CONCEPCIÓN NARANJA

¿Debe ser la mediación judicial, prejudicial o intrajudicial, un ámbito exclusivo de los profesionales del Derecho?

NO, ya que desde una perspectiva legal, tanto dentro del ordenamiento jurídico español como de la legislación comparada de Latinoamérica, siguiendo la legislación y las garantías que derivan de ella, se dejará constancia de cómo el proceso de mediación vinculado al tribunal cumple con todas las garantías procesales necesarias para que el acuerdo y el contenido de este, esté en consonancia con la legalidad y el respeto a los derechos de las partes sin necesidad de que el mediador sea abogado. Además también a través de una perspectiva técnica, se establecerá qué formación se exige en España y en una buena parte de países latinoamericanos para ser mediador añadiendo, en este mismo punto, las conclusiones de un estudio de campo en el que los propios mediadores encuestados responden sobre la importancia que de la materia de los cursos de formación valoran para ser mediador profesional, así como su profesión de origen, su género y sobre cuánto practican la mediación. Se continuará con un perspectiva histórica de la mediación, analizando sus posibles orígenes y qué nos ha llevado hasta su profesionalización. En el último punto se hará una visión filosófica, recogiendo su esencia que engloba y define, sus propiedades, sus cauces y efectos

Lo primordial del proceso de mediación, respecto al a si debe ser un ámbito exclusivo de los profesionales del derecho vendrá determinado por la validez y ejecutividad del acuerdo al que pueden llegan las partes, porque será la prueba de su conflicto resuelto, total o parcialmente, pero realizado por ellas. En el caso de estar ante mediaciones conectadas con el proceso judicial, es decir, regidas por el Derecho Procesal, rama del ordenamiento jurídico que disciplina la forma y modo en la que deben tramitarse los procedimientos dentro de los órganos judiciales, evitando que existan errores y que se cumplan todas las garantías y derechos fundamentales, no, no hace falta que el mediador sea abogado.

1.-DESDE UNA PERSPECTIVA LEGAL, DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y LEGISLACIÓN COMPARADA DE LATINOAMÉRICA:

Una de las justificaciones del derecho procesal, viene determinada por la utilización adecuada de los derechos, porque aunque " tengas razón" (de acuerdo con la ley), es imprescindible que se utilicen correctamente las herramientas del derecho procesal, para evitar tomar la justicia por tu mano.

La ley de mediación española (Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en ámbitos civil y mercantil, a partir de ahora LM) habla de las materias específicas, de "derecho disponible" de las partes, el proceso de mediación, empieza, se desarrolla y se termina bajo la mirada y los filtros de la legalidad (el marco jurídico de la LM y los acuerdos del CGPJ, en el caso de mediaciones que no estén en el ámbito de esta).

Si son los órganos judiciales los que dan pie al comienzo de la mediación (intrajudicial) o la terminan (previa al proceso judicial o dentro del mismo proceso judicial) dándole la forma jurídica que la hace ejecutiva, una resolución judicial, eso implica que no es al margen de las garantías del proceso, por tanto no es al margen del artículo 24 de la Constitución Española[1]. Ni del principio de igualdad ante las partes, ya que en el proceso de mediación ambas partes pueden estar asesoradas jurídicamente, de acuerdo con el artículo 14 CE (igualdad ante la ley y los consiguientes recursos y garantías que podemos vincular ante este derecho fundamental, en los casos establecidos, como son el de Recurso Amparo[2], o

[1] Artículo 24 CE. "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión"

[2] Artículo 53.2 de la CE "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

Recuso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo[3] en ultimas instancias).

Fuera del ámbito de la LM, materias de especial garantía (como Mediación penal), es imprescindible el filtro judicial y la representación letrada, porque no olvidemos que estamos ante mediación vinculada al proceso judicial. Haciéndose imprescindible mencionar el artículo 119 CE (asistencia jurídica gratuita) y su desarrollo normativo (Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita) como derecho vinculado al tribunal.

Siguiendo con el ordenamiento jurídico español, la mediación judicial, y en las palabras de Soleto (2011): *"lo correcto sería hacer referencia a la mediación conectada con el Tribunal"*, por tanto de algún modo vinculada al proceso, podemos clasificarla, con relación a esta investigación concreta en tres clases:

1) Derivada por la autoridad judicial: en cuyo caso hablamos de mediación intrajudicial

2) Homologada por la autoridad judicial, porque previamente se ha llegado a un acuerdo [4] y este ha sido promovido por iniciativa privada o iniciativa del tribunal, pero sometida a un servicio de mediación privado no conectado con el CGPJ (Consejo General del Poder Judicial).

3) Derivada de la insatisfacción de las partes una vez terminado el proceso jurisdiccional.

[3] Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma, 4 de noviembre de 1950. Publicación en España: BOE número 243, de 10 de octubre de 1979

[4] Ya he recalcado que en el caso que no se llegara a acuerdo y no se ejercieran derechos ante la Jurisdicción y por tanto no estaríamos ante mediación judicial.

1) Derivada por la autoridad judicial: en cuyo caso hablamos de mediación intrajudicial.

Siguiendo a Soleto (2011) *la mediación intrajudicial será aquella que se lleve a cabo una vez se haya iniciado un proceso a través de la demanda y en cualquier momento de su devenir,(…) sin embargo, generalmente hace referencia a mediación intrajudicial cuando la iniciativa de la mediación parte del órgano jurisdiccional o cuando se utilizan los servicios del órgano jurisdiccional.*

Cuando la iniciativa parte del órgano judicial y se queda en el ámbito de los juzgados, se desarrolla de acuerdo con los protocolos de derivación judicial bajo las directrices de: "*Guía para la práctica de la mediación intrajudicial"* en la que específicamente se establece un protocolo para la derivación y un protocolo de homologación, que es diferente para cada materia susceptible de mediación.

