



Universidad Internacional de La Rioja
Grado en Derecho

Los A.D.R

Análisis de la Mediación

en España

Trabajo fin de grado presentado por:

MARÍA ISABEL LLAVALLOL BAUTISTA

Titulación:

GRADO EN DERECHO

Línea de investigación:

ACADÉMICA

Director/a:

JUAN RAMÓN LIÉBANA ORTÍZ

Ciudad : Navalmoral de la Mata (CÁCERES)

25/01/2018

Firmado por: María Isabel Llavallol Bautista

CATEGORÍA TESAURÓ: 3.1.3

“Tras este periodo de aprendizaje intenso, quiero agradecer a mi familia el apoyo que me han brindado y a los profesores y tutores de la UNIR y especialmente al director de mi TFG, D. Juan Ramón Liébana Ortiz, el haberme facilitado las herramientas y la motivación necesaria para finalizar esta etapa de mi vida con satisfacción”.

ÍNDICE

ÍNDICE.....	2
ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	4
RESUMEN.....	5
I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	6
II.1. Medios “Auto compositivos” de resolución de conflictos: Diferencias.....	6
II.1.1. Negociación.....	7
II.1.2 Transacción.....	7
II.1.3 Conciliación.....	8
II.1.4 Mediación.....	8
II.2 Medios “Hetera compositivos” de resolución de conflictos: Diferencias.....	9
II.2.1. Arbitraje y Jurisdicción.....	9
III. LA MEDIACIÓN COMO MEDIO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	12
III.1 Antecedentes Históricos.....	12
III.2. Evolución de la Mediación en España.....	12
IV. VENTAJAS, INCONVENIENTES, LÍMITES Y LAGUNAS DE LA MEDIACIÓN EN SUS DISTINTOS ÁMBITOS.....	15
IV.1 Mediación Civil y Mercantil.....	15
IV.1.1 Ámbito objetivo de la Ley 5/2012 de 6 de Julio.....	15
IV.1.2 Ventajas de su aplicación.....	15
IV.1.3 Inconvenientes o lagunas de la Ley y sus limitaciones.....	17
IV.1.3.1 Análisis de los principios rectores.....	17
IV.1.3.2 Ámbito subjetivo: sujetos implicados.....	17
IV.1.3.3 Procedimiento.....	20
IV.1.3.4. Ejecución del acuerdo.....	22
IV.1.3.5 Nulidad de los acuerdos alcanzados.....	22

IV.1.3.6. Derechos Indisponibles.....	23
IV.2 Mediación Penal.....	25
IV.2.1 Introducción de la Mediación en el Ordenamiento Jurídico Penal: la “conformidad del Acusado”	25
IV.2.2 El interés público en la “justicia restaurativa”	28
IV.2.3 Procedimiento de Mediación.....	29
IV.2.4 Luces y sombras de la Mediación Penal.....	30
IV.2.5 Casos que pueden someterse a Mediación penal.....	33
IV.3 Mediación Laboral.....	34
IV.3.1 Regulación, procedimiento y Objeto de la Mediación Laboral.....	34
IV.3.2. Ventajas de la Mediación Laboral.....	39
IV.3.3 Condiciones del éxito o fracaso de la Mediación Laboral.....	41
IV.3.4. Limitaciones de la Mediación laboral.....	41
V. CONCLUSIONES.....	42
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	45
VII. FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS.....	47
1. Fuentes Normativas y legislativas.....	47
2. Fuentes Jurisprudenciales.....	49

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AAA	<i>American Arbitration Association</i>
ACPP	Anteproyecto de Código Procesal Penal
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
Art	Artículo
ASAC	Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales
ASEC	Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales
CC	Código Civil aprobado por Real Decreto de 24 de junio de 1889
CE	Constitución Española de 1978
CEDH	Convenio Europeo de Derechos humanos
C.G.P.J	Consejo General del Poder Judicial
C.P	Código Penal
E.T	Estatuto de los Trabajadores
I.T.S.S	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
L.A	Ley Arbitral 60/2003 de 23 de diciembre
L.E.C	Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero
LeCrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
L.M.A.C.M	Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles 5/2012
L.O.P.J	Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 de 1 de Julio
L.O.R.P.M	Ley Orgánica sobre responsabilidad penal del menor
L.P.I.V.G	Ley de protección integral contra la violencia de género
L.R.J.S	Ley reguladora de la Jurisdicción social
M.F	Ministerio Fiscal
N.U	Naciones Unidas
Núm.	Números
Pág.	Página
S.I.M.A	Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje
S.M.A.C	Servicio de mediación, arbitraje y conciliación
STC	Sentencia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T.C	Tribunal Constitucional
T.S	Tribunal Supremo
U.E	Unión Europea

RESUMEN.

El presente trabajo, parte de una metodología teórico-dogmática, exponiendo los distintos medios alternativos de resolución de conflictos y las diferencias entre ellos así como con respecto al proceso jurisdiccional, para después centrarse en el análisis de la mediación en sus distintos ámbitos, evaluando desde un enfoque jurídico descriptivo y propositivo, sus ventajas e inconvenientes, lagunas y límites como medio auto compositivo y extrajudicial de resolución de conflictos.

PALABRAS CLAVE: Medios alternativos de resolución de conflictos, mediación, proceso jurisdiccional.

ABSTRACT

This paper, part of a theoretical-dogmatic methodology, exposing the various alternative means of conflict resolution and the differences between them as well as with respect to the jurisdictional process, and then focusing on the analysis of the Mediation in its different fields, evaluating from a descriptive and propositional legal approach, its advantages and drawbacks, gaps and limits as a self-compositional and extrajudicial conflict resolution.

Key words: Alternative means of conflict resolution, mediation, jurisdictional process.

I. INTRODUCCIÓN.

Nuestro sistema judicial, cuenta con sus propios mecanismos procesales para garantizar la tutela judicial efectiva de nuestros derechos e intereses legítimos.

Sin embargo, en los últimos años, se ha tornado necesario completar el sistema jurisdiccional con otros medios alternativos, como consecuencia de la proliferación de litigios y el excesivo coste económico y temporal en su resolución tanto para la administración como para los justiciables, así como la necesidad de hacer partícipes a los justiciables en la resolución de sus propias controversias en aras al “principio de oportunidad” y al concepto de “justicia restaurativa”.

En tal sentido, tanto los llamados medios auto compositivos extrajudiciales (negociación, transacción, conciliación y mediación) como los hetero compositivos (Arbitraje), parecen idóneos para descongestionar el sistema judicial, reservándose

este último para cuando dichos medios no son eficaces o versan sobre materias no disponibles.

Es a partir de la Directiva comunitaria 2008/52, cuando se obliga a los Estados miembros a incorporar la Mediación a sus ordenamientos, y es a partir de ese momento, cuando se publica la actual ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles (En adelante LMACM), existiendo hasta entonces solo leyes autonómicas (en el ámbito familiar) y sectoriales (en el ámbito laboral y penal), pero ninguna de carácter estatal.

Nuestro análisis, se centra en la mediación, por la evidente evolución sufrida en España en sus distintos ámbitos. Evolución que merece un estudio, comenzando por sus raíces históricas, para pasar después a describir sus ventajas, inconvenientes, lagunas y limitaciones como medio alternativo de resolución de conflictos, y finalizando con las correspondientes conclusiones sobre su viabilidad.

II. LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

II.1. Medios “Auto compositivos” de resolución de conflictos: Diferencias.

Se caracterizan porque son las propias partes contendientes, las que de forma voluntaria van a alcanzar un “acuerdo o transacción”, regulado en los Arts.1809 y ss. del Código Civil (en adelante CC), resolviéndose el conflicto cínicamente y de forma privada, mediante el “consenso”, bien solas o con la ayuda de un tercero.

Estos sistemas, sirven a una mejor gestión de los intereses de las partes, que resuelven el litigio a través del diálogo, cooperando, de forma que ambas ganen o pierdan algo, lo que permite la continuidad de la relación entre ellas y desembocará en una “ejecución voluntaria de la transacción”. Por ello, San Cristóbal, S (2013, p.42)¹ afirma: “Son especialmente convenientes, en el caso de las controversias familiares o entre vecinos, socios, alumnos o empresa familiar (...) o cuando las partes buscan la “confidencialidad”, “rapidez” o el “menor coste” de la jurisdicción”.

Por otro lado, ayudan a optimizar los recursos jurisdiccionales, y si fracasan, el litigio puede retomar la vía judicial o arbitral.

Sin embargo, “también tienen sus desventajas, cuando una parte es económicamente más fuerte que la otra, e impone a la más débil sus condiciones

¹ San Cristóbal Reales, S. (2013; p.42)

para resolver el conflicto (...) logrando con ello, transacciones más ventajosas para ella". (San Cristóbal, S. 2013, p.43)²

Estos sistemas, pueden tener dos finalidades: Evitar el proceso jurisdiccional o arbitral, o bien una vez iniciado éste, ponerle fin.

II.1.1 Negociación: Se define como un ADR "auto compositivo", mediante el cual dos o más partes con intereses contrapuestos, se comunican para llegar a un acuerdo, cediendo en algo cada una de ellas, y suele ser uno de los primeros sistemas al que acuden las partes, antes de la vía judicial o arbitral. Otras veces, es una vez iniciado, cuando las partes deciden intentar una "negociación", recurriendo a la "suspensión" del proceso judicial o a la "terminación anticipada" en el proceso arbitral.

En la negociación, intervienen únicamente las partes, aunque se puede solicitar la opinión de un tercero, un "experto" (opinión no vinculante), o bien negociar los abogados o apoderados de las partes en representación de aquellas. Si la negociación prospera y se llega a un "acuerdo", tendrá lugar la "transacción" o contrato "regulado en el Art.1809 y ss. CC.

II.1.2. Transacción: La transacción, constituye el contrato entre partes, que puede evitar el proceso jurisdiccional o arbitral, en cuyo caso hablamos de "transacción extraprocesal" o bien lo pone fin una vez iniciado, en cuyo caso hablamos de "transacción procesal".

La "Transacción extraprocesal", es previa al proceso y se realiza fuera de la sede judicial o arbitral, y constituye un "contrato" que en caso de elevarse a "escritura pública" constituye "título ejecutivo" tal y como indica el Art.517.2.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (en adelante "L.E.C"); En los restantes casos, las transacciones no llevan aparejada "ejecución", constituyendo tan sólo un "contrato" entre partes, que se podrá hacer valer en caso de incumplimiento, por el "juicio ordinario" que corresponda y conforme a las reglas generales; Ahora bien, también puede tener lugar una vez iniciado el proceso, pero al margen del mismo y con la finalidad de ponerle fin en caso de "acuerdo" (mediante desistimiento, allanamiento etc.)

La "Transacción procesal", puede tener lugar, estando pendiente el proceso judicial, haciéndose constar en "autos" mediante la "homologación" por el Juez de ese acuerdo o transacción (Art.415 LEC) o estando pendiente el arbitraje,

² San Cristóbal Reales, S. (2013; p.43)

recogiendo el Árbitro dicho acuerdo en el “laudo arbitral” (Art. 36 L.A), constituyendo ambas transacciones “título ejecutivo”, asimilado a una Sentencia judicial (Art. 517.3 LEC), poniendo fin al pleito iniciado.

De todo lo expuesto anteriormente se deduce, que la Negociación puede ser un sistema eficaz de resolución de algunos tipos de conflicto, pero para dotarse de todas las garantías y que la misma no vaya en detrimento de los derechos de la parte más débil, lo más conveniente es hacerla constar en documento público si es “extraprocesal” o bien llevar a cabo una “transacción procesal” homologada por el juez, porque de lo contrario ese acuerdo podría “no cumplirse” y vernos obligados a iniciar un nuevo “proceso ordinario” para reclamar su cumplimiento³

II.1.3. Conciliación: Se trata de otro mecanismo “auto compositivo”, por el que las partes, voluntariamente y siempre que se trate de “materias disponibles” pueden evitar el inicio de un pleito o poner fin al ya iniciado, por “consenso” alcanzado ante un tercero (que ha de ser un Juez de Paz o un Letrado de la Administración de Justicia) antes del proceso de declaración, o en la audiencia previa al juicio ordinario o en la vista del juicio verbal. El tercero no decide nunca, son las partes las que resuelven.

La “conciliación pre-procesal” (Arts. 139 y ss. Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria) es anterior al juicio y con el fin de evitarlo, en cuyo caso, si termina “sin avenencia”, las partes podrán acudir posteriormente a la jurisdicción o al arbitraje. Si termina “con avenencia”, el auto del Juez de Paz o el decreto del Letrado de la Administración de justicia, que recoja el acuerdo de las partes será “ejecutivo”; Por otra parte, la Conciliación será “intra-procesal”, cuando el juicio ya se ha iniciado y se pretende finalizarse mediante acuerdo de las partes ante el Juez competente y que resolverá mediante Sentencia (en caso de no prosperar la conciliación) o mediante “Auto” conteniendo el acuerdo de conciliación (si prosperase), y que es también “título ejecutivo”.

II.1.4. Mediación: Es un ADR de carácter “auto compositivo” y “voluntario”, regulado actualmente con carácter general en el ámbito Civil y Mercantil, por la LMACM (dejando aparte la regulación autonómica en materia civil), y con carácter sectorial en el ámbito laboral y penal.

³ San Cristóbal Reales, S. (2013; 40-44)

Se trata de un sistema, en el que las partes, con ayuda de un “tercero neutral” (el mediador), resuelven sus diferencias alcanzando por sí mismas un “acuerdo”, pudiendo el mediador hacer sugerencias e intentar conciliar posturas mediante la psicología o la diplomacia, propiciando la colaboración y el “acuerdo”, considerando tanto los aspectos legales como los intereses de las partes, pero sin imponer la solución (A diferencia de la Jurisdicción o el Arbitraje).

