

LA MEDIACIÓN A TRAVÉS DE SUS PRINCIPIOS. REFLEXIONES A LA LUZ DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

LETICIA GARCÍA VILLALUENGA
Profesora Titular de Derecho Civil
Directora del Instituto Complutense de
mediación y gestión de conflictos (IMEDIA)

Resumen: *La mediación es una materia emergente, actual y de honda trascendencia social y jurídica, y su desarrollo, al igual que el del resto de las denominadas ADR (Alternative Dispute Resolution), responde a la necesidad de mejorar el acceso a la justicia como apuesta política de la Unión europea. No obstante, la mediación se perfila también como instrumento de paz social que conlleva una mayor participación cívica, respondiendo, así, a un concepto amplio de hacer justicia desde y para sus protagonistas. Hablar de mediación es referirse necesariamente a los principios que la configuran y que son aceptados, casi unánimemente, por las leyes de mediación de distintos países y por los Instrumentos internacionales dictados en la materia. Así, la voluntariedad, la imparcialidad, la neutralidad, la confidencialidad y la profesionalidad del mediador, junto a la buena fe, la flexibilidad del proceso y el carácter personalísimo del mismo, se pueden considerar como los ejes en torno a los cuales se configura y ha de desarrollarse la mediación. A ellos tendrá que dar respuesta la futura Ley española de mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuyo Anteproyecto se presentó al Consejo de Ministros el 19 de febrero de 2010, a fin de incorporar al Derecho español La Directiva 2008/52 CE.*

Palabras clave: *Justicia, solución alternativa de conflictos (ADR), Mediación, Mediadores profesionales, Ley española sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles.*

Abstract: *Mediation is an emerging field, current and with serious social and legal significance and their development, like the rest of the so-called ADR (Alternative Dispute Resolution), respond to the need of improving the access to justice as a policy commitment of the European Union. However, mediation is emerging also as an instrument of social peace that leads to greater civic participation, responding thus to the broad concept of doing justice to and for its protagonists. Talk about mediation is necessarily referring to the principles which shape it and are accepted, almost unanimously, by the mediation laws of the different countries and the international instruments which this field dictates. Thus, voluntariness, impartiality, neutrality, confidentiality and the mediator's professionalism, along with a good faith, the flexibility of the process and its personal nature, can be considered as the axis around which mediation is configured and has to be developed. To all of them the future Spanish Law on mediation in civil and commercial cases will have to answer, which outline was presented to the Council of Ministers on February 19, 2010, to incorporate into Spanish law Directive 2008/52 EC.*

Key words: *Justice, alternative dispute resolution, mediation, social peace, principles, voluntariness, impartiality, neutrality, confidentiality, professionalism of the mediator, spanish Law on mediation in civil and commercial cases.*

Sumario: I. Los principios de la mediación como eje y esencia de la institución mediadora: 1. Antecedentes normativos.– 2. El Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles ante los principios de la mediación.– II. Configuración normativa de los principios de la mediación versus propuestas del Anteproyecto de Ley de mediación: 1. Voluntariedad.– 2. Imparcialidad.– 3. Neutralidad.– 4. Confidencialidad.– 5. La formación específica del mediador. Una propuesta de incorporación al Anteproyecto de Ley.

I. Los principios de la mediación como eje y esencia de la institución mediadora

1. Antecedentes normativos

La esencia de la mediación la constituyen, sin duda, los principios sobre los que se está consolidando. La importancia de los mismos es, pues, crucial, ya que se trata de los elementos que determinan el modo en que se configura la institución mediadora. En efecto, los principios 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.

El Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en adelante, Anteproyecto de Ley, se refiere a los «*Principios informadores del procedimiento de mediación*» que dan título al Capítulo II, y, tras disponer en diversos artículos algunos de ellos, recoge, con equívoca sistemática, referencia expresa a los «*Principios informadores de la mediación*», en el artículo 12, tal como expondremos.

De la trascendencia de dichos principios ya se hizo eco la *Recomendación n.º R (98) 1, sobre Mediación Familiar, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 21 de enero de 1998*, en adelante R (98) 1¹. Dicho Instrumento legal puede considerarse como el referente inmediato de la regulación de la mediación en Europa, con honda trascendencia también en España, de ahí que haya sido reconocida expresamente como antecedente en las leyes de mediación familiar dictadas por las Comunidades Autónomas².

El valor que se le da a los principios de la mediación en la R (98) 1 es notable, contemplándolos en relación con distintos aspectos de la misma³.

Así, distingue entre «*los vinculados a la organización de la mediación*», en los que se hace hincapié en la voluntariedad de la mediación y en la capacitación de los mediadores⁴, y «*los relativos al proceso*», que se presentan, en buena medida, como obligaciones del mediador (imparcialidad, neutralidad y falta de toma de decisión por el mediador)⁵. Muchos de estos principios han llegado a nuestros días configurándose como pilares de la mediación y no es de extrañar que gran parte de ellos se recojan actualmente en el Anteproyecto de Ley de mediación en Asuntos civiles y mercantiles. Así, podemos citar: la voluntariedad, la imparcialidad, la neutralidad, la confidencialidad, la igualdad de las partes y la buena fe, ex arts 7 al 12 del Anteproyecto de Ley, aunque éste presente carencias importantes en relación a ciertos principios, como la necesaria formación del mediador, que sí estaban presentes en la R (98) 1.

Referente necesario en esta materia es, también, el *Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*⁶, que tuvo en cuenta la citada R (98) 1, a pesar de ampliar el ámbito de intervención más allá de la mediación familiar⁷. El citado documento señala que se constata en la práctica por las autoridades públicas algunos principios comunes a todos los procedimientos, aunque los Estados miembros insisten especialmente en que se presentan en forma de garantías mínimas⁸. Así, las partes en conflicto son libres de recurrir o no a las ADR⁹, lo que afecta directamente al principio de voluntariedad¹⁰, rigiéndose también el proceso por la imparcialidad y la equidad del tercero encargado del mismo, que ha de respetar el principio esencial de la confidencialidad¹¹.

El reconocimiento de dichos principios generales determinó la conveniencia de elaborar un Código deontológico a nivel europeo que los contuviese. Así se puso de manifiesto en el Libro Verde, al considerar que dichos Códigos ocupan un lugar privilegiado en el funcionamiento y calidad de las ADR¹². Esta necesidad se ha visto reconocida en el *Código de Conducta Europeo para los Mediadores* de 6 de abril de 2004, que alude expresamente a los de independencia e imparcialidad, neutralidad y confidencialidad.

Asimismo, la *Propuesta de Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre determinados aspectos de la mediación en materias civiles y comerciales*¹³, primero y, después, *La Directiva 2008/52 CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008*, incidieron en el carácter confidencial de la mediación¹⁴, en su voluntariedad¹⁵, en la imparcialidad y

competencia del mediador¹⁶, en la flexibilidad del procedimiento¹⁷ y en la buena fe¹⁸, como principios esenciales de la misma.

En la línea marcada por estos Instrumentos internacionales, las leyes de mediación promulgadas en los distintos países de la Unión Europea van reconociendo carta de naturaleza a esta institución¹⁹, entendiéndola como un proceso extrajudicial e identificándola con unos principios comunes. De estos destacamos los siguientes: la flexibilidad del proceso de mediación, que no pone en cuestión la garantía del mismo, permitiendo suspender en la mayoría de los casos el procedimiento judicial²⁰; la transparencia; la eficacia; la confidencialidad de la mediación, que afecta a los mediados y al mediador²¹; la voluntariedad, que se manifiesta no tanto en la forma de llegar a la mediación²², como en la autonomía para firmar el contrato de mediación, continuar el proceso y, en su caso, llegar a acuerdos²³; la imparcialidad del mediador; el hecho de que no pueda tomar decisiones, que corresponden plenamente a las partes; la necesaria formación del mediador²⁴ y la confidencialidad del proceso²⁵. Todos ellos son lugares comunes de identificación de esta figura, al configurarse como principios rectores de la mediación. Así se presentan como garantías mínimas de este sistema con un amplio refrendo en las leyes europeas en la materia, como se ha apuntado, de las que se hacen eco, sin duda, las leyes españolas de mediación dictadas hasta el momento²⁶.

En efecto, el legislador autonómico español tiene en alta consideración la institución mediadora y sus principios, recogiendo como elementos comúnmente aceptados en las normas dictadas en la materia, entre otros, los siguientes: voluntariedad²⁷, imparcialidad, neutralidad y profesionalidad del mediador²⁸, así como la confidencialidad²⁹. En el mismo sentido, el capítulo II de la *Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de Cataluña*, en los artículos 5 al 9, establece como principios esenciales la voluntariedad, la imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora, la confidencialidad, el carácter personalísimo de la mediación y la buena fe, en la línea marcada por su predecesora³⁰.

En el ámbito nacional hay que destacar la *Ley 15/2005, de 8 de julio que modifica el C.c. y la L.E.C. en materia de separación y divorcio*. Dicha norma conceptúa la mediación en la Exposición de Motivos en sintonía con los principios reconocidos por las leyes europeas y por las autonómicas españolas³¹. Así, incide sobre los principios de voluntariedad, confidencialidad y sobre el carácter imparcial y neutral de la figura del mediador³².

2. El Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, ante los principios de la mediación

Recogiendo el testigo de las anteriores normas de mediación, tanto europeas como españolas que le preceden en la materia, el Anteproyecto de ley ha querido dar relevancia a los principios que rigen la institución mediadora. Así se pone de manifiesto en la propia concepción de la mediación, que viene vinculada a su desarrollo, acorde a los principios que la Ley establece. El artículo 1º, al definir la mediación, dispone: *«A los efectos de esta Ley se entiende por mediación aquella negociación estructurada **de acuerdo con los principios de esta ley**, en que dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador»*.

También se desprende el reconocimiento a los principios de la mediación de la obligación de respeto que han de tener hacia ellos las instituciones de mediación y el consecuente de velar por ello que la Ley atribuye a las Administraciones³³.

A este respecto hay que señalar que la sistemática en la que se han dispuesto los «Principios informadores del proceso de mediación» (Cap. II) y los «Principios informadores de la mediación» (art. 12), hace que nos cuestionemos no sólo su procedencia, sino también qué significado ha querido atribuirle el legislador. Así, si entendemos que el artículo 12 recoge los principios rectores de la propia institución mediadora, la ubicación del mismo, al final del Capítulo II, carece de sentido y, más bien, debería reubicarse al inicio del mismo, dando el marco lógico de lo que han de ser los referidos principios³⁴.

Cabría plantearse si existen distintas categorías de principios y, por ende, el legislador ha querido detenerse primero en los más cruciales para la institución mediadora, incluido el procedimiento de mediación, tales como: la voluntariedad, la imparcialidad, la neutralidad y la confidencialidad, y luego, recoger en un artículo más genérico, a modo de cajón de sastre, otros básicos, de menor trascendencia. Sin embargo, esta última opción ha de descartarse, pues el artículo 12 contempla tácitamente principios esenciales, como es el de la voluntariedad³⁵, y expresamente otros, de notoria importancia, como son: la igualdad, la buena fe y el respeto mutuo entre las partes y el mediador. También recoge la no interposición entre las partes de acciones judiciales o extrajudiciales durante el tiempo que dure la mediación y sobre el objeto que verse, y la obligación de colaboración y apoyo a la actuación del mediador,

que se traduce, en fin, en respeto al mediador y a la propia institución mediadora, desde la buena fe que se les exige y en consonancia con la filosofía cooperativa que subyace en la mediación.

Como puede observarse, por un lado, se encuentran reiteraciones importantes de principios en el citado artículo³⁶ y, sin embargo, hay otros que no se contemplan y que, como apuntábamos anteriormente, se han recogido históricamente en los distintos textos normativos internacionales y nacionales a los que se ha hecho referencia. Así destacamos la competencia del mediador, que se ubica no entre los principios, sino en el denominado «estatuto del mediador», de un modo muy cuestionado³⁷, la flexibilidad del proceso y el carácter personalísimo de la mediación³⁸. Por otro lado, no parece que en el artículo 12 se compendien otros principios que antes no estuvieran de algún modo contemplados³⁹, salvo el relativo a obligación de las partes de no interponer entre sí acciones judiciales o extrajudiciales, y éste último parece presentar naturaleza distinta del resto de los principios formulados⁴⁰.

Todo ello nos lleva a reclamar una sistemática más correcta, en la que, tal vez, partiendo de un nuevo título más incluyente para el Capítulo II: «Principios informadores de la mediación y su procedimiento», se contemplara un artículo inicial, relativo a la importancia que tienen los principios y su necesario respeto por las partes, el mediador, las instituciones mediadoras y la Administración, sin hacer referencia a ninguno concreto y, a continuación, se expusieran los principios, su significado y la finalidad que ha de atribuírseles.

En cualquier caso, la futura Ley de mediación que incorporará al Derecho español la Directiva 2008/52/CE citada, dará cumplimiento, asimismo, al mandato que tenía el Gobierno, ex Disposición adicional de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, de remitir a las Cortes un proyecto de Ley sobre mediación basado en los *principios* establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y «... *en todo caso, en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad...*»⁴¹. A ellos nos referiremos a continuación.

II. Configuración normativa de los principios de la mediación versus propuestas del Anteproyecto de Ley de mediación

1. Voluntariedad

Entre los principios rectores de la mediación que se presentan como garantías fundamentales de este sistema, cuenta con amplio refrendo la voluntariedad. Principio que, sin duda, entraña la más íntima esencia de la institución mediadora, definiendo claramente su perfil⁴². Este parece ser el sentir del Anteproyecto de Ley de mediación, que al dar el concepto de esta figura hace referencia expresa a la «voluntariedad» de las partes en conflicto para intentar alcanzar por sí mismas un acuerdo, ex. Art.1⁴³, y después lo recoge en su artículo 7º, haciendo también referencia a él en el art. 8º, tal como expondremos.

La voluntariedad ha sido sancionada plenamente en los Instrumentos internacionales dictados en la materia, tales como *la Recomendación (98)I del Comité de Ministros a los Estados miembros*⁴⁴ o *El Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*⁴⁵. Sin embargo, hemos de hacer especial referencia al *Código de Conducta Europeo para los Mediadores* de 6 de abril de 2004, que vincula la voluntariedad con el derecho a permanecer o separarse del proceso, tanto de las partes, que podrán retirarse del mismo «sin dar explicación alguna» (ex art. 3.3.), como del mediador, al que se le reconoce la facultad de poner fin a la mediación si el acuerdo al que se va a llegar le parece ilegal o de imposible cumplimiento, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, o si estima poco probable que continuar con la mediación permita llegar a un acuerdo (ex art. 3.2.), cuestión hartamente criticable⁴⁶.