En el caso de que no se llegase a acuerdo se continuará el proceso judicial sin pérdida de derechos, de la forma prevista por la ley.

En el caso de acuerdo parcial o acuerdo total, se homologa por resolución judicial, que será diferente según el momento procesal o la materia aplicable al acuerdo.

De acuerdo con la normativa española, para que el acuerdo sea totalmente homologado por resolución judicial siendo que las partes están en el procedimiento judicial el contenido del acuerdo tiene que ser únicamente sobre el objeto del procedimiento judicial.

Y el artículo 19 de la LM establece que las partes decidirán el objeto del conflicto que se somete a mediación, pudiendo ampliar por tanto el objeto del proceso.

El artículo 25.4 de la LM, dice que "*Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.".*

Por tanto y de acuerdo con lo establecido en Ley de Enjuiciamiento Civil no se podrá homologar las partes del acuerdo que estén fuera del objeto del proceso, ya que se estaría incumpliendo las garantías del proceso, lo que es congruente y apoya el argumento de la no necesidad de ser abogado para ejercer de mediador, ya que el abogado es potestativo pero siempre recomendado, para las partes en el proceso de mediación y el juez no podrá entrar a valorar ese objeto/s que se encuentren fuera del procedimiento judicial.

2) Homologada por la autoridad judicial, porque previamente se ha llegado a un acuerdo por las partes [5]a iniciativa privada o iniciativa del tribunal, pero sometida a un servicio de mediación privado no conectado con el CGPJ (Consejo General del Poder Judicial).

En estos casos, se presenta la demanda con el acuerdo, presentada en forma adecuada para el proceso. Fundamentalmente se da, en los casos de divorcio con mutuo acuerdo realizado a través de una mediación familiar. Por tanto, tiene todas las garantías propias del proceso judicial.

Existen otros casos como podría ser el reparto de una herencia o casos propios de jurisdicción voluntaria que estén en el ámbito de aplicación LM y pueden volverse ejecutivos una vez elevados a Escritura Pública. En este caso, también existe un filtro legal, ya que es el Notario, un experto profesional del Derecho el que lo eleva a Escritura Pública.

3) Derivada de la insatisfacción de las partes una vez terminado el proceso jurisdiccional.

La experiencia nos indica, que parte de la ciudadanía queda insatisfecha con las resoluciones judiciales, sobre todo en materia de familia, que suelen tener cambios en las circunstancias personales de las partes y acuden a un proceso de mediación. En estos

[5] Ya he recalcado que en el caso que se llegara a acuerdo y no se ejercieran los derechos para hacerlo ejecutivo ante la Jurisdicción no estaríamos ante mediación conectada con el tribunal.

casos, si bien pueden no estar totalmente conectados con el tribunal, debido a que pueden llevarse a cabo el cumplimiento sólo por la propia voluntad de las partes, y quedarían fuera de este debate, pero eso no es lo normal. Vuelven a conectarse con el Tribunal en cuanto quieren que se lleve a cabo su formalización, para garantizar su ejecutividad, pasando por el filtro judicial de la misma forma que si fuese por iniciativa privada.

En legislación comparada, respecto a la mayoría de los países latinoamericanos, la validez del acuerdo de mediación se establece por:

Argentina, el artículo 500.4 del código civil y procesal de la nación, le da valor de ejecutable directamente, salvo supuesto que se hayan controvertido los derechos de menores e incapaces, lo cual explica porqué los mediadores deben tener un conocimiento experto en derecho, ya que no es el juez o el notario en su caso, quien lo homologa, sino que es válido con la firma del mediador.

Ecuador: su Ley de Arbitraje y Mediación Codificación 14 Registro Oficial 417 de 14-dic.-2006 Artículo 47 le da efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de ultima instancia, siguiendo la vía de apremio, en el caso de acuerdo parcial, la parte de acuerdo es igual y en el caso de asuntos de menores y alimentos si le da posibilidad de revisión.

México, el Decreto número 251 Ley de mediación, conciliación y promoción de la paz social para el Estado de México se establece en el artículo 38 que, autorizados los convenios o acuerdos reparatorios por los titulares de los Centros o Unidades, o por los mediadores-conciliadores o facilitadores privados, surtirán entre las partes la misma eficacia que la cosa juzgada, pudiéndose ejecutar, en caso de incumplimiento, en la vía de apremio estableciendo mayor garantía (Artículo 39) si son relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes e incapaces, que deberán ser sometidos al Centro Estatal para su revisión y reconocimiento legal.

Bolivia, resalto primero, que aquí se le llama conciliador, pero que coincide con las características de un mediador, en su Ley Nº 708 Ley de 25 de junio de 2015 de Conciliación y arbitraje, establece que tiene validez ejecutable (artículo 33).

Perú: la Ley de Conciliación Ley Nº 26872 (artículo 18) el acuerdo constituye título de ejecución desde el mismo momento que cumple todos los requisitos.

Guatemala su Decreto No. 67-95 Ley de Arbitraje, se reglamenta el arbitraje y la conciliación, pero no la mediación.

República Dominicana, en el artículo 25 de la Resolución núm. 2142-2018, del 19 de julio del año 2018, en varias ocasiones hace referencia a que se homologará por el juez.