En cuanto a sus “limitaciones”: el “acuerdo” solo podrá versar sobre “materias disponibles”, no pudiendo ser contrario a ninguna “norma imperativa” ni “prohibitiva” o “contrario a Derecho” (Art. 25.2 LMACM), bajo sanción de “Nulidad”.

Como los anteriores medios tratados, “la mediación, puede funcionar como sistema alternativo a la jurisdicción o al Arbitraje, o para poner fin al procedimiento ya iniciado, incluso en fase de ejecución, al estar ambas fases regidas por el principio dispositivo” (San Cristóbal Reales, S. 2013, p.48)⁴, siendo siempre “potestativa” con las “limitaciones” mencionadas, y pudiendo elevarse lo convenido a escritura pública ante notario, llevando en tal caso aparejada ejecución.

Se diferencia de la “negociación” (Que sólo es posible si la “intensidad” es baja) y también de otras figuras como la “conciliación” y el “arbitraje”, en función del papel que realiza ese “tercer sujeto neutral”, que en la “negociación” no existe, en la “conciliación” no interviene ni en el proceso ni en la toma de decisión sino que solo propicia el lugar y el ambiente para el diálogo, en el “Arbitraje” no sólo interviene, sino que las partes se comprometen previamente a someterse a esa “decisión” y aceptar su “juicio”, mientras que en la “mediación”, el tercero interviene activamente durante todo el proceso, menos en la “toma de decisión final” que corresponde a las partes.

Por otra parte, la Mediación, se diferencia también de otros medios, porque trata de estudiar las diferentes “opciones”, reuniéndose previamente a las partes en sesiones informativas para la “aceptación” de las reglas de mediación, celebrándose no solo sesiones con ambas partes sino también individuales con el Mediador para la corrección de posibles desequilibrios, lo que la diferencia de los demás ADR.

Por lo tanto, tal como defiende San Cristóbal Reales, S. (2013), los aspectos que favorecen el uso de la Mediación son: Conveniencia de la continuidad de la relación,

⁴ San Cristóbal Reales, S. (2013; p.48)

utilidad de la participación, alto coste del litigio, solución rápida y deseo de privacidad⁵

II.2. Medios “hetero compositivos” de resolución de Conflictos. Diferencias.

Son aquellos en los que una persona individual (Juez o Árbitro) o Colegiada (Tribunal o Colegio Arbitral), resuelve de forma imparcial, el conflicto entre las partes, mediante una resolución con efectos de “cosa juzgada” (Sentencia o Laudo), imponiendo su decisión.

II.2.1. El Arbitraje y la Jurisdicción

El Arbitraje, se regula actualmente con carácter general en la Ley 60/2003 de 23 de diciembre (en adelante, L.A), que se inspira en la “Ley modelo” elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de junio de 1985, Ley modelo (NUDMI/ UNCITRAL).

En el Arbitraje, la solución del conflicto la aporta el Árbitro o Árbitros, que pueden ser elegidos directamente por las partes, o en su defecto por el Juez (Arbitraje Ad-Hoc) o designados por la Institución Arbitral. En la Jurisdicción en cambio, es el Estado el que asume la decisión de la controversia, a través de los Jueces y Magistrados, integrantes del poder judicial, que resuelven el conflicto conforme a Derecho.

El Árbitro, impone la solución privada del conflicto, aplicando el “Derecho o la Equidad” en virtud del “Convenio” suscrito por las partes, en el que acuerdan someter determinadas materias a Arbitraje, (ya que prevalece el “principio de autonomía de la voluntad de las partes”) y dicta un “laudo” que dé una solución justa al caso concreto.

En la Jurisdicción en cambio, el Art.117.3 CE, “atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional exclusivamente a los jueces y tribunales determinados por las leyes(...)” por lo tanto, no es necesario que las partes les atribuyan esa autoridad mediante ningún tipo de “convenio previo”.

El Árbitro tiene potestad “declarativa”, pero no “ejecutiva”, por lo que para la “ejecución forzosa “del Laudo deberá acudirse a la Jurisdicción (Art.44 L.A); Sin embargo, en el proceso judicial, los Jueces tienen potestad para “ejecutar” lo juzgado.

⁵ San Cristóbal Reales , S. (2013; 45-48)

El procedimiento Arbitral tiene lugar en instancia única y no caben “recursos”, siendo el Laudo “firme” una vez emitido y con “fuerza ejecutiva”, pudiendo las partes ejercer únicamente la “Acción de nulidad”(por motivos tasados) o la “revisión del laudo”(pero sin poderse entrar en el fondo de la decisión), lo que obliga a las partes, a la denuncia inmediata de la violación de “normas dispositivas” aplicables en defecto de la voluntad de las partes; Mientras que en el proceso jurisdiccional, caben distintos tipos de recursos según la instancia (ordinarios o extraordinarios) mientras la Sentencia no sea firme. Ahora bien, una vez firmes, tienen efecto de “cosa juzgada” al igual que el “laudo arbitral” y no pueden volver a plantearse la cuestión por ninguna otra vía.

El Procedimiento Arbitral puede fijarse libremente por las partes, respetándose siempre los principios esenciales de dicho procedimiento:”Igualdad de partes, audiencia y contradicción”. (Arts. 24 y 25 L.A), además del “principio de confidencialidad” que rige todo el proceso, pudiendo someterse al mismo, sólo materias de “libre disposición” (igual que en los restantes ADR), mientras que en la Jurisdicción, puede resolver todo tipo de conflictos, tanto sobre materias disponibles como indisponibles y se rige por el “principio de publicidad” (Art. 120 C.E) (salvo excepciones previstas en la Ley).

Los Árbitros, tienen potestad para decidir sobre su “competencia” (Art.22 LA) y para adoptar “medidas cautelares” (Art. 23 L.A), (salvo que las partes la excluyan por remisión al reglamento arbitral). Gozan también de el principio de “autonomía de la voluntad” decidiendo sobre la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas Art.19 L.A (a falta de “acuerdo “de las partes sobre la normativa a seguir) teniendo como únicos límites a la misma, el “Derecho de defensa de las partes” y el “principio de Igualdad”.

“Los principios mencionados, constituyen el mínimo del procedimiento arbitral, lo que precisamente hace reconocer como “equivalente jurisdiccional” a un procedimiento y permite que el poder del Estado legislador admita una alternativa válida al sometimiento a su jurisdicción, reconociendo la eficacia de los Laudos dictados en dichos procedimientos”⁶ (Más Taladriz, J. 2011, p.300).

La L.A. es aplicable a todos los Arbitrajes que no tengan una regulación especial, y supletoriamente a los que tengan dicha regulación especial salvo que alguna se

⁶ Más Taladriz, J. ; (2011; 300)

oponga a su aplicabilidad, aplicándose de forma unitaria al Arbitraje interno e internacional. Por lo tanto, la nueva ley, nace con vocación de “generalidad”.

Como principales ventajas de la nueva Ley de Arbitraje, Zambrana Téuar, N. (2005; p 615)⁷ señala las siguientes: Favorece el arbitraje internacional (con preceptos más flexibles); Se exigen menos requisitos para ser árbitro y para la validez del convenio Arbitral y del Laudo que se dicte; Se otorgan más poderes a los árbitros permitiéndose la intervención de órganos jurisdiccionales solo en casos específicos; Se potencia el principio “Kompetenz-Kompetenz”, que otorga al árbitro facultades para decidir sobre su propia competencia; Se otorga completa libertad a las partes para elegir las normas jurídicas aplicables al fondo del asunto y las normas del procedimiento, con el único límite imperativo de la Ley, y se permite la ejecución provisional de laudos⁸. El mayor inconveniente que, en nuestra opinión puede destacarse es: la imposibilidad para recurrir los “laudos Arbitrales” (salvo ejercitando la acción de “nulidad”), porque ello puede producir “indefensión” a las partes, ya que concluido el proceso arbitral, no podrán volver a plantear dicho pleito por ninguna otra vía.

III. LA MEDIACIÓN COMO MEDIO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

III.1. Antecedentes Históricos.

La Mediación es tan antigua como el “conflicto”, existiendo ya desde tiempos lejanos, en algunas culturas, la figura del tercero, que resolvía las disputas entre particulares. Sin embargo el uso específico de la Mediación como resolución de problemas sociales, alternativos y complementarios del proceso judicial, es un fenómeno reciente y propio de sociedades desarrolladas y con estructuras complejas.

Algunos de los sucesos históricos que influyeron en la evolución de esta institución son, según Briz, M.J (2013; p 147-149)⁹:

El Fuero de Avilés (1076)¹⁰ : Donde surge el término “medianedo” ; Las Partidas de Alfonso X El Sabio¹¹: Donde surge el concepto de “Arbitraje”; El código de Costumbre de Tortosa: primera reglamentación sobre mediadores conocidos como

⁷ Zambrana Teuar, N.; (2005; 616)

⁸ Zambrana Téuar, N (2005; 614);

⁹ Briz, M.J (2013; 147-149)

¹⁰ Certezas y dudas sobre la tradición textual del Fuero de Avilés. Website:

<http://www.unioviedo.es/reunido/index.php/RFA/article/view/9181>

¹¹ Las siete partidas de Alfonso X el Sabio. Website:

<http://ficus.pntic.mec.es/jals0026/documentos/textos/7partidas.pdf>

“corredores de oreja (debido al secreto que habían de guardar); La Real Cédula de Alfonso V de Aragón (1744): Que califica a los “corredores de oreja” como personas públicas y les reconoce su función mediadora para dar fe sobre las operaciones en que intervienen; Los Textos de Ulpiano : Donde aparece regulada con el nombre de “proxenetae”, en el Digesto 50 y luego en la Novela 90 de Tstibus (Capítulo 8), donde aparece por primera vez el término “Mediación”.(....)

En general, se dice que la Mediación tiene su origen en el contrato de mandato, extendiéndose desde la parte oriental a Roma, donde adquiere sustantividad propia.

III.2 Evolución de la Mediación en España y su regulación actual.

En el desarrollo de la Mediación, podemos distinguir tres etapas fundamentales, según Briz, M.J (2013)¹²: Una primera etapa, referida a la Mediación en el seno de comunidades organizadas jerárquicamente y medios tradicionales de Mediación; Una segunda, centrada en la Mediación Laboral coincidente con la Revolución Industrial y una tercera etapa de Mediación de carácter científico y adaptada a los cambios sociales, en constante evolución.

Según García Villaluenga, L (2006)¹³, “en España, encontramos testimonios de la primera reglamentación mediadora, en las “Juntas Vecinales”, los “gremios medievales” y las “hermandades agrarias y rurales”, que se atestiguan con el mencionado “Fuero de Avilés” y las “Partidas de Alfonso X El Sabio”.

A nivel institucional, junto a los “Jueces de Paz”, destacaron el “Consejo de hombres buenos de la Huerta de Murcia” o el “Tribunal de las Aguas de Valencia”, organismos compuestos por varios campesinos que resolvían disputas comerciales y territoriales y que siguen funcionando en la actualidad.

Toda esta práctica logró buenos resultados al utilizarse de forma natural en la resolución de controversias, evitándose la concurrencia de un Juez.

Con la Revolución Industrial (S. XVIII) surge la llamada “Gestión Social” y con ella la “mediación social” y el “Arbitraje Laboral”, cuyo objetivo es la “auto resolución profesional” de los conflictos colectivos surgidos en el ámbito laboral.

A mediados del S.XIX la Mediación que en un principio nace ligada al campo familiar, comienza a introducirse en nuevos campos de acción social y a reconocerse en Europa una “mediación específica” como medio alternativo de resolución de disputas familiares, que según García Villaluenga, L. (2006) se

¹² Briz, M.J (2013; 146)

¹³ García Villaluenga, L (2006; 169-180)

implanta lentamente debido a diversos factores, como: la “tradición de Justicia Togada”, el “formalismo de los sistemas del Civil Law” y el “Principio de Unidad de Jurisdicción”, factores, que dan lugar al desarrollo de dos tipos de mediación: la del Sector público (Trabajadores sociales y abogados) y la del Sector voluntario (Asociaciones).

Es en la “Convención de la Haya” de 1907, sobre “Solución de Controversias Internacionales”, cuando se reconoce la “mediación” como instituto jurídico distinto, tanto de la jurisdicción como de otros medios alternativos de resolución de conflictos.

Comienzan por lo tanto hacia la mitad del S.XX, los primeros avances en el desarrollo de esta institución, fomentados por la propia crisis de la Administración de Justicia, la necesidad de aligerar costes económicos y temporales en los procesos judiciales y la conveniencia de reconocer mayor capacidad de participación del ciudadano en la resolución de conflictos que lo afectan y que hacen necesario valorar otras vías además de la judicial.

Ahora bien, como referencia, para poder empezar a hablar de mediación en “conflictos familiares” destacan según Merino Ortiz-Morcillo Jiménez (2011, p 166-169)¹⁴:

La Ley del Divorcio de 1981: Que otorga la posibilidad de pactar separaciones y divorcios de mutuo acuerdo y que favorece en los años 90 la apertura de los primeros centros de mediación públicos y privados (...); En el mismo sentido, La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero (L.E.C): Constituye el punto de partida de la “privatización del Derecho de familia”; La ley 15/ 2005 de 8 de julio: que modifica el C.C y la L.E.C en materia de “Separación y divorcio”, fortaleciendo aún más la “Autonomía de la voluntad de los Cónyuges”, al admitir la separación o divorcio por “voluntad unilateral” de cualquiera de los Cónyuges (Art. 82.2 CC), incorporándose además el concepto de “custodia compartida”, la referencia expresa a la mediación en su “Exposición de motivos”, y en su disposición final tercera, los “principios mínimos” en que debería sentarse la futura ley de mediación(...)

