojtyla*, *op. cit.,* p. 37.

muchos sujetos obrando en consonancia, lo determinante no es la pluralidad de acciones conjuntas, que se realizan una junto a la otra, sino el hecho de estar engarzadas todas ellas en un valor, el bien común[2073].

La dimensión social del «nosotros» enriquece la dimensión interpersonal, la persona permanece en aquella como un «yo» y como un «tú», y lo que cambia es el enfoque de la relación, al mismo tiempo que implica nuevas tareas y exigencias para esa nueva relación. En esta relación del nosotros, «el "yo" y el "tú" encuentran también su recíproca relación a través del bien común que se erige en una unidad nueva entre ellos»[2074].

En la dimensión del nosotros, el «yo» se constituye mediante la subjetividad personal, a través de la actuación y del existir en común con otros, y de forma distinta a como se realiza en la relación interpersonal «yo-tú»; en la dimensión social la persona también confirma su subjetividad personal, donde la relación de las personas con el bien común adquiere una relevancia decisiva[2075].

Este «nosotros», la relación común de varios «yo» con el bien común, es una manifestación concreta de trascendencia de la persona, que le es propia, y en consecuencia con lo relacionado con la autorrealización del yo subjetivo. La relación con el bien común, que unifica a la pluralidad de los sujetos en un solo «nosotros», debe estar fundada a su vez en la verdad y en el bien verdadero o digno. En esa relación de los sujetos con el bien común, la multiplicidad de sujetos se revela a sí misma, y también a otros como un bien definido «nosotros»[2076].

El concepto del «nosotros» en Wojtyla remite al concepto de persona entendida como abierta a los demás, capaz de trascendencia y autoplenitud[2077]. La trascendencia es una experiencia de la persona donde se sobrepasa a sí misma, y se revela como un ser que se encuentra más allá de sí, al mismo tiempo que es plena y verdaderamente él mismo. En el pensamiento de Wojtyla esta trascendencia se experimenta especialmente en el momento del encuentro con las demás personas. Al reconocer la alteridad del «otro», esto no significa que lo considero como algo fuera de mí, sino como un «otro yo», otra persona que se presenta en la experiencia. Las dos experiencias de la persona de «sí misma» y del «otro» permanecen en el ámbito de la subjetividad, experimentar al «otro» como una subjetividad diferente de uno mismo, y experimentarlo como a uno mismo[2078].

[2073] WOJTYLA, Karol: «La persona: sujeto de la comunidad», *op. cit.,* p. 91.
[2074] *Ibid.*, p. 92.
[2075] *Idem*.
[2076] *Idem*.
[2077] GUZOWSKI, Krzysztof: «El personalismo de comunión en Karol Wojtyla», *op. cit.,* p. 201.
[2078] *Ibid.*, p. 196.

El bien común corresponde por tanto a la trascendencia de la persona, y esta pertenece a la estructura del «yo» humano, pertenece a la subjetividad personal de una forma fundamental[2079]. Este valor singular que es el bien común se constituye, por tanto, en la base objetiva de la dimensión social del «nosotros». Si bien la experiencia nos muestra cómo la dimensión social del «nosotros» puede convertirse a veces en un espacio de conflicto, el bien común puede implicar una mayor plenitud que el bien individual, pues aquel afecta a la realización personal o autoperfección individual, propia del sujeto humano. En este sentido, el bien común posee un carácter de supraordenación y está en relación con la trascendencia de la persona. Este carácter de supraordenación del bien común, de mayor plenitud de valor, lo cualifica, y se manifiesta en el hecho de que el bien individual de cada una de las personas que componen la dimensión social del «nosotros» se expresa y se realiza de modo más completo. En consecuencia, a través del bien común el «yo» personal es capaz de encontrarse a sí mismo, de un modo más pleno y radical, en el «nosotros» de la comunidad social[2080].

La superioridad del bien común respecto de los bienes individuales no se asienta en una consideración numérica, en el hecho de ser el bien de muchos o de la mayoría, no es el sentido cuántico lo que define su carácter propio, sino sus fundamentos[2081]. El bien común que unifica la multitud de los sujetos en un solo «nosotros» debe estar fundamentado, para Wojtyla, en su relación con la verdad y con el bien verdadero. El bien común por su naturaleza es el bien de muchos, es el bien de todos, pero también es por principio un bien arduo y difícil[2082].

Lo propio del bien común, en función de ese carácter superior que presenta respecto de los bienes individuales de cada uno de los sujetos al quedar, sobre la base de ese bien común, definidos y vividos como un «nosotros», es conseguir precisamente que cada uno de esos bienes singulares alcance su plenitud y se realice de la mejor forma posible. Este planteamiento explica el modo de constituirse el nosotros, al hacerlo reuniendo los diversos «yo» personales. Este planteamiento encuentra su cimiento en el fondo de la verdad objetiva del bien, vivida de forma auténtica sobre el bien, y al mismo tiempo como verdad de conciencia. Esto sirve de protección frente al utilitarismo. El «nosotros» designa la forma de multiplicidad en la que la persona se desarrolla del modo más perfecto como sujeto. Es esta la razón que explica la primacía del bien común y su

[2079] WOJTYLA, Karol: «La persona: sujeto de la comunidad», *op. cit.,* p. 95.
[2080] *Ibid.*, p. 96.
[2081] WOJTYLA, Karol: *Persona y Acción*, *op. cit.,* p. 403.
[2082] WOJTYLA, Karol: «La persona: sujeto de la comunidad», *op. cit.,* p. 98.

sentido, aunque a veces se viva de forma dramática, pero siempre ética por parte de la persona[2083].

El bien común pertenece sobre todo al ámbito de la persona cuando existe y actúa «junto a los otros», y en este sentido puede identificarse como el fin que persiguen las personas en su actuación común; sin embargo, no puede definirse sin tener en cuenta el momento subjetivo, «el momento del actuar que hace referencia a los agentes»[2084]. Cuando se configuran los distintos «nosotros», lo determinante en todas sus posibles analogías es la subjetividad personal del sujeto que obra junto a otros, y no al contrario, y esa comunidad social se le presenta al sujeto como una tarea[2085].

Y esa capacidad de la que dispone el «nosotros» para realizar la subjetividad de muchos remite a la multisubjetividad, a la peculiar subjetividad de la multiplicidad, que es esencial a la comunidad social, consiguiendo que se realice «la capacidad de realizar la subjetividad de muchos, en la dimensión universal de la subjetividad de todos»[2086]. Cuando la multisubjetividad se desarrolla como subjetividad de muchos, el «nosotros» alcanza su máximo exponente, llegando en ese caso a darse la auténtica, lo que Wojtyla denomina la *communio personarum*.

El bien común es el bien de una concreta comunidad de acción, de un «nosotros», pero si lo comprendemos solo de manera objetiva y superficial como fin o acción no expresa su plenitud, pues debe conectarse con el momento subjetivo. Su alcance es aún mayor pues en el bien común hallamos «lo que condiciona y de algún modo pone de manifiesto la participación en las personas que actúan en común y precisamente por eso las conforma como una comunidad subjetiva de acción»[2087].

De esta manera, seguimos comprendiendo el bien común como fin, pero en un doble sentido, objetivo y subjetivo al mismo tiempo. El significado subjetivo del bien común está vinculado con la participación, y así se configura como principio de la verdadera participación, entendiendo por participación aquella propiedad de la persona, y de la acción. El bien común se conecta así con la naturaleza social de la persona[2088].

Esta cualidad personal, la participación, permite a la persona poder realizar una auténtica acción, cuando actúa junto con otras personas, y mediante ella puede realizarse a sí misma. Por tanto, el bien común es el bien de la comunidad, que establece las condiciones axiológicas de la existencia humana, y por eso la acción de las personas se desarrolla en función de ese bien, y en este sentido determina a la comunidad, a la

[2083] *Idem*.
[2084] WOJTYLA, Karol: *Persona y Acción*, *op. cit.,* p. 401.
[2085] WOJTYLA, Karol: «La persona: sujeto de la comunidad», *op. cit.,* p. 100.
[2086] *Ibid.*, p. 99.
[2087] WOJTYLA, Karol: *Persona y Acción*, *op. cit.,* p. 401.
[2088] *Idem*.

colectividad. Cada comunidad social, el «nosotros», puede definirse en función de su específico bien común. De todo ello se concluye que la existencia de la persona en su actuar «junto con otros» en una comunidad social, cualquiera que sea, tiene una estructura auténticamente personalista[2089].

4.3.4. La persona y la acción: el valor personalista de la acción

4.3.4.1. La estructura de la autodeterminación

La naturaleza social o comunitaria de la persona se fundamenta en su carácter personal, pues existe una relación esencial entre el ser y el actuar de la persona, la correlación persona-acto, que es preciso comprender para explicar el dinamismo de la relación entre persona y persona. Wojtyla parte en su metodología de la experiencia, deteniéndose primero en el análisis de la acción de la persona, para continuar después con el de la acción de la persona junto con otros[2090]. Entre la inmensa variedad de acciones que se dan en la persona, las más importantes son aquellas en las que el hombre actúa, pues en ellas se realiza el descubrimiento específico de la persona a través de la acción[2091].

La acción, actividad consciente, realizada de modo voluntario, es la fuente para conocer a la persona, nos habla de su dinamismo propio. La persona no solo actúa conscientemente, sino que es consciente de que actúa, es decir, de que actúa conscientemente; es un sujeto que se experimenta a sí mismo como sujeto; la correlación entre persona y acción se realiza en el ámbito de la subjetividad[2092].

La dimensión subjetiva de la persona desvela dos vivencias fundamentales: la vivencia de algo que sucede en el hombre y la vivencia del hombre que actúa. En la vivencia de la persona que actúa se manifiesta el dinamismo de la acción[2093]. La persona se da a conocer a través de la experiencia, entendida esta como proceso cognoscitivo compuesto, no solo de la experiencia de la persona en sí misma, sino de todas las demás personas que se encuentran en directa relación cognoscitiva con ella, como objeto de experiencia[2094]. Es en la experiencia donde los actos y los sentimientos de la persona manifiestan su vinculación íntima con el propio «yo» de la persona, y donde se revela también toda la estructura personal de autodeterminación[2095]. La autodeterminación es estructural, en cada acción la persona, de modo automático, se autodetermina porque la

[2089] *Ibid.*, p. 402.
[2090] GUZOWSKI, Krzysztof: «El personalismo de comunión en Karol Wojtyla», *op. cit.,* p. 198.
[2091] GARCÍA CASAS, Pedro: *Amor es nombre de persona en Karol Wojtyla*, *op. cit.,* p. 223.
[2092] WOJTYLA, Karol: *Persona y Acción*, *op. cit.,* pp. 63-66 y 106.
[2093] LOZANO ARCO, Sergio: *La interpersonalidad en Karol Wojtyla*, *op. cit.,* p. 41.
[2094] WOJTYLA, Karol: *Persona y Acción*, *op. cit.,* p. 33.
[2095] WOJTYLA, Karol: *El hombre y su destino. Ensayos de antropología*, *op. cit.,* p. 35.

acción que realiza revierte en ella; esta capacidad de autodeterminación abre la vía hacia la autorrealización[2096].

Quiere resaltar Wojtyla la voluntad como autodeterminación, en el sentido de cómo la persona, al querer algo, se determina a sí misma al querer ese algo; en cada acto volitivo la persona se determina hacia algo o alguien y al mismo tiempo se determina a sí misma[2097]. El primer objeto hacia el que todo acto de voluntad se dirige es el sujeto mismo, y solo pasando por el sujeto es como se puede lograr este o aquel objeto intencionado[2098]. En la estructura de autodeterminación la persona encuentra al propio «yo», como alguien que se posee y tiene dominio de sí, en todo caso como quien puede poseerse y dominarse[2099]. La persona es quien se posee a sí misma y a la vez es poseída exclusivamente por sí misma[2100].

La acción revela o desvela a la persona en el sentido de que el proceso de autodeterminación, que solo se da en la acción, es el que nos enseña quién es el sujeto-persona; de ahí se deriva, por tanto, que solo al analizar la acción se puede comprender realmente en qué consiste ser persona[2101].

La estructura dinámica de la autodeterminación señala no solo lo que la persona recibe sino lo que a ella se le confía como tarea. Donde se revela la persona es en sus actos y en las decisiones interiores de la conciencia, y lo hace como quien es continuamente dado a sí mismo como tarea, una actividad que debe verificar, y en cierto sentido conquistar desde la estructura dinámica del propio «yo» que le es dada como autoposesión y autodominio[2102]. La capacidad de autodeterminación de la persona le permite la posibilidad de su autorrealización, como su forma de desplegarse, dirigida hacia la plenitud o cumplimiento de la persona[2103].

La estructura de autodeterminación del «yo» concreto es dinámica, y se presenta como autoposesión y autodominio; esta estructura pertenece al interior de la persona, es inmanente y constituye el equipamiento del sujeto personal, llegando a afirmar que en cierto sentido es la persona misma. Wojtyla describe el papel que juega esta estructura en la persona cuando comenta que «en la experiencia de autoposesión y del autodominio el

---

[2096] BURGOS VELASCO, Juan Manuel: *Para comprender a Karol Wojtyla: una introducción a la filosofía*, *op. cit.,* pp. 67-68.
[2097] LOZANO ARCO, Sergio: *La interpersonalidad en Karol Wojtyla*, *op. cit.,* pp. 42-43.
[2098] GARCÍA CASAS, Pedro: *Amor es nombre de persona en Karol Wojtyla*, *op. cit.,* p. 234.
[2099] WOJTYLA, Karol: *El hombre y su destino. Ensayos de antropología*, *op. cit.,* p. 35.
[2100] WOJTYLA, Karol: *Persona y Acción*, *op. cit.,* p. 168.
[2101] BURGOS VELASCO, Juan Manuel: *Para comprender a Karol Wojtyla: una introducción a la filosofía*, *op. cit.,* p. 67.
[2102] WOJTYLA, Karol: *El hombre y su destino. Ensayos de antropología*, *op. cit.,* p. 35.
[2103] BURGOS VELASCO, Juan Manuel: *Para comprender a Karol Wojtyla: una introducción a la filosofía*, *op. cit.,* p. 67.

hombre experimenta el hecho de ser persona, y de ser sujeto»[2104]. En consecuencia, esta estructura es esencial al «yo» personal, y la que configura la subjetividad personal del hombre.

4.3.4.2. La subjetividad de la persona o lo irreductible

El estudio wojtyliano de la persona tiene en consideración dos elementos esenciales: por un lado, la experiencia como elemento de interpretación, y por otro, la necesidad de apelar a lo «irreductible» del hombre, aquello que es originaria y fundamentalmente humano[2105]. La persona guarda y posee un refugio interior irreductible a cualquier categoría cosmológica y no personal. Este elemento irreductible se corresponde con la subjetividad de la persona, y se necesita para comprender a la persona en sí misma[2106].

La subjetividad personal permite comprender al hombre en sí mismo, en su originalidad, en lo que cada persona es única e irrepetible, no solo como hombre-individuo, sino como un «yo» humano concreto. Es a través de la subjetividad como cada hombre se constituye en un único e irrepetible «yo». Wojtyla define la subjetividad como sinónimo de todo lo irreductible en el hombre, y por irreductible entiende aquello que por naturaleza no puede sufrir reducción, que no puede ser reducido, sino solo mostrado, es decir, revelado. Así, aclara que «irreductible significa también todo lo que en el hombre es invisible, que es totalmente interior y por lo que todo hombre es como el testimonio evidente de sí mismo, de la propia humanidad y de la propia persona»[2107]. La subjetividad personal se analiza desde el dinamismo del actuar humano, desde la acción, y por eso se manifiesta a través de la estructura de autodeterminación contenida en las acciones personales.

El método del análisis fenomenológico que emplea Wojtyla le conduce a acogerse a la experiencia como algo irreductible. La visión del hombre basada en la experiencia implica introducir en el estudio de la persona el aspecto de la conciencia. De esta manera, podemos definir al hombre no solo por su género sino como un «yo», concreto, como sujeto que tiene experiencia de sí. Lo subjetivo de la persona nos revela la estructura interior que la constituye como un «yo» concreto, singular[2108]. El concepto de experiencia se ha abordado en páginas anteriores como aquella dimensión cognoscitiva de la vivencia de las personas que les permite interactuar con el mundo, es una acción personal, y

[2104] WOJTYLA, Karol: *El hombre y su destino. Ensayos de antropología*, *op. cit.,* p. 35.
[2105] GARCÍA CASAS, Pedro: *Amor es nombre de persona en Karol Wojtyla*, *op. cit.,* p. 253.
[2106] BURGOS VELASCO, Juan Manuel: *Para comprender a Karol Wojtyla: una introducción a la filosofía*, *op. cit.,* pp. 116-117.
[2107] WOJTYLA, Karol: *El hombre y su destino. Ensayos de antropología*, *op. cit.,* p. 34.
[2108] *Ibid*., p. 33.

comprende dos elementos indisolublemente unidos: la vivencia de un contenido (objetividad) y la vivencia de mí mismo al experimentar ese contenido (subjetividad)[2109].

Se recurre a la experiencia como proceso cognoscitivo. Cuando el hombre experimenta cualquier cosa fuera del él, siempre conlleva una cierta experiencia del propio hombre, de tal manera que nunca experimenta nada externo a él sin que, de alguna manera, se experimente simultáneamente a sí mismo. Cuando Wojtyla se refiere a la experiencia se refiere ante todo al «hecho de que el hombre se dirige cognoscitivamente hacia sí mismo; es decir, establece un contacto cognoscitivo consigo mismo»[2110].

La experiencia del hombre, según lo expuesto, comporta una cierta comprensión de lo que se experimenta, y así puede sostener que la acción es un momento particular en la aprehensión, en la experiencia, de la persona. Es esta una visión intelectual que se basa en el hecho de que la persona actúa, y así la totalidad del contenido de la experiencia nos lo revela; que la persona actúa encuentra su confirmación plena en el contenido de la experiencia. En este sentido, concluye Wojtyla que «la acción es un momento particular de la contemplación de la persona»[2111].

El «yo» particular, por tanto, no es reducible a la sola conciencia, sino que se constituye a través de ella. La conciencia tiene una importancia fundamental para la constitución de la subjetividad de la persona a través de su interioridad o inseidad (como experiencia vivida). El hombre tiene experiencia de sí mismo como sujeto personal y se da cuenta de que se posee y se domina a sí mismo. La función fundamental de la conciencia es formar la experiencia que permita al hombre de modo particular darse cuenta de su propia subjetividad. La conciencia no solo introduce a la persona en el interior de las acciones y de sus relaciones con el propio «yo», sino también permite «experimentar estas acciones como actos y como nuestros»[2112]. Para Wojtyla, aunque la conciencia está ligada a las facultades cognoscitivas, no se identifica con ellas pues conocer una cosa no significa todavía tener conciencia de ella, pues esto implica una reflexión posterior sobre la materia que se ha obtenido mediante aquellas[2113].

La acción de la persona es actividad consciente, diferenciando este hecho de otro aspecto de la persona como «ser consciente». La persona no solo actúa conscientemente sino que es consciente de que actúa, incluso de que actúa conscientemente. En su virtud, el «yo» se constituye como sujeto mediante la vivencia de la propia subjetividad, resultando aquí que la conciencia no se configura como una función más de la persona,

[2109] GUZOWSKI, Krzysztof: «El personalismo de comunión en Karol Wojtyla», *op. cit.,* p. 197.
[2110] WOJTYLA, Karol: *Persona y Acción*, *op. cit.,* p. 31.
[2111] *Ibid.*, p. 41.
[2112] *Ibid.*, pp. 75-77.
[2113] GARCÍA CASAS, Pedro: *Amor es nombre de persona en Karol Wojtyla*, *op. cit.,* p. 228.

sino como una dimensión esencial. Wojtyla señala que es el momento real de este ser «yo», y esto es así porque constituye su subjetividad en sentido vivencial[2114].

Este análisis de la conciencia profundiza el conocimiento del ser ontológico, y tiene el cometido de formar la experiencia vivida: cada persona es dado en la simple experiencia como un ser individual real, como un sujeto de existencia y acción, y al mismo tiempo es dada a sí misma como un «yo» concreto, y esto último es posible desde la autoconsciencia y el autoconocimiento. «Este autoconocimiento es el que verifica que "este ser" que soy "yo" objetivamente es, a la vez, el que constituye subjetivamente mi "yo", en tanto que experimento vivencialmente en él mi subjetividad»[2115].

En la subjetividad, la conciencia interviene en esa constitución real del ser que es el hombre como un «yo» único e irrepetible. Esa conciencia, como vivencia del propio «yo», es la que permite de modo particular experimentar la propia subjetividad. Su naturaleza es intelectual, es decir, el hombre se experimenta intelectualmente a sí mismo, y a todo lo que se encuentra en él, todo su «mundo propio». La conciencia del ser un «yo» concreto no encierra al hombre en su conciencia en el sentido que lo postula el idealismo, el «ser» es el contenido de la conciencia, y no admite ningún modo de ser fuera de la conciencia. Por tanto, este planteamiento no significa que el «yo» sea reducible a la sola conciencia, sino que se constituye a través de la conciencia, de tal modo que esta es una condición irrenunciable del constituirse del «yo» humano.

La conciencia, decíamos, no absorbe al hombre en sí misma, sino más bien al contrario, desvela a la persona desde el interior, y lo hace desde su específica individualidad y absoluta irrepetible concreción. A esta función de interiorización de la conciencia desde la cual el hombre de alguna manera existe «hacia su interior», que se identifica con la vivencia de sí mismo, Wojtyla la denomina conciencia reflexiva. De esta manera, no solo poseo conciencia de mi propio «yo» (desde el autoconocimiento), sino que también mediante la conciencia reflexiva experimento vivencialmente mi «yo», y tengo vivencia de mí mismo como sujeto concreto en la misma subjetividad.

En consecuencia, la subjetividad personal del hombre no constituye una estructura cerrada, ni la autoconciencia clausura al hombre en su interioridad, al «yo» humano en su condición de sujeto. Bien al contrario, ese entrar en sí que le facilita la autoconciencia y la autoposesión se presenta como la causa de la apertura más completa del sujeto a la realidad.

El hombre, además de experimentar su propio ser y actuar, también experimenta el ser y actuar de los otros. Es un hecho evidente que, en el devenir de su existencia, la persona vive y actúa junto con otros hombres, y es esta experiencia personal y compartida

[2114] WOJTYLA, Karol: *Persona y Acción*, *op. cit.,* pp. 65-66.
[2115] *Ibid.*, pp. 90-91.

del otro la que permite confirmar, no solo su carácter comunitario, o social, sino también poder acceder al concepto de persona. De ahí deriva el planteamiento inicial ya expuesto, es la acción la que revela a la persona. Una actividad puede ser causada por distintos agentes, pero la actividad que llamamos acción no puede atribuirse a otro agente que no sea la persona actuante, y es en este sentido en el que la acción presupone a la persona. La correlación que existe entre la acción y la persona se produce en el ámbito de la subjetividad de la persona. El carácter social o comunitario de la persona se fundamenta en su carácter personal, y no al contrario[2116].

Existe una relación entre la causalidad de la persona y la autodeterminación. La acción consciente se atribuye a un «yo» como su autor consciente; mediante su actuar el hombre produce múltiples efectos externos y conforma la realidad que le rodea. Pero también existe otra causalidad que vincula la acción consciente del hombre al propio sujeto; es una causalidad de carácter intransitivo, vinculada a la experiencia interior. La interioridad de la persona, que se manifiesta de forma innegable en la experiencia del acto, aparece no solo como causalidad sino al mismo tiempo como autodeterminación. Wojtyla argumenta este planteamiento de la siguiente manera: «Obrando conscientemente "yo" no solo soy el autor del acto, y de sus efectos transitivos e intransitivos, sino que al mismo tiempo también decido sobre mí mismo». De aquí que la autodeterminación se configure en la dimensión más profunda y fundamental del «yo» humano, a través de la cual el hombre en la acción se manifiesta como sujeto personal[2117].

La estructura subjetiva de la persona se caracteriza porque es de autodominio y autoposesión, como consecuencia de esa causalidad y autodeterminación. Cuando el hombre actúa se dirige a distintos fines, objetos, valores, y al mismo tiempo dirigiéndose en esa acción consciente, «el hombre no puede no dirigirse a sí mismo como fin, no puede relacionarse con los distintos objetos de su obrar y escoger distintos valores sin decidir sobre sí mismo su propio valor (en razón de lo cual se convierte en el primer objeto del mismo sujeto). La estructura del acto humano es, en su dimensión particular, autoteleológica»[2118].

Realizando una acción el «yo» se realiza a sí mismo en ese acto. Es también en la acción donde se revela la trascendencia, a la que podemos denominar como el otro nombre de la persona. Si la subjetividad se manifiesta a través de la autodeterminación es porque la dimensión trascendente de la acción de la persona se manifiesta en esta autodeterminación, que al mismo tiempo se asienta sobre la persona como sujeto que no

[2116] GUZOWSKI, Krzysztof: «El personalismo de comunión en Karol Wojtyla», *op. cit.,* p. 197.
[2117] WOJTYLA, Karol: «La persona: sujeto de la comunidad», *op. cit.,* p. 61.
[2118] *Idem*.

puede ir más allá de sí misma, porque sobre todo es en ella donde encuentra la propia razón de ser y el propio sentido[2119].

De lo expuesto hasta ahora hemos mostrado el contenido estrictamente personal de la acción, es decir, la correlación que existe entre la persona y su acción, donde la acción es un momento de la manifestación específica de la persona. Wojtyla llega al conocimiento de la persona a través de la acción, de tal modo que la «propia realización de una acción por una persona constituye un valor fundamental, al que podemos denominar valor personalista de la acción o personal»[2120]. Como valor está inscrito en la misma realización de la acción de la persona, en el mismo hecho de que el hombre actúa de un modo que le es propio (carácter de autodeterminación donde se realiza la trascendencia), y se diferencia del valor moral que viene referido a la norma. El valor personalista de la acción es expresión particular y fundamental de la propia persona.

En la estructura de la subjetividad de la persona, en la autodeterminación, encontramos una razón que explique de fondo la existencia de la mediación como método de resolución de conflictos donde las partes son quienes deciden por sí mismas, y no por imposición de un tercero, qué solución pondrá fin a su contienda, qué compromisos y derechos asumirán cada una; la persona, al actuar, no solo realiza acciones sino que al actuar decide sobre sí mismo; la persona, hemos argumentado más arriba, no puede no dirigirse a sí misma como fin, no puede relacionarse con las distintas realidades de su obrar y escoger distintos valores y opciones sin decidir sobre sí misma su propio valor. Por tanto, es más conforme a la subjetividad de la persona la acción de mediar que la acción de ejercitar los derechos ante un tribunal de justicia o arbitral, no porque en esta decisión el hombre no deje de decidir sobre uno mismo, sino porque lo que decide es que otros decidan, delega su capacidad de resolver su conflicto en un tercero. Es más afín a la acción propia de la persona, con el valor personalista de la acción, ser ella misma quien decida y forje mediante un acuerdo que tendrá el efecto de «cosa juzgada» la resolución de sus problemas, situación propicia que le brinda un proceso de mediación.

4.3.5. La participación, una característica del actuar junto con otros

El concepto «participación» tiene un significado ordinario y otro filosófico; en la primera acepción se define como tomar parte de algo, compartir, tener las mismas opiniones, ideas, que otra persona. El significado filosófico se corresponde con la trascendencia de la persona en la acción, pues existe una correlación entre la persona y la acción, y ambas se explican recíprocamente. Sin embargo, aquí no nos interesa tanto este hecho exterior, tomar parte una persona concreta en alguna acción «junto con otros», como analizar los

[2119] *Idem*.
[2120] WOJTYLA, Karol: *Persona y Acción*, *op. cit.,* p. 379.

fundamentos filosóficos de ese tomar parte que se encuentran en la persona y son propios de ella. Así, el significado filosófico se corresponde con la trascendencia de la persona en la acción, pues existe una correlación entre la persona y la acción, y ambas se explican recíprocamente.

En el análisis de la acción Wojtyla encuentra un contenido estrictamente personal, poniendo de manifiesto cómo la realización de una acción por la persona constituye un valor fundamental, que él denomina valor personalista de la acción. Este valor no se identifica y se diferencia del valor moral, entendido como valor de la acción realizada, y referido a una norma, pues lo precede y también lo condiciona. Es evidente que cualquier valor moral, el bien y el mal, presupone la realización de la acción. Sin embargo, este valor personalista está inscrito en la misma realización de la persona, en el propio hecho de que el hombre actúa de un modo que le es propio. La característica de este actuar es la autodeterminación, donde se realiza la trascendencia de la persona y la integración que ella incluye. El valor expresa el valor de la persona, pues constituye su origen y fundamento concreto, y es en la acción donde la persona se actualiza a sí misma, expresando su estructura de autoposesión y autodominio. La realización de una acción por una persona constituye un valor en sí misma, porque la persona se realiza a sí misma cuando realiza una acción. En estos términos se pronuncia Wojtyla al decir que «el valor personalista de la acción no es todavía un valor ético pero surge de la interioridad de la persona, la revela y la confirma»[2121].

Lo que interesa en nuestro objeto de investigación es preguntarse ¿cuáles son las consecuencias de esta correlación existente entre la persona y la acción cuando el hombre actúa junto con otros?; ¿qué relación existe entre el hecho de actuar «junto con otros» y el valor personalista de la acción? Para establecer esta conexión, Wojtyla recurrirá al concepto de participación, entendida como lo que corresponde a la trascendencia de la persona en acción, cuando esa acción se realiza «junto con otros» en las distintas relaciones sociales o interpersonales que entabla. La participación es una propiedad interior y homogénea de la persona, y posibilita que cuando existe y actúa junto con otras, existe y actúa como persona[2122].

Lo característico de esta propiedad consiste en que, cuando la persona actúa «junto con otros», mantiene el valor personalista de la acción, y a la vez realiza lo que resulta de la actuación en común. Ese actuar «junto con otros» es distinto de la simple cooperación. La participación significa, en primer lugar, la capacidad de una actuación junto con otros, y es una dimensión característica propia de la persona humana, ligada al

[2121] *Ibid.*, p. 383.
[2122] *Ibid.*, p. 389.

valor personalista de la acción. Es decir, la persona participa cuando al realizar la acción junto con otros realiza verdaderamente una acción, y se realiza a sí misma realizando una acción conjunta[2123].

Por la participación no solo se conserva el valor personalista de la acción y lo que implica, es decir, la autorrealización de la persona, la trascendencia e integración del actuar, sino que más bien aquel se realiza a través de ella. En esta línea, explica Wojtyla que «la persona a través de la participación se constituye en su propio esse»[2124]. Ya hemos analizado la necesidad de comprender a la persona en sus relaciones con las demás personas como paso previo para conocer a la persona mediante la acción, mediante las categorías de autoposesión y autodominio.

Previamente, se requiere establecer un punto de partida, poner en relación el «yo» cuando vive y actúa juntamente con otros con el «otro». El «yo» indica el sujeto real que a través de la conciencia tiene experiencia de sí mismo, y tiene experiencia del otro fuera de sí. Es la conciencia quien determina a los «otros» como diferentes de mí, seres humanos que existen y actúan junto conmigo, y forman entre ellos un «otro», que es al mismo tiempo el «otro», y «uno de los otros», y defiende también su relación consigo mismo, con el «yo»[2125].

La experiencia del «yo sí mismo» no es transferible, sin embargo, a pesar de la imposibilidad de uno mismo para comunicar experiencialmente fuera del «yo» aquello que constituye el propio «yo», esto no implica una incapacidad para comprender que el «otro» está constituido de forma semejante, que también él es un cierto «yo». Ellos no son solo un «otro» en su relación al «yo», sino que cada uno de ellos es al mismo tiempo un «yo» diferente. El otro es siempre uno de estos «otros yo» con quien me relaciono con mi propio yo a través de un nexo del que de algún modo se tiene experiencia.

La conciencia del hecho de que el «otro» es un yo diferente nos introduce en la capacidad de participar en la humanidad misma de los otros hombres, y es el comienzo de la participación, que no es menos real por ser «primariamente subjetiva»[2126]. Es decir, el «otro», no solo comparte con el «yo» una misma existencia, o un actuar junto conmigo en algún tipo de actividad, sino que el otro ser humano es «otro yo», un tipo particular de «yo». La realidad del otro no deriva primariamente del conocimiento del concepto de hombre, sino que es el resultado de una experiencia más rica, donde sucede una transferencia de lo que a cada persona le es dado como su mismo propio «yo» pero fuera de uno mismo, a uno de lo de los otros. El resultado es que el otro aparece como un

[2123] LOZANO ARCO, Sergio: *La interpersonalidad en Karol Wojtyla*, *op. cit.,* p. 245.
[2124] WOJTYLA, Karol: *Persona y Acción*, *op. cit.,* p. 387.
[2125] WOJTYLA, Karol: *El hombre y su destino. Ensayos de antropología*, *op. cit.,* p. 113.
[2126] *Ibid.*, p. 116.

«diferente yo», o también se puede decir un «yo» semejante o prójimo. Wojtyla lo expresa así: «otro ser humano es prójimo no solo en base a un genérico sentimiento de humanidad, sino primariamente en base a su ser "otro yo"»[2127].

Esta relación «yo-otro» no es exclusivamente una estructura ontológica, sino consciente y experiencial, y es esta misma estructura la que Wojtyla propone como participación en la humanidad de los otros seres humanos, que no se forma primariamente a nivel de comprensión del ser hombre, sino a través de «una aproximación consciente que deriva de la experiencia del yo»[2128].

El conocimiento de la persona inicia el camino hacia la participación, pero por sí sola no determina todavía nada, no es suficiente para crear el esquema «yo-otro». ¿Por qué esto es así?, porque esta relación del «yo-otro» no puede formarse a través del concepto general del ser humano donde están incluidos todos los hombres sin excepción. El concepto de hombre no basta para crear el esquema «yo-otro». La relación «yo-otro» no es genérica o abstracta, sino que siempre es concreta, cada vez única e irrepetible, pues responde al carácter de reciprocidad que puede describirse de la siguiente manera: el otro, en efecto, también se define como un «yo» para el cual cada uno puede ser a su vez el «otro». La actualización del esquema «yo-otro» deriva del hecho de ser consciente de la humanidad en un determinado ser humano diferente a mí, que es uno de los otros, pero sucede al tener experiencia del «otro yo» en cuanto persona. Lo que significa la participación es la personalización de la relación de un ser humano con otro ser humano. Wojtyla lo resume de la siguiente manera: «yo no puedo tener experiencia del otro ser humano como sí mismo, ya que mi mismo yo, en cuanto tal, no es transferible»[2129]. Sin embargo, cuando el «yo», en su relación con el otro, experimenta la experiencia del otro como «otro yo», en cuanto persona, en ese momento alcanza la mayor proximidad posible, porque llegará a lo que constituye su «sí mismo», su realidad absolutamente única en ella, y en todo ser humano.

Esta mayor aproximación es imprescindible que se produzca en la mediación, donde las partes deben dejar de tratarse mutuamente como adversarios y contrincantes, para experimentar, mediante la participación, que son sus oponentes, «otros yo». Solo así estarán en disposición de crear ese ámbito relacional que es el nosotros. Para ello es preciso actualizar la participación en la humanidad del otro, como propone Wojtyla, «la actualización del esquema "yo mismo-el otro" deriva del ser consciente del hecho de la

[2127] *Ibid.*, p. 113.
[2128] *Ibid.*, p. 117.
[2129] *Ibid.*, p. 119.

humanidad en un determinado ser humano diferente de mí, uno de los otros, pero sucede al tener experiencia del otro "yo" en cuanto persona»[2130].

Esta relación existe solo en potencia, no viene dada, sino que precisa actualizarse, porque la relación «yo-otro» no es genérica, sino que siempre es concreta, cada vez única e irrepetible. En virtud de este planteamiento, no es suficiente que las partes acudan a la mediación con la voluntad de actuar conjuntamente a fin de dirimir sus diferencias, sino que deben actualizar la relación que las une y las ha traído a la mediación. La parte con quien se media, y el mediador, no son los adversarios a quienes hay que vencer, sino oponentes, otros «yo» análogos a mi persona. Sin embargo, como se analizará a continuación, esta actitud no puede imponerse a la persona desde el exterior como una norma de conducta reglada, ni tampoco puede hacerse depender de los sentimientos de empatía que pueden o no surgir entre las partes.

Puesto que la relación «yo-otro» no está dada sino solo de modo potencial, es necesario un determinado impulso interior para su actualización. Wojtyla entiende que no se trata de un impulso exclusivamente emocional como mantiene el filósofo Max Scheller, si bien considera que en la formación de las relaciones entre las personas los sentimientos y la espontaneidad emocional tienen un significado innegable. El filósofo polaco explica que, para Max Scheller, este impulso consiste en una disposición inherente a toda persona que la habilita a participar en la humanidad del otro, y como tal es un valor que la lleva a una apertura espontánea hacia ellos. Esta visión del hombre que defiende Max Scheller difiere diametralmente del planteamiento propuesto de Jean Paul Sartre, a partir del análisis de la conciencia, cuando concluye que esta conduce al sujeto a cerrarse respecto de los «otros»[2131]. Sin embargo, para Wojtyla, sin disminuir la importancia del carácter espontáneo que acompaña a la formación del esquema «yo mismo-otro», y dado que está presente en cada persona, su actualización depende fundamentalmente de la voluntad. A partir de la experiencia del ser humano, esta elección, la del «otro», aunque a veces pasa desapercibida, siempre está presente, y en primer lugar consiste en la elección de una persona en concreto entre las otras.

Llegados a este punto, la pregunta que procede es la siguiente: ¿cuál podría ser el contenido concreto de la elección que tendría que formalizar en su interior una persona que acude a la mediación para actualizar el esquema de la relación «yo mismo-otro»? La elección consiste, como fundamenta Wojtyla, en el hecho de que la persona acepta al otro «yo», es decir, lo afirmo como persona, y así, en cierta medida, «la elijo por mí mismo, esto

[2130] *Idem.*
[2131] *Ibid.*, p. 121.

es, en el propio "sí mismo", porque no se dispone de otra aproximación a otro ser humano como "yo" sino a través de la propia mismidad»[2132].

Si hacemos depender la actualización de la relación de una determinada actitud o espontaneidad puramente emocional que puede surgir de la persona, entonces puede suceder que se consiga con éxito lograr la elección, pero también puede ocurrir lo contrario, que la dificulte. Para solventar este problema, Wojtyla emplea intencionadamente la expresión «espontaneidad emocional» para resaltar la espontaneidad que existe en la voluntad, aclarando que la elección a la que él se refiere se encuentra en el plano de esa espontaneidad. La formación del «otro yo» en la conciencia y voluntad de la persona no es el resultado de una elección entre los otros o las demás personas, dirá Wojtyla, porque todas las personas con quienes nos relacionamos me vienen dadas o asignadas en un aquí y ahora, motivo por el cual esa elección es experimentada, más que como una elección, como una «simple identificación de uno de los otros como otro yo», y siempre sobre la experiencia de mi mismo yo[2133].

Este tipo de reconocimiento no precisa de un largo examen, o un reconocimiento, o la solución de un conflicto de motivaciones, para que se produzca en el interior de la persona. No obstante, aunque la elección pueda pasar inadvertida, y quede reducida a esa simple identificación, o sea una consecuencia de una emoción que ayude a su formulación, siempre se precisa de la elección, y la participación en la humanidad del otro se constituye en un deber ético. La confirmación de esta tesis, comenta Wojtyla, puede encontrarse en el llamado segundo imperativo categórico formulado por Immanuel Kant[2134].

Las partes, al comenzar su proceso de mediación y crear su propio ámbito relacional, deben actualizar la participación en la humanidad del otro, en una operación sencilla que consiste en identificar al «otro» como persona que se le ha asignado aquí y ahora con motivo del conflicto que las mantiene enfrentadas, como otro «yo» análogo, y actuar junto al «otro» conforme al valor personalista de la acción. Esta capacidad interior de la persona, la participación, y su actualización, que explica cómo la persona puede actuar y existir junto con otros del modo que le es propio, precisa de un aprendizaje, porque puede ocurrir que determinadas actitudes, como son el individualismo, o el antiindividualismo, o totalitarismo objetivo, puedan condicionar esa realización, la primera desde el interior de la persona por su ausencia, y la segunda desde fuera por impedirla.

[2132] *Ibid.*, p. 122.
[2133] *Idem*.
[2134] *Ibid.*, p. 123.

4.3.6. Las actitudes auténticas y no-auténticas

Krzysztof Guzowski comenta cómo la naturaleza social de la persona debe explicarse a través de una de sus propiedades, la participación, que no alude solo al hecho de ser miembros de distintas comunidades, sino que afecta a su humanidad; así, argumenta que «la participación se expresa en realizar actos junto a los otros, en la cooperación o en la coexistencia que a la vez posibilitan a la persona su realización»[2135]. Sin embargo, aclara que no toda participación es cooperación.

La participación, como característica específica de la persona, significa en primer lugar la capacidad interior que permite a la persona actuar «junto con otros», realizando el valor personalista de la acción, y al mismo tiempo realizar lo que resulta de la actuación en común; por tanto, se realiza el valor personalista de la acción al realizar la acción, y al realizarse la persona en la acción. Wojtyla señala, además, un cierto significado normativo a la participación, que no se refiere a la norma ética, de la acción realizada en función de su contenido, sino que «es una norma de la propia realización de la acción, una norma de su subjetividad personal, una norma interior en la que se trata de asegurar la autodeterminación de la persona, y por tanto su operatividad, la trascendencia de la persona y la integración»[2136].

Este significado normativo de la participación también implica un cierto deber y derecho, la acción debe realizarse no solo de modo que tenga un valor ético, y se le pueda atribuir ese valor, sino que debe respetar el derecho fundamental de la persona a realizar las acciones y a realizarse en esas acciones. Este derecho, apunta Wojtyla, «asume el sentido propio de ley sobre la base del actuar con otros»[2137].

Y como todo derecho tiene su revés en el deber, si mediante la participación la persona puede realizarse a sí misma cuando actúa junto con otros, cada persona debería desarrollar esa capacidad de participación de tal modo que le permita realizar el valor personalista de su propia acción al actuar «junto con otros», y toda actuación conjunta con otros debe desarrollarse de tal manera que toda persona que se vea afectada por esa actuación pueda realizarse mediante su participación en ella. La participación se configura, así, como una característica esencial de la persona cuando actúa «junto con otros», de la que surge el derecho de la persona a realizar las acciones y la obligación de realizarlas según el valor personalista de la acción que contiene la propia realización de la acción.

Sin embargo, esta capacidad de participación puede verse limitada de dos formas posibles, mediante el individualismo y el antiindividualismo, como adelantábamos en el

[2135] GUZOWSKI, Krzysztof: «El personalismo de comunión en Karol Wojtyla», *op. cit.,* p. 209.
[2136] WOJTYLA, Karol: *Persona y Acción*, *op. cit.,* p. 390.
[2137] *Ibid.*, p. 391.

epígrafe anterior, determinando la ausencia de participación en la persona, o imposibilitándola desde el exterior, consecuencia de una determinada configuración social.

En lo que al objeto de investigación se refiere, la mediación, y en cuanto a la creación del ámbito relacional que venimos planteando que es el nosotros, nos interesa analizar con más amplitud la actitud del individualismo como negación de la participación, y como impedimento que puede dificultar el desarrollo de un proceso de mediación, de tal manera que pueda verse frustrada la voluntad de los partícipes de obtener una solución acordada a su conflicto por sí mismas, y enunciando el otro condicionamiento, el totalitarismo objetivo, conforme se expone en el pensamiento de Wojtyla.

El individualismo presenta, desde un ámbito axiológico, el bien de la persona como el bien principal y fundamental al que se debe subordinar cualquier comunidad y sociedad, frente al totalitarismo objetivo, que se sitúa en el plano opuesto, y subordina incondicionalmente la persona y su bien a la comunidad y a la sociedad. Mientras una persona en un procedimiento judicial se mantenga en la posición de parte demandada o demandante, y no decida de mutuo acuerdo la suspensión del pleito que mantienen, con el fin de iniciar una negociación o una mediación, el planteamiento de las acciones que cada una de ellas ejercita y las pretensiones que ambas defienden obedecen a un esquema individualista, si bien la justicia que persigue es un bien social. Cada parte en el pleito defiende su derecho como el bien principal que debe prevalecer frente al derecho del contrario. Sin embargo, esta misma actitud no puede trasladarse a la dinámica de la mediación porque no hallará encuadre posible. Ya se ha descrito anteriormente que la mediación y la configuración de la relación del nosotros, que crea el ámbito relacional dialógico donde pueden interactuar las partes, están presididas por el bien común que ambas persiguen y que se materializa en el compromiso de llegar por sí mismas a un acuerdo satisfactorio para sus intereses.

Por lo tanto, en la mediación, además del bien individual que cada parte trae a la mediación, y defiende como propio, surge un bien común necesario que las partes deben asumir también como propio, si su voluntad es la de permanecer en la mediación como método de resolución de su conflicto. Este bien común como tal no se encuentra en el procedimiento judicial o arbitral, y no puede asemejarse por analogía al bien común que persiguen las partes en un pleito de obtener una resolución justa. Las partes en conflicto que acuden a un procedimiento esperando una solución judicial o arbitral a sus pretensiones, aun persiguiendo lo mismo, esto es, una resolución que les reconozca la razón a uno o a otro, o a ambos parcialmente, no por ello comparten un bien común al que nos referimos en la creación del «nosotros».

No existe un bien común participado por ambas partes, aunque las dos partes esperen y soliciten lo mismo ante los tribunales, una resolución justa que les sea favorable. Es más, si no fuera voluntad de cualquiera de ellas acudir y personarse en el procedimiento

judicial o arbitral, la actuación sería calificada de «en rebeldía» y ello no obstaría a la prosecución del pleito. Si una de las partes por los motivos que sean decide estar al margen del procedimiento, este puede continuar su curso hasta la resolución de sentencia, deparándole los perjuicios previstos en estos supuestos. Por tanto, no se precisa la presencia de un mismo bien común compartido, que sí requiere la mediación.

Este bien común que presidirá la tramitación de un proceso de mediación permite sacar del aislamiento a la persona, «entendida solo como individuo y concentrada sobre sí misma y sobre su bien propio, que se concibe aislado del bien de los demás y del bien común»[2138]. Desde la perspectiva del individualismo, el bien de cada persona se sitúa como contrario a los demás individuos, y a su bien, con un carácter defensivo y de «autoconservación». Es esta actitud individualista descrita la que observamos en un pleito y no puede trasladarse a un proceso de mediación, caracterizada por una justa defensa de los propios intereses frente a los del contrario, que viene precedida en todo momento por el principio de conservación de lo propio.

El individualismo niega la participación como una propiedad interior de la persona que le permite realizarse al actuar «junto con los otros», explicando la constitución de las distintas comunidades como un medio que asegura el bien del individuo frente a la actuación de los otros; este actuar «junto a los otros» es una necesidad de la convivencia que el individuo debe aceptar o tolerar, y no responde ni desarrolla ninguna cualidad positiva de la persona. Es espacialmente significativo el posicionamiento que adopta el individualismo frente a los demás hombres, frente al otro, que «solo son para el individuo una fuente de limitaciones e incluso un polo de contrariedades»[2139].

Esta actitud es claramente irreconciliable con la creación de un ámbito relacional del «nosotros» que es la mediación, de la misma manera que lo es su extremo opuesto, el totalitarismo o también denominado colectivismo, que se defiende y protege del individuo, a quien considera como enemigo de la comunidad y de su bien, sin disposición alguna de realizarse en el actuar y en el existir «junto con otros». El bien de la comunidad se alcanza entonces limitando al individuo, y es este el sentido del bien común para el colectivismo. Este bien no es elegido mediante la participación como algo conveniente, sino que le viene impuesto por coacción. El totalitarismo es igualmente incompatible con la mediación en tanto que la comunidad del nosotros que estamos propiciando como fundamento del ámbito relacional, donde puede desarrollarse, nunca puede suplantar a la persona ni su bien por un mal entendido bien común. El acuerdo al que finalmente lleguen las partes en la mediación como solución consensuada por ellas mismas y con la ayuda de un mediador

[2138] *Ibid.*, p. 392.
[2139] *Idem*.

no sustituye o pulveriza a la persona por la comunidad, sino que precisamente logra su realización en ese existir «junto a otros».

Tanto el individualismo como el colectivismo, aun siendo tendencias diametralmente opuestas, responden a una misma visión del hombre, contraria a la persona, porque ninguna reconoce la participación como una cualidad del individuo. Por una parte, no se puede forzar al hombre a actuar «junto a los otros», y por otra, la participación, como propiedad de la persona, necesita actualizarse, formarse, y educarse para que el hombre, en su libre actuar, pueda alcanzar su madurez específica en el existir y actuar «junto con otros»[2140].

Existen actitudes características de la actuación y existencia de la persona «junto con otros» en relación al bien común, a las que Wojtyla denomina solidaridad y oposición, con un significado personalista preético, en la medida que se analiza el valor de la realización de una acción, pero no el valor de la acción realizada referida a una norma ética; al filósofo de Cracovia le interesa ocuparse de la realización subjetiva de las acciones y de su valor «inminente» como valor personalista; la realización de una acción es en sí misma un bien que obliga al que la realiza como a los otros. Es difícil en este análisis deslindar el ámbito ético del ontológico si se introduce el aspecto axiológico o de los valores, del que no puede prescindir la ontología de la persona y de la acción. Son dos las actitudes auténticas: la solidaridad y la oposición, y deben explicarse conjuntamente para llegar a entenderse cada una[2141].

4.3.6.1. La actitud auténtica de la solidaridad

Esta actitud surge como consecuencia del existir del hombre junto con otros, y es propia de la comunidad, donde el bien común condiciona la participación, y a su vez, la participación lo realiza y apoya. La solidaridad «significa la disposición constante de aceptar y realizar la parte que a cada uno le corresponde por pertenecer a una determinada comunidad»[2142].

La solidaridad implica la decisión de aceptar y realizar lo que a cada persona compete, sin invadir las competencias de los otros. Supone superar situaciones de individualismo o indiferencia de aquello que no sea lo propio, y actuar con vistas a la prosecución del bien común, la solución del conflicto. Y mediante la oposición y en diálogo, cada parte podrá plantear constructivamente sus pretensiones como diferentes a las de

[2140] *Ibid.*, p. 393.
[2141] *Ibid.*, p. 394.
[2142] *Ibid.*, p. 405.

los otros, «lo que es verdadero y correcto en una situación de oposición, dejando de lado los planteamientos o disposiciones netamente subjetivas»[2143].

La persona solidaria realiza su parte, lo que a él le compete por su relación con la comunidad y para el bien del conjunto o bien común. Y es esta conciencia del bien común lo que le lleva a excederse de su cometido, pero nunca invadiendo, ni asumiendo como propias las obligaciones que competen a otras personas. Cuando la persona asume esa parte de las obligaciones que no le pertenecen está desplegando una actitud esencialmente contraria a la comunidad y a la participación, si bien existen determinados supuestos en los que limitarse sin más a la propia parte implicaría una falta de solidaridad, y corresponde a cada persona discernir este tipo de situaciones. La solidaridad comporta un rasgo de complementariedad, una disposición a complementar con la acción que realiza la persona lo que otros realizan en la comunidad[2144].

4.3.6.2. La actitud auténtica de la oposición

La oposición confirma la solidaridad, no son actitudes enfrentadas. Quien se opone no se abstiene de actuar, ni niega con su actuación el bien común, sino que afirma la necesidad de participar en la existencia común. La oposición realiza el bien común permitiendo una mejor y eficaz participación, y no supone un distanciamiento de la comunidad. Se trata de una oposición constructiva[2145].

La solidaridad y la oposición son actitudes auténticas porque en cada una de ellas se puede realizar la participación, y la trascendencia de la persona en la acción, respetando así el valor personalista de la acción. En la medida que la acción se vea privada de estos elementos, la solidaridad se convertirá en una actitud de conformismo, y la oposición en una de evasión[2146].

4.3.6.3. El conformismo: actitud no-auténtica

El conformismo, en determinadas situaciones, es una actitud positiva y creativa que se concreta en una manifestación o ausencia de la solidaridad, dependiendo de si elimina o no la oposición, y aparece la indiferencia hacia el bien común. Con el conformismo la persona deja de actuar por su propio fundamento y elección y se deja llevar de alguna manera por el suceder de los acontecimientos, introducida en la colectividad; la verdadera participación se ve sustituida por otra aparente y externa donde la persona se adecua a los otros solo de una forma superficial, sin convencimiento y sin implicación. Es una variedad

[2143] *Ibid.*, p. 409.
[2144] *Ibid.*, p. 406.
[2145] *Idem*.
[2146] *Ibid.*, p. 407.

del individualismo donde esa uniformidad con los otros, solo aparente, lleva a conformarse con la comunidad, bien para obtener beneficios o para evitar disgustos[2147].

4.3.6.4. La evasión: actitud no-auténtica

La evasión consiste en la renuncia a realizarse «junto con otros», al bien común y a la participación como propiedad de la persona, aunque en algunas situaciones la evasión se presenta como denuncia y actuación frente a la comunidad, como la única manera de participar en la misma, cuando aquella la anula[2148].

4.3.6.5. El sentido del diálogo como principio de la participación

Si trasladamos las dos actitudes auténticas, solidaridad y oposición, al ámbito de la mediación, nos encontramos que pueden servir como actitudes que guíen a las partes que en ella participan para llevarla a buen término. Si el bien común en la mediación, hemos apuntado, consiste en ese objetivo que asumen las partes de alcanzar por sí mismas y con la ayuda de un mediador un acuerdo a sus disputas, será necesario que cada parte asuma las obligaciones que solo a ella competen para lograrlo, sin invadir las obligaciones de los demás integrantes de la mediación (solidaridad), superando la indiferencia hacia el bien común (conformismo), y pudiendo manifestar al mismo tiempo, mediante la oposición, y sin evadirse, las diferencias que le impiden lograrlo. El bien común al que nos hemos referido es, en este sentido, algo dinámico y no estático, y es este bien común el que provoca la actitud de la solidaridad y la participación, sin que pueda excluir ni cerrarse a la oposición.

Wojtyla propone que a este tipo de estructura de la comunidad humana y de la participación le corresponde el principio del diálogo, que es preciso aceptar sin temor a las dificultades que aparezcan en el proceso de su realización. «El diálogo es útil para descubrir lo que es verdadero y correcto en una situación de oposición, dejando de lado los planteamientos o disposiciones netamente subjetivas. Estos planteamientos y disposiciones con frecuencia originan tensiones, conflictos y disputas entre los hombres»[2149]. El diálogo se propicia como un principio adecuado porque, en la medida que no rehúye las tensiones, conflictos o luchas que surgen en las comunidades, y asume lo que hay en ellas de justo y verdadero, puede ser el origen del bien para los hombres.

[2147] *Ibid.*, pp. 410-411.
[2148] *Ibid.*, p. 412.
[2149] *Ibid.*, p. 408.

4.3.7. La alienación como negación de la participación

La alienación es un fenómeno social que destruye el «nosotros» no solo a nivel de las relaciones interpersonales sino de grupos y de ambientes[2150]. La alienación es lo contrario de la participación, «la debilitación o incluso la anulación de la posibilidad de experimentar otro ser humano como "otro yo"»[2151]. En la filosofía se ha empleado este término, alienación, para referirse a «un extrañamiento del hombre respecto a la humanidad»[2152], y ha sido explicada desde los efectos que las cosas como la naturaleza, las relaciones de propiedad y trabajo, las estructuras, como sistemas económicos y políticos, o la religión, la misma civilización, producen en el hombre. La alienación es consecuencia de la actuación del mismo hombre, y con esta palabra quiere significarse «una situación o condición de un ser humano que no le permite experimentar otro ser humano como otro "yo"»[2153].

En este sentido, Krysztof Guzowski aclara que la alienación en su significado de distancia, alejamiento o separación es ante todo ruptura radical o parcial y degrada no solo la vida personal sino la de la comunidad, al contrario que sucede con la participación, donde existen vínculos y uniones recíprocas de personas[2154].

Si las actitudes negativas de la participación evidencian la incapacidad de participar en la humanidad del «otro», la alienación está en un nivel diferente, se encuentra más allá de este ámbito. En una situación de alienación es difícil realizar la participación en el esquema «yo-otro», sin embargo, solo si este esquema persiste y se toma como deber bajo cualquier situación alienante, el hombre superará una prueba en relación a su humanidad[2155].

Wojtyla demuestra que los vínculos sociales dependen de las decisiones de las personas[2156]. La alienación como negación de la participación no se puede vincular al mundo de las situaciones creadas por el hombre, de las estructuras, sino a su posición como ser humano y en cuanto al sujeto personal en este mundo. La transformación de las estructuras de la sociedad es necesaria, pero como lo es también la participación de todo ser humano en la humanidad del otro ser humano, de los otros hombres.

En la historia reciente del siglo XX, resaltando esa posición del sujeto frente a situaciones desfavorables y en circunstancias de alienación, ha sido capaz de hacer la experiencia de la otra persona como otros «yo» y de modo absolutamente heroico.

[2150] GUZOWSKI, Krzysztof: «El personalismo de comunión en Karol Wojtyla», *op. cit.,* p. 204.
[2151] WOJTYLA, Karol: «¿Participación o alienación?», en Karol WOJTYLA: *El hombre y su destino. Ensayos de antropología*, *op. cit.*, p. 125.
[2152] WOJTYLA, Karol: *Persona y Acción*, *op. cit.,* p. 419.
[2153] *Ibid.*, p. 125.
[2154] GUZOWSKI, Krzysztof: «El personalismo de comunión en Karol Wojtyla», *op. cit.,* p. 204.
[2155] WOJTYLA, Karol: «¿Participación o alienación?», *op. cit.,* p. 125.
[2156] GUZOWSKI, Krzysztof: «El personalismo de comunión en Karol Wojtyla», *op. cit.,* p. 204.

Wojtyla se está refiriendo a los campos de concentración y otros lugares de envilecimiento humano. En una situación de alienación es más difícil realizar la participación en el esquema «yo-otro», y lo es no solo en situaciones tan dramáticas como las descritas, también en las más comunes y ordinarias que se crean en las distintas comunidades.

Hemos visto cómo para Wojtyla el concepto de alienación es la antítesis de la participación, pero no llega a deshumanizar al hombre, no deja de existir en la alienación, y lo muestra sobre experiencias concretas propias del método fenomenológico. El profesor Krzysztof Guzowski comenta cómo para Husserl el «yo» es un «yo» trascendental, un yo consciente, y para Wojtyla, sin embargo, es un yo personal, una persona-comunión, que es «por sí» y «en sí», pero que al mismo tiempo existe «para» los demás en diálogo y participación[2157].

4.3.8. Los sistemas de referencia: modalidades de participación personal

Wojtyla distingue dos sistemas diversos de referencia en la actuación de la persona «junto con otros» como modalidades de participación personal. Al primero lo denomina «miembro de una comunidad» y al segundo «prójimo»; ambos expresan distintas posibilidades de participación personal, y subrayan la naturaleza personal y social de la persona. Son conceptos que se relacionan y están próximos en el orden subjetivo, pero no se identifican entre sí; a pesar de las mutuas relaciones que se producen entre ambos sistemas de referencia, cada uno expresa algo diferente[2158].

Cada concepto, «prójimo» y «miembro de una comunidad», refiere a posibilidades distintas y a una dirección diversa de la participación personal, y por eso, al no identificarse ambos conceptos, facilita la comprensión de la participación de un modo preciso y multiforme.

El concepto de prójimo expresa algo más profundo que la cercanía o extrañeza entre los hombres, y también más básico que el de «miembro de una comunidad», pues nos hace advertir y valorar en él algo absoluto, que no depende de su pertenencia a ningún tipo de comunidad. El hombre es prójimo para el hombre como miembro de una comunidad, el hecho de pertenecer a una comunidad acerca a las personas, hace al prójimo más próximo, y se acerca o distancia el círculo de los hombres con quienes se relacionan; así, son más próximos los miembros de la propia familia o del país que los de las otras familias o naciones[2159].

El término «prójimo» está vinculado al valor de la persona en sí, al margen de su relación con las distintas comunidades. Esta distinción lleva a Wojtyla a replantearse la

[2157] *Ibid.*, p. 205.
[2158] WOJTYLA, Karol: *Persona y Acción*, *op. cit.,* p. 413.
[2159] *Ibid.*, pp. 414-415.

participación, no solo en función de la pertenencia de cada persona a las distintas comunidades, sino como capacidad de participar en la humanidad de los otros. Se extiende más allá de cualquier diversidad creada a raíz de la pertenencia a comunidades variadas; el concepto «miembro de una comunidad» presupone la realidad a la que refiere, y sitúa en primer plano la propia pertenencia a una específica comunidad. Sin embargo, el prójimo refiere solo a la humanidad en sí que posee cualquier «otro» hombre tanto como yo mismo, formando de esta manera un ámbito comunitario más amplio que se extiende más allá de cualquiera de las diversas comunidades[2160].

Como propiedad de la persona que se manifiesta en la realización de acciones «junto con otros», no se queda únicamente en la relación de coexistencia o cooperación, sino que llega hasta la humanidad de cada hombre, y sirve para su realización. De esta manera, la participación sirve no solo para la realización de la persona sino para su realización a través de la comunidad; «la capacidad de cada hombre de participar en la misma humanidad constituye el núcleo de toda participación y condiciona el valor personalista de cualquier actuación y existencia "junto con otros"»[2161].

En el ámbito del existir y actuar «junto con otros», estos dos sistemas, «prójimo» y «miembro de una comunidad», se completan en el orden objetivo, y si se separan puede suceder que la participación en una comunidad limite y llegue a ocultar la participación en la humanidad de los «otros», produciéndose lo que Wojtyla denomina la alienación, o privación del valor personalista.

Wojtyla considera que el sistema de referencia «prójimo», el esquema «yo-otro», tiene un carácter fundamental y preeminente en la formación de las relaciones de coexistencia y cooperación que se originan entre los hombres, que conviene asegurar, pues cuando esto no sucede, se perjudica no solo a la persona sino a la comunidad a través de la persona. Este esquema de la relación «yo-otro» está expuesto a las influencias e intromisiones externas, sin embargo, siempre debe existir y asumirse como un deber, a través del cual la persona supera una prueba que afecta a su humanidad y a su valor.

4.3.9. La participación y el ámbito relacional dialógico de la mediación

La teoría de la participación esbozada por Karol Wojtyla nos sirve muy adecuadamente para trasladarla al mundo de la mediación y del conflicto vivido por las personas afectadas, como una suerte de no participación. El esquema «yo-otro» suele desdibujarse o desaparecer en una relación de conflicto merced a los sentimientos recíprocos de antipatía, odio, celos, indiferencia, incluso venganza que experimentan las partes enfrentadas en una misma contienda. Sin embargo, es preciso actualizar esa participación

[2160] *Idem*.
[2161] *Ibid.*, p. 408.

que existe en potencia en los dos sistemas de referencia que hemos analizado, el «prójimo» y «miembro de una comunidad».

Así, en el primero de ellos, el esquema «yo-otro» existe en toda relación entre personas, aunque esté oculto a causa del conflicto o de algunas de las actitudes que hemos examinado anteriormente, como el individualismo, el conformismo o la evasión. Quien tiene voluntad de mediar, y pretende alcanzar un acuerdo con la persona que le ha ocasionado algún tipo de daño, debe comenzar por actualizar la participación como presupuesto necesario para entablar un diálogo que le conduzca a un posible acuerdo.

Recordemos que el ámbito relacional que estamos proponiendo que es la mediación es además dialógico. Esa participación pasa por la experiencia del otro, como otro «yo» análogo y diferente. Esta aproximación, como hemos podido estudiar en los epígrafes anteriores, no se realiza a nivel del sentimiento o pura emoción que pueden no darse, sino de la conciencia y de la experiencia del propio yo; el conocimiento facilita de hecho la participación, pero por sí sola no determina todavía nada porque el esquema «yo-otro» no se forma a partir de un concepto general y abstracto del ser humano, sino sobre una relación siempre concreta, ya dada, y cada vez única e irrepetible.

La participación es la propiedad interior que posee toda persona que le permite personalizar la relación de un ser humano con otro, existir y actuar «junto con los otros», muy especialmente cuando se ha visto perjudicada por la actuación de esas mismas personas, o por la comunidad. La actualización de la participación depende de la voluntad, y por tanto tiene un componente de espontaneidad. Consiste en la elección de una persona entre las otras, en concreto de la persona con quien estoy debatiendo o discutiendo en un conflicto, cuando acepto su yo, afirmando su persona, y el modo de hacerlo es en el propio «sí mismo» que es cada quien, pues no disponemos de otra aproximación a otro ser humano sino a través de mi/nuestra mismidad.

La formación del «otro yo» que es la otra persona con quien estoy mediando, y también el mediador en la conciencia y en la voluntad al final aun siendo una elección, se reduce a una identificación, pues de alguna manera la relación con el otro no la elegimos sino que nos viene dada o asignada aquí y ahora; la mediación suele ir precedida de un desacuerdo, de alguna situación de incumplimiento de contrato, lesión de derechos, o de alguna circunstancia sobrevenida, que nos lleva a identificar como un deber al otro como otro yo, sin necesidad de hacer complicadas introspecciones psicológicas.

De igual manera, para superar la ausencia de participación o alienación en la que nos sitúa un conflicto, que nos enfrenta y enzarza en interminables luchas que buscan imponer las pretensiones individuales, son dos las actitudes personalistas que ayudan a actualizar esa participación, y promueven consigo la mediación, la solidaridad y la oposición. Estas dos actitudes se activan desde la consideración del bien común que condiciona la participación, y que en el caso de la mediación no es otro que la solución del

conflicto conseguida por las mismas partes con la ayuda de un mediador. Hemos apuntado cómo el bien común no es estático, sino dinámico, y no se limita al fin del actuar común, ni a la suma del bien de muchos o de la mayoría entendido de modo objetivo, sino que hay que definirlo teniendo en cuenta a la vez que el momento subjetivo está relacionado con la participación.

5. EL ÁMBITO RELACIONAL DEL NOSOTROS ES DIALÓGICO

El objeto de estudio continúa con el análisis cada vez más profundo del ámbito relacional que se constituye en el «nosotros» y que se propone como esencia o ser de la mediación, extrayendo consecuencias de la intuición intelectual para captar su identidad cualitativa. Así, en esa visión interior se pueden ir descubriendo cuáles son los elementos esenciales que identifican ese ámbito relacional como su componente dialógico. El fundamento de esta hipótesis está construido sobre la filosofía personalista dialógica, caracterizada por su realismo de inspiración fenomenológica, y por su novedosa antropología planteada desde la intersubjetividad.

5.1. La palabra y las realidades espirituales del yo y el tú (Ferdinand Ebner)

5.1.1. La novedad del pensamiento dialógico de Ferdinand Ebner

Se parte de las aportaciones introducidas en el pensamiento dialógico por uno de los fundadores de la filosofía del diálogo, el austríaco Ferdinand Ebner, con su obra más famosa *La palabra y las realidades espirituales. Fragmentos pneumatológicos*[2162]. En este libro, Ebner no busca crear una nueva filosofía, sino descubrir la realidad de la vida del espíritu de la persona fundamentada en la palabra[2163]. Es en el prólogo de su libro donde el autor resume el contenido principal de los fragmentos pneumatológicos, y expresa que la vida de las personas, en su esencia, es una existencia espiritual, que no agota su sentido con el devenir de los acontecimientos que en ella suceden. Ese algo espiritual que habita en el hombre está esencialmente determinado, en tanto que constituido en el origen por una relación hacia algo también espiritual fuera de él, «mediante lo que y en lo que él existe»[2164]. Lo espiritual en el hombre no trata de algo figurativo, como una pura ficción poética o metafísica, ni procede de sus condicionantes sociales. Una expresión visible y objetiva que permite al hombre conocer que está constituido para la relación la

[2162] PUENTE LÓPEZ, Julio: *Ferdinand Ebner: Testigo de la luz y profeta*, *op. cit.,* pp. 102-107.
[2163] *Ibid.*, p. 140.
[2164] EBNER, Ferdinand: *La palabra y las realidades espirituales: Fragmentos pneumatológicos*, *op. cit.,* pp. 22-23.

encontramos «en el hecho de que el hombre es una esencia hablante, de que tiene palabra»[2165].

La palabra está depositada en la vida de la persona como principio de su existencia, y no la posee por principios naturales o sociales. La sociedad humana no es el presupuesto de la lengua, sino más bien la presupone. El «yo» es como denomina Ferdinand Ebner a esa realidad espiritual que existe en el hombre, y el «tú» lo que existe fuera de él; se dan ambos mediante la palabra, y en su interioridad. Pero no se refiere al efecto de las palabras vacías, carentes de toda referencia a la realidad, como lo muestran las palabras en su uso abstracto u objetivado, sino a la palabra creada por el hablar, aquella otra que se actualiza y concreta al ser pronunciada, capaz de potenciar su contenido y todo su valor. «Este es en suma el pensamiento fundamental»[2166], concluye Ferdinand Ebner.

Julio Puente López, al comentar el pensamiento ebneriano, afirma cómo su obra refleja uno de los intentos más vigorosos de captar la realidad de modo concreto, movido no tanto por afanes filosóficos sino por necesidades vitales e intereses prácticos personales. No le importa llegar a un conocimiento teórico sobre cómo vivir de forma auténtica sino lograr una existencia verdadera. Tampoco pretende suplantar el pensamiento por la acción, pero sí rechaza todo pensamiento abstracto, que no sirve para la realización concreta de la existencia, aquel pensamiento que no se hace palabra y por tanto incapaz de confiar en ella como medio concreto de relación personal. «Todo el pensamiento de Ebner está penetrado de una misma preocupación: lograr vivir auténticamente»[2167].

Ferdinand Ebner, sin el propósito de prejuzgar la función de toda ciencia en la vida del hombre, sí que pretende dejar constancia de su imposibilidad para reconocer al «tú» en la relación. Su interés se centra en cómo captar la realidad de un modo concreto. Cuando Ebner considera que cada afirmación es originariamente y por esencia algo concreto, lo entiende en sentido «pneumatológico», por su origen espiritual, personal, como realidad que se produce entre dos interlocutores. La filosofía sin embargo se ocupa de afirmaciones abstractas. Ebner valora el pensamiento concreto porque lo considera una manifestación de la aproximación a las realidades auténticas de la existencia. No se trata de pensar concretamente, sino de entrar en relación con esas realidades. El pensamiento abstracto, con sus intuiciones, imágenes y conceptos, desconoce el sentido de la palabra. Cuanto más cerca está el pensador de la vida espiritual de la palabra, tanto más concretamente piensa. La filosofía se ocupa en expresión de Ebner de «un soñar del espíritu», incapaz de alcanzar la realidad del yo, o del mundo, pues lo real no puede

[2165] *Idem*.
[2166] *Ibid.*, p. 23.
[2167] PUENTE LÓPEZ, Julio: *Ferdinand Ebner: Testigo de la luz y profeta*, *op. cit.*, p. 140.

captarse sin una relación concreta y existencial con ello. Toda abstracción es alejamiento de la realidad. Con ello Ebner no pretende inducir a no filosofar, sino a buscar la realidad y a entrar en relación con ella, despertar a la realidad de la vida del espíritu. Solo el individuo es capaz de despertar de ese sueño, viviendo el realismo del espíritu, encontrando al tú. Ese realismo del espíritu no puede ser vivido más que por el individuo. Distingue Ebner en su filosofía entre los valores ideales capaces de ser soñados y los valores espirituales reales, que son los que atañen a la existencia. Así, el pensamiento verdadero para Ebner es el pensamiento vivo, el que encierra la capacidad de dar fruto al convertirse en palabra, y, al igual que Feuerbach, afirmará que la verdad está en la relación del yo con el tú, nunca en la soledad de una conciencia; no hay verdad en el pensamiento si la vida y el pensar, a la vez, no están orientados a la verdad de la existencia. Llega a la conclusión de que la verdad se realiza, y que el pensamiento solo se realiza como verdadero cuando saliendo de la soledad de la conciencia individual se hace palabra de unidad y armonía con otras conciencias. Este pensamiento verdadero va unido en Ebner a una actitud religiosa de la vida; tal es así que afirmará que solo en la relación con Dios el hombre se entiende a sí mismo, y desde la comprensión religiosa el hombre capta su auténtico ser[2168].

Ebner equipara la filosofía con la filosofía idealista que impera en su tiempo, que usa de abstracciones y conceptos cuya norma es la idea; es la filosofía platónica, de Spinoza o de Kant, y así llama idealista a toda filosofía que absolutiza el yo, que no muestra cómo llegar al tú, ni supera la discrepancia entre la idea y la realidad. El idealismo, con su método filosófico, no llega a captar la realidad concreta, es preciso que la reflexión subjetiva deje de ser monólogo para convertirse en diálogo[2169].

Lo que echa en falta de la filosofía idealista es una actitud en el fondo religiosa, una confrontación con las realidades espirituales, tarea que supera toda empresa filosófica. Se le ha criticado a Ferdinand Ebner lo irracional de su forma de acercarse a la realidad a través del diálogo y del encuentro, pero él, en el conocimiento de la realidad concreta y de la relación interpersonal, hace intervenir a la razón, con un sentido más profundo que el que le da la filosofía idealista. La actualización del ser, y sobre todo del yo humano, no es, dice Puente López, una cuestión de pensamiento, sino de vida. El pensamiento sustancializa el ser, es decir, lo objetiviza, situándolo como un objeto en un mundo imaginario donde la realidad queda privada de las relaciones vitales, sin las cuales el hombre no puede comprenderse a sí mismo. Los problemas se objetivan, y no afectan al sujeto, quien no se siente implicado en el drama de la existencia. El pensamiento abstracto que se expresa en la tercera persona «es» pierde la inmediatez de la afirmación existencial,

[2168] *Ibid.*, pp. 125-135.
[2169] BISER, Eugen: *Theologische Sprachtheorie und Hermeneutik*. Múnich: Kosel, 1970, p. 13.

y la realidad se hace dependiente del hecho de ser pensada, siendo posible su negativa en cuanto realidad[2170].

Para López Quintás el objetivo del pensamiento de Ebner, el tema fundamental y primario de su filosofía, es la relación dialógica que media entre el yo y el tú, la dimensión dual de la persona que le confiere la apertura hacia el tú, y libera al yo de todo encerramiento individualista. La salida del yo hacia el tú funda un ámbito donde el tú deja de hallarse en relación de exterioridad frente al yo, situación que se produce cuando el tú es tratado como un mero objeto, una realidad que se puede poner a distancia para contemplarla de forma incomprometida, «espectacular», con una actitud manipuladora. Desde este planteamiento, el pensamiento de Ebner es una crítica a los métodos objetivistas hasta ahora empleados en la filosofía, insuficientes para el estudio de la antropología. Al comprender que lo decisivo en la vida y el pensamiento humano es la creación de ámbitos dialógicos con las demás personas, y no su análisis como ob-jetos, solo se constituye en verdad la realidad humana cuando se compromete con otras realidades personales, sin que pueda darse de un modo distante, imparcial u «objetivo». Este ser objetivo López Quintás lo entiende en el sentido de incomprometido. El trabajo crítico de Ebner respecto de la filosofía, la psicología, el individualismo del yo, no tiene otra finalidad que la de resaltar la condición ambital de la persona, y la exigencia de comprometerse que esa condición lleva implícita para el sujeto que quiera conocer quién es el hombre. El compromiso se opone a toda actitud cosista, fríamente contemplativa, estática, reductora de situaciones complejas. Desde este punto de vista se comprende la crítica de Ebner a la metafísica, la ética, la filosofía, cuando emplean en sus procedimientos especulativos, en sus formas de conocer la realidad, métodos que implican algunas de esas actitudes.

El método de investigación de Ebner es realista, se fundamenta en hechos concretos que se observan en la persona, el hecho de hablar, de fundar con la palabra ámbitos de interacción entre el yo y el tú. La vida espiritual de los hombres no surge en la actividad de cada yo en soledad, separado de los demás, sino cuando funda esos ámbitos, y la vida aislada de cada yo es el reflejo de esa vida espiritual. Ebner es capaz de demostrar, no solo la condición relacional de la vida personal del hombre, sino la densidad entitativa de esa realidad relacional, pues si responde a una actitud oblativa de entrega, entonces la vinculación del yo con el tú es una realidad irreductible. Dice Quintás que la intuición de Ebner es haber descubierto que la existencia perfecta es aquella que causa vida, y la vida solo nace en la apertura al diálogo; además, añade, de haber captado esta

[2170] NÉDONCELLE, Maurice: *Existe-t-il une philosophie chrétienne?* París: A. Fayard, 1956, pp. 54 y 101-118.

otra intuición: que el origen de todo pensamiento, y de toda vida espiritual, se da en la palabra. Siguiendo a Feuerbach afirmará que el «yo existe en diálogo».

A partir de este planteamiento, Quintás dirá «el yo de cada hombre solo se constituye plenamente al entrar en relación personal con el tú de los demás hombres, y sobre todo con el tú de Dios. La verdadera realidad se halla en este ámbito dialógico»[2171]. A partir de este planteamiento, lo decisivo es determinar qué tipo de realidad presenta esa apertura y precisar si el carácter dialógico de la persona se reduce a un asunto simplemente dialéctico, en sentido de un correlativo circunstancial, o si implica más bien un modo de ser de la persona sustantivo y perdurable. Para Ebner no es admisible una comprensión unilateral de la realidad, a la que se accede a través de unos esquemas elaborados a partir del conocimiento de los modos de ser más simples y fácilmente accesibles, y así descubre en el entorno diversos modos de realidad, de sustancialidad y causalidad. El recorrido que va del yo al tú se realiza mediante la vida espiritual, una actividad que no es meramente intelectual. Por espíritu o pneuma Ebner entiende, en palabras de Quintás, al ser con capacidad de crear ámbitos de correlación, al sujeto que se afirma a sí mismo en la apertura activa del yo al tú.

Lo característico del pensamiento pneumatológico consiste en «concebir la persona como un modo de realidad que, por ser sustantiva en grado eminente, no está dada de una vez para siempre, de un modo rígido e inalterable, sino que se afirma positivamente en el ser a medida que despliega de dentro afuera sus posibilidades internas, entre las cuales ocupan las dialógicas un puesto singular»[2172].

El pensamiento pneumatológico de Ebner considera a la persona, no como una entidad perfectamente delimitada como sucede con las realidades materiales, las cosas, sino como realidades abiertas, a modo de ámbito, que se van constituyendo en relación con el entorno. La actitud pneumatológica se alza sobre la actitud científica, ética o filosófica con el objeto no de priorizar el irracionalismo o el vitalismo, sino de proporcionar a la inteligencia y razón humana un mayor alcance al vincularlas con la decisión creadora de las relaciones interpersonales. Ebner no elaboró una teoría sistemática de la persona, pero sí colaboró decididamente a concebir la realidad de la persona, no desde las categorías tradicionales que se fundamentan en un concepto rígido de sustancia, sino desde el concepto relacional.

[2171] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *El poder del diálogo y del encuentro: Ebner, Haecker, Wust, Przywara*, *op. cit.,* p. 14.
[2172] *Idem*.

5.1.2. Los primeros doce fragmentos pneumatológicos

Es en el fragmento I, titulado «Las Realidades Espirituales», donde Ebner presenta al yo y al tú como las realidades espirituales de la vida de los hombres, y es entre ellas donde se desarrolla la verdadera vida del espíritu. Lo espiritual en el hombre es la relación del yo con el tú. Será más adelante, en el fragmento X, donde afirme que el yo no es un objeto o una cosa, ni la representación intelectual que formuló Fichte, sino una realidad concreta, el sujeto de la relación espiritual[2173].

Al hablar del término yo como «descubrimiento tardío del espíritu humano que reflexiona sobre sí, y se revela como idea»[2174], comenta que se ha entendido siempre y hasta ese momento en exclusiva referencia a sí mismo, «en su soledad íntima», como un yo solitario, que no muestra al yo auténtico, sino al *Moi* de Pascal. El intento de la filosofía alemana de defender la existencia de un yo con un idealismo orientado desde el sujeto ha fracasado para Ebner, pues ese yo se ha vuelto un yo abstracto e irreal. ¿Cuál es entonces, se pregunta Ebner, la índole propia del yo auténtico? La respuesta que ofrece es bien sencilla, la existencia del yo no se fundamenta en su relación consigo mismo, sino en su relación con el tú. Desde esta visión no se puede absolutizar la soledad íntima propia del *Moi* pascaliano, sino que hay que mirar al yo como relativo al tú. Tal es así que para Ebner no existirá ningún yo fuera de esa relación. «La soledad íntima no es una realidad original que pertenezca al yo, sino que es el resultado de un acto intelectivo sobre él, el acto del yo, el acto de cerrarse frente al tú»[2175].

Para Ebner, dirá Quintás, la relación yo-tú es una relación estructural de la persona humana como ser espiritual. La apertura del yo al tú no es solo una actitud humana, o un acto positivo de la voluntad, sino una condición natural y básica de su ser[2176].

En esta relación del yo y el tú Ebner introduce un tercer elemento, la palabra, cuyo significado se revela en la espiritualidad de su origen, mediante el hecho de que la existencia del yo se da en su relación con el tú. La esencia de la palabra, en su espiritualidad, reside en que es algo que se realiza entre el yo y el tú, entre la primera y la segunda persona, algo que presupone la relación del yo con el tú, y que por otra parte la actúa. La persona es una realidad relacional y locuente. «El verdadero yo existe solo en su relación al tú, el yo existe en el diálogo». El yo auténtico es el que existe en la actualidad de la relación dialógica. Puente López dirá que la naturaleza humana que concibe Ebner es

[2173] EBNER, Ferdinand: *La palabra y las realidades espirituales: Fragmentos pneumatológicos*, *op. cit.,* p. 119.
[2174] *Ibid.*, p. 25.
[2175] *Ibid.*, p. 27.
[2176] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *El poder del diálogo y del encuentro: Ebner, Haecker, Wust, Przywara, op. cit.,* p. 32.

una existencia en relación[2177]. La esencia de la lengua como algo espiritual la encontró Ebner en otros autores, como Johann Georg Hamann y Wilhelm von Humboldt.

En el fragmento II «Palabra y ser personal. Origen de la palabra. Soledad. Yo y tú», para Ebner la palabra está unida íntima e indisolublemente a la vida espiritual de la persona, y se realiza entre la primera y la segunda persona. La palabra, el impulso hacia la lengua y la necesidad de interpelar a otro no pertenecen a la vida natural de la persona, sino a su vida espiritual. El hombre es un ser locuente y posee la palabra. Al igual que sucede en la vida espiritual, la palabra se asienta sobre la relación del yo con el tú. El presupuesto de la palabra expresada es la relación personal del yo y el tú, y al mismo tiempo no se entiende al ser personal sin relación a la palabra, sin la posibilidad de afirmar la propia existencia en el término yo de la frase «yo soy» mediante la cual se objetiva la autoconciencia; la doble posibilidad de ser persona «hablante» y también persona «interpelada», de ser el tú. El tú es la «interpelabilidad» en el otro y pertenece a la esencia del ser personal, tanto como la capacidad de expresarse que se da en el yo.

Muy relevante para nuestra tesis y fundamental para la mediación como un ámbito dialógico es esta versatilidad que presenta la persona en su estructura, su condición natural de ser alguien hablante, en la que se expresa el yo, y al mismo tiempo ser alguien interpelado, el tú para el otro, como consecuencia de poseer y tener el sentido de la palabra. El yo, dice Ebner, existe solo en su relación al tú, existe en diálogo, y esta relación dialógica se actúa a través de la palabra, y pronunciando los pronombres yo y tú. El uso concreto de los pronombres yo y tú, cuando son pronunciados en una frase, no representa a ningún nombre propio o común, sino que se sitúan dentro de un ámbito o espacio que él denomina «esfera espiritual creada y objetivada por la palabra de modo inmediato para la persona misma»[2178].

Peculiaridad de los pronombres personales: no son sustitutivos de ningún sustantivo en la frase, y están presentes en esa esfera espiritual creada por la palabra para la persona. La palabra pronunciada, no en su uso abstracto, es así creadora de un espacio espiritual o relacional integrado por la persona que habla y la persona a quien se habla. Por tanto, el ámbito dialógico que defendemos que es la mediación tiene depositada en la palabra, en los pronombres yo y tú, la manifestación de una realidad espiritual o relacional, donde la palabra no entra desde fuera en el contenido de la frase, sino que emerge desde de ese contenido, y a la inversa ese contenido emerge de la palabra, por el hecho de poseer la palabra. Esta es la funcionalidad de la palabra que propone Ebner y, citando las palabras de J. G. Hamann, es ella quien revela la esencia invisible de nuestra alma[2179].

[2177] PUENTE LÓPEZ, Julio: *Ferdinand Ebner: Testigo de la luz y profeta*, *op. cit.,* p. 197.
[2178] EBNER, Ferdinand: *La palabra y las realidades espirituales: Fragmentos pneumatológicos*, *op. cit.,* p. 30.
[2179] *Idem*.

En la reciprocidad de la relación es donde se da el yo y el tú y «la palabra es aquello, mediante lo cual se constituye —se pone— de un modo objetivo no solo la existencia sino también y ante todo la relación entre ambos»[2180]; detrás de cada palabra pronunciada como frase, es decir, como palabra significativa, opuesta a la palabra fragmentada o inconexa, se puede descubrir, como expresión de su sentido más íntimo, la posición real o también simplemente ideal de la relación entre el yo y el tú. La palabra ofrece el presupuesto para esta relación, y a la vez la existencia de la persona es presupuesto de la palabra. Es en la relación yo-tú donde el hombre encuentra su vida espiritual, y en la palabra su expresión concreta y objetiva. La apertura del yo hacia algo espiritual fuera de él se materializa a través de la palabra, de ahí que solo desde esta pueda crearse un conocimiento objetivo de las realidades espirituales.

Ebner, al final del segundo fragmento, nos presenta el modo correcto de establecer la relación del yo con el tú, que podemos trasladar al ámbito dialógico de la mediación como presupuesto para que pueda iniciarse y desarrollarse el proceso de la mediación. Así, afirma que la relación de la persona que habla con la persona a quien se habla es la relación de la primera con la segunda persona, y esta debe ser una relación personal. Dicho de otro modo, toda relación personal presupone la relación del yo hacia el tú, y esta solo se dará cuando el yo se relacione correctamente con el tú; es necesario mantener con el tú la recta relación del espíritu, dice Ebner, y esta no se consigue mediante una relación objetiva sino personal, porque «entonces (el tú) no es para mí un yo —eso lo soy yo mismo— sino el tú»[2181].

Cuando no existe una relación personal, el yo vive el tú como si fuera el propio yo, en su encerramiento y soledad, en lo que Ebner denomina su «muralla china», detrás de la cual se encierra frente al tú, y desde la que se entiende con dificultad o no se entiende en absoluto con el tú. En esta relación objetiva el yo vive en última instancia su propio yo, solo vive el yo, sin más. No es posible que la persona pueda mantener respecto al espíritu de otra una relación «objetiva» donde no exista un determinado punto de vista o perspectiva. Si me relaciono de forma correcta con ese espíritu, con ese tú, es decir, no de forma objetiva, esa otra persona no es entonces un yo para mí, pues eso lo es cada uno, sino el tú. El sujeto en esta apertura es cuando se autoafirma. Y es este sentido, el espiritual y no psicológico, como debe entenderse que «la relación yo-tú posibilita la autoafirmación, no la autoposición del yo en la proposición yo soy»[2182].

En el ámbito dialógico de la mediación las partes, como consecuencia del conflicto que las enfrenta, viven entre ellas el tipo de relación a la que Ebner denomina objetiva,

[2180] *Idem*.
[2181] *Ibid.*, p. 35.
[2182] *Idem*.

donde el yo vive el tú como si fuera el propio yo, como una proyección de sí mismo, a quien traslada su posicionamiento, y su propio encerramiento, dificultando de esta manera el proceso de la mediación, que precisa abandonar esta relación cerrada o aislada en el yo, para dar paso a otra relación, la correcta entre el yo y el tú, la relación personal.

Si las partes en la mediación se relacionan incorrectamente, de un modo objetivo, formalmente serán dos o más partes diferenciadas las que intervienen en la mediación, pero solo en apariencia, porque en realidad no habrá más que una parte, la que cada una de ellas representa y se posiciona, porque carentes de toda perspectiva proyectarán en la otra al propio yo, sin vivir el tú, imposibilitando el entendimiento o acercamiento. Cada parte no tendrá en realidad más relación que la que mantiene consigo misma. Resulta, por tanto, imprescindible lograr de inicio y en todo el proceso de la mediación que las partes se relacionen de modo personal. Para que pueda comenzar con éxito un proceso de mediación, para crear ese ámbito relacional dialógico que es la mediación, las partes deben relacionarse correctamente, de un modo personal; esta relación personal del yo con el tú es la relación de la primera con la segunda persona, de la persona que habla con la persona a quien se habla, que da pie al auténtico diálogo con el tú, diferenciándolo del yo de uno mismo.

Conviene que las partes que intervienen en una mediación se relacionen entre ellas y con el mediador de la forma correcta, la personal, y no de forma objetiva, para adquirir una perspectiva del conflicto distinta de la visión propia, una forma de relacionarse con el otro como lo que es otro, y no una proyección del yo; de tal manera que, como dice Ebner, «si me relaciono correctamente con ese espíritu, y eso quiere decir no de modo objetivo sino de modo personal, entonces no es para mí un yo —eso lo soy yo mismo— sino el tú. Pero si mantengo con el otro hombre la recta relación del espíritu, de forma que no hallo en el tú de mi yo, sino que vuelvo a vivir el yo, su yo, su "muralla china" tras la que se cierra frente a mí y por encima de la cual me entiendo con dificultad o no me entiendo en absoluto, de forma que yo mismo me cierro frente a él, entonces sin duda no vivo en ese yo otra cosa en última instancia que mi propio yo, su cerramiento y soledad, y su muralla china, yo me vivo a mí mismo en la soledad de mi yo, vivo el yo sin más, el único yo que hay»[2183].