Brasil, Ley de Mediación (Ley Nº 13.140, del 26 de junio de 2015). El artículo 20 en su párrafo único estable la necesidad de la homologación judicial del acuerdo para su ejecutividad. Por tanto, pasa por un filtro judicial. Añadiendo además la necesidad de estar acompañadas las partes por un abogado.

Chile, regido por el Reglamento Decreto nº 957 que aprueba normas reglamentarias necesarias para la ejecución de la ley nº 19.968 (artículo 22) establece que tiene que ser aprobada por el juez para tener valor ejecutable.

Costa Rica: La Ley No. 7727 ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social vigente desde enero de 1998, de acuerdo con su artículo 10, los acuerdos judiciales de mediación tendrán valor de cosa juzgada una vez homologados por el juez.

Nicaragua, la Ley de mediación y arbitraje. Ley nº 540, aprobada el 25 de mayo del 2005, establece en su artículo 20 que será definitivo y ejecutable y en el caso de no cumplirse establece la norma procesal por la cual se hará ejecutable. Además, en su Reglamento de desarrollo, Reglamento de mediación acuerdo judicial no. 75 aprobado el 7 de marzo del 2000 (Publicado en la Gaceta, Diario Oficial No. 89 del 12 de mayo del 2000), le da su validez plena una vez aprobado por sentencia judicial.

Colombia: el Decreto nº 2137 de 4 de noviembre de 2015 (artículo 2.2.3.2.2.1.3.) establece que su efectividad solo tendrá las consecuencias propias de incumplir el acto o negocio jurídico que se haya convenido para solucionar el conflicto.

Uruguay: Su desarrollo normativo parte de la Constitución Nacional y tiene desarrollo legislativo según la materia sometida a mediación, pero no hay una regulación sobre la validez del acuerdo, por tanto, sólo tiene la validez de un contrato o negocio jurídico entre partes.

2.-DESDE UNA PERSPECTIVA TÉCNICA, DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y LEGISLACIÓN COMPARADA DE LATINOAMÉRICA:

Establecidas las argumentaciones desde un punto de vista legal respecto a la validez del acuerdo quiero ahora abordar ahora un punto de vista técnico, hablando de la formación que se exige legalmente para ser mediador y de una manera más empírica, de la que los propios mediadores valoran, recogiendo para este segundo punto en un estudio de campo.

a) Formación:

<u>Países que exigen ser abogado para ser mediador</u>

Argentina:

Mediación y conciliación. Ley 26.589 promulgada el 3 de mayo de 2003. Artículo 11. 1 (requisitos para ser mediador).

República Dominicana:

Resolución núm. 2142-2018, del 19 de julio del año 2018, que establece el Reglamento General sobre los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en la República Dominicana. Artículo 15. requisitos para ser conciliador o mediador. (Las personas que pueden acceder, si bien no son abogados tienen que ser Jueces/zas, Servidores Judiciales, Defensores Públicos o Empleados/as de la Defensa Pública y por tanto deben tener específicamente estudios en Derecho)

Países que no exigen ser abogado para ser mediador en:

En España:

Respecto a la formación exigida legalmente por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (Artículo 11. Condiciones para ejercer de mediador) A lo que hay que añadir su desarrollo reglamentario 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, que en su capítulo II de la formación del mediador establece los requisitos mínimos.

En el caso de algún tipo específico de mediación, como pudiera ser la mediación familiar por ponerla de ejemplo, las diferentes comunidades autónomas tienen una regulación específica, añadiendo más horas en formación teórico-prácticas y determinadas estudios previos como licenciatura, diplomatura o grado en materias concretas.

En el caso de derivación intrajudicial, los protocolos de derivación judicial se rigen por la "Guía para la práctica de la mediación intrajudicial" que en su página 13, específicamente se dice "*La profesionalidad del mediador resultará de haber alcanzado la formación exigida legalmente, de acumular experiencia y de mantenerse en constante reciclaje"* (remitiéndose por tanto a la legislación aplicable según territorio y los acuerdos firmados con el propio Consejo General del Poder Judicial).

En Bolivia:

Ley Nº 708 LEY DE 25 DE JUNIO DE 2015 de Conciliación y arbitraje (en este caso no lo conocen como mediador, pero coincide en materia con las características de un mediador) (artículo 36)

Brasil:

Ley de Mediación, Ley Nº 13.140, del 26 de junio de 2015 Mediadores judiciales (artículo 11) además en este caso, establece expresamente que las partes deben ser asistidas por abogado.

Chile:

Reglamento de la Ley nº 19.968 que crea los tribunales de familia y deroga Decreto nº 957 que aprueba normas reglamentarias necesarias para la ejecución de la ley nº 19.968 (artículo 112)

Colombia:

Decreto nº 2137 de 4 de noviembre de 2015 (Articulo 2.2.3.2.2.2.1.)

Costa Rica:

Ley No. 7727 ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, vigente desde enero de 1998 (no se exige ningún requisito concreto) si algunos colegios profesionales lo piden para estar en sus listas.

Ecuador:

Ley de Arbitraje y Mediación Codificación 14 Registro Oficial 417 de 14-dic.-2006. Artículo 54 establece que son los centros de mediación los que establecen los requisitos.