Por último, la LMACM: Promulgada por primera vez en el ámbito Estatal, en cumplimiento de lo dispuesto por la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión europea, sobre ciertos aspectos de la Mediación en asuntos civiles y mercantiles, y que conecta la “mediación” con la “jurisdicción ordinaria Civil” al modificar cerca de 20 disposiciones de la LEC. Regulándose por primera vez en el ámbito Estatal, algunos “aspectos generales” de este medio que hasta ahora se contemplaban principalmente en el “ámbito familiar”, mediante leyes Autonómicas y

¹⁴ Merino Ortiz- Morcillo Jiménez; (2011; 166-169)

sin régimen jurídico estatal (Que siguen manteniendo su “competencia” de aplicación directa frente a la Estatal, pero exclusivamente en el orden Civil), dejándose la mediación en el orden “laboral” y “penal”, así como en materia de “consumo” y con las “Administraciones públicas”, a la regulación sectorial.

Esta LMACM, establece un “concepto de Mediación”, sus “principios informadores”, el “ámbito objetivo” de la norma, el “Estatuto del Mediador”, el “procedimiento básico” y el “carácter ejecutivo” de los acuerdos resultantes, que sean elevados a Escritura pública Notarial.

A continuación, pasaremos a analizar lo que a nuestro juicio constituyen puntos críticos o lagunas de la nueva Ley, así como las ventajas, inconvenientes y limitaciones en su aplicación.

IV. VENTAJAS, INCONVENIENTES, LÍMITES Y LAGUNAS DE LA MEDIACIÓN EN SUS DISTINTOS ÁMBITOS.

IV.1. Mediación Civil y Mercantil

IV.1.1. Ámbito objetivo de la Ley 5/2012 de 6 de Julio:

En los últimos años, el crecimiento de la Mediación ha sido imparable, utilizándose para resolver conflictos en distintos ámbitos a nivel autonómico, tales como: Juntas vecinales, ámbito familiar, separación y divorcio, conflictos públicos, toma de decisión en organizaciones y también en conflictos políticos internacionales, así como en el ámbito laboral y penal. Pero hasta la aprobación de la LMACM, no existía una regulación de ámbito estatal en materia Civil y Mercantil, que producirá “efectos jurídicos” siempre y cuando el objeto del conflicto afecte a “derechos subjetivos” de carácter disponible en materia Civil o Mercantil o que estén a disposición de las partes según la legislación aplicable (Art. 2 LMACM), quedando fuera del ámbito de la Mediación Civil y Mercantil, aquellas materias indisponibles y los acuerdos que fueran contrarios al orden público o a la ley.

Esta ley, regulará también los “conflictos transfronterizos”, cuando al menos una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio Español (Art. 21 LMACM).

IV.1.2. Ventajas de su aplicación.

De acuerdo con la definición de “Mediación” que se desprende del Art. 1 LMACM, se configura como “aquel medio resolución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo, con la intervención de un mediador”.

“El legislador español, la considera no sólo como una forma de resolver y solucionar conflictos (...) sino también como procedimiento de gestión e incluso de prevención” (Viola Demestre, I. 2012, p.164)¹⁵.

En el ámbito de las relaciones familiares y concretamente en la “empresa familiar”¹⁶, es de gran utilidad, porque en dicho ámbito, la intervención del mediador es fundamentalmente “preventiva”, contribuyendo a la elaboración de un “protocolo familiar” con el que se planifica la sucesión del fundador y el relevo generacional, siendo ésta fuente de conflictos en el ámbito familiar y también mercantil., aunque en el primero, son aún más frecuentes los conflictos derivados de separaciones y divorcios, régimen de custodia y visita de menores etc.

Según Bernal Samper, T. (2006), en este ámbito, la figura del mediador resulta apropiada por diversas razones: Por la utilidad de la continuidad de las relaciones, porque se evita la tensión emocional y económica que conlleva el conflicto y por el beneficio que supone la participación de las partes y la privacidad de la Mediación.

Estos aspectos hacen viable el uso de la Mediación, siguiéndose los siguientes pasos: “Conocer la situación conflictiva, diseñar el proceso y convocar encuentros; Concretar temas importantes e identificar intereses; Crear opciones y alcanzar acuerdos; Ayudar a la puesta en marcha de esos acuerdos y dejar el camino abierto a la renegociación”. Bernal Samper, T. (2006, p.120)

Pero además, para que esa ayuda sea eficaz, es necesario que el Mediador sea “experto” o tenga “conocimientos específicos” en esa área. En tal sentido: deberá tratarse de un “Asesor experto”, si se trata de elaborar un protocolo familiar, o de un psicólogo o asistente social, si se trata de manejar “respuestas emocionales” o conflictos más “cronificados”.

En definitiva, en el ámbito de las relaciones familiares, de pareja o matrimoniales, la Mediación, aunque no es una solución para todas las “situaciones conflictivas”, tal y como menciona Bernal Samper, T. (2006; p 121): es un mecanismo útil por los siguientes motivos¹⁷:

- 1º.- Permite a las partes “gestionar” sus propias emociones (...)
- 2º.-Utiliza la “negociación” en lugar del “enfrentamiento” y la “coerción”, para conseguir el respeto a la norma en ambiente de “igualdad” (...)
- 3º.- Reconoce las necesidades de las partes, haciendo emerger sus intereses, haciéndolos compatibles y viables y ofreciendo una “solución pactada” (...)

¹⁵ Viola Demestre, I. (2012; 164)

¹⁶ Bernal Samper, T. (2006; 117-120)

¹⁷ Bernal Samper,T (2006; 121)

Constituye por tanto una forma pacífica de resolver el conflicto, donde el protagonismo lo tienen las partes, lo que eleva su satisfacción psicológica, su autoestima y fomenta comportamientos de ayuda a los demás, siendo la finalidad del Mediador, la de facilitar a las partes los conocimientos teóricos y técnicos para que ellas mismas encuentren la solución.

Otra de los aspectos “favorables” al uso de la Mediación, es la de “dar respuesta a la descongestión actual de los juzgados y tribunales en España y en muchos países” (Viola Demestre, I. 2012, p. 164), reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el “acuerdo” a la situación de controversia. Por ello es el instrumento idóneo, cuando las partes tienen una controversia que se prolonga en el tiempo y en la que se precisa “preservar” la relación entre las partes.

Por último, la finalidad principal de dicha norma, es también la de “garantizar un mejor acceso a la justicia; Principio fundamental de la U.E, que se incorporó al ordenamiento jurídico Español, a través de la Directiva 2008/52/CE, y que se concreta en permitir el desarrollo y funcionamiento adecuados de los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos”. (Viola Demestre, I. 2012; p 165)¹⁸

IV.1.3 .Inconvenientes o lagunas de la Ley y sus limitaciones.

La LMACM, introduce el concepto de “Mediación” como un procedimiento autónomo al procedimiento judicial y que se proyecta en conflictos de diversa índole, destacando como “principios rectores” de la misma: Voluntariedad y libre disposición, igualdad de las partes e imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, buena fe y respeto mutuo; Sin embargo, la Ley presenta “ciertas imprecisiones”, “lagunas” o “inconvenientes” que pasaremos a analizar a continuación.

IV.1.3.1. Análisis de los principios rectores

a-Voluntariedad: principio fundamental que se relaciona con la “libertad y autonomía” de la persona para regular sus propios intereses, íntimamente conectado con el Art.24.1 CE , que promulga el “derecho al amparo judicial efectivo” y que no parece vulnerado, ya que nadie está obligado a recurrir al procedimiento de mediación, sino que tanto las partes como el mediador, pueden decidir “iniciarla” o “desistir” una vez iniciado, sin que exista obligación alguna de concluir un “acuerdo”(Art.6 LMACM).

¹⁸ Viola Demestre, I (2012; 165-166)

Sin embargo, la llamada “cláusula de sumisión a mediación” prevista por la Ley, vincularía a las partes, (si la hubieran pactado con anterioridad), teniendo entonces que iniciar necesariamente la Mediación antes de acudir a la vía judicial o Arbitral. En tal sentido, la negativa de las partes a someterse a dicha cláusula, según afirma Viola Demestre, I. (2012), sí podría considerarse por el Tribunal como una conciliación del “principio de buena fe”, que éste podría tener en cuenta en una posible demanda posterior, legitimándolo para “desestimarla” con fundamento en ese hecho¹⁹.

Por otro lado, el legislador, ha previsto también un régimen de declinatoria²⁰, con ese mismo fin, por lo que parece claro el espíritu del Legislador de favorecer la Mediación, a pesar de su “no obligatoriedad”.

B-Libre disposición: Para que la Mediación despliegue “efectos jurídicos”, el objeto del conflicto debe constituir “materia disponible”. En este sentido, la “mediación familiar” se encuentra dentro de dicho ámbito porque se trata de “asuntos civiles”, pero en ella la “autonomía de la voluntad” se halla más restringida que en el resto del derecho privado, perteneciendo muchas de las normas reguladoras de esta institución al “ius Cogens”(Derecho Imperativo), de modo que las partes, no pueden disponer de determinadas materias, como las referidas a “Cónyuge, hijos o interés familiar más necesitado de protección”(Art.90.2 y 103 .1 y 3 del C.C), siendo sin embargo “disponibles”, materias referidas al patrimonio de los cónyuges o a la pensión compensatoria, y debiendo atenderse siempre al “interés superior del menor” (Art.8 LMACM).

c-Igualdad de las partes: El fundamento de este principio radica en garantizar que las partes tengan las “mismas oportunidades “para intervenir, manteniéndose el equilibrio entre sus respectivas posiciones. Por ello, uno de los campos en que la Mediación no resulta “eficaz” ni “apropiada” y de hecho está “prohibida”, es en el de las relaciones de pareja cuando media la “violencia de género”. Ello, porque “la Mediación se basa en la gestión pacífica de los conflictos, y la violencia, en criterios de dominio y sumisión”²¹, existiendo un desequilibrio evidente de poder entre las partes, que no es posible manejar en el contexto de la Mediación, poniendo en riesgo incluso la “imparcialidad del Mediador” (Art. 7 LMACM).

¹⁹ Viola Demestre, I (2012; 167)

²⁰ Viola Demestre, I (2012; 168)

²¹ Abril Pérez del Campo, C (2011; 6 - 7)

En los casos de “violencia de género”, es imposible que haya una “negociación” en condiciones de igualdad, porque la voluntad de la víctima está “anulada”, siendo realmente fácil lograr “concesiones” por su parte, lo cual, como afirma Abril Pérez del Campo, C (2011), “no puede considerarse mediación”, ya que el objetivo del Mediador, ha de ser el de alcanzar el “acuerdo” mediante la reflexión, la cooperación y la búsqueda de soluciones conjuntas.

En este sentido, la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre sobre “medidas de protección integral contra la violencia de género” cuyo objetivo es prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y para cuyo fin, prevé medidas jurídicas, educativas y de asistencia social integral, “veda expresamente”, la posibilidad de incluir la mediación en los supuestos de “violencia de género” a los que se refiere en su Art. 1.3; Limitación absoluta, que impide el desarrollo de esta institución en el ámbito de las “relaciones de pareja” en las que exista “violencia”.

d- Imparcialidad del Mediador: Principio proclamado en el Art. 7 LMACM, que incluye también el deber de revelar cualquier circunstancia personal, profesional o contractual que pueda afectar a su “imparcialidad” o generar “conflicto de intereses”; Sin embargo, si revelada dicha circunstancia, el Mediador asegura que puede mediar y las partes lo consienten expresamente, se podrá iniciar o continuar la mediación.

Es en este punto, donde según Viola Demestre, I (2012; p 169), existe una “laguna legal”, dado que no se prevé nada en su articulado acerca de la renuncia o declinación de la designación ni tampoco especifica regla alguna para la recusación del Mediador, para el caso de que alguna de las partes descubra alguna circunstancia que pueda poner en entredicho ese principio esencial, y el Mediador lo niegue, o considere no alterada su imparcialidad.²²

Por lo tanto, al igual que sucede con Jueces y Árbitros, sería conveniente articular un “régimen de renuncia, abstención y recusación” del Mediador.

e-Neutralidad: El Art. 8 de la LMACM, establece que “El mediador debe actuar de tal manera que se propicie que las partes en conflicto, alcancen por sí mismas un acuerdo de mediación. Pero su labor, implica una “conducta activa” para lograr ese acercamiento, lo cual resulta controvertido con dicho “principio de neutralidad”.

²² Viola Demestre, I (2012; 169)

Este punto, no obstante, lo aclara la Recomendación NºR(98)I del Consejo de Europa, que ha matizado que “ el Mediador es neutral con respecto al resultado del proceso de mediación, pero no respecto al proceso mismo”, lo que significa que no decide ni impone la solución, pero desarrolla una conducta activa para lograr el entendimiento de las partes.

f- Confidencialidad: Proclamada en el Art. 9 de la LMACM, que asegura “la confianza mutua de las partes, e impide que la información verbal o escrita obtenida en dicho procedimiento pueda ser utilizada en un procedimiento judicial o arbitral posterior, siendo el procedimiento de mediación “confidencial en sí mismo”; Siendo excepciones a dicho principio: El consentimiento expreso de las partes, la solicitud de un juez del orden penal mediante resolución judicial motivada (Art. 9 .2 a y b), la información sobre qué parte no asistió a la sesión informativa de forma injustificada (Art.17 LMACM) o la autorización expresa de quien se ha reunido separadamente con el mediador, a revelar la información o documentación aportada en la misma.