En esta relación personal del yo y el tú la palabra tiene función interna, pues «es el medio en que se perciben las entidades espirituales, como lo es la luz respecto a las cosas físicas»[2184]. Quintás, al comentar cuál es el alcance y las posibilidades de interacción entre la palabra y la relación personal del yo y tú, sobre qué significa el hecho de que una

[2183] *Idem*.
[2184] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *El poder del diálogo y del encuentro: Ebner, Haecker, Wust, Przywara*, *op. cit.,* p. 17.

persona posea el don de la palabra, le otorga nada menos que la capacidad de fundar, destruir o hacer imposibles esas relaciones. El dinamismo interno de la palabra se conecta con la creatividad humana que tiene el carácter de dialógica, interaccional, activa-receptiva, reverente, amorosa, y no impositiva ni causalista. El lenguaje auténtico, dirá Quintás, es un juego creador interpersonal, le añade el adjetivo lúdico a la creatividad, y le atribuye la facultad de desplegar virtualidades en el hombre como ser espiritual, llevándolo a su plenitud[2185].

La capacidad de hablar presupone la espiritualidad de la persona y a su vez la funda, fruto de la creatividad humana, y al mismo tiempo la palabra es vehículo de la misma. El hecho de que una persona posea la palabra, el don de la palabra, explica el significado del origen del lenguaje, es algo que se da entre el tú y yo, entre la primera y segunda persona, algo que por una parte presupone esa relación y al mismo tiempo la actúa, la hace realidad. «La palabra yo y la palabra tú pronunciadas de modo creador, apelante, fundan un ámbito de entreveramiento en el que se establece una relación peculiar de presencia y de compromiso»[2186].

Quintás, en el desarrollo que hace del pensamiento de Ebner, explicita la necesidad de usar la palabra de un modo concreto, que él llama creativo, donde las partes usando la palabra se interpelan, y establecen un ámbito donde se produce una relación especial, determinada por la presencia y el compromiso. En esta misma línea, Puente López considera que la virtualidad de la palabra no puede captarse si no es desde el compromiso personal, y existe siempre en la relación interpersonal, en la actualidad de su ser pronunciada: «El ser de la palabra es de tal naturaleza que no se puede captar sin un compromiso personal. La palabra existe siempre en razón de la actualidad de la relación interpersonal. Nadie la capta existencialmente si no se compromete en tal relación»[2187].

Estos dos autores, al comentar el pensamiento de Ebner, están agregando un componente nuevo, el compromiso en la relación personal, para que las personas puedan establecer una correcta relación, en términos personales y no objetivos, y puedan interpelarse como lo que son la una para con la otra, alteridad. Para nuestra tesis, donde estamos planteando la necesidad de crear un ámbito relacional dialógico que no se les da a las partes, sino que son ellas quienes tienen que fundarlo, el compromiso introduce en la relación personal yo-tú la capacidad de entenderse mediante la palabra que en ese espacio es pronunciada. Esta relación correcta entre el tú y el yo que cada una de las partes en mediación debe asumir no puede ser impuesta, o forzada, incluso tampoco es posible mantenerla mediante una actitud protocolaria de cumplimiento formal, sino que

[2185] *Ibid.*, pp. 22-23.
[2186] *Ibid.*, p. 19.
[2187] PUENTE LÓPEZ, Julio: *Ferdinand Ebner: Testigo de la luz y profeta*, *op. cit.,* p. 171.

presupone la toma de conciencia de los sujetos, que según Ebner les proporciona la palabra.

En el fragmento III escribe Ebner sobre la autoconciencia y defiende cómo la persona descubre su propio yo, toma conciencia de sí mismo, en la proposición «yo soy», no en su reflexión solitaria, sino mediante la relación con las otras personas que de alguna manera son una parte integrante de esta conciencia[2188]. Las otras personas son un medio necesario para despertar en el hombre la conciencia de sí mismo. El hombre, al encontrarse con otras personas, al afirmarse frente a ellas y ser considerado y apelado por ellas, descubre su propio yo. La persona tiene conciencia de sí cuando tiene palabra. Así lo expresa: «la existencia personal del yo, la existencia concreta en ese ser personal, no la pensada en lo puramente abstracto, solo puede afirmarse como personal por parte del mismo yo en la proposición "yo soy". De modo diverso ocurre con la existencia del tú en la frase "tú eres"»[2189].

La autoconciencia para Ebner no es un hecho de la naturaleza del hombre, sino del espíritu, equivale al hecho de que «tiene la palabra, de que es un ser hablante y al que se habla no de la naturaleza del hombre, por eso es un hecho espiritual»[2190]. El carácter espiritual de la palabra lo encontramos en su capacidad para crear ámbitos de relación; Ebner la define como «aquello que crea una relación entre el yo y el tú, entre la primera y la segunda persona de la gramática»[2191], «es algo que acaece entre "el que se expresa", lo que "hay que expresar", y "al que hay que expresarlo"»[2192].

Ebner distingue entre la conciencia que es siempre objetiva, y concretamente determinada, y el ser consciente, que se determina subjetivamente a sí mismo; de cualquier ser viviente, afirma, se puede decir que tiene conciencia objetiva de algo, vivencia del mundo, pero no puede decirse que tenga un ser consciente. El animal tiene conciencia, sí, pero es incapaz de captar otra cosa que no sea la vivencia del mundo, no puede llegar a ser jamás consciente de sí mismo, ni de su propia existencia; se puede decir que tiene conciencia, pero no tiene habla, solo interjecciones, no tiene un yo, y por lo mismo no puede ponerse en relación con el otro, con el tú. Es la palabra la que habilita a la persona tanto a afirmarse en la frase «yo soy», a expresarse a sí misma, como a ser consciente del otro y, por tanto, su capacidad de ser interpelado. Tener conciencia de la conciencia del otro es imposible sin ser consciente, y es este el presupuesto para pensar «objetivamente» con validez para los otros. Aquí descansa la base de todo conocimiento objetivo, del pasamiento científico y matemático. Esta doble virtualidad de la palabra

[2188] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *Cuatro personalistas en busca de sentido*, *op. cit.,* pp. 68-69.
[2189] EBNER, Ferdinand: *La palabra y las realidades espirituales: Fragmentos pneumatológicos*, *op. cit.,* p. 39.
[2190] *Ibid.*, p. 99.
[2191] *Idem.*
[2192] *Idem.*

Ebner la expresa de la siguiente manera: «la lengua presupone al yo como la posibilidad espiritual de ser una persona hablante y de "tomar la palabra", de expresarse a sí mismo, y de afirmar su propia existencia en la frase yo existo, pero por otra parte y al mismo tiempo la lengua también presupone la conciencia del espíritu en el otro en vista a su capacidad de ser interpelado»[2193].

Se comprende entonces cómo Ebner llega a decir que «por la palabra existe el yo en el hombre en relación con el tú»[2194]. Añade aclarando que «esto no funda la conciencia en y para sí, sino el ser consciente, que se determina, el ser consciente que implica al yo, y en el "tener palabra" la posibilidad de la lengua se ha desarrollado desde la conciencia sin más»[2195]. El yo, repetirá en varias ocasiones, no se reduce a una ficción gramatical, o a un asunto de uso lingüístico. Las formas gramaticales le sirven para desarrollar su pensamiento porque admiten una lectura «pneumatológica», y así, por ejemplo, afirma que el yo se da «objetivamente» por la palabra, que es un hecho del espíritu, pneumatológico. También mencionará la posibilidad de que el yo se cierre a esa relación, situación que identifica con el caso gramatical denominado *casus obliquus*, que se produce cuando «El yo que se cierra al tú no es propio y verdadero yo sino en sentido gramatical, el *casus obliquus* del yo, el del mí, para mí, a mí, el *Moi* de Pascal: el intento del hombre de existir sin Dios o en un malentendido sobre la relación del hombre con Dios»[2196].

La derivada que sigue a este encerramiento, donde el yo deja de tener relación con el tú, y pasa a confiar exclusivamente en sí mismo, equivale a la muerte del yo, y a perder el habla. Pasa el hombre a no poder comunicarse con el otro, a no entenderse con él. Y sin la palabra no podría expresarse más a sí mismo, no encontraría la palabra que lo liberase, pues el yo existe objetivamente solo en la palabra. Puede gozar en esta situación de cierta autosatisfacción y autoafirmación, pero sufriría en soledad; él se quiere a sí mismo y su existencia, pero la verdad es que solo existe en esa relación. En un caso extremo es lo que le sucede a un demente que por su enfermedad se hunde en el abismo del yo, se derrumba en esa soledad del yo. Ebner apunta «la necesidad de buscar la realidad interna del yo en el "yo quiero", el querer está en la raíz del *sum* y del *cogito*»[2197].

La palabra por tanto proporciona luz a la conciencia del hombre, y la ilumina hasta convertirla en autoconciencia, en ser consciente de sí, hecho que le es negado, como hemos expuesto anteriormente, al animal, que solo tiene conciencia. Más adelante, en el fragmento XVII sobre el último sentido del *cogito* y el autoconocimiento, escribe: «en la

[2193] *Ibid.*, p. 106.
[2194] *Ibid.*, p. 105.
[2195] *Ibid.*, p. 101.
[2196] *Ibid.*, p. 108.
[2197] *Ibid.*, p. 113.

palabra y por la palabra posee el hombre su peculiar conciencia de las cosas y de los acontecimientos en el mundo, pero también de sí mismo y de Dios. Todo pensar verdadero y vivo, toda vida espiritual del hombre, únicamente tiene en la palabra su apoyo objetivo»[2198].

Ebner valida este pensamiento recordando que Sócrates fue quien puso en boca de Felón esto mismo, abandonar en el alma el pensamiento de que no hay solidez en las palabras, si bien él, usando la expresión *logoi*, en los fundamentos de la razón, se está refiriendo a la palabra como el fundamento de la razón, y la fuente de la verdad y de la vida. El yo existe en la autoconciencia de su existir, y en la palabra «yo soy» la existencia del yo jamás se puede expresar en tercera persona, sino siempre y solo en primera porque es el yo el que se expresa. Quintás explica de forma muy esclarecedora la relación de la palabra y la conciencia de sí, al decir que «el hombre es un sujeto que se afirma a sí mismo como existente y se apropia de su existencia de modo consciente cuando pronuncia la palabra "yo"»[2199].

La persona, dirá, no descubre su propio yo en su reflexión solitaria, ni tampoco en la relación con las cosas del mundo, sino en la relación con otras personas, en el afirmarse frente a ellas, ser considerado y apelado por ellas. Las otras personas son necesarias como medio para despertar en el hombre la conciencia de sí, una parte integrante de esa conciencia. Así, afirma «El hombre tiene conciencia de sí en cuanto tiene "sentido de la palabra", el logos». Es a través de la palabra como el hombre trasciende el ámbito cerrado de su conciencia y el de la representación privada que tiene de los demás, pero permaneciendo en su originariedad. Es la estructura dialógica de la persona la que determina el carácter abierto de la conciencia que el hombre tiene de sí.

En el fragmento IV se centra en el yo concreto, y lo titula ampliamente como «Yo pienso y ella piensa. Kierkegaard. El yo concreto. Génesis del pensamiento desde la palabra. El tú ideal, concreto, ficticio. Palabra y Verdad». Es aquí donde Ebner dota a la palabra de su sentido último, orientado al establecimiento de la relación con el otro, no al predominio sobre el comportamiento exterior o interior del tú. Permite a la persona revelar su propio pensamiento, algo que en ella todavía estaba oscuro, y le permite aclararse, y de esta manera afirmará: «el sentido de la palabra es la relación de lo espiritual en el hombre con lo espiritual fuera de él»[2200].

Con esto no niega que existan pensamientos sin palabras claros y evidentes, que son pensados en la mayor soledad posible del yo. También reconoce que existe un

[2198] *Ibid.*, p. 230.
[2199] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *El poder del diálogo y del encuentro: Ebner, Haecker, Wust, Przywara*, *op. cit.,* p. 22.
[2200] EBNER, Ferdinand: *La palabra y las realidades espirituales: Fragmentos pneumatológicos*, *op. cit.,* p. 54.

pensamiento hecho palabra que se aparta y rehúye del tú, es una palabra que no se dirige ni al tú ideal ni al tú del hombre concreto, sino que se sujeta a la objetividad del pensamiento. Este tipo de pensamiento está negando la espiritualidad de su origen, y es incapaz de crear vida espiritual en el hombre, puesto que la espiritualidad no surge en la esfera del pensamiento objetivo. Recuerda también que existe un proceso verbal del pensamiento asentado en una relación con un tú ficticio, distinto del tú ideal; es el caso del demente, donde su yo ha perdido al tú, y el hombre enferma por la falta de tú por parte del yo. Así, expresará que cuanto existe en la vida y más si proviene de la profundidad de la su vida, se hace hace palabra, y adquiere su sentido propio y su verdad peculiar en tanto que tiene de referencia al tú. Es verdad, afirma Ebner, aquello por lo que un pensamiento alcanza solidez y esencialidad, y no puede darse verdad en un pensamiento hecho palabra si ésta se encuentra desconectada de la palabra tú, a quien puede dirigirse de una forma ideal o concreta. «La relación con el verdadero tú es la que convierte en verdad objetiva al pensamiento hecho palabra»[2201].

Ebner atribuye a la palabra la capacidad de establecer la relación entre el yo y el tú, de mediar espiritualmente entre ambos, y es la palabra hablada, en la actualidad de su ser dicha dirigiéndose al tú concreto, la que interpela lo espiritual en el hombre. Es en la palabra como el ser solitario sale de su existencia hacia la relación con el tú, y es en esta relación donde comienza a poseer su vida espiritual. Es el vehículo objetivo de esa relación. Y además es el fundamento de todo conocimiento en general[2202].

Pero no basta la lengua, sino que el hombre necesita de otro vehículo, de carácter subjetivo, que él identifica con el amor, ambos se pertenecen mutuamente. El yo real existe porque y en tanto se mueve hacia el tú, no en el pensamiento sino subjetivamente en el amor. Son la palabra y el amor los dos motores del movimiento hacia el tú. «Por el hecho de que se piense —y de que pensándose a sí mismo se sueñe con su existencia— no sale el yo de su soledad. Pero el hecho de que se expresa y se hace palabra se mueve a sí mismo, saliendo de esta soledad hacia el tú y se hace real en el sentido más profundo»[2203].

La necesidad del espíritu en el hombre es la relación con el tú, y ambos, el yo y el tú, como realidades de la vida del espíritu, encuentran en la palabra su existencia objetiva. De alguna manera, en la palabra se objetiva la vida espiritual del hombre en su subjetividad. El yo, por tanto, no es una ficción gramatical, sino que existe realmente en la

[2201] *Ibid.*, p. 59.
[2202] Ebner, en el fragmento V titulado «Conocimiento de la vida espiritual. Los filósofos y la palabra. La palabra y la vida espiritual. La ciencia y la palabra. Pneumatología», cita a Shelling para argumentar el fundamento de la lengua previo a la conciencia; sin la lengua la conciencia humana es impensable y presupone a aquella. Sin la lengua careceríamos de razón, dice Haman. De igual manera, menciona a Leibniz, Jacob Grim y Wihelm von Humboldt; *ibid.*, pp. 60-63.
[2203] *Ibid.*, p. 124.

palabra y en el amor. La palabra auténtica es siempre expresión del amor y es en ella donde reside la fuerza para romper la muralla china tras la cual se instala el yo en su soledad. Toda desgracia humana procede, según Ebner, de no haber sabido los hombres emplear la palabra adecuada.

Distingue Ebner entre la palabra viva y muerta, de la que solo entiende el intelecto, la primera: «es una palabra que es proposición y a la vez posición de la vida espiritual. La palabra muerta se ha petrificado en un signo "convencional" de conceptos y como tal la entiende el entendimiento y se sirve de ella. El entendimiento solo ve en las palabras vocablos inconexos, incluso inventa vocablos y al final toda una lengua. Se siente continuamente inclinado a operar con la palabra como una fórmula matemática —lo diametralmente opuesto a la palabra—»[2204].

En uno de los últimos fragmentos, el XIV, «Enunciado existencial y ser personal. Génesis y ser de las realidades espirituales», Ebner plantea la necesidad de dirigirse al otro en segunda persona, y más específicamente cuando en la relación con esa persona estoy buscando alcanzar un acuerdo, o estoy de acuerdo con ella sobre un asunto pendiente, como ocurre en el proceso de la mediación. En esta situación no es posible dirigirse al otro en tercera persona, de manera objetiva, usando el pronombre «se», ni usando el yo nominativo, que se convierte así en su propio objetivo y meta, cerrándose al tú. «El "es" expresa siempre de alguna manera un ser impersonal»[2205], no solo cuando se usa al nombrar animales, cosas o plantas, sino también cuando lo hablamos en relación a una persona. Esta forma gramatical es la utilizada en los tribunales de justicia y arbitrales por cada una de las partes personadas en el juicio para referirse a la contraria. Cuando en una frase se emplea la tercera persona, esta es expresión de un ser «objetivo», no existe en ella la interpelación a un ser personal. «En las frases "yo soy" y "tú eres" y solamente en ellas, se afirma y expresa un ser personal»[2206].

Sin embargo, si en la conversación que mantenemos con el otro, se refiere objetivamente a una tercera persona, es correcto entonces el uso de la tercera persona, sin despersonalizarla. «Pero si me relaciono directa y originariamente con la persona, si me sé en acuerdo con ella sobre un asunto pendiente entre ambos o busco este acuerdo, entonces esa persona jamás es un objeto para mí y nunca puede serlo. Mientras más personal e íntima sea mi relación con una persona, tanto menos se me puede ocurrir comunicarme en torno a ella como un tercero de manera objetiva, es decir, en "tercera persona"»[2207].

[2204] *Ibid.*, p. 91.
[2205] *Ibid.*, p. 175.
[2206] *Idem*.
[2207] *Ibid.*, p. 177.

En un fragmento anterior, el número XII, Ebner nos invita a buscar la verdad en la palabra expresada por la otra persona, no en su pensamiento, y así, aclara rotundamente: «No es la verdad de un pensamiento lo que debe ser creído sino la verdad de la expresión del pensamiento, la verdad en la palabra»[2208]. En la palabra está la verdad, «en cada palabra que escuchamos hay algo que debe ser creído»[2209], pero también la mentira, lo que significa la eliminación de su sentido, y al mismo tiempo, la abdicación de la persona.

5.2. El lugar donde acontece el ámbito dialógico: la esfera del «entre» (Martin Buber)

Nadie ha contribuido más a una filosofía del diálogo que Martin Buber[2210]. Su filosofía implica una visión diferente del conocimiento de nosotros mismos, de los otros y del mundo externo, frente a cualquiera de las teorías tradicionales sobre objeto-sujeto[2211]. La visión esencial de Martin Buber y su filosofía del diálogo no se fundamenta sobre el individuo o la colectividad, llamando la atención sobre el hecho básico pero esencial de la existencia humana; no es el individuo solitario que luego entra en relación con los demás, ni tampoco se halla en el ámbito de lo social o de la sociedad. Su pensamiento no puede estar asociado con el individualismo o el colectivismo. En cambio, Buber se centra en la posibilidad de la relación de cada persona con otra, lo qué él denominó la esfera de los demás[2212]. Establece el principio «dialógico», la presencia sustancial del prójimo, como única posibilidad humana del acceso al ser. A partir de la premisa que formula Buber, a medida que me convierto en yo digo tú, se deduce que nuestra creencia en la realidad del mundo externo proviene de nuestra relación con los demás[2213].

5.2.1. Significaciones antropológicas más relevantes

En su libro *¿Qué es el hombre?*, Martin Buber aborda en perspectiva los rasgos principales de lo que para él es el hombre, en clara discrepancia con dos de las significaciones antropológicas más relevantes de su época, la visión de Heidegger y la de Scheller. Son dos los factores, además del propio desarrollo filosófico en conexión con ellos, los que han contribuido a reconocer y tratar el problema antropológico como un problema filosófico independiente, alcanzando en este tiempo su madurez. El primero es de carácter

[2208] *Ibid.*, p. 156.
[2209] *Ibid.*, pp. 158-159.
[2210] CISSNA, Kenneth N. y Rob ANDERSON: *Moments of meeting: Buber, Rogers, and the potential for public dialogue*, *op. cit.,* p. 492.
[2211] FRIEDMAN, Maurice S.: *Martin Buber: The life of dialogue, op. cit.,* p. 193.
[2212] CISSNA, Kenneth N. y Rob ANDERSON: *Moments of meeting: Buber, Rogers, and the potential for public dialogue*, *op. cit.,* p. 50.
[2213] BUBER, Martin: *¿Qué es el hombre?* Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1949, p. 7.

sociológico, y está relacionado con la disolución progresiva de las viejas formas orgánicas de convivencia humana directa, el gremio, la familia, la comunidad aldeana o urbana, sustituidas por la sociedad burguesa surgida a consecuencia de la emancipación política del hombre, en la Revolución francesa. Estas formas, que le ofrecían seguridad sociológica, una relación directa con sus iguales, «se vacían de sentido y de alma», y aumentan la soledad existencial del hombre, a pesar de mantenerse centrado en el trasiego de sus ocupaciones. El segundo factor es propio de la historia del espíritu y referido a la relación del hombre con las nuevas cosas y circunstancias que provienen de su acción, y le dominan, «es incapaz de dominar el mundo que ha creado». Este fracaso del alma se ha experimentado en la época de Buber en tres campos: (i) las máquinas, que se inventaron para servir al hombre y son ellas las que le adscriben a su servicio, a diferencia de lo que ocurría con las herramientas, prolongación de su brazo; (ii) la economía, aumento de la producción para abastecer a una mayor población, sin que se observe «una coordinación racional» en ello; y (iii) la acción política, donde con ocasión de la Primera Guerra Mundial el hombre experimenta a ambos lados de las trincheras que lo allí acontecido y toda la destrucción que acarrea excede de la voluntad de los hombres, allí se encuentra en la experiencia más horrible: «era como el padre de los demonios que no podía sujetar»[2214].

La pregunta del sentido de este equívoco le lleva al interrogante sobre la índole del hombre, obteniendo una significación nueva y eminentemente práctica. Antes de abordar la antropología fenomenológica de Heidegger y Scheller, Martin Buber comenta las aportaciones de Husserl, creador del método fenomenológico, y de Kierkegaard, a quien le atribuye la aparición de la antroplogía filosófica de nuestra época.

A partir de la siguiente proposición: «la hombría consiste, esencialmente, en un ser hombre en entidades humanas vinculadas generativa y socialmente», Husserl está afirmando la imposibilidad de hallar en los individuos aislados la índole del hombre, y la necesidad por tanto de conocer la naturaleza de la unión de la persona con su genealogía y sociedad, que considera esencial. «Una antropología individualista tiene por objeto al hombre en estado de aislamiento, es decir, en un estado que no corresponde a su esencia».

Es en la antropología teológica de Kierkegaard donde «por primera vez en la historia del pensamiento la metafísica aborda con fuerza y consecuencias desconocidas lo concreto del hombre vivo»[2215], y hace posible, para Martin Buber, la antropología filosófica de su época, al considerar a este hombre concreto no como un ser aislado sino en la problemática de su relación con el absoluto. Kierkegaard solo reconoce como auténtica la fe que compromete, la que transforma la vida, basada en la existencia y garantizada por

[2214] *Ibid.*, pp. 75-77.
[2215] *Ibid.*, p. 84.

ella. Solo es real la fe vivida como una relación que abraza la vida entera del hombre, una relación viva con lo creído que determina la actitud esencial del hombre tanto en su soledad como en su acción pública. Sin embargo, la relación del hombre con el objeto de su fe no es, ni puede ser, instituida por él mismo, pues es por esencia una relación óntica que afecta, no solo a su subjetividad y vida, sino a un ser objetivo. Una relación que no puede establecerse por el hombre, sino que establece al hombre, porque de lo que se trata es de representar esta relación que constituye al ser humano, y le presta su sentido. Este afán de realización y encarnación de la fe es lo que Kierkegaard designa como afán existencial, «porque no otra cosa es la existencia sino un tránsito de la posibilidad en espíritu a la realidad en la integridad de la persona»[2216]. Esta razón explica por qué Kierkegaard convierte en objetos del pensar metafísico las etapas y estados de la existencia de la persona (la culpa, la angustia, la desesperación, la visión de la propia muerte y de la salvación), y los convierte en procesos de la existencia en relación óntica con lo absoluto, sustrayéndolos así del estudio psicológico donde son analizados como simples procesos anímicos. Ya no se trata del yo absoluto del idealismo alemán, objeto del pensar filosófico, que crea el mundo mientras lo piensa, sino de la persona real, en conexión con la relación óntica que la vincula a lo absoluto. Esta relación del yo concreto y lo absoluto es una relación real y recíproca, de persona a persona, donde lo absoluto interviene también como persona.

5.2.2. La antropología en la doctrina de Martin Heidegger

Heidegger pretende establecer como fundamento de la metafísica, no la antropología filosófica, sino la «ontología fundamental», la teoría de la existencia como tal. Concibe la existencia como un «ente que posee una relación con su propio ser y una comprensión del ser»[2217], siendo tan solo el hombre quien cumple con estas condiciones. La existencia de Heidegger es una existencia monológica, y la existencia auténtica es la del ser «él mismo» cerrado en sí; el fin de la vida lo constituye, no el hombre que vive realmente con el hombre, sino el hombre que no puede vivir con el hombre, el hombre que solo puede llevar una vida real en trato consigo mismo. El planteamiento de la soledad radical del hombre no contradice su consideración como un ser que, según su esencia, es en el mundo. Al hombre no le rodean solo otras cosas que emplea como instrumentos suyos para procurarse lo que tenga que procurarse, sino también hombres, otras existencias como él mismo, con los cuales él es en el mundo. Los otros hombres no son objeto de su procura sino de solicitud, y comprensión, pues solo mediante la comprensión es posible el conocimiento. Esto sucede tanto en la cotidianeidad como en un nivel más alto, el último a

[2216] *Idem.*
[2217] *Ibid.*, p. 86.

donde puede llegar la existencia, que Heidegger denomina el yo auténtico, el verdadero uno mismo, o la resolución para sí mismo, desde donde surge el genuino ser con los demás. Puede parecer que Heidegger reconoce como esencial la relación con los demás, pero no es así pues la relación de solicitud no sitúa la esencia del hombre en relación directa con la de otro, sino únicamente la ayuda solícita de uno con la deficiencia de otro hombre necesitado de esa ayuda[2218].

Sin embargo, el hombre para Heidegger, aun en el nivel más alto del ser «él mismo», considerado como resolución para ser-con-los-otros, no conoce la relación esencial, y no pasa más allá de ser solícito con los demás. La existencia culmina en el «ser uno mismo», el hombre individual lleva en sí la esencia del hombre, que la alcanza cuando se convierte en un «resuelto», «él mismo». Ninguna influencia ha tenido el pensamiento de Feuerbach, quien señaló que la esencia del hombre se encuentra en la unidad del hombre con el hombre. Este «mismo» de Heidegger es un sistema cerrado.

Para Heidegger, el llegar a «ser uno mismo» significa algo totalmente diferente que el hacerse singular de Kierkegaard. El hombre de Kierkegaard se hace singular cuando se convierte en un ser personal con responsabilidad propia completamente independiente, sustrayéndose de la multitud, con el fin de entrar en relación con lo absoluto. El hombre de Heidegger se resuelve para ser «él mismo», no para participar de lo absoluto, porque de existir, consistiría en sus propios límites y en nada más. Es por esencia un hombre cerrado, y en todo lo esencial de la existencia está solo, aunque en su «ser en el mundo» se relacione con los demás hombres mediante relaciones de comprensión y solicitud. La preocupación de Kierkegaard es la relación con Dios, y su angustia, la falta de ella; la preocupación de Heidegger esencialmente es llegar a ser uno mismo, y su angustia, no lograrlo; el hombre de Kierkegaard se encuentra solo delante de Dios y el segundo ante sí mismo, y como argumenta Buber no es posible mantenerse solo ante uno mismo, se halla con su preocupación y angustia delante de la nada. El hombre de Kierkegaard renuncia a la relación esencial con otro hombre para llegar a ser individual, y entrar así en relación con lo absoluto, y el de Heidegger no dispone de ninguna relación esencial a la que renunciar. En Kierkegaard existe un tú dirigido a otros hombres pronunciado con todo el ser con el que se renuncia a mantener una relación esencial, sin embargo, no hay en Heidegger un tú verdadero que habla de ser a ser, que rompa el límite de «uno mismo», porque a aquellos hombres con quienes se mantiene una relación de solicitud no se les habla realmente de tú.

[2218] Una relación así podría participar de esa esencialidad si representase el efecto de algo en sí esencial, como sucede en la relación de una madre con su hijo.

La categoría esencial del nosotros en Martin Buber

De la misma manera que existe un «tú», dice Buber, existe en su estudio antropológico el nosotros, conceptuado como una categoría de carácter esencial, no meramente social. El hombre, que es objeto de mi solicitud, no es ningún tú sino un él o ello, y la multitud anónima y sin rostro que rodea al hombre no es un nosotros sino un «Se». Lo que corresponde al tú esencial en el ámbito del «uno mismo» y en relación con una pluralidad es lo que Buber denomina el «nosotros» esencial. De la misma manera que existe un tú, existe un «nosotros». En todo grupo surge un «nosotros» que no explica simplemente la vida de ese grupo, ni tampoco debe entenderse sólo desde una categoría sociológica[2219].

Lo significativo del nosotros es la relación esencial que existe o surge de tiempo en tiempo entre los miembros del grupo, «es decir, que en el "nosotros" rige la inmediatez óntica que constituye el supuesto decisivo de la relación yo-tú». El «nosotros encierra el tú potencial». Solo hombres capaces de hablarse realmente de tú pueden decir verdaderamente de sí «nosotros»[2220].

Ninguna formación especial de un grupo determina la relación esencial entre sus miembros, pero existe un tipo de variedad que sí favorece su nacimiento, como lo son los grupos revolucionarios o los religiosos. La formación de los grupos no ha sido estudiada desde su estructura interna, sino desde otros aspectos como el de sus energías e influencias, desconociendo si en la historia o en la actualidad existen o no numerosos casos del nosotros esencial. Frente a las formas constantes del nosotros existen otras formas que Buber llama fugaces, uniones que surgen tras el fallecimiento de un caudillo, una catástrofe inminente, o la comunidad de opositores que surge bajo un régimen terrorista. Todos estos campos son donde el hombre se libera del «Se», porque «no es la separación lo que nos redime verdaderamente del "se", sino la unión genuina»[2221].

La relación con la multitud, pluralidad anónima, sin rostro, con el «Se» o el *das Man*, se encuentra en la filosofía de Kierkegaard y de Heidegger, que la contemplan como una situación de la que hay que salir para llegar al ser propio. Si bien es verdad que en el ser en el mundo en el que cada hombre se encuentra sumergido en ese anonimato hay que salir para llegar a ser «uno mismo», esto no es más que un lado de esa verdad, y sin la referencia al otro deja de serlo. «La autenticidad y aguante del ser propio no puede corroborarse en el trato consigo mismo sino en el trato con todo lo otro, con toda la confusión de la multitud sin nombre»[2222].

[2219] *Ibid.*, p. 105.
[2220] *Idem*.
[2221] *Ibid.*, p. 107.
[2222] *Ibid.*, p. 109.

El yo auténtico, en cada ocasión que se pone en contacto con la muchedumbre, tiene capacidad del «ser propio», se opone al «Se» haciendo que el ser propio se junte con el ser propio, funda la unión de cada uno con cada uno. Moldea con la vida social la forma de la comunidad. Finalmente, Buber disiente de Heidegger en la cuestión de qué es el hombre, pues no puede ser contestada únicamente desde la existencia o «uno mismo», lo que resulta un sistema cerrado en lo que respecta a su comportamiento esencial, sino «en la consideración de su conexión esencial de la persona con todo el ser y de su relación con todo ser»[2223]. Solo captamos qué es el hombre cuando consideramos a la persona en todas sus posibilidades de relación con todo lo que no es ella.

5.2.3. La antropología en la doctrina de Scheller

El segundo intento relevante en la época de Buber que estudia la problemática del hombre como un problema filosófico independiente surge de la escuela de Husserl, con la antropología de Scheller.

En el estudio del hombre, a Scheller le interesa la concreción íntegra del hombre, tratar de aquello que en su opinión diferencia al hombre de otros seres vivos, pero en conexión con lo que tiene en común y tratarlo de manera que pueda ser reconocido, a diferencia de Heidegger, que se adentra solo en su existencia, en la relación con su propio ser como lo único metafísicamente esencial. Así, presenta la peculiaridad del espíritu, como un bien específico del hombre, sirviéndose del acto de la ideación, lo que no ocurre con la inteligencia técnica que sí comparte con los animales. Entre el *homo faber* que hace herramientas y las máquinas no hay más que una diferencia de grado, porque tanto la inteligencia como la capacidad de elegir se les puede atribuir a ambos por igual. Entre el *homo faber* y el hombre que comienza a ir más allá de sí mismo y a buscar a Dios existe una diferencia esencial. Únicamente mediante el principio del espíritu, superior a toda inteligencia, se asegura el hombre un lugar en el mundo. El hombre, como ser vital, es como un callejón sin salida de naturaleza, y como ser espiritual se la procura. El hombre no es un ser en reposo, un *factum*, sino una dirección del proceso. La antropología de Scheller está muy influenciada por Hegel y Nietzsche; esto del espíritu es casi lo mismo que Nietzsche dice del hombre, solo que en lugar del poderío de la voluntad que convierte al hombre en un ser genuino nos encontramos con el espíritu. Para Scheller, para llegar al ser espiritual, es determinante prescindir de lo vital, de lo existencial orgánico. Para Buber no existe ningún otro espíritu que no sea acontecimiento, y no hay ningún otro espíritu que no se nutra de la unidad de la vida y con el mundo. En el hombre, dice Scheller, «se hace

[2223] *Ibid.*, p. 113.

patente el atributo espiritual del ente en la unidad concentrada de la persona que se recoge en sí misma».

Para él, el espíritu nace sin poder y lo adquiere de los impulsos vitales, describiéndolo de la siguiente manera: comienza el espíritu dirigiéndose a la voluntad y presentándole las ideas y valores que deben ser realizados, «la voluntad mata de hambre a los impulsos instintivos, interceptándoles las representaciones de que habrían menester para llegar a una acción instintiva, y en ese estado de voraz expectativa les presenta ante los ojos como un cebo las representaciones que corresponden a las ideas y a los valores, hasta que realizan el proyecto de la voluntad establecido por el espíritu».

Buber discrepa de esta concepción y mantiene que para conocer mejor lo que es el espíritu no basta con investigarlo, es preciso buscarlo allí donde todavía es acontecimiento, porque el espíritu en su realidad original no es algo que es, sino que acontece; lo primero es el descubrimiento de un ser en comunión con él, y tal descubrimiento es un acto eminentemente espiritual. La separación entre espíritu e impulsos es para Buber la separación entre hombre y hombre. El espíritu es en origen pura potencia, poder para captar el mundo, en conceptos, imágenes o incluso música, gracias a una íntima participación en él. La condición primera del hombre es su participación íntima con el mundo, tanto en una situación de paz como de guerra. La diferencia esencial entre el hombre y el animal, la que fundamenta el ser hombre, estriba para Buber, no en su separación de la unión, a través del impulso, con las cosas y seres, sino en su manera nueva y distinta de relacionarse con ellos.

No es la técnica el elemento común que comparten el hombre y el animal, porque la invención de instrumentos es consecuencia de su relación con las cosas, al igual que la relación con los demás hombres no comienza en el espíritu una vez abatidos los impulsos, sino «que lo humano comienza en conexión con un inclinarse hacia los hombres como personas que, con descuido de una necesidad cualquiera, son independientes y duraderas, y que el origen del lenguaje solo se puede comprender gracias a una inclinación de este tipo»[2224].

En ambos supuestos se da una unidad de espíritu e impulso. Esto ocurre, por ejemplo, con el niño que comienza a hablar, posee el impulso espiritual de la palabra, el espíritu comienza como impulso a la palabra, como impulso a estar junto con los demás seres en un mundo donde circulan imágenes que se dan y se reciben. Concluye su crítica afirmando la imposibilidad de captar la esencia del hombre partiendo desde la autoconciencia, que es la diferencia fundamental entre el hombre y el animal, sino de la particular relación con las cosas y los seres.

[2224] *Ibid.*, p. 140.

5.2.4. Perspectivas y la esfera del «entre»

La pregunta planteada por Kant, ¿qué es el hombre?, no puede resolverse ni desde una antropología individualista, que se ocupa de la relación de la persona consigo misma, ni desde una concepción colectivista, que no es capaz de ver al hombre sino a la sociedad. La respuesta la encuentra Buber considerando a la persona en la totalidad de sus relaciones esenciales con el ente, y desde el hombre que busca superar su soledad. Ninguna de las dos concepciones vitales abarca al hombre en su integridad, como un todo; la primera desfigura su rostro, la segunda lo oculta. El hombre en la colectividad funda su relación con el todo, que abarca la masa de los hombres, proporcionándole seguridad, pero sin establecer un contacto de hombre a hombre; el hombre en la colectividad no es el hombre con el hombre, no llega a liberarse de su aislamiento, tan solo lo alivia. La esencia del hombre está en el encuentro del hombre consigo mismo, y esto solo es posible, y al mismo tiempo inevitable, como encuentro del individuo con sus compañeros: «únicamente cuando el individuo reconozca al otro en toda su alteridad como se reconoce a sí mismo, como hombre, y marche desde este reconocimiento a penetrar en el otro, habrá quebrantado su soledad en un encuentro riguroso y transformador»[2225].

Este acontecimiento no puede abordarse ni desde el individualismo, donde la persona vive en la ficción de creer que se afirma como persona en el ser, ni desde el colectivismo, donde la persona renuncia a sí misma a la resolución personal directa, «en ambos casos, es incapaz de irrumpir en el otro: solo entre personas auténticas se da una relación auténtica». No es cierto que no haya más alternativa que estas dos opciones, el individualismo o el colectivismo; esta disyuntiva es una falsa creencia de la época, dice Buber, obligándose a buscar la alternativa excluida y genuina que no puede ser una idea que se pueda reducir a esas otras dos, ni una componenda ecléctica de ambas.

Esa «excluida alternativa genuina» la formula Buber a través de lo que él denomina la esfera del «entre». Para llegar conceptualmente a la esfera del entre comienza por identificar cuál es el hecho fundamental de la existencia en la persona, y lo sitúa en el individuo en la medida que entra en relaciones con otros individuos, es el hombre con el hombre; el hecho fundamental de la existencia no es ni el individuo en cuanto tal ni la colectividad en cuanto tal; lo que singulariza a la persona es lo que sucede entre ser y ser, algo que no se encuentra en ninguna otra naturaleza en el mundo, y el lenguaje es su signo y su medio. Todo lo espiritual ha sido provocado por ese algo, que hace al hombre un hombre: su raíz consiste en ser un ser que busca a otro ser, como otro ser concreto, para comunicar con él en una esfera común a los dos pero que sobrepasa el campo propio de cada uno, a la que Buber denomina «entre», catalogada como una protocategoría de la

[2225] *Ibid.*, pp. 144-145.

realización humana. La intuición que nos lleva a elaborar el concepto del «entre» la descubrimos localizando la relación entre personas que acontece de forma diferente a lo que acostumbra a suceder en el interior de la persona o en la sociedad en la que vive, pues sucede precisamente y de hecho en el «entre». La esfera del «entre» no es una ficción construida para explicar este planteamiento sino una realidad, es el lugar y soporte auténtico donde ocurren las relaciones interhumanas. Es un lugar discreto que ha pasado desapercibido pues, a diferencia del alma humana, o la sociedad que la rodea, no presenta la continuidad como rasgo característico, sino que se constituye al ritmo de los encuentros humanos. Para visualizar la categoría de la esfera del «entre», Buber ejemplifica este lugar reseñando distintas situaciones, como una verdadera conversación entre dos sujetos que no ha sido concertada, sino que resulta espontánea, donde cada interlocutor provoca en el otro una respuesta imprevista, una verdadera lección no repetida maquinalmente, un verdadero abrazo, no una formalidad, un duelo sentido y no simulado. En todas ellas lo esencial no ocurre en uno y otro de los participantes, ni tampoco en un mundo neutral que abarca a los dos y a todas las demás cosas, sino en el sentido más preciso, entre los dos, como si dijéramos, en una dimensión a la que solo los dos tienen acceso. Cuando a una persona le pasa algo concreto, ese algo se distribuye entre el alma y el mundo, entre el proceso exterior y el interior; sin embargo, cuando al yo y al otro les pasa algo, no opera de igual manera, queda un resto, «como un lugar común donde las almas cesan y el mundo no ha comenzado todavía y este resto es lo esencial»[2226].

A veces estas situaciones son fugaces pero consistentes, las encontramos en sucesos insignificantes, apenas percibidos por la conciencia, y en los que no hay que incluir motivos afectivos para comprender lo que allí sucede, es una realidad óntica, que no precisa de conceptos psicológicos. Esta situación es elementalmente dialógica, y como tal «es accesible solo ontológicamente, no partiendo de la existencia personal, ni tampoco de las dos existencias personales, sino de aquello que, trascendiendo a ambas, se cierne "entre" las dos»[2227], resaltando que no es individual ni social sino «algo diferente que traza el círculo en torno al acontecimiento. Más allá de lo subjetivo, más acá de lo objetivo, en el "filo" agudo en el que el yo y el tú se encuentran, se halla el ámbito del "entre"». Esta realidad constituye una verdadera alternativa a las dos concepciones de vida vigentes en la época de Buber, el individualismo y el colectivismo, aclarando en consecuencia que el objetivo central no es el individuo, ni la colectividad, sino el hombre con el hombre; según sus palabras: «únicamente en la relación viva podremos reconocer inmediatamente la esencia peculiar del hombre». Es esta dualidad dinámica la que constituye al hombre, y allí

[2226] *Ibid.*, p. 148.
[2227] *Ibid.*, p. 149.

es donde se da y se recibe, donde confluye la fuerza agresiva y la defensiva, aquel que investiga y el que ofrece información, formando una unidad, «siempre los dos a una, y complentándose con la contribución recíproca, ofreciéndonos conjuntamente al hombre». Después de esto ya nos podemos dirigir al hombre y reconocerlo como hombre según sus posibilidades de relación, y a la colectividad, y reconocerla como hombre en su plenitud de relación. A la pregunta ¿qué es el hombre? estamos en condiciones de aproximarnos a la respuesta, si alcanzamos a comprenderlo «como ser en cuya dialógica, en cuyo "estar-dos-en recíproca-presencia" se realiza y se reconoce cada vez el encuentro del "uno" con el "otro"»[2228].

5.3. La presencia de la dialéctica en el ámbito relacional dialógico

5.3.1. Una aproximación al pensamiento de Peter Wust

La filosofía de Wust, como un claro exponente del movimiento personalista, tiene un carácter de integración, mostrando al hombre la necesidad de pensar con todo el ser, evitando así la división de las actividades humanas en espacios aislados[2229].

Su método, según el profesor Alcorta, «no es de la construcción sistemática de la filosofía sino el de un pensamiento original, vivo, apasionado y personal», «su filosofía es netamente espiritualista. El espíritu y la dialéctica ocupan el tema central de las preocupaciones del escritor»[2230], si bien algunos le consideran un existencialista. Su obra intelectual se inicia en la Alemania de posguerra, 1918, momento en el que su espíritu sufre una catástrofe similar al hundimiento militar y político de su patria; pretende delimitar el problema del hombre, no intenta elaborar un sistema de antropología, sino resolver el problema de los contrastes, y para ello parte del principio de que el hombre es una unidad de elementos que se influyen mutuamente, y debe ser estudiado en concreto. El objetivo del pensamiento de Wust, para el profesor Quintás, es realizar un estudio fenomenológico de la realidad humana, es decir, una descripción objetiva fundamentada en la experimentación directa, recurriendo para ello a un análisis antropológico de la esencia del hombre. Esta esencia es una realidad que considera que está ahí, y a la que hay que atenerse y estudiar experimentalmente. Para ello se servirá del análisis fenomenológico de algunos conceptos fundamentales: «incertidumbre», «singularización», «riesgo». Es a través de los vocablos, cuando estos son bien entendidos y valorados, como accedemos a las realidades metafísicas. De la misma manera que los vocablos remiten a las realidades metafísicas, los afectos también las descifran, por lo que Wust buscará en la

[2228] *Ibid.*, pp. 150-151.
[2229] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *El poder del diálogo y del encuentro: Ebner, Haecker, Wust, Przywara*, *op. cit.,* p. 153.
[2230] ALCORTA, JOSÉ IGNACIO: *Peter Wust. Filósofo espiritualista de nuestro tiempo*, *op. cit.,* pp. 12 y 27.

actitud anímica del hombre la causa de sus reacciones ante la vida, en todos los aspectos y también en las cuestiones más filosóficas, «idealismo-realismo», «subjetivismo-objetivismo», «ateísmo-teísmo», que surgirán precisamente de las reflexiones sobre las actitudes del alma: orgullo, sencillez, sabiduría, piedad, desarraigo… Para estudiar estos temas Wust necesitará desarrollar una metafísica del espíritu, donde la voluntad adquiere un papel predominante, como su dimensión más profunda; «es la vis humana del querer o no querer y añadiríamos de querer de una forma o de otra. Es decir, ser trata de un poder cualificado entre contrarios»[2231].