México:

Decreto número 251 Ley de mediación, conciliación y promoción de la paz social para el estado de México (artículo 13) y su reglamento (artículo 12)

Nicaragua:

Ley de mediación y arbitraje. Ley nº 540, aprobada el 25 de mayo del 2005. Si bien exige requisitos para ser árbitro no los especifica para ser mediador. Pero consultado la pagina web de la DIRAC (Dirección Alterna de Conflictos dependiente del poder judicial) podemos establecer que es necesario un curso homologado por ellos de 40H.

Panamá:

Decreto Ley N° 5 de 8 de julio de 1999 (artículo 59).

Perú:

Ley de Conciliación Ley No 26872 (artículo 20) y su reglamento de desarrollo, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley de Conciliación modificado por el Decreto Legislativo No 1070 (artículos 32 y ss.)

Uruguay:

Su desarrollo normativo parte de la Constitución Nacional, tiene desarrollo legislativo según el tipo de mediación que se desarrolle, pudiendo ser propiciados por el Poder Judicial o sistemas totalmente privados. Si bien no hay una regulación clara, sí he podido comprobar que para acceder a ser mediador del poder judicial no hace falta la titulación en derecho, pero sí curso específico en mediación.

En la mayoría de las legislaciones comparadas de Latinoamérica, podemos observar como la profesionalidad del mediador no viene determinada por sus estudios universitarios en derecho, es decir, ser abogados o expertos en derecho , sino que la máxima que predomina es tener conocimientos suficientes en la resolución de conflictos, concretamente en la mediación.

Para ello creo que es importante analizar la intervención en los conflictos, que siguiendo a Redorta (2004) podemos afirmar que existen dos grandes líneas de intervención, la heterecomposión y la autocomposición, siendo de esta segunda, la mediación y la negociación las figuras más importantes. Concretando en la mediación, dice, "*que puede ser vista como un proceso de desbloqueo de un conflicto a través de la intervención de un tercero, que se remite a la propia capacidad de las partes para hallar la solución a sus dificultades. Sin embargo, todos los mediadores experimentados y la misma investigación han dado una importancia crucial y creciente a un aspecto del problema: el análisis del conflicto. Es decir, la composición de lugar que se hace el mediador respecto de lo que está ocurriendo"*

No sólo este autor se centra en el conflicto, como fundamento de la mediación, sino que en palabras de Vinyamata (2003), los conocimientos en conflictología se hacen imprescindibles para poder desarrollar y aplicar la mediación. Porque el mediador a pesar de llevar el control del proceso no lleva el control del contenido, esa no es su función, él logra que las partes se hagan cargo del conflicto y lo resuelvan por sí mismas. Y como control debe tener unos conocimientos mínimos de lo que la ley permite o no, para establecer un marco mínimo sobre la materia de la que pueden disponer para validez de los acuerdos en el caso de que se llegue a ellos, pero en base a la referencia de los autores citados, el mediador no necesita ser abogado porque la función de asesorar sobre el contenido de los posibles acuerdos es del asesor jurídico.

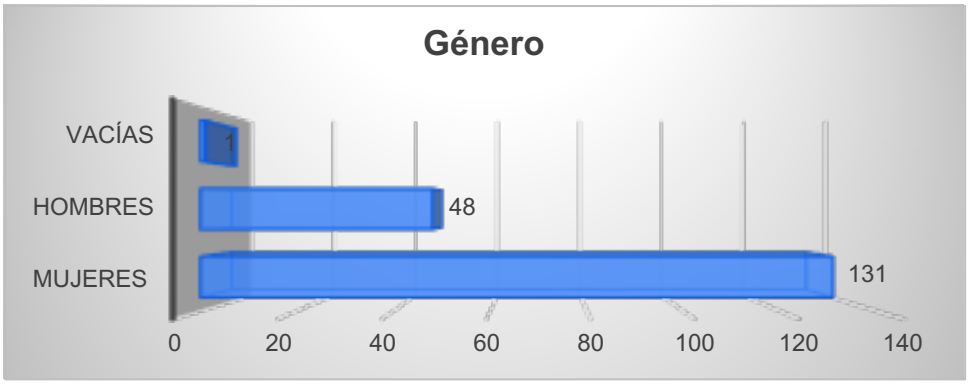
b) Estudio de campo:

Para este punto se desarrolló una encuesta, respondida por 180 mediadores, de distintas disciplinas de origen y de diferentes países (España y Latinoamérica). Las siguientes preguntas.

La primera pregunta:

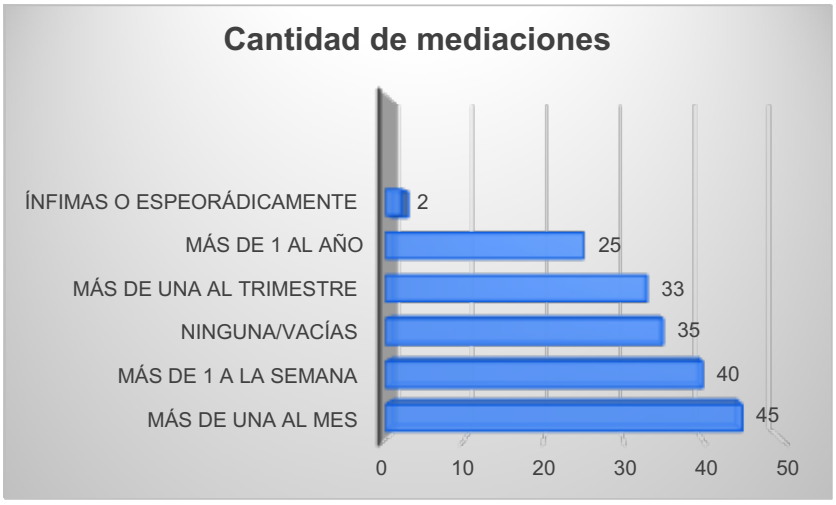
La gran mayoría de los encuestados son profesionales del derecho (97 si añadimos al registrador de la propiedad y al procurador de los tribunales) que supone el 54% del total seguidos por psicólogos que representan (14) el 8%, de los arquitectos (11) el 6% y quienes no contestan que son (9) un 5%. El resto de los encuestados, la gran mayoría podemos enmarcarlos en profesionales del sector social o servicios.