Sin embargo, tal y como afirma Viola Demestre, I (2012; p.171)²³, existen otros supuestos en los que el principio de confidencialidad también puede dispensarse como por ejemplo “a efectos estadísticos”, “de formación “o “investigación” o en caso de “homologación judicial de acuerdos”. El inconveniente, según Viola Demestre, I (2012; p 172)²⁴, es que la conculcación de este principio no se recoge como “infracción deontológica” ni se prevé una “sanción expresa” para el caso de vulneración por el mediador o por una o ambas partes, que también podría considerarse como un “incumplimiento contractual” o por la vía de la “responsabilidad extracontractual”(por los daños y perjuicios causados) o sancionarse como “revelación de secretos” según el Art.199 del Código Penal Español (en adelante, C.P).

g- Buena fe y respeto mutuo: El “principio de buena fe” es fundamental en la cooperación requerida entre las partes para alcanzar un acuerdo. En tal sentido, se prevén dos mecanismos para evitar que la mediación se utilice con efectos “dilatorios”: la suspensión de la prescripción o la caducidad de las acciones, frente a la regla general de su interrupción (Art.4 LMACM).

Además, mientras este en curso un proceso de mediación, las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial sobre el mismo objeto,

²³ Viola Demestre, I (2012; 171)

²⁴ Viola Demestre, I (2012; 172)

incluyéndose además en la nueva regulación del Art.395 LEC otro supuesto de mala fe: “haberse iniciado el procedimiento de mediación por la otra parte”; “De modo que la parte que venza en el procedimiento judicial, tendrá que hacer frente al pago de costas procesales si habiendo podido acudir a la mediación y evitar el procedimiento judicial, no lo hizo”.

Por último, destacar que falta regular en esta Ley, a juicio de Viola Demestre, I (2012), principios como el de “transparencia” o “flexibilidad”, que sin embargo constan en otras legislaciones tanto autonómicas como internacionales; y tampoco se hace referencia al “carácter personalísimo” de la mediación, que supone que las partes deberían estar presentes en el procedimiento de mediación (y no sólo sus representantes) porque particularmente “en el ámbito familiar, la ausencia del carácter personal de las sesiones puede desvirtuar su finalidad en este concreto ámbito, como es preservar la relación en beneficio de los hijos comunes”²⁵; Sin embargo, en otros ámbitos, el proceso podría llevarse a cabo sin que las partes coincidan en el mismo espacio físico (por ejemplo: ámbito Mercantil).

IV.1.3.2. Ámbito Subjetivo: Sujetos implicados.

En la mediación, pueden intervenir una pluralidad de personas “físicas” e incluso “jurídicas”: las partes, el mediador y las instituciones de mediación.

Respecto a las partes, el Art.10 LMACM, destaca el “principio de Autonomía de la voluntad”, de modo que las partes puedan organizar la mediación del modo que estimen más conveniente, respectando sus principios informadores, siendo requisitos para intervenir, los generales: “capacidad de obrar” e “interés legítimo”; Sin embargo, la ley no resuelve la cuestión relativa a la “intervención de los menores” en la mediación, y en particular en los “conflictos civiles de familia”, dejándolo a criterio del mediador.

Respecto al Mediador, (T.III LMACM), establece que deberá cumplir fielmente el encargo aceptado, pues de no hacerlo, incurrirá en “responsabilidad por daños y perjuicios causados” por mala fe, temeridad o dolo; Sin embargo, no se prevé un “régimen de infracciones y sanciones”, para el caso de que, con su actuación inapropiada vulnere principios fundamentales. (Lo que sí sucede en cambio en las Legislaciones Autonómicas, por ejemplo, la de Cataluña (Art 30), que prevé como

²⁵ Viola Demestre,I (2012: 175)

infracción deontológica grave o muy grave con su correspondiente sanción: la infracción del principio de confidencialidad y secreto profesional.)

Las condiciones que la Ley dispone para ser Mediador, son : Persona natural, en pleno ejercicio de sus derechos civiles, sin incompatibilidad para su ejercicio, en posesión de título Universitario Oficial o de Formación Profesional Superior y con formación específica para ejercer la Mediación, mediante la realización del “curso específico” impartido por instituciones debidamente acreditadas, además de la suscripción de un “seguro” o “garantía equivalente” de responsabilidad civil (Art.11 LMACM), debiendo facilitarse la “formación continua” y la elaboración de “códigos de conducta voluntarios” por el Ministerio de Justicia y Administraciones públicas competentes.

Frente al “anteproyecto de la Ley”, que no exigía condición alguna para el Mediador ni formación específica (lo que recibió contundentes críticas), hay que reconocer que finalmente la LMACM ha salvado esta cuestión; Sin embargo, la legislación Autonómica es más exigente aún, previendo la necesidad de contar con titulaciones concretas, como : Derecho, Psicología, Trabajo Social, Educación Social o Pedagogía (dependiendo del ámbito en que se desarrolle la mediación), y que consideramos que deberían requerirse también de forma concreta en la Ley Estatal, ya que el Mediador, es el elemento fundamental para que dicha institución sea realmente eficaz, debiendo poseer no solo formación sino también unas cualidades determinadas.

Por otra parte, se regulan en el Art.5 de la Ley las “Instituciones de Mediación”: Entidades públicas o privadas que tengan entre sus fines, el impulso de la mediación, y que reconocidas por la Administraciones Públicas podrán asumir funciones de Mediación, organizar sesiones informativas, así como de Servicios de Mediación por medios electrónicos”, en reclamaciones dinerarias de cuantía inferior a 600 euros, siendo consideradas como “responsables subsidiarias” de los Mediadores.

IV.1.3.3. Procedimiento.

Se regula en el Titulo IV LMACM, y tiene su inicio, en el acuerdo de las partes de iniciar la mediación, que puede venir tras una “sesión informativa” a la que las partes hayan acudido por recomendación del Tribunal, según dispone el Art.414 LEC (modificado por la LMACM), y que tiene por finalidad, informar a las partes de las cuestiones esenciales del proceso y de las circunstancias que puedan afectar a la

“imparcialidad” del Mediador; Siendo las partes, las únicas que pueden expresar su deseo de mediación y las únicas obligadas a firmar el “acuerdo de mediación” al margen de la presencia del mediador.

Sin embargo, sobre la redacción de los Arts. 22 Y 23 de la LMACM, surgen algunas dudas, ya que no queda claro que naturaleza tienen los “acuerdos” adoptados y recogidos en el acta final y si estos tienen o no distinta naturaleza que los firmados previamente por las partes o sus representantes, además del hecho de que ni siquiera se define qué se entiende por “acuerdo de mediación”.

Pero de cualquier forma, el “acuerdo resultante” de la mediación, es “vinculante”, pudiendo elevarse a escritura pública (acompañándose los actos de la sesión constitutiva y final), obteniendo con ello, la consideración de “título ejecutivo”.

IV.1.3.4. Ejecución del Acuerdo.

La “ejecución” de los acuerdos de mediación, queda integrada en el sistema de Enjuiciamiento Civil acerca de “títulos ejecutivos”, que se configuran como “título suficiente para instar la ejecución forzosa en los términos previstos en la LEC”.

Ahora bien, como afirma Liébana Ortiz, J.R. (2011; p162) “lo que se ejecuta no es el acuerdo alcanzado por las partes en la mediación, sino la resolución que lo aprueba u homologa”²⁶, de manera que no hubiera cabido que el mediador pudiera ejecutar directamente el acuerdo.

Es tal sentido, si se trata de una “mediación intrajudicial”, la ejecución de los acuerdos alcanzados se instará ante el tribunal que “homologó” el acuerdo, mientras que si es “extraprocesal”, será competente el juzgado de primera instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, una vez elevado a Escritura pública.

Por lo tanto, el legislador Español Estatal, ha configurado la “Mediación” como una institución de “naturaleza contractual” en su origen, pero “jurisdiccional” en su efectos (Liébana Ortiz, J.R; 2011; p164).

Por otro lado, la Mediación conlleva algunos riesgos, como es, en palabras de Barona Villar, S. (2014)“ el riesgo de que el poderoso “se apodere” del débil”²⁷, o lo que es lo mismo, favorecer una mayor desigualdad entre las partes, ya que cuando “no se alcanza el acuerdo de mediación o este no se ejecuta, se retrasa la posible causa posterior, lo que puede favorecer a los “defraudadores” e “incumplidores” que

²⁶ Liébana Ortiz, J.R (2011; 162-164)

²⁷ Barona Vilar, S . (2014; 24-25)

tratan de dilatar la asunción de responsabilidad, o incluso llegar a potenciar un mayor enfrentamiento debido a la sensación de fracaso de las partes.

IV.1.3.5. Nulidad de los acuerdos alcanzados.

En la Mediación, las partes han de observar necesariamente las “normas imperativas” que regulen la materia objeto del conflicto, porque el “acuerdo” no tendrá en ningún caso efecto de “cosa juzgada” aunque pueda ser “título ejecutivo”(a través de su elevación a “escritura pública”); y el “contrato de transacción” podrá ser impugnado, ejercitando la “acción de Nulidad” por las causas que invalidan los contratos (Art.23.4 LMACM), no obstante, la Ley prevé su “inmodificabilidad” para garantizar su eficacia.

En este sentido, como dice San Cristóbal Reales, S.(2013; p 61)“el legislador ha querido asimilar la Mediación a la Conciliación y no al Arbitraje”²⁸. Por lo tanto, una vez obtenida su “nulidad”, podrá acudirse a otras vías como la Arbitral o Jurisdiccional.

IV.1.3.6. Derechos indisponibles.

La “naturaleza privada” del asunto, es lo que fundamenta su “disponibilidad” .Por ello, la LEC, reconoce expresamente que “los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio, renunciar, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la Ley lo prohíba o establezca limitaciones por razón de interés general o en beneficio de tercero” (Art.19.1 LEC, modificado por la LMACM).

Las partes, podrán por lo tanto “disponer”, de todo aquello que tenga que ver con su exclusivo interés, salvo de aquellas materias a las que se refiere el Art. 1814 CC como “indisponibles”:- Las relativas al estado civil (Nacionalidad, Capacidad, Prodigalidad, Filiación, Maternidad y Paternidad, Matrimonio, Menores...), “excepto” aquellas pretensiones de naturaleza patrimonial; Aquellas en que por razón de la materia o de representación, intervenga el M. Fiscal; Las relativas a alimentos futuros (Salvo las devengadas desde el momento del vencimiento, sobre las que se puede transigir) y las que no puedan ser objeto de contrato.

Por otro lado, tampoco se puede transigir, cuando el “acuerdo” no afecte exclusivamente a las partes, sino a terceros o al interés general o al orden público tal y como indica el Art.6.2 CC.

²⁸ San Cristóbal Reales, S. (2013; 61-62)

En este sentido, la jurisprudencia²⁹ que se desprende de las STCS del T.S de 28 de febrero de 2005 (RJ/2005/2037); 30 de mayo de 2007 (RJ/2007/3608) o 19 de julio de 2007 (RJ/2007/5693), hablan de “Orden Público material” como: “conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en el pueblo y en una época determinada”; Y que, como se desprende de las SSTS de 21 de febrero de 2006 (RJ/2006/827) y de 19 de abril de 2010 (RJ/2010/3538) “por contener los fundamentos jurídicos de una determinada organización social, reflejan valores que en cada momento informan sus instituciones jurídicas”; Por lo tanto, su infracción, incluye la vulneración de los derechos y libertades reconocidos en los Arts. 11-38 CE³⁰ ; y el “Orden Público Procesal”, estaría integrado por los principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico procesal, recogidos en el Art.24 CE (Tutela judicial efectiva, Juez Ordinario, acceso a la jurisdicción etc.)

Por otro lado, tal y como ha expresado el T.S en su STC 26 de septiembre de 2006: “El concepto de “Orden público” no es exactamente coincidente con el de “norma imperativa” (...). Por lo tanto, el “carácter imperativo” de la norma, no la hace “indisponible” para las partes, salvo que afecte a terceros o al orden público”. (San Cristóbal Reales, S. 2013, p 54- 55).

Los ADR en general, y en particular Mediación, coinciden en tener como “límites” esa “Disponibilidad” , así como el respeto al “Orden público”, y es por ello, que se configuran como “cauces de acceso a la justicia” con numerosas ventajas y pocos inconvenientes, aunque también conllevan un riesgo hacia la “privatización de la Justicia”, ya que como afirma Barona Vilar, S (2014, p 26) “ Es indudable que existe una cierta tentación en estos momentos por parte de los Estados, de promover medios que suponen una incorporación de “lo privado”, con un cierto apartamiento del interés del Estado en ellos”³¹ y la razón de esto es meramente económica y de menor inversión Estatal, lo que puede acabar afectando a la calidad de los Tribunales y al modelo de Justicia.

Por ello, en Europa, la Comisión Europea, ha insistido, en que la aceptación de los ADR y su incorporación al Ordenamiento Jurídico, no puede significar el desentendimiento por parte de los Estados miembros, de mantener un sistema

²⁹ García- Villarrubia, M. (2016; párr. 4).

³⁰ San Cristóbal Reales, S (54-56)

³¹ Barona Vilar, S (2014;26-27)

jurídico eficaz y justo, que cumpla con los requisitos del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Obligación que constituye uno de los pilares fundamentales de una Sociedad Democrática.

Por tal motivo, como afirma Barona Vilar, S. (2014, p 27)³², “El Estado, debe seguir manteniendo el criterio de “lo público” en Justicia”, y ello supone dotarla de la aportación presupuestaria necesaria que permita el mantenimiento de todas las “garantías” del justiciable, para darle la mejor respuesta posible a sus intereses.

IV.2. Mediación Penal

IV.2.1. Introducción de la Mediación en el Ordenamiento Jurídico Penal: La “conformidad” del acusado.