La *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles de 21 de mayo de 2008*, contempla la voluntariedad expresamente en la Exposición de motivos, destacándola⁴⁷, y la incluye también entre los principios de la mediación, sin dejar fuera la posibilidad de la mediación preceptiva o «*mandatory mediation*», en la que el órgano jurisdiccional tiene la potestad de remitir a las partes a mediación⁴⁸. Puede, por tanto, proponer el Tribunal a las partes el uso de la mediación para solucionar el litigio, así como requerirlas para que asistan a una sesión informativa al respecto⁴⁹.

En efecto, la voluntariedad, a tenor de la Directiva 2008/52/CE, parece ceñirse más al desarrollo del proceso y a la permanencia en el mismo que a su inicio, ya que admite la posibilidad de que una legislación nacional «haga

obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones», siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial⁵⁰.

Lo importante parece ser, por tanto, que no se prive a las partes de su derecho a acceder a la justicia (a la vía jurisdiccional) cuando lo deseen. Sin embargo, junto a la posibilidad del Juez de «invitar» a utilizar el recurso de la mediación o a acudir a la sesión informativa previa (donde la voluntariedad de las partes consideramos que no se conculca), destaca el hecho de que la mediación, si así lo disponen los Estados, pueda ser «obligatoria», presentando este mismo carácter, si su utilización conlleva «incentivos o sanciones». Por tanto, la derivación preceptiva por el órgano judicial puede constreñir en parte la voluntariedad de esta institución, aunque lo esencial sigue siendo que las partes quieran permanecer en ella una vez iniciada y no prefieran optar por métodos más tradicionales de resolución de conflictos⁵¹.

El Anteproyecto de Ley de mediación, siguiendo el camino abierto por la Directiva citada, afirma, ex. art. 7, el sometimiento voluntario de las partes a la mediación⁵², haciendo al mismo tiempo referencia a la obligatoriedad de su inicio si así lo prevé el propio texto legal o la legislación procesal⁵³, como ocurre en referencia a ciertos juicios verbales consistentes en una reclamación de cantidad⁵⁴. Este criterio vuelve a reiterarse, innecesariamente, en el Anteproyecto, en el art. 8, relativo al principio dispositivo, ap. 2^o⁵⁵.

Por tanto, parece claro que se desprende del Anteproyecto la esencia de la voluntariedad, al igual que se proponía en la Directiva, de la permanencia o no de las partes en el proceso y, fundamentalmente, del hecho de que son libres para acordar o no y, por tanto, para suscribir un pacto total o parcial, a pesar de que el inicio del proceso de mediación no haya sido elegido inicialmente por ellas.

En todo caso, el art. 19. 1, 2^o párrafo, trata de aclarar qué ha de entenderse por mediación obligatoria, que no parece coincidir totalmente con el acto de asistir a las sesiones informativas, cuyo carácter gratuito, eso sí, garantiza. Por otro lado, el hecho de que haya de tenerse «*por intentada la mediación y cumplida la obligación legal justificando la asistencia*», puede hacernos pensar más en una primera sesión donde las partes inician sus narraciones y los mediadores comienzan planeando sobre los temas y estructurando el proceso.

En cuanto a la normativa de los distintos países de la Unión Europea⁵⁶ y a la española, hay unanimidad en recoger de modo expreso este principio, tanto en la Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código civil en

materia de separación y divorcio⁵⁷, como en las leyes autonómicas de mediación familiar⁵⁸ y en la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, donde se contempla extensamente este principio tanto respecto del acceso, como de la permanencia o no en el proceso y las consecuencias que de ello pudieran derivarse⁵⁹. En cualquier caso, como señala la E.M. *«la voluntariedad del sistema para las partes no es un obstáculo para que la presente ley establezca el derecho de éstas y la obligación consiguiente de asistir a una sesión informativa que acuerde el órgano jurisdiccional competente»*, en la línea marcada por la Directiva 2008/52/CE.

Del modo en que se reconoce la voluntariedad en la distinta normativa expuesta, podemos colegir la trascendencia que el legislador atribuye a este principio. En todo caso, la voluntariedad podemos valorarla teniendo en cuenta distintos factores combinables, por un lado, las distintas fases del proceso en que ha de ser reconocida, y por otro, los sujetos que tienen derecho a ella.

Respecto de la primera cuestión, como hemos apuntado, no ha de ponerse en tela de juicio la voluntariedad del proceso por el hecho de que se derive a las partes a una sesión en que puedan ser informados de la existencia, principios y ventajas de esta institución o por el hecho de que la autoridad judicial les sugiera este recurso a los posibles destinatarios. En cuanto a las partes, ambas conjuntamente, o una a instancia de la otra, suelen ser en la mayoría de los casos las que solicitan entrar en un proceso de mediación, predicándose por tanto su voluntariedad desde el inicio. Ello puede tener lugar tanto antes de comenzar un procedimiento judicial, como en el transcurso del mismo. También cabría que las partes quisieran acceder a la mediación una vez concluido el proceso, sin que a este respecto pueda hacerse objeción alguna.

La posible renuencia a proponer la mediación en los conflictos, en tanto que se generalice este proceso, por el temor a que se interprete como una debilidad en la posición negociadora, puede contrarrestarse previendo la mediación en los contratos, sometiendo las partes a una cláusula de estas características que les remita a mediación en caso de discrepancias en la interpretación o en el cumplimiento del mismo; puede incluso establecerse quién será el mediador, o identificar a un tercero que tendrá la responsabilidad de nombrarlo. En estos casos, la voluntariedad no quedaría cuestionada, pues el compromiso es asistir a una primera reunión con el mediador, pudiendo desistir del proceso en cualquier momento posterior.

Como hemos señalado, el proceso de mediación debe necesariamente basarse en la buena fe, y se sostiene principalmente porque hay voluntad

de las partes de intervenir y trabajar seriamente para tratar de resolver el conflicto que las mantiene enfrentadas y lograr un acuerdo viable. Por eso, hay que tener en cuenta que en el desarrollo del proceso de mediación pueden sobrevenir circunstancias que modifiquen la situación o el interés de las partes, debiendo predicarse la voluntariedad respecto de ellas, a lo largo de todo el tiempo, pudiendo abandonar la mediación, si ésta ya no responde a su interés. El hecho de que sea el mediador quien guíe y organice el proceso, o la necesaria suscripción del acuerdo en que las partes que desean someterse a mediación asumen unas reglas, no disminuye en modo alguno la autonomía de la voluntad de las partes, sino que sirve de garantía para el buen funcionamiento de la mediación.

Finalmente, este principio ha de acompañar a las partes hasta la conclusión de la mediación, puesto que ha de extenderse necesariamente a la adopción o no de los acuerdos, afectando esencialmente a todo su contenido, esta es, precisamente, la diferencia fundamental con los procesos heterocompositivos. Por ello, entendemos que la libre decisión de las partes a la que se encuentra sometido el acuerdo de mediación, es la manifestación amplia del principio de voluntariedad, que ha de regir para toda la institución mediadora y sus efectos

En resumen, si bien en las tres fases señaladas (comienzo del proceso de mediación, negociaciones a lo largo del proceso y toma de decisiones) se ha de reconocer la voluntariedad a las partes, en su inicio, puede venir «condicionada» a propuesta de un órgano judicial, o por sumisión previa de los actores en una cláusula «ad hoc» a este proceso, pero, en cualquier caso, no podrá comunicarse esta situación a etapas posteriores del proceso.

En cuanto al mediador, hay que señalar que el hecho de que alguna Ley le atribuya expresamente la potestad de no iniciar el proceso en ciertos supuestos⁶⁰, no es baladí, ya que puede ocurrir que el mediador tenga la convicción, por las circunstancias que concurran en el caso, de que el proceso no será efectivo y, por tanto, su intervención y la puesta en marcha del proceso resultarían inútiles, pudiendo dar lugar a que se desvirtúe su esencia, cuestión que puede evitarse con la referida denuncia del mediador.

En el desarrollo del proceso, está claro que la voluntariedad del mediador ha de valorarse como esencial para su buena marcha, permitiéndosele dar por terminada la mediación, v. gr. en el momento en que aprecie la falta de la colaboración necesaria de alguna de las partes para continuarla⁶¹, o cuando valore que no se dan las circunstancias idóneas para proseguir atendiendo a la finalidad y principios de la mediación.

2. Imparcialidad

El carácter del principio de imparcialidad viene íntimamente vinculado a la obligación del mediador de garantizar el equilibrio de las partes y el derecho fundamental de éstas a la igualdad a lo largo de todo el proceso. Estas son, precisamente, las claves sobre las que se ha tipificado la imparcialidad en el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que lo incorpora en el artículo 9, dentro de los denominados «*principios informadores del procedimiento de mediación*»⁶². Señalando: «*En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo 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*».

Los distintos instrumentos internacionales que han dado el marco de desarrollo a las ADR, contemplan este principio entre los exigibles de la mediación⁶³. Así, el *Código Europeo de conducta para los mediadores* de 2004 lo recoge en su apartado 2, en relación a la exigencia de independencia (ap. 2.1) e imparcialidad del mediador (ap. 2.2) y en el apartado 3.2, respecto de la «imparcialidad del procedimiento». Se presenta así el citado Código como referente importante de nuestro Anteproyecto de Ley de mediación, tal como expondremos.

A fin de garantizar la actuación imparcial del mediador, el citado Código contempla la obligación de aquél de revelar cualquier circunstancia que pudiera afectarle a la hora de conducir el proceso con la mayor ecuanimidad, ex art. 2.1⁶⁴. Por tanto, la independencia del mediador respecto de las partes, que implica la no existencia de relaciones previas con ninguna de ellas o de intereses que pudieran generar conflicto con los sujetos que acuden a la mediación, es la vía para poder aceptarla o continuarla.

Existe, sin embargo, una salvedad, en el caso de que se den alguna de las circunstancias previstas por la Ley para abstenerse de intervenir y que las partes, conociéndolas previamente, consientan que se desarrolle el proceso. Aún así, esta excepción, que se justifica en aras de la autonomía de la voluntad de las partes, no debe afectar en modo alguno al principio objeto de estudio, ya que la otra condición para iniciar o continuar la mediación, en estos casos, es que el mediador se sienta con capacidad plena para asegurar dicho principio, por lo que el profesional actúa como garante último del mismo.

En esta misma línea se presenta la imparcialidad respecto a la actuación del mediador a lo largo de todo el proceso, ya que ha de ajustarse a dicho

principio en todas las circunstancias, señalando el Código que «*se esforzará por demostrar su imparcialidad*»⁶⁵. Se trata, por tanto, no sólo de que el mediador cumpla con tal principio, sino también de que así se perciba por los mediados, lo que puede resultar complicado de valorar, habida cuenta de la notable carga de subjetividad que supone dicha percepción.

El equilibrio de las partes que trata de proteger el principio de imparcialidad, se traduce en su participación «*efectiva*» en el proceso de mediación, tal como apunta el Código referido, ex art. 3.2. Sin embargo, el mismo artículo, bajo el título de «*imparcialidad del procedimiento*», parece centrar a continuación su atención en otro principio aplicable, en este caso, al mediador, el de su voluntariedad en el proceso. Así, le impone el mandato de dar por concluida la mediación en determinadas circunstancias, en aras del cumplimiento del principio de imparcialidad que le es aplicable⁶⁶. Esta es, al menos, una de las lecturas que pudiera realizarse de este precepto.

En efecto, si bien en los dos primeros supuestos se entiende la obligación que se le impone al mediador como garante de la propia institución mediadora a través del proceso, el último no se justifica, a nuestro entender, en modo alguno.

El hecho de que se atribuya al mediador la posibilidad de dar por concluida la mediación porque «*el mediador considere que es improbable que la continuación de la mediación dé lugar a un acuerdo*», priva de la autonomía de la voluntad a las partes, que son las verdaderas protagonistas del proceso y, por tanto, las que, siempre que siga existiendo buena fe, pueden tener interés en llevar el proceso hasta el final, aunque éste termine sin acuerdo.

Con la imposición de esta obligación al mediador no sólo se pervierte el principio de imparcialidad e incluso, de un modo importante, el de neutralidad, dado el poder que se le atribuye al mediador en la toma de decisiones, sino que se limita en gran medida la voluntariedad de las partes, esencia misma de la mediación, y se priva de valor al efecto de mejora de la comunicación que ofrece también el propio proceso mediado, ampliamente reconocido por la doctrina y múltiples normas⁶⁷. Por todo ello, entendemos que el cometido de dar por finalizada la mediación, cuando se prevé por el mediador que no habrá acuerdo mediado, excede del contenido propio de los principios que el mediador ha de garantizar y, por ende, se le está exigiendo otra función que sólo en garantía del equilibrio entre las partes tendría razón de ser y, en ese supuesto, entendemos que la norma debió recogerlo expresamente. Es en este último sentido en el que parece expresarse el artículo 6.1 de la Ley Catalana de mediación en el ámbito del derecho privado, «*La persona media-*

dora ejerce su función con imparcialidad, garantizando la igualdad entre las partes. Si es necesario, tiene que interrumpir el procedimiento de mediación mientras la igualdad de poder y la libertad de decidir de las partes no está garantizada, especialmente como consecuencia de situaciones de violencia». Así, le impone al mediador la correlativa obligación de protección del principio, ex art 14.b de dicha norma⁶⁸.

El Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, como apuntábamos, pone la fuerza de la imparcialidad en proteger «*la igualdad de oportunidades*» de las partes⁶⁹, manteniendo «*el equilibrio entre sus posiciones*» ex art. 9. No obstante, no se entiende muy bien si se está refiriendo al equilibrio entre las demandas que formulan cada una de ellas o al interés que subyace a dichas posiciones, es decir a las necesidades que presentan. A nuestro parecer, se trataría, más bien, de garantizar el equilibrio de poder de ambas partes y la oportunidad «balanceada» de que cada una pueda sentir que el proceso le brinda el modo de transmitir su interés con el máximo respeto.

La prohibición al mediador de que actúe «*en perjuicio o interés de cualquiera de ellas*», recogida en el art. 9 del Anteproyecto, encuentra desarrollo posterior en el art. 16.3, del mismo cuerpo legal, que es traducción, casi literal, del art. 2.1. del Código de Conducta Europeo para mediadores⁷⁰. Si en éste se protegía la «independencia» del mediador vinculado expresamente al principio de imparcialidad (ex art.2.1), en el Anteproyecto se presenta incorporado a la relación de derechos y obligaciones del mediador, pero la finalidad parece ser, de igual modo, proteger plenamente dicho principio.