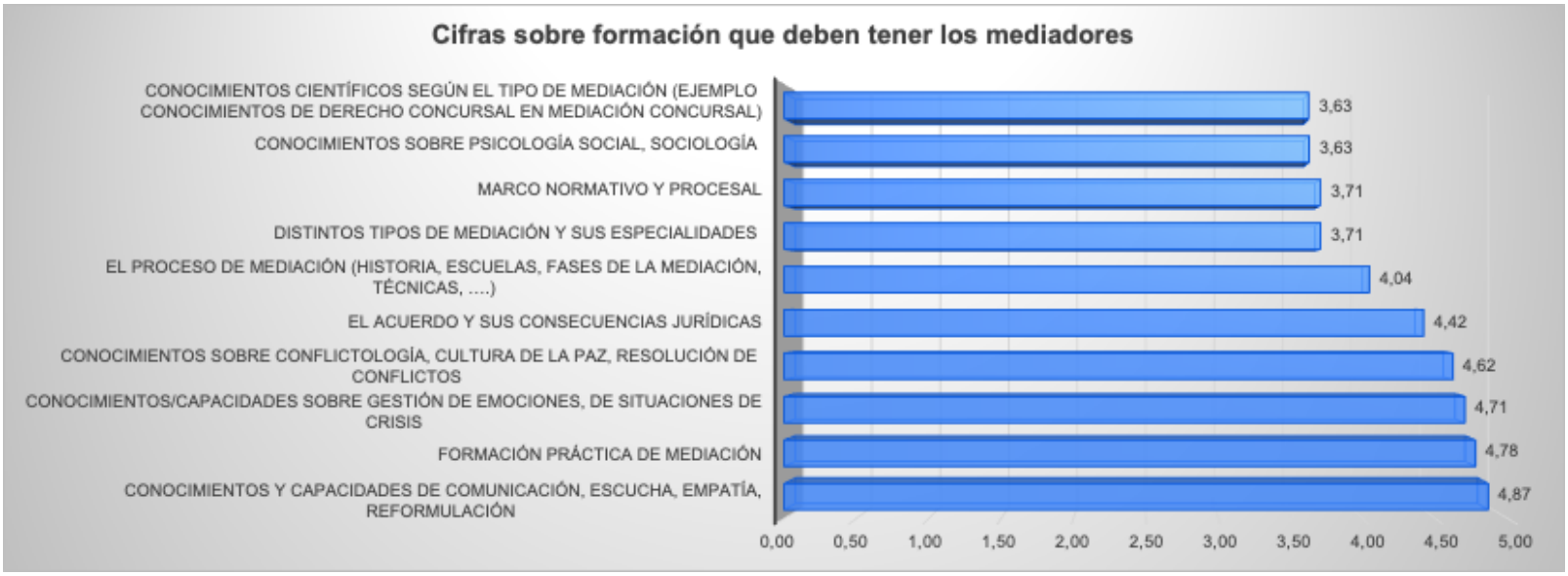
La segunda pregunta relativa al género de los encuestados:



Arroja un resultado mayoritariamente femenino, con un 73% de los encuestados.

Respecto a la tercera pregunta, según la cantidad de mediaciones que realizan, marcando unos espacios de tiempo, podemos ver que hay, un 22% que realiza más de 1 a la semana, un 25% que realiza más de una al mes, un 18% que realiza más de una al trimestre, un 14% que realiza más de una al año y un 19% que no realiza ninguna. Por tanto, un 79% de los encuestados, tiene una relación más o menos práctica de la mediación.





En las últimas preguntas se pide que se valore de 0 (el menor valor) a 5 (el máximo) respecto a las materias específicas en las que tiene que estar formado un mediador.

Las puntuaciones de menos a más son:

3,63 sobre 5 en las preguntas:

-¿Podrías decirme qué valor le das del 1 al 5 a CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS SEGÚN EL TIPO DE MEDIACIÓN (EJEMPLO CONOCIMIENTOS DE DERECHO CONCURSAL EN MEDIACIÓN CONCURSAL)

-¿Podrías decirme qué valor le das del 1 al 5 a CONOCIMIENTOS SOBRE PSICOLOGÍA SOCIAL, SOCIOLOGÍA?

3,71 sobre 5 en la preguntas:

-¿Podrías decirme qué valor le das del 1 al 5 a MARCO NORMATIVO Y PROCESAL

-¿Podrías decirme qué valor le das del 1 al 5 a DISTINTOS TIPOS DE MEDIACIÓN Y SUS ESPECIALIDADES?

4,04 sobre 5 en la pregunta:

-¿Podrías decirme qué valor le das del 1 al 5 a EL PROCESO DE MEDIACIÓN (¿HISTORIA, ESCUELAS, FASES DE LA MEDIACIÓN, TÉCNICAS…?

4,42 sobre 5 en la pregunta:

-¿Podrías decirme qué valor le das del 1 al 5 a EL ACUERDO Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS?