A finales de los años 80 se introduce en España en “Principio de Oportunidad” en el Derecho Penal, con motivo de la regulación del “Procedimiento Abreviado para determinados delitos” en 1988, a través de la llamada “conformidad” del acusado, previéndose en los Arts.779.1.5º,784.3 Y 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, “LeCrim”) los diferentes momentos en que puede producirse; Figura que amplió su aplicación al “Procedimiento ante el tribunal del jurado”, al “Procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos” previsto en el Art.801 de la LeCrim y al” Procedimiento especial sobre responsabilidad penal del menor “de la L.O 5/2000 de 12 de enero (en adelante, “LORPM”), que daba cobertura a la “Mediación” al disponer en su Art.18 los supuestos de “desistimiento por corrección” en el ámbito educativo y familiar o el “resarcimiento anticipado o conciliación con el infractor”(Art.19 LORPM), así como la posibilidad de concluir el expediente “en interés del menor”. En este ámbito, la mediación se configura hoy como una vía normalizada para la solución de conflictos, en base a criterios educativos y re socializadores vinculados con el interés del menor , y donde la admisión de la acusación particular (con ciertos límites y plenitud de derechos) tras la reforma llevada a cabo por la L.O 15/2003, ha permitido conjugar con equilibrio ambos intereses: “reparación”, que requiere que el menor ejecute el compromiso contraído con la víctima de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, o mediante acciones adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficio sea la víctima; “ conciliación”, que requiere que el menor infractor se arrepienta efectivamente y se disculpe con el ofendido, así como que

³² Barona Vilar, S. (2014;27)

este último otorgue su perdón, siendo altamente beneficiosa estas medidas tanto para la víctima, que se siente tenida en cuenta como para el menor infractor, al que se le da la oportunidad de enfrentarse a lo que ha hecho, interaccionar con su entorno, reparar el daño y entender las consecuencias de su conducta, evitando que el conflicto se agrave.

Sin embargo, fuera de estos textos legales, no existían más manifestaciones de esta institución, mención aparte de la llamada “conciliación penal” para los delitos de “injuria o calumnia” contra particulares (único supuesto en nuestro Derecho que se inicia mediante “conciliación” al tratarse de delitos de carácter “privado” y que se desarrollan mediante un “procedimiento especial” previsto en los Arts.804 a 815 Lecrim).

La “Institución de la Conformidad” se regula hoy de forma dispersa y fragmentaria en nuestra LeCrim y constituye el centro de la discusión entre el “principio de legalidad” consagrado en el Art. 25.1 CE: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa” (como límite del “ius puniendi” del Estado) y que “a sensu contrario” se interpreta como “todos los que comentan un delito o falta o infracción, han de ser sancionados con la pena correspondiente” frente al “principio de oportunidad”(que se introduce en la Lecrim por la L.O 1/2015 de modificación del C.P) , y que faculta a los jueces, a petición del Ministerio Fiscal, tratándose de delitos leves, previa valoración de la escasa entidad del hecho y la falta de interés público, sobreseer estos procedimientos.

Ahora bien, tal y como menciona Ruiz Sierra, J.(2015; p3): Aunque la Conformidad parezca cercana a la mediación, porque el Acusado se muestra “conforme” con la pretensión penal de la acusación (hechos, calificación jurídica y pena); Sin embargo, ésta deriva de la negociación entre el M. Fiscal y la defensa, y no de un acercamiento entre víctima y delincuente; Por el contrario, la víctima queda prácticamente al margen de la conformidad, lo que puede suponer una quiebra de sus expectativas de justicia”³³.

Por otra parte, la Ley 41/2015, de modificación de la LeCrim para la “Agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales”, ha introducido el conocido como “proceso de aceptación de Decreto” o “procedimiento monitorio

³³ Ruiz Sierra, J. ; (2015; 3)

penal”, que permite la conversión de la “propuesta sancionadora” realizada por el M. Fiscal, en Sentencia firme, cuando se cumplen los requisitos objetivos y subjetivos y el acusado da su “conformidad”, prescindiéndose una vez más de la víctima, dado que uno de los requisitos de tal procedimiento es “no estar personada acusación particular o popular”. (Ruiz Sierra, J. 2015; p4)³⁴.

España es uno de los pocos países de la Unión Europea que carece de regulación normativa de la “Mediación Penal de adultos”. Es a partir de la Decisión Marco (2001/220/JAI) del Consejo de la Unión Europea, relativa al “Estatuto de la Victima en el proceso penal” y de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen “normas mínimas sobre Derechos, apoyo y protección a las víctimas de delitos”, cuando se marcan las pautas para la implantación de la “Justicia restaurativa” en los países integrantes de la Unión Europea.

En tal sentido, el Art.1.1 de la Decisión Marco (2001/220/JAI), define la “Mediación en casos penales” como: “la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre víctima y autor de la infracción, en la que medie una persona competente” y su Art. 10 establece el “compromiso de los Estados para impulsar la mediación penal para aquellas infracciones que se presten a este tipo de medidas”.

El primer intento de regulación de la “Mediación penal” en España, ha venido de la mano del anteproyecto de ley orgánica de modificación de la LeCrim, de 2 de marzo de 2012, que incluye la “Mediación penal” en su libro I, título V, capítulo II (Arts. 157 al 161), y que ha sido informado favorablemente en el 2015 por el C.G.P.J.

La Exposición de motivos de la Ley, concibe la “Mediación Penal” como un “instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena, cuando esta no sea necesaria a los fines públicos de prevención y puedan resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima”. Añadiendo además, que “el M. Fiscal, como director de la Mediación y con el consentimiento de los afectados, podrá impulsar la obtención de una resolución reparadora de los intereses particulares en juego, en función de la disminución o ausencia del interés del Estado en el castigo”.

³⁴ Ruiz Sierra, J.(2015; 4)

Sin embargo, tal y como afirma Muerza Esparza, J. (2011, p 197), “tal concepto, choca frontalmente con el concepto y fines del proceso penal, que es el de la investigación del delito, la búsqueda de la verdad, la persecución del delincuente y el resarcimiento del daño a la víctima mediante el castigo al culpable y la imposición de la pena”; Ello supondría someter y encuadrar ciertas conductas delictivas en la categoría de “delitos privados” con la consiguiente “privatización de la justicia” en aras al “principio de oportunidad”³⁵.

Por otro lado, no se han tipificado previamente que “conductas” pueden ser susceptibles de “mediación” y cuáles no (a juicio del legislador), dejándose al arbitrio del M. Fiscal la decisión sobre qué causas pueden resolverse a través de esta figura. Esto puede ocasionar “inseguridad jurídica”, ya que en nuestro vigente ordenamiento jurídico, cuando se comete un “hecho” tipificado en el C.P, estamos ante un “delito”, existiendo el “interés público” del Estado en su prevención así como en la persecución y castigo del delincuente; No estamos ante un “mero conflicto” entre víctima y agresor, lo cual no significa, que no puedan preverse legalmente “alternativas a la pena” o se dejen de castigar penalmente determinadas conductas.

IV.2.2. El interés público en la Justicia restaurativa.

En las últimas décadas, se han asentado nuevas concepciones que cuestionan la vía más adecuada para resolver el conflicto originado por la comisión del delito. Se conocen como “justicia reparadora”, “restaurativa” o “participativa” y se contraponen a los conceptos de “justicia retributiva”, “sancionadora” o “punitiva”.

La justicia reparadora, parte de que el restablecimiento de la situación alterada por el delito, ha de lograrse a través de: la reparación de la víctima y la reconciliación de ésta con el delincuente; Frente a la justicia retributiva, cuya preocupación es la persecución del delito y la correspondiente imposición de una sanción por la comisión del mismo, y que aplicada estrictamente, ha demostrado ser “insuficiente” para la satisfacción de la víctima y la socialización del delincuente.

Según Barallat López, J. (2013; p 4), la incorporación de la “mediación penal” entre víctima y delincuente (para algunos casos de menor gravedad aporta las siguientes ventajas³⁶: Mayor protagonismo de la víctima en la resolución del conflicto, con la consiguiente satisfacción moral y eliminación de su victimización secundaria; Implicación directa del delincuente en la reparación del daño (resocialización);

³⁵ Muerza Esparza, J. ; (2011; 197)

³⁶ Barallat López, J (2013 ; 4)

Agilización del sistema penal y mayor eficacia para la persecución de delitos más graves.

Por otra parte, el “principio de oportunidad”, que otorga al M. Fiscal la posibilidad de decidir la derivación del asunto a vías distintas que la de la “persecución del delito y su autoría”, viene recogida en el Art. 13 (b) de las directrices emitidas por las Naciones Unidas, que reconoce que: “el acusador público, podrá ponderar el impacto actual o potencial que la comisión de un “hecho delictivo” pueda suponer en la comunidad o para la víctima y decidir así el desvío hacia fórmulas como la mediación”.

En definitiva, “a menor gravedad del delito, menor interés público en su persecución y mayor interés en la protección de otros valores sociales dignos de tutela como la rehabilitación del infractor o el resarcimiento de daños a la víctima”.

Como menciona Cuadrado Salinas, C. (2015), “el principio de oportunidad, suele estar condicionado a la aplicación del principio de proporcionalidad como presupuesto para tomar la decisión, lo que implica una labor de ponderación de los factores, a favor y en contra del procesamiento”³⁷.

Son por tanto, las razones basadas en la “levedad del hecho” y/o en el escaso impacto social de la condena del culpable, lo que fundamenta la introducción de vías o métodos alternativos como la mediación.

Además, estos mecanismos alternativos, cuentan con un importante apoyo tanto institucional como a nivel internacional y europeo; Destacando en este sentido la Recomendación del Consejo de Europa NºR (87) 18, adoptada el 17 de septiembre de 1987, que recomienda a los Estados miembros, introducir estas “vías alternativas” que tengan en cuenta: la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción, la personalidad del denunciado, la condena que deba imponerse, los efectos de la condena sobre el sujeto pasivo y la situación del la víctima.

También es de destacar, la Resolución 45/110 de 14 de diciembre de 1990 de Naciones Unidas, conocida como “Reglas de Tokio”, cuyo objetivo era: “fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en el tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad”.

³⁷ Cuadrado Salinas, C (2015; 10)

En el mismo sentido, destacan las directrices de Naciones Unidas sobre la “función de los Fiscales en el ámbito penal”, que recomienda a los Estados: “reducir el número de asuntos que pasan a la vía judicial, tanto para aliviar la carga excesiva de los tribunales como para evitar el estigma de la prisión preventiva y los efectos adversos de la prisión”.

Y por último, la más reciente y ya mencionada Directiva 2012/29/UE, a partir de cuya trasposición al Ordenamiento Jurídico Español tiene lugar la regulación de la mediación en nuestra LeCrim.

En definitiva, el conjunto de recomendaciones y directivas junto al éxito en la práctica de estas “fórmulas alternativas” suponen una presión para los legisladores españoles, en cuanto a su regulación normativa, que no está exenta de inconvenientes y que a continuación analizaremos.

IV.2.3. Procedimiento:

Actualmente, la Mediación penal, aparece configurada en los Artículos 157 al 161 de la LeCrim (Libro I, Título V, Capítulo III), siendo los principios a los que se somete la misma los de: voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad; y los derechos de las partes: ser informados del procedimiento y de las consecuencias de someterse al mismo, pudiendo iniciarse “de oficio” o “a instancia de parte”.

Según Cuadrado Salinas, C. (2015; p. 13)³⁸, el procedimiento consta de cuatro fases diferenciadas:

1º.- La decisión de desviar el asunto a un programa de mediación (Que recae normalmente en la policía, el Ministerio Fiscal o el Juez) pudiendo tener lugar en cualquier fase del procedimiento penal, teniendo como única condición previa y necesaria: “la asunción de responsabilidad por la comisión del hecho por parte de su autor”.

2º.- El contacto del Mediador con las partes (Víctima y ofensor), ofreciéndoles la posibilidad de seguir un programa de mediación; Si consienten, se comunicará su inicio al M. Fiscal, si no consienten, se continuará la tramitación del Juicio penal.

3º.-Primera reunión informativa a la que asisten víctima y ofensor.

4º.- Preparación del informe del mediador con resultado positivo o negativo (en caso de ser “positivo” se acompañará “acta de reparación” con los acuerdos de las partes y entrega a la autoridad que decidió el sometimiento del asunto a Mediación.

³⁸ Cuadrado Salinas, C (2015; 13)

Además el M. Fiscal, podrá: Decretar el archivo del procedimiento por “oportunidad de conformidad”, de acuerdo con lo establecido en la Ley, imponiendo como reglas de conducta, los acuerdos alcanzados; Proceder por las reglas especiales del “procedimiento de conformidad” (en cuyo caso la víctima será siempre oída si no se hubiera personado) y la sentencia de conformidad incluirá los términos del “Acta de reparación”.

IV.2.4. Luces y sombras en la “Mediación Penal”:

Se considera por algún sector doctrinal (Barallat, Ruiz, etc.) como ventaja de la “mediación penal”: El potencial reparador del daño a la víctima mediante su papel activo en la mediación, su satisfacción a través del “perdón” al ofensor y la percepción de compensación económica, o mediante la realización de trabajos de reparación para la víctima o a favor de la comunidad.

Sin embargo el sistema de justicia penal tradicional, ya otorga a la víctima vías específicas dirigidas a la reparación del daño, ofreciendo la posibilidad de ejercitarse la acción civil derivada del delito (junto con la acción penal o en un proceso civil posterior) para solicitar la compensación o reparación del daño causado.

“Por lo tanto el único añadido o ventaja de la mediación, es el “elemento emocional”, de ser las partes quienes decidan las medidas reparadoras y no sea el juez quien las imponga”³⁹. (Cuadrado Salinas, C. 2015, p16).

Por otro lado, se dice que la ventaja de la mediación con respecto al infractor, es su “potencial rehabilitador” y la “disminución de los niveles de reincidencia”; Sin embargo, tal y como menciona Cuadrado Salinas, C. (2015; pág. 17)⁴⁰, los estudios realizados sobre esta cuestión arrojan un porcentaje similar de éxito en ambas formas de justicia, no son concluyentes, ni aportan los datos empíricos necesarios para afirmar objetivamente su “efectividad preventiva general”; En particular en España, donde sólo tiene lugar la “mediación intrajudicial”, como un mecanismo que no sustituye la decisión del Juez competente, sino que sólo opera como una “atenuante cualificada” en aquellos casos que terminan con éxito. Ello es debido, a que en nuestro ordenamiento jurídico, prevalece el “principio de legalidad”.