La importancia de la imparcialidad se constata también en la Ley 15/2005, que modifica el C.c. y la LEC, en materia de separación y divorcio⁷¹, y en las distintas normas dictadas en la materia en las Comunidades Autónomas⁷², aunque en algún supuesto se presente su protección unida a la neutralidad, hasta llegar en algún caso a no delimitarlas⁷³. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la obligación del mediador de no alinearse interesadamente con ninguna parte está directamente relacionada con la imparcialidad, igual que la relativa a no dirigir la mediación a un determinado resultado, se vincula a la neutralidad.

Concluimos que la esencia del principio informador de la imparcialidad es preservar la igualdad de las partes en la negociación, para lo cual es fundamental garantizar el equilibrio de poder de aquéllas en el proceso, tal como preceptúa el Anteproyecto; a ello ayudará, sin duda, la continua legitimación de ambas. Es importante que los sujetos que asisten a una mediación tengan

la percepción de que el mediador considera legítimas, más que sus «posiciones», al decir del Anteproyecto, «las necesidades» que plantean, y que, por tanto, sus distintos intereses son respetados, sin preferirse a una sobre otra y que son entendidos en sus planteamientos, lo que no ha de implicar en ningún caso que se les dé la razón, ni que se consideren unas necesidades más dignas de protección que otras⁷⁴. Por lo tanto, «los mediadores son los defensores de un proceso equitativo, y no de determinado arreglo»⁷⁵.

La prueba final de que este principio se está cumpliendo es que ambas partes se sientan respetadas y acogidas por el mediador en sus intereses y le acepten, renovadamente, como facilitador de su proceso de resolución del conflicto, de ahí que muchos autores hablen más de multipartialidad que de imparcialidad⁷⁶.

3. Neutralidad

Hablar de neutralidad es, en nuestra opinión, referirnos a la esencia de la mediación como sistema autocompositivo para resolver conflictos; es hablar de la capacidad de las personas para gestionar sus disputas y de su autonomía para llegar a acuerdos. Hablar de neutralidad es hablar del respeto del mediador a lo que son y traen las partes y del lugar que el tercero ha de ocupar respecto del conflicto que presentan.

Esta es la filosofía que, en buena medida, recoge el Anteproyecto de Ley al preceptuar, en el artículo 10⁷⁷, relativo a la neutralidad, que las actuaciones de mediación habrán de permitir a las partes que alcancen «*por sí mismas*» un acuerdo, recogiendo un mandato de prohibición para el mediador, respecto de cualquier tipo de «imposición» de solución o de medida para que se llegue a dicho acuerdo⁷⁸.

El principio de la neutralidad ya fue recogido en la Recomendación (98) 1, tanto al definir la mediación a través de la figura del mediador, al que le atribuye las características de imparcialidad y neutralidad, con la función de «asistir» a las partes en la negociación a fin de obtener un acuerdo⁷⁹, como al referirse al proceso de mediación. Así, mientras la R (98) 1 vincula la *imparcialidad* del mediador a su relación con las partes y a la obligación de preservar la igualdad de éstas en la negociación, circunscribe *la neutralidad* a la «*resolución del proceso de mediación*», manifestando que «*El mediador no tiene poder para imponer una solución a las partes*»⁸⁰. Es decir, la neutralidad se presenta directamente relacionada con la actitud del mediador frente al posible resultado del procedimiento de mediación⁸¹.

Llama la atención que en otros instrumentos internacionales de notoria importancia, como es el *Código de Conducta Europeo para los Mediadores*, no se contemple expresamente el principio de la neutralidad⁸². Es más, parecería quedar en él cuestionado al contemplar en su apartado 3.2., relativo a «la imparcialidad del procedimiento», la obligación del mediador de poner fin a la mediación cuando considere «*que es improbable que la continuación de la mediación dé lugar a un acuerdo*». Cuestión ésta que implica una asunción de competencias del mediador muy notable respecto del resultado del proceso, al determinar la conclusión del mismo y que sólo en casos muy justificados debería corresponderle⁸³.

La neutralidad, en cualquier caso, es una característica que suele reconocerse como principio rector de la mediación y también como deber específico del mediador, por ello, lo encontramos regulado en esta doble vertiente en muchas normas⁸⁴. Precisamente, estos dos principios se han presentado en nuestras leyes autonómicas con notable interrelación⁸⁵.

Sin duda, la característica común que presentan las leyes de mediación españolas al referirse al principio informador de la neutralidad, es la necesaria ausencia de imposición por parte del mediador, del resultado del proceso a las partes⁸⁶. La obligación del mediador de no imponer criterios propios en la toma de sus decisiones a los sujetos, es el modo, también, en que la *Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de la Comunidad Autónoma Islas Baleares* configura este principio (ex art. 2). Sin embargo, la actuación del mediador, a tenor de la Ley, pasa por realizar propuestas a las partes⁸⁷, cuestión ésta que ha tenido reflejo, en similar medida, en el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, pero que no goza de especial predicamento en el resto de las leyes españolas dictadas en la materia⁸⁸.

En referencia al Anteproyecto hay que señalar que el hecho de que no se haya incluido mención alguna a la neutralidad en la definición de la mediación, ex art. 1º⁸⁹, tal como ocurrió con la Directiva 52/2008, podría dar lugar a dudas sobre la función del tercero mediador en la resolución del conflicto. Sin embargo, también queda claro que el acuerdo en mediación lo han de alcanzar las partes «por sí mismas», a pesar de que, acto seguido, se refiera el Anteproyecto a que ha de ser «con la intervención de un mediador». No obstante, el mismo artículo 1º vincula la mediación a «*la negociación estructurada de acuerdo a los principios de esta Ley*», y entre ellos destaca, sin duda, la neutralidad. En cualquier caso, para mayor claridad, y dada la trascendencia de la cuestión, hubiera sido conveniente que se hubiera hecho referencia

expresa al modo imparcial y neutral en que ha de intervenir el mediador en el proceso, igual que ya hizo la Ley 15/2005 de 8 de julio, de modificación del C.c. y la L.E.C. en materia de separación y divorcio.

Como hemos apuntado, El Anteproyecto del Ley, por un lado, centra la fuerza del principio de neutralidad en la falta de capacidad de decisión del mediador respecto del resultado del proceso y, por otro, le encomienda la obligación de desarrollar *«una intervención activa y orientada a la solución de controversias»*, con mayor implicación y capacidad de propuesta que la conciliación⁹⁰. Así, se desprende, de la Exposición de Motivos del Anteproyecto⁹¹. En correlación, le impone al mediador la obligación, ex artículo 16.1.II, de que desarrolle *«una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta ley»*. Esta última parte del artículo, que no incide en la solución de problemas, sino en la búsqueda de proximidad de las partes, nos devuelve, de nuevo, a los principios rectores de la mediación y, por tanto, al de neutralidad.

Así, es necesario conjugar voluntariedad y libre decisión de las partes, con la falta de imposición de la resolución del conflicto por el mediador y el mandato a este último de una actuación más directiva de las que, en general, se había venido planteando en las leyes. Si bien es cierto que la E.M. del Anteproyecto focaliza en la solución del conflicto y dirige a este fin la actuación del mediador, también lo es que, a continuación, vuelve a insistir en que *«la mediación es una actividad neutral»*.

De todo lo anterior se puede colegir que el legislador pretende que la mediación sea, en gran medida, un importante instrumento para solucionar las controversias que, como también señala en su E.M. el Anteproyecto, traiga ventajas no sólo para los ciudadanos, sino también *«para la Administración de Justicia a la que puede liberar de una carga de trabajo»*. De ahí, que atribuya al mediador funciones de «promotor» de acuerdos entre las partes, en una línea más próxima a modelos anglosajones que no tienen antecedente alguno en nuestro país, pero que, en todo caso, no serían contrarios al espíritu de la Directiva, como señala el informe del CGPJ al Anteproyecto⁹².

En nuestra opinión, la neutralidad no sólo viene vinculada al hecho de que el mediador no ha de imponer la solución del conflicto a las partes, sino, también, a que los valores, sentimientos y prejuicios del mediador no deben constituir un obstáculo al proceso⁹³. El respeto a las partes en sentido amplio, que se extiende al de sus creencias, necesidades y circunstancias, es el que ha de guiar la actuación del mediador durante todo el proceso y, por supuesto, también el resultado final del mismo, ya que el mediador no debería intentar

influir en el contenido de las decisiones que adopten las partes. Por todo ello, cuesta aceptar una mayor capacidad del mediador de propuesta de soluciones o medidas a las partes, porque podría descontextualizar la intervención mediadora, al limitar la autonomía de la voluntad de los protagonistas, que son las partes, en su más íntima esencia, en la de su formación.

Ciertamente, la influencia del mediador es inevitable, ya que «no podemos formar parte de una interacción sin contribuir a darle forma, moverla y dirigirla continuamente»⁹⁴, la cuestión radica, entonces, en determinar qué influencia resulta o no aceptable. En nuestra opinión, la clave está en que hay que abordar el proceso de mediación con el máximo respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, principio crucial de la mediación, en su más íntima esencia, lo que supondría trabajar con sus intereses, ayudándoles a generar propuestas⁹⁵.

Son estas cuestiones, principalmente, las que nos hacen cuestionarnos el sentido y la eficacia de la inclusión en el Anteproyecto de la nueva función «propositiva» del mediador. No olvidemos que a mayor protagonismo del acuerdo, mayor responsabilidad y cumplimiento, al sentirlo más propio⁹⁶.

4. Confidencialidad

La confidencialidad, 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 utilizada en el mismo, ex. art. 11.2 del Anteproyecto⁹⁷, presentándose en dicho cuerpo legal en clara conexión con el proceso judicial⁹⁸.

En efecto, el citado principio tiene como destinatarios tanto al mediador, como a «las personas que pudieran participar en la administración del procedimiento»⁹⁹, en relación a la exención de declarar sobre la información que se derive de un procedimiento de mediación o se relacione con él, aunque con una serie de cuestionables excepciones, ex. art. 11.1. Asimismo, alcanza también la confidencialidad a las partes que intervienen en el proceso mediado, a las que impone la obligación de no revelar información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento (ex. art. 11.2)¹⁰⁰.

Ciertamente, si el principio de voluntariedad implica que en cualquier momento del proceso las partes pueden desistir del mismo, quedando abierto el acceso a la vía jurisdiccional, se ha de garantizar que el tercero que interviene en dicho proceso guarde secreto sobre los hechos y circunstancias que

le han sido en él confiados, no pudiendo ser llamado a declarar como testigo en el juicio, así como que las partes no puedan utilizar en un posterior proceso judicial los hechos reconocidos a lo largo de la mediación¹⁰¹.

La trascendencia de este principio en la configuración de la propia institución mediadora ha sido reconocida ampliamente desde los inicios de la mediación moderna, teniendo un amplio refrendo en la legislación europea dictada en mediación en Bélgica o Austria¹⁰² e, incluso, en las normas dictadas en transposición de la Directiva 52/2008/CE¹⁰³. Es notable también el reflejo de este principio en las leyes de mediación dictadas por las Comunidades Autónomas españolas¹⁰⁴. Asimismo, goza de gran predicamento en instrumentos internacionales¹⁰⁵, especialmente, en el Código de Conducta Europeo para Mediadores¹⁰⁶ y en la Directiva 2008/52/CE.

En efecto, en la citada Directiva hay una amplia sanción de este principio, aunque hay que hacer al respecto algunas salvedades. Así, se requiere en dicho texto la compatibilidad del principio objeto de estudio con las normas procesales civiles de los distintos países en que haya de transponerse, a fin de garantizarlo¹⁰⁷. Al mismo tiempo, se presenta también como notable salvaguarda de la confidencialidad, el mandato dirigido a los Estados de la Unión a que garanticen que ni los mediadores, ni las personas que participan en la administración del procedimiento (referencia ésta que recoge del mismo modo nuestro Anteproyecto), estén obligados a declarar tanto respecto de la información que pueda derivar del proceso de mediación, como sobre la que se relacione con el mismo¹⁰⁸.

No obstante, el propio texto contempla una destacada limitación al principio de confidencialidad, ya que lo somete a la voluntad de las partes «... salvo acuerdo contrario de las partes...» y, al mismo tiempo, señala dos excepciones al citado principio, suficientemente razonables y necesarias y que son lugar común de muchas leyes de mediación, incluido el Anteproyecto de ley de mediación español, ex art. 11.1.b). Así, tanto si se está ante razones imperiosas de orden público, v.gr. cuando lo requiera el interés del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, como en el supuesto de que el conocimiento del contenido del acuerdo obtenido en un proceso de mediación sea necesario para aplicarlo o ejecutarlo, se quebraría dicho principio. Todo ello sin perjuicio, como indica la Directiva, de que los Estados miembros pueden «aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación» (ex art. 7.2 Directiva 2008/52).

En relación a la importancia que la Directiva reconoce a la autonomía de la voluntad de las partes para «desdibujar» este importante principio, habría

que concluir que sería una excepción a la regla general de confidencialidad. Así, en el Código de conducta Europeo no existe ninguna referencia a la voluntad que pueda vulnerar dicho principio y, en nuestra opinión, ese debió ser también el espíritu amplio de protección que debió recoger la Directiva.

El contrato de mediación firmado por las partes y el mediador para dar inicio al proceso, compromete a todos a la observación de los principios que son el eje del mismo y al igual que no podría negociarse la buena fe de las partes en mediación o la imparcialidad del mediador, salvo que habláramos de otra figura distinta, la propia esencia de la mediación exige la confidencialidad.

Ciertamente, las partes, si ese es su interés común, podrían renunciar expresamente entre ellas a mantener dicho principio, aunque la buena marcha del proceso de mediación sin él pudiera verse conculcado, pero lo que en modo alguno se debería admitir sería la dispensa mutua de la obligación de no citar al mediador como perito o testigo y la de que el mediador dejara de someterse a la confidencialidad porque así lo decidan las partes. En efecto, el mediador, al igual que las partes, al firmar el contrato de mediación se somete y, por tanto, está obligado por el contrato firmado y por su Código deontológico a asumir este y otros principios y no debiera estar por encima de ellos la arbitraria voluntad de las partes, que pueden querer utilizar el proceso con fines distintos para los que ha sido concebido¹⁰⁹.