4,62 sobre 5 en la pregunta:

-¿Podrías decirme qué valor le das del 1 al 5 a CONOCIMIENTOS SOBRE CONFLICTOLOGÍA, CULTURA DE LA PAZ Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS?

4,71 sobre 5 en la pregunta

-¿Podrías decirme qué valor le das del 1 al 5 a CONOCIMIENTOS/CAPACIDADES SOBRE GESTIÓN DE EMOCIONES, DE SITUACIONES DE CRISIS

4,78 sobre 5 en la pregunta:

- ¿Podrías decirme qué valor le das del 1 al 5 a FORMACIÓN PRÁCTICA DE MEDIACIÓN?

4,87 sobre 5 en la pregunta:

-¿Podrías decirme qué valor le das del 1 al 5 a CONOCIMIENTOS Y CAPACIDADES DE COMUNICACIÓN, ESCUCHA, EMPATÍA, REFORMULACIÓN?

Las conclusiones a las que se llega tomando por referencia estos resultados determinan claramente la no necesidad de que las mediaciones conectadas al tribunal sean exclusivamente realizadas por abogados porque, los mediadores dan mayor importancia a las capacidades que debe tener un mediador respecto a su capacidad práctica y resolución de conflictos que a los aspectos puramente normativos, exceptuando las consecuencias jurídicas del acuerdo a la que sí le dan un importancia mayor. No olvidemos que las cifras de profesionales del derecho representan un 54% de los encuestados.

Datos interesantes que destacar son:

-Que la profesión es mayoritariamente femenina, un 73% de los encuestados.

-Que las mediaciones que se están realizando están muy concentradas en determinados profesionales, ya que un 22% hace más de 1 a la semana frente a un 19% que no hace nunca. Además, en este punto resaltar, que algunos de ellos han dado motivos explicando de porqué esas cifras, porque están en búsqueda de trabajo, porque se dedican más al sector privado, porque aún no han podido registrarse o porque se dedican a la divulgación en otro caso.

3.-DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA:

Históricamente hablando no podemos hablar de mediación profesional como la conocemos ahora, pero sí de figuras parecidas que son el origen de esta.

Así, en siguiendo a García Gérboles , Muesmann (2010), y a Prieto (2020) en su artículo "Historia de la Mediación desde Mesopotamia hasta nuestros días", los primeros indicios de la mediación se encuentran en Mesopotamia, en el Código de Hammurabi del 2000 A.C., y se enmarcan en el ámbito del intérprete para favorecer el comercio.

En un siguiente paso de línea temporal, como dicen Folberg y Taylor (1997), Confucio hablaba de una armonía natural de las relaciones humanas que no debía interrumpirse, siendo la mejor solución para un conflicto la conseguida a través de la persuasión moral y en un acuerdo no basado en la coacción.

Si seguimos avanzando y continuando con los estudios de García Gérboles y Muesmann (2010), la experiencia romana donde se empezará a delinear la figura del mediador se conoce con el nombre de *proxeneta o mediator*, son los primeros pasos de una regulación jurídica propia que se plasmará en los textos Ulpianeos pero con una regulación escasa e insuficiente.

Muchos autores, como Corzón(2010), o García Gérboles, Muesmann.(2010) y Sanchís(2013), establecen en España, el Fuero de Avilés (1076) como la primera constancia escrita: "*medianedo*", una fórmula de intervención mediadora, que hace

referencia a una primera reglamentación de la tradición mediadora de las juntas vecinales, los gremios medievales y las hermandades agrarias y rurales.

Si hablamos de las *Costums de Tortosa*, con los *corredores,* son ejemplos de formas alternativas de regulación y gestión del conflicto que se anexionan a un ordenamiento jurídico, pero no están regulados hasta la Novísima Recopilación, donde por primera vez, (Título VI Libro IX) se establecen condiciones y limitaciones para poder ser corredor. También es digno de mención, de acuerdo con Corzón (2010), el término que se recoge en medio rural gallego y que se mantuvo presente hasta la mitad del siglo pasado los "*boni homines* o *meliores"* que venía a ser un líder carismático y natural.

Siguiendo al mismo autor es imprescindible hacer referencia a lo dicho por el lexicógrafo Sebastián de Covarrubias Horozco(2006), en su obra *"Tesoro de la lengua castellana o española*" que recoge el término *medianero* para referirse aquel que se pone de por medio para componer diferencias fechado en 1611.

En 1734, en el *Diccionario de Autoridades* contamos con la siguiente definición de Mediación: "*la interposición de alguno que pretende componer o reconciliar a otros que están entre sí discordes o conseguir alguna cosa para otro*."

Por tanto, hasta la Novísima recopilación no se había exigido ningún tipo de estudio especial o condición, sino solamente unas habilidades y capacidades propias determinadas, en realidad, por la fidelización de los clientes.

Realmente no es hasta el S.XX mediados cuando empieza a institucionalizarse el mediador y la mediación como una profesión. Siendo la pionera EE.UU que en 1838 genera el primer acuerdo de mediación gubernamental siendo el origen directo del servicio servicio Federal de Conciliación y mediación (Federal Mediation and Conciliation Service (FMCS)) en el ámbito laboral [6] institución creada en 1947, en Washington DC.