Ahora bien, en lo que respecta a las críticas, objeciones e inconvenientes, que se manifiestan en torno a la Mediación Penal, se fundamentan principalmente, como

³⁹ Cuadrado Salinas, C. (2015; 16)

⁴⁰ Cuadrado Salinas, C. (2015;17)

dice Alonso Salgado, C. (2011; p.65)⁴¹ en la “eventual afectación de los derechos fundamentales del victimario durante la mediación” : Proporcionalidad, igualdad de partes, presunción de inocencia...”; y ello porque respecto a este último derecho, “la presunción de inocencia”, en el S.XVIII, BECCARÍA, ya manifestaba que “ Un hombre no podía ser considerado como culpable antes de la sentencia de un Juez (...), ante la Ley es inocente hasta que el delito se haya probado...”

Este “riesgo de pérdida de derechos del imputado” en el proceso mediador, fue apreciado por Naciones Unidas, que a través de su Consejo Económico y Social, propuso una serie de “principios de actuación” que los legisladores habrán de tener en consideración y que se resumen según Cuadrado Salinas, C. (2015; p.19)⁴² en:

Principio de Igualdad de Armas: Debiendo tenerse en cuenta las diferencias culturales entre las partes, el mediador ser imparcial y respetar la dignidad y cultura de víctima e infractor.

Derecho a un proceso justo: Debiendo limitarse la mediación al número de asuntos en los que infractor y víctima consientan libremente en participar y siempre que haya quedado aclarada la cuestión relativa a su participación en los hechos (ya que la mediación no exime de practicar “diligencias de investigación”).

Información de los derechos y garantías al imputado en el proceso mediador: no pudiendo inducirle ni coaccionársele a la mediación ni a aceptar el resultado de la misma.

Derecho de defensa: Tanto de la víctima como del infractor (Que podrán contar con un abogado antes del iniciarse el proceso mediador (no durante él) y de un intérprete (tanto antes como después).

Derecho a la presunción de inocencia: Debiendo promoverse la mediación, únicamente cuando exista suficiente base incriminatoria y objetiva para acusar al infractor; Sin que la participación de este último en el proceso dea entenderse como “admisión de culpabilidad”, ni en dicho proceso ni en otro que eventualmente pudiera abrirse, y sin que pueda hacerse alusión al “fracaso de la mediación” en base al “principio de confidencialidad”.

Este último aspecto, el de la “presunción de inocencia”, es el que más problemas puede originar, ya que actualmente, dicho principio, exige al órgano jurisdiccional no condenar sin prueba de cargo; Requiere de acusación y una actividad probatoria suficiente que demuestre la responsabilidad del imputado. El “derecho a no confesarse culpable”, es el correlato de esa exigencia probatoria. En todo caso, la confesión “per se”, no constituye suficiente prueba sin la presencia de otras evidencias.

En consecuencia, la exigencia del “reconocimiento de los hechos” por parte del Autor, constituye uno de los elementos a cuestionar, ya que como manifiesta Alonso

⁴¹ Alonso Salgado, C (2011; 65)

⁴² Cuadrado Salinas, C (2015; 19)

Salgado, C. (2011; p.66): “podría hacerse valer como prueba del reconocimiento por el Autor, de su responsabilidad penal en los hechos enjuiciados”⁴³.

No obstante, otros autores como Gordillo Santana, L (2005; p.117), opinan que: “el hecho de que la persona asuma responsabilidad en cuanto a las consecuencias lesivas del hecho, no coincide necesariamente con el reconocimiento de responsabilidad penal”⁴⁴.

Otra crítica, viene constituida por la necesidad de garantizar la “total confidencialidad” de la información expuesta durante la mediación, porque de no ser así, como manifiesta Alonso Salgado, C. (2011): “la mediación constituiría una mera estrategia procesal, alejada de los cometidos que la definen”.

Para resolver esta problemática, deben tenerse en cuenta dos cuestiones, tal como establece la Recomendación NºR (99) 19 de 15 de septiembre de 1999⁴⁵:

1º.- La información recabada por los órganos de investigación penal debe arrojar datos objetivos suficientes para justificar el ejercicio de la acción penal, y en consecuencia del proceso de “Mediación”.

2º.- Si el proceso de mediación no finaliza con éxito, no podrá utilizarse dicha información, ni en el proceso abierto ni en ningún otro posterior (por parte de la víctima o del mediador en calidad de testigos) debiendo tener la consideración de “prueba prohibida” a todos los efectos; y en caso de acuerdo, el “acta” no deberá contener ese “reconocimiento de hechos” sino sólo el “contenido de la reparación”, para garantizar el derecho a la presunción de inocencia.

Ahora bien, a pesar de estas garantías, coincidimos con la parte de la doctrina (Alonso Salgado, Barona etc.) que opina que, sólo la participación del agresor en el proceso de mediación en sí, ya supone un “reconocimiento de culpabilidad” o al menos “oscurece la presunción de inocencia”, porque las partes (víctima y ofensor) habrán emitido una “declaración acordada” que les proporcionará “información utilizable” en el proceso penal subsiguiente a pesar de las “precauciones” previstas en la Ley en aplicación de dicha Recomendación.

Por otra parte, es esencial que el acuerdo alcanzado por las partes sea “proporcional “al delito o daño realizado, lo cual es previsible tratándose de “delitos leves”, y más impredecible tratándose de lesiones o daños morales. Pero no

⁴³ Alonso Salgado, C (2011; 66)

⁴⁴ Gordillo Santana, L (2005; 117)

⁴⁵ Cuadrado Salinas, C (2015; 21-22)

obstante, el acuerdo alcanzado, será “autorizado” en última instancia por el Fiscal o por el Juez, puesto que, como dice Cuadrado Salinas, C. (2015; p. 23) “El Estado, no puede perder este tipo de control, a menos que privatice la justicia penal”.

Por último, la necesidad de controlar las garantías procesales del imputado, requiere según Cuadrado Salinas, C. (2015; p.23) que: “la decisión sobre la derivación de un asunto penal a la vía mediadora, recaiga en el M. Fiscal o en el Juez, nunca en la policía”⁴⁶; debiendo ser la ley procesal la que regule previamente, dicha facultad, así como el tipo de delitos susceptibles de mediación, y las condiciones y presupuestos a tener en cuenta.

Cuestiones éstas, de las que carece la actual regulación y que por ello son objeto de crítica por gran parte de la doctrina (Barona, Cuadrado Salinas, Barallat, entre otros), ya que se dejan todas ellas, al arbitrio del M. Fiscal.

IV.2.5. Casos que pueden someterse a Mediación Penal.

Como afirma Mollar Piquer, P. (2013; pg.7)⁴⁷ en España, actualmente se desarrollan programas de Mediación penal, en casi todas las comunidades Autónomas, con ligeras diferencias en cuanto a los criterios adoptados para someter el proceso a mediación, pero extendiéndose a todo tipo de delitos, a excepción de los temas de “violencia de género”, cuya prohibición expresa viene establecida en la propia Ley de protección integral contra la violencia de género.

A nivel Estatal, el último intento de regulación fue el del Anteproyecto de Código procesal penal de 20 de septiembre de 2013 (ACPP), que decayó, debido a la necesidad de reforma de la LeCrim dada la no disponibilidad del proceso penal; No obstante, “una vez admitida por el legislador la posibilidad de acudir a mediación en el proceso penal, es de vital importancia, la determinación del ámbito de la mediación penal, la concreción de los delitos que pueden someterse a mediación”⁴⁸.

En tal sentido, Barallat López, J. (2013; pg14)⁴⁹ considera, que los delitos penales más susceptibles de mediación en una futura regulación de la “Mediación penal de adultos”, son : los delitos contra el honor, lesiones menos graves, delitos patrimoniales de hurto, robo, apropiación indebida y defraudación, siempre que sean menos graves y el infractor no sea delincuente habitual; Delitos de imprudencia con

⁴⁶ Cuadrado Salinas, C. (2015; 23)

⁴⁷ Mollar Piquer, P. (2013; 7)

⁴⁸ Mollar Piquer, P. (2013; 5)

⁴⁹ Barallat López, J.(2013; 14)

resultado de lesiones, daños o incluso muerte, y los perseguibles previa denuncia de la víctima (salvo los de libertad sexual).

Respecto de tales delitos, la experiencia demostrada en otros países como (Alemania, Austria o Australia), ha puesto de manifiesto el éxito de la mediación.

Según Barallat López, J. (2013), deben quedar excluidos los delitos graves y violentos, por la “peligrosidad” de la conducta, así como aquellos en los que existe “reincidencia” (dada la escasa probabilidad de que pueda haber reinserción, si la reconciliación tiene lugar sólo con respecto a una víctima y no con las anteriores); y también deben excluirse los “delitos de medioambiente” (y aquellos que tutelan bienes jurídicos colectivos), debido a la inexistencia de una concreta víctima que consienta la mediación⁵⁰ .(Barallat López, J.; 2013; 14-15).

Por lo tanto, tratándose de este tipo de delitos, la opinión más extendida entre la doctrina (Barallat López, Alonso Salgado, Cuadrado Salinas etc.) con la que coincidimos, es que deberían investigarse desde un principio y sentenciarse conforme a los procedimientos judiciales ordinarios, dado que en tales supuestos, la finalidad perseguida con la “mediación”, que es la de la reconciliación del delincuente con la víctima y la sociedad, no parece factible sin menoscabo de la “finalidad preventiva” de la persecución del delito.

IV.3. Mediación Laboral

IV.3.1. Regulación, procedimiento y Objeto de la mediación laboral.

El antecedente remoto de la resolución extrajudicial de conflictos laborales, se encuentra en el Bando dictado por José María Gispert, de 22 de mayo de 1840, por el que se constituyó una junta que conocería de las reclamaciones y discrepancias entre trabajadores y fabricantes del sector textil, con el fin de dotarles de instrumentos más ágiles de conciliación, pero no obstante, surgió de forma paralela y vinculada a proceso laboral. (Santor Salcedo, H. 2006).⁵¹

Posteriormente, se instauraron los Comités Paritarios (1926) con funciones de mediación y Arbitraje y las Comisiones Mixtas (encargadas de asegurar los acuerdos adoptados) y que más adelante se sustituyeron por Jurados Mixtos, que finalmente desembocaron en las antiguas Magistraturas de trabajo (1938).

En 1940 se publicó la Ley de bases de la Organización Sindical, que estableció la Conciliación sindical prejudicial y en 1963 se establece una modalidad de arbitraje

⁵⁰ Barallat López, J. (2013; 14-15)

⁵¹ Santor Salcedo, H. (2006; p 68-78)

voluntario; En 1975 se regula la conciliación sindical previa ante el Organismo Sindical de procedimientos de conflicto colectivo, pudiéndose continuar el procedimiento en caso de desacuerdo ante la autoridad laboral o ante la Magistratura de Trabajo.

Por último, el último eslabón, lo componen dos leyes: El Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre las relaciones de trabajo y los procedimientos de solución de conflictos (aún vigente), que impulsó definitivamente los procedimientos extrajudiciales laborales, estableciendo la posibilidad de someterse voluntariamente a los procedimientos de solución de conflictos colectivos, recogiéndose en los convenios colectivos y acuerdos ad hoc; y el Real Decreto Ley 5/ 1979 de 26 de enero, por el que se crea el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (derogado en 1985) y que establecía el arbitraje voluntario y la creación del SMAC, como organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo.

En el ámbito Estatal, se suscribió en 1996 por las Organizaciones Sindicales más representativas el primer Acuerdo sobre solución Extrajudicial de Conflictos Laborales, denominado ASEC, cuyas posteriores renovaciones desembocan en el Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales ASAC, y cuyo objeto es, según su Art.1 : “el mantenimiento y desarrollo de un sistema autónomo de solución de conflictos laborales surgidos entre empresarios y trabajadores o sus respectivas organizaciones representativas”. Este sistema se canaliza a través del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA), fundación privada de CEOE;CEPYME,UGT y CCOO, encargado de encontrar soluciones alternativas que eviten la judicialización de conflictos colectivos laborales cuyo ámbito territorial supere el de una única Comunidad Autónoma.

Actualmente, existen diversas referencias legislativas que promueven este tipo de solución de conflictos, como la Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social, que en su Título V, “De la evitación del Proceso”, Capítulo I “De la Conciliación o mediación previas y de los laudos arbitrales” (Artículos 63 -68) introduce novedades respecto a estos medios extrajudiciales a la vez que refuerza los mecanismos conciliatorios en cualquier momento del proceso. (Viana López, C.J)⁵².

⁵² Viana López, C. J. (<https://libros-revistas-derecho.Vlex.es>).

A diferencia de otras jurisdicciones, la Jurisdicción Laboral contempla la Conciliación previa, como un acto exigido legalmente y no como un acto voluntario; Siendo una de las novedades de la nueva regulación, la de incluir en el Art. 63 LRJS la “Mediación” por primera vez, siendo requisito previo para la tramitación del proceso, el intento de conciliación , o en su caso, de mediación ante el Servicio Administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones, el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC); Siendo el SIMA, el órgano encargado de conocer de los conflictos colectivos de trabajo que superen el ámbito de una comunidad autónoma.

No obstante, hay algunos conflictos que quedan “exceptuados” por el Art. 64 LRJS de dicho requisito, como son :” los que exijan el agotamiento de la vía administrativa, los que versen sobre seguridad social, impugnación de despido colectivo, disfrute de vacaciones y materia electoral, movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, organizativas o productivas , conciliación de la vida personal o familiar y laboral del Art. 139 LRJS, los iniciados de oficio, impugnación de convenios colectivos, de estatutos o de su modificación, tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, así como los que ejerciten acciones laborales contra la violencia de género”; Constituyendo otra novedad de la nueva regulación, su ampliación a los supuestos de “anulación de laudos arbitrales, impugnación de acuerdos de conciliaciones, de mediaciones y de transacciones”.