Podríamos aseverar que aunque las partes pudieran dispensarse entre ellas de la referida obligación, al menos, el tercero habría de garantizar que fluya la comunicación de las partes desde la honestidad, para que puedan compartir datos que permitan alcanzar soluciones idóneas y reales, en un clima de confianza y buena fe, que en ningún modo existiría si los mediadores, reitero, no tuvieran asegurado su papel de garantes de la confidencialidad.

Esta misma reflexión hay que hacerse cuando el Anteproyecto de ley de mediación española, al referirse a la confidencialidad, tras garantizarla, ex. art. 11.1º, en el modo arriba señalado, exceptúa de la ausencia de obligación de declarar a los mediadores y colaboradores del proceso¹¹⁰, cuando «*las partes de manera expresa acuerden otra cosa en el acta inicial*»¹¹¹. Si a ello le unimos la otra excepción relativa al supuesto de que «*así lo establezca la legislación procesal*» (art. 11.1º c), vemos que se abre un abanico de innumerables posibilidades para que el principio de confidencialidad quede arrinconado, lo cual debería ser revisado por el legislador¹¹², ya que, entre otras razones, no se encuentra en la línea propugnada por la Directiva de que los Estados miembros apliquen «*medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación*».

En cualquier caso, el mismo articulado (ex. art. 11.2 del Anteproyecto), extiende la obligación de confidencialidad a las partes, impidiéndoles que revelen información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento, y en este supuesto no trae a colación la posibilidad de que ellas mismas puedan dispensarse de dicha obligación, aunque se entendería que las excepciones del apartado anterior también le serían aplicables¹¹³. Referirse a informaciones es hacerlo a todos los documentos y declaraciones generados en el proceso de mediación, que no podrían ser, en atención a este principio, presentados como prueba en un proceso judicial sobre el mismo objeto de la mediación o en íntima relación con ella. Esto implicaría, asimismo, la prohibición de llamar a declarar al mediador en calidad de testigo o de perito en un proceso judicial (o arbitral) posterior. El incumplimiento de dicha obligación por las partes, daría lugar a responsabilidad contractual, y por el mediador, si es que conculca el principio de confidencialidad declarando como testigo o perito en un proceso judicial o revelando datos obtenidos en el proceso o con ocasión del mismo, a las responsabilidades derivadas de la *lex artis* y a importantes sanciones.

Por su parte, el apartado 3º del art. 11 del Anteproyecto señala que *«la infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad personal del mediador implicando la inhabilitación para el ejercicio de la mediación»*. Este apartado contraviene la sistemática del articulado, diferenciándose del modo en que se regulan el resto de los principios, en los que no se contemplan expresamente las sanciones al configurarlos en el texto, sino que hay que dirigirse a los artículos 16 y 17 del Anteproyecto, que se refieren a las obligaciones y responsabilidad del mediador, para encontrar referencia a ellas. Precisamente, el hecho de que el legislador recoja en el mismo art. 11, en relación con la confidencialidad, la inhabilitación del mediador como sanción que conlleva el incumplimiento del referido principio, es una forma de reforzarlo. Lo cual abunda en la teoría de la importancia que tiene dicho principio para el legislador¹¹⁴, pero también en la contradicción de que hace gala.

Tras reconocer la notable trascendencia de este principio en la institución mediadora¹¹⁵, se propone por tanto ordenar el precepto, en el modo anteriormente señalado, primero una definición del principio contenido en el precepto, para delimitar a quiénes se aplica y en qué concepto y, posteriormente, las excepciones al principio que deberían contemplarse como excepción a la regla y, por tanto, de modo reducido, suprimiendo aquéllas en que la autonomía de la voluntad de las partes o la remisión general a normas procesales, puedan desvirtuar en su esencia el principio de confidencialidad, pervirtiendo el mismo proceso de mediación.

5. La formación específica del mediador. Una propuesta de incorporación al Anteproyecto

El Anteproyecto de ley de mediación regula en el Capítulo III el Estatuto del mediador y, tras recoger en el artículo 13 el concepto de mediador, dispone en el art. 14 las condiciones para ejercer como tal. Así, para ser mediador, se requiere que se trate de personas naturales, en pleno disfrute de sus derechos civiles, salvo impedimento legal o incompatibilidad, que estén en posesión de título universitario de grado, ya sea oficial o extranjero convalidado y que se hallen inscritas en los Registros de mediadores correspondientes¹¹⁶. Además, el mediador ha de tener su responsabilidad civil asegurada¹¹⁷. Todo ello, para que lleve a cabo la mediación de forma «eficaz y competente»¹¹⁸.

En efecto, el Anteproyecto nos habla de que al mediador para ejercer como tal se le requieren «habilidades» según el tipo de conflicto en que intervenga y, asimismo, se le exige formación general de grado, que le permita desempeñar la importante tarea que se le encomienda en el propio texto legal, al reconocérsele como «pieza esencial del modelo»¹¹⁹. Sin embargo, no se contempla en el Anteproyecto referencia alguna a la necesaria formación específica del mediador, a la que sí han atendido con amplio criterio, v.gr., las leyes de mediación de las Comunidades Autónomas¹²⁰.

Ciertamente, la formación de profesionales para la práctica de la mediación es una exigencia que cada vez va cobrando más fuerza, habida cuenta del incremento de personas que pretenden desempeñar esta función, ya sea desde la Administración, ya desde el sector privado. Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que la seriedad, el reconocimiento y la consolidación de la propia institución de la mediación dependen de que las personas que la ejercen estén idóneamente capacitadas para desempeñar tal función, de ahí que preocupen los diversos aspectos que la atañen¹²¹.

Sin duda, esta cuestión es de gran trascendencia en la eficacia de la mediación, lo que ha determinado que históricamente haya sido constante la preocupación de Gobiernos e Instituciones sobre cuál ha de ser la capacitación del mediador. Así, los distintos países de la Unión Europea han venido plasmando, en mayor o menor medida, los criterios de formación en la normativa interna. En Austria, la Ley sobre mediación en asuntos jurídicos civiles de 2003, define la mediación centrándose en la voluntariedad de las partes y en la «intervención del mediador», que ha de estar formado «técnicamente» y actuar desde la neutralidad¹²². Bélgica, a tenor de la Ley de 21 de febrero de 2005, modificadora del Código Judicial en los ámbitos de mediación, exige determinados requisitos

para ser habilitados como mediadores por la Comisión Federal de mediación y, en todo caso, se han de someter a una formación continuada cuyo programa será visado por la Comisión Federal de mediación.

En Italia, el Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. (10G0050), de transposición de la Directiva 52/2008, hace referencia expresa a la formación de mediadores¹²³. Por su parte, otros países como Francia¹²⁴, Inglaterra y Gales, Alemania o Portugal, tienen una larga experiencia formativa en estos contextos.

Los distintos Instrumentos internacionales relativos a mediación han dado también notable importancia a la capacitación del mediador, vinculándola a la calidad del proceso. Así, la *Recomendación n.º R(98) I del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mediación familiar* recoge la necesidad de que el mediador tenga una adecuada capacitación y de que se ajuste a un Código deontológico, e impone a los Estados la necesidad de velar por ello, vinculando, incluso, la selección y la capacitación de los mediadores con el hecho de que la propia existencia de la mediación quede garantizada¹²⁵.

En el mismo sentido, hay que traer a colación el *Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil* que, con la finalidad de definir las directrices de la política a aplicar en el futuro en este tema, evaluó la «*formación de los terceros que intervienen en el proceso, su acreditación y su régimen de responsabilidad*», contemplando como garantías para las partes que contraten los servicios de los mediadores la acreditación y la responsabilidad de los mismos, a través de la sumisión a un código ético¹²⁶. Así, señaló expresamente: «*la calidad de las ADR se basa esencialmente en la competencia de los terceros responsables de éstas... la formación profesional desempeña pues un papel primordial, y no sólo desde el punto de vista del funcionamiento de las ADR, de su calidad y, por consiguiente, de la protección de los usuarios de las ADR, sino también en la perspectiva de la libre prestación de servicios que garantiza el art. 49 del Tratado*». Tales afirmaciones tienen una notable trascendencia, pues supone un reconocimiento a la necesidad de una formación de calidad que capacite a los mediadores, para que la institución de la mediación pueda desarrollarse idóneamente y redunde en beneficio de los usuarios y en garantía del servicio que se preste.

Otro de los instrumentos internacionales que contemplan expresamente la necesidad de profesionalización del mediador es el Código de Conducta

Europeo para los Mediadores. Así, dicho documento, en el apartado 1, establece la necesidad de que el mediador sea competente y tenga conocimientos respecto de los procesos de mediación, para lo cual se considera esencial que reciba una formación adecuada que deberá actualizar de manera continua, tanto en su aspecto teórico como práctico, siguiendo los criterios vigentes de acreditación¹²⁷. Finalmente, la Directiva 2008/52 del Parlamento europeo y del Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles de 21 de mayo, vuelve a incidir sobre el tema, dejando la definición del mediador a la competencia de cada legislación estatal¹²⁸, pero insistiendo en la necesidad de promover la calidad de la institución mediadora.

En efecto, la Directiva hace hincapié en la necesidad de que los Estados garanticen la capacitación de los mediadores, tanto la inicial, como la continua, al vincular expresamente la eficacia del proceso de mediación con el desempeño por parte del mediador de sus funciones en el mismo¹²⁹. Cuestión que trae su causa de la adecuada formación, no de origen, sino específica en la materia en que han de desempeñarse. Por lo tanto, el tema de la formación no es cuestión baladí, sino que requiere un compromiso específico de los Estados que den cumplimiento al mandato de fomentar la formación referida, así como los Códigos de conducta a los que han de someterse dichos profesionales¹³⁰.

Por todo ello, llama poderosamente la atención que el legislador español no realice ningún pronunciamiento significado al respecto, desconectando así tanto con la tradición formativa de esta figura en Universidades¹³¹, Colegios profesionales y Asociaciones en España, como con la práctica de los servicios de mediación públicos y privados¹³² y con la amplia sanción que este principio ha tenido en las leyes dictadas por las Comunidades Autónomas tanto en mediación familiar¹³³, como en mediación civil¹³⁴.

Sin duda, la calidad que preconiza el Anteproyecto, y que preceptúa en su art. 15, tiene en la competencia del mediador y, por ende, en su capacitación y formación, el mejor aliado¹³⁵. La exigencia de que el mediador cuente con un título de grado universitario no es, a ningún efecto, suficiente para atribuir capacitación al mediador¹³⁶, al igual que no lo es tampoco la sola formación continuada de los mediadores, ya que previamente habrían de tener la formación básica en mediación, además del grado universitario correspondiente. En relación a este último, queremos apuntar que al no referirse el Anteproyecto a ninguna titulación específica, parece quedar abierta la condición de mediador a todos los que posean alguno de los grados reconocidos oficialmente. Esta cuestión, que no genera unanimidad en las Leyes, permite hablar de que el

mediador no se somete en su formación de origen a un «*numerus clausus*» de titulaciones a las cuales les esté reservado el acceso a ser mediadores¹³⁷, y ello está en perfecta sincronía con lo que se desprende de la Directiva 52/2008. Esta postura del Anteproyecto nos parece positiva al recoger la extensa práctica de mediación en nuestro país, que ha demostrado cómo profesionales de áreas muy diversas pueden llevar a cabo la mediación con la máxima garantía para las partes y conforme a la Ley; es aquí, precisamente, donde la formación específica en mediación cobra especial importancia, pues los programas de capacitación han de tener en cuenta todas las funciones que ha de desarrollar el mediador en el proceso y han de ofrecer los contenidos necesarios para garantizar su buen fin¹³⁸.

Ateniéndonos a lo expuesto, consideramos que el Anteproyecto de Ley no puede perder la oportunidad de reconocer la importancia de la formación en la eficacia del proceso mediado. De ahí que, en sintonía con el art. 4.2 de la Directiva, debiera contemplar el mandato a la Administración para que instara, promoviera y ejerciera control sobre la capacitación inicial y continua de los mediadores, incluso, a través del acceso a los registros donde estos deben estar inscritos¹³⁹.

Notas

¹ Sin duda, aunque la R (98) 1, tenga un ámbito de aplicación reducido, como es la mediación familiar y se trate, asimismo, de un instrumento internacional de modesto carácter normativo, su importancia es notable, habiendo marcado un punto de inflexión en mediación en toda Europa, por lo que algunos autores le han considerado como el «documento fundacional» de la misma en nuestro continente (en este sentido LÓPEZ GONZÁLEZ, R. y MARÍN LÓPEZ, J.J.: *Legislación sobre mediación familiar*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003, pág. 11).

² V. gr., la Ley 1/2001 de 15 de marzo de mediación familiar de Cataluña, derogada por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado (BOE 17, agosto 2009, nº 198), disponía en su Preámbulo: «*La Recomendación (98) 1 contiene una extensa Exposición de motivos en la cual se formulan una serie de principios sobre la mediación que han sido debidamente recogidos en la presente Ley*». A estos principios debía ajustarse la norma catalana de mediación familiar, por disposición expresa de la D F. 3ª, de la Ley 9/1998, de 15 de julio, de Código de familia de Cataluña. Por tanto, la confidencialidad absoluta de las sesiones de mediación, la libertad de las partes para desistir de la mediación en cualquiera de las fases del proceso, la necesidad de aprobación judicial de los acuerdos de mediación y duración máxima del proceso limitada a 3 meses, prorrogables por el mismo tiempo a instancia del mediador/a, fueron las bases sobre las que se dictó la derogada Ley catalana de mediación familiar.

³ La importancia de los principios que presiden la mediación es tal, que la propia R. (98) 1, sugiere a los Estados valorar la oportunidad de aplicarlos «*a los otros modos de regulación de litigios*», afirmando su aplicación a la mediación internacional [Apartados VII, y VIII.c. de la R. (98) 1].

⁴ R. (98) «1 II.– Organización de la mediación: a.– *La mediación no debe, en principio, ser obligatoria. ... c.– Sin perjuicio de la forma en la que la mediación esté organizada y puesta en fun-*

cionamiento los Estados deberían velar para que existan mecanismos apropiados que aseguren su existencia: – procedimientos para la selección, la formación y la cualificación de los mediadores, – las normas de «buena práctica» que deben ser elaboradas y seguidas por los mediadores».