[6] https://www.fmcs.gov/aboutus/our-history/

Si es verdad que hay muchas más referencias históricas a la resolución de conflictos alternativas a la vía judicial pero, más referidas al arbitraje, como en la España musulmana, el *"Sahib al Mazalim"* señor de las injusticias, que atendía quejas promovidas por los particulares por actos que les perjudicaban de los oficiales públicos, en Edad Media, podemos encontrar las primeras constancias en el Fuerzo Juzgo (tercero distinto al Juez), en la Ley I del Fuero Viejo de Castilla (tercero interviniente en un pleito) y en el de las Siete Partidas (juzgadores de albedrío o jueces de avenencia) , el *Tribunal de las Aguas de Valencia*, o lo que en Murcia se conocía como el "*Consejo de hombres buenos",* los casos de Hilakata en Perú, el Ruvichá (líder)-Nhimugava (consejo de ancianos) en el continente Africano, en las comunidades de etnia Romaní, el Patriarca, y muchos más hasta la institucionalización del arbitraje que en España, podemos referenciar por escrito desde el artículo 280 y siguientes de la Constitución de 1812. Son antecedentes directos de la resolución de conflictos ligados en alguna forma a la mediación pero no mediadores como hoy se define por la doctrina.

4.-ASPECTO FILOSÓFICO:

La esencia de la mediación viene definida por:

1. Las propiedades (lo que lo diferencia del proceso judicial y de los demás ADR[7]).

La mediación es un proceso, en el que el mediador facilita el acuerdo a través de la evaluación de la disputa o conflicto y se canaliza bajo reglas de confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, voluntariedad, buena fe y flexibilidad, lo que facilita que las partes implicadas opten por estos medios alternativos, que evitan foros públicos de discusión y responsabilidad propia, ya que ellos mismos gestionan el conflicto con la ayuda del mediador. El concepto nuclear de la mediación es la noción de consentimiento

[7] Alternative Dispute Resolution o Resolución Alternativa de conflictos. Como el Arbitraje, la conciliación, la negociación, etc.

informado, por el que las partes conocen el contenido de la mediación y consienten en la participación en el proceso mediador así como sus consecuencias directas la validez del acuerdo al que pueden llegar.

2. Cauces de la mediación

Como ya hemos constatado pueden ser por iniciativa privada o por iniciativa de las instituciones. Hay variantes en los que en determinadas regulaciones establecen la obligatoriedad de intentar un proceso alternativo de resolución de conflictos como la mediación, antes de pasar por el procedimiento judicial en determinadas materias como pueda ser el Derecho de Familia o el Laboral, pero es un debate abierto y la doctrina no se pone de acuerdo en si es contrario a la propia esencia de la mediación por su concepción nuclear de voluntariedad.

3. Efectos de la mediación

Son numerosos los estudios que hacen referencia a los efectos positivos de la mediación, sobre todo en los relativos a la comprensión del conflicto y la asunción de las responsabilidades derivadas de ellos, gestionándose por las propias partes con la ayuda de un profesional el mediador y además en un aspecto más material, de los efectos en lo conocido como el “desatasco o liberación de los procesos contenciosos en los tribunales”. En base a la bibliografía consultada entre otros muchos, Haynes (1993) Ury (2004), Grover, Grosch y Olczak (1996), García Villaluenga (2006), Suares (2002), Merino (2013), Diez y Tapia (2004), Ortuño (2018), la mediación se prepara como una herramienta imprescindible para crear una cultura de paz en la sociedad actual, el cual será su mejor efecto.

CONCLUSIONES:

En base la bibliografía y legislaciones consultadas y tomando en cuenta el debate de si un mediador debe ser abogado cuando la mediación está conectada con el Tribunal, es claramente un no. No, porque el valor jurídico del acuerdo que sería donde se podrían perder los derechos y garantías de las partes, esto no se va a dar porque un profesional o

experto del derecho va a darle su ejecutividad. Así, en el Ordenamiento jurídico español, la mediación conectada al Tribunal va a pasar en todo caso, por una resolución judicial en el caso de que se llegara a acuerdo y se quiera su ejecutividad. En el caso de que comenzara a iniciativa del Tribunal pero se desvinculara del proceso judicial, para su ejecución (entendida forzosa ante los tribunales), en la materias que la ley lo permita, sólo adquirirá ese carácter una vez elevado el acuerdo a Escritura pública en cuyo caso, pasa por el filtro de un experto en Derecho, que es el notario que, velará por su legalidad y por los derechos las partes.

En la legislación comparada sobre todo en el caso de Latinoamérica, República Dominicana, Brasil, Chile, Costa Rica y Nicaragua, para la plena validez del acuerdo ha de ser homologado por resolución judicial. En Argentina, Ecuador y México los acuerdos son válidos desde la firma de este, eso sí establecen supuestos en los que son necesarios la homologación por parte del Poder judicial. El resto de los países estudiados, Bolivia y Perú la validez del acuerdo es desde que se cumplen todos los requisitos. Y uniendo esta validez del acuerdo con la formación, en todos los países estudiados piden unos contenidos que van en consonancia con el desarrollo de la profesión, y recogiendo los datos del estudio de campo realizado nos muestran que la formación en los aspectos meramente legales es la menos valorada que no significa menos importante, sino que con unos conocimientos suficientes y un filtro judicial que homologue el acuerdo sería suficiente para desarrollar la profesión sin tener que ser abogado para ejercerla.

BIBLIOGRAFÍA:

Soleto Muñoz H. (directora): *"Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos"* Editorial Tecnos. Madrid España. Año 2011

Alastruey, R., (coord.) "*Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*" CGPJ España Madrid: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/

Lorenzo Aguilar J.(Coord.), *"Memento experto de mediación*". Editorial: Francis Lefebre, Madrid. España 2017.