Ahora bien, aún estando “exceptuados” de dicho requisito previo, la Ley admite que las partes puedan acudir “voluntariamente” a conciliación o mediación, si de la naturaleza de la pretensión se deduce que pudiera tener eficacia jurídica un acuerdo alcanzado por alguna de estas vías; suspendiéndose en tal caso los plazos de caducidad e interrumpiéndose los de prescripción.

En los procesos en los que la conciliación o mediación es obligatoria, la no comparecencia del solicitante supondrá que se tenga por no presentada la papeleta de conciliación o solicitud de mediación, archivándose lo actuado; Si no comparece la otra parte, se tendrá por intentada sin efecto, y el juez podrá imponer las costas del proceso a la parte que no hubiera comparecido si la Sentencia que en su día se dicte coincidiera esencialmente con la pretensión de la papeleta de conciliación o solicitud de mediación. (Art.66 LRJS).

La redacción de dicho artículo deja ver la pretensión del legislador de promover y agotar estas vías previas antes de acudir a la judicial, castigando a las partes por su inobservancia, cuando la misma no trae causa justificada.

No obstante, no es obligatorio llegar a un acuerdo, sino que el resultado de dicha conciliación o mediación, puede ser negativo o “sin avenencia” en cuyo caso se proseguiría con la tramitación judicial del asunto; Sin embargo, el acuerdo alcanzado en conciliación o mediación laboral, constituye título ejecutivo sin necesidad de ratificación judicial, pudiendo llevarse a efecto por los trámite previstos en el Libro Cuarto de la LRJS, tal y como menciona el Art.68.1 LRJS.

Por otro lado, el acuerdo de conciliación o de mediación, podrá ser impugnado por las partes mediante la “acción de nulidad”, por las causas que invalidan los contratos, o por los posibles perjudicados con fundamento en su ilegalidad o lesividad, tal y como indica el Art.67.1 LRJS.

Por otro lado, ha de destacarse la función mediadora que desempeñan otros organismos como es el de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante ITSS), regulada por Ley 42/1997 de 14 de noviembre, y que entre sus muchas funciones, realiza algunas relacionadas con la solución extrajudicial de conflictos laborales, fundamentalmente en el ámbito de los “conflictos colectivos”, aunque también cabe su intervención en “conflictos individuales” tanto jurídicos como de intereses, siendo en ambos casos “voluntaria” sin constituirse en requisito previo procesal, y donde los acuerdos alcanzados, pueden equipararse en su eficacia a la de los Convenios colectivos estatutarios o tener valor de Convenio Colectivo extra estatutario o un simple acuerdo o pacto de naturaleza contractual .(Viana López, C.J; 2016).⁵³

Se trata de una mediación, activa, especializada, técnica y pública, que puede iniciarse de oficio o a instancia del propio inspector o de un superior jerárquico o de cualquiera de las partes.

Como afirma Beatriz Ramón (2012 parr.4)⁵⁴ “la figura del mediador, puede ser de gran utilidad en conflictos colectivos relativos a jornadas de trabajo, cambios de turno, reglamentos internos, prácticas antisindicales y desleales en la negociación colectiva, climas laborales e interpretación de cláusulas de contratos, definición de tareas y responsabilidades etc...”

⁵³ Viana López, C. J.(2016) (<http://libros-revistas-derecho.Vlex.es>). (27/11/2017)

⁵⁴ Beatriz Ramón (2012; parr 4)

El objetivo general de la mediación laboral, implica tres objetivos más específicos, según afirman (Lourdes Munduate, Thelma Butss, Francisco Medina y Roberto Martínez) en su “Guía para la Mediación Laboral”: “Ayudar a las partes a crear soluciones factibles a sus problemas, transformar sus relaciones, modulando sus conductas para una gestión efectiva de futuras disputas y ampliar sus opciones en relación a los procedimientos judiciales formales”.

Los conflictos laborales más habituales son, según Ramírez, J. (2016):⁵⁵

- Discrepancias en malas interpretaciones sobre las obligaciones contractuales.
- Discrepancias entre empresa y agentes comerciales respecto a ventas, pagos o acuerdos de exclusividad.

Así como reclamaciones de cantidad, reclamaciones por despidos improcedentes y sobre vacaciones, permisos etc. En definitiva, pueden ser objeto de conflicto laboral y por lo tanto de mediación laboral, cualquier aspecto relacionado con la interacción entre las partes oponentes en una relación laboral. Dicha interacción se refleja en 4 momentos diferentes, según Fernández Ríos (1996):⁵⁶ 1º) Establecimiento o restructuración de las relaciones de interdependencia; 2º) Relaciones a nivel de conflicto latente; 3º) Relaciones a nivel de conflicto manifiesto y 4º) Relaciones a nivel de gestión y resolución del conflicto.

IV.3.2. Ventajas de la Mediación laboral.

En el mundo laboral del siglo XXI, se necesitan soluciones personalizadas y creativas para dar respuesta a los diversos conflictos, ya que tal como afirma Fernández Manzano, L (2015)⁵⁷, las Sentencias Judiciales dan respuesta a una petición que se ha de ajustar a la ley, pero en muchas ocasiones el fallo, no satisface íntegramente a ninguna de las partes, porque solo resuelve parcialmente el problema, lo que en ocasiones acaba pasando factura a la empresa.

Esto sucede, porque los conflictos laborales son el resultado de intereses, divergencias y necesidades ocultas que se manifiestan externamente en un momento dado, y que precisan de escucha activa y diálogo.

En este contexto la mediación tiene un gran valor implícito, precisamente porque aporta instrumentos como diálogo, confidencialidad, actitud colaborativa y confianza,

⁵⁵ Ramírez, J (2016): (el blog del reclamador.es): [http://reclamador.es/blog/arbitraje y mediación.\(27/11/2017\)](http://reclamador.es/blog/arbitraje y mediación.(27/11/2017))

⁵⁶ Fernández Ríos, M (1996). Copmadrid.org/webcoppm/publicaciones/trabajo/1996/vol2/art.3.htm. (27/11/2017)

⁵⁷ Fernández Manzano, L.(2015)

propiciadas por el mediador con su actitud imparcial y no enjuiciadora, que constituyen elementos clave, para que las partes decidan compartir sus puntos de vista.

Por otra parte, son indudables los costes tanto directos como indirectos que los procesos laborales ocasionan tanto a la empresa como a los trabajadores. Según Fernández Manzano, L. (2015; parr XIII)⁵⁸:

Los costes directos: incluyen el tiempo empleado en la gestión del conflicto, decrecimiento de producción, incumplimiento de plazos y pérdida de oportunidades, indemnizaciones monetarias y costes de defensa y representación legal. Los Costes indirectos: se refieren a disminución en la calidad y productividad, impacto negativo en la motivación y moral (absentismo), (...) en el trabajo en equipo, quejas de los clientes, accidentes, retrasos e inversión de tiempo (...) en medidas disciplinarias.

Por todo ello, afirma Fernández Manzano, L. (2015), que cuando se compara el resultado final del conflicto, en términos económicos reales, tanto de medios económicos como personales, con los costes de los ADR, la mayoría de expertos financieros se inclinan por soluciones más tempranas y flexibles como la “mediación”.

Por otra parte, la mediación laboral, no solo es un servicio gratuito y rápido, pues la tramitación desde el registro de la solicitud inicial, hasta la fecha de la reunión es de 10 días hábiles, sino que además cumple con los principios de igualdad y contradicción, dado que ambas partes disponen de las mismas oportunidades de intervención y eligen libremente al mediador, de entre la lista de mediadores facilitada por la fundación SIMA, caracterizado por ser un procedimiento flexible, frente a la rigidez del proceso judicial. (Liébana Ortiz, J.R, 2016).

En cuanto a sus efectos jurídicos: Tanto la conciliación previa como la mediación previa, sustituyen una relación jurídica controvertida, por otra cierta y no controvertida, extinguendo los derechos y acciones en que trae causa y originando nuevos vínculos y obligaciones.

Es como menciona Liébana Ortiz, J.R (2016) “ante todo un contrato, mediante el que las partes sacrifican recíprocamente determinados intereses con el objeto de extinguir ese estado de litigiosidad, y que de acuerdo con el art. 1816 CC, tiene eficacia de “cosa juzgada” entre las partes, procediendo la vía de apremio para el cumplimiento de la judicial”.

⁵⁸ Fernández Manzano, L. (2015; parr.XIII)

Sin embargo, el laudo arbitral, en los conflictos individuales de trabajo, tiene la eficacia de un contrato, mientras que en los conflictos colectivos, tiene la misma eficacia de lo pactado en convenio colectivo (Art.24 RDLRT), beneficiándose en el segundo caso, del efecto de “erga omnes”, y vinculando solo a las partes en el primer caso. Por ello, tal como afirma Liébana Ortiz, J.R (2016, Cap. I, ep.6), la utilización de este sistema es relativamente baja, en relación a la conciliación o mediación, debido a que : “el laudo arbitral, casi siempre se va a encontrar con la oposición de la parte perdedora o incluso de ambas partes (en el caso de arbitrajes impuestos por ley o por convenio colectivo), existiendo el riesgo de sabotaje interno, pudiendo quedar paralizado por la inacción de cualquiera de las partes”, siendo esta una de las razones por las que “prácticamente todos los arbitrajes laborales, terminan siendo objeto de impugnación, con la consiguiente demora en la solución del conflicto que en teoría es el objeto principal del mismo”. (Liébana Ortiz, J.R, 2016, Cap. I, ep. 6)⁵⁹.

IV.3.3. Condiciones del éxito o fracaso de la Mediación Laboral.

Según afirma Fernández Ríos, M. (1996)⁶⁰, el primer problema que se nos plantea a la hora de valorar la eficacia o el éxito o fracaso de la mediación, es el de la propia definición de “efectividad”.

Los datos estadísticos, nos indican que la mediación laboral es más efectiva según Fernández Ríos, M. (1996) cuando:

El conflicto es moderado, en vez de intenso; Las partes están muy motivadas para alcanzar un acuerdo y se encuentran en una situación de “impase” intolerable o inadmisible; Están implicadas en la mediación y no están en juego principios generales de actuación; No existe una escasez severa de recursos y la distribución de poder entre las partes está equilibrada, percibiéndose que el arbitraje es el siguiente paso a dar.

Ahora bien, la efectividad de la mediación, está directamente asociada con la efectividad del mediador, que según Fernández Ríos, M. (1996) es más efectivo cuando: puede controlar la comunicación entre las partes, avanza desde su propia posición a otra que es aceptable para la contraparte, reduce su optimismo acerca de la probabilidad de grandes concesiones de la otra parte, utiliza técnicas mediadoras y maximiza la receptividad de las partes.

⁵⁹ Liébana Ortiz, J.R (2016; Cap. I, ep. 6.).

⁶⁰ Fernandez Ríos, M. (1996).

Además, existen dos aspectos relevantes en la mediación laboral, que se refieren a la competencia e imparcialidad del mediador (Lourdes Munduate et all): “Competencia”, significa, que la persona la persona que asuma el rol de mediador, debe estar formada en las estrategias y técnicas disponibles para la mediación; “Imparcialidad”, significa, que no se ha de favorecer a una de las partes sobre la otra, ni perseguirse un interés propio en el resultado del acuerdo.

Se trata de que las partes acerquen posturas gracias a la figura del mediador, y puedan llegar a acuerdos hasta el momento no aceptados por empresarios ni trabajadores, lo cual es bastante habitual en la definición de periodos vacacionales, huelgas o ante expedientes de regulación de empleo.

IV.3.4. Limitaciones de la Mediación Laboral.

Tal y como afirma Fernández Ríos, M. (1996)⁶¹, en ocasiones la mediación laboral no es eficaz para la consecución de un acuerdo, e incluso puede derivar en una situación peor.

Entre las dificultades que puede generar la actividad mediadora pueden destacarse las siguientes⁶²: 1º) La intervención de una tercera persona, en ocasiones puede alterar el equilibrio del proceso; 2º) El mediador propone un ritmo de trabajo que puede alterar el rumbo del plan de trabajo; 3º) El mediador puede caer en la tentación de acudir a todo tipo de recursos con tal de alcanzar un acuerdo lográndose así un acuerdo prácticamente impuesto y cuya eficacia está en entredicho; 4º) La aplicación de técnicas estandarizadas de intervención: ya que, cuando el conflicto está en fase de “escalamiento”, la exigencia de diálogo puede transformarlo en una interacción agresiva y si ya está en fase de “desescalamiento” la comunicación mutuamente otorgada facilita la consecución del acuerdo y si en ese momento interviene un tercero, se puede re intensificar el conflicto.

Por último, mencionar otra limitación, quizás la más importante, que tiene como base el “principio de irrenunciabilidad de derechos” que rige en el Ordenamiento jurídico laboral, limitando la capacidad de disposición individual del trabajador, quien, como reza el Art.3.5 E.T: “ no podrá disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tenga reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario, ni tampoco de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo”.

⁶¹ Fernández Ríos, M .(1996)

⁶² Fernández Ríos, M. (1996)

Este principio deriva, como menciona García González, G. (2016, T.2, p.8)⁶³, de la propia consideración del Derecho del Trabajo como un derecho protector del trabajador, que constituye la parte más débil de la relación jurídico laboral, y que lo separa del criterio civilista, que recoge en algunos supuestos la renunciabilidad de derechos y el principio de autonomía de la voluntad.

No obstante, lo que sí admite el Ordenamiento jurídico laboral, es la renuncia del trabajador a aquellos derechos adquiridos mediante pactos o concesiones de carácter individual, limitándose la prohibición de renuncia a los derechos reconocidos por disposiciones de derecho necesario.