Se inspirará en este punto en Max Scheller, al afirmar que es el valor y cualidad de las decisiones lo que cuenta a la hora de afirmar o negar algo; la voluntad sirve para afirmar o negar, pero siempre en relación con aquello que al decidir se afirma o niega. Las decisiones fundamentales de la vida se toman en un contexto de tensiones que son consecuencias de aspectos contrapuestos de la realidad. La voluntad del hombre se desenvuelve en un entramado de tensiones y resistencias que no demuestran su debilidad sino su profundidad ontológica, y por tanto la fecundidad de su espíritu. A la conclusión que llega es la idea de la dialéctica propia del espíritu humano: «el hombre es dialéctico por necesidad esencial»[2232], y «la unidad de la mente debe conquistarla el hombre —ser constitutivamente dialéctico— a través del esfuerzo ininterrumpido de integración»[2233].

Wust apuesta por soluciones integrales en lugar del posicionamiento absoluto, unívoco dilemático, a las que puede llegar por su condición de ser intermedio, y adoptando una postura dialéctica. La división del pensamiento en el hombre es consecuencia de su pasión por la unilateralidad. No conviene al hombre decantarse por soluciones unívocas, absolutas, o dilemáticas, sino adoptar una postura dialéctica, capaz de integrar métodos y soluciones aparentemente opuestos en una unidad tensional. Y esto lo puede alcanzar el hombre como ser intermedio entre la pura naturaleza y el puro espíritu. «Como Ebner, Wust advierte perspicazmente que la verdadera actitud objetiva se asienta en el respeto inconmovible a las entidades "inobjetivas", ontológicamente densas. De donde se sigue que la vía real para instaurar una forma sólida de conocimiento objetivo, eficientemente realista, es fundar relaciones de presencia y diálogo»[2234].

Quintás considera a Wust un pensador existencialista, objetivista, que está influenciado por autores como San Agustín, Pascal, Jaspers, Kierkegaard. El hombre es un espíritu encarnado, enraizado de por sí en el ser, y debe ser definido como un «ser-que-

[2231] *Ibid.*, p. 28.
[2232] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *El poder del diálogo y del encuentro: Ebner, Haecker, Wust, Przywara*, *op. cit.,* p. 165.
[2233] *Ibid.*, p. 171.
[2234] *Ibid.*, p. 173.

está-en-el mundo» en nivel de profundidad; y para comprender la inserción del hombre en el mundo se auxiliará en conceptos como inmediación, lejanía y presencia, de ahí que dedicara su trabajo al análisis de las categorías ingenuidad y piedad, como un modo especial de cercanía hacia los seres más valiosos.

La estructura de su pensamiento puede sintetizarse en el siguiente esquema que esboza Quintás: (i) su vida intelectual comienza a partir del problema de la singularización del hombre; (ii) este tema despierta en su ámbito de preocupaciones el tema de la dialéctica; (iii) se propone determinar la forma dialéctica como una explicación del fenómeno de la singularización, y ofrece la razón por la que el hombre, y solo él, es dialéctico; las leyes estructurales de la naturaleza humana, las características de la dialéctica específicamente humana; (iv) esta dialéctica presenta riesgos y posibilidades, el modo positivo de eliminación de la dialéctica se centra en torno a dos actitudes humanas: la ingenuidad y piedad analizadas ambas al más riguroso nivel filosófico[2235].

5.3.2. Diálogo y dialéctica: la vinculación de las ideas

En el capítulo III, «El pensamiento existencial de Peter Wust», de su libro *El poder del diálogo y del encuentro*, López Quintás dedica dos apartados a explicar qué es la dialéctica y las características de la dialéctica en este filósofo. Allí presenta la dialéctica como un modo característico de pensar, resaltando cómo su potencial consiste en la capacidad de advertir la mutua implicación que se da entre realidades en apariencia opuestas, y en descubrir en los conceptos esas relaciones mutuas, lo que permite a la persona captar la realidad integral, única forma de conocimiento auténtico. La dialéctica es un determinado modo de pensar que responde a una forma de intuición específica. Sin embargo, aun tratándose de un modo específico de pensar, Wust no considera la relación dialéctica como un simple método lógico, sino como una condición perteneciente a las cosas mismas; no existe por tanto una teoría dialéctica rígida a la que deba adaptarse el pensamiento, sino estilos dialécticos distintos, precisando que a cada forma de realidad le corresponde un tipo específico de dialéctica, como por ejemplo la que él denomina «dialéctica del espíritu», significando así el estudio de la realidad dialéctica en que consiste el espíritu humano. La presencia de ideas intervinculadas, y el fundamento ontológico de esa vinculación, bien se trate este de un logos, el absoluto o el cosmos inteligible, son exigencias de la dialéctica. A diferencia de otros modos de pensar, todo movimiento dialéctico se dirige hacia un fin y ejerce un influjo en quienes así piensan. «Este modo dialéctico de pensar le confiere amplitud de mirada suficiente para advertir la mutua

[2235] *Idem*.

implicación de los conceptos, captar el lado positivo de realidades al parecer tan solo negativas y aunar ideas a primera vista contradictorias»[2236].

En su intento por resolver los contrastes, Wust, mediante la dialéctica, explicará las diferencias, no anulándolas, sino respetándolas a una debida distancia. No es el concepto quien cambia sino la persona que piensa discursivamente sobre la base de diferentes conceptos, y lo hace debido a su condición dialéctico-discursiva, a la dirección intencional de su espíritu. El esquema de su dialéctica es el pensar discursivamente de un perfil a otro de las cosas.

Este planteamiento dialéctico que encontramos en Wust se puede trasladar al ámbito de la mediación, objeto de esta investigación, donde confluyen personas en discordia, portadoras de realidades opuestas entre sí, complejas, que las mantienen enfrentadas, sirviendo la dialéctica para descubrir en esas mismas realidades implicaciones mutuas que permitan a las partes un acercamiento en sus posiciones. Será el mediador quien invite a las partes enfrentadas, los mediados, a pensar en modo distinto, dialéctico, que les ayude a encontrar ideas vinculadas, y captar la realidad de una forma integral, no sesgada, superando la unilateralidad, y esto lo harán las partes creando relaciones de presencia y de diálogo. Al igual que Wust y referido a la resolución de conflictos a través de la mediación, compartimos la necesidad de alcanzar un conocimiento integral, confiando que la dialéctica puede dar cumplida razón a los problemas del hombre.

En su comentario, Quintás establece una conexión entre el diálogo y la dialéctica, afirmando que el diálogo «es solo posible si a través de ideas vinculadas entre sí se apunta a una idea terminal con la que aquellas están en relación. La dialéctica pende pues de la vinculación y jerarquía de las ideas»[2237].

La dialéctica apuesta por una singular «fluidificación y tensión del concepto», aseverando que no es el concepto el que cambia sino el sujeto que piensa discursivamente sobre la base de diferentes conceptos, siendo mal conversador aquel que mantiene conceptos con aristas muy definidas. Por eso, entiende Quintás que el diálogo es privativo de pensadores dialécticos, definiendo qué es la dialéctica en palabras de Schleiermacher: «es el arte de llegar a un acuerdo a partir de una diferencia en el pensar». Esta diferencia inicial, sin embargo, no puede ser tan extrema que elimine una base común por la que discurre el diálogo. Esta modalidad dialéctica se diferencia de la dialéctica de Hegel, para quien la verdad es el todo, y los conceptos deben ser superados por una reconfiguración, tarea específica de la dialéctica, entendida como el paso que realiza el entendimiento de un concepto a otro por vía de superación y asimilación. La dialéctica hegeliana es

[2236] *Ibid.*, pp. 176-177.
[2237] *Ibid.*, p. 174.

consecuencia del orden real que gobierna todas las cosas y reduce la multiplicidad del universo a un sistema cerrado[2238].

Diferencia Quintás entre teorías y estilos dialécticos, y aclara cuál es la capacidad o alcance de la dialéctica más allá de las diferencias entre esos estilos, manteniendo que «no existe una teoría dialéctica sino estilos dialécticos de pensar que inspiran determinadas concepciones dialécticas, y lo esencial de la dialéctica tanto en Platón, Plotino, Hegel, Hartmann, Schleiermacher o Liebert no es el esquema utilizado, como el conocido de Hegel, "tesis-antítesis-síntesis", sino la capacidad de ver las *res compositae* como nudos de realidad y explicar a través del tiempo los momentos que las integran»[2239].

También resalta dónde estriba la eficacia de la dialéctica al afirmar que no reside esta en un método concreto, sino en visualizar aquello en lo que pueden converger realidades aparentemente opuestas como consecuencia de conocerlas de forma integral; «la fecundidad de la dialéctica no radica en el esquema metodológico como tal, sino en el poder advertir la mutua implicación de realidades en apariencia opuestas. La dialéctica no dirige su mirada a los conceptos limitados artificialmente por el entendimiento, sino a los campos del ser, si se permite la expresión, a fin de adivinar las relaciones mutuas de los conceptos y captar así la realidad de modo integral que es la única forma de conocimiento auténtico»[2240]. Finalmente, apunta cómo a cada realidad le corresponde un modo específico de dialéctica, «por cuanto la relación dialéctica es una condición de las cosas mismas, y no un mero método lógico»[2241].

El modo dialéctico de pensar de Wust le confiere la posibilidad de captar las realidades complejas y mirarlas para apreciar en ellas la existencia de una mutua vinculación en los conceptos, advertir el lado positivo de realidades que al parecer son negativas, no anulando sus diferencias, sino respetándolas y guardando las debidas distancias, a fin de aunar ideas a primera vista contradictorias. La dialéctica exige la presencia de ideas intervinculadas y su fundamento ontológico, que bien puede ser el logos, el absoluto, el cosmos inteligible.

5.3.3. La persona, único ser dialéctico

La dialéctica de Peter Wust es concreta, y se ciñe a la dialéctica del espíritu humano por su carácter siempre inquieto, situado siempre entre dos polos, el reposo y el movimiento, dotado a la par de libertad y necesidad; solo se puede dar verdadera dialéctica en el hombre, y solo la dialéctica nos puede dar razón de los problemas del hombre; niega la

[2238] *Ibid.*, p. 178.
[2239] *Ibid.*, p. 174.
[2240] *Ibid.*, pp. 174-175.
[2241] *Ibid.*, p. 175.

existencia de una dialéctica universal, aplicada a todo el ámbito de la realidad, la de la naturaleza pura, que es para él «quietud vacía», a diferencia de Hegel, para quienes los seres del mundo natural no son inalterables, sino que participan también de la inquietud del espíritu, y de un proceso discursivo de configuración[2242].

La dialéctica para Wust es propia y exclusiva del hombre, y esa condición dialéctica proviene de su espiritualidad, dotada de conciencia plena, que es manifestación de su libertad, expresión de su apertura al ser. El hombre queda definido como un ser corpóreo-espiritual, donde coexisten dos ámbitos de ser, y es de esta dualidad donde surge su tensa unidad, su inquietud esencial. De esta diversidad de principios, material y espiritual que conviven en un ser indivisible, surge el afán de integración, una fuerte tensión hacia la unidad que llamamos dialéctica. Sin embargo, la materialidad del hombre no es comparable a la de la naturaleza, que es en esencia reposo, está fija y es rígida, y aunque participa del orden y la unidad, y de una oposición a la nada propia de todo ser, no puede equipararse a una especie de espiritualidad objetivada.

El hombre vive en una apertura entitativa consecuencia de su libertad y conciencia, no está encerrado en sí mismo, carece de la oclusión entitativa propia de la naturaleza. De ahí que frente a la rigidez y fijeza que se advierte en la naturaleza, el hombre está en continuo camino, es un transeúnte, no está nunca en su casa, es *viator*. El hecho de no estar encerrado en su ser, y tener ante sí un panorama de posibilidades sin determinar que le confiere su libertad, crean en el hombre una inseguridad y una situación de desamparo.

La apertura en el hombre se da en la conciencia de que es quien anula la rigidez propia de la materia, y aúna al ser consigo mismo, posibilitándole un espacio interior, e intimidad o mismidad. Con ello el hombre adquiere independencia, sustantividad propia, que le llevan a abrirse hacia lo de fuera, que le resulta distinto y extraño, manteniendo una singular distancia. De la posibilidad de tomar distancia de las realidades, propia de los seres

[2242] *Ibid.*, pp. 180-181. Explica el profesor Alfonso López Quintás cómo, a raíz de la universalidad de la dialéctica, Hegel traslada la inquietud dialéctica al concepto y a la lógica, que se ve por tanto forzada de esta manera a una violenta fluidez de los conceptos, no como elenco de notas sino como un acotador de realidad que actúa sobre la cosa objeto de estudio. Es este poder reductor lo que permanece inalterable en el concepto, de lo que se deriva que este varíe según se le mire desde distintas perspectivas, y se enriquezca por ser en esencia funcional, dinámico y flexible; el concepto insta al entendimiento a buscar la superación de un concepto por otro superior más preciso, sin que pueda detenerse esta dinámica, para no manejar en su lugar conceptos «hechos».

Frente a esta concepción, Wust niega este poder funcional del concepto, su fluidificación, y en cambio le asigna la categoría de ser el logos fundante de las cosas; no existe un devenir universal sino una dialéctica del espíritu humano. No es el concepto el que cambia sino el sujeto que cambia sobre la base de diferentes conceptos, al estar facultado para ello debido a su condición dialéctica discursiva y a la capacidad de dirección intencional del espíritu. En esto consiste el esquema dialéctico del espíritu humano, en este pasar discurriendo de un perfil a otros de las cosas.

que tienen sustantividad propia, surge del poder de reflexión, a diferencia del animal, que permanece sumido en la realidad vital correspondiente a sus estados vitales.

Esta independencia y poder de reflexión libera al hombre de su necesidad natural, y la conciencia le otorga el poder de decisión de la voluntad. Como consecuencia de esta independencia y poder de reflexión, la conciencia hace que surjan, junto con la realidad, el tiempo y el cambio. Y en la conciencia el tiempo se divide en tres partes, un pasado, un presente y un futuro para mí, del que nace la historia. Al distinguir esos tres estadios de tiempo significa que se toma conciencia del tiempo para cada uno. Si no hay tiempo en la existencia no hay conciencia, que surge a la par de la conciencia-tiempo. «El hombre queda instalado en un cosmos, en un ámbito de tiempo y libertad»[2243].

El espíritu en el hombre es el que capta el tiempo y le permite vivir conscientemente la experiencia temporal. Estas son las dos estructuras esenciales en las que se fundamenta en la persona el movimiento dialéctico, que consiste «en el movimiento discursivo en el hombre», que como ser temporal «debe pensar discurriendo, sacando decurso, independizando y objetivando los aspectos diversos de las cosas que se revelan a través de flujos de sensaciones yuxtapuestas en el espacio y en el tiempo. A medida que el sujeto finito va intuyendo los diversos puntos que perfilan el contorno de la realidad, los agrupa en esquema y les confiere intelectualidad al conceptualizarlos»[2244].

El hombre como ser temporal debe pensar discurriendo, «sacando-de-curso», independizando y objetivando los aspectos diversos de las cosas que se revelan a través de flujos de sensaciones yuxtapuestas en el espacio y en el tiempo, y esa discursividad deriva de la unión de su sensibilidad y entendimiento. La dialéctica surge de la *insecuritas* del hombre, una cualidad que posee, y que Wust considera como una imperfección dentro de una perfección; frente a la negatividad que puede suponer la *insecuritas*, se le opone en un movimiento dialéctico la positividad de la apertura del hombre a la realidad. La característica del espíritu es estar siempre inquieto, de ahí su esencial dinamicidad, o capacidad de movimiento o adaptación, y esta inquietud se revela en sus tensiones y contrarios[2245].

Existen dos posibilidades de superar parcialmente la dialéctica: una mediante la unión, y otra con la separación de los elementos que se pretenden armonizar, y que se corresponden con dos actitudes vitales, de «entrega» y de «obstinación», respectivamente. El modo positivo de resolver la dialéctica es la fidelidad del hombre a su naturaleza, lo que Wust denomina «ingenuidad». La ingenuidad es una actitud humana

[2243] *Ibid.*, p. 188.
[2244] *Ibid.*, p. 190. Aclara Quintás que a Wust no le interesa posicionarse en la teoría del esquematismo, sino que pretende mostrar la vinculación del entendimiento humano al tiempo, órgano interno de la sensibilidad humana para deducir de aquí *el carácter necesario de la discursividad*.
[2245] ALCORTA, JOSÉ IGNACIO: *Peter Wust. Filósofo espiritualista de nuestro tiempo*, *op. cit.,* p. 46.

que implica armonía, equilibrio, confianza inquebrantable en el ser; es la vinculación objetiva de la persona y el mundo. El hombre tiene una naturaleza que no se caracteriza por un obrar uniforme o ciego como ocurre con la naturaleza de los animales y cosas, la pura naturaleza, sino que su naturaleza, su modo de obrar es discursivo. «La naturaleza humana está transida de espiritualidad, y ostenta, por ello, un cierto carácter de "aseidad", es decir, de personalidad e independencia, si bien tan solo en grado relativo, como corresponde a un espíritu encarnado»[2246].

En el hombre confluyen una dualidad de principios, se dan en él dos fuentes de conocimiento: el espíritu (reflexivo y consciente), y el instinto, al que no considera algo ciego o irracional, carente de reflexión, pues el ser del hombre como unidad está penetrado de inteligencia. Es esta una verdad, natural, dada, algo que el hombre se encuentra y a lo que tiene que atenerse. El ser humano al proyectarse sobre las demás cosas mantiene una relación de mutua vinculación, existe en su interior una tendencia de atracción, de amor mutuo y conocimiento con el resto de los seres distintos a él; el ser del hombre es un co estar en realidad.

Está tensión de mutua vinculación, amorosa, el instinto que lo impulsa, desaparece en el hombre cuando se renuncia a ella mediante la capacidad de reflexión, que le conduce a la negación y a la escisión, que se manifiestan en una actitud de odio y repulsa; mediante la reflexión el hombre siente que se posee a sí mismo y a los demás. La persona consciente y libre puede aceptar o rechazar subjetivamente esa tendencia natural y objetiva hacia el amor, y es allí en su interior donde se polariza esta tensión. En la primera de las opciones, la aceptación se resuelve en una armonía confiada, en la segunda se convierte en un motivo de tristeza. Por fidelidad entiende Wust armonía interna (sencillez y adecuación), el impulso hacia la verdad, y esta implica estabilidad y continuidad. Llama fiel al que es constante y consecuente con lo prometido, actitud que implica una armonía entre el entendimiento encargado de recordar lo prometido y la voluntad que lo cumple. Por tanto, al tener naturaleza el hombre no puede guiarse solo por la reflexión, facultad con la que el hombre siente que se posee a sí mismo y a los demás en cierta manera.

5.3.4. El contraste como unidad en Romano Guardini

En la línea del pensamiento dialógico formulado por Ferdinand Ebner y Martin Buber, Romano Guardini asume también el planteamiento de cómo la persona adquiere conciencia de su «yo» singular en cuanto que es apelado por un «tú», siendo este el origen

[2246] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *El poder del diálogo y del encuentro: Ebner, Haecker, Wust, Przywara*, *op. cit.,* p. 204.

de toda relación y vida personal. En este sentido, afirma que «el hombre está referido esencialmente al diálogo»[2247].

Romano Guardini observa cómo surge la necesidad de adoptar, mediante la cultura, entendida como resultado del encuentro o interacción entre las personas, un nuevo estilo de pensar ajustado a la condición de cada objeto de conocimiento[2248]. La persona que tiende a imponer su dominio sobre todo termina reduciendo las realidades que integran su entorno vital a simples objetos, de mayor o menor significación, pero objetos, y estos no pueden fundar ámbitos con los que relacionarse y fundar encuentros[2249]. Este nuevo estilo de pensar potencia la inteligencia, su poder racional y su capacidad de proyectar e inventar de forma integral, unido al sentimiento de respeto hacia las realidades que son objeto de conocimiento con el fin de fundar modos elevados de unidad[2250].

Para Romano Guardini toda realidad, desde un punto de vista de vida creadora de vínculos, aparece como el punto de confluencia de diferentes realidades que se entrevera de una forma productiva. Esta mezcla de realidades es un todo ambiguo porque cada realidad es por definición no delimitable, sin palabra surge como el vehículo del encuentro. Se aprende a hablar al tiempo que se aprende a encontrarse. La palabra no es en principio solo un medio para transmitir algo sabido, es el medio en función del cual se fundan ámbitos de toda índole[2251].

La persona humana y las realidades del universo que cooperan a configurar su vida poseen un carácter verbal, y de entre todas ellas solo la persona tiene el sentido de la palabra[2252]. Por eso, Guardini concibe que el lenguaje, además de ser un medio de comunicación de acontecimientos, en su forma de lenguaje interior mediante actos preverbales del espíritu es forjador de la vida y labor espiritual de la persona, y solo después de una decisión o intención especial, se manifesta en palabras. El lenguaje es: (i) el ámbito de sentido en que todo hombre no es un sistema de signos de entendimiento por medio del cual entablan comunicación dos hombres; (ii) una conexión de formas de sentido determinables por leyes supraindividuales, donde el hombre nace y a través de la cual la persona es formada. «Es un todo independiente del individuo, del cual este, según su capacidad, forma una parte»[2253].

[2247] GUARDINI, Romano: *Mundo y persona: ensayos para una teoría cristiana del hombre*, *op. cit.,* p. 134.
[2248] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *Cuatro filósofos en busca de Dios: Unamuno, Edith Stein, Romano Guardini, García Morente*. Madrid: Rialp, 2003, pp. 188-189.
[2249] *Idem*.
[2250] *Ibid.*, p. 190.
[2251] *Ibid.*, p. 195.
[2252] *Idem.*
[2253] GUARDINI, Romano: *Mundo y persona: ensayos para una teoría cristiana del hombre*, *op. cit.,* p. 134.

Para Romano Guardini la persona es conformación. Lo que significa esta afirmación es que la persona, en relación con los distintos elementos que componen su constitución, bien sean materia, fuerzas, propiedades, actos, procesos, relaciones, no coexisten de una forma caótica, ni tampoco están volcados desde el exterior en ciertas formas, sino que se encuentran en conexiones de estructura y función[2254].

El punto de partida de Guardini viene determinado por la intuición de lo viviente-concreto, como algo in-objetivo que es fuente a su vez de distinción y de unidad, es decir, de tensión polar o dialéctica. Su obra *Teoría del contraste* pretende ser una forma de fenomenología afincada en lo real, en el plano que él denomina de lo viviente-concreto. Si la persona vive en apertura al entorno, la estructura de conocimiento de la persona debe responder, en su forma, a la contextura interna de la realidad. La dialéctica surge entre el estudio directo de la realidad y el análisis del método. El mérito de Guardini es haber destacado a la vez la mutua vinculación e irreductible especificidad del carácter contrastado de lo concreto-viviente y la condición dialéctica del conocimiento. Su intento consiste en estructurar una teoría del conocimiento de lo viviente-concreto sobre la base de una filosofía de los contrastes[2255]. «Todo el ámbito de la vida humana parece estar dominado por el hecho del contraste»[2256].

La idea de contraste o polaridad se define como la especial relación en la que dos elementos o diferentes tipos de determinaciones, bien sean cuantitativas, cualitativas o formales, se excluyen mutuamente y permanecen vinculadas e incluso se presuponen[2257]. «El hecho de la mutua exclusión e inclusión a la par es el contraste»[2258]. Las dos partes del contraste, cambio-duración, estructura-acto, son autónomas y entre ellas existe una frontera real y cualitativa; solo puede allegarse a cada una mediante una acción específica, un tránsito cualitativo[2259].

La primera característica que señala Romano Guardini en la persona es la de ser «viviente-concreto», que la conduce a determinar las formas estructurales que constituyen su vida, y prescindirá de los contenidos concretos, pero no del hecho de tener un contenido[2260]. En la teoría del contraste, Romano Guardini sitúa a los seres vivos en un entramado de pares de «contrastes», distintos aspectos de la vida que se contrastan, pero se implican de modo esencial. La persona, en su condición de «ser viviente concreto», está

[2254] *Ibid.*, p. 108.
[2255] GUARDINI, Romano: *El contraste: Ensayo de una filosofía de lo viviente-concreto*, *op. cit.*, pp. 13-18.
[2256] *Ibid.*, p. 80.
[2257] *Ibid.*, p. 79.
[2258] *Ibid.*, p. 89.
[2259] *Idem*.
[2260] *Ibid.*, p. 19.

estructurada por una forma configuradora, a la que él denomina «gestalt», que ensambla diversos elementos contrastados[2261].

La persona como ser viviente-concreto solo puede ser captada como forma «gestalt», es decir, a través de la dialéctica formada por el esquema estructura-acto. Esta forma «gestalt» concreta es siempre la unidad de los contrastes. En cuanto ser viviente-concreto, la persona está estructurada de modo dialéctico, y su conocimiento exige una peculiar tensión intelectual. Se trata de pensar una realidad compleja en cuanto tal, con su dialéctica de todo y partes, atendiendo a sus oposiciones, a la diversidad cualitativa[2262].

Para comprender esta forma es preciso fijarse en la relación constitutiva que existe entre el todo y las partes, las partes y el todo. Así, existe una «gestalt» «cuando se unen diversos elementos y dan lugar a una realidad dotada de una forma interior que le da consistencia y de una figura externa que permite reconocerla frente a otras realidades»[2263].

La relación «yo-tú» puede realizarse en distintas formas y profundidades[2264]. El otro se convierte para mí en «tú» solo cuando cesa la simple relación sujeto-objeto, y para que esto suceda el primer paso hacia el «tú» es aquel movimiento de «apartar las manos», dejando así libre el espacio donde la persona adquiere validez en el carácter de fin en sí misma. Ese movimiento es la primera consecuencia de la justicia y el fundamento de todo amor. Romano Guardini aclara cómo este amor personal no comienza con un movimiento hacia el otro, sino con un retroceso ante él, pues es precisamente en ese mismo instante cuando también se modifica mi propia actitud personal. «En la misma medida en que el ser considerado por mí, al principio, como mero objeto, es liberado por mí a la actitud del sí-mismo que surge de un centro propio, convirtiéndolo en mi Tú, en la misma medida paso yo de la actitud de sujeto que utiliza o que lucha a la actitud del "yo"»[2265].

La filosofía del diálogo y el personalismo han interpretado la distancia que se abre entre la persona y lo real como una forma de perspectiva que puede terminar en alejamiento, pero también como una forma eminente de unidad. La persona puede reaccionar frente a las realidades conforme a su elección personal, entre el estímulo y la respuesta se interpone la opción libre, esa interposición es la distancia que deriva en capacidad creativa. Esta distancia también se ha interpretado de manera diferente, algunos la asumieron como un alejamiento, que mediante la opción libre de la persona la separa de lo real y así sobrevuela lo concreto, y elabora conceptos y traza proyectos, sistemas de pensamiento, y en este sentido la persona, su espíritu, tiene capacidad de

[2261] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *Romano Guardini, maestro de la vida*. Madrid: Palabra, 1998, p. 108.
[2262] GUARDINI, Romano: *El contraste: Ensayo de una filosofía de lo viviente-concreto*, *op. cit.,* p. 19.
[2263] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *Romano Guardini, maestro de la vida*, *op. cit.,* p. 108.
[2264] GUARDINI, Romano: *Mundo y persona: ensayos para una teoría cristiana del hombre*, *op. cit.,* p. 132.
[2265] *Ibid.*, pp. 130-131.

organizar conflictos bélicos. El personalismo apuesta por la distancia de perspectiva y en consecuencia por la creatividad humana, que puede llevar al alejamiento, pero también asegura la conexión viva y evita la mismidad[2266].

6. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO: LA MEDIACIÓN ES UN ÁMBITO DIALÓGICO-DIALÉCTICO

La pregunta filosófica sobre el «ser» de la mediación debe plantearse, pues la comprensión del «término medio», aquella que habitualmente tenemos del «ser», nos muestra al mismo tiempo su incomprensibilidad (Martin Heidegger). El conocimiento de lo que es la mediación resulta comprensible para todos sin más: cualquiera comprende qué es la mediación; sin embargo, esta misma comprensibilidad pone de manifiesto que en el sentido del «ser» de la mediación subyace algo difícil de interpretar.

La investigación fenomenológica que se ha desarrollado en la tesis sobre la esencia de la mediación ha significado ver desde la misma mediación aquello que ella muestra y hacerlo ver tal como ella misma lo muestra desde sí misma. El estudio fenomenológico de la esencia de la mediación nos ha permitido pasar de lo patente, que es para Edmund Husserl lo dado en la experiencia de un modo inmediato, en la superficie, a lo que está latente o profundo y que posibilita esa experiencia. Lo patente es solo una parte de una realidad más amplia (José Ortega y Gasset), y en la mediación lo patente es lo que se nos aparece, y está contenido en su definición.

A través de lo diáfano, entendido por Xavier Zubiri como «principio de aprehensión intelectiva», se ha encontrado en el estudio de la tesis aquello que está presente en la mediación, que ni se nota ni se advierte, pero que existe en ella como fundamento tácito o inexpreso de su visión objetiva; esa diafanidad deja y hace ver la visión objetiva de la mediación, porque constituye lo visto.

El planteamiento fenomenológico realista de la tesis ha permitido responder a la pregunta sobre la esencia de la mediación, averiguar de qué modo de «ser» es, y lo que verdaderamente hay en ella. La fuente de este conocimiento esencial ha sido la *intuición*, método de acceso a su sentido fundamental, y lo que constituye su estructura ontológica. La esencia de la mediación es lo inteligible, aquello que la hace ser de tal o cual manera específica, y para aprehenderla no se requiere ninguna percepción sensible. La *intuición*, que significa ver de modo inmediato, nos ha servido para orientar la mirada hacia lo que pertenece a la mediación como tal, hacia su ratio o idea, y para indagar en su conocimiento desde la mayor cercanía posible el origen del sentido de su conocimiento.

[2266] LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *Cuatro filósofos en busca de Dios: Unamuno, Edith Stein, Romano Guardini, García Morente*, *op. cit.*, p. 186.

Como acto intelectual, la *intuición* nos ha proporcionado la dación directa del ser intuido, es decir, del ser de la mediación.

Ha sido suficiente una única *intuición* para llevar a cabo la abstracción, que es el verdadero camino hacia la esencia de las cosas. Este carácter intuitivo del conocimiento esencial no significa un simple mirar, ni tampoco obtener unas proposiciones seguidas de otras mediante un proceso de inferencia lógica, sino un penetrar en la mediación y en sus relaciones con otras realidades; implica *intus legere*, mirar en el interior de la mediación. La *intuición* que nos ha permitido dejar de ver lo que pertenece a la mediación de forma accidental es el *ámbito* sin el cual la mediación no puede existir.

La forma de aprehender la intuición, de hacerla clara y distinta, es la reflexión; mediante un «hacer-objeto-reflexionante», y a través de diversos niveles de la reflexión. De esta manera, en la tesis, a partir de la primera *intuición* que es *el ámbito*, se ha podido seguir reflexionando en profundidad sobre la esencia de la mediación, descubrir nuevas esencias y traerlas a la *intuición*. Hemos podido transportarnos a la interioridad de la mediación para coincidir, como dice Henri Bergson, con lo que hay en ella de forma única, y la hemos recorrido en círculos concéntricos, como si de una escalera de caracol se tratara. El primer círculo de reflexión ha sido la mediación como *ámbito*, que nos ha conducido al siguiente escalón: la realidad del «nosotros», que a su vez nos ha llevado a la subjetividad de la persona, a su estructura de autodeterminación y al «valor personalista» de su acción. A su vez, la persona nos ha conducido, como ser dotado de palabra, al diálogo y a la dialéctica como componentes de la esencia de la mediación. El procedimiento de análisis que nos ha permitido penetrar en lo más profundo de la mediación, la aprehensión de la *intuición* intelectual, y el de su reflexión se exponen a continuación.

La mediación es un *ámbito*, que ha sido definido por Alfonso López Quintás como aquel campo de la realidad abierta que ofrece posibilidades, a diferencia de lo que sucede con otras realidades como son los objetos, situados enfrente (*ob-jectus*) del sujeto; el *ámbito* no está perfectamente delimitado, y permite la interactuación entre las partes.

El *ámbito* de la mediación es intersubjetivo, al estar integrado por las personas que participan en el proceso de la mediación, y ser ellas quienes lo crean y lo hacen posible. En este sentido el *ámbito* es *relacional*, pues las partes interactúan para comunicarse y entenderse. El simple conocimiento intelectual que las partes adquieren del conflicto y con el que llegan a la mediación no es suficiente para que esta pueda dar comienzo, pues conduciría a mantener una actitud de racionalismo cerrado, a mostrar la indiferencia ante el contrario y la abstención ante la acción. En el *ámbito relacional* las partes incorporan a la mediación un conocimiento comprometido, que conduce a la verdadera objetividad, y va más allá de la neutralidad. Este conocimiento de compromiso busca en las partes un

comprender lo que es extraño y hostil, para ver cada una en la otra no al adversario sino a un oponente.

El *ámbito relacional* de la mediación, aun siendo una abstracción formal, es una realidad que se materializa en el «nosotros» como primer nivel de comunidad que se da en la sociedad, y como coordinación natural de personas; el mundo del «nosotros» se contrapone al mundo impersonal del «se», de la tercera persona, caracterizado según Emmanuel Mounier por la ausencia de una voluntad común, y por la indiferencia.

Este «nosotros» es una realidad espiritual, y resulta inalcanzable si se prescinde de la persona, si se pretende crear sobre otra cosa distinta que no sea ella. El «nosotros» no puede nacer sustituyendo a la persona, sino mediante su plena realización. En este sentido el «nosotros» sigue a la persona. La persona precede a su participación en la comunidad. Por eso Mounier lo llama «persona de personas». Lo que fundamenta esta comunidad no es la actividad colectiva, sino los valores que la sobrepasan y que ella misma representa.

El «nosotros» de la mediación, como realidad ambital, no surge solo de una relación o suma de relaciones entre distintas personas. No debe reducirse el «nosotros» al hecho material del existir y obrar de las personas en común. La mediación, como comunidad del «nosotros», no debe ser entendida solo como una multiplicidad de sujetos, mediados y mediador entre otros, a la que hace referencia, sino como unidad de esa multiplicidad. Las partes, sin dejar de ser ellas mismas, al conformar el «nosotros» aparcan su unilateralidad. La unidad que aúna la diversidad es lo que conforma el «nosotros».

Esta realidad del «nosotros» se creará en el momento en que cada parte de la mediación descubra a la otra como una persona y comience a tratarla como tal; ninguna de ellas integrará el «nosotros» hasta que no convierta a las otras en una segunda persona, en un «tú», eliminando con ello la indiferencia propia de la tercera persona. A partir de entonces, la relación de las partes, que era inicialmente accidental, pasa a un primer plano y constituye el fundamento de su estar en la mediación.

En toda comunidad humana, y lo mismo sucede en la mediación, se distinguen, según Karol Wojtyla, dos dimensiones: por un lado, la dimensión interpersonal representada en la relación «yo-tú» de las partes, y por otro, la dimensión social del «nosotros», y en ambas relaciones la subjetividad personal es el elemento clave para comprenderlas. La relación del «nosotros» se asienta sobre la subjetividad de la persona, sobre el hecho de que cada persona es un «yo» y un «tú» particular y concreto. La comunidad del «nosotros» no significa solo una pluralidad de personas sino la subjetividad de esa multiplicidad, diferenciándose con ello del pronombre «él-ellos» que designa la relación persona-objeto. Si cada parte en la mediación vive su propia subjetividad personal podrá adquirir conciencia de constituir un determinado «nosotros», al tiempo de experimentarse a sí misma en esa nueva dimensión comunitaria. En la dimensión del «nosotros» permanecen el «yo-tú» de las partes que median, pero cambia totalmente el

enfoque de la relación, pues en adelante vendrá trazada por el bien común, y por unas nuevas tareas y exigencias. Además del significado ontológico, el concepto de comunidad posee otro normativo, en cuanto norma esencial para la convivencia, y otro axiológico, al participar de un valor especial: el bien común.

La dimensión del «nosotros» expresa una colectividad formada por personas a la que se puede llamar de formas diversas, como por ejemplo familia, y en todas ellas los sujetos, al actuar en común, lo hacen en relación al bien común. Esta colectividad no posee en sí un ser sustancial, y se asienta en la subjetividad personal de cada una de las personas que en ella obran en común; en el «nosotros» de la mediación, la persona confirma su subjetividad personal, de tal manera que el «yo» y el «tú» no desaparecen a través del obrar y del actuar en común que conlleva un proceso de mediación. La relación con el bien común adquiere, según Wojtyla, una relevancia decisiva en el «nosotros», pues manifiesta así la trascendencia de la persona, su apertura al «otro». La trascendencia, explica este mismo filósofo, es la experiencia de la persona donde se sobrepasa a sí misma y se revela como alguien que se encuentra más allá de sí, al tiempo que es plena y verdaderamente ella misma.

El bien común tiene un carácter de superordenación de la relación. La superioridad del bien común respecto de los bienes individuales no deriva de tener en consideración el bien de muchos o de la mayoría, no es el sentido numérico lo que define su carácter propio, sino sus fundamentos. En el «nosotros», el bien individual de cada una de las partes de la mediación se expresa y se realiza de modo más completo.

El bien común pertenece al aspecto de la persona cuando existe y actúa «junto con otros», y en este sentido puede identificarse como el fin que persiguen las partes en su acción común, en el «nosotros». Este aspecto objetivo del bien común debe conectarse con el momento subjetivo, que está relacionado con la participación, una propiedad inherente a la persona, y con su acción, manifestada cuando la persona actúa «junto con otras».

La acción de la persona no se entiende si no es desde su subjetividad personal. El *ámbito relacional* del «nosotros» se asienta sobre la subjetividad de las personas que participan en el proceso de mediación, que es lo que permite, como afirma Wojtyla, comprender a la persona en sí misma en su originalidad, en lo que cada una es única e irrepetible, como un «yo» concreto. En este sentido, la subjetividad es lo irreductible de cada persona, lo totalmente interior, y por tanto solo puede revelarse, darse a conocer, por ella. La estructura de la subjetividad personal no es cerrada, sino dinámica, y se caracteriza por la autodeterminación. La subjetividad personal la analiza Wojtyla desde el dinamismo del actuar humano, desde la acción, y por eso se expresa a través de la estructura de autodeterminación contenida en las acciones personales.

A su vez, para comprender la acción de la persona cuando actúa «junto con otros» en la mediación se precisa primero analizar la acción de la persona. Se estudia la acción de la persona, como actividad consciente y realizada de forma voluntaria, como fuente de conocimiento de la persona. Es la acción la que revela a la persona, como momento de su manifestación específica; existe una correlación entre la persona y la acción y esta se realiza en el ámbito de la subjetividad.

La dimensión subjetiva de la persona nos revela que la persona no solo actúa conscientemente sino que es consciente de que actúa, un sujeto que se experimenta a sí mismo como sujeto. En la acción, además de experimentar su propio ser y actuar, también experimenta el ser y actuar «junto con otros», y es en esa experiencia donde los actos de la persona manifiestan una vinculación íntima con el «yo» de la persona, revelando su estructura de autodeterminación. Existe una relación entre la causalidad de la persona y la autodeterminación, en el sentido de cómo la persona, al querer algo, se determina a sí misma al querer ese algo. La acción consciente se atribuye a un «yo» como su autor, y de esta manera, mediante su actuar la persona produce múltiples efectos externos y configura la realidad que la rodea; pero también existe otra causalidad de carácter intransitivo, que vincula la acción consciente al propio sujeto, a su experiencia interior, y se manifiesta como autodeterminación.

La persona, al obrar conscientemente, no solo es la autora de su acción y sus efectos, sino que al mismo tiempo también decide sobre sí misma. La autodeterminación es la dimensión más profunda y fundamental del «yo» humano, a través de la cual el hombre en la acción se manifiesta como sujeto personal; su composición es dinámica, y se presenta como autoposesión y autodominio.

Esta estructura subjetiva de la persona, la autodeterminación, forma parte de la esencia de la mediación, y fundamenta su modo de ser concreto. La persona, realizando una acción, se realiza a sí misma en ese acto, decide sobre sí misma. Lo característico de la mediación se encuentra en la capacidad que tienen y quieren darse las partes de decidir por ellas mismas, sin delegar en un tercero —juez o árbitro— la solución al conflicto que les afecta.

El ámbito del «nosotros» que define la esencia de la mediación se asienta sobre el valor personalista de la acción. Este valor no se identifica con el valor moral, pues lo precede y también lo condiciona, sino que está inscrito en la misma realización de la persona, en el propio hecho de que el hombre al actuar lo hace de un modo que le es propio. La característica de este actuar es la autodeterminación, momento en el que se realiza la trascendencia de la persona. Es en la acción donde la persona se actualiza a sí misma, expresando su capacidad de autoposesión y autodominio. La realización de una acción por una persona constituye un valor en sí misma. El valor personalista de la acción

no es todavía un valor ético, pero surge de la interioridad de la persona, la revela y confirma.

La mediación, en cuanto actuación conjunta de las personas que intervienen en ella, tiene su razón de ser en la persona, en el valor personalista de su acción, y en una propiedad interior y homogénea a todas las personas a la que Wojtyla denomina «participación». La participación significa, en primer lugar, la capacidad de una actuación de la persona «junto con otros», y es una dimensión característica propia de la persona humana, ligada al valor personalista de la acción. Lo característico de la participación consiste en que, cuando una persona actúa «junto con otros», mantiene el valor personalista de la acción y a la vez realiza lo que resulta de la actuación en común. La persona, al participar en una acción «junto con otros», realiza verdaderamente una acción, y se realiza a sí misma realizando una acción conjunta. Se autorrealiza.

La participación se configura, así, como una característica esencial de la persona cuando actúa «junto con otros», y por ende también de la mediación, que puede verse limitada de dos formas posibles: por el individualismo, y, en su plano opuesto, el anti-individualismo, o colectivismo. El individualismo entiende a la persona solo como individuo y concentrada en ella misma, el bien de cada persona se sitúa como contrario al de las demás personas, con un carácter defensivo de autoconservación. Por el contrario, en el colectivismo, el bien de la comunidad se alcanza limitando al individuo, que no elige su bien mediante su participación, sino que le viene impuesto desde fuera.

Existen también, para Wojtyla, unas actitudes características de la actuación y existencia de la persona cuando actúa «junto con otros» en relación al bien común, que pueden trasladarse a las partes en la mediación, y que son la solidaridad y la oposición. Ambas actitudes tienen un significado personalista preético, que es imprescindible que las personas adopten al iniciar y desarrollar una mediación. Estas actitudes son auténticas porque en cada una de ellas se puede realizar la participación, y la trascendencia de la persona en la acción, respetando su valor personalista. En la medida que la acción se vea privada de estos elementos, la solidaridad se convertirá en una actitud de conformismo, y la oposición en otra de evasión.

El bien común promueve en las personas que ellas opten, cuando actúan desde el «nosotros», por adoptar las actitudes auténticas de la solidaridad y la oposición. A la comunidad humana y a la participación les corresponde igualmente otro principio que es el diálogo, especialmente útil para descubrir lo correcto en una situación de oposición.

La mediación que se constituye en el «nosotros» acontece en lo que Martin Buber denomina el «entre», una esfera espiritual común a las personas, pero que excede el propio campo de cada una; el «entre» no es una construcción auxiliar, sino el lugar y el soporte real donde ocurren las relaciones interhumanas. El hecho fundamental de la existencia no es el individuo ni la colectividad en cuanto tales, dice Buber; lo que

singulariza a la persona, y con ello podemos afirmar también a la mediación, es lo que sucede entre el «ser» y el «ser», algo que no se encuentra en ninguna otra naturaleza en el mundo, siendo el lenguaje su signo y su medio. El «entre» es una protocategoría de la realización humana, un lugar discreto que no presenta la característica de la continuidad, sino que vuelve a constituirse cada vez al ritmo de los sucesivos encuentros humanos. Buber ejemplariza esta categoría como una conversación que se da entre dos sujetos, y en distintas situaciones, donde lo esencial no sucede en uno o en otro participante ni tampoco en un mundo neutral que abarca a los dos y todas sus cosas, sino en el sentido más preciso, entre los dos, en una dimensión a la que solo tienen acceso ellos dos.