⁵ R (98) «I III.– Procesos de mediación: «Los Estados deben velar por la existencia de mecanismos apropiados a fin de que el proceso de mediación se desarrolle conforme a los principios siguientes:

I.– el mediador es imparcial en sus relaciones con las partes; II.– el mediador es neutral respecto al resultado del proceso de mediación; III.– el mediador respeta los puntos de vista de las partes y preserva su igualdad en la negociación; IV.– el mediador no tiene poder para imponer una solución a las partes; V.– las condiciones en las cuales se desarrolla la mediación familiar deben garantizar el respeto a la vida privada; VI.– las discusiones que tienen lugar durante la mediación son confidenciales y no pueden ser posteriormente utilizadas, salvo acuerdo de las partes o en el caso de estar permitido por el derecho nacional...».

Vid. artículos 7 al 12 del Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en que se hace referencia a los principios de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad...

⁶ Vid. *Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*. Presentado el 19 de abril del 2002 por la Comisión de las Comunidades Europeas a solicitud del Consejo, pág. 6. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre dicho Libro Verde (2003/C85/ 02), de 8 de abril de 2003.

Con anterioridad al Libro Verde, en mayo de 2000, el Consejo adoptó unas Conclusiones sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, en las que indicando que la definición de principios fundamentales en ese ámbito constituía un paso fundamental para permitir el desarrollo y funcionamiento adecuados de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles.

⁷ Vid. Considerando 20 del Libro Verde, en el que se hace referencia expresa a la R (98) 1.

⁸ Vid. Considerando 33 del Libro Verde. Resulta de interés la pregunta nº 2, contenida en el Libro Verde, relativa a si las iniciativas que haya que tomar deberían limitarse a definir principios aplicables a un solo ámbito cada vez (como, por ejemplo, el Derecho mercantil o el Derecho de familia) y considerar de manera diferenciada cada uno de ellos o, al contrario, deberían ampliarse en la medida de lo posible a todos los ámbitos del derecho civil y mercantil. En este sentido, el Anteproyecto de Ley de mediación española, atiende a principios generales aplicables a todo el ámbito civil y mercantil. Ello sin perjuicio de que las normas específicas que se dicten en la materia, v.gr. en mediación familiar, recojan además otros más dignos de protección en dicho ámbito, como es el interés superior del menor. En el mismo sentido, vid. El Código de conducta europeo para mediadores que apunta: «*El presente Código de conducta establece una serie de principios...Podrá aplicarse a cualquier tipo de mediación en asuntos civiles y mercantiles*».

⁹ Las siglas ADR se utilizan universalmente para denominar las «Alternative Dispute Resolution», también conocidas como M.A.R.C. (Methodes Alternatives de Resolution de Controversies) y M.A.S.C. (Métodos Alternos de Solución de Conflictos). De estas fórmulas destacan, v.gr., la mediación, la negociación y la conciliación. Respecto a la confusión existente en la utilización de los términos, vid el interesante análisis realizado por ROGEL VIDE, C.: «*Mediación y transacción en el Derecho civil*», en la obra *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*. Coord. Fernández canales, Ed. Reus, Madrid, 2010, págs. 20-22.

¹⁰ La voluntariedad de las partes también se extiende a la posibilidad de dar por terminado el proceso en cualquier fase del mismo, quedando abierta la vía judicial para defender sus derechos, en el sentido del artículo 47 de la Carta de derechos fundamentales de la U.E.

¹¹ La confidencialidad es, tal vez, uno de los principios que adquieren mayor reconocimiento por los distintos Estados, como queda patente en el Sumario de respuestas al Libro Verde. Sobre los principios comunes. En este punto, Vid. lo expuesto respecto del artículo 11 del Anteproyecto.

¹² Vid. Apartado 72 del Libro Verde. En el mismo sentido se expresó la Propuesta de Directiva de 2004, en sus apartados 12 y 13 de la Exposición de Motivos, y en su artículo 4º, considerando que el Código de conducta de mediadores redundaba en garantía de la calidad de la mediación. Al Código de conducta hace referencia expresa el art. 15 del Anteproyecto de Ley, vinculándolo a la calidad y autorregulación de la mediación.

¹³ Propuesta de Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre determinados aspectos de la mediación en materias civiles y comerciales, presentada por la Comisión y aprobada el 22 de octubre de 2004, COM (2004) 718 Final. Respecto a los principios vid su Exposición de Motivos.

¹⁴ Vid. Considerando 23 de la Directiva 2008/52/CE y el artículo 7 del mismo texto legal.

¹⁵ Considerando 17 de la Directiva 2008/52/CE y artículo 1.a).

¹⁶ Considerando 16 y 17 de la Directiva 2008/52/CE, y artículos 1 b) y art. 4.

¹⁷ Considerando 17 de la Directiva 2008/52/CE.

¹⁸ Considerando 19 de la Directiva 2008/52/CE.

¹⁹ Importante espaldarazo a la institución mediadora en Europa le ha dado, también, *La Carta Magna de los Jueces*, elaborada por el Consejo Consultivo de los jueces europeos, dentro del Consejo de Europa, y adoptada en Estrasburgo el 17 de noviembre de 2010. Dicha Carta contiene los principios fundamentales de la actuación de los jueces europeos y, dentro del principio de «*Acceso a la justicia y transparencia*», en el apartado nº 15, reafirma la importante intervención de los jueces para desarrollar la mediación, disponiendo: «*Judges shall take steps to ensure access to swift, efficient and affordable dispute resolution; they shall contribute to the promotion of alternative dispute resolution methods*». Dicha Carta puede encontrarse en francés en la página web: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/default_fr.asp y en inglés: www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/default_EN.asp.

²⁰ V. gr. Los jueces disponen de la capacidad de suspender un caso para que las partes puedan recurrir a la mediación, en aplicación del apartado 4 del artículo 26, y del apartado 5 del artículo 44 de la Ley de Enjuiciamiento civil de Inglaterra y el País de Gales, que entraron en vigor el 26 de abril de 1999.

²¹ Tanto respecto a las manifestaciones realizadas durante el proceso de mediación, como respecto de los documentos en él elaborados, v. gr. Ley de Belga de mediación, de 21 de febrero de 2005, modificadora del Código Judicial en los ámbitos de mediación.

²² Sesiones previas informativas que pueden ser obligatorias o no, v. gr., en Inglaterra, es imprescindible que los abogados remitan a sus clientes a un mediador inscrito en el Registro estatal, a fin de tener una reunión preliminar informativa, antes de que puedan obtener la asistencia jurídica gratuita; en Noruega, la ley de Matrimonio de 1993 impone a los cónyuges con hijos menores de 16 años acudir a la mediación familiar antes de iniciar el proceso de separación o divorcio. Por tanto, para admitir a trámite la demanda se requiere la presentación de un certificado emitido por el mediador familiar, que lo dictará aunque alguna de las partes se niegue a seguir en el procedimiento; en el mismo sentido la Ley Austriaca sobre mediación en asuntos jurídicos civiles, de 2003, en vigor desde enero de 2004.

²³ V. gr., en Bélgica, al inicio de las sesiones de mediación, se exige a las partes firmar un acuerdo por el que se comprometen a cumplir una serie de obligaciones, entre las que se encuentran: tomar parte en todas las sesiones de la mediación pactadas, no iniciar ningún procedimiento contencioso mientras dure la mediación, no utilizar en el futuro los datos aportados por las partes en las sesiones de mediación, no comunicarse unilateralmente fuera de las sesiones.

²⁴ Vid. art. 1.725 del Código judicial Belga, introducido por el art. 9 de la Ley de 21 de febrero de 2005.

Los requisitos, para ser habilitados como mediadores por la Comisión Federal de mediación en Bélgica, a tenor de la Ley de 21 de febrero de 2005, modificadora del Código Judicial en los ámbitos de mediación, son los siguientes: 1.– Poseer, por el ejercicio presente o pasado de una actividad, la capacitación requerida en función de la naturaleza de la controversia. 2.– Justificar, según el caso, una

formación o experiencia adaptadas a la práctica de la mediación. 3.– Presentar las garantías de independencia y de imparcialidad necesarias para el ejercicio de la mediación. 4.– No tener antecedentes penales e incompatibles con el ejercicio de la función de mediador habilitado. 5.– No haber sido objeto de sanción disciplinaria o administrativa, incompatible con el ejercicio de la función de mediador habilitado, ni haber sido objeto de la retirada de dicha habilitación. En todo caso, los mediadores habilitados se han de someter a una formación continuada cuyo programa será visado por la Comisión Federal de mediación.

Vid también el Decreto Legislativo de 4 marzo 2010, n. 28, di Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. (10G0050) (GU n. 53 del 5-3-2010), de transposición de la Directiva 2008/52 en Italia. En su Capítulo III, titulado Organismos de mediación; el art. 16, se refiere a dichos organismos y al registro, así como al elenco de los formadores. Dicha norma ha sido completada por el Decreto de 18 de octubre de 2010, n. 180. Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonchè l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. Publicado el 4-11-2010 Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana. *Serie generale*, n. 258.

²⁵ V. gr. Loi 29/2009, de 29 junio de la Procédure Civil. Article 249° – C, de Portugal.

²⁶ La Ley 1/2001 de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, introdujo la mediación familiar en España como institución jurídicamente normada, derogándose posteriormente por la Ley de «segunda generación» en Cataluña: *Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado* (BOE 17, agosto 2009, nº 198). Dicha Ley amplía el ámbito de actuación al Derecho privado, en la línea contemplada por la Directiva de 2008/52/CE.

Las restantes leyes de mediación vigentes en las Comunidades Autónomas son: Ley 4/2001 de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar de la Comunidad Autónoma de Galicia (B.O.E. nº 157 de 2 de julio de 2001); Ley 7/2001, de 26 de noviembre de mediación familiar de Valencia. DOGV nº 4138, de 29 de noviembre de 2001 (BOE nº 303, 19 diciembre 2001); Ley 15/2003, de 8 de abril de mediación familiar de Canarias (BOE nº 134, de 5 de junio de 2003) y Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar; Ley de la C.A. de Castilla-La Mancha 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar (B.O.E. 25-08-2005); Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León. (BOE núm 105, 3 de mayo de 2006); Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de la Comunidad Autónoma Islas Baleares (BOE nº 303, de 20 de diciembre de 2006. BOID, núm 170, 30 de noviembre de 2006); Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid (BOCM nº 54, de 5 de marzo de 2007); Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar de Asturias (BOPA Nº 81 – lunes, 9 de abril de 2007); Ley 1/2008, de 8 de febrero de mediación familiar del País Vasco (BOPV, nº 34, de 18 de febrero de 2008); Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad autónoma Andalucía (BOJA, nº 50, de 13 de marzo 2009).

²⁷ V.gr. La Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid y Ley 4/2005, de 24 de mayo de mediación familiar de Castilla-La Mancha, entre otras, incluyen este principio al definir la mediación.

²⁸ Estos principios están recogidos en la mayoría de las leyes. V. gr., en Ley 1/2006, de 6 de abril de Castilla y León, art. 2º Ley de mediación familiar de Valencia, art. 1º de la Ley de mediación familiar de Baleares...

²⁹ Absolutamente todas las leyes de mediación de las Comunidades Autónomas recogen este principio, como esencial de la institución mediadora. Sobre el reflejo de los principios de la mediación en las leyes autonómicas españolas, vid. GARCÍA VILLALUENGA, L.: *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el derecho de familia*. Ed. Reus, Madrid, 2006, págs. 379 a 453. En relación

con los principios acogidos en legislaciones de Estados Unidos y Canadá, así como en países de Latinoamérica, vid. Págs. 198 a 252

³⁰ La Ley 15/2009, reconoce la importancia de los principios de la mediación desde su E.M., señalando: «...Con independencia de la mencionada necesidad de una regulación general de la mediación, es preciso fijar los principios que garantizan el buen ejercicio de la mediación administrada por el departamento competente en materia de derecho civil y regular determinados instrumentos de apoyo, como por ejemplo el régimen de la confidencialidad...». La regulación de los principios, coinciden en esencia con los dispuestos en la Ley 1/2001 de mediación familiar de Cataluña, derogada por aquella. Vid. supra.

³¹ Vid. Disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio.

³² La E.M. de la Ley 15/2005, de 8 de julio que modifica el C.c. y la L.E.C. en materia de separación y divorcio, dispone: «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».

³³ Artículo 5. Las instituciones de mediación... 2. Los poderes públicos velarán porque las instituciones de mediación que actúen en sus respectivos ámbitos respeten los principios de la mediación establecidos en esta ley...».

³⁴ En este sentido parece pronunciarse El Informe al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, aprobado por el pleno del Consejo General del Poder Judicial, el 19 de mayo de 2010, al referirse al art. 12 señalando que los principios que compendia, tienen como función perfilar las características básicas del procedimiento de mediación. Por lo parece redundar en la idea de que la ubicación al final del capítulo parece inapropiada.

³⁵ El art. 12.1 dispone: «La mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente...». Reforzando el principio de voluntariedad, previamente contemplado en el texto legal, en el artículo 7º.

³⁶ V.gr. el principio de igualdad, que en el art. 9, se configura como derecho de las partes, que ha de ser garantizado por el principio de imparcialidad.

³⁷ Ex artículos 14 y 15 del Anteproyecto de Ley. Vid. Infra.

³⁸ Esta cuestión ha sido objeto de observaciones en el Informe al Anteproyecto de Ley, aprobado por el pleno del CGPJ, planteando la conveniencia de su incorporación, tal como lo hace el artículo 8.1 de la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. Sin duda, el protagonismo de las partes es crucial en el éxito de la mediación, pues en él influyen muchos factores que están íntimamente vinculados a los sujetos que intervienen en el proceso de mediación. Sin embargo, su ausencia podría deberse, no tanto al hecho de que puedan existir «caucus» que faciliten la intervención de todas las partes y que no sea necesario reflejarlo expresamente en el Anteproyecto, sino que, más bien, entendemos que podría estar relacionado con el hecho de que al ofrecerse la mediación, según el Anteproyecto, en contextos como los mercantiles, donde cobra especial importancia la representación de intereses por terceros, esto hace que hayan de modificarse las pautas del mismo proceso de mediación. La finalidad última sería que la mediación y su proceso pueda ser útil en ese contexto o en otros civiles donde sea necesario, en una concepción más amplia de la autonomía de la voluntad, de la flexibilidad del proceso y de la idea de sujetos mediados o partes del proceso.

³⁹ V.gr. se recoge la buena fe, de modo expreso, art. 12.2, pero también se desprende este principio del hecho de que no se pueda interponer entre sí acción judicial o no, mientras dure la mediación.