V. CONCLUSIONES.

PRIMERA: Parece innegable, que los ADR y en particular la mediación, se han hecho un hueco en nuestro sistema de convivencia, porque la multiplicidad y complejidad de los conflictos ha desbordado la capacidad de respuesta exclusivamente estatal.

SEGUNDA: Pero no es este el único motivo; La justificación fundamental, parte de la consideración de los ADR, como medios idóneo para la mejor gestión de los intereses de las partes y su satisfacción a través del diálogo, la cooperación y la interacción de los sujetos implicados en la resolución del conflicto, orientada al entendimiento y pacificación de las relaciones; Aspecto este, que en el proceso jurisdiccional tradicional, ha demostrado cierta ineeficacia, al resolver el conflicto, aportando una solución puntual a una disputa sin prestar atención a aspectos como la comunicación y el diálogo, imprescindibles para la continuidad de las relaciones entre las partes.

TERCERA: Estos elementos, unidos a la rapidez, el menor coste económico y temporal y la confidencialidad de estos medios frente al jurisdiccional, les han convertido en un complemento necesario para resolver controversias que traten materias de libre disposición, reservándose la jurisdicción para aquellas que no son disponibles, o que afectan a terceros o al orden público, mejorándose con ello la eficacia y la calidad de la justicia.

CUARTA: Considero que los ADR, integran en líneas generales el contenido del Art.24.1 CE, que promulga el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el legislador ha tenido en cuenta aspectos como la voluntariedad, la imparcialidad,

⁶³ García González, G. (2016; T.2, p 8).

la neutralidad, el principio de buena fe e igualdad de las partes, pudiendo decidir éstas en cualquier momento, si inician o no el procedimiento de mediación, o desistir del mismo, sin obligación alguna de llegar a un acuerdo, pudiendo acudir a la vía judicial a defender sus intereses.

En este sentido, quizás sea el Arbitraje el medio que más vulnera dicho principio, porque el laudo arbitral solo puede ser objeto de anulación, pero no de recurso, e imposibilita acudir a la vía judicial al ser vinculante, ejecutivo y tener fuerza de cosa juzgada, lo que puede provocar cierta inseguridad jurídica, sin olvidar, que es un medio más costoso que la mediación e incluso que el proceso judicial, puesto que a los honorarios y gastos de letrado y perito, se unen los de los árbitros.

QUINTA: Con la LMACM, el legislador estatal, ha dado cumplimiento al mandato contenido en la directiva 2008/52/CE, estableciendo un régimen jurídico mínimo del procedimiento de mediación, concibiéndolo como un procedimiento tanto para poner fin al proceso judicial iniciado como para evitarlo, por acuerdo de las partes, siendo destacables aspectos como : El carácter ejecutivo de los acuerdos elevados a escritura pública, la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de las acciones, la voluntariedad, la exigencia de titulación académica y especializada al mediador y la conexión de la mediación con el proceso civil, al modificar cerca de 20 disposiciones de la LEC; Sin embargo, considero que el texto legislativo puede mejorarse aún más, introduciendo aspectos como el carácter personal del proceso, el régimen de abstención, recusación y renuncia del mediador, la regulación deontológica y estatutaria de las sanciones por incumplimiento y los matices en cuanto a la naturaleza de los acuerdos resultantes de la mediación.

SEXTA: Respecto a la mediación penal, el modelo se dibuja a partir de su regulación fragmentaria en la LeCrim, siendo una mediación intrajudicial, complementaria del modelo procesal y no alternativa, desarrollada por personas e instituciones independientes del poder judicial, donde se han condicionado sus efectos pero no su aplicación.

No obstante, es en este ámbito, el penal, donde a mi parecer resulta más cuestionable la mediación, debido a la función preventiva y protectora que debe regir el sistema penal, por su carácter eminentemente público. Pero ello, no debe impedir una mirada crítica y la consideración de otras vías de solución para dar

respuesta a las necesidades de todos los protagonistas del proceso penal: víctima, victimario y sociedad; Concretamente, para aquellas infracciones menos graves, donde por el menor impacto social que conllevan, ha de primar más la reinserción del infractor y la compensación a la víctima, que la imposición y ejecución de la pena, dando así cabida a una justicia restaurativa y a uno de sus instrumentos: la mediación penal.

Ello sin olvidar, la que la función protectora y preventiva del derecho penal y el principio de legalidad exigen la investigación y persecución de los delitos, el sometimiento a un proceso con las garantías debidas y la imposición de una condena tras la prueba de los hechos que demuestren su culpabilidad.

Lo contrario, nos llevaría a la privatización del derecho penal y al olvido de su finalidad preventiva.

SÉPTIMA: Es en el ámbito laboral, donde la mediación, a pesar de estar enraizada en el proceso mismo por su obligatoriedad, constituyendo un requisito previo al proceso judicial y alternativo a la conciliación, no ha desarrollado aún todo su potencial, siendo normalmente en la esfera laboral donde más conviene evitar el proceso judicial, tanto por los evidentes costes económico-temporales, tanto para empresa como para trabajadores, como por la necesaria continuidad de las relaciones laborales en un ambiente de cordialidad, así como por la ventaja que supone resolver los conflictos de la forma más flexible y temprana posible. Sin embargo, actualmente, se acude más a conciliación que a mediación, cuando en la mediación, el papel más activo tanto de las partes como del tercero neutral, podrían favorecer aún más la búsqueda de soluciones alternativas al conflicto.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

SAN CRISTÓBAL REALES, S. (2013). "Negociación, Conciliación, Mediación y Arbitraje en el proceso Civil y Mercantil".(Tesis doctoral). Universidad Antonio de Nebrija, Madrid. *Anuario jurídico y económico escurialense, XLVI*, (pp. 42-62).

MAS TALADRID, J. (2011), "Transcendencia y aplicación práctica de los principios esenciales del Arbitraje en la legislación Española". SÁNCHEZ GARCÍA, A. (Coord.), *Métodos Alternos de Solución de Conflictos*, (pp.285-303).

ZAMBRANA TÉUAR, N. (2005). El nuevo régimen Español del Arbitraje. Orígenes y perspectivas del Arbitraje. *Revista colombiana de Derecho Internacional*, 5, (pp. 616-621).

-
- BRIZ, M.J. (2013). Raíces históricas de la Mediación como medio de resolución alternativa de conflictos. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad* (REDS), 2, Época I, (pp145-151).
- GARCÍA VILLALUENGA, L. (2006). “Mediación en conflictos familiares”. Madrid. (pp. 169-180)
- VIOLA DEMESTRE, I. (2012). La Mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia política*, vol.3, nº2. (pp. 159- 187).
- BERNAL SAMPER, T. (2006). Conflicto y Mediación. *Memorias anuales del programa de Mediación*. “Atención y Mediación a la familia en procesos de cambio”. (pp. 117-121).
- MERINO ORTIZ, C – MORCILLO JIMÉNEZ, J. (2011), “Regulación de la Mediación familiar en España”, REDUR, 9, (pp. 166-169).
- ABRIL PÉREZ DEL CAMPO, C. (2011). En los límites de la Mediación. *Revista de Mediación*, 7, (pp. 6-7).
- BARONA VILAR, S. (2014). Integración de la Mediación en el moderno concepto de “Access to justicie”. *Revista para el análisis del Derecho, INDRET*. (pp. 24-27).
- LIÉBANA ORTIZ, J.R (2011). “Jurisdicción voluntaria”. Mediación y Conciliación. Delimitación dogmática. Revista de Derecho nº9 (pp.162-164); LIÉBANA ORTIZ, J.R (2016), Solución extrajudicial de conflictos laborales. Thompson Reuters-Aranzadi, (Cap. I,ep.6). (Disponible en: <http://www.thomsonreuters.es/es/tienda/solución-extrajudicial-de-conflictos-laborales-duo/duo-papel-ebook/pdp.html?pid=10011156>).
- MUERZA ESPARZA, J. (2011). “Autonomía de la voluntad en el proceso penal”, REDUR, 9, (pp. 194-199).
- ALONSO SALGADO, C. (2011). La eventual afectación de los derechos fundamentales en la mediación celebrada en el seno del proceso penal”. *Revista de Criminología y Justicia*, (pp. 65-69).
- RUIZ SIERRA, J. (2015). “Víctima y Mediación Penal”. (pp1-4) (Artículo disponible en <http://www.noticias.juridicas.com>); fecha de última consulta: 27/11/2017.
- BARALLAT LÓPEZ, J. (2013). La Mediación en el ámbito penal. *Revista Jurídica nº29*, (pp.3-4); (pp.14-15).
- MOLLAR PIQUER, M.P. (2013). *La Mediación penal*.(pp. 5-7).Universidad Jaume I de Castellón.(Trabajo no publicado).

CUADRADO SALINAS, C. (2015). La Mediación. ¿Una alternativa real al proceso penal? *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 1,(pp.9-13);(pp16-23).

GORDILLO SANTANA, L. (2005). *La Mediación en el ámbito penal*. (Tesis doctoral).Universidad Internacional de la Rioja, La Rioja. Cap. 3, Pág. 117.

FERNÁNDEZ RÍOS, M. (2016) Condiciones de éxito o fracaso de la mediación laboral. *Revista de psicología del trabajo y de las organizaciones*, vol.12. Art. 3. (<http://www.capmadrid.org/webcopm/publicaciones/trabajo/1996/vol12/arti.3.htm>); fecha última consulta: 27/11/2017.

RAMÍREZ, J. (2016). *El blog del reclamador*. Recuperado de <http://reclamador.es/blog/arbitraje y mediación>); fecha última consulta: 27/11/2017.

VIANA LÓPEZ, C.J. (2017). “Situación actual de la mediación laboral en España”. Págs. 77-99 .Recuperado de: Mediación laboral (<https://libros-revistas-derecho.Vlex.es>); fecha última consulta: 29/11/2017.

FERNÁNDEZ MANZANO, L. (2015). “La potencialidad de la Mediación Laboral en España”. *Revista Hay Derecho*. Recuperado de: (<https://hayderecho-la-mediacion/>)

GARCÍA GONZÁLEZ, G. (2016) Tema2. Derecho del Trabajo. “*Derechos irrenunciables del trabajador*”.pag.8.

MONTERO AROCA, J. (1976). *Los Tribunales de Trabajo: jurisdicciones especiales y movimiento obrero*, Universidad de Valencia, Valencia.

SANTOR SALCEDO, H. (2006). *La mediación en los conflictos colectivos*. La Ley, Las Rozas, pp. 68-78.

GARCÍA VILLARRUBIA, M. (2016). “El Orden público como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales”. Revista de Derecho Mercantil Nº45. Recuperado de: (<http://www.uria.com/es/publicaciones/articulos-juridicos.html>)

VII.FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS

VII.1 Fuentes Normativas y legislativas

Código Civil:

Art. 6.2

Art. 90.2

Art. 103. 1 y 2

Art. 1809 y ss

Art.1814 y ss

Código Penal:

Art.199

Constitución Española:

Art. 24.1

Art. 25.1

Art.117.3

Art. 120

Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea:

Art. 1.1

Art. 10

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012.

Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Estatuto de los Trabajadores:

Art. 3.5

Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero:

Art. 19.1

Art. 395

Art. 414

Art. 515

Art. 517.2 y 3

Ley Arbitral 60/2003 de 23 de diciembre:

Art. 19

Art. 22

Art. 23

Art. 24

Art. 25

Art. 36

Art. 44

Ley 5/ 2012 de Mediación en asuntos civiles y Mercantiles:

Art. 1

Art. 2

Art. 4

Art. 5

Art. 6

Art. 7

Art. 8

Art. 9

Art. 10

Art. 11

Art. 17

Art. 21

Art. 22

Art. 23

Art. 25.2

Ley 15/ 2015 de la Jurisdicción voluntaria:

Art. 139 y ss.

Ley modelo NUDMI/UNCITRAL de 21 de junio de 1985

Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Art. 157

Art. 158

Art. 159

Art. 160

Art. 161

Art. 779. 1 5º

Art. 784.3

Art. 787

Art. 801

Ley Orgánica 5/ 2000 de 12 de enero sobre responsabilidad penal del menor:

Art. 18

Art. 19

Ley Orgánica 1/2015 de modificación del Código Penal.

Ley 41/ 2015 de modificación de la LeCrim para la agilización de la justicia penal y fortalecimiento de las garantías procesales.

Ley Orgánica 1/ 2004 de 28 de diciembre sobre medidas de protección integral contra la violencia de género.

Art. 1.3

Ley de bases de la Organización sindical de 1940

Ley 42/ 1997 de 14 de noviembre de la Inspección de trabajo y seguridad social.

Ley 36/ 2011 de 10 de octubre reguladora de la jurisdicción social:

Art. 63

Art. 64

Art. 65

Art. 66

Art. 67

Art. 68

Real Decreto Ley 17/1977 de 4 de marzo sobre relaciones de trabajo y procedimiento de resolución de conflictos.

Real Decreto Ley 5/ 1979 de 26 de enero de creación del instituto de mediación, arbitraje y conciliación.

Recomendación NºR (98) I del Consejo de Europa

Recomendación Nº R (87) 18 del Consejo de Europa

Resolución 45/ 110 de 14 de diciembre de 1990 de Naciones Unidas.

VII.2 Fuentes Jurisprudenciales.

2005

STC del T.S de 28 de febrero de 2005 (RJ/2005/2037)

2006

STC del T.S de 26 de septiembre de 2006

STC del T.S de 21 de febrero de 2006 (RJ/2006/827)

2007

STC del T.S de 30 de mayo de 2007 (RJ/2007/3608)

STC del T.S de 19 de Junio de 2007 (RJ/2007/5693)

2010

STC del T.S de 19 de abril de 2010 (RJ/ 2010/3538)