La mediación, al suceder en este lugar común que configura la esfera del «entre», es una situación elementalmente dialógica, y como tal es accesible solo ontológicamente, pero no partiendo de la óntica de la existencia personal, ni tampoco de las dos existencias personales, sino de aquello que, trascendiendo a ambas, se da «entre» las dos.

Uno de los fundamentos filosóficos de la mediación, como se ha expuesto, es la persona, que definida por Buber es un ser en cuya dialógica, es decir, en cuyo «estar-dos-en-recíproca-presencia», se realiza ella misma y se reconoce como tal cada vez que sucede el encuentro de «una» persona con «otra». El «entre» es una situación dialógica que se origina, no en lo individual o lo social, sino en algo diferente más allá de lo subjetivo y más acá de lo objetivo, donde el «yo» y el «tú» se encuentran.

Si avanzamos con nuestro análisis fenomenológico, descendemos un peldaño más en el recorrido de la profundidad de la mediación, de su «ser», y desde el escalón anterior, la subjetividad de la persona, y su participación cuando actúa «junto con otros», nos adentramos más en el interior del *ámbito* para descubrir que además de *relacional* es *dialógico* y *dialéctico*.

La mediación es un *ámbito dialógico*, porque los sujetos que intervienen en la mediación, las partes y el mediador, son seres locuentes, personas que poseen la palabra, en su doble condición de «hablantes» y de «interpelados». La esencia de la palabra, su espiritualidad, afirma Ferdinand Ebner, reside en que es algo que se realiza entre el «yo» y el «tú», entre la primera y la segunda persona, algo que presupone la relación del «yo» con el «tú», y que por otra parte también la activa. La palabra se asienta en la relación personal del «yo» con el «tú» como presupuesto de la palabra expresada. La palabra pronunciada, no la abstracta, es creadora de un espacio relacional integrado por la persona que habla y la persona a quien se habla; es aquello mediante lo cual se pone de manifiesto la relación personal, que no objetiva, de la primera con la segunda persona. La función interna de la palabra, como medio para percibir realidades espirituales, como el «yo» y el «tú», opera igual que la luz respecto de las cosas físicas. El diálogo implica una forma de unidad que necesita ser creada, mediante la palabra, por cada una de las partes intervinientes en la mediación.

Finalmente, el *ámbito relacional* de la mediación es esencialmente *dialéctico* porque la dialéctica es una condición que pertenece a la persona, por necesidad esencial, dice Peter Wust. Las decisiones que se acuerdan en un proceso de mediación, al igual que sucede con las fundamentales de la vida, se toman en un contexto de tensiones que son consecuencia de los aspectos contrapuestos de la realidad. En la mediación, la voluntad de las partes, derivada de la presencia del conflicto, se desenvuelve en una red de tensiones y resistencias que, si bien muestran la debilidad de la condición humana, también evidencian su profundidad ontológica, y por tanto, la fecundidad de su espíritu. La mediación requiere de los participantes que adopten una posición dialéctica, en los términos descritos por Peter Wust, es decir, la posición que no se identifica con lo absoluto, unívoco o de dilema, características todas ellas de la unilateralidad. La división del pensamiento en la persona es consecuencia de su pasión por la unilateralidad, y la unidad de las mentes debe ser conquistada a través del esfuerzo ininterrumpido hacia la integración.

La dialéctica es un modo característico de pensar, y responde a una forma de intuición específica. Su potencial consiste en la capacidad de advertir la mutua implicación que se da entre realidades en apariencia opuestas y en descubrir en los conceptos esas relaciones mutuas, lo que permite a la persona captar la realidad integral, única forma de conocimiento auténtico. Todo movimiento dialéctico se dirige hacia un fin y ejerce un influjo en quienes así piensan.

El modo dialéctico de pensar que está implícito en la mediación, en tanto que en ella intervienen personas, confiere a las partes una amplitud de miras suficiente para advertir la mutua implicación de los conceptos, captar el lado positivo de realidades que solo en apariencia son negativas, y aunar ideas a primera vista contradictorias. El diálogo es posible si, a través de la vinculación de ideas, se dirige hacia una idea terminal con la que aquellas están en relación. Es mediante la dialéctica como pueden las partes explicar sus diferencias, no anulándolas, sino respetándolas a una debida distancia. No es, por tanto, el concepto lo que cambia, sino la persona que piensa discursivamente sobre la base de diferentes conceptos, y lo hace debido a su condición dialéctico-discursiva. El esquema de su dialéctica es el pensar discursivamente de un perfil a otro de las cosas.

La dialéctica se hace depender de la vinculación y jerarquía de las ideas, apostando de esta manera por una singular «fluidificación y tensión del concepto» como dice Wust, siendo en consecuencia un mal conversador aquel que mantiene conceptos con aristas muy definidas.

La mediación posee la condición dialéctica porque la dialéctica es propia y exclusiva de la persona, y esta proviene de su espiritualidad, dotada de conciencia plena, expresión de su libertad y de su apertura de ser. La persona se define como un ser corpóreo-espiritual, donde coexisten a la vez dos ámbitos de ser, y es de esta dualidad de donde surge su tensa unidad, su inquietud esencial. De esta diversidad de principios, material y

espiritual, que conviven en un ser indivisible, la persona, surge el afán de integración, una fuerte tensión hacia la unidad a la que se denomina dialéctica.

En este mismo sentido, Romano Guardini añade a la dialéctica la idea de *contraste*, que describe como el hecho de la mutua exclusión e inclusión a la par; el contraste o polaridad es definido como la especial relación en la que dos elementos o diferentes tipos de determinaciones, bien sean cuantitativas, cualitativas o formales, se excluyen mutuamente y permanecen vinculadas, e incluso se presuponen. Las dos partes del contraste, como son por ejemplo cambio-duración, estructura-acto, son autónomas y entre ellas existe una frontera real y cualitativa, y solo puede allegarse a cada una de ellas mediante una acción específica, un tránsito cualitativo. En la teoría del contraste de Guardini, que puede aplicarse a la mediación en cuanto que cada una de las partes trae al proceso posiciones enfrentadas o dispares, el entramado de pares de «contrastes», o distintos aspectos de la vida que se contrastan, se implican de modo esencial. La persona, en su condición de «ser viviente concreto», solo puede ser captada como la forma que Guardini denomina «gestalt», es decir, a través de la dialéctica formada por el esquema estructura-acto. Esta forma «gestalt» concreta es siempre la unidad de los contrastes. En cuanto ser viviente-concreto, la persona está estructurada de modo dialéctico, y su conocimiento exige una peculiar tensión intelectual. Se trata de pensar la realidad que es compleja en cuanto tal, pero con su dialéctica del todo y las partes, atendiendo a sus oposiciones, a la diversidad cualitativa.

Para terminar esta tercera conclusión, se quiere hacer mención a la dimensión de profundidad a la que se refiere José Ortega y Gasset cuando define el sentido de una cosa, la forma suprema de su coexistencia con las demás. La pregunta filosófica sobre el ser de la mediación nos ha proporcionado adentrarnos en la profundidad de la mediación, en su interior y acceder a lo que constituye su esencia, entendida como aquello que funda su ser o el comportarse de la manera determinada como lo hace.

En relación al nuevo enfoque «personalista-deliberativo», algunos de los resultados del objeto de estudio de este capítulo sirven para seguir articulando las bases de la propuesta, que a continuación se exponen.

a) Definición de mediación

La mediación es un espacio de justicia deliberativa donde las partes, con la ayuda del mediador, crean un ámbito dialógico-dialéctico en el que buscan cooperativamente y en beneficio mutuo la verdad de las pretensiones de validez que cada una de ellas propone, y que como consecuencia del conflicto se han problematizado, todo ello con el fin de conseguir, mediante un procedimiento discursivo, el entendimiento intersubjetivo, y los acuerdos justos que resuelvan sus controversias.

b) Conceptos teóricos clave de la mediación «personalista-deliberativa»

Personalismo: es una filosofía, y también una actitud ante la vida. Su afirmación central es la existencia de personas libres y creadoras.

Persona: es un ente que existe como «alguien» a diferencia del resto de los entes que existen como un «algo». El ser humano es un sujeto personal, existe como persona, y es por sí y en sí misma, pero al mismo tiempo existe «para» los demás en diálogo y participación; la persona es originariamente movimiento hacia el otro, y por naturaleza un ser propiamente comunicable. Se trata de una concepción relacional de la persona, lo que no significa que ella exista a través de la relación, sino que toma conciencia de sí misma a través de su relación con el otro.

La subjetividad de la persona, lo que la hace singular y única, tiene una estructura de autodeterminación. La interactuación entre las personas solo puede derivarse de la concepción ontológica de esa estructura interna, que es de comunión, dinámica, y objeto de experiencia. La autodeterminación es la dimensión más profunda y fundamental del ser humano, a través de la cual el hombre, en su actuación, se manifiesta como sujeto personal; sitúa al propio «yo», es decir, al sujeto, en la posición de objeto, realizándose de forma simultánea, en la subjetividad, la objetividad del propio «yo».

Actuando conscientemente, el «yo» no solo es el autor del acto y de sus efectos transitivos e intransitivos sino que también, y al mismo tiempo, decide sobre sí mismo. A través del conocimiento de la estructura interior de la persona, la subjetividad, de sus dos propiedades específicas, la «autoposesión» y el «autodominio», se comprende también a la persona en su relación con otras personas. La «autoposesión» se confirma en la acción mediante la voluntad, y el «autodominio» entendido como gobierno de sí.

Experiencia: el concepto de experiencia en el enfoque «personalista-deliberativo» es la *experiencia de la persona* que emplea el filósofo Karol Wojtyla, no reducida al fenómeno sensible transitorio, un conjunto de impresiones o emociones, sino como proceso cognitivo. El objeto de esa experiencia incluye también al propio hombre que se revela a partir de todas las experiencias y que está a la vez en todas ellas; se compone de la experiencia de sí mismo y de la experiencia de todas las demás personas que se sitúan en directa relación cognitiva con él. Cada persona es para sí misma objeto de experiencia de un modo único e irrepetible que tiene como objeto al propio hombre, y a su actuar. La acción de la persona es un momento particular de la experiencia de la persona, como visión intelectual; a través de la acción se manifiesta como dato no solo el exterior sino el interior de la persona. Cada experiencia de la persona comporta a la vez una cierta comprensión de lo que se experimenta. Son dos experiencias las que vive directamente la persona, que son el «ser» y el «actuar». El hombre se experimenta a sí mismo como el que existe y a la vez es agente, experimenta su «ser» y su «actuar», y de otro modo, también

experimenta el «ser» y «actuar» de los otros, la experiencia de la «intersubjetividad». La estructura personal de la «intersubjetividad» se experimenta en la acción humana. La acción de la persona es fuente de conocimiento de la propia persona.

Trascendencia de la persona en la acción: entendida como característica del dinamismo de la persona, y existe como consecuencia de su «autodeterminación»; la trascendencia de la persona en la acción se explica mediante la autodeterminación. La acción siempre contiene en sí el momento experimental de la subordinación del propio «yo», que encierra dentro de sí la libertad de la persona y junto a ella el fundamento de su trascendencia en la acción. La libertad de la voluntad es el fundamento de la trascendencia en la acción. La voluntad está en la raíz de la acción, entendida como un direccionarse hacia un valor, y esta se constituye en un momento característico de la voluntad que es la decisión. La decisión es el centro de la actividad de la voluntad libre de la persona. En la decisión, la persona se manifiesta, tanto en su operatividad como en su trascendencia, sencillamente como persona. La trascendencia es el nuevo nombre de la persona, una existencia capaz de separarse de sí misma y de descentrarse.

En cada decisión, la libertad afirma la persona, y progresa a través de la dificultad o del obstáculo. La persona libre es aquella a quien el mundo y las demás personas interrogan, y ella responde; es un ser de respuesta, «responsable», y en este sentido la libertad no aísla a la persona sino que la une a las demás.

Ámbito: existen dos tipos básicos de realidades: las realidades objetivas que son delimitables, mensurables, asibles, ponderables, verificables por cualquiera, y las realidades inobjetivas —relacionales, dialógicas, «ambitales»—.

Una realidad ambital no es un mero objeto, es un campo de posibilidades de juego creador. Es real, pero no tiene una delimitación precisa, abarca cierto campo, más o menos amplio, y no puede ser dominada por el hombre, a diferencia de las cosas, que son manipulables. El ámbito constituye una dimensión de la realidad, un espacio vital y un centro de iniciativa para la acción personal.

La persona humana pertenece a un nivel de realidad superior al de los objetos. Cada momento pide la actitud adecuada a la realidad que estamos tratando. La actitud de dominio y manejo es adecuada a las meras cosas —por ejemplo, una piedra—, e incluso a los instrumentos —un lápiz, un piano, un coche—. El primer elemento de la actitud de un espíritu abierto consiste en la manera de percibir. Este tipo de realidades superiores a los objetos nos invitan a una colaboración respetuosa, que es una forma de actividad superior al simple manejarlos.

La mediación constituye un ámbito, una confluencia de personas, acontecimientos, diversas realidades o aspectos de la realidad que implican complejidad, pero al mismo tiempo apertura a campos nuevos de posibilidades. Como ámbito, la mediación es una realidad o conjunto de realidades que forman un campo de interacción; son las personas

quienes convierten la mediación en ámbito, un espacio natural de cooperación a través de un dinamismo creador de posibilidades de acción y sentido.

Palabra y lenguaje: el lenguaje y la realidad se interpretan de una forma que para nosotros es indisoluble. Solo podemos explicar la verdad de un hecho con la ayuda de la verdad de un enunciado sobre hechos; y lo que es real solo podemos explicarlo en términos de lo que es verdadero. En tanto que la verdad de las creencias o enunciados solo puede ser fundada con la ayuda de otras creencias y enunciados, no podemos escapar del círculo de nuestro lenguaje; las personas somos seres de lenguaje, y el lenguaje dirige la acción (Jürgen Habermas). Algo sirve de justificación solo en relación a algo distinto que aceptamos (Richard Rorty).

La palabra es algo que se da entre la primera y segunda persona, algo que presupone esa relación y al mismo tiempo la actúa (Ferdinand Ebner). La verdad está en la relación de las personas, la relación del «yo» con el «tú», nunca en la soledad de una conciencia (Ludwig Feuerbach).

El hecho de hablar funda con la palabra ámbitos de interacción entre las personas, y al mismo tiempo puede destruir relaciones; con la palabra, la reflexión subjetiva deja de ser monólogo para convertirse en diálogo. Es preciso emplear la palabra de manera correcta, creativa, capaz de interpelar a las partes, para que puedan ellas fundar un ámbito donde exista una relación especial de presencia y compromiso (Alfonso López Quintás). Con la palabra, la persona trasciende el ámbito cerrado de su conciencia y el de la representación privada que tiene de los demás; se trata de la palabra creada por el hablar, que se actualiza al ser pronunciada, no de la palabra en su uso abstracto u objetivado, sino la que potencia su contenido y valor.

En la palabra está la verdad, en toda palabra escuchada hay algo que debe ser creído; no es la verdad de un pensamiento lo que debe ser creído sino la verdad de la expresión hablada, la verdad en la palabra (Ebner).

c) ¿Cómo se entiende el conflicto en la mediación «personalista-deliberativa»?

El conflicto es el lugar de la construcción de la identidad, donde logramos saber en qué diferimos de los otros y qué nos hace únicos; nos constituimos colectiva e individualmente en el acto del desacuerdo (Mary Mander).

El conflicto es una relación que actúa en contra de la unidad, hace referencia a una forma de disociación, de confrontación, de ruptura y, como acción recíproca, posee paradójicamente una dimensión de mecanismo integrador entre las partes. El conflicto social tiene una funcionalidad, en tanto elemento capaz de organizar la interacción social, y sirve para establecer y conservar la identidad, las líneas fronterizas de los distintos colectivos y grupos. El propio conflicto se establece como elemento de unión, ligando a los

contendientes. El conflicto implica identidad, porque justamente consiste en el establecimiento de un límite respecto al otro, denota posicionamiento que respalda intereses opuestos. Esto genera identidad, implica construcción del «yo» y el «nosotros» en relación a la otra posición de la relación (George Simmel).

El conflicto entendido como la concurrencia de intereses mutuamente incompatibles implica separación entre las partes enfrentadas, pero también puede ser percibido como el origen de la creatividad. El conflicto está relacionado con la adversidad, entendida como el cambio al que todavía las personas no se han adaptado; no se trata tanto de superar la adversidad como de abrirse a ella; si la persona ve en la dificultad o el conflicto algo natural en su vida, algo consistente y útil, entonces se encontrará menos oprimida por su presencia. No es la persona más fuerte o inteligente la que sobrevive a la adversidad sino aquella que se adapta mejor al cambio. La habilidad personal para sobrevivir y prosperar a través del conflicto y hacia la transformación se consigue mediante el esfuerzo humano. El conflicto oculta una oportunidad (Aimee Mullins).

d) La forma de conocer en la mediación «personalista-deliberativa»

El conocimiento de los asuntos de las personas y del mundo, en la medida que concierne a la persona, se asienta en el compromiso, que se acepta con su objeto. El conocimiento comprometido es la auténtica objetividad, que implica el intento de comprender lo que resulta extraño y hostil a la persona. La comprensión absoluta del adversario exige a la persona comprometida un esfuerzo mucho más enriquecedor que la simple neutralidad objetiva, porque el adversario para él es al mismo tiempo un educador y un apoyo, más que una fuerza que debe ser superada. La comprensión aislada del compromiso contribuye a exponer a las personas al combate y a perpetuarlo.

Las partes en la mediación precisan comprender de una forma comprometida, y lo hacen cuando se tratan como seres presentes, no ausentes; se reconoce al «otro» no como un repertorio de información para uso personal, un objeto disponible, y no apelable, pues esto significa desesperar de él y no concederle crédito (Emmanuel Mounier).

Existe también un tipo de interés que está presente en la mediación. El interés es una condición de posibilidad de conocer, una condición del conocimiento, y no existe un conocimiento que no sea interesado. Todos los procesos cognitivos, y la mediación en cierto modo lo es, se basan y son conducidos por unos intereses que habitualmente se pasan por alto y no son reconocidos como tales. No existe un saber neutral, pues todo conocimiento se pone en marcha por un interés (Habermas).

Se identifican tres tipos de intereses rectores del conocimiento: el interés técnico, el práctico y el emancipatorio, los tres interrelacionados entre sí, siendo este último el que predomina en la mediación.

El interés técnico: el ser humano percibe en función de su posible manipulación técnica, esto es, movido por el afán de dominar y explotar la naturaleza para optimizar los procesos de producción.

El interés práctico: en este caso, no se busca la manipulación de la realidad, sino aprehenderla de sentido. La comprensión de los otros sujetos es indispensable para la apropiación de los constructos simbólicos y demás procesos culturales.

El interés emancipatorio: el ser humano busca conocer la realidad social existente para, primero, poder criticarla y, posteriormente, poder modificarla de modo que primen criterios de equidad y no de dominación.

e) Sujetos de la mediación: la persona y el «nosotros»

Los sujetos que intervienen en el proceso de mediación son las partes, es decir, las personas afectadas por el conflicto que es objeto de mediación, que crean la comunidad del «nosotros» que ambas conforman; y el mediador, como director del proceso de mediación.

En la mediación se desarrollan a la vez dos tipos de interactuación entre las partes: la dimensión interpersonal, la relación interpersonal del «yo-tú», y la dimensión social del «nosotros», donde permanecen el «yo» y el «tú». El «nosotros» que las partes ponen en marcha en la mediación, como comunidad social, es la forma natural de coordinación de las personas; una «persona de personas», una realidad que es espiritual y que presupone y sigue a la persona, no haciéndola desaparecer, sino realizándola plenamente. La comunidad del «nosotros» es una realidad esencial para la convivencia y el obrar común de las personas, es su norma fundamental.

La mediación se articula sobre la base de la actuación de la persona cuando esta actúa «junto con otras», para lo que es necesario ser conscientes del valor personalista que implica su acción, y poner en juego una propiedad interior y homogénea a todas las personas, que se llama participación.

En toda interactuación de la persona con otras personas se pone en juego el valor personalista de la acción, que se refiere al contenido estrictamente personal de la acción. La realización de una acción por una persona constituye un valor fundamental, es el valor personalista de la acción, y adquiere un valor en sí misma, porque la persona se realiza a sí misma cuando realiza la acción (Karol Wojtyla).

El valor personalista de la acción: (i) no significa valorar la acción realizada por la persona, precede a cualquier valor ético y lo condiciona; (ii) está inscrito en la misma realización de la acción por la persona, en el propio hecho de que el ser humano actúa de un modo que le es propio; y (iii) lo es porque la persona se realiza a sí misma cuando

realiza una acción, y en tanto que ese actuar tiene el carácter de la autodeterminación, encierra en sí todo un conjunto de valores relativos a la trascendencia o integración.

f) La participación, una característica del actuar de las personas con otras personas

La participación es una característica que responde a la correlación dinámica que existe entre la acción y la persona, a la realidad del actuar «junto con otros». El sentido ordinario de la participación equivale a «tomar parte» una persona en alguna acción «junto con otros», pero además de constatar este hecho exterior interesa el sentido filosófico, los fundamentos de ese tomar parte. Por participación se entiende lo que corresponde a la trascendencia de la persona en la acción cuando es realizada «junto con otros».

La relación que existe entre el valor personalista de la acción y el hecho de la persona al actuar «junto con otros» se verifica en la participación, que es lo que corresponde a la trascendencia de la persona en la acción. La participación significa, en primer lugar, la capacidad de la persona de actuar «junto con otros»; es una propiedad interior y homogénea de la persona que hace que la persona, cuando existe y actúa «junto con otros», exista y actúe como persona. La participación permite a la persona de algún modo salir de sí misma, y dejar de considerar a los otros como extraños o contrarios entre sí, superando así una posición individualista o colectivista. La participación es la característica esencial, lo específico de la comunidad, determinando el valor personalista de toda cooperación. Sin la participación, la cooperación priva de su valor personalista a las acciones de la persona.

Lo característico de la participación consiste en que la persona mantiene el valor personalista de la propia acción y a la vez realiza lo que resulta de la acción común con los otros; es decir, conserva todo lo que resulta de la acción conjunta y al mismo tiempo a través de esto realiza el valor personalista de la acción. El bien común se comprende en su doble dimensión, en la objetiva, como fin, y en la subjetiva, como principio de la verdadera participación.

g) Actitudes de las partes y modo de debatir en la mediación

Limitaciones a la participación y actitudes auténticas. La ausencia de participación o el impedirla son los dos modos de limitar la participación en un proceso de mediación. El individualismo limita la participación presentando el bien de la persona como el bien principal y fundamental al que se debe subordinar la comunidad; los otros, las demás personas, son causa de limitaciones y de múltiples contrariedades. El colectivismo niega la participación, opera desde un principio opuesto, subordina incondicionalmente al individuo y su bien al de la comunidad y sociedad; el bien común, en esta posición, no se

elige según el principio de participación, se impone a la persona para defenderse del individuo.

Sin embargo, las actitudes auténticas que propician la participación, la acción y existencia de la persona «junto con otros» son la solidaridad y la oposición. En cada una de ellas puede darse no solo la participación sino la trascendencia de la persona en la acción, salir de su propio posicionamiento y abrirse al oponente. Son actitudes auténticas porque respetan el valor personalista de la acción. Por el contrario, el conformismo y la evasión son actitudes contrarias a la participación.

CONCLUSIONES FINALES

Las conclusiones finales se vertebran en dos niveles diferenciados —teoría vs. práctica de la mediación— en función de los resultados obtenidos a lo largo de nuestra investigación con el objeto de redimensionar, mediante la aportación de una nueva definición, el contenido teórico de la institución de la mediación y de introducir en la praxis profesional una nueva metodología que sirva para el desarrollo del proceso de mediación.

1. TEORÍA DE LA MEDIACIÓN: UNA NUEVA DEFINICIÓN

Como hemos advertido a lo largo de nuestra investigación, la mediación es una disciplina de naturaleza netamente interdisciplinar y su cuerpo teórico sigue hoy en día en proceso de elaboración. Para que la mediación sea tratada como una disciplina autónoma, con un cuerpo teórico propio, es preciso dotarla de unos parámetros universales que configuren su identidad y que, sobre todo, permitan su posterior desarrollo. Estos parámetros deben proceder de las aportaciones de las diversas ciencias que en ella concurren —sumando todas ellas valor a dicha exploración teórica—, y sin que ninguna pueda reclamar para sí el monopolio de la configuración de su estatus teórico.

El derecho concurre a esta construcción teórica otorgando a la mediación un específico régimen legal. La presente tesis pretende sumar aportaciones innovadoras, como la de introducir en la construcción teórica de la mediación la reflexión debida de la mediación como espacio de justicia, y definirla en términos de justicia: «la mediación es justicia». Este nuevo prisma conceptual de la mediación que proponemos en nuestra investigación se engloba dentro de los ya existentes, reforzando y complementando sus contenidos, si bien están, por lo general, referidos bien a su funcionalidad —al mencionarla como un método alternativo y complementario de la Administración de Justicia—, bien a su carácter coyuntural —al presentarla como una vía que auxilia, respondiendo a solucionar los problemas estructurales del sistema judicial—. Sin embargo, la vinculación de la mediación con la justicia que proponemos en nuestra investigación proviene, no solo de su relación con el sistema judicial —es decir, de su funcionalidad— al complementar o auxiliar a los servicios de la Administración de Justicia, sino por una razón filosófico-jurídica, la mediación es justicia en sí misma, una justicia privada y autocompositiva.

La mediación, en esta tesis, se define como un «espacio de justicia», un procedimiento estructurado de resolución de conflictos que proporciona a las personas y organizaciones un acceso distinto a la justicia formal y tradicional. La justicia se constituye así en una categoría original de la mediación, que debe promoverse como parte de su

esencia a través de su definición priorizando este aspecto esencial. La definición de la mediación como justicia reivindica su razón filosófica por encima de las múltiples ventajas que su empleo proyecta en la sociedad, al minorar la excesiva litigiosidad, o en el funcionamiento de los juzgados, al descongestionarlos de la elevada carga de trabajo.

La construcción jurídica de la definición de la mediación que se propone en esta tesis ha sido fundamentada a lo largo de nuestra investigación desde distintas áreas: (i) desde el marco legal comunitario y español en el que se encuadra la mediación, el denominado «espacio de libertad, de seguridad, y de justicia europeo», (ii) desde una selección de teorías de la justicia y fundamentaciones filosóficas exploradas en la presente tesis —como la teoría de John Rawls, o la propuesta dialógica de Jürgen Habermas—, y (iii) desde diversas aportaciones procedentes de otras disciplinas científicas que no son el derecho, más concretamente, a través de la filosofía personalista del diálogo, la cual contribuye a perfilar decisivamente la configuración jurídica de la institución de la mediación con aportaciones de elementos extrajurídicos.

El primer concepto que hemos propuesto introducir en la teoría de la mediación es el de «justicia», la mediación como «espacio de justicia». A lo largo de los capítulos segundo, tercero y cuarto de la primera parte de la presente investigación hemos fundamentado esta propuesta a través del estudio de su marco legal, de su naturaleza procedimental y, en definitiva, de su ser como «justicia procedimental».

El segundo de los conceptos que proponemos introducir en la teoría de la mediación, a partir del estudio de sus fundamentos filosóficos antropológicos, es el de «ámbito». La mediación es un ámbito relacional, creado a instancia del compromiso de las partes que en ella participan, y constituido a partir de la comunidad del «nosotros», la cual a su vez se asienta en la estructura de autodeterminación que caracteriza la subjetividad de la persona y en el valor personalista de su acción.

1.1. La mediación es un «espacio de justicia»

En el itinerario jurídico del desarrollo de la mediación en la UE —incluso antes de su inicio, como hemos observado al analizar los Tratados de Maastricht y Ámsterdam— se encuentra una razón legislativa para definir la mediación como un «espacio de justicia». El marco legal europeo, desde su inicio y hasta el momento actual, integra a la mediación en el «espacio de justicia europeo», formando parte del mismo. En Europa, la mediación contemporánea se encuentra, en su origen, enraizada en los cimientos de la constitución de la Comunidad Europea; su existencia se vislumbra, potencialmente, en los Tratados de la UE de 1992 de Maastricht, y de 1997 de Ámsterdam. El desarrollo legislativo de la mediación y su implementación en la vida de los ciudadanos es un objetivo preferente de la UE.

La mediación, por sus antecedentes normativos y marco legal, ha sido objeto de nuestra observación en la primera parte de nuestra tesis doctoral y, atendiendo al propósito con el que ha sido incluida en el ámbito de la justicia de ese nuevo «espacio» comunitario, ha sido explorada como competencia sobre la cooperación reforzada en los ámbitos de justicia y asuntos de interior, lo que constituye el «tercer pilar» de la UE —la «cooperación en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior», prevista en el título VI del Tratado de Maastricht—. Dicha propuesta de cooperación para el «tercer pilar» tiene como objeto facilitar que la UE se convierta con más celeridad en un «espacio de libertad, de seguridad, y de justicia». Asimismo, la cooperación en los ámbitos de justicia y asuntos de interior se compone tanto de acuerdos operativos como de instrumentos legislativos, constituyendo la mediación un producto de esos instrumentos legislativos.

Por todo lo expuesto, el renovado interés suscitado por la mediación en nuestros días es consecuencia inmediata de la expresa voluntad de la UE de potenciarla como medio alternativo de justicia, lo que se ha concretado paulatinamente en el mandato a sus organismos públicos de promoverla e insertarla como uno de los mecanismos de creación del denominado «espacio de libertad, de seguridad, y de justicia» europeo.

La mediación, tanto en la UE y como en España, está inserta *ab initio* en el denominado «espacio de libertad, de seguridad, y de justicia» al formar parte, como objetivo, de múltiples acciones y decisiones específicas de los organismos europeos destinadas a su conformación y desarrollo. Este «espacio de libertad, de seguridad, y de justicia» pertenece a los ciudadanos, no a las instituciones, pero solo puede lograrse mediante la implicación del conjunto de instituciones de la UE, en general, y de forma individual, de sus Estados miembros.

En consecuencia, la mediación, en este sentido, pertenece al «espacio de justicia» europeo por derecho propio, como un instrumento más, y entre otros, para hacer justicia; una modalidad de justicia privada, administrada por y para la persona. Conforme dispone el Tratado de Ámsterdam, el «espacio de justicia» busca proporcionar a los ciudadanos un sentimiento común de justicia en toda la Unión. La justicia se considera como un factor que facilita la vida ordinaria de las personas, y se enfrenta a quienes amenazan la libertad y seguridad de los individuos y de la sociedad.

Para hacer realidad este objetivo de justicia, resulta imprescindible que el acceso a la justicia y la cooperación judicial sean plenos, pues ambos desarrollos contribuyen a la configuración del «espacio europeo de libertad, de seguridad, y de justicia». En cuanto al «espacio de justicia», el objetivo es garantizar una igualdad en el acceso a la justicia de los ciudadanos europeos, y facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales; en materia civil, la cooperación judicial debe perseguir la simplificación del entorno de los ciudadanos europeos, donde coexisten diferentes leyes y jurisdicciones. En este contexto, el acceso a la justicia no es considerado en su sentido estricto, es decir, como acceso a los tribunales

de justicia, sino como el ejercicio práctico de los derechos de la persona a obtener justicia. La mediación, como método de resolución de litigios, proporciona un acceso a la justicia tanto a la persona como a las empresas y otras entidades.

El concepto de justicia incluye la promoción del acceso de los particulares y demás entidades a los distintos procedimientos extrajudiciales adecuados para la resolución de sus conflictos, como lo es la mediación, y no solo refiere, por tanto, al acceso al sistema público judicial. Es decir, se puede acceder a la justicia bien acudiendo a los tribunales de justicia o bien recurriendo a un procedimiento de mediación, ambos son formas distintas de hacer justicia; el derecho a acudir a la mediación, si no termina en un acuerdo satisfactorio para las partes, no menoscaba ni perjudica el derecho a obtener una tutela judicial efectiva de los tribunales de justicia.

Por tanto, uno de los objetivos clave de la política de la UE para establecer un «espacio de libertad, de seguridad, y de justicia», al que hemos dedicado especial atención en nuestra investigación, es mejorar el acceso a la justicia para que ciudadanos y empresas no se vean impedidos, ni disuadidos, de ejercitar sus derechos por la incompatibilidad o complejidad de los sistemas legislativos y administrativos de los Estados miembros.

A lo largo de nuestro estudio nos hemos percatado de que el marco jurídico estable y fiable que la UE ha otorgado a la mediación contribuye a situarla en pie de igualdad con el proceso judicial. La mediación, como método de solución de conflictos administrado por instancias extrajudiciales, participa del nivel de seguridad que se requiere a la Administración de Justicia, sin necesidad de asimilar las exigencias en estos dos sistemas de justicia. Los principios fundamentales que rigen el procedimiento de la mediación, y la validez jurídica del acuerdo obtenido en ese procedimiento, funcionan como las garantías propias de una «buena justicia».

En la equiparación de la mediación y el proceso judicial como métodos distintos de acceso a la justicia que proponemos, no debe considerarse la mediación como una peor alternativa, sino distinta en sus planteamientos, pero de igual alcance en términos de justicia. Así lo puso de manifiesto el Consejo de Tampere de 1999 donde se fijó como medida la instauración, en los Estados miembros, de procedimientos extrajudiciales alternativos, como la mediación, al objeto de tramitar de forma simplificada y acelerada litigios relativos a consumidores, los de índole mercantil o de menor cuantía, los de pensión alimentaria y reclamaciones sin oposición.

La trasposición de la directiva por el Estado español en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y el Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación, presentan la mediación como un mecanismo autocompositivo de resolución de conflictos, que es alternativo y complementario a la Administración de Justicia. Como hemos observado a lo largo del capítulo primero de la presente tesis, en la legislación española se silencia, tanto en la ley nacional como en las leyes autonómicas de mediación,

al no mencionarla, el origen y la perspectiva de la trayectoria legal, el *iter* jurídico de la mediación, que la ubica formando parte del «espacio de libertad, de seguridad, y de justicia» europeo, perdiendo así la oportunidad de equipararla y promocionarla como otra forma, una más, de hacer justicia en nuestra sociedad contemporánea.

Sin embargo, como analizamos en nuestra investigación, el reciente aprobado Anteproyecto de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia sí potencia la funcionalidad de los MASC, entre ellos la mediación, para colocarlos al lado de la propia jurisdicción de los tribunales, como una forma más de administrar justicia, distinta a la contenciosa.

1.2. La naturaleza procedimental de la mediación

A lo largo de nuestra investigación hemos considerado la dualidad de la naturaleza de la mediación como proceso y procedimiento. Los conceptos de proceso y procedimiento no son intercambiables, sin embargo, en la mediación con frecuencia se emplean de forma indistinta. La mediación, desde la perspectiva del conflicto, es un proceso dinámico, y desde la perspectiva jurídica, es un procedimiento estructurado. Al hablar de mediación conviene referirse a ella como un proceso que formalmente se desarrolla mediante un determinado procedimiento legal.

El proceso de la mediación se desenvuelve, por lo general, siguiendo una metodología específica, y formalmente a través de un procedimiento que cuenta con una regulación jurídica propia; esta normativa procedimental ofrece, por un lado, un marco jurídico que otorga confianza a la actuación de quienes participan en ella, y, por otro, plena seguridad y eficacia jurídica a las decisiones, entre ellas el acuerdo si se alcanza, que logran las partes y que ponen fin al conflicto.

De los textos legales que regulan la mediación analizados en nuestra investigación, identificamos los tres elementos a considerar en su definición: el procedimiento, la intervención de las partes en el conflicto y la actividad del mediador. De estos tres elementos, el procedimiento es la vía a través de la cual sucede la mediación, es el dónde y cómo tiene lugar la intervención de las partes y la actividad del mediador. La naturaleza jurídica de la mediación, entendida como esencia, es procedimental. La característica jurídica principal que define la mediación, y a partir de la cual pueden vertebrarse los demás elementos que la integran, es la de configurarse como un procedimiento estructurado.

No obstante, no toda intervención mediadora posee relevancia jurídica, sino tan solo aquella que responde a la predeterminación que le proporciona un procedimiento formal, sin que la estructura del procedimiento disminuya en nada la flexibilidad que caracteriza a la mediación; las partes siguen siendo soberanas para pactar entre ellas y con

el mediador cómo se va a desarrollar, respetando unos mínimos, la estructura del procedimiento de la mediación.

Los principios fundamentales que informan la mediación constituyen la estructura inalterable sobre la que construir el procedimiento y los acuerdos. A su vez, la estructura del procedimiento se configura a través de una serie de fases o etapas generales que se siguen, con mayor o menor rigidez, en un orden preestablecido desde el comienzo de la mediación hasta su finalización. La esencia de la mediación la constituyen estos principios inspiradores del procedimiento, que son los elementos que determinan el modo en el que se perfila como institución jurídica.

La naturaleza procedimental de la mediación la convierte en derecho adjetivo, en tanto que sirve a los participantes, las partes que median y el mediador, como una vía que les permite dirimir sus diferencias con vistas a lograr, recorriéndola, acuerdos de justicia y en beneficio mutuo que resuelvan su conflicto.

1.3. La mediación es justicia procedimental y deliberativa

La mediación tiene uno de sus fundamentos filosóficos en el concepto de «justicia» elaborado por John Rawls. En este sentido podemos afirmar que la mediación es «justicia procedimental». El proceso de mediación se desarrolla a través de un procedimiento estructurado configurado en fases y fundamentado en unos principios fundamentales, donde las partes no se preguntan, para resolver el conflicto que les afecta, sobre qué es o no lo justo conforme a lo establecido de antemano por un determinado criterio, como puede ser el legal, lo dispuesto para el caso concreto por un ordenamiento jurídico, sino que priorizan los principios de los que participa la justicia, para valorar el resultado de la mediación.

En la mediación, en su calidad de «justicia procedimental», el procedimiento tiene carácter constitutivo para la conformidad a la justicia de aquello que conforma su resultado, el acuerdo que alcanzan, en su caso, las partes. Por tanto, si el procedimiento formal de la mediación, con sus fases y principios fundamentales, se observa, el resultado será necesariamente conforme a la justicia, y su observancia efectiva es lo que hará que también aquello que constituye su resultado sea conforme a la justicia. Si además de haber respetado las formalidades del procedimiento, este se desarrolla mediante actuaciones equitativas por parte de quienes intervienen y participan en el mismo, entonces el resultado final de la mediación será equitativo. En una mediación existe por tanto una cantidad indefinida de resultados que las partes pueden alcanzar —incluido el no llegar a un acuerdo—; sin embargo, lo que hace que uno de ellos sea justo es el hecho de que se logró con el cumplimiento efectivo de un esquema de cooperación justo.

En efecto, en la mediación son las partes que en ella intervienen quienes tienen que decidir cuál es su concepto de lo justo. Los principios de justicia son el resultado del acuerdo justo que las partes, en una relación de simetría, logran alcanzar a través del procedimiento formal de la mediación. En función de estos principios de justicia, las partes elegirán los criterios para asignarse recíprocamente unos derechos y obligaciones, que mediante el acuerdo pactado entre ellas, definirán cuál es la distribución apropiada de los beneficios y cargas en la solución del conflicto.

Por tanto, el fin de la mediación será que las partes acuerden este esquema de distribución de derechos y deberes justo, al que llegarán mediante sus esfuerzos de cooperación y teniendo en cuenta sus expectativas legítimas. Esta consideración sobre la distribución y asignación de derechos y obligaciones implica tratar la mediación como cuestión puramente procesal.

El concepto de justicia en la mediación se define en función de los principios que han servido para asignar derechos y obligaciones, y al concretar la división correcta de las ventajas y beneficios que recibe cada una de las partes. El sistema de cooperación que se verifica en la mediación es de «justicia procedimental».

Otro de los fundamentos filosóficos que se ha investigado con exhaustividad en esta tesis se asienta sobre el discurso de Jürgen Habermas, quien sigue esta vía procedimental que conduce a la justicia. Desde los planteamientos habermasianos hemos concluido que la mediación implica un diálogo deliberativo real, un procedimiento formal guiado por dos principios: la ausencia de coacción y la supresión de toda desigualdad en el discurso. Por tanto, las partes en el procedimiento de la mediación deben estar en situación de igualdad formal y actuar en libertad.

La mediación participa de esta «justicia procedimental», y de la «racionalidad comunicativa» que conlleva los elementos sustantivos que definen la justicia, como son la igualdad, el compromiso, la libertad, y la equidad. En la «racionalidad comunicativa» de la que participa el procedimiento de mediación, la verdad y la justicia se unen como presupuesto indispensable para el diálogo.

La mediación se desarrolla en este diálogo interactivo, que es el que defiende Habermas, y se fundamenta en un tipo de acuerdo basado en unas normas compartidas, más que en unas preferencias personales interesadas, que son las que incorporan al proceso valores como la solidaridad, la lealtad, el respeto mutuo y el entendimiento social compartido. De esta manera, en la mediación, el diálogo que reúne las características de una «situación ideal de habla» no solo es garantía de éxito de la comunicación entre las partes sino también el requisito para legitimar su contenido, el que ellas mismas acuerdan con la ayuda del mediador.

Las partes, en el procedimiento de la mediación, en ese diálogo deliberativo, promueven la «búsqueda cooperativa de la verdad»; el acuerdo al que llegan las partes

acerca de la verdad se justifica en las condiciones de ausencia de coacción y participación igualitaria de todos en el diálogo. Al participar en el diálogo que busca el consenso, quienes intervienen en ese proceso asumen el compromiso de establecer un acuerdo que trascienda las creencias personales o comunitarias, pues la justicia deviene como tal si es universalizable, y lo es en la medida que en situaciones semejantes, aquel acuerdo quiera cumplirse por todos.

En efecto, la justicia en la mediación es consecuencia de un diálogo cuyas condiciones incluyen el presupuesto de la existencia de algo que es la justicia universal; un acuerdo es justo si es universalizable, cuando todos, en una situación similar, quisieran cumplirlo. La justicia en el procedimiento de la mediación se obtiene a través del discurso; no se trata de un valor entre otros, sino de un predicado sobre la validez de los enunciados de los que en ella intervienen, y se alcanza mediante el discurso por medios argumentativos. El objetivo es conseguir la verdad de los argumentos que las partes usan en sus enunciados para solucionar el conflicto, no como única verdad, sino como aquella construida según conviene a sus intereses convergentes.

1.4. La mediación es un ámbito relacional dialógico-dialéctico

El planteamiento fenomenológico realista que hemos emprendido en la primera parte de la tesis nos ha permitido responder, en un segundo estadio de desarrollo de nuestra propuesta investigadora, a la pregunta sobre la esencia de la mediación consistente en averiguar de qué modo de «ser» es, y lo que verdaderamente hay en ella. A partir de una única intuición intelectual, «la realidad ambital», se ha continuado reflexionando sobre la esencia de la mediación. Con esta metodología hemos podido adentrarnos en la interioridad de la mediación para identificar lo que hay en ella de forma única, y la hemos recorrido analizándola en círculos concéntricos, en profundidad, como si de una escalera de caracol se tratara. El primer círculo de reflexión ha sido la mediación como ámbito, que nos ha conducido al siguiente escalón, la realidad del «nosotros», que a su vez nos ha llevado a la subjetividad de la persona, a su estructura de autodeterminación y al «valor personalista» de su acción. Posteriormente, el pensamiento de filósofos personalistas nos ha conducido a la persona como un «ser» dotado de palabra, al diálogo y a la dialéctica como componentes también de la esencia filosófica de la mediación.

Como consecuencia, se propone definir la mediación como un «ámbito», un campo de la realidad abierta, que ofrece posibilidades de interactuación orientadas al entendimiento y acuerdo de las partes involucradas en conflicto, a diferencia de lo que sucede con otras realidades como son los objetos, que se encuentran perfectamente delimitados. Ese «ámbito» de la mediación es intersubjetivo, al estar integrado por las personas que participan en el proceso de la mediación, y ser ellas quienes lo crean y lo

hacen posible. El «ámbito» de la mediación, aun siendo una abstracción formal, es una realidad que se materializa en el pronombre «nosotros» como primer nivel de comunidad que se da en la sociedad, y como la forma de coordinación natural entre las personas.

El «ámbito» relacional del «nosotros» se asienta sobre la subjetividad de las personas que participan en el proceso de mediación, que es lo que permite comprender a la persona en sí misma y en su originalidad en lo que cada una es única e irrepetible, como un «yo» singular y concreto. La subjetividad personal, analizada desde el dinamismo del actuar humano, desde la acción, se expresa a través de la estructura de autodeterminación contenida en las acciones personales. Existe una relación entre la causalidad de la persona y la autodeterminación, en el sentido de cómo la persona, al querer algo, se determina a sí misma al querer ese algo. Esta estructura subjetiva de la persona, la autodeterminación, forma parte de la esencia de la mediación, y fundamenta su modo de ser concreto. La persona realizando una acción se realiza a sí misma en esa acción, decide sobre sí misma. Es esto precisamente lo más característico de la mediación, la capacidad natural que tienen y quieren darse las partes de decidir por ellas mismas, sin delegar en un tercero —juez o árbitro— la solución al conflicto que les afecta.

El ámbito del «nosotros» que define la esencia de la mediación se asienta sobre el valor personalista de la acción, donde la persona se actualiza a sí misma, expresando su capacidad de autoposesión y autodominio. La realización de una acción por una persona constituye un valor en sí misma. El valor personalista de la acción no es todavía un valor ético, pero surge de la interioridad de la persona, la revela y confirma en su «ser».

La mediación, en cuanto actuación conjunta de las personas que intervienen en ella, tiene su razón de ser en la persona, en el valor personalista de su acción, y en una propiedad interior y homogénea a todas las personas denominada «participación». La participación se configura, así, como una característica esencial de la persona cuando actúa «junto con otros», que puede verse limitada de dos formas posibles: por el individualismo, y, en su plano opuesto, el antiindividualismo, o colectivismo. Existen unas actitudes características de la actuación y existencia de la persona cuando actúa «junto con otros» en relación al bien común, que pueden trasladarse a las partes en la mediación, que son la solidaridad y la oposición.

Continuando con nuestro análisis fenomenológico, descendemos un peldaño más en el recorrido de la profundidad de la mediación, de su «ser», y desde el escalón anterior, la subjetividad de la persona, y su participación cuando actúa «junto con otros», nos adentramos más en el interior del ámbito relacional para descubrir que además es dialógico y dialéctico.

La mediación es un ámbito dialógico, porque los sujetos que intervienen en la mediación, las partes y el mediador, son seres «hablantes», personas que poseen la palabra, en su doble condición de «hablantes» y de «interpelados». La esencia de la

palabra, su espiritualidad reside en que es algo que se realiza entre el «yo» y el «tú», entre la primera y la segunda persona, algo que presupone la relación del «yo» con el «tú», y que por otra parte también la activa.

Finalmente, llegamos a la conclusión de que el ámbito relacional de la mediación es esencialmente dialéctico en la medida en que es una condición que pertenece a la persona por necesidad esencial. La mediación requiere de los participantes que adopten una posición dialéctica, es decir, aquella que no se identifica con lo absoluto, unívoco o con el dilema, características todas ellas de la unilateralidad. El modo dialéctico de pensar que está implícito en la mediación, en tanto que en ella intervienen personas, confiere a las partes una amplitud de miras suficiente para advertir la mutua implicación de los conceptos, captar el lado positivo de realidades que solo en apariencia son negativas, y aunar ideas a primera vista contradictorias. El esquema de la dialéctica es un pensar discursivamente a través del esfuerzo ininterrumpido que las partes, en el proceso de la mediación y con la ayuda del mediador, deben desplegar dirigido hacia la integración y la unidad, superando con ello la división del pensamiento existente en cada persona, derivado de su pasión por la unilateralidad.

En definitiva, mediante la dialéctica las partes en el procedimiento de la mediación pueden explicar sus diferencias, no anulándolas, sino respetándolas desde una debida distancia. La mediación posee la condición dialéctica porque la dialéctica es propia y exclusiva de la persona, y esta proviene de su espiritualidad, dotada de conciencia plena, expresión de su libertad y de su apertura de ser. No es, por tanto, el concepto lo que cambia, sino la persona que piensa discursivamente sobre la base de diferentes conceptos, y lo hace debido a su condición dialéctico-discursiva.

1.5. La propuesta de nueva definición de mediación

La definición de mediación a la que nos conduce nuestro recorrido investigador podría quedar sintetizada del modo siguiente: *la mediación es un espacio de justicia donde las partes, con la intervención del mediador, crean un ámbito dialógico-dialéctico con el fin de buscar cooperativamente y en beneficio mutuo el entendimiento y en su caso los acuerdos que resuelvan sus controversias, todo ello a través del desarrollo de un procedimiento estructurado y deliberativo*.

2. PRÁCTICA DE LA MEDIACIÓN: UN NUEVO ENFOQUE

A partir de las conclusiones anteriores, las cuales nos permiten reconstruir los fundamentos filosóficos de la mediación a partir de los postulados de la filosofía personalista y del diálogo y de la teoría de la justicia de los filósofos John Rawls y Jürgen Habermas, respectivamente, consideramos que se dan los presupuestos suficientes para

articular las bases de una nueva metodología o un nuevo enfoque de mediación denominado «personalista-deliberativo».

El modo de entender el conflicto en este enfoque es abordarlo como una relación de confrontación que provoca ruptura, o disociación entre las partes, de la que se parte al comenzar la mediación, pero que contiene al mismo tiempo una acción recíproca, es decir, además de la acción que causa el enfrentamiento, otra acción a favor de la unidad y que posee la virtualidad de contener un mecanismo integrador. El conflicto se presenta al mismo tiempo como una causa de discrepancia y separación entre las partes pero también como origen para la creatividad, una oportunidad oculta para propiciar el cambio o transformación.

A nuestro parecer, el interés que mueve a las partes a participar en un proceso de mediación es por una parte «interés práctico», que busca comprender de forma comprometida la realidad, que no dominarla, y un «interés emancipatorio», que persigue conocer la realidad para criticarla en primer término, y modificarla posteriormente mediante criterios de equidad.

El enfoque está encuadrado en el paradigma del acuerdo, primando como objetivo la solución de problemas, y resulta especialmente recomendable para la mediación mercantil, y más en concreto para las empresas familiares, al igual que para la mediación administrativa. Igualmente, esta metodología sería apropiada aplicarla en aquellos conflictos que ya se han judicializado, en las mediaciones intrajudiciales.

Los «enfoques» de mediación descansan sobre unos fundamentos teóricos, que son los que se describen a continuación, por eso no se precisa especificar cuáles son sus estrategias, técnicas y herramientas, por otra parte, propias de los modelos de mediación y que serán objeto de diseño en un estudio posterior a esta tesis.

Los dos ejes de coordenadas sobre los que se construye el enfoque «personalista-deliberativo» son, por un lado, la persona, su estructura de autodeterminación, y el valor personalista de su acción cuando actúa «junto con otros», y por otro lado, el debate, en el que participan las partes, como un proceso argumentativo que les permite en su caso alcanzar discursivamente los acuerdos que ponen fin a su controversia.

2.1. La persona en el enfoque «personalista-deliberativo»

El enfoque se caracteriza por situar a la persona en el centro de su esquema conceptual y de su dinámica, fundamentándose en la filosofía personalista, cuyo objetivo es mostrar a la persona como el sentido originario a partir del cual, en su relación con ella, todo cobra su significado. La mediación es un proceso de personalización y comunitario, donde tiene lugar el reconocimiento absoluto de la dignidad de la persona y a la vez del «nosotros» como su dimensión social. Se trata también de un proceso de construcción histórica,

donde las partes, con su actuación conjunta, y la ayuda del mediador, promueven su futuro, y lo hacen incidiendo en la realidad presente para transformarla.

La concepción de la persona en este enfoque es relacional y dialógica. El lenguaje funda la relación «yo-tú», una unidad de cooperación capaz de integrar los contrastes y realidades complejas. La persona es un «quién» con una estructura de autodeterminación que se hace efectiva en la acción; es una realidad espiritual que vive en una relación esencial con los «otros», destacando en ella una dimensión muy relevante, la libertad, entendida como autodeterminación, o la capacidad de la persona de decidir acerca de sí misma y de su propio destino. En la intersubjetividad de la persona existen dos dimensiones, una interpersonal, el esquema «yo-tú», y otra comunitaria, el «nosotros», donde la norma personalista muestra el modo de relacionarse la persona cuando existe y actúa junto con «otros». En el «nosotros», las partes coordinan sus acciones en torno al bien común. A través de la participación, las partes son capaces de una actuación conjunta, conservando el valor personalista de la acción y al mismo tiempo realizar lo que resulta de la actuación común.

La mediación, vista como un acontecimiento complejo, es una realidad ambital, un espacio que ofrece a las partes que en ella intervienen posibilidades de comunicación y entendimiento. Pero para que exista ese «ámbito» en la mediación, las partes, con la ayuda del mediador, son quienes se encargan de crearlo a partir del «nosotros». La mediación, desde ese «ámbito», invita a las personas con su iniciativa a elaborar las distintas posibilidades, y a responderlas con una actitud colaboradora y creativa.

La persona puede transfigurar no solo la realidad conflictiva sino también su actitud frente a ella. Se produce entonces en el proceso de la mediación una experiencia recíproca, de doble dirección, para lo cual cada parte, con su libertad comprometida, debe abandonar un escenario impersonal, al que se denomina el «mundo del se», caracterizado por la indiferencia y el dejar hacer, sin una voluntad común, para crear y dar paso a otro, al «mundo del nosotros» que crea referencias, propósitos definidos en torno a una causa común. En el enfoque «personalista-deliberativo» las personas adoptarán unas actitudes concretas en su actuar «junto con otros» que son la solidaridad y la oposición.

2.2. El debate argumentativo busca cooperativamente la verdad y el acuerdo

En el enfoque «personalista-deliberativo» el lenguaje funciona como el medio más importante para la coordinación de la acción entre las personas. El entendimiento discursivo se conceptúa a través de la búsqueda cooperativa de la verdad, más que en el proceso de una influencia retórica recíproca mantenido entre las partes.

Se trata del concepto procedimental de la verdad entendida como resolución discursiva de pretensiones de validez. En el enfoque «personalista-deliberativo» se busca la verdad como una propiedad de los enunciados lingüísticos; se llama verdadero al enunciado que podría justificarse en un acuerdo alcanzado por medios argumentativos. Verdadero es aquello que puede ser aceptado bajo unas condiciones determinadas del habla.

La «búsqueda cooperativa de la verdad» en la mediación es una vía de acceso fiable al conocimiento. El acuerdo que persiguen las partes, en esa búsqueda cooperativa de la verdad, dispone, en principio, de la facultad de encontrar el asentamiento, racionalmente motivado, de todos los afectados.

La verdad en la mediación no es estática, como una respuesta, sino dinámica como una relación; es un proceso, no un resultado; la realidad no es ni lo uno ni lo otro, sino la interacción vital entre las partes en conflicto. La verdad en el proceso de mediación es una pretensión de validez que las partes unen a los actos de habla. Una proposición es verdadera si está justificada la pretensión de validez de los actos de habla con los que las partes la afirman mediante el uso de enunciados. Por tanto, la justificación de una aserción no depende de la verdad de la aserción, sino que debe depender de la justificación de la aserción. Las razones justificativas avalan la pretensión de verdad, entendida como aseverabilidad justificada mediante razones.

Como presupuesto, y para que se pueda mantener el proceso argumentativo de la verdad sobre lo que hacen o dicen cada una de las partes en mediación, deben asumir compromisos con la sinceridad, la verdad y la corrección.

El conocimiento con el que se actúa en la mediación tiene una estructura proposicional, lo que significa que las opiniones que cada una de las partes y el mediador pueden verter en las reuniones de la mediación se hacen explícitas y se exponen en forma de enunciados.

Lo que autoriza a mantener como verdadero un enunciado con el fin de justificarlo es el momento en que las partes, en su condición de participantes de la argumentación, cambian de perspectiva; cuando se convencen de la justificación de la pretensión de validez mediante la coacción sin coacciones que supone el mejor argumento empleado.

La argumentación es un tipo de habla y el argumento son razones conectadas sistemáticamente con la pretensión de validez. La fuerza de una argumentación se mide en un contexto determinado por la pertinencia de las razones, y se manifiesta, entre otras cosas, en si la argumentación es capaz de convencer a los participantes en un discurso, o de motivarlos, para que acepten la pretensión de validez en discusión.

El consenso se mide por el reconocimiento intersubjetivo de las pretensiones de validez. En la mediación, como proceso de entendimiento lingüísticamente explícito, las

partes plantean pretensiones de validez con sus actos de habla con el objeto de ponerse recíprocamente de acuerdo.

Una afirmación se desproblematiza por medios argumentativos, y encuentra un lugar en la relación intersubjetiva compartida de las partes cuando, en el curso del proceso de argumentación, alcanzan la convicción de, una vez conocidas todas las informaciones oportunas y después de ponderar todas las razones relevantes, han agotado el potencial de posibles objeciones y no existen motivos para seguir con el argumento.

El acuerdo alcanzado mediante el proceso deliberativo crea una comunidad intersubjetiva que se extiende a distintos ámbitos: (i) el de una mutua confianza en la sinceridad subjetiva de cada uno, (ii) el de un saber proposicional compartido, y (iii) el de un consenso. El acuerdo es expresión de una mentalidad dialógica, y el objetivo de la mediación. Se formaliza a través de un proceso de ajustes entre mentalidades e intereses discrepantes o contrapuestos, siendo el debate discursivo el procedimiento para alcanzarlo. Asimismo, el acuerdo también expresa una voluntad conjunta, no es suficiente que cada una de las partes realice una reflexión para sí misma, es necesaria la existencia de una argumentación real donde ellas participen de modo cooperativo. Solo un proceso de entendimiento intersubjetivo puede conducir a un acuerdo que sea de carácter reflexivo, y lo es cuando las partes advierten que se han convencido conjuntamente de algo.

Todo acuerdo alcanzado mediante el proceso deliberativo genera una comunidad intersubjetiva que cubre planos distintos: el de un consenso, el de un saber proposicional compartido, y el de una mutua confianza en la sinceridad subjetiva de cada uno. Existen unas condiciones que debe reunir un acuerdo alcanzado de forma comunicativa, que se alcanzan mediante un mecanismo relativo a la capacidad de coordinar la acción que tienen los actos de habla: la aceptabilidad, y la intención comunicativa del hablante.

Bibliografía

ABBEY, Ruth: *Charles Taylor.* Durham (Reino Unido): Taylor & Francis, 2000.

ACERO, Juan José: «Introducción: Concepciones del lenguaje», en Marcelo DASCAL (coord.): *Filosofía del lenguaje I: Semántica.* Madrid: Trotta, 2013, pp. 11-25.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano; Manuel ALBALADEJO GARCÍA y José ALMAGRO NOSETE: *Comentario del Código Civil,* t. II. Madrid: Ministerio de Justicia de España, 1991.

AGUILÓ REGLA, Josep: «Sobre "definiciones y normas"», *Doxa,* núm. 8 (1990), pp. 273-282.

— *El arte de la mediación: argumentación, negociación y mediación.* Madrid: Trotta, 2015.

ALBERSTEIN, Michal: «Forms of mediation and law: Cultures of dispute resolution», *Ohio State Journal on Dispute Resolution,* vol. 22, núm. 2 (2007), pp. 321-376.

ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio BULYGIN: *Análisis lógico y derecho.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio BULYGIN: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales.* Buenos Aires: Astrea, 1987.

ALCORTA, José Ignacio: *Peter Wust. Filósofo espiritualista de nuestro tiempo*. Vizcaya (España): Junta de Cultura de Vizcaya, 1965.

ALCOVER DE LA HERA, Carlos María: «La mediación como estrategia para la resolución de conflictos: una perspectiva psicosocial», en Marta GONZALO QUIROGA (dir.): *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar.* Madrid: Dykinson, 2006, pp. 113-129.

ALEXANDER, Nadja: «Mediation in practice: Common Law and civil law perspectives compared», *International Trade and Business Law Annual,* núm. 6 (2001), pp. 1-18.

— «The mediation metamodel: Understanding practice», *Conflict Resolution Quarterly,* vol. 26, núm. 1 (2008), pp. 97-124.

ALEXY, Robert: «La naturaleza de la filosofía del derecho», *Doxa,* núm. 26 (2003), pp. 147-159.

— *Teoría de la argumentación jurídica.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

— *La doble naturaleza del derecho.* Madrid: Trotta, 2016.

ALONSO SALGADO, Cristina: *La mediación en el proceso penal.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2018.

ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, Ramón y Cristina MERINO ORTIZ: «Principios éticos y código de conducta para personas y entidades mediadoras», *Doxa*, núm. 33 (2010), pp. 659-670.

ANDREWS, Neil: «Mediation: International experience and global trends», *Journal of International and Comparative Law*, vol. 4, núm. 2 (2017), pp. 217-252.

ANTES, James R.; Joseph P. FOLGER y Dorothy J. DELLA NOCE: «Transformar interacciones conflictivas en entornos laborales: efectos documentados del programa Redresstm del UPS», *Revista de Mediación,* vol. 1, núm. 2 (2008), pp. 29-45.

AQUINO, Tomás de: *Suma Teológica* (trad. Hilario Abad de Aparicio). Madrid: Moya y Plaza, 1800-1803.

ARÉS DE GIORDIANO, Consuelo: «La mediación y el ciudadano: Responsabilidad de las decisiones en situaciones conflictivas», *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, vol. 8 (2016), pp. 247-262.

ARROYO VÁZQUEZ, María Luz: «Un hito de la legislación laboral estadounidense: la ley nacional de relaciones laborales o ley Wagner (1935) proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos», *Espacio, tiempo y Forma,* núm. 15 (2002), pp. 351-377.

— *Industria y trabajo en el New Deal de Franklin D. Roosevelt a través de la prensa española, 1932-1936* [tesis doctoral]. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2005.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN Y CERTIFICACIÓN: *Sistema de gestión de organización saludable.* Madrid: Asociación Española de Normalización y Certificación, 2019.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel: *Curso de argumentación jurídica.* Madrid: Trotta, 2013.

AUBERT, Vilhelm: *Continuity and development in law and society*. Oslo: Norwegian University Press, 1989.

AUERBACH, Jerold S.: *Justice Without Law?* Nueva York (Estados Unidos) y Oxford (Reino Unido): Oxford University Press, 1983.

AUSTIN, John L.: *Cómo hacer cosas con palabras* (trad. Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi). Barcelona (España): Paidós, 1982.

BAKER, Nicola: «Mediation, Reparation and Justice», en Jonathan BURNSIDE y Sally BROOKES (eds.): *Relational justice: Repairing the breach*. Sherfield-on-Loddon (Reino Unido): Waterside Press, 1999, pp. 71-82.

BANDIERI, Luis María: «Análisis del conflicto», en Helena SOLETO MUÑOZ y Milagros María OTERO PARGA (coords.): *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente.* Madrid: Tecnos, 2007, pp. 61-69.

— «Los terceros y el conflicto», en Helena SOLETO MUÑOZ y Milagros María OTERO PARGA (coords.): *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente.* Madrid: Tecnos, 2007, pp. 70-76.

BARONA VILAR, Silvia: «Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Ensayos,* vol. 18, núm. 1 (2011), pp. 185-211.

— *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2013.

— «"Justicia integral" y "Acces to justice". Crisis y evolución del "paradigma"», en Silvia BARONA VILAR (coord.): *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el nuevo paradigma de justicia.* Madrid: Thomson Reuters- Civitas, 2016, pp. 31-55.

BARRERO GUZMÁN, Tomás Andrés: *Razón, intención y significado: Una lectura contemporánea de Paul Grice*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2015.

BARRETT, Jerome T.; Joseph P. BARRETT y ASSOCIATION FOR CONFLICT RESOLUTION: *A history of alternative dispute resolution: the story of a political, cultural, and social movement.* San Francisco (Estados Unidos): Jossey-Bass, 2004.

BARROSO, Inmaculada; Blas HERMOSO RICO y Felipe MORENTE MEJÍAS: «La mediación institucional ante el conflicto social: ¿articulación o desarticulación de la participación ciudadana?», en Felipe MORENTE MEJÍAS (dir.): *La mediación en tiempos de incertidumbre*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 229-271.

BARRY, Brian: *Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism.* Cambridge (Reino Unido): Polity Press, 2001.

— *Political argument.* Londres: Routledge, 2010.

BARUCH BUSH, Robert A.: «Alternative futures: Imagining how ADR may affect the court system in coming decades», *The Review of Litigation,* vol. 15, núm. 3 (1996), pp. 455-474.

— «"What Do We Need a Mediator For?": Mediation's "Value-Added" for Negotiators», *Ohio State Journal on Dispute Resolution,* vol. 12, núm. 1 (1996), pp. 1-36.

— «Substituting mediation for arbitration: The growing market for evaluative mediation, and what it means for the ADR field», *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal,* vol. 3, núm. 1 (2002), pp. 111-132.

— «One size does not fit all: pluralistic approach to mediator performance testing and quality assurance», *Ohio State Journal on Dispute Resolution,* vol. 19, núm. 3 (2004), pp. 965-1004.

— y Joseph P. FOLGER: *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros.* Barcelona (España): Granica, 2006.

— y Sally GANONG POPE: «La mediación transformativa: un cambio en la calidad de la interacción de los conflictos familiares», *Revista de Mediación,* vol. 1, núm. 2 (2008), pp. 17-28.

BEINER, Ronald: *Political Philosophy: What It Is and Why It Matters*. Nueva York (Estados Unidos): Cambridge University Press, 2014.

— «John Rawls and the death of political philosophy», en Ronald BEINER: *Political Philosophy: What It Is and Why It Matters.* Nueva York (Estados Unidos): Cambridge University Press, 2014, pp. 198-214.

BELFIORE, Elisabeth: «Narratological plot's and Aristotels's mythos», *Arethusa,* vol. 33 (2000), pp. 37-70.

BENJAMIN, Michael y Howard H. IRVING: «Research in family mediation: Review and implications», *Mediation Quarterly,* vol. 13, núm. 1 (1995), pp. 53-82.

BENNETT, Stephen C.: «Models for use of mediation in e-discovery», *Tennessee Journal of Law and Policy,* vol. 9, núm. 3 (2014), pp. 336-357.

BERCOVITCH, Jacob: «International mediation», *Journal of Peace Research,* vol. 28, núm. 1 (1991), pp. 3-6.

BERCOVITCH, Jacob: «Mediation in International Conflict: An overview of theory, a review of practice», en Ira W. ZARTMAN y John L. RASMUSSEN (eds.): *Peacemaking in International Conflict: Methods and techniques.* Washington DC: United States Institute of Peace Press, 1997, pp. 125-154.

BERCOVITCH, Jacob: «Social research and the study of mediation: Designing and implementing systematic archival research», en Peter J. CARNEVALE y Carsten K. W. DE DREU (eds.): *Methods of negotiation research.* Boston (Estados Unidos): Martinus Nijhoff, 2011, pp. 79-92.

BERCOVITCH, Jacob y Richard JACKSON: *Conflict Resolution in the twenty-first century: Principles, methods, and approaches.* Michigan (Estados Unidos): The University of Michigan Press, 2009.

BERGMAN, Samuel Hugo: *Dialogical philosophy from Kierkegaard to Buber.* Nueva York (Estados Unidos): State University of New York Press, 1991.

BERGSON, Henri: *El pensamiento y lo moviente.* Buenos Aires: Cactus, 2013.

BERNAL PULIDO, Carlos (ed.): *La doble dimensión del Derecho: autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*. Lima: Palestra, 2010.

BERTRAND, Guillarme: *Rawls et l'égalité démocratique.* París: Presses Universitaires de France, 1999.

BEUCHOT, Mauricio: *La semiótica: teorías del signo y el lenguaje en la historia*. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2004.

BISER, Eugen: *Theologische Sprachtheorie und Hermeneutik*. Múnich: Kosel, 1970.

BLANCO CARRASCO, Marta: «Artículo 10. Las partes en la mediación», en Leticia GARCÍA VILLALUENGA y Carlos ROGEL VIDE (dirs.) y Carmen FERNÁNDEZ CANALES (coord.): *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012.* Madrid: Reus, 2012, pp. 139-148.

— «La corresponsabilidad parental, la custodia compartida y la mediación como principales apuestas de la reciente legislación española», en María Alejandra RAMÍREZ CUENCA

(coord.): *VIII Conferencia Internacional de Mediación. Foro Mundial de Mediación,* vol. IV: *Ponencias de expertos en mediación* [libro digital]. Venezuela: Foro Mundial de mediación, 2012.

BLANCO SALGUEIRO, Antonio: «John L. Austin: El estudio del acto de habla total en la situación de habla total», en David PÉREZ CHICO (coord.): *Perspectivas en la filosofía del lenguaje*. Zaragoza (España): Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2013, pp. 417-441.

BLOHORN-BRENNEUR, Béatrice y Helena SOLETO MUÑOZ: *La mediación para todos: mediación en el ámbito civil e intrajudicial.* Madrid: Dykinson, 2019.

BLOMGREN AMSLER, Lisa: «Designing justice: Legal institutions and other systems for managing conflict», *Ohio State Journal on Dispute Resolution,* vol. 24, núm. 1 (2008), pp. 1-52.

— Cynthia J. HALLBERLIN; Denise A. WALKER y Won-Tae CHUNG: «Dispute system design and justice in employment dispute resolution: Mediation at the workplace», *Harvard Negotiation Law Review,* vol. 14, núm. 1 (2009), pp. 1-50.

BOHM, David: *On dialogue*. Nueva York (Estados Unidos): Routledge, 1996.

— *Sobre el diálogo.* Barcelona (España): Kairós, 2019.

BOLADERAS CUCURELLA, Margarita: *La escuela de Frankfut.* Barcelona (España): Universidad Oberta de Catalunya, 2016.

BOLAÑOS CARTUJO, José Ignacio: «Mediación transicional», *Portularia,* vol. 7, núms. 1-2 (2007), pp. 61-74.

— «Una mirada aplicada: los espacios relacionales de la mediación», *Política y Sociedad*, vol. 50, núm. 1 (2013), pp. 195-214.

BOLDÓ RODA, Carmen y María del Mar ANDREU MARTÍ (coords.): *La mediación en asuntos mercantiles*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2015.

BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre: «La médiation scolaire par les pairs. Une alternative á la violence a l´écoles», *SPIRALE, Revue de Recherches en Éducation*, núm. 37 (2006), pp. 173-182.

BONET NAVARRO, Ángel; Adolfo CALATAYUD SIERRA; Juan Francisco HERRERO PEREZAGUA y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ: *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles.* Zizur Menor (España): Aranzadi, 2013.

BONETE PERALES, Enrique: «Tugendhat contra Rawls y Habermas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VI (1989), pp. 339-349.

BOQUÉ TORREMORELL, María Carme: *La mediación va a la escuela.* Madrid: Narcea, 2018.

BRACKEN, Nathan S.: «Providing comprehensive view of family mediation divorce and family mediation: Models, techniques, and applications», *Journal of Law & Family Studies,* vol. 7, núm. 1 (2005), pp. 217-226.

BRAZIL, Wayne D.: «Court ADR 25 years after pound: Have we found better way», *Ohio State Journal on Dispute Resolution,* vol. 18, núm. 1 (2002), pp. 93-150.

BROWN, Daniel G.: «Divorce and family mediation: history, review, future directions», *Conciliation Courts Review,* vol. 20, núm. 2 (1982), pp. 1-44.

BROWN, David S.: *Richard Hofstadter: An intellectual biography.* Chicago (Estados Unidos): University of Chicago Press, 2007.

BRUNET, Edward J.: «Judicial mediation and signaling», *Nevada Law Journal,* vol. 3, núm. 2 (2002), pp. 232-258.

BUBER, Martin: ¿Qué es el hombre? Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1949.

— *Yo y tú.* Barcelona (España): Herder, 2017.

BULYGIN, Eugenio (ed.): *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

BURGER, Warren E.: «Agenda for 2000 A.D. Need for systematic anticipation», *Judges' Journal,* vol. 15, núms. 2-3 (1976), pp. 27-33.

— «Isn't There a Better Way?», *American Bar Association Journal*, vol. 68, núm. 3 (1982), pp. 274-277.

BURGOS VELASCO, Juan Manuel: *El personalismo.* Madrid: Palabra, 2000.

— José Luis CAÑAS FERNÁNDEZ y Urbano FERRER SANTOS (eds.): *Hacia una definición de filosofía personalista*. Madrid: Palabra, 2006.

— «La antropología personalista de Persona y Acción», en Juan Manuel BURGOS VELASCO (ed. lit.): *La filosofía personalista de Karol Wojtyla.* Madrid: Palabra, 2007, pp. 117-141.

— *Introducción al personalismo.* Madrid: Palabra, 2012.

— *Para comprender a Karol Wojtyla: una introducción a la filosofía.* Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2014.

— «El personalismo ontológico moderno II. Claves antropológicas», *Quién,* núm 2 (2015), pp. 7-32.

BURNSIDE, Jonathan y Sally BROOKES (eds.): *Relational justice: Repairing the breach*. Sherfield-on-Loddon (Reino Unido): Waterside Press, 1999.

BUTTS GRIGGS, Thelma: «La mediación en Norteamérica», en Helena SOLETO MUÑOZ (dir.), Emiliano CARRETERO MORALES y Cristina RUIZ LÓPEZ (coords.): *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos.* Madrid: Tecnos, 2011, pp. 204-210.

CABALLERO WANGÜEMERT, María: *Neuroeducación de profesores para profesores.* Madrid: Pirámide, 2017.

CALAMANDREI, Piero: *El Proceso y la democracia.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.

CALCATERRA, Rubén Alberto: *Mediación estratégica.* Barcelona (España): Gedisa, 2002.

— «Estrategia de la mediación. Un punto de partida para la implementación de reformas en la administración de justicia», *Investigación y Docencia* (2011), núm. 45, pp. 17-32.

CALVO SOLER, Raúl: «Del alcance de la mediación» [ponencia], en *VII Jornada de Prevenció i Mediació Comunitària* (celebrada el 15 de noviembre de 2012, Centre D'Estudis Jurídics I de Formació Especialitzada, Barcelona).

— *Donde la Justicia no llega.* Barcelona (España): Gedisa, 2017.

CAMPBELL, Tom: *La justicia. Los principales debates contemporáneos.* Barcelona (España): Gedisa, 2011.

CAÑAS FERNÁNDEZ, José Luis: «Personalismo o personalismos», en Juan Manuel BURGOS VELASCO José Luis CAÑAS FERNÁNDEZ y Urbano FERRER SANTOS (eds.): *Hacia una definición de filosofía personalista.* Madrid: Palabra, 2006, pp. 27-43.

CARABANTE MUNTADA, José María: *Las grandes categorías conceptuales de la teoría de la sociedad de Jürgen Habermas* [tesis doctoral]. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2010.

CARNEVALE, Peter J.: «The Usefulness of Mediation Theory», *Negotiation Journal,* vol. 8, núm. 4 (1992), pp. 387-390.

CARRETERO MORALES, Emiliano: «La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos. Las ventajas de los MASC», en Helena SOLETO MUÑOZ (dir.), Emiliano CARRETERO MORALES y Cristina RUIZ LÓPEZ (coords.): *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos.* Madrid: Tecnos, 2011, pp. 98-115.

CARRINGTON, Paul D.: «Self-deregulation, the national policy of the supreme court», *Nevada Law Journal,* vol. 3, núm. 2 (2002), pp. 259-288.

CASANOVAS I ROMEU, Pompeu: «Legal Electronic Institutions and ONTOMEDIA: Dialogue, Inventio, and Relational Justice Scenarios», en Pompeu CASANOVAS I ROMEU, Ugo PAGALLO, Giovanni SARTOR y Gianmaria AJANI (eds): *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems (AICOL I-II) The Semantic Web, multilingual ontologies, multiagent systems, distributed networks AI Approaches to the Complexity of Legal Systems (AICOL I-II) The Semantic Web, multilingual ontologies, multiagent systems, distributed networks, Lecture Notes in Artificial Intelligence.* Berlín: Springer, 2010, pp. 184-204.

— «The future of law: Relational justice and next generation of web services», *European Journal of Legal Studies,* vol. 2, núm. 3 (2010), pp. 119-136.

— «Republicanismo y Justicia relacional», *Doxa,* núm. 35 (2012), pp. 261-280.

— Jaume MAGRE y María Elena LAUROBA (dirs.): *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña.* Barcelona (España): Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 2011.

— Leonardo DÍAZ ECHENIQUE y Marta POBLET BALCELLS (coords.): *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña.* Barcelona (España): Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada; Departament de Justícia; Generalitat de Catalunya, 2009.

CASER, Lewis: *Nuevos aportes a la teoría del conflicto social.* Buenos Aires: Amorrortu, 1970.

CASTRILLÓN GARCÍA, Eddison David: «Poder y empoderamiento de las partes en la mediación de conflictos familiares como estrategia de formación ciudadana», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,* vol. 47, núm. 127 (2017), pp. 467-494.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «El mediador y las instituciones de mediación», en Francisco LÓPEZ SIMÓ y Federico F. GARAU SOBRINO (coords.): *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013).* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2014, pp. 212-241.

CELANO, Bruno: «Justicia procedimental pura y teoría del derecho», *Doxa,* núm. 24 (2001), pp. 407-427.

CEREZO GALÁN, Pedro: *El diálogo, la razón civil*. Granada: Ediciones Universidad de Granada, 2020.

CEREZO LALLANA, María: «La revisión wittgensteiniana del análisis fregeano de los enunciados de igualdad», en David PÉREZ CHICO (coord.): *Perspectivas en la filosofía del lenguaje*. Zaragoza (España): Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2013, pp. 161-196.

CHANOCK, Martin: «Auerbach, Justice without Law?», *Law in Context,* núm. 2 (1984), pp. 152-154.

CHIMPÉN LÓPEZ, Carlos Alexis y M.ª Soledad SAGRADO GARCÍA: *Mediación: la búsqueda del camino alternativo*. Libertador San Martín (Argentina): Editorial Universidad Adventista del Plata, 2015.

CHUNG, Edward K.: «Procedural justice and prosecutions», *United States Attorneys' Bulletin,* vol. 63, núm. 2 (2015), pp. 2-7.

CISSNA, Kenneth N. y Rob ANDERSON: *Moments of Meeting: Buber, Rogers, and the Potential for Public Dialogue.* Nueva York (Estados Unidos): Suny Press, 2002.

CLERMONT, Kevin M.: «Litigation realities redux», *Notre Dame Law Review,* vol. 84, núm. 5 (2009), pp. 1919-1974.

CLESA, Carol; Joaquim BRUGUÉ y Mariona ROSELL: «Gestión relacional y gobernanza: mecanismos de resolución de conflictos en la política de la Generalitat», en Pompeu CASANOVAS I ROMEU, Jaume MAGRE y María Elena LAUROBA (dirs.): *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña.* Barcelona (España): Generalitat de Catalunya, 2011, pp. 719-752.

COATES, Robert B.; Mark S. UMBREIT y Betty VOS: «Responding to Hate Crimes through Restorative Justice Dialogue», *Contemporary Justice Review,* vol. 9, núm. 1 (2006), pp. 7-21.

COBAS COBIELLA, María Elena: «Mediación familiar. Algunas reflexiones sobre el tema», *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 17 (2014), pp. 32-51.

— «Resolución extrajudicial de conflictos en la era de la modernización de la justicia. Algunas reflexiones sobre la mediación», en Virginia PARDO IRANZO (coord.): *La mediación: algunas cuestiones de actualidad.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2015, pp. 17-45.

COBB, Sara: *Hablando de violencia: la política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos.* Barcelona (España): Gedisa, 2016.

— y Janet RIFKIN: «Practice and paradox: Deconstructing neutrality in mediation», *Law and Social Inquiry,* vol. 16, núm. 1 (1991), pp. 35-64.

COBEN, James R. y Penelope HARLEY: «Intentional conversations about restorative justice, mediation and the practice of law», *Hamline Journal of Public Law & Policy,* vol. 25, núm. 2 (2004), pp. 235-334.

COHEN, Joseph y Dermot MORAN: *The Husserl Dictionary.* Londres: Bloomsbury, 2012.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio: «Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición», en Cristina ALONSO SALGADO y Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (coords.) y Raquel CASTILLEJO MANZANARES (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2013, pp. 85-98.

COLOMINAS ALMIÑANA, Juan José: «Convencionalidad, intencionalidad, y significado: las teorías del significado de Grice y Searle», en David PÉREZ CHICO (coord.): *Perspectivas en la filosofía del lenguaje.* Zaragoza (España): Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2013, pp. 443-489.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil* (COM2002, 196 final). Bruselas, 2002. Disponible en: <https://bit.ly/3vqDLHt>.

COOPERRIDER, David L. y Diana WHITNEY: «Appreciative Inquiry: A Positive Revolution in Change», en Peggy HOLMAN, Tom DEVANE y Steven CADY (eds.): *The Change Handbook. The definitive resource on today´s best methods for engaging whole systems.* Oakland (Estados Unidos): Berrett-Koehler, 2007, pp. 73-88.

CORTINA, Adela y Jesús CONILL: «Pragmática trascendental», en Marcelo DASCAL (coord.): *Filosofía del lenguaje II: Pragmática.* Madrid: Trotta, 1999, pp. 137-166.

CORSÓN PEREIRA, Francisco y Eva GUTIÉRREZ HERNANZ. *Mediación y teoría.* Madrid: Dykinson, 2014.

COSTAS RODAL, Lucía: «La nueva Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal,* vol. 2, núm. 7 (2012), pp. 27-36.

CRIOLLO MAYORGA, Giovani: *Teoría y práctica de mediación y conciliación.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.

CROWE, Jonathan: «Two models of mediation ethics», *Sydney Law Review,* vol. 39, núm. 2 (2017), pp. 147-166.

CROWNE, Caroline Harris: «The alternative dispute resolution act of 1998: Implementing new paradigm of justice», *New York University Law Review,* vol. 76, núm. 6 (2001), pp. 1768-1811.

CURRIE, Albert: *Riding the third wave: Rethinking Criminal Legal Aid within an Access to Justice Framework.* Research and Statistics Division, Department of Justice Canada, 2004 [en línea]. Disponible en:
<https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/ccs-ajc/rr03_5/rr03_5.pdf>.

CZUBAROFF, Jeanine: «Dialogical rhetoric: an application of Martin's Buber philosophy of Dialogue», *Quarterly Journal of Speech,* vol. 86, núm. 2 (2000), pp. 168-189.

DE ASÍS ROIG, Rafael: *El juez y la motivación en el derecho.* Madrid: Dykinson, 2006.

DE DIEGO VALLEJO, Raúl y Carlos GUILLÉN GESTOSO: *Mediación: Proceso, tácticas y técnicas*. Madrid: Pirámide, 2008.

DE PALO, Giuseppe; Leonardo D'URSO; Mary TREVOR; Bryan BRANON; Romina CANESSA; Beverly CAWYER y L. Reagan FLORENCE: *Rebooting the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the UE* [estudio Parlamento Europeo núm. 493.042]. Bruselas: Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs; Parlamento Europeo, 2014.

DEASON, Ellen E.: «Uniform mediation act», *Dispute Resolution Magazine,* vol. 8, núm. 4 (2002), pp. 7-9.

DELGADO DE COLMENARES, Flor: «La educación contemporánea entre la racionalidad y la emancipación: un intento de aproximación a la obra de Jürgen Habermas», *Acción Pedagógica,* vol. 11, núm. 2 (2002), pp. 4-13.

DELGADO PIQUERAS, Francisco: «La "Administrative Dispute Resolution ACT" de los Estados Unidos: introducción, traducción y notas», *Revista de Administración Pública,* núm. 131 (1993), pp. 557-585.

DELGADO, Richard; Chris DUNN; Pamela BROWN y Helena LEE: «Fairness and formality: Minimizing the risk of prejudice in alternative dispute resolution», *Wisconsin Law Review,* núm. 6 (1985), pp. 1359-1404.

DELLA NOCE, Dorothy J.: «Mediation Theory and Policy: The Legacy of the Pound Conference», *Ohio State Journal on Dispute Resolution,* vol. 17, núm. 3 (2002), 545-558.

— Robert A. BARUCH BUSH y Joseph P. FOLGER: «Clarifying the Theoretical Underpinnings of Mediation: Implications for Practice and Policy», *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal,* vol. 3, núm. 1 (2002), pp. 39-65.

DILLARD, Greg: «The future of mediation confidentiality in Texas: Shedding light on murky situation», *Review of Litigation,* vol. 21, núm. 1 (2002), pp. 137-158.

DOMINGO PÉREZ, Tomás de: «Sobre la naturaleza de la filosofía del derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho,* núm. 35 (2019), pp. 43-69.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «La mediación familiar y la vertebración territorial en España», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal,* vol. 2, núm. 2 (2013), 101-130.

DONEFF, Andrea y Abraham P. ORDOVER: *Alternatives to Litigation: Mediation, arbitration, and the art of dispute resolution,* 3.ª ed. Colorado (Estados Unidos): National Institute for Trial Advocacy, 2014.

DOUGLAS, Kathy y Rachael FIELD: «Looking for Answers to Mediation's Neutrality Dilemma in Therapeutic Jurisprudence», *Murdoch University Law Review*, vol. 13, núm. 2 (2006), pp. 177-201.

DOUGLAS, Susan: «Neutrality, self-determination, fairness and differing models of mediation», *James Cook University Law Review,* vol. 19 (2012), pp. 19-40.

EBNER, Ferdinand: *La palabra y las realidades espirituales: Fragmentos neumatológicos*. Madrid: Caparrós, 1995 (Espirit, 17).

EDGAR, Andrew: *The Philosophy of Habermas.* Londres: Routledge, 2005.

ELLICKSON, Robert C.: *Order without law: How neighbors settle disputes.* Cambridge (Estados Unidos): Harvard University Press, 1994.

ESPLUGUES MOTA, Carlos: *Mediación civil y comercial. Regulación internacional e iberoamericana*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2019.

ESTEBAN SOTO, Yolanda: «La comunicación: su utilidad y poder en el proceso de mediación», en Helena SOLETO MUÑOZ y Milagros María OTERO PARGA (coords.): *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, pp. 77-94.

ESTEVE GARCÍA, Gisela: «Las leyes autonómicas españolas: los conceptos básicos», en Pompeu CASANOVAS I ROMEU, Jaume MAGRE y María Elena LAUROBA (dirs.): *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*. Barcelona (España): Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 2011, pp. 47-51.

FALBERG, Jay; Diana WALLIS y Ard VAN DER STEUR: «Foreword», en Manon SCHONEWILLE y Fred SCHONEWILLE (eds.): *The variegated landscape of mediation: A comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the World.* La Haya (Países Bajos): Eleven International Publishing, 2014, pp. 9-12.

FALCÓN CARO, María del Castillo: *La escuela integradora: para el ejercicio personal y profesional de la mediación.* Sevilla (España): Athenaica, 2016.

FALCÓN Y TELLA, María José: *A three-dimensional theory of law.* Leiden (Países Bajos): Brill, 2010.

— *La justicia como mérito.* Madrid: Marcial Pons, 2014.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: «El *Justice* Oliver Wendell Holmes: *«The Great Dissenter»* de la *Supreme Court*», *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 25 (2010), pp. 129-166.

FERRER, Urbano y Sergio SÁNCHEZ-MIGALLÓN: *La ética de Edmund Husserl*. Sevilla: Themata, 2011.

FIGUEROA GARCÍA, Alfonso Jaime: «¿Hacen justicia los jueces? Sobre principios y reglas», en Marina Felicia GASCÓN ABELLÁN (coord.): *Argumentación jurídica*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2014, pp. 191-220.

FINLAYSON, James Gordon: *Habermas: A very short introduction*. Oxford (Reino Unido): Oxford University Press, 2005.

FISHER, Roger; Elizabeth KOPELMAN y Andrea Kupfer SCHNEIDER: *Mas allá de Maquiavelo: herramientas para afrontar conflictos.* Barcelona (España): Granica, 1996.

FISS, Owen M.: «Against Settlement», *The Yale Law Journal,* vol. 93, núm. 6 (1984), pp. 1073-1090.

FLYVBJERG, Bent: «Habermas y Foucault: ¿Pensadores de la sociedad civil?», *Estudios Sociológicos,* vol. 19, núm. 2 (2001), pp. 295-324.

FODDAI, Maria Antonietta: «Conciliación y mediación: ¿modelos diferentes de resolución de conflictos?», en Jorge Luis TOMILLO URBINA, Leticia GARCÍA VILLALUENGA y Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO (coords.): *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo xxi*. Madrid: Reus, 2000, t. I: Mediación, pp. 41-62.

FOLGER, Jay y Alison TAYLOR: *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio* (trad. Beatriz E. Blanca Mendoza). México, DF: Limusa, 1996.

FOLGER, Joseph P.: «La mediación transformativa: preservación del potencial único de la mediación en situación de disputas», *Revista de Mediación,* vol. 1, núm. 2 (2008), pp. 6-16.

— «Foreword by Professor Jay Folger», en Manon SCHONEWILLE y Fred SCHONEWILLE (eds.): *The variegated landscape of mediation: A comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the World.* La Haya (Países Bajos): Eleven International Publishing, 2014, pp. 9-11.

FOX. JR, William F.: «Justice Without Law? By Jerold S. Auerbach. New York and Oxford: Oxford University Press. 1983. Pp 182», Catholic University Law Review, vol. 33, núm. 2 (1984), pp. 517-524.

FRANCO CONFORTI, Óscar Daniel: *Tutela judicial efectiva y resolución de conflictos en España*. Madrid: Tecnos, 2016.

— *Construcción de paz: diseño de intervención en conflictos.* Madrid: Dykinson, 2017.

— «La mediación: definición, principios, ámbitos, modelos. El análisis del conflicto», en José Benito PÉREZ SAUCEDA, Óscar Daniel FRANCO CONFORTI y José ZARAGOZA HUERTA (coords.): *La mediación: temas selectos.* Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 13-21.

FREEMAN, Samuel: *Rawls.* México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2017.

FRIEDMAN, Maurice S.: «Martin Buber y Mikhail Bakhtin: The Dialogue of Voices and the Word that is Spoken», *Religion and Literature,* vol. 33, núm. 3 (2001), pp. 25-36.

— *Martin Buber: The life of dialogue,* 4.ª ed. Londres: Routledge, 2002.

FULLER, Lon L. y WINSTON, Kenneth I.: «The Forms and Limits of Adjudication», *Harvard Law Review,* vol. 92, núm. 2 (1978), pp. 353-409.

FULTNER, Barbara (ed.): *Jürgen Habermas: Key Concepts*. Londres: Routledge, 2014.

FUNES LAPPONI, Silvia y Damián SANT-MEZARD OPEZZO: «Habilidades para la comunicación eficaz», en Helena SOLETO MUÑOZ y Milagros María OTERO PARGA (coords.): *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, pp. 95-111.

GALÁN VÉLEZ, Francisco Vicente: «Insight. Estudio sobre la comprensión humana» [reseña en línea]. *Bernard Lonergan.* Disponible en: <www.lonerganlat.org>.

GALANTER, Marc: «Reading the landscape of disputes: What we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society», *UCLA Law Review,* vol. 31, núm. 1 (1983), pp. 4-71.

GALTUNG, Johan: *Transcend and transform: An introduction to conflict work.* Londres: Pluto Press, 2004.

GAOS, José: *Introducción a El ser y el tiempo de Martin Heidegger.* Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

GARCÍA AÑÓN, José: «Acceder a la justicia: la función de las universidades, las clínicas jurídicas y las ONG, y su impacto construyendo los límites del derecho», en Cristina GARCÍA-PASCUAL: *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2018, pp. 301-328.

GARCÍA CASAS, Pedro: *Amor es nombre de persona en Karol Wojtyla*. Barcelona (España): Herder, 2018.

GARCÍA GARCÍA, Lucía: *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares.* Madrid: Dykinson, 2003.

GARCÍA-HERRERA, Alicia: «Los sentimientos y las emociones en el proceso de mediación», *Revista de Mediación*, vol. 10, núm. 1 (2017), pp. 21-28.

GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia.* Madrid: Reus, 2006.

— «La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 4 (2010), pp. 717-756.

— *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012.* Madrid: Reus, 2012.

— y Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO: «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *Política y Sociedad,* vol. 50, núm. 1 (2013), pp. 71-98.

GARRIDO SOLER, Salvador: «Mediación *insight*: un modelo reflexivo y pedagógico para abordar los conflictos», *Revista de Mediación,* vol. 10, núm. 2 (2017), pp. 11-20.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto y Francisco Javier LAPORTA SAN MIGUEL (coords.): *El derecho y la justicia,* 3.ª ed. Madrid: Trotta; Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2013.

GETTY, Michael B.: «The process of drafting the Uniform Mediation Act», *Northern Illinois University Law Review,* vol. 22, núm. 2 (2002), pp. 157-164.

GIMÉNEZ ROMERO, Carlos: «Modelos de Mediación y su aplicación en mediación intercultural», *Migraciones,* núm. 10 (2001), pp. 59-110.

GLENN, Phillip y Ran KUTTNER: «Dialogue, dispute resolution, and talk-in-interaction: On empirical studies of ephemeral phenomena», *Negotiation and Conflict Management Research,* vol. 6, núm. 1 (2013), pp. 13-31.

GÓMEZ AMIGO, Luis: «El procedimiento de mediación», en Francisco LÓPEZ SIMÓ y Federico F. GARAU SOBRINO (coords.): *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013).* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2014, pp. 243-287.

GÓMEZ MARTÍNEZ, José Antonio: *Guía para la aplicación de UNE-EN ISO 9001:2015*. Madrid: Asociación Española de Normalización y Certificación, 2019.

GONZÁLEZ MARTÍN, Luis Aurelio: «La mediación: ¿sistema alternativo o complementario de resolución de conflictos?», en Luis Aurelio GONZÁLEZ MARTÍN (dir.): *Mediación y tutela judicial efectiva: la justicia del siglo XXI*. Madrid: Editorial Reus, 2019, pp. 25-44.

GONZÁLEZ MORALES, M.ª del Mar y Jesús LORENZO AGUILAR: *¿Qué es la mediación?* Madrid: Tébar Flores, 2018.

GRANDE SEARA, Pablo: «El acuerdo de mediación y su ejecución», en Esther PILLADO GONZÁLEZ y Francisca FARIÑA RIVERA (coords.): *Mediación familiar: una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2015, pp. 291-343.

GRAY, Ericka B. (2006). «Creating history: The impact of frank sander on ADR in the courts», *Negotiation Journal*, vol. 22, núm. 4 (2006), pp. 445-454.

GRAYCAR, Regina: «The politics of informal justice by Richard l. Abel; neighborhood justice: Assessment of an emerging idea by Roman Tomasic and Malcolm M. Feeley; Community Justice Centres: A report on the NSW Pilot Project 1979-1981, Law Foundation of New South Wales», *Australian Journal of Law and Society,* vol. 1, núm. 2 (1983), pp. 134-148.

GRICE, Herbert Paul*:* «Method in Philosophical Psychology (From the Banal to the Bizarre)», *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, vol. 48 (1974), pp. 23-53.

GRIMALDOS GARCÍA, María Isabel: «Estatuto jurídico del mediador. Principios informadores y normas de actuación», en Carmen BOLDÓ RODA y María del Mar ANDREU MARTÍ (coords.): *La mediación en asuntos mercantiles.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2015, pp. 47-76.

GROVER, Karen; Paul V. OLCZAK y James W. GROSCH: *La mediación y sus contextos de aplicación: una introducción para profesionales e investigadores.* Barcelona (España): Paidós Ibérica, 1996.

GUARDINI, Romano: *Mundo y persona: ensayos para una teoría cristiana del hombre.* Madrid: Encuentro, 2014.

GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle: *Qu'est-ce que la médiation?* [video], 2017. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=nILR7HRs66I>.

GULLIVER, Phillip H.: *Disputes and negotiations: A cross cultural perspective*. Nueva York (Estados Unidos): Academic Press, 1979.

— (ed.): *Tradition and transition in East Africa: Studies of the tribal factor in the Modern Era.* Abingdon (Reino Unido): Routledge, 2004.

GUTIÉRREZ SANZ, Rosa María: «El procedimiento de mediación: transposición de la directiva 2008/52/CE por la Ley 5/2012 de 6 de Julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en María Teresa HUALDE MANSO y Michèle MESTROT (coords.): *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España.* Madrid: La Ley, 2013, pp. 189-238.

GUTIÉRREZ ORDÓÑEZ, Salvador: «La interdependencia en sintaxis», *Revista de Filología, Comunicación y sus Didácticas*, núms. 20-21 (1997-1998), pp. 703-725.

GUZOWSKI, Krzysztof: «El personalismo de comunión en Karol Wojtyla», en Juan Manuel BURGOS VELASCO (ed. lit.): *La filosofía personalista de Karol Wojtyla*. Madrid: Palabra, 2007, pp. 195-207.

HABERMAS, Jürgen: *El pensamiento postmetafísico.* Ciudad de México: Taurus, 1990.

— «Paradigms of law», *Cardozo Law Review,* vol. 17, núms. 4-5 (1995), pp. 771-784.

— *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona (España): Paidós, 1999.

— *Aclaraciones a la ética del discurso, 2000.* Madrid: Trotta, 2004.

— *Facticidad y validez.* Madrid: Trotta, 2010.

— *Conciencia moral y acción comunicativa.* Madrid: Trotta, 2018

— *Teoría de la acción comunicativa;* t. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social;* t. II: *Crítica de la razón funcionalista.* Madrid: Trotta, 2018.

— *Verdad y justificación*. Madrid: Trotta, 2018.

— y John RAWLS: *Debate sobre el liberalismo político.* Barcelona (España): Paidós, 1998.

HANKS, Melissa: «Perspectives on mandatory mediation», *UNSW Law Journal,* vol. 35, núm 3 (2012), pp. 929-952.

HARGES, Bobby Marzine: «Mediator qualifications: The trend toward professionalism», *Brigham Young University Law Review,* vol. 1997, núm. 3 (1997), pp. 687-714.

HARTER, Philip J.: «Dispute Resolution and Administrative Law: The history, needs, and future of complex relationship», *Villanova Law Review,* vol. 29, núm. 6 (1984), pp. 1393-1420.

HATTA, Takuya: «ADR in Papan. Special reference to civil mediation», en *Tratado de mediación.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2017; Ana Isabel BLANCO GARCÍA (ed.): vol. 1: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles,* pp. 49-72.

HAYNES, John Michael: *Fundamentos de la mediación familiar* (trad. Daniel Jorge Bustelo Eliçabe-Urriol y Ana María Sánchez Durán). Madrid: Gaia, 2012.

— Gretchen L. HAYNES y Larry Sun FONG: *Mediation: Positive conflict management.* Nueva York (Estados Unidos): State University of New York Press, 2004.

HEBERT, L. Camille: «Introduction. T-the impact of mediation: 25 years after the Pound Conference»*, Ohio State Journal on Dispute Resolution,* vol. 17, núm. 3 (2002), pp. 527-530.

HEIDEGGER, Martin: *Ser y tiempo* (trad., pról. y n. Jorge Eduardo Rivera), 3.ª ed. Madrid: Trotta, 2020.

HENSLER, Deborah R.: «Suppose it's not true: Challenging mediation ideology», *Journal of Dispute Resolution,* núm. 1 (2002), pp. 81-100.

— «Our courts, ourselves: How the alternative dispute resolution movement is re-shaping our legal system», *Penn State Law Review,* vol. 108, núm. 1 (2003), pp. 165-198.

HERBERT, William A.; Giuseppe DE PALO; Ava V. BAKER; Apostolos ANTHIMOS; Natalia TERESHCHENKO y Michael JUDIN: «International commercial mediation», *The International Lawyer,* vol. 45, núm. 1 (2011), pp. 111-124.

HERMOSO RICO, Blas y Felipe MORENTE MEJÍAS: «Introducción», en Felipe MORENTE MEJÍAS (dir.): *La mediación en tiempos de incertidumbre*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 9-26.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora: «Los mecanismos alternativos de resolución de litigios (ADR) en el ámbito de los contratos internacionales de construcción», en Jorge Luis TOMILLO URBINA, Leticia GARCÍA VILLALUENGA y Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO (coords.): *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*. Madrid: Reus, 2000, t. II: *Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos,* pp. 205-222.

HERRERA GÓMEZ, Manuel: «La teoría relacional de la sociedad», *Revista Internacional de Sociología,* vol. 59, núm. 28 (2001), pp. 5-44.

HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco: «Escritura y acuerdo de mediación: el título ejecutivo», *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 4 (2012), pp. 151-174.

HÖFFE, Otfried: *Immanuel Kant* (trad. H. Diorki). Barcelona (España): Herder, 1986 (Biblioteca de Filosofía, 21).

— *L'etat et la justice.* París: Vrin, 1988.

HOFFMAN, David A.: «Confessions of a Problem-Solving Mediator», *SPIDR News,* vol. 23, núm. 3 (1999), pp. 1-5.

HOFFMANN, Alexander: «Mediation in Germany and the United States», *European Journal of Law Reform,* vol. 9, núm. 4 (2007), pp. 505-552.

HOYOS VÁZQUEZ, Guillermo: *Los intereses de la vida cotidiana y las ciencias: Kant, Husserl, Habermas.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2011.

HUSSERL, Edmund: *La idea de la fenomenología. Cinco Lecciones* (trad. Manuel García-Baró). Ciudad de México; Madrid; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1982.

— *Meditaciones cartesianas,* 3.ª ed. Madrid: Tecnos, 2006.

— *La idea de la fenomenología.* Barcelona (España): Herder, 2015.

IGLESIAS CANLE, Inés Celia (dir.) y Ángela BUSACCA (coord.): *La mediación en las controversias civiles y mercantiles. Guía para la práctica de la mediación civil y mercantil en España y en Italia.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2014.

IGLESIAS ORTUÑO, Emilia: *Competencias para la mediación en conflictos sociales.* Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2018.

ILLÁN FERNÁNDEZ, José María: *Guías Prácticas. Mediación familiar.* Zizur Menor (España): Aranzadi, 2013.

IMPERATI, Samuel J.: «Mediator practice models: The intersection of ethics and stylistic practices in mediation», *Willamette Law Review,* vol. 33, núm. 3 (1997), pp. 703-746.

INGRAM, David: *Habermas: Introduction and analysis.* Ithaca (Estados Unidos): Cornell University Press, 2011.

ÍÑIGUEZ RUEDA, Lupicinio: *Análisis del discurso: manual para las ciencias sociales*. Barcelona (España): Universitat Oberta de Catalunya; Editorial UOC, 2006.

IRVINE, C.: «Explorative Mediation at Work: The importance of dialogue for mediation practice by Roger Seaman: (Palgrave Macmillan, 2016)», *Mediation Theory and Practice,* vol. 2, núm. 1, pp. 89-92.

IRVING, Howard H.: *Divorce mediation: the rational alternative*. Toronto (Canadá): Personal Library Publishers, 1980.

ITURMENDI, Blanca y Fernando RODRÍGUEZ PRIETO: «La evaluación en la mediación: una visión crítica», *La Trama,* núm. 52 (2017), s. p. [en línea].

JACKSON, John Arter: «Managing and resolving legal issues in technology: Report from the Albany Law School Science and Technology Law Center Project», *Albany Law Journal of Science & Technology,* vol. 9, núm. 2 (1999), pp. 317-348.

JARRETT, Brian: «The future of mediation: sociological perspective», *Journal of Dispute Resolution,* núm. 1 (2009), pp. 49-76.

Justicia dato a dato [informe] 2019. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Destacados/Calendario-de-publicaciones>.

KAUFMANN, Arthur: *La filosofía del derecho en la posmodernidad.* Bogotá: Temis, 1992.

KHAN ZEMANS, Frances: «Pound Revisited», *South Texas Law Review,* vol. 48, núm. 4 (2007), pp. 1063-1078.

KLEIN, Wolfgang: *Argumentation.* Gotinga: Vandenhoeck & Ruprecht, 1980.

KOLB, Deborah M. y cols.: *When talk works: Profiles of mediators*. San Francisco (Estados Unidos): Jossey-Bass, 1994.

KORTA, Kepa: «La Pragmática», en M.ª Victoria ESCANDELL-VIDAL y Manuel LEONETTI (coords.): *Pragmática.* Madrid: Akal, 2020, pp. 5-38.

KOVACH, Kimberlee K. y Lela P. LOVE: «"Evaluative" Mediation Is An Oxymoron», *Alternatives,* vol. 14, núm. 3 (1996), pp. 31-32.

— «Costs of mediation: Whose responsibility», *Mediation Quarterly,* vol. 15, núm. 1 (1997), pp. 13-28.

KRESSEL, Kenneth: «The strategic style in mediation», *Conflict Resolution Quarterly,* vol. 24, núm. 3 (2007), pp. 251-284.

KRUK, Edward: «Practice issues, strategies, and models: The current state of the art of family mediation», *Family and Conciliation Courts Review,* vol. 36, núm. 2 (1998), pp. 195-215.

KULP, Heather Scheiwe: «Increasing referrals to small claims mediation programs: Models to improve access to justice», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 14, núm. 2 (2013), pp. 361-394.

KUTTNER, Ran: «The Wave/Particle Tension in Negotiation», *Harvard Negotiation Law Review,* vol. 16 (2011), pp. 331-366.

— «Cultivating dialogue: From fragmentation to relationality in conflict interaction», *Negotiation Journal,* vol. 28, núm. 3 (2012), pp. 315-336.

LAUROBA, María Elena; Inmaculada BARRAL; Jaume TARABAL e Isabel VIOLA: «La construcción institucional y jurídica de la mediación», en Pompeu CASANOVAS I ROMEU, Jaume MAGRE y María Elena LAUROBA (dirs.): *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*. Barcelona (España): Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 2011, pp. 827-894.

LEBOVICS, Jacob: «The role of transformative mediation in family business disputes», *Cardozo Journal of Conflict Resolution,* vol. 20, núm. 2 (2019), pp. 471-498.

LEÓN GUEVARA, Judith: «La persona vista desde Emmanuel Mounier y su repercusión en la misión educativa», *Aula,* núm. 21 (2015), 177-192.

LESMES SERRANO, Carlos: *Discurso del acto de clausura del día europeo de la mediación* (pronunciado el 21 de enero de 2019). Recuperado de: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada>.

LEWIS, Ted y Mark UMBREIT: «A humanistic approach to mediation and dialogue: an evolving transformative practice», *Conflict Resolution Quarterly,* vol. 33, núm. 1 (2015), pp. 3-17.

LIPSKY, Jonatan: «Diálogo intercultural en Israel elementos de la mediación transformativa», *Política y sociedad,* vol. 50, núm. 1 (2013), pp. 145-162.

LLORCA I ARIMANY, Albert: «Emmanuel Mounier: El filosofar al servicio de la persona», *Espíritu,* vol. 32, núm. 88 (1983), pp. 141-156.

LONERGAN, Bernard: *Insight. Estudio sobre la comprensión humana.* Salamanca (España): Sígueme, 2004.

LÓPEZ BARBA, Elena: «La eficacia ejecutiva del acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación según la Ley 5/2012», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* núm. 30 (2013), pp. 237-253.

LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso: *El poder del diálogo y del encuentro: Ebner, Haecker, Wust, Przywara.* Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1997.

— *Romano Guardini, maestro de la vida.* Madrid: Palabra, 1998.

— *Inteligencia creativa: el descubrimiento personal de los autores.* Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2002.

— *Cuatro filósofos en busca de Dios: Unamuno, Edith Stein, Romano Guardini, García Morente.* Madrid: Rialp, 2003.

— *Liderazgo creativo: hacia el logro de la excelencia personal.* Córdoba (Argentina): Brujas, 2007.

— *Cuatro personalistas en busca de sentido.* Madrid: Rialp, 2009.

— *Descubrir la grandeza de la vida: una vía de ascenso a la madurez personal.* Bilbao (España): Desclée de Brouwer, 2009.

— *La experiencia estética y su poder formativo,* 2.ª ed. Bilbao (España): Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2013.

— *Cinco grandes tareas de la filosofía actual.* Madrid: Editorial Universidad Francisco de Vitoria, 2016.

LÓPEZ SÁENZ, María Carmen: «Aproximación fenomenológica a la razón mediadora de Zambrano. Intuición y creación», *Revista de Filosofía,* vol. 38, núm. 2 (2013), pp. 35-59.

LÓPEZ SIMÓ, Francisco y Federico F. GARAU SOBRINO: *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013).* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2014.

LÓPEZ Y LÓPEZ DE LIZAGA, José Luis: *Razón comunicativa y legitimidad democrática* [tesis doctoral]. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2008.

— *Lenguaje y sistemas sociales. La teoría sociológica de Jürgen Habermas y Niklas Luhmann.* Zaragoza (España): Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2014.

LOVE, Lela P.: «The top ten reasons why mediators should not evaluate», *Florida State University Law Review,* vol. 24, núm. 4 (1997), pp. 937-948.

LOZANO ARCO, Sergio: *La interpersonalidad en Karol Wojtyla*. Madrid: Edicep, 2016 (Veritas, 9).

LUZIA MIRANDA, Ángela: *Técnica y ser en Heidegger*. Salamanca (España): Ediciones Universidad de Salamanca, 2017.

MACHO GÓMEZ, Carolina: «Los ADR "alternative dispute resolution" en el comercio internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional,* vol. 5, núm. 2 (2013), pp. 398-427.

— «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en los EEUU y su expansión en Europa», *Anuario de Derecho Civil,* vol. 67, núm. 3 (2014), pp. 931-996.

MADRID LIRAS, Santiago: «Entrevista motivacional en mediación», *Revista de Mediación,* vol. 7, núm. 1 (2014), pp. 82-99.

— *Mediación motivacional: hacia una relación de acompañamiento en los conflictos.* Madrid: Reus, 2017.

— «Por qué un cuarto modelo de mediación. Oportunidades e integración del modelo de mediación *insight*», *Revista de Mediación*, vol. 10, núm. 2 (2017), pp. 1-10.

MAIN, Thomas O.: «ADR: The new equity», *University of Cincinnati Law Review,* vol. 74, núm. 2 (2005), pp. 329-404.

MANSILLA IZQUIERDO, Fernando: «La mediación estratégica en los conflictos psicosociales en el trabajo», *Medicina y seguridad del trabajo,* vol. 58, núm. 228 (2012), pp. 179-185.

MARÍAS AGUILERA, Julián: *Antropología metafísica.* Madrid: Revista de Occidente, 1970.

MARÍAS AGUILERA, Julián: *Introducción a la filosofía,* 2.ª ed. Madrid: Alianza, 1981.

MARQUÉS CEBOLA, Cátia Sofía: *La mediación, un nuevo instrumento de la Administración de Justicia para la solución de conflictos* [tesis doctoral]. Salamanca (España): Universidad de Salamanca, 2011.

MÁRQUEZ ALGARA, María Guadalupe: *Mediación y administración de justicia: hacia la consolidación de una justicia participativa.* Aguascalientes (México): Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2004.

MÁRQUEZ PRIETO, Antonio: «La justicia relacional como círculo virtuoso», *Recerca. Revista de Pensament y Anàlisi*, núm. 14 (2014), pp. 117-134.

MARTÍN BARBERÁN, Jaume; Juan José DAPENA MÉNDEZ y Francisca CANO LÓPEZ: «La transformación del campo del control de la criminalidad y la justicia penal», en Pompeu CASANOVAS I ROMEU, Leonardo DÍAZ ECHENIQUE y Marta POBLET BALCELLS (coords.): *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña.* Barcelona (España): Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada; Departament de Justícia; Generalitat de Catalunya, 2009, pp. 95-96.

MARTÍN DIZ, Fernando: «Diseccionando la mediación: ¿Un futuro en términos electrónicos?», en Ana María RODRÍGUEZ TIRADO (coord.): *Cuestiones actuales de Derecho procesal. Reformas procesales. Mediación y arbitraje*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2017, pp. 229-268.

MARTÍN DE SOUZA, Paula: «Hjelmslev y el acontecimiento», *Tópicos del Seminario*, núm. 32 (2014). Universidad de São Paulo (traducción de Marilene Marques de Oliveira), pp. 135-156.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Verónica: «Reparación y modelos de justicia reparativa», en Helena SOLETO MUÑOZ y Áurea GRANÉ CHÁVEZ (dirs.): *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*. Madrid: Dykinson, 2007, pp. 541-562.

MARTÍNEZ MUÑOZ, José Antonio: *El conocimiento jurídico.* Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2012.

MASSINI CORREAS, Carlos I.: *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls.* Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

MATTEI, Ugo: «Access to Justice. A renewed global issue?», *Electronic Journal of Comparative Law,* vol. 11, núm. 3 (2007), pp. 1-25.

MATZ, David E.: «Why disputes don't go to mediation», *Mediation Quarterly,* núm. 17 (1987), pp. 3-10.

MAYNARD, Douglas W.: «Narratives and narrative structure in plea bargaining», *Law & Society Review*, vol. 22, núm. 3 (1988), pp. 449-482.

MCCARTHY, Thomas: *La teoría crítica de Jürgen Habermas* (trad. Manuel Jiménez Redondo), 4.ª ed. Madrid: Tecnos, 2002.

MCEWEN, Craig A. y Laura WILLIAMS: «Legal policy and access to justice through courts and mediation», *Ohio State Journal on Dispute Resolution,* vol. 13, núm. 3 (1998), pp. 865-884.

MCISAAC, Hugh: «Prólogo», en Howard H. IRVING y Michael BENJAMIN (auts.): *Family Mediation: Contemporary Issues.* Londres: Sage, 1995, pp. IX-XIII.

MCTHENIA, Andrew W. y Thomas L. SHAFFER: «For reconciliation», *Yale Law Journal,* vol. 94, núm. 7 (1985), pp. 1660-1668.

MELKEVIK, Bjarne: *Rawls o Habermas: un debate de filosofía del derecho.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

MENKEL-MEADOW, Carrie: «Toward another view of legal negotiation: The structure of problem solving», *UCLA Law Review,* vol. 31, núm. 4 (1984), pp. 754-842.

— «Whose dispute is it anyway? A philosophical and democratic defense of settlement (in some cases)», *The Georgetown Law Journal,* vol. 83 (1995), pp. 2663-2696.

MERINO ORTIZ, Cristina: *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder.* Madrid: Reus, 2013.

— y Pilar LASHERAS HERRERO: «Artículo 9. Confidencialidad», en Cristina ALONSO SALGADO y Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (coords.) y Raquel CASTILLEJO MANZANARES (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2013, pp. 113-122.

MERLEAU-PONTY, Maurice: *Lo visible y lo invisible* (trad. Estela Consigli y Bernard Capdevielle). Buenos Aires: Nueva Visión, 2010.

MERRY, Sally Engle y Neal MILNER: *The possibility of popular justice: A case study of American community justice.* Ann Arbor (Estados Unidos): University of Michigan Press, 1993.

METZLOFF, Thomas B.; Ralph A. PEEPLES y Catherine T. HARRIS: «Empirical perspectives on mediation and malpractice», *Law and Contemporary Problems,* vol. 60, núm. 1 (1997), pp. 107-152.

MICHELMAN, Frank I.: «Conceptions of democracy in American constitutional argument: Voting rights», *Florida Law Review,* vol. 41, núm. 3 (1989), pp. 443-490.

MILLER, Richard E. y Austin SARAT: «Grievances, claims, and disputes: Assessing the adversary culture», *Law & Society Review,* vol. 15, núm. 3 (1980), pp. 525-566.

MILLER, William R. y Stephen ROLLNICK: «Meeting in the middle: motivational interviewing and self-determination theory», *The International Journal of Behavioral Nutrition and Physical Activity*, núm. 9 (2012), artículo 25.

— y Stephen ROLLNICK: *La entrevista motivacional* (trad. Montserrat Asensio Fernández), 3.ª ed. Barcelona (España): Paidós, 2015.

MIRANZO DE MATEO, Santiago: «Quienes somos, a donde vamos… Origen y evolución del concepto mediación», *Revista de Mediación*, vol. 3, núm. 5 (2010), pp. 8-15.

— «La mediación familiar como forma de resolución de conflictos familiares», en Ana BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO y Blanca GÓMEZ BENGOECHEA (coords.): *Horizontes de la familia ante el s. XXI.* Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2011, pp. 319-334.

MNOOKIN, Robert H. y Lewis KORNHAUSER: «Bargaining in the shadow of the law: The case of divorce», *The Yale Law Journal,* vol. 88, núm. 5 (1979), pp. 950-997.

MONK, Gerald y John Maxwell WINSLADE: *Enfoque narrativo en contextos educativos: una propuesta en orientación escolar.* Madrid: Giuntieos Psychometrics, 2011.

MONTERO AROCA, Juan; Juan Luis GÓMEZ COLOMER y Silvia BARONA VILAR: *Derecho jurisdiccional,* vol. 1: *Parte general,* 21.ª ed. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2013.

— «Las materias de libre disposición en el arbitraje y en la mediación», en Virginia PARDO IRANZO (coord.): *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2015, pp. 34-49.

MOORE, Christopher W.: *The mediation process: practical strategies for resolving conflict,* 4.ª ed. San Francisco (Estados Unidos): John Wiley & Sons, 2014.

MORALES FERNÁNDEZ, María Gracia: *La mediación: sistemas alternativos de resolución de conflictos. Sistemas complementarios al proceso. Un enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva*. Sevilla (España): Athenaica, 2017.

MORALES JODRA, Guillermo Miguel: «Fundamentos filosóficos de la mediación e intercesión», en Pedro M.ª QUESADA LÓPEZ (coord.): *La Mediación como método para la resolución de conflictos*. Madrid: Dykinson, 2017, pp. 61-84.

MORCILLO JIMÉNEZ, Juan Jesús; Manuel ÁLVAREZ TORRES y Beatriz GIL VALLEJO: *Mediación civil y mercantil.* Madrid: Dykinson, 2009.

MORENO, Manfredi: «El sentido ontológico del ser», *Intus-Legere: Filosofía*, vol. 9, núm. 1 (2015), pp. 63-75.

MORENTE GARCÍA, Manuel: *La filosofía de Henri Bergson.* Madrid: Encuentro, 2011.

MOUNIER, Emmanuel: *El personalismo. Antología esencial* (trad. Carlos Díaz). Salamanca (España): Sígueme, 2014.

MUGUERZA CARPINTIER, Javier: *La razón sin esperanza: siete trabajos y un problema de ética.* Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2009.

MULLER-DOOHM, Stefan: *Jürgen Habermas: una biografía.* Madrid: Trotta, 2020.

MUNNÉ CATARINA, Frederic y Antoni VIDAL TEIXIDO, Antoni: *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal.* Madrid: La Ley, 2013.

MUÑOZ HERNÁN, Yolanda y María Eugenia RAMOS PÉREZ: *Mediación. Escuelas, herramientas, técnicas* [documento núm. 1]. Gizateca. Recuperado de: <https://www.fundaciongizagune.net/wp-content/uploads/mediacion-herramientas-tecnicas.pdf>.

MUNUERA GÓMEZ, Pilar: «El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas», *Portularia,* vol. 7, núms. 1-2 (2007), pp. 85-106.

— *Nuevos retos en mediación.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2014.

— y Salvador GARRIDO SOLER: «Innovación en mediación a través de la intervención narrativa. Desmitificando el principio de neutralidad», *Revista de Mediación,* vol. 8, núm. 1 (2015), pp. 25-35.

NADAL SÁNCHEZ, Helena: *El contexto ético-filosófico de la mediación y la proyección moral del modelo transformativo* [tesis doctoral]. Burgos: Universidad de Burgos, 2007. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10259.1/89>.

NADAL SÁNCHEZ, Helena: *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia.* Zizur Menor (España): Aranzadi, 2016.

NADER, Laura (ed.): *Law in culture and society*. Chicago (Estados Unidos): Aldine, 1969.

— y Harry F. TODD: *The disputing process: law in ten societies.* Nueva York (Estados Unidos): Columbia University Press, 1978.

NÉDONCELLE, Maurice: *Existe-t-il une philosophie chrétienne?* París: A. Fayard, 1956.

NIEVA FENOLL, Jordi: *Derecho procesal I. Introducción.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2019.

NINO, Carlos Santiago: «Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas», *Doxa,* núm. 5 (1988), pp. 87-105.

— «Ética analítica en la actualidad», en María Victoria CAMPS CERVERA, Osvaldo GUARIGLIA y Fernando SALMERÓN (eds. lits.): *Concepciones de la ética.* Madrid: Trotta; Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2004, pp. 131-152.

— *Introducción al análisis del derecho,* 10.ª ed. Barcelona (España): Ariel, 2004.

NOLAN-HALEY, Jacqueline: «Mediation: The New Arbitration», *Harvard Negotiation Law Review,* vol. 17 (2012), pp. 61-96.

— «Mediation: The best and worst of times», *Cardozo Journal of Conflict Resolution,* vol. 16, núm. 3 (2014), pp. 731-740.

NOYA FERREIRO, María Lourdes: «Artículo 16. Solicitud de inicio», en Cristina ALONSO SALGADO y Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (coords.) y Raquel CASTILLEJO MANZANARES (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2013, pp. 187-194.

ORTEGA Y GASSET, José: *¿Qué es filosofía? Y otros ensayos*. Madrid: Alianza, 2015.

— *¿Qué es la ciencia, qué es la filosofía? Y otros ensayos.* Madrid: Alianza, 2015.

— *Meditaciones del Quijote.* Madrid: Alianza, 2014.

ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual: «Artículo 1: Concepto», en Cristina ALONSO SALGADO y Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (coords.) y Raquel CASTILLEJO MANZANARES (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2013, pp. 21-30.

— «Artículo 7: Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores», en Cristina ALONSO SALGADO y Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (coords.) y Raquel CASTILLEJO MANZANARES (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2013, pp. 99-106.

— «La mediación como medio de solución de conflictos», en Esther PILLADO GONZÁLEZ y Francisca FARIÑA RIVERA (coords.): *Mediación familiar: una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2015, pp. 15-35.

— *Justicia sin jueces. Métodos alternativos a la justicia tradicional*. Madrid: Ariel, 2018.

— y Javier HERNÁNDEZ GARCÍA: *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal* [Documento de trabajo de Laboratorio de alternativas, núm. 110], 2007 [en línea]. Disponible en: <http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/xmlimport-mAcNhe.pdf>.

OTERO ANGELINI, Diego Alejandro: «Democracia y justicia procedimental», *Revista de Filosofía. Ediciones Complutense,* vol. 45, núm 1 (2020), pp. 105-119.

OTERO PARGA, Milagros María: «Las raíces históricas y culturales de la mediación», en Helena SOLETO MUÑOZ y Milagros María OTERO PARGA (coords.): *Mediación y resolución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, pp. 172-184.

— «Los modelos teóricos de la mediación», en Helena SOLETO MUÑOZ y Milagros María OTERO PARGA (coords.): *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente.* Madrid: Tecnos, 2007, pp. 158-171.

PAK, Un Jong: «Judicial justice: From procedural justice to communicative justice», *Journal of Korean Law,* vol. 16, núm. 1 (2016), pp. 147-162.

PAQUIN, Gary y Linda HARVEY: «Therapeutic jurisprudence, transformative mediation and narrative mediation: natural connection», *Florida Coastal Law Journal,* vol. 3, núm. 2 (2002), pp. 167-188.

PARDO IRANZO, Virginia: «La finalización del procedimiento de mediación y la realización forzosa del acuerdo: principales cuestiones controvertidas», en Virginia PARDO IRANZO (coord.): *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2015, pp. 137-150.

PAREDES MARTÍN, María del Carmen: «Merleau-Ponty y la fenomenología», *Daimon,* núm. 44 (2008), pp. 29-43.

PARKINSON, Lisa: «El modelo eco-sistémico de mediación familiar», *Revista La Trama,* núm. 1 (2003), pp. 1-9.

— *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas.* Barcelona (España): Gedisa, 2005.

PAZ-PEÑUELAS BENEDÉ, María Pilar: *Conflicto y técnicas de gestión. En especial, la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su versión electrónica.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2017.

PEÑA PEÑA, Rogelio Enrique: *Teoría general del proceso,* 2.ª ed. Bogotá: Ecoe, 2010.

PEÑA YÁÑEZ, M.ª Ángeles: *El proceso de mediación, capacidad, y habilidades del mediador.* Madrid: Dykinson, 2013.

PEREIRA PARDO, María del Carmen; Beatriz FERNÁNDEZ MUIÑOS y Vanesa BOTANA CASTRO: *La mediación paso a paso: de la teoría a la práctica.* Madrid: Dykinson, 2014.

PÉREZ JARABA, María Dolores: *Teorías de la mediación y derechos fundamentales.* Madrid: Dykinson, 2020.

PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, Enrique César: «La mediación como proceso», en Pedro M.ª QUESADA LÓPEZ (coord.): *La mediación como método para la resolución de conflictos*. Madrid: Dykinson, 2017, pp. 47-60.

PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita: «Artículo 17. Información y sesiones informativas», en Leticia GARCÍA VILLALUENGA y Carlos ROGEL VIDE (dirs.) y Carmen FERNÁNDEZ CANALES (coord.): *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012.* Madrid: Reus, 2012, pp. 209-213.

PHILLIPS, Gerald F.: «Is creeping legalism infecting arbitration?», *Dispute Resolution Journal,* vol. 58, núm. 1 (2003), pp. 37-42.

PICARD, Cheryl: «Orígenes, principios y prácticas de la mediación *insight*», *Revista de Mediación,* vol. 10, núm. 2 (2017), pp. 21-36.

PILLADO GONZÁLEZ, Esther: «Procedimiento de mediación familiar», en Esther PILLADO GONZÁLEZ y Francisca FARIÑA RIVERA (coords.): *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2015, pp. 253-289.

— y Francisca FARIÑA RIVERA (coords.): *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2015.

POMPEU I ROMEU, Canovas: «A Perspective from Philosophy and Sociology of Law: Agreement and Relational Justice», en Sascha OSSOWKSKI (ed.): *Agreement Technologies.* Berlín: Springer, 2013, pp. 17-41.

PONCE ALBURQUERQUE, Johanna: *Familia, conflictos familiares y mediación.* Ciudad de México: Ubjus, 2017.

PORTELA, Jorge Guillermo: «Estructura y fases de la mediación», en Helena SOLETO MUÑOZ y Milagros María OTERO PARGA (coords.): *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente.* Madrid: Tecnos, 2007, pp. 225-233.

PORTER, Roxanne: «Mediation: Principles, process, practice», *Dalhousie Journal of Legal Studies,* vol. 9 (2000), pp. 360-364.

POSNER, Richard A.: «The summary jury trial and other methods of alternative dispute resolution: Some cautionary observations», *University of Chicago Law Review,* núm. 53 (1986), pp. 366-393.

POUND, Roscoe: «The call for a realist jurisprudence», *Harvard Law Review*, vol. 44, núm. 5 (1931), pp. 697-711.

— «The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice», *Crime & Delinquency,* vol. 10, núm. 4 (1964), pp. 355-371.

PUENTE LÓPEZ, Julio: *Ferdinard Ebner: Testigo de la luz y profeta*. Madrid: Revista Estudios, 2008.

PUY MUÑOZ, Francisco de Paula: «La expresión 'mediación jurídica': un análisis tópico», en Helena SOLETO MUÑOZ y Milagros María OTERO PARGA (coords.): *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente.* Madrid: Tecnos, 2007, pp. 21-36.

QUECK, Dorcas: «Mandatory Mediation: an oxymoron? Examining the feasibility of implementing a Courted-mandated mediation program», *Cardozo Journal of Conflicts Resolution,* vol. 11, núm. 2 (2010), pp. 479-509.

RABOSI, Eduardo: «Actos de habla», en Marcelo DASCAL (coord.): *Filosofía del lenguaje II: Pragmática.* Madrid: Trotta, 2013, pp. 53-72.

RAMOS MEJÍA, Cecilia: *Un mirar, un decir, un sentir en la mediación educativa.* Buenos Aires: Librería Histórica, 2004.

RAMSEY, Frank Plumpton y George Edward MOORE: «Symposium: 'Facts and Propositions'», *Proceedings of the Aristotelian Society,* vol. 7: *Mind, Objectivity and Fact* (1927), pp. 153-206.

RAPHAEL, David Daiches: *Concepts of Justice*. Nueva York (Estados Unidos): Oxford University Press, 2001.

RAUSCH, Monica: «The Uniform Mediation Act», *Ohio State Journal on Dispute Resolution,* vol. 18, núm. 2 (2003), pp. 603-618.

RAWLS, John: *Justicia distributiva* [trad. de *Economic Justice,* Penguin Books, 1973, capítulo 4, sección 13, pp. 319-362] [en línea]. Disponible en: <https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183136/rev24_rawls.pdf>.

— *Una teoría de la Justicia* (trad. María Dolores González), 2.ª ed. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1995.

— *Justicia como equidad.* Barcelona (España): Paidós Ibérica, 2012.

REINACH, Adolf: *Introducción a la fenomenología.* Madrid: Encuentro, 1986.

RESNIK, Judith: «Many doors? Closing doors? Alternative dispute resolution and adjudication», *Ohio State Journal on Dispute Resolution,* vol. 10, núm. 2 (1995), pp. 211-266.

— «For Owen M. Fiss: Some reflections on the triumph and the death of adjudication», *University of Miami Law Review,* vol. 58, núm. 1 (2003), pp. 173-200.

REVILLA GUZMÁN, Carmen: «Intuición y metafísica: anotaciones a la crítica de Bergson a Kant», *Anales del Seminario de Metafísica,* vol. 19 (1984), pp. 195-214.

REYNOLDS, Suzanne; Catherine T. HARRIS y Ralph A. PEEPLES: «Back to the future: An empirical study of child custody outcomes», *North Carolina Law Review,* vol. 85, núm. 6 (2007), pp. 1629-1686.

RIBOTTA, Silvina: «Nueve conceptos clave para leer la teoría de la justicia de Rawls», *Anuario de Filosofía del Derecho,* núm. 28 (2012), pp. 207-237.

RIDAO RODRÍGUEZ, Susana: *Fundamentos de la Pragmática*. Granada (España): Comares, 2020, p. 52.

RIPOL-MILLET, Aleix: *Familia, trabajo social y mediación.* Barcelona (España): Paidós, 2001.

— *Estrategias de mediación en asuntos familiares.* Madrid: Reus, 2011.

RISKIN, Leonard L.: «Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: Grid for the Perplexed», *Harvard Negotiation Law Review,* vol. 1 (1996), pp. 7-52.

— «Retiring and replacing the grid of mediator orientations», *Alternatives to the High Costs of Litigation,* vol. 21, núm. 4 (2003), p. 69.

RIVERA, Jorge Eduardo y María Teresa STUVEN: *Comentario a 'Ser y Tiempo' de Martin Heidegger*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2008.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana: «Artículo 21. Desarrollo de la mediación», en Cristina ALONSO SALGADO y Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (coords.) y Raquel CASTILLEJO MANZANARES (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2013, pp. 219-222.

RODRÍGUEZ CEPEDA, Jesús: *El igualitarismo liberal de John Rawls: estudio de la teoría de la justicia.* Ciudad de México: Miguel Ángel Porrúa, 2010.

RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia: *La mediación familiar en España. Fundamento, concepto y modelos jurídicos*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2010.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María: «Rudolf Von Ihering», *Anuario de Filosofía del Derecho,* núm. 4 (1987), pp. 249-272.

ROGERS, Nancy H. y Craig A. MCEWEN: «Mediation and the unauthorized practice of law», *Mediation Quarterly,* núm. 23 (1989), pp. 23-32.

— y Craig A. MCEWEN: «Employing the law to increase the use of mediation and to encourage direct and early negotiations», *Ohio State Journal on Dispute Resolution,* vol. 13, núm. 3 (1998), pp. 831-864.

ROMANO, Guardini: *El contraste: Ensayo de una filosofía de lo viviente-concreto.* Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1996.

ROMERO NAVARRO, Fermín: «La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales,* vol. 40 (2002), pp. 31-54.

RONDÓN GARCÍA, Luis Miguel (coord.): *Bases para la mediación familiar.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2012.

ROSA RODRÍGUEZ, María de las Mercedes: «¿Cómo se mide el éxito en la negociación?», *Diario Jurídico* [en línea]. Disponible en: <https://www.diariojuridico.com/como-se-mide-el-exito-en-la-negociacion>.

ROSENTAL, Mark Moisevich y Pavel Fedorovich IUDIN: *Diccionario Filosófico.* Argentina: Ediciones Universo, 1973.

ROUNALD, Norbert: ¿Definir o pensar el Derecho?, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº 75, 1989-1990, p. 923-938 (trad. de José Iturmendi Morales).

RUIZ FERNÁNDEZ, Jesús: «La idea de filosofía en Ortega y Gasset», *Revista de Filosofía,* vol. 35, núm. 1 (2010), pp. 111-132

SALEHIJAM, Maryam: «Mediation clauses: Enforceability and impact», *Singapore Academy of Law Journal,* vol. 31, núm. especial (2019), pp. 598-636.

SALZER, Jacques; Aurélien COLSON y Alain PEKAR LEMPEREUR: *Méthode de Médiation: Au coeur de la conciliation*. París: Dunod, 2008.

SAN MARTÍN SALA, Javier: «Para una reforma de la filosofía», en Rubén SÁNCHEZ MUÑOZ y Sandra GARCÍA PÉREZ (coords.): *Meditaciones sobre la filosofía de Ortega.* Ciudad de México: Universidad Veracruzana y Torres Asociados, 2016, pp. 13-34.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Raquel: «Procedimiento y ejecución de acuerdos», en Carmen BOLDÓ RODA y María del Mar ANDREU MARTÍ (coords.): *La mediación en asuntos mercantiles.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2015, pp. 111-144.

SÁNCHEZ LIMIÑANA, Pedro: *La filosofía moral de Ernst Tugendhat.* Las Palmas de Gran Canaria (España): Servicio de Publicaciones y Difusión Científica de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2012.

SÁNCHEZ MARTÍN, Pablo: «Incidencia de la mediación en el proceso civil», *Práctica de Ttribunales,* núms. 98-99 (2012), pp. 60-71.

SÁNCHEZ MUÑOZ, Rubén y Cintia C. ROBLES LUJÁN: «Para una reforma de la filosofía», en Rubén SÁNCHEZ MUÑOZ y Sandra GARCÍA PÉREZ (coords.): *Meditaciones sobre la filosofía de Ortega*. Ciudad de México: Universidad Veracruzana y Torres Asociados, 2016, pp. 49-66.

SANCHÍS CRESPO, Carolina: «La mediación como alternativa en la gestión de la conflictividad de las comunidades de vecinos», en Virginia PARDO IRANZO (coord.): *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2015, pp. 97-135.

SANDE MAYO, María Jesús: «Artículo 22. Terminación del procedimiento», en Cristina ALONSO SALGADO y Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (coords.) y Raquel CASTILLEJO MANZANARES (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2013, pp. 223-232.

SANDEL, Michael J.: *Liberalism and its critics.* Oxford (Reino Unido): Blackwell, 1984.

— *El liberalismo y los límites de la justicia.* Barcelona (España): Gedisa, 2009.

SANDER, Frank E. A.: «The multi-door courthouse settling disputes in the year 2000», *Barrister,* vol. 3, núm. 3 (1976), pp. 18-42.

SANDOVAL ESTUPIÑÁN, Luz Yolanda y Nuria GARRO-GIL: «La Teoría Relacional: Una propuesta para la comprensión y resolución de los conflictos en la institución educativa», *Estudios sobre Educación,* vol. 32 (2017), pp. 135-154.

SARRADO SALDEVILLA, Juan José y María FERRER VENTURA: *La mediación un reto para el futuro: actualización y prospectiva*. Bilbao (España): Desclée de Brouwer, 2003.

—; Juan José RIERA RIERA y M.ª Carmen BOQUÉ TORREMORELL: «Vers el sentit pedagògic de la Mediació», *Aloma. Revista de Psicologia i Ciències de l'Educació*, núm. 6 (2000), pp. 90-108.

SCHLUTER M.: «What Is Relational Justice?», en Jonathan BURNSIDE y Sally BROOKES (eds.): *Relational justice: Repairing the breach*. Sherfield-on-Loddon (Reino Unido): Waterside Press, 1999, pp. 17-28.

SCHMIDT, Christopher W.: «American Legal History, 1920-1970», en Sally E. HADDEN y Alfred L. BROPHY (eds.): *A Companion to American Legal History.* West Sussex (Reino Unido): John Wiley & Sons, 2013, pp. 105-124.

SCHMITT, Carl: *Sobre el parlamentarismo* (trads. Thies Nelsson y Rosa Grueso), 2.ª ed. Madrid: Tecnos, 2002.

SCHNITMAN, Dora Fried: «Perspectiva generativa en la gestión de conflictos sociales», *Revista de Estudios Sociales,* núm. 36 (2010), pp. 51-63.

SCHONEWILLE, Manon y Fred SCHONEWILLE (eds.): *The variegated landscape of mediation: A comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the World.* La Haya (Países Bajos): Eleven International Publishing, 2014.

SEAMAN, Roger: *Explorative mediation at work. The importance of dialogue for mediation practice.* Londres: Palgrave Macmillan, 2016.

SEIFERT, Josef: *Discursos de los métodos de la filosofía y la fenomenología realista* (trad. Rogelio Rovira Madrid). Madrid: Encuentro, 2008.

SELLÉS DAUDER, Juan Fernando (ed.): *Propuestas antropológicas del siglo xx,* 2.ª ed. Pamplona (España): Ediciones de la Universidad de Navarra, 2006, 2 vols.

SENÉS MOTILLA, María Carmen: «El acuerdo de mediación y su ejecución», en Francisco LÓPEZ SIMÓ y Federico F. GARAU SOBRINO (coords.): *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013).* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2014, pp. 289-323.

SHAPIRA, Avraham: *Hope for our time: Key trends in the thought of Martin Buber.* Nueva York (Estados Unidos): State University of New York Press, 1999.

SHESTOWSKY, Donna: «Disputants' preferences for court-connected dispute resolution procedures: Why we should care and why we know so little», *Ohio State Journal on Dispute Resolution,* vol. 23, núm. 3 (2008), pp. 549-626.

SHWEDER, Sylvia S.: «Judicial limitations in ADR: The role and ethics of judges encouraging settlements», *Georgetown Journal of Legal Ethics,* vol. 20, núm. 1 (2007), pp. 51-72.

SIGÜENZA LÓPEZ, Julio: «Los llamados 'principios' de la mediación instaurada en España por la Ley 5/2012», *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 2 (2018), pp. 183-211.

SILVA FERNÁNDEZ, Carmen: «La mediación social, una breve aproximación», en Inés Celia IGLESIAS CANLE (coord.): *Mediación, justicia y Unión Europea.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2014, pp. 289-297.

SIX, Jean-François: *Les témps des médiateurs*. París: Seuil, 1990.

SMITH, Stephanie y Janet MARTÍNEZ: «An analytic framework for dispute systems design», *Harvard Negotiation Law Review,* vol. 14, núm. 1 (2009), pp. 123-170.

SOLETO MUÑOZ, Helena: «La mediación en la Unión Europea», en Helena SOLETO MUÑOZ y Milagros María OTERO PARGA (coords.): *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente.* Madrid: Tecnos, 2007, pp. 185-203.

— «La conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos», *Revista de Mediación,* vol. 10, núm. 1 (2017), pp. 1-6.

— «La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», en *Tratado de mediación.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2017; Ana Isabel BLANCO GARCÍA (ed.): vol. 1: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles,* pp. 19-48.

— «Las políticas públicas en materia de Justicia restaurativa en Justicia de menores», en Helena SOLETO MUÑOZ (dir): *Reflexiones en torno a la Justicia restaurativa en el ámbito del menor infractor*. Madrid: Dykinson, 2019, pp. 6-56.

SOLUM, Lawrence B.: «Procedural justice», *Southern California Law Review,* vol. 78, núm. 1 (2004), pp. 181-321.

SPAIN, Larry R.: «Alternative dispute resolution for the poor: Is it an alternative», *North Dakota Law Review,* vol. 70, núm. 2 (1994), pp. 269-280.

STEIN, Edith: *¿Qué es filosofía? Un diálogo entre Edmund Husserl y Tomás de Aquino* (trad. Alicia Valero Martín), 2.ª ed. Madrid: Encuentro, 2008.

STEIN, Robert: «Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice in the Twenty-First Century», *Hamline Law Review,* vol. 30, núm 3 (2007), pp. 499-512.

STEINER, George: *Heidegger.* Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

STERNLIGHT, Jean R.: «ADR is here: Preliminary reflections on where it fits in system of justice», *Nevada Law Journal,* vol. 3, núm. 2 (2002), pp. 289-304.

STEWART, John: «Two of Martin Buber's Contributions to Contemporary Human Science: Validity as Resonance and Text as Spokenness», en Maurice FRIEDMAN (ed.): *Martin Buber and the Human Sciences*. Albany (Estados Unidos): State University of New York Press, 1996, pp. 155-172.

STOLKINER, Alicia: «De interdisciplinas e indisciplinas», en Nora ELICHIRY (comp.): *El niño y la escuela.* Reflexiones sobre lo obvio. Buenos Aires: Nueva Visión, 1987, pp. 313-315.

— «La interdisciplina y salud mental», en *IX Jornadas Nacionales de Salud Mental. I Jornadas Provinciales de Psicología Salud Mental y Mundialización: Estrategias posibles en la Argentina de hoy* (Posadas, Argentina, 7 y 8 de octubre de 2005).

STULBERG, Joseph B.: «Fairness and mediation», *Ohio State Journal on Dispute Resolution,* vol. 13, núm. 3 (1998), pp. 909-946.

SUARES, Marines: *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas.* Barcelona (España): Paidós, 1996.

SUÁREZ-IÑIGUEZ, Enrique: *Filosofía política contemporánea: Popper, Rawls y Nozick.* Ciudad de México: Miguel Ángel Porrúa, 2005.

SUBRIN, Stephen N.: «Traditionalist looks at mediation: It's here to stay and much better than thought», *Nevada Law Journal*, vol. 3, núm. 2 (2002), pp. 196-231.

TAMAYO HAYA, Silvia: «Artículo 22. Terminación del procedimiento», en Leticia GARCÍA VILLALUENGA y Carlos ROGEL VIDE (dirs.) y Carmen FERNÁNDEZ CANALES (coord.): *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012.* Madrid: Reus, 2012, pp. 261-276.

THIBAUT, John; Laurens WALKER; Stephen LATOUR y Pauline HOULDEN: «Procedural Justice as Fairness», *Stanford Law Review,* vol. 26 (1973-1974), pp. 1271-1290.

THOMASSEN, Lasse: *Habermas: A Guide for the Perplexed.* Londres: Bloomsbury, 2010.

TOBIAS, Carl: «Recalibrating the Civil Justice Reform Act», *Harvard Journal on Legislation,* vol. 30, núm. 1 (1993), pp. 115-134.

TOMÉ, José Lorenzo: *Las identidades: las identidades morales y políticas en la obra de Jürgen Habermas.* Madrid: Biblioteca Nueva, 2014.

TOMILLO URBINA, Jorge Luis; Leticia GARCÍA VILLALUENGA y Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO (coords.): *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI;* t. I: *Mediación* (Madrid: Reus, 2000); t. II: *Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos* (Madrid: Reus, 2010).

TORDECILLAS COLADO, Marta Inés: *La argumentación Pourtant en la dinámica argumentativa de los ensayos de Montaigne* [tesis doctoral]. Madrid: Universidad Complutense, 2002.

TORRADO TARRÍO, Cristina: «Artículo 19. Sesión constitutiva», en Cristina ALONSO SALGADO y Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (coords.) y Raquel CASTILLEJO MANZANARES (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2013, pp. 207-212.

TORRES LANA, José Ángel: «Principios rectores de la mediación», en Francisco LÓPEZ SIMÓ y Federico F. GARAU SOBRINO (coords.): *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013).* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2014, pp. 122-160.

TOULMIN, Stephen E.: *The layout of arguments. In the uses of argument*. Cambridge (Reino Unido): Cambridge University Press, 2003, pp. 87-134.

TRAUM, Lara y Brian FARKAS: «The history and legacy of the Pound Conferences», *Cardozo Journal of Conflicts Resolution,* vol. 18, núm. 67 (2017), pp. 677-698.

TUGENDHAT, Ernst: *Ser, verdad, acción: Ensayos filosóficos*. Barcelona (España): Gedisa, 1998.

TWINING, William: «Alternative to What? Theories of litigation, procedure and dispute settlement in Anglo-American jurisprudence: Ssome neglected classics», *The Modern Law Review,* vol. 56, núm. 3 (1993), pp. 380-392.

UMBREIT, Mark S., Robert B. COATES y Betty VOS: «Victim-offender mediation: Three decades of practice and research», *Conflict Resolution Quarterly,* vol. 22, núm. 1 (2004), pp. 279-304.

URABAYEN PÉREZ, Julia: «Emmanuel Levinas y Karol Wojtyla», en Juan Manuel BURGOS VELASCO (ed. lit.): *La filosofía personalista de Karol Wojtyla.* Madrid: Palabra, 2007, pp. 241-249.

URY, William; Roger FISHER y Bruce PATTON: *Obtenga el sí: el arte de negociar sin ceder.* Barcelona (España): Gestión 2000, 2011.

URY, William: *Alcanzar la paz.* Barcelona (España): Paidós, 2005.

— *Supere el NO. Cómo negociar con personas que adoptan posiciones inflexibles* (trad. Adriana de Hassan), 2.ª ed. Barcelona (España): Gestión 2000, 2011.

VALDIVIA, Lourdes: «Teorías de referencia», en Marcelo DASCAL (coord.): *Filosofía del lenguaje I: Semántica.* Madrid: Trotta, 2013, pp. 57-81.

VALERA GÓMEZ, Bernardino J.: «Artículo 10. Las partes en la mediación», en Cristina ALONSO SALGADO y Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (coords.) y Raquel CASTILLEJO MANZANARES (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.* Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2013, pp. 123-150.

VALLES CALATRAVA, José R.: «Hacia una nueva propuesta teórica de sistematización de los estratos del texto narrativo. Fábula, trama y relato como planos funcional, actuacional y discursivo», *Revista de Literatura,* vol. 78, núm. 156 (2016), pp. 345-367.

VAN LOO, Rory: «Tale of two debtors: Bankruptcy disparities by race», *Albany Law Review,* vol. 72, núm. 1 (2009), pp. 231-256.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina: «Concepto de mediacion y ambito de aplicación», en Francisco LÓPEZ SIMÓ y Federico F. GARAU SOBRINO (coords.): *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2014, pp. 104-122.

VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «Artículo 19. Sesión constitutiva», en Leticia GARCÍA VILLALUENGA y Carlos ROGEL VIDE (dirs.) y Carmen FERNÁNDEZ CANALES (coord.): *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012.* Madrid: Reus, 2012, pp. 73-99.

VELASCO ARROYO, Juan Carlos: *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

— *Habermas. El uso público de la razón.* Madrid: Alianza, 2013.

VELASCO, Marina: *¿Qué es justicia?* Buenos Aires: Eudeba, 2011.

VICENTE CRUZ, Begoña: «Teoría de la pertinencia», en Marcelo DASCAL (coord.): *Filosofía del lenguaje II: Pragmática*. Madrid: Trotta, 2013, pp. 115-136.

VILALTA NICUESA, Aura Esther: *Mediación en el mundo. Concepto, teoría y práctica*. [documento de trabajo], s. f. Recuperado de: <https://bit.ly/3cnREh1>.

— «El marco jurídico: derecho comparado», en Pompeu CASANOVAS I ROMEU, Jaume MAGRE y María Elena LAUROBA (dirs.): *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*. Barcelona (España): Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 2011, pp. 129-178.

VILARROIG MARTÍN, Jaime: «Sentido de la filosofía desde la tradición personalista», *Quién,* núm. 6 (2017), pp. 117-131.

VIÑAS OTERO, Antonio: *De la filosofía personalista al iuspersonalismo.* Madrid: Dykinson, 2006.

VINCELETTE, Alan: *Recent catholic philosophy: The twentieth century.* Milwaukee (Estados Unidos): Marquette University Press, 2011.

VINYAMATA CAMP, Eduard: *Aprender mediación.* Barcelona (España): Paidós, 2003.

VON SPRECHER, Javier Cristiano y Matías GILETTA: *Teorías sociológicas: introducción a los contemporáneos.* Córdoba (Argentina): Brujas, 2013.

WALCZAK, Monika: «La filosofía del conocer de Bernard Lonergan», *Daimon,* núm. 45 (2008), pp. 141-152.

WEATHERSPOON, Floyd D.: «The impact of the growth and use of ADR process on minority comxmunities, individual rights, and neutrals», *Capital University Law Review,* vol. 39, núm. 4 (2011), pp. 789-804.

WELSH, Nancy A.: «Remembering the role of justice in resolution: Insights from procedural and social justice theories», *Journal of Legal Education,* vol. 54, núm. 1 (2004), pp. 49-59.

WHATLING, Tony: *Mediación: habilidades y estrategias, guía práctica.* Madrid: Narcea, 2013.

WHITE, Hayden: *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*. Barcelona (España): Paidós Ibérica, 1992.

WIECEK, William M.: *the lost World of classical legal thought: Law and ideology in America, 1886-1937*. Oxford (Reino Unido): Oxford University Press, 1998.

WINSLADE, John: «Mediation with focus on discursive positioning», *Conflict Resolution Quarterly,* vol. 23, núm. 4 (2006), pp. 501-516.

— Gerald MONK y Alison COTTER: «A narrative approach to the practice of mediation», *Negotiation Journal,* vol. 14, núm. 1 (1998), pp. 21-42.

— y Gerald MONK: *A new approach to conflict resolution.* San Francisco (Estados Unidos): Jossey-Bass, 2001.

WITTGENSTEIN, Ludwig: «Filosofía», *Revista de Filosofía,* vol. V, núm. 7 (1992), pp. 3-39.

WOJTYLA, Karol: *El hombre y su destino. Ensayos de antropología,* 2.ª ed. Madrid: Palabra, 2003.

— «La persona: sujeto de la comunidad», en Karol Wojtula (aut.): *El hombre y su destino. Ensayos de antropología,* 2.ª ed. Madrid: Palabra, 2003, pp. 41-110.

— «¿Participación o alienación?», en Karol WOJTYLA: *El hombre y su destino. Ensayos de antropología,* 2.ª ed. Madrid: Palabra, 2003, pp. 111-131.

— «Apuntes para una teoría de la participación», en Karol WOJTYLA: *Persona y Acción*. Madrid: Palabra, 2011, pp. 375-427.

WOOLFORD, Andrew y R. S. RATNER: *Informal Reckonings. Conflict resolution in mediation, restorative justice and reparations*. Nueva York (Estados Unidos): Routledge-Cavendish, 2008.

XINWEI, Li: *La mediación en China: aportaciones de Occidente.* Madrid: Dykinson, 2017.

XOLOCOTZI YÁÑEZ, Ángel: *Fenomenología de la vida fáctica: Heidegger y su camino a Ser y tiempo.* Ciudad de México: Plaza y Valdés, 2004.

— *¡A las cosas mismas!: Dos ideas sobre la fenomenología.* Ciudad de México: Miguel Ángel Porrúa, 2018.

ZAMBRANO, María: *Notas de un método.* Madrid: Tecnos, 2011.

— *Filosofía y poesía*. Alcalá de Henares (España): Fondo de Cultura Económica de España, 2013.

ZUBIRI, Xavier: *Los problemas fundamentales de la metafísica occidental.* Madrid: Alianza, 1995.

— *Estructura de la metafísica*. Madrid: Alianza, 2016.

ANEXOS

Anexo 1. Estadística judicial del Consejo General del Poder Judicial según datos del informe «Justicia dato a dato» del año 2019

Tabla del movimiento de asuntos en los tribunales de justicia (resumen de todas las jurisdicciones)

	Ingresados		Resueltos	En trámite al final de año	Sentencias
Civil	2 384 147		2 245 773	1 564 183	659 053
	Penal	3 213 114	3 211 832	741 124	572 051
Contencioso-adtvo.	249 367		226 620	211 616	133 570
	Social	432 489	394 703	318 148	203 468
Militar	144		176	57	144
	Salas Especiales T. Supremo	41	33	21	3
TOTAL	6 279 302		6 097 137	2 835 149	1 568 289

Ejecución de sentencias

	Registrados	Resueltos	En trámite al final de año
Civil	484 329	609 589	1 939 722
Penal	358 955	506 829	407 950
Contenciso-adtvo.	13 376	14 136	14 329
Social	62 928	70 190	39 587
Militar	0	0	0
Salas Especiales T. Supremo	0	1	0
TOTAL	919 588	1 200 745	2 401 588

Duración estimada de los asuntos (expresada en meses)

Órganos de la Jurisdicción Civil

	2019	2018	2017	2016	2015
Juzgados de 1.ª Instancia	7,6	7,1	6,1	5,9	5,3
Juzgados de Familia	4,8	5,0	5,0	4,7	4,7
Juzgados de 1.ª Instancia e Instrucción	7,5	7,3	7,2	7,2	6,9
Juzgados de Violencia sobre la Mujer	7,2	6,6	6,5	6,0	6,1
Juzgados de lo Mercantil	54,9	53,1	49,0	44,8	41,8
Audiencias Provinciales	8,6	7,5	6,6	6,1	6,2
T.S.J. Salas Civil y Penal	3,8	3,8	4,4	4,6	4,6
Tribunal Supremo Sala 1.ª	20,0	18,9	16,3	14,9	15,4

Asuntos civiles de las Audiencias Provinciales

	2019	2018	2017	2016	2015
Única Instancia	2,9	2,9	2,7	2,8	2,7
Recursos	9,0	7,8	6,9	6,4	6,5

Órganos de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa

	2019	2018	2017	2016	2015
Juzgados Contensiosos-administrativos	8,3	8,9	9,4	10,2	11,0
T.S.J. Sala de lo Contencioso	16,5	16,7	17,1	18,3	20,6
Juzgados Centrales de Instrucción	4,9	6,6	7,0	6,8	7,4
Audiencia Nacional Sala Contenciosa	17,3	18,7	17,8	16,7	15,4
Tribunal Supremo Sala 3.ª	11,5	13,8	17,1	16,4	13,8

Órganos de la Jurisdicción Social

	2019	2018	2017	2016	2015
Juzgados de lo Social	9,1	9,2	9,4	10,2	10,7
T.S.J. Sala Social	5,7	5,1	4,6	4,5	4,9
Audiencia Nacional Sala Social	2,8	3,0	2,7	3,1	4,1
Tribunal Supremo Sala 4.ª	14,8	13,8	14,1	14,0	12,7

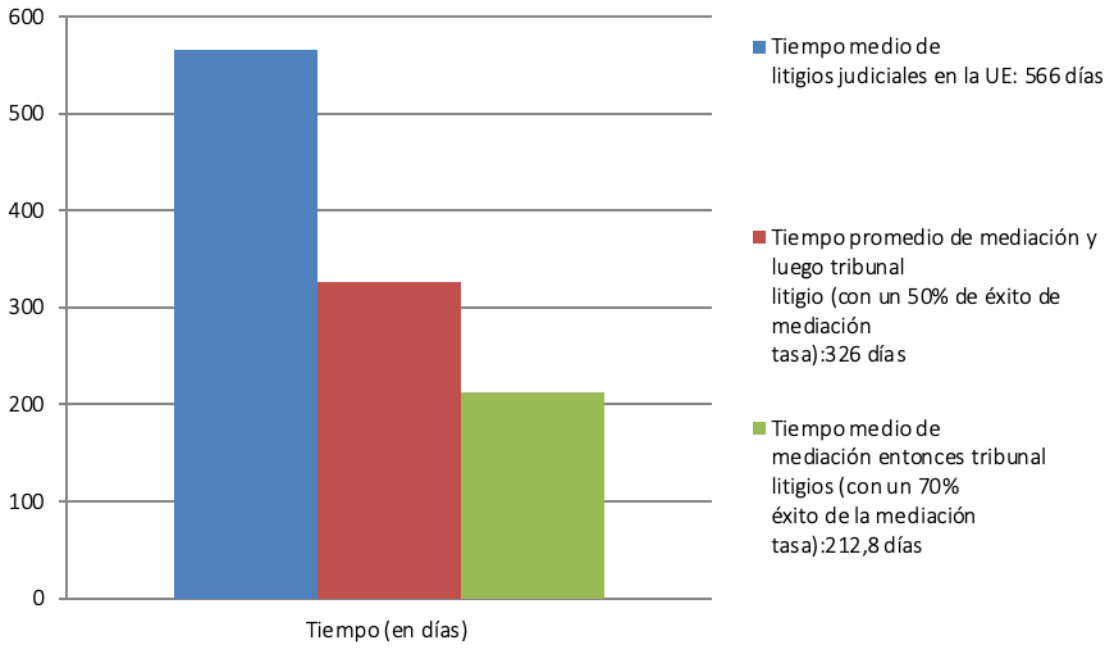
Órganos de la Jurisdicción Penal

	2019	2018	2017	2016	2015
Juzgados de Instrucción	2,4	2,3	2,3	2,3	1,5
Juzgados de Violencia sobre la Mujer	2,1	2,0	2,0	2,0	2,1
Juzgados de Menores	6,7	6,6	6,2	5,7	5,6
Juzgados de Vigilancia Penitenciaria	2,0	2,1	1,9	1,8	1,7
Juzgado de lo Penal	9,2	9,4	9,6	10,2	10,8
Audiencias Provinciales	2,1	2,0	2,0	2,2	2,4
T.S.J. Salas Civil y Penal	2,9	2,8	2,1	1,8	0,7
Juzgados Centrales de Instrucción	2,5	4,8	5,3	5,1	5,3
Juzgados Centrales de lo Penal	9,2	5,6	9,2	16,0	11,1
Audiencia Nacional Sala Penal	0,9	1,0	0,9	1,0	1,2
Tribunal Supremo Sala 2.ª	6,7	5,8	5,2	5,3	5,1

Anexo 2. Figuras del Informe «Reactivando la directiva de mediación 2008»

Figura comparativa del ahorro promedio de tiempo y dinero de litigios

Tiempo (en días)



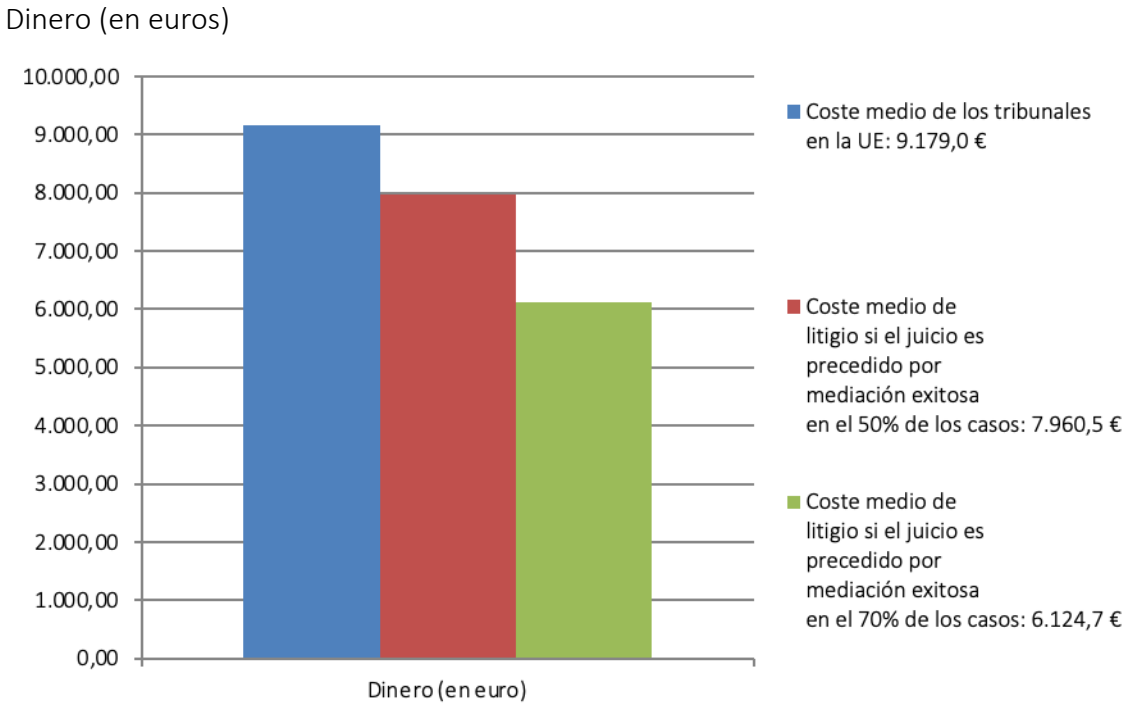
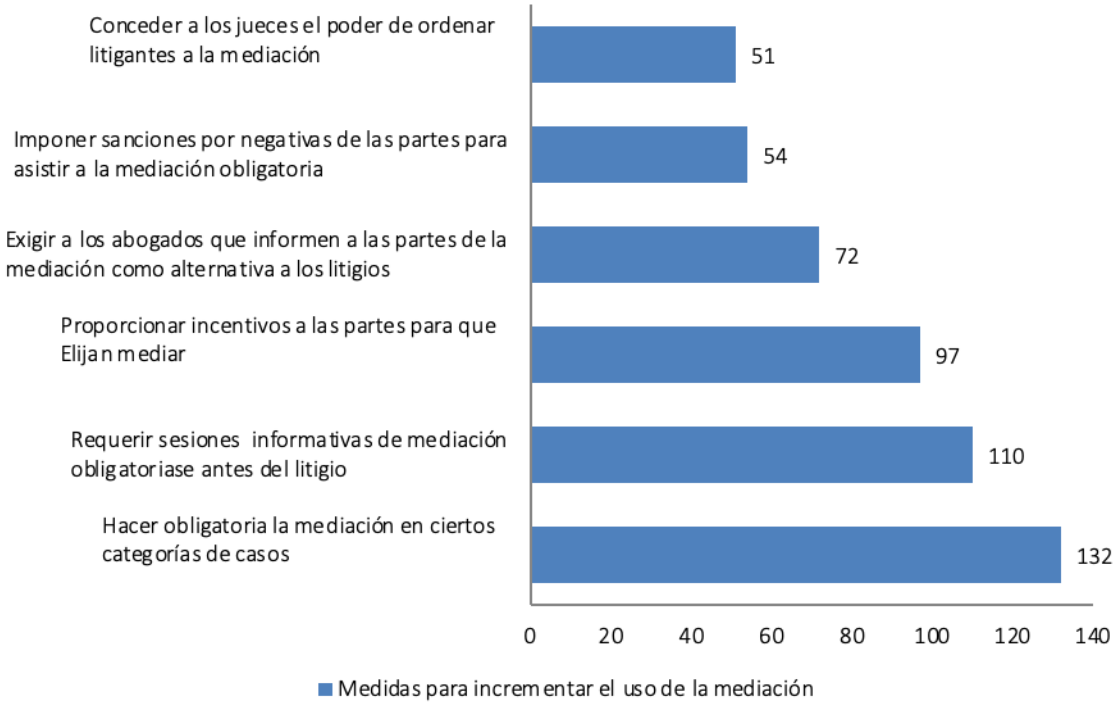


Figura C. Medidas legislativas más eficaces y de primer nivel para aumentar el uso de la mediación (por número de preferencias expresadas)



Anexo 3. Cuadros de la legislación autonómica de mediación

CUADRO 1. MEDIACIÓN

Mediación	Cataluña	Comunidad de Madrid	País Vasco	Comunidad Valenciana	Galicia	Castilla y León	Castilla-La Mancha	Principado de Asturias	Islas Baleares	Canarias	Andalucía
Definición	1	1	1.2	1	2	1	1	2	1	2	2
Objeto	2	2	2	2	6	2 y 3	3	3	8.2	3	1.2
Carácter voluntario	5	4.a)	7.1	4	7.1	4	6.2	4	2.b)	4	6
Principios											
Voluntariedad	5	4	8	4	8	4	8	4	2	4	6
Imparcialidad/neutralidad	6	4	8		8	4	8	5 y 6	2	4	6
Confidencialidad	7	4	8			4	8	7	2	4	9
Carácter personalísimo	8	4				4				4	10
Buena fe	9	4	8	5		4		9	2		11
Protección de menores		4				4					7
Transparencia			8								
Respeto a derecho			8								
Flexibilidad			8		8				2	4	12
Debate contradictorio			8								
Inmediatez			8		8			8	2	4	
Colaboración entre partes			8								
Antiformalismo					8						
Igualdad de las partes						4					
Competencia profesional						4	8				

Mediación	Cataluña	Comunidad de Madrid	País Vasco	Comunidad Valenciana	Galicia	Castilla y León	Castilla-La Mancha	Principado de Asturias	Islas Baleares	Canarias	Andalucía
Ética						4					
Intervención cooperativa						4					
Sencillez y celeridad						4					
Interés superior del menor					8	4					
Reserva de las partes										4	
Efectos (acuerdos válidos)				20				17	19	14	26
Duración	17	18.2	23	18	14	16.2	20	13	10	13	24
Gratuidad	27					13		26		21	27

CUADRO 2. MEDIADOR

Mediador	Cataluña	Comunidad de Madrid	País Vasco	Comunidad Valenciana	Galicia	Castilla y León	Castilla-La Mancha	Principado de Asturias	Islas Baleares	Canarias	Andalucía
Deberes											
Lealtad a las partes	14										
Facilitar comunicación y acuerdos		14	13	9		10	10	22		8	16
Redactar documentos pertinentes		14	13			10			15		16
Confidencialidad/secreto profesional		14	13	9		10	10	22	15	8	16
Velar por el interés del menor		14	13	9		10	10	22	15	8	16
Cumplimiento de los principios de mediación		14	13				10		15		16
Abstenerse/recusar incompatibilidad		14				10					
Actuar con independencia			13							8	
Prestar atención a signos de violencia			13			10					
Velar por la imagen de la mediación			13								
Comunicar datos de la mediación			13			10		22			
Realizar personalmente la mediación			13			10					
Informa del coste y fin de la mediación						10		22	15		16
Garantizar igualdad de las partes						10					
Propiciar la toma de propias decisiones			13	9		10	10	22		8	16
No intervenir en otros casos						10	10	22		8	16
Abandonar la mediación sin causa justa						10					

Mediador	Cataluña	Comunidad de Madrid	País Vasco	Comunidad Valenciana	Galicia	Castilla y León	Castilla-La Mancha	Principado de Asturias	Islas Baleares	Canarias	Andalucía
Derechos											
Renunciar/desistir		13	12	8		9	11	21		7	15
Percibir honorarios		13		8		9		21		7	15
Actuar con libertad/independencia		13	12			9					
Proponer la presencia de consultores			12								
Solicitar asesoramiento				8		9	11				
Obtener respeto/información de las partes											15
Requisitos											
Confidencialidad		4.b)	8.b)		11	10.13	8.3		16	4.4	16.h)
Competente						4.4					
Independiente			13.a)								
Imparcial	6	11	8.e)	9.f)	8.2	10.1		6	2.d)	4.5	16.f)
Neutral	6	11	8.f)	9.g)	8.2	10.1	8.5	5	2.c)	4.5	16.f)
Título homologado											
Registro		12	9.1	12	5 y 18	8.d)	6.c) y 10.g)	18	29.2	5	13.2
Formación	3.1	12.b)	9	7	5	8.c)		18	29.1	5	13.3.a)
Colegiación	3.1					8.b)	6.c)			5	

CUADRO 3. PROCEDIMIENTO

Procedimiento	Cataluña	Comunidad de Madrid	País Vasco	Comunidad Valenciana	Galicia	Castilla y León	Castilla-La Mancha	Principado de Asturias	Islas Baleares	Canarias	Andalucía
Sesión informativa	11										
Partes instan la mediación						15					
Designación del mediador		17	20	14	12	15		11	6	11	21
Entrevista informativa		18							9.2		
Inicio	12										
Reunión inicial	15			21	16	13	16	18	12		
Acta inicial	16		22.1	17			18.3	12.3		12	23
Acta final	18	19	22.2	19	15	17.2	22	15		14	22.3
Comediación	3.2			11		12	16.2	19	7	6	14
Medios electrónicos	8.1							8.2		6	

Anexo 4. Plantilla de análisis de conflictos (PIN)

Preguntas	Elementos
¿Quiénes?	Agentes
¿Cómo lo ve cada agente? ¿Qué piensa cada uno del otro y de la situación?	Percepciones
¿Qué dice cada agente que quiere? ¿Cuál es su exigencia?	Posiciones
¿Qué quiere, realmente, cada agente? ¿Para qué y por qué?	Intereses y deseos
¿Qué es aquello de lo que cada agente no puede prescindir?	Necesidades
¿Con qué contamos?	Recursos

Fuente: [2267]

[2267] BANDIERI, Luis María: «Análisis del conflicto», *op. cit.,* p. 62.

Anexo 5. Fases del proceso de mediación de Christopher Moore

Doce etapas del movimiento del mediador y situaciones críticas que deben ser afrontadas. Christopher MOORE, *El proceso de mediación* (pp. 68-69)

Etapa 1	Contactos iniciales con las partes en disputa
	Realizar contactos iniciales con las partes
	Promover la credibilidad
	Promover el *rapport*
	Educar a las partes acerca del proceso
	Aumentar el compromiso con el procedimiento
Etapa 2	Elegir una estrategia para orientar la mediación
	Ayudar a las partes a evaluar distintos enfoques de evaluación y resolución del conflicto
	Ayudar a las partes a seleccionar un método
	Coordinar los métodos de las partes
Etapa 3	Recopilar y analizar la información de los antecedentes
	Recopilar y analizar los datos pertinentes de personas, dinámica y sustancia del conflicto
	Verificar la exactitud de los datos
	Minimizar el efecto de los datos inexactos o que no puedan ser obtenidos
Etapa 4	Idear un plan detallado de la mediación
	Idear estrategias y movimientos consecuentes, no contingentes, que permitan a las partes avanzar hacia el acuerdo
	Identificar los movimientos contingentes para responder a situaciones peculiares del conflicto en cuestión
Etapa 5	Creación de confianza y cooperación
	Preparar psicológicamente a los litigantes con el fin de que participen en negociaciones acerca de las cuestiones fundamentales
	Manejo de las emociones intensas
	Controlar las percepciones y minimizar los efectos de los estereotipos
	Crear el reconocimiento de la legitimidad de las partes y las cuestiones
	Promover la confianza
	Aclarar las comunicaciones
Etapa 6	Comienzo de la sesión mediadora
	Iniciar la negociación entre las partes
	Establecer un tono franco y positivo
	Afirmar reglas básicas y pautas de comportamiento
	Ayudar a las partes a manifestar sus emociones
	Delimitar las áreas temáticas y las cuestiones en discusión
	Ayudar a las partes a explorar los compromisos, los aspectos destacados y la influencia

Etapa 7	Definición de las cuestiones y elaboración de una agenda
	Identificar las amplias áreas temáticas de interés para las partes
	Obtención de acuerdo en las cuestiones que serán examinadas
	Determinación de la secuencia para el manejo de los temas
Etapa 8	Revelación de los intereses ocultos de las partes en disputa
	Identificación de los intereses sustantivos, de procedimiento y psicológicos de las partes
	Educación de cada una de las partes acerca de los intereses de las restantes partes
Etapa 9	Crear alternativas de arreglo
	Promover entre las partes el conocimiento de la necesidad de alternativas
	Atenuar el compromiso con las posiciones o alternativas exclusivas
	Generar opciones que utilicen la negociación posicional o basada en los intereses
Etapa 10	Evaluación de las alternativas de acuerdo
	Revisión de los intereses de las partes
	Evaluación del modo en que los intereses pueden satisfacerse con las alternativas disponibles
	Evaluación de los costos y beneficios de la selección de alternativas
Etapa 11	Negociación definitiva
	Alcanzar el acuerdo a través de la convergencia creciente de posiciones, de los saltos definitivos hacia los acuerdos globales, del desarrollo de una fórmula consensual, o la afirmación de un medio de procedimiento destinado a permitir un acuerdo sustantivo
Etapa 12	Obtención de un acuerdo formal
	Identificación de los pasos del procedimiento para conferir carácter operativo al acuerdo
	Establecimiento de una evaluación y un procedimiento de supervisión
	Formalización del acuerdo y creación de un mecanismo de imposición y compromiso

Anexo 6. Negociación posicional frente a la negociación de Harvard

Negociación posicional frente a la negociación sobre las circunstancias[2268]

Problema negociación posicional		**Solución**
Blando	Duro	
Los participantes son amigos	Los participantes son adversarios	Los participantes son los solucionadores del problema
El objetivo es el acuerdo	El objetivo es la victoria	El objetivo es una sabia solución que se alcanza de forma eficiente y amigable
Haga concesiones para cultivar la relación	Exija concesiones como una condición para la relación	Separe a las personas del problema
Sea blando con los demás y el problema	Sea duro con el problema y con los demás	Sea blando con los demás y duro con el problema
Confíe en los demás	Desconfíe de los demás	Compórtese de una manera que no tenga que ver con la confianza
Cambie su posición fácilmente	Aférrese a su posición	Céntrese en los intereses, no en las posiciones
Haga ofertas	Amenace	Explore los intereses
Descubra su mínimo aceptable	Engañe o despiste con respecto a cuál es su mínimo aceptable	Evite tener un mínimo aceptable
Acepte pérdidas que afecten a un solo lado, a fin de alcanzar el acuerdo	Exija beneficios unilaterales como precio de acuerdo	Invente pociones en beneficio mutuo
Busque esa única respuesta: la única que ellos sí aceptarán	Busque esa única respuesta: la única que usted aceptará	Desarrolle opciones múltiples entre las que escoger; decida más tarde
Insista en el acuerdo	Insista en su posición	Insista en utilizar criterios
Intente evitar una pugna de voluntades	Trate de ganar una pugna de voluntades	Intente alcanzar un resultado basado en normas que sean independientes de la voluntad
Ceda ante la presión	Presione	Razone y permanezca abierto a los razonamientos: ceda ante el principio, no a la presión

[2268] URY, William; Roger FISHER y Bruce PATTON: *Obtenga el sí: el arte de negociar sin ceder*, *op. cit.,* p. 31.

Anexo 7. Metodología de la escuela de negociación de Harvard

Siete elementos de la escuela de negociación de Harvard[2269]

Intereses
¿Las partes entienden explícitamente sus propios intereses?
¿Cada parte entiende las prioridades y limitaciones de la otra parte?
Opciones
¿Se están generando suficientes opciones?
¿El proceso de inventar está separado del proceso de hacer compromisos?
Legitimidad
¿Se han considerado precedentes significativos y otros valores externos de equidad?
¿Se puede encontrar principios que sean plausibles para el otro bando? ¿Y para nosotros?
Relación
¿Cuál es la capacidad de las partes para trabajar juntas?
¿Hay una relación de trabajo entre los negociadores?
¿Las partes están prestando atención al tipo de relación que quieren tener en el futuro?
Comunicación
¿La manera en la que se comunican las partes ayuda o interfiere con su capacidad de manejar constructivamente el conflicto?
¿Se han implementado mecanismos para confirmar que lo que se entiende es realmente lo que quiso decir?
Compromiso
¿Los compromisos potenciales están bien diseñados?
¿Cada parte sabe lo que quiere acordar con la contraria?
Si la otra parte dijera sí, ¿está claro quién haría qué mañana por la mañana?
Alternativas
¿Cada bando entiende su mejor alternativa posible a un acuerdo negociado (MAPAN)?
¿Se están teniendo en cuenta las consecuencias negativas que se darían de no llegar a un acuerdo para acercar a las partes?

[2269] FISHER, Roger; Elizabeth KOPELMAN y Andrea Kupfer SCHNEIDER: *Mas allá de Maquiavelo: herramientas para afrontar conflictos*. Barcelona (España): Granica, 1996, p. 109.

Anexo 8. Esquema de las tres principales tipologías de mediación

	Lineal (Harvard)	Circular-narrativa (Sara Cobb)	Transformativa (Bush y Folger)
Bases	Inspirada en la negociación bilateral: la causa del conflicto es lineal, el desacuerdo	Fundamentada en la comunicación	El centro de interés son los aspectos relacionales del conflicto
	El contexto no determina el conflicto. Conviene eliminar la noción «culpa» para encarar las soluciones de futuro	Las causas del conflicto se retroalimentan creando un efecto circular de causa y efecto constantemente	La causalidad es circular
	La persona como cúmulo de necesidades e intereses	Principios sistémicos	Causas y efectos se suceden sin cesar
Métodos	Ordenamiento del proceso conflictual	Creación de contextos favorables para facilitar las soluciones asumidas por las partes	Procurar que las partes adquieran conciencia de sus propias capacidades de cambio y de transformación de sus conflictos
	Proceder a esclarecer las causas		
Objetivos	Reducir las causas de desacuerdo, aproximar los objetivos de las diferentes partes	Promover la reflexión de las partes con la finalidad de modificar un proceso negativo en positivo	Que las partes encuentren formas de cooperación, reconciliación, al margen de pretender solucionar el conflicto
	Determinar un acuerdo		
Características	El acuerdo es esencial	Los acuerdos son tácitos Lo importante es la mejora de las relaciones, los acuerdos son únicamente circunstanciales	Los acuerdos carecen de importancia; la adquisición de capacidades de gestión y la transformación de los conflictos es lo que importa desarrollar

Fuente: [2270]

[2270] VINYAMATA CAMP, Eduard: *Aprender mediación*, *op. cit.,* pp. 23-24.

Anexo 9. Tabla comparativa entre los enfoques de solución de problemas y la mediación transformativa

ENFOQUE BASADO EN LA SOLUCIÓN DE PROBLEMAS	MEDIACIÓN TRANSFORMATIVA
Orientada hacia el acuerdo	Orientada hacia el proceso
Con intención de proporcionar una evaluación en ciertas circunstancias	Escrupulosamente no-enjuiciadora
El mediador asiste a las decisiones	Focalizada en la responsabilidad de las partes de llegar a resultados
Enfatiza la competencia del mediador para ayudar a las partes a resolver la disputa	Confía en la competencia de las partes para resolver la disputa
La emoción se considera una interferencia para la resolución	La expresión y la emoción son vistas como un todo integral
Está enfocada hacia el futuro	Está enfocada en el aquí y ahora
Trabaja desde el macroenfoque	Trabaja desde el microenfoque
Se focaliza en la solución	Se focaliza en la relación
Entiende el conflicto como un problema	Entiende el conflicto como una oportunidad
Como objetivo: resolución del conflicto para la maximización del bienestar	Como objetivo: la transformación social para el cambio social
Concepción individualista	Concepción relacional

Fuente: [2271]

[2271] HOFFMAN, David A.: «Confessions of a Problem-Solving Mediator», *SPIDR News,* vol. 23, núm. 3 (1999), pp. 1-5.

Anexo 10. Técnicas del enfoque narrativo

MICROTÉCNICAS
Modo interrogativo
Las preguntas informativas
Las preguntas desestabilizantes y/o modificadoras
Modo afirmativo
La reformulación
La connotación positiva
La legitimación de las posiciones de las partes
La descontextualización
MINITÉCNICAS
La externalización
Los resúmenes
El equipo reflexivo
TÉCNICAS
La construcción de una historia alternativa
MACROTÉCNICAS
El proceso del encuentro de la mediación

Fuente: [2272]

[2272] SUARES, Marines: *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, *op. cit.,* pp. 245-246.