Escudero Herrera, C. y Monterroso Casado, E., (coord.)"*Mediación Civil y mercantil"* Editorial CEF.

España: Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y 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. (https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/27/pdfs/BOE-A-2013-13647.pdf) (https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-13647)

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/

Argentina: CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. TEXTO ACTUALIZADO DE LA LEY N° 17.454 (t.o. 1981) http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm#10

República Dominicana, en el artículo 25 de la Resolución núm. 2142-2018, del 19 de julio del año 2018 (https://web.senado.gob.bo/sites/default/files/LEY%20N°%20708-2015.PDF)

Bolivia: Ley Nº 708 LEY DE 25 DE JUNIO DE 2015 de Conciliación y arbitraje

Brasil: Ley de Mediación (Ley Nº 13.140, del 26 de junio de 2015). https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/es/mediacion/legislacao/

Chile: DECRETO 763 APRUEBA REGLAMENTO DE LA LEY Nº 19.968 QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA Y DEROGA DECRETO Nº 957 QUE APRUEBA NORMAS REGLAMENTARIAS NECESARIAS PARA LA EJECUCIÓN DE LA LEY Nº 19.968 : https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1002564. http://iura.cl/19968/112.html

Colombia: el Decreto nº 2137 de 4 de noviembre de 2015 (https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Ministerio/decreto%20unico/%23%20decretos/11.%20Decreto%202137%20del%204%20de%20Noviembre%20de%202015.pdf)

Costa Rica: La Ley No. 7727 ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, vigente desde enero de 1998 (http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2012/05/Costa-Rica.pdf)

Ecuador: su Ley de Arbitraje y Mediación Codificación 14 Registro Oficial 417 de 14-dic.-2006: (https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2019-09/LEY%20DE%20ARBITRAJE%20Y%20MEDIACION_21_08_2018.pdf)

Guatemala su Decreto No. 67-95 Ley de Arbitraje (http://www.sice.oas.org/investment/NatLeg/GTM/Arbitraje_s.pdf)

México, el Decreto número 251 Ley de mediación, conciliación y promoción de la paz social para el estado de México (https://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-mediacion/latinoamerica/mexico-ley-mediacion-conciliacion-promocion.pdf)

Nicaragua, la Ley de mediación y arbitraje. Ley nº 540, aprobada el 25 de mayo del 2005, Reglamento de desarrollo, Reglamento de mediación acuerdo judicial no. 75 aprobado el 7 de marzo del 2000 (Publicado en la Gaceta, Diario Oficial No. 89 del 12 de mayo del 2000) (http://www.sice.oas.org/Investment/NatLeg/NIC/MedArbitr_s.pdf) (http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/1646DABF2A8CD8F906257210006786 22?OpenDocument)

Perú: la Ley de Conciliación Ley Nº 26872(https://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-mediacion/latinoamerica/peru-ley-conciliacion.pdf) Reglamento de la Ley de Conciliación modificado por el Decreto Legislativo No 1070 (https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2017/07/05211342/reglamento-de-la-ley-de-conciliacion-d-l-n-1070.pdf)

Uruguay: Constitución Nacional y tiene desarrollo legislativo según la materia sometida a mediación (https://www.uruguayconcursa.gub.uy/Portal/servlet/com.si.recsel.verllamado?17020 http://edgardoettlin.blogspot.com/2014/01/la-practica-de-la-mediacionen-la.html)

https://www.diariodelmediador.com/2019/10/registros-autonomicos-para-el-mediadora.html

Panamá:

Decreto Ley N° 5 de 8 de julio de 1999 (http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Panamá-Ley%205%20de%20julio%20de%201999.pdf)

Rodorta J. "*Cómo analizar los conflictos"* Ed. Paidós Ibérica S.L Barcelona. España. Año 2004.

Vinyamata Camp, E. *"Aprender Mediación".* Editorial Paidós. Barcelona. España año 2003.

Souto E. (directora), "*La Mediación un instrumento de conciliación*" Editorial Dykinson s.l.2010 Madrid. España (Coruzo F.M. páginas 3-11)

Folger y Taylor, "*Mediación, Resolución de conflictos sin litigio"* Ed Limusa Grupo Noriega Editores, México, 1997

Rodríguez-Arana Muñoz J., De Prada Rodríguez (directores) "*La mediación presente, pasado y futuro de una institución jurídica"* Editorial Netbiblo. La Coruña. España. Año 2010

Prieto, T. 2020 Historia de la Mediación desde Mesopotamia hasta nuestros días: https://www.amediar.info/historia-de-la-mediacion-desde-mesopotamia/

Haynes M.J., *"Fundamentos de la mediación familiar".* Ediciones Gaia. Móstoles (Madrid) España. Año 2012

Diez F. y Tapia G., "*Herramientas para trabajar en mediación*" Editorial Paidós Buenos Aires Argentina. Año 2004

Grover Duffy K., Grosch J.W., Olzac P.V., *"La mediación y sus contextos de aplicación*". Editorial Paidós Barcelona España. 1996

García Villaluenga L., "*Mediación en Conflictos familiares"* Editorial Reus Madrid España Año 2006

Suares M., "*Mediando en sistemas familiares*" Editorial Paidós Buenos Aires Argentina Año 2002

Merino Ortiz C., "*La mediación familiar en situaciones asimétricas*" Editorial Reus Madrid España 2013

Ortuño Muñoz P., "*Justicia sin jueces*" Editorial Ariel. Barcelona España Año 2018.