En la línea establecida en el art. 7.1 C.c., para que la mediación pueda servir al fin que se destina, son fundamentales la buena fe de las partes y del mediador. La necesidad de que exista una actuación cooperativa de las partes se pone de manifiesto en el art. 10 de la Ley de mediación familiar de Gali-

cia: *«durante el desarrollo de la mediación familiar, las partes tendrán que mantener su compromiso de respeto a las actuaciones promovidas por la persona mediadora, manteniendo una posición de colaboración y apoyo permanente a sus funciones».*

También, el art. 5 de la Ley de mediación familiar de Valencia impone a los participantes en el procedimiento de mediación familiar la exigencia de la buena fe, con distintos efectos. Así, en el caso de las partes, si se acredita su ausencia, producirá los que le son propios en el ámbito de la libertad de los pactos, y si falta la buena fe en el mediador, dará lugar a la correspondiente sanción. La Ley de mediación familiar de Castilla y León, recoge la buena fe de las partes en conflicto y de la persona mediadora, en su art. 4.7, entre los principios informadores de la mediación. Asimismo, se hace referencia a este principio en el art. 7, b), relativo a los deberes de las partes en conflicto: *«Actuar de buena fe en el procedimiento de mediación, proporcionando al mediador información veraz y completa sobre el conflicto».* En nuestra opinión, la buena fe tiene un carácter más extenso, y si es cierto que una muestra del mismo es facilitar información, no al mediador, sino al proceso, también se ha de tratar de una actitud mantenida durante el desarrollo mediación. La obligación expresa del mediador, de ejercer *«la actividad mediadora conforme a la buena fe y a la adecuada práctica profesional»*, se contempla en el art. 10.11 y su incumplimiento es causa de infracción grave, ex art. 24.b).

Respecto a la Ley de mediación familiar de Baleares, la buena fe se contempla entre los principios rectores, ex art. 2, y afecta a todas las partes del proceso. Se recoge referencia expresa a ella en el art. 24, ap. d, al regular las causas de extinción del contrato de mediación por desistimiento de alguno de los familiares en conflicto, señalando que éste ha de *«efectuarse de buena fe».* La propia norma, aventura una definición de «mala fe», vinculándola al hecho de que *«habiéndose creado las expectativas de solución a las partes, se separa del contrato al efecto de perjudicar a las otras personas que intervienen en él o de dilatar un procedimiento en curso. En este caso, debe responder de los daños y perjuicios causados a las demás personas intervinientes».* Se trata, por tanto, de responsabilizar a las partes de la idónea utilización del proceso de mediación y evitar que hagan un uso torticero del mismo.

⁴⁰ Estamos, pues, de acuerdo con la consideración recogida en el Informe del CGPJ al Anteproyecto en este punto, que señala: *«En rigor, este último constituye algo distinto de un principio informador de la mediación o de su procedimiento, por cuanto remite de manera directa a las relaciones entre mediación y proceso judicial sentando una clara prohibición para las partes. De ahí que su mejor ubicación probablemente se encuentre en la parte del Anteproyecto en la que se describe el desarrollo del procedimiento de mediación».*

⁴¹ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio («BOE núm. 163/2005, de 9 de julio de 2005»), señala en su Disposición final tercera: *«El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de Ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas».*

⁴² El Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto, señala la trascendencia de este principio, al decir: *«...es igualmente importante subrayar que el recurso a este tipo de métodos alternativos de solución de disputas debe apoyarse en la plena voluntariedad de las partes interesadas, so pena de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva plasmado en el artículo 24.1 de la Constitución española (CE) y la reserva en exclusiva de la función jurisdiccional a Juzgados y Tribunales (artículo 117.3 CE), como únicos a quienes corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado».*

⁴³ El artículo 1 del Anteproyecto dispone: *«A los efectos de esta Ley se entiende por mediación aquella negociación estructurada de acuerdo con los principios de esta ley, en que dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador».* También la E.M. del Anteproyecto recoge en varias ocasiones el principio de voluntariedad y de modo rotundo: *«Los ciudadanos podrán disponer, si así libremente lo deciden, de un*

instrumento muy sencillo, ágil, eficaz y económico para la solución de sus conflictos, alcanzando por sí solos un acuerdo». Asimismo, al adelantar en la E.M. el concepto de mediación que contempla la Ley, señala que se basa en «...*la voluntariedad y libre decisión de las partes...*». Igualmente, al referirse al acuerdo, dice expresamente que *«alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues, a veces, como enseña la práctica, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones...»*.

⁴⁴ Se pretende favorecer en el texto la oportunidad de que las partes puedan solicitar la mediación en cualquier fase del proceso, permitiendo incluso interrumpirlo para instaurarla [vid. Ap. II, a y b, y A.p. V. a y b. Recomendación (98) 1], adquiriendo la voluntariedad, así, un carácter notable].

⁴⁵ V. gr., en relación a la voluntad y a la validez del consentimiento, recoge en el punto 3.2.2.2. apartado 83, la importancia que tiene que *«...el acuerdo celebrado sea un verdadero acuerdo. Si el acuerdo final no reflejase la voluntad real de las partes, el compromiso efectivo que las partes están dispuestas a aceptar con todo lo que eso implica de renuncia con relación a sus expectativas anteriores, la ADR no habría logrado sus objetivos fundamentales, es decir la verdadera solución del conflicto y la consiguiente pacificación social»*.

⁴⁶ Vid. Infra, lo expuesto en relación al principio de la neutralidad y el verdadero carácter auto-compositivo de la mediación que deriva de la voluntad de las partes en el proceso y del respeto del mediador de este principio.

⁴⁷ Considerando (13) *«La mediación a que se refiere la presente Directiva debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento»*.

⁴⁸ Vid. Exposición de Motivos de la Directiva 2008/52/CE, en su apartado (12) *«La presente Directiva debe ser aplicable a los casos en que un órgano jurisdiccional remite a las partes a la mediación o en que la legislación nacional prescribe la mediación»*.

⁴⁹ Vid. art. 3 de la Directiva 2008/52/CE, que al definir la mediación señala que el proceso de mediación puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro.

⁵⁰ Vid. Considerando (14) Directiva 2008/52/CE.

⁵¹ Los estudios que se han llevado a cabo en Estados Unidos sobre la diferencia del grado de satisfacción y resultados de la mediación, según accedan libremente las partes o sean derivadas por un Tribunal, parecen no arrojar importantes diferencias entre ambas situaciones.

⁵² Que no excluye que en el Juzgado se informe a las partes de la posibilidad de recurrir a mediación para solucionar el conflicto, como dispone el art. 414 de la LEC, según texto del Anteproyecto de Ley de mediación. A pesar de que la audiencia se lleve a cabo *«para intentar un acuerdo o transacción»*.

⁵³ Artículo 7 Anteproyecto de Ley de mediación: *«El sometimiento a mediación es voluntario, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea esta ley o la legislación procesal. Nadie está obligado a concluir un acuerdo ni a mantenerse en el procedimiento de mediación»*.

⁵⁴ El Anteproyecto de ley de mediación, propone la siguiente redacción para el art 437 LEC, *«3. En los juicios verbales a los que alude el apartado 2 del artículo 250 que consistan en una reclamación de cantidad, no se refieran a alguna de las materias previstas en el apartado 1 del mismo artículo y no se trate de una materia de consumo, será obligatorio el intento de mediación de las partes en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda...»*.

⁵⁵ Ar. 8.2 Anteproyecto de Ley de mediación: *«Las partes implicadas en un conflicto pueden voluntariamente iniciar y finalizar un procedimiento de mediación en cualquier momento. No obstante, el sometimiento a mediación será obligatorio cuando así lo establezca la legislación procesal»*.

Compartimos plenamente la afirmación que se realiza en el informe del Consejo General del Poder judicial, respecto al «principio dispositivo», del artículo 8 del Anteproyecto, sus apartados 1 y 2, «se refieren tanto a la necesaria disponibilidad o carácter disponible de los objetos a los que se

referan los conflictos sometidos a mediación –materia que encuentra su más natural sede en el precepto destinado al ámbito de aplicación–, como a la capacidad de las partes de iniciar y finalizar libremente un procedimiento de mediación, aspecto que en realidad se solapa con la voluntariedad de la que habla el artículo anterior, hasta el punto de que el artículo 8.2 viene prácticamente a reiterar con otras palabras el contenido del artículo 7. En cuanto al apartado 3 del artículo 8, se conecta de nuevo con la voluntariedad u obligatoriedad de acudir a la mediación, y no tanto con la disponibilidad del objeto de la misma o del procedimiento, por lo que se recomienda reubicar su contenido en el artículo 7 (cuando no refundir en un solo artículo los actuales artículos 7 y 8)».

⁵⁶ Vid. el estudio de derecho comparado realizado en GARCÍA VILLALUENGA, L.: *Mediación en conflictos familiares, una construcción desde el Derecho de familia*. Ed. Reus, 2006. págs. 278 y ss.

⁵⁷ La Ley 15/2005, de 8 de julio, en su Disposición final tercera, al referirse al proyecto de ley sobre mediación que habrá de remitirse a las Cortes, señala que ésta se basará en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de «*voluntariedad,...*».

⁵⁸ V. gr., la *Ley de mediación familiar de Castilla La Mancha*, que sanciona ampliamente este principio, por un lado, reconociéndolo como máxima en el art. 8.1, y después desarrollándolo en el art. 8.2, vinculándolo, así, a la absoluta libertad de las partes para iniciar el proceso de mediación y para desistir de él, así como para llegar a acuerdos, con la única limitación que impongan las normas imperativas en la materia objeto de negociación. En el mismo sentido, y vinculándolo tanto a las partes en conflicto, como al mediador y en relación a su participación (y entendemos que también permanencia) en el proceso de mediación, se expresa la *Ley de mediación familiar de Castilla y León*, en su art. 4. Por su parte, *La Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de la Comunidad Autónoma Islas Baleares*, en su art. 2º,⁶ contempla este principio refiriéndolo al hecho de que la mediación no puede imponerse y que las partes pueden desistir del proceso en cualquier momento, siempre que se efectúe desde la buena fe, respecto de los mediados, y cuando exista causa justificada y ésta se comunique por escrito a la otra parte, en el caso del mediador, ex art. 24 de la Ley 18/2006. También se desprende este principio de la potestad que la Ley reconoce a las partes para elegir al mediador, ex art. 6, que sólo les será impuesto por la Administración (Servicio de mediación familiar de Baleares) cuando no se pongan de acuerdo a este respecto, ex art. 27.e, de la Ley 18/2006.

⁵⁹ El Artículo 5, de la Ley 15/2009, de 22 de julio, dispone: «1. *La mediación se basa en el principio de voluntariedad, según el cual las partes son libres de acogerse a la misma o no, así como de desistir en cualquier momento.* 2. *Si una vez iniciado el procedimiento de mediación cualquiera de las partes desiste, no pueden tener efectos en un litigio ulterior el hecho del desistimiento, las ofertas de negociación de las partes, los acuerdos que hayan sido revocados en el tiempo y la forma adecuados ni ninguna otra circunstancia conocida como consecuencia del procedimiento.*».

⁶⁰ Vid. art. 8 de la Ley de mediación Valenciana.

⁶¹ Vid. *Infra* lo expuesto a este respecto en relación con los principios de imparcialidad y neutralidad.

⁶² El Anteproyecto de Ley atribuye también el carácter de imparcialidad a la propia mediación. Así en la E.M. señala: «*La mediación es una actividad neutral, independiente e imparcial que ayuda a dos o más personas a comprender el origen de sus diferencias, a conocer las causas y consecuencias de lo ocurrido, a confrontar sus visiones y a encontrar soluciones para resolver aquéllas.*».

⁶³ En efecto, la imparcialidad se ha recogido de modo notable en todos ellos: En la R (98) 1, en las Consideraciones, nº 10, da una definición inicial de mediación, recogiendo este principio como característica primera del mediador: «*...proceso en el cual un tercero, el mediador, imparcial y neutral asiste a las partes en la negociación sobre las cuestiones objeto del conflicto, con vista a la obtención de acuerdos comunes ...*». Luego, al señalar los principios de organización de la mediación, dispone: «*I.– el mediador es imparcial en sus relaciones con las partes*»; en el Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, que hace depender la

noción de modalidad alternativa de solución de conflictos del hecho de que se trate de procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos «... *aplicados por un tercero imparcial*»; en 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, la contempla en relación con el proceso de mediación: «Los mencionados mecanismos deben aspirar... a *garantizar que la mediación se lleve a cabo de una forma eficaz, imparcial y competente*». También, en el art. 3, al definir al mediador: «*b) ... todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente...*». Incluso, en el art. 4, vincula la calidad de la mediación con la formación inicial y continua del mediador, para «*garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes*».

⁶⁴ Vid. Código de conducta europeo para mediadores, que en el artículo 2.1 dispone: «2.1. Independencia. *Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que afecte o pueda afectar a su independencia o bien crear un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán: – todo tipo de relación personal o empresarial con una de las partes, – cualquier interés financiero u otro de otro tipo, directo o indirecto, en el resultado final de la mediación, o que el mediador, o un miembro de su empresa, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación. En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación a condición de que esté seguro de poder mediar con total independencia con el objeto de garantizar su completa imparcialidad y siempre que las partes lo consientan explícitamente. El deber de revelar información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación*».

⁶⁵ El Código de conducta europeo para mediadores, en el artículo 2.2 dispone: «*El mediador actuará imparcialmente con las partes en todo momento, y se esforzará en demostrar su imparcialidad, se comprometerá asimismo a servir equitativamente a todas las partes durante el procedimiento de mediación*».

⁶⁶ Art. 3.2. Código de conducta europeo. Imparcialidad del procedimiento. *El mediador se asegurará de que todas las partes puedan participar de forma efectiva en el procedimiento. El mediador informará a las partes y pondrá fin a la mediación, cuando: – se haya concluido a un acuerdo que el mediador considere inaplicable o ilegal, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, o cuando no se considere competente para concluirlo, o – el mediador considere que es improbable que la continuación de la mediación dé lugar a un acuerdo*».

⁶⁷ V.gr. La ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en su E.M., señala: «*Con el fin de... mantener la comunicación y el diálogo... se establece la mediación...*».

⁶⁸ La Ley catalana de mediación en el ámbito del derecho privado de 2009, en su artículo 14 b), preceptúa como deber del mediador: «*Dar por acabada la mediación ante cualquier causa previa o sobrevinida que haga incompatible la continuación del procedimiento con las exigencias establecidas por la dicha Ley y, también, si aprecia falta de colaboración de las partes o si el procedimiento deviene inútil para la finalidad perseguida*». Entendemos que el mediador, como garante de los principios a lo largo del proceso, tendrá la capacidad de dar por concluida la mediación si éstos se vulneran, pero, quede claro, que llegar a acuerdos no es, ni debe ser, un principio de la institución mediadora, sino, una oportunidad que brinda el proceso y, por ende, la falta de acuerdo final no puede considerarse en modo alguno que transforme el procedimiento en inútil.

⁶⁹ Este mismo principio lo encontramos recogido en el artículo 12 del Anteproyecto, al referirse a la organización del procedimiento de mediación, señalando que deberá hacerse «*con pleno respeto a los principios de igualdad y contradicción*». Una mejor articulación de los principios informadores de la mediación evitaría reiteraciones inútiles.

⁷⁰ Trágase, por tanto, a colación en este punto, todo lo expuesto en relación al art. 2.1 del Código Europeo. Vid. Supra.

⁷¹ La Ley 15/2005 lo contempla en su E.M., y en la DF3^a sin definirlo.

⁷² V.gr., la *Ley de mediación familiar de Galicia* contempla la imparcialidad en el art. 8.2, al enunciar los principios de la mediación, vinculándola al respeto a los puntos de vista de las partes y a que se preserve la igualdad de éstas en la negociación. Por su parte, la imparcialidad se enuncia en el Preámbulo de la *Ley de mediación familiar de Valencia* como una de las características de la mediación, sin embargo, se recoge expresamente en relación a los deberes de las personas mediadoras en su art. 9, apartado f), sin definirla, considerando su incumplimiento como una de las causas de infracción ex art. 26. La *Ley Canaria* de mediación familiar también contempla la imparcialidad como principio informador de la mediación, pero en relación con la actuación del mediador, en el sentido de que ha de garantizar el respeto de los puntos de vista de las partes preservando su igualdad en la negociación. El concepto de imparcialidad lo ofrece dicha Ley en el art. 8º, al señalar los deberes del mediador, aludiendo a que éste «no puede tener designio anticipado o prevención a favor o en contra de alguna de las partes». También podríamos ver manifestaciones de dicho principio en el deber de lealtad que se le impone al mediador para con las partes, con ambas, lo que supone no privilegiar a una frente a la otra. En nuestra opinión, si dicha falta de imparcialidad viniera determinada por razones de discriminación de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento, vecindad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social de las partes, estaríamos ante una infracción tipificada como muy grave.

Por su parte, la *Ley de mediación familiar de Castilla-La Mancha* reconoce el principio en su art. 8, y lo vincula a la necesidad de que el mediador respete las posiciones de las partes y preserve su igualdad y equilibrio en la negociación (art. 8.4), señalándolo como deber expreso del mediador, ex art. 10.e), imponiéndole la obligación de abstenerse de intervenir cuando valore que dicho principio puede conculcarse. En cuanto a la *Ley de mediación familiar de Castilla y León*, recoge la imparcialidad del mediador entre los principios informadores, sin definirla (ex art. 4.5º), y entre las obligaciones que aquél ha de asumir. La *Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de la Comunidad Autónoma Islas Baleares*, sí que propone una breve definición de este principio, vinculándolo a la actuación del mediador que «no puede tener designio anticipado o prevención a favor o en contra de alguno de los sujetos de la parte familiar en conflicto» (ex art. 2), y en caso contrario se considera una infracción muy grave [ex art. 34.f) y 35 de la Ley 18/2006].

⁷³ La Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, recoge los principios de la mediación familiar, en el art. 4 c), refiriéndose conjuntamente a ambos, para distinguirlos después en su finalidad: «Imparcialidad y neutralidad del mediador actuante, que no podrá adoptar decisiones alineándose de forma interesada con parte alguna, influirlas o dirigirlas hacia la consecución de soluciones conforme a su criterio personal o imponer soluciones».

⁷⁴ En esta misma línea, vid. supra, la E.M. del Anteproyecto al dar una definición de la mediación.

⁷⁵ Vid. KRAYBILL y WHEELER, citados por MOORE, C.: *El Proceso de Medición*, Granica, Buenos Aires, 1998, pág. 47.

⁷⁶ BOLAÑOS CARTUJO, I.: *Hijos alineados y padres alienados: Mediación familiar en rupturas conflictivas*. Madrid: Reus, 2008.

⁷⁷ Artículo 10 del Anteproyecto de Ley. *Neutralidad*. «Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, no pudiendo el mediador imponer solución o medida concreta alguna».

⁷⁸ Decimos que, «en buena medida», pues el hecho de que al mediador se le atribuyan funciones de propuesta, puede distorsionar la naturaleza de este principio. Vid. Infra.

⁷⁹ Vid. Considerando 10 R (98) 1.

⁸⁰ Vid. R (98) 1, en el apartado III, relativo al Proceso de mediación.

⁸¹ Este es el criterio seguido por la mayoría de las leyes autonómicas españolas dictadas en la materia, como expøndremos

⁸² Tampoco se hace mención expresa de este principio en 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. Sin embargo, sí se contempla expresamente el carácter autocompositivo de la institución mediadora. Así, en la definición de la mediación, ex art.3.a), se refiere a que las partes intentan «*por sí mismas*» un acuerdo, si bien, con» *ayuda del mediador*», y, por lo tanto, sin imposición alguna.

⁸³ Vid. Ut. Supra. Lo expuesto respecto del principio de Imparcialidad.

⁸⁴ Vid. Lo recogido en la Ley 15/2005, de 8 de julio (Exposición de Motivos y D. final tercera).

⁸⁵ La Ley de mediación de Andalucía, en su art. 8, recoge los principios de imparcialidad y neutralidad, señalando: «*La persona mediadora no podrá imponer soluciones o medidas concretas, tendrá en cuenta los intereses de quienes intervengan en el proceso, y respetará los distintos puntos de vista y la igualdad de las partes en la negociación*». En clara referencia, primero, a la neutralidad y, después a la imparcialidad. En el mismo sentido, vid. Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco, art. 8.f). En dicho precepto, junto a la neutralidad (que las partes alcancen por sí mismas la solución, en el sentido más amplio: sin recibir propuestas, ni sugerencias del mediador), se alude indirectamente a la imparcialidad («*preservar la igualdad*» de las mismas).

⁸⁶ V.gr. La Ley de mediación de Cataluña de 2009 recoge expresamente este principio, vinculándolo con la no imposición por el mediador de solución, ni medida concreta a las partes. De esta manera, contempla la neutralidad tanto en la definición de la institución, ex art artículo 1. «*A los efectos de la presente ley, se entiende por mediación... con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral*»), como en relación a los principios de la mediación (ex. art. 6.2: «*La persona mediadora debe ayudar a los participantes a alcanzar por ellos mismos sus compromisos y decisiones sin imponer ninguna solución ni ninguna medida concreta y sin tomar parte*»). Vinculado, también, al resultado del proceso de mediación y al carácter autocompositivo del mismo, recoge la Ley de Castilla La Mancha el principio de neutralidad del mediador, en el art. 8.5.

⁸⁷ Vid. Artículo «2 c) *Neutralidad: la persona mediadora debe ayudar a conseguir la conciliación de los sujetos en conflicto sin imponer criterios propios en su toma de decisiones, aunque puede ofrecerles propuestas de solución*». En la misma línea, vid. El artículo 17 b) de la Ley de mediación familiar de Baleares que, en relación con las obligaciones de las partes, señala las de «*valorar las propuestas de la persona mediadora y proponerle contrapropuestas, en su caso, con la finalidad de obtener acuerdos*».

⁸⁸ V.gr., Ley de mediación de Cataluña, ex. art. 6.2; Ley de la Comunidad de Madrid, Ley de mediación familiar del País Vasco...

⁸⁹ Vid. art. 1º del Anteproyecto, en relación con el art. 10 y la Exposición de Motivos del mismo cuerpo legal.

⁹⁰ En la misma línea de la Ley de mediación familiar de Baleares.

⁹¹ La E.M. del Anteproyecto, señala: «*El concepto de mediación que acoge esta Ley se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes, y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa y orientada a la solución de la controversia, a diferencia de otras figuras, como la conciliación, en la que la participación de un tercero se produce con una menor implicación o capacidad de propuesta, o el arbitraje en el que ese tercero tiene capacidad resolutoria que se impone a la voluntad de las partes. La mediación es una actividad neutral, independiente e imparcial que ayuda a dos o más personas a comprender el origen de sus diferencias, a conocer las causas y consecuencias de lo ocurrido, a confrontar sus visiones y a encontrar soluciones para resolver aquéllas*».

⁹² El Informe del CGPJ, de diecinueve de mayo de dos mil diez, al Anteproyecto de Ley, señala que: «*El Anteproyecto se decanta, a pesar de proclamar el principio de neutralidad, por un modelo de mediación valorativa (en el ámbito anglosajón se habla de *evaluative mediation*, para distinguirla de la *facilitative mediation*, en la que el mediador conduce el proceso y ayuda a las partes a gestionar*

el conflicto, pero sin pronunciarse sobre el mismo ni ofrecer propuestas de solución); lo cual es conforme con el régimen de la Directiva, que en este punto deja a las partes plena libertad para diseñar el modo en el que desean que se lleve a cabo el proceso de mediación y el calibre de la intervención del mediador (vid. su art. 3.b/ in fine)».

⁹³ Sin embargo, esto no puede confundirse con la ausencia de valores por parte del mediador, ni con su pasividad, ya que hay que tener presente que todos, y naturalmente también el mediador, participamos de un tipo de identidad que nos configura en nuestro ser más íntimo como personas.

⁹⁴ FOLGER, J, y JONES, T.: *Nuevas direcciones en mediación. Investigación y perspectivas comunicacionales*, Paidós-Mediación, Buenos Aires, 1997, pág. 305.

⁹⁵ Es cuestión diferente ayudar a generar propuestas, que ofrecérselas. El plano, principal o secundario en que se colocan las partes y el mediador son completamente distintos.

⁹⁶ La exclusión de la referencia a la capacidad de propuesta del mediador, no impediría que, según el tipo de mediación y el ámbito de aplicación, pudieran utilizarse técnicas más o menos directivas, pero no como obligación «marco» para todos los mediadores y en todas las mediaciones. V.gr. en contextos familiares, transformar las relaciones es fundamental para llegar a acuerdos. Si las propuestas no las hacen suyas las partes, no las cumplirán. Siempre podrán excusarse en que: «yo no lo quería, pero como lo propuso el mediador»...

⁹⁷ Artículo 11 del Anteproyecto de mediación. *Confidencialidad*.

«1. Se garantiza la confidencialidad de la mediación y de su contenido, de forma que ni los mediadores, ni las personas que participen en la administración del procedimiento de mediación estarán obligados a declarar en un procedimiento judicial civil o mercantil o en un arbitraje sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

a) Cuando las partes de manera expresa acuerden otra cosa en el acta inicial.

b) Cuando, previa autorización judicial motivada, sea necesario por razones de orden público y, 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.

c) Cuando, previa autorización judicial motivada, el conocimiento del contenido del acuerdo sea necesario para su aplicación o ejecución. d) Cuando así lo establezca la legislación procesal.

2. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad personal del mediador implicando la inhabilitación para el ejercicio de la mediación».

⁹⁸ Esta declaración de principios de la confidencialidad, como marco general sobre el que desarrollar los demás elementos que la configuran, presenta una extraña ubicación en el apartado 2, del art. 11, cuando debiera figurar al inicio del referido artículo. Así, tras dicho enunciado, habrían de constar las personas que se ven obligadas por dicho principio y las excepciones al mismo en cada caso (no es lo mismo la posible dispensa de las partes entre sí, tras el principio general que la ley les impone, que los supuestos en los que el mediador queda relevado de tal obligación. Vid. Infra.). Por tanto, el orden propuesto por el legislador debería revisarse y ajustarse a los criterios expuestos.

⁹⁹ No especifica el Anteproyecto quiénes han de entenderse por tales y tampoco se recoge referencia alguna a ellas en otra parte del texto legal. Parece que en este punto, igual que en otros muchos, el Anteproyecto sigue la Directiva 52/2008, ex art. 7.1, aunque, probablemente, no con el mismo sentido que se le quiso dar en aquél instrumento internacional. Por ello, más allá de que pueda darse por supuesto que entre tales personas están las que realizan alguna tarea o función en torno al proceso de mediación, hubiera sido deseable que el legislador las hubiera contemplado con un criterio más descriptivo, ya que la importancia del principio lo merece.

¹⁰⁰ Vid. Infra. En el comentario de este artículo.

¹⁰¹ En este sentido, vid. ORTUÑO MUÑOZ, P.: «El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil», de 19.04.2002 de la Comisión de las Comunidades Europeas», *IURIS – LA LEY*, Barcelona, noviembre, 2003.

¹⁰² Vid. Págs. 406 y ss relativas a este principio en derecho comparado, del libro GARCÍA VILLALUENGA, L.: *Mediación en conflictos familiares...* Op. Cit. Ed. Reus, 2006.

¹⁰³ Vid. Portugal Law 29/2009, dated 29th June. Code of Civil Procedure. Article 249 – C. sobre la confidencialidad, que señala: «*Except with respect to the obtained agreement, the content of the mediation sessions is confidential, not being able to be evaluated as evidence in court except in of exceptional circumstances, namely when is in cause the protection of the physical or psychic integrity of any person*». En Italia, la Ley de 2010 de transposición de la Directiva, señala en el art. 9, en relación al «*Dovere di riservatezza: «1. Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione e' tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo. 2. Rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, il mediatore e' altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti*», en relación con el art. 10, relativo a la «*Inutilizzabilità e segreto professionale*».

¹⁰⁴ Vid. Por todas, la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, que al regular los principios de la mediación, en el art. 7 recoge la confidencialidad, con el mandato, para todas las personas que intervienen en el procedimiento de mediación, de no revelar las informaciones que conozcan a consecuencia del mismo. Contempla, asimismo, la obligación de las partes en un proceso de mediación de no solicitar en juicio ni similares la declaración del mediador como perito o testigo de una de las partes, para no comprometer su neutralidad, sin perjuicio de lo establecido por la legislación penal y procesal. Asimismo, las actas que se elaboran a lo largo del procedimiento de mediación tienen carácter reservado. Como excepciones se contemplan la información obtenida en el curso de la mediación que no está personalizada y se utiliza para finalidades de formación o investigación, o cuando exista una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona.

¹⁰⁵ Así, se ha considerado como «*la condición «sine qua non» para el buen funcionamiento de las ADR, porque contribuye a garantizar la franqueza de las partes y la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento*» (Ap. 78 al 82 del Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil). Vid. También apartado III.vi, de la Recomendación 98 (1), relativo al proceso de mediación.

¹⁰⁶ El Código de Conducta Europeo para los Mediadores, art. 3.1. señala la importancia de que este principio forme parte de los elementos del contrato inicial de mediación y que sea entendido y asumido por las partes. Asimismo, recoge la obligación expresa de reserva del mediador, salvo razones legales o de orden público, haciendo referencia concreta a la información obtenida en los espacios más íntimos de mediación que son «los caucos». Vid. art. 4: «*El mediador respetará la confidencialidad sobre toda información, derivada de la mediación o relativa a la misma, incluida la mera existencia de la mediación en el presente o en el pasado, a menos de que haya razones legales o de orden público en sentido contrario. Salvo disposición legal en contrario, ninguna información revelada confidencialmente a los mediadores por una de las partes podrá revelarse a otras partes sin su autorización*».

¹⁰⁷ Vid. Considerando 23 de la Directiva 2008/52/CE.

¹⁰⁸ Vid. art. 7 de la Directiva 2008/52/CE.

¹⁰⁹ Cuestión ésta que pudiera dar lugar a reconsiderar la buena fe con la que llegan las partes al proceso de mediación en estos supuestos, al no querer asumir dicha confidencialidad, tal vez, por entender que en un «futuro juicio» les puede ser de utilidad contar con datos revelados en dicho proceso.

¹¹⁰ Vid. Supra. Nos referimos a colaboradores como «personas que participan en la administración del proceso de mediación», ex. art. 11.1º

¹¹¹ La referencia al «Acta inicial», debe entenderse como la hecha al «contrato de mediación» que da inicio al proceso de mediación y que recoge los derechos y obligaciones de las partes, en relación directa con los principios que presiden el referido proceso.

¹¹² Como señala el informe del CGPJ en este punto, el Anteproyecto añade en ambos casos «previa autorización judicial motivada», giro de acierto dudoso si se piensa que no es una autorización lo que el órgano judicial tendrá que emitir, sino antes bien una denegación del permiso para no declarar toda vez que éste haya sido invocado por el sujeto a quien inicialmente favorezca, denegación que de conformidad con el artículo 371 LEC debería adoptar la forma de providencia, que es una modalidad de resolución que no debe necesariamente revestir una motivación (vid. artículo 208.1 LEC). Conveniría pues tratar de lograr en este punto una mayor coherencia de la norma proyectada con nuestra legislación procesal civil.

¹¹³ Así, una interpretación literal del precepto indicaría que las partes pueden, por su sola voluntad, comprometer la confidencialidad del tercero, obligándole a poner de manifiesto hechos, informaciones o documentos que han estado a su disposición durante el proceso mediado, por su cualidad de mediador, a pesar de la prohibición de tal hecho en el Anteproyecto y la responsabilidad que de ello se deriva.

¹¹⁴ En relación directa con este principio está la modificación de la LEC, arts que se propone por el Anteproyecto. Así, se agrega un apartado 3 al artículo 335 LEC y se modifica el art. 347.1.II LEC, a fin de impedir que quien hubiese actuado como mediador pueda emitir dictamen o actuar como perito en un proceso judicial posterior sobre el mismo asunto (apartados 3 y 4 de la DF2.^a).

¹¹⁵ La misma Ley 15/2005, de 8 de julio, en su Disposición final tercera, hizo referencia expresa a la confidencialidad como principio sobre el que se ha de basar el proyecto de ley que el Gobierno debería remitir a las Cortes.

¹¹⁶ El art. 14 del Anteproyecto reitera la exigencia, ya contemplada en el art. 13 del mismo cuerpo legal, de que el mediador esté inscrito en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación. Confiamos en para el acceso a dicho Registro se establezcan condiciones de competencia y ésta se vincule a la formación. Cuestión a la que debería dar respuesta el Anteproyecto, como expondremos.

¹¹⁷ A este respecto, vid ROGEL VIDE, C.: «Los mediadores, sus obligaciones y su responsabilidad. Comentario crítico de los artículos 13,16, 17 y concordantes del Anteproyecto de Ley de mediación en Asuntos civiles y mercantiles», *RGLJ*, época III, año 2010, nº 2, abril-junio, págs 309-328, donde el autor hace un pormenorizado análisis, entre otras cuestiones relativas a la materia, respecto de los daños y perjuicios indemnizables en relación con la culpa y el dolo del mediador, señalando significativas diferencias con la institución del arbitraje y realizando importantes reflexiones respecto de la figura del mediador en el Anteproyecto referido.

¹¹⁸ Vid. art. 14 en relación con la Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley y con los arts 13 y el 15 del Anteproyecto, así como con la Disposición Adicional única.

¹¹⁹ La Exposición de motivos dispone: «... *La figura del mediador es evidentemente la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes. La actividad de mediación se despliega en múltiples ámbitos profesionales y sociales, requiriendo habilidades que en muchos casos dependen de la propia naturaleza del conflicto. El mediador ha de tener, pues, una formación general que le permita desempeñar esa tarea y sobre todo ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir.*».

¹²⁰ Vid. *Infra*.

¹²¹ V. gr., quiénes han de ser los destinatarios de la formación en mediación; cuántas horas ha de tener ésta y qué contenido, qué prácticas serán exigibles y qué pruebas ha de superar el alumnado para demostrar su formación, qué perfil ha de tener el candidato a la formación y si ha de establecerse una formación continua; qué papel han de asumir las Universidades, los colegios profesionales y las Asociaciones en la formación, y si han de tener o no algún cometido y responsabilidad en la creación y gestión de registros de mediadores y si han de ostentar potestades disciplinarias y deontológicas.

¹²² La inscripción en la lista de mediadores, que no se cierra a una formación de origen determinada (psicólogos, abogados, notarios, jueces, abogados del estado, trabajadores sociales, maestros...), se puede solicitar si se cumplen, entre otros, los requisitos siguientes: concertar un seguro de responsabilidad civil, ser de «confianza» y estar «técnicamente cualificado». Este último requisito exige estar familiarizado con las bases jurídicas y psico-sociales de este proceso y una formación específica de mediación, que se llevará a cabo en centros docentes y prácticos de aquellas instituciones, incluidas Universidades, que el Ministro de Justicia haya recogido en la lista de instituciones de formación y cursos para la mediación en asuntos jurídico-civiles. La Ley se refiere a los contenidos de la formación (vid art. 29.1 de la ley de mediación Austriaca).

¹²³ Vid. Capo III. ORGANISMI DI MEDIAZIONE, art. 16, n° 5: « *Presso il Ministero della giustizia e' istituito, con decreto ministeriale, l'elenco dei formatori per la mediazione. Il decreto stabilisce i criteri per l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, nonche' per lo svolgimento dell'attivita' di formazione, in modo da garantire elevati livelli di formazione dei mediatori. Con lo stesso decreto, e' stabilita la data a decorrere dalla quale la partecipazione all'attivita' di formazione di cui al presente comma costituisce per il mediatore requisito di qualificazione professionale* ».

¹²⁴ En Francia, tras la creación del Consejo Nacional Consultivo de Mediación Familiar (CNCMF – J.O: n°234, de 9 de octubre de 2001), por el Ministerio de Empleo y Solidaridad, en marzo de 2004, dicho organismo presentó un documento «*Mediation familiale: Un métier pour l'avenir*», con importantes recomendaciones y propuestas. En él se recoge la referencia al interesante Diploma nacional de mediador familiar (Diploma d'Etat de mediateur familial) otorgado por el Ministerio de Empleo y Solidaridad, y creado por Decreto n° 2003, 1166 de 2 de diciembre de 2003, y que recoge los contenidos que han de tener la necesaria formación del mediador familiar, y que, sin duda, establecerá un marco fundamental en esta materia, no sólo en este país (vid. Orden de 12 de febrero de 20014 , sobre la creación de un Diploma de Estado de mediador familiar).

¹²⁵ Vid. *La Recomendación n° R(98)*, en el apartado «II– Organización de la mediación».

¹²⁶ En la consulta realizada con carácter previo a la elaboración del Libro Verde, se contemplaban como características esenciales exigibles del mediador, en los distintos países, las siguientes: a) la profesionalidad; b) la formación adecuada (posesión de recursos y habilidades); c) el manejo de técnicas de gestión de conflictos; d) la posesión de las cualidades imprescindibles de transmisor de confianza y de facilitador de la comunicación; f) el entrenamiento de la capacidad de ayudar a desvelar los intereses reales que subyacen en todo conflicto, debajo de las posiciones coyunturales de las partes...

¹²⁷ La importancia de que el mediador sea competente, vuelve a quedar patente en la designación del mismo, exigiéndosele que se asegure que tiene la formación necesaria para proceder a la mediación, debiendo informar sobre este extremos si las partes lo solicitan.

¹²⁸ Así, el art. 3b, de la Directiva 2008/52 dispone: «“mediador”: todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación».

¹²⁹ En el art. 4.2 de la Directiva 52/2008, declara: «Los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes».

¹³⁰ Así, La Comisión, se compromete a orientar la creación de medidas autorreguladoras, en especial, a través de códigos de conducta europeos (vid. art. 4 Directiva 52/2008). Dicha necesidad está recogida en el art. 15 del Anteproyecto de Ley de mediación.

¹³¹ V. gr., el curso de Especialista en mediación de la Universidad Complutense de Madrid, lleva ofreciendo capacitación en mediación de alta calidad desde 1997, siendo un curso reconocido por el Foro Europeo de mediación familiar y por la Generalitat de Cataluña, y siendo miembro del Foro Mundial de mediación (www.mediacion-ucm.es).

¹³² Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L y BOLAÑOS CARTUJO, I.: *Situación de la mediación familiar en España. Detección de necesidades, desafíos pendientes*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.

¹³³ Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía en su art. 13, y en relación a la persona mediadora, dispone que : «1. La mediación familiar se efectuará por profesionales de titulación universitaria o título de grado en las disciplinas de Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social o Educación Social, o cualquier otra homóloga de carácter educativo, social, psicológico o jurídico. 2. La persona mediadora deberá estar inscrita en el Registro de Mediación Familiar de Andalucía. 3. Asimismo, la persona mediadora deberá acreditar: a) La formación específica o la experiencia en mediación familiar en los términos que reglamentariamente se determine...». Por su parte, la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, señala en su E.M como objetivo de la norma, el garantizar «la cualificación y formación del profesional como persona física que realiza la mediación, protegiéndose de esta forma los intereses de las partes que soliciten el inicio de un proceso mediador» y, en el título II, la Ley regula la cualificación y formación especializada en mediación familiar que deben acreditar los profesionales inscritos en el Registro de Mediadores Familiares para llevar a cabo las funciones de mediación. La Ley opta por una fórmula amplia, ya que se exige al mediador «estar en posesión de cualquier título universitario de grado superior o medio y tener una formación específica en materia de mediación». Por su parte el artículo 9 de la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco, requiere demostrar una preparación específica, suficiente y continua en mediación familiar, la cual deberá incluir en todo caso un curso teórico-práctico en mediación de una duración mínima de 200 horas.

¹³⁴ Así, Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, ex art. 3.1, requiere que los mediadores no sólo posean un título universitario oficial, sino que acrediten «una formación y una capacitación específicas en mediación».

¹³⁵ No podemos estar más de acuerdo con lo dispuesto en el informe del CGPJ en este punto, al decir que: «Difícilmente podrán los mediadores proporcionar un servicio de calidad si no se pone el énfasis en su correcta preparación profesional»

¹³⁶ Sobre el título de grado.

¹³⁷ Vid, lo que señala a este respecto la Ley de Mediación familiar Belga, de 19 de febrero de 2001 (www.drotbelgue.net), según la cual pueden ser mediadores, entre otros, los abogados y los notarios que respondan a los criterios especiales establecidos por sus Colegios, y cualquier persona que cumpla los requisitos establecidos por las autoridades administrativas, disponiéndose que el contenido se regulará por Reglamento.

¹³⁸ Así, el mediador habrá de formarse, entre otras materias, en teoría de conflicto, en técnicas de comunicación y, por supuesto, en Derecho— en aquellas cuestiones jurídicas que son trascendentes para la mediación. En este sentido entendemos el papel que el Anteproyecto atribuye a los mediadores en el control de que el acuerdo de mediación es conforme con el ordenamiento jurídico, ex art. 28 del Anteproyecto (en esta medida se venía trabajando desde los distintos cursos de formación de mediadores, principalmente, desde las Universidades). Sin embargo, surge la preocupación en relación con la fuerza de cosa juzgada que el texto legal atribuye al acuerdo de mediación, ex. art. 28.4, ya que la formación en derecho que se le ha de requerir en consecuencia al mediador ha de ser realmente exigente, no sólo para que el posible acuerdo sea conforme a la ley, moral y orden público, sino también para que garantice los derechos de todas las partes, habida cuenta que frente al acuerdo sólo cabría solicitar la anulación o revisión conforme a las normas de la LEC. Esta cuestión, no sólo no tiene antecedente alguno en nuestra legislación, sino que puede llegar a pervertir la propia filosofía de la institución mediadora y la función del mediador, que se puede convertir más en «un garante público» que en un facilitador de la comunicación y de la búsqueda de intereses comunes de las partes. La

atribución de tal carácter ejecutivo a los acuerdos mediados, está en sintonía con el beneficio que le reconoce el legislador a la institución mediadora de «liberar de carga de trabajo a la Administración de justicia», como apunta la E.M. del Anteproyecto; ello, puede suponer una revisión profunda del modo de intervención en el proceso mediado y de las funciones y formación de origen y específica de los terceros que intervienen en él. Sobre los conocimientos jurídicos deseables en el mediador, a la luz del Anteproyecto. Vid. los aspectos que resalta, con buen criterio, ROGEL VIDE, C.: «Los mediadores, sus obligaciones y su responsabilidad...», op. cit., loc. cit.

¹³⁹ Sin duda, el registro puede tener una importante función del control de los mediadores inscritos si establece los criterios de acceso y determina que la formación específica en mediación sea uno de los indispensables para constar en él como mediador. Esta función, junto a otras como la de publicidad e información, ayudaría a fortalecer el principio de la profesionalidad que debería presidir la actuación del mediador.