DERECHOS FUNDAMENTALES Y MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS. LA NUEVA LEY DE MEDIACIÓN DE CATALUÑA, IMPULSO DE UNA LEY NACIONAL

Francisco de la Torre Olid
Catedrático de Derecho Civil y Director de Derecho y de la EPJ
Universidad Católica de Murcia

SUMARIO

I. DERECHOS FUNDAMENTALES Y MEDIACIÓN.- II. EL REFERENTE NORMATIVO COMO EXPRESIÓN DE UNA POLÍTICA LEGISLATIVA.- III. UNA LEY OPORTUNA PERO LIMITADA E INESTABLE SEGÚN EL MARCO CONSTITUCIONAL.- IV. ASPECTOS MANIFIESTAMENTE MEJORABLES DE LA NORMA: 1. Aproximación a los riesgos de la mediación en relación con los derechos fundamentales. 2. En relación al acceso a la profesión. 3. En relación al ejercicio profesional. 4. En relación a la responsabilidad profesional.- V. ALGUNAS CONCLUSIONES.- VI. APÉNDICE LEGISLATIVO.

PALABRAS CLAVE

Autonomía de voluntad; Autotutela; Derechos Fundamentales; Tutela (extrajudicial) efectiva; Justicia satisfactiva; Principio de oportunidad; ADR; Eficacia; Eficiencia; Mediación; Derecho comunitario; Responsabilidad Social; Garantías de procedibilidad.

RESUMEN

La conflictividad creciente en nuestra sociedad, sobre todo en ciertos sectores en los que la paz social debía ser la nota característica, junto a la ya crónica lentitud de la Administración de Justicia, explica el oportuno impulso a la solución extrajudicial de conflictos. Esta demanda es coherente con la respuesta normativa que, desde el ámbito europeo, consolida la mediación como instrumento particularmente útil. En España, la complejidad normativa es mayor por la configuración autonómica del Estado. Así, destaca la positiva labor de innovación del Parlamento autonómico catalán, que sirve de referente al Derecho Nacional,

impulsando la elaboración de la ley nacional de mediación. La actualidad del tema y su regulación exige una reflexión crítica para advertir sobre ciertos riesgos que se vislumbran cuando no se tiene la seguridad de un ejercicio responsable de la solución de conflictos por particulares, ni se garantiza suficientemente la responsabilidad profesional del mediador. En definitiva, en este tema la apuesta por el protagonismo de una sociedad civil puede quebrarse si discurre en detrimento de las garantías de los derechos.

I. DERECHOS FUNDAMENTALES Y MEDIACIÓN

Las convulsiones más o menos críticas que acompañan el nacimiento de los siglos en general vienen precedidas de novedades y nuevas propuestas guiadas por el comienzo de una nueva etapa histórica. Una visión de los derechos fundamentales en esta primera década del siglo XXI, dirige la mirada hacia planteamientos, proyecciones y perspectivas que desde la seriedad de los derechos de Alexy nos presenta hoy la problemática de la eficacia y eficiencia de los derechos y su permeabilidad que alcanza de una u otra forma todas las áreas del Derecho. Aceptada la idea de una Administración de Justicia que parte del respeto de los derechos humanos, en la actualidad se plantean soluciones que, desde el ámbito del derecho privado, procuran nuevos enfoques del proceso, como instrumento para la solución mediada de los conflictos.

En este sentido, la dignidad de la persona y los derechos fundamentales que surgen de su expresión en el ámbito social, económico, familiar, político, etc. se nutren de propuestas como la que representa la mediación como instrumento de solución extrajudicial de controversias. Esta institución se identifica con un sistema de derecho procesal que, ajeno al formalismo positivista, se pone al servicio de una justicia material, eficaz y eficiente al mantener planteamientos que dignifican al individuo considerándolo entidad capaz de resolver sus conflictos[1].

Desde este enfoque, la mediación participa en una nueva formulación

[1] Vinculado a esta idea se encuentra el pensamiento *neo-privatista* que con cuño norteamericano se está imponiendo en el ámbito europeo. En su vertiente radicalizada, preconiza el rechazo y la desconfianza hacia la justicia del Estado, manteniendo la oportunidad de los métodos privados, donde se impone la libre autonomía del individuo sin la interferencia judicial ni los costes y disfunciones de la justicia pública. Aquí nos alejamos de esta postura, que deja abierta la puerta a la indefensión del más débil. En este sentido recordemos que inicialmente se conciliaba y que los que no lo lograban, acudían entonces a la violencia. Para corregir los abusos violentos surge el proceso judicial, que no suple la conciliación, sino que pretende que no sea la fuerza, la agresión, la que determine la solución del conflicto.

del concepto de ciudadano y de soberanía. Se le reconoce al individuo responsabilidad para dirimir sus controversias, una especie de mayoría de edad que le capacita real y efectivamente para participar en el ámbito jurídico y aportar soluciones a la función judicial. Son estas manifestaciones las propias de una sociedad democrática avanzada donde la sociedad civil se compromete y participa activamente en el desarrollo de los poderes del Estado[2].

Efectivamente, a través de la mediación se considera a la sociedad civil capaz de utilizar y reproducir lo esencial de la argumentación jurídica en los ámbitos del comportamiento humano. Este instituto colabora sobremanera a la eficacia de la tutela judicial, a la prevalencia del derecho sustancial, a la celeridad procesal y a la imparcialidad. En este sentido, la mediación participa en la llamada teoría material del derecho, que viene a constituirse según Vichweg en una "teoría de la creación para toda creación del Derecho", inclusive en el desarrollo judicial del Derecho que es una responsabilidad social que no podemos olvidar. Así parece que lo entienden tanto el Derecho Comunitario como los distintos ordenamientos europeos, donde el legislador, cada vez con mayor frecuencia, interviene regulando el uso de distintas formas de mediación. En este sentido, debemos recordar que en el ámbito europeo esta orientación está desarrollándose desde el Plan de Acción de Viena de 1998 y las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999, donde el Consejo de Ministros Justicia de Interior invitó a la Comisión a que presentara un Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos. El Libro Verde debía dar prioridad a la posibilidad de establecer principios fundamentales, en ámbitos generales o específicos, que ofrecieran garantías necesarias para que la solución de los conflictos por instancias extrajudiciales supusiera el nivel de seguridad requerido en la administración de la justicia. En la misma dirección se estableció un Código de Conducta que expresa una serie de normas que pueden aplicarse en la práctica de la mediación y que pueden adoptar las organizaciones de mediación[3].

---

[2] En este sentido ha de tenerse en cuenta la idea de que dentro de un esquema de Sociedad Democrática avanzada, la mediación como método alternativo de solución de conflictos representa una denominada "justicia co-existencial" que conlleva la doble ventaja de superar el conflicto y la de reconocer como "justiciables" controversias que difícilmente se resolverían ante un tribunal. Con esta fórmula, se pueden tutelar derechos que tiene difícil acceso a la vía jurisdiccional, y las alternativas que surgen de la sociedad civil desempeñarían una función supletoria de la jurisdicción, contribuyendo a que todos los ciudadanos pudieran disponer de alguna forma de solución de las controversias.

[3] El Libro Verde estableció que el desarrollo de estas formas de solución de los litigios no debe considerarse como un remedio de las dificultades de funcionamiento de los tribunales de justicia, sino como otra forma más consensual de pacificación social y solución de conflictos y litigios. El Código se adoptó en una reunión de estos expertos celebrada

Continuando en la misma línea la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles[4], marca el recorrido de la legislación comunitaria, al que se incorpora como propuesta desde el ámbito autonómico la Ley objeto de nuestra reflexión, 15/2009 de mediación de Cataluña.

En el ámbito de los Estados miembros, en sus ordenamientos jurídicos se han adoptado medidas que se encuentran dirigidas a promover las diversas formas de solución conciliatoria de las controversias. Desde el uso obligatorio del intento de conciliación, hasta la inducción, los distintos ordenamientos jurídicos fomentan la mediación como instrumento apto para producir los mismos efectos que las medidas jurisdiccionales.

Un breve ejercicio de Derecho comparado dentro del ámbito europeo, por una parte pone de manifiesto diferentes grados de aplicación de los medios de solución pacífica de controversias, especialmente del instituto de la mediación, y por otra manifiesta el notable esfuerzo que los ordenamiento internos están dando a la promoción de estos procedimientos. Especialmente en Bélgica, junto con los servicios de arbitraje y de los defensores del pueblo, la principal modalidad de solución de conflictos es la mediación en asuntos civiles y mercantiles. En este país, como veremos que ocurre en el espacio escandinavo y centroeuropeo, la mediación se encuentra muy desarrollada y se utiliza para resolver conflictos surgidos o previstos normativamente para asuntos civiles, mercantiles, laborales y de consumo. Además en Bélgica, también puede utilizarse en caso de deudas, ampliándose incluso a asuntos penales. Desde el 2005 está en vigor la ley relativa a la mediación, que se ha visto enriquecida con la Directiva del 2008, lo que ha contribuido a arraigar en la sociedad el uso de la mediación para la solución de conflictos. En esta labor destacan múltiples instituciones como el Centro de Arbitraje y Mediación, CEPINA el Centro de Mediación Mercantil de Bruselas, BBMC o la Cámara de Mediación y Arbitraje de Amberes, AKaBa que operan junto a instituciones que median sobre asuntos variados como son la Comisión de mediación para vehículos de segunda mano o la Comisión de Mediación del Sector de la Construcción. También destacan órganos que dirimen conflictos vinculados a la relación de los ciudadanos y la Administración como

---

en Bruselas en julio de 2004, y fue elaborado en cooperación con un importante número de organizaciones y personas privadas; entre ellas, mediadores con amplia experiencia profesional y otros interesados en que se desarrolle la mediación en Europa.

[4] Destacamos a continuación su *Artículo 1,* que pone de manifiesto su Finalidad y ámbito de aplicación: *"1. El objetivo de la presente Directiva es facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial".*

los mediadores ante los poderes públicos o los mediadores para los servicios públicos[5].

Igualmente en Bulgaria, los métodos alternativos de resolución de conflictos son cada vez más populares, expresándose su importancia en el Código de Procedimiento Civil búlgaro desde el 2008. El código proporciona en materia civil y comercial la posibilidad de acudir a la mediación u otros medios para una solución amistosa antes de la audiencia del procedimiento judicial[6]. En el mismo sentido se alinea Estonia a través del *Töövaidluskomisjoni põhimäärus,* Inspectorado de Trabajo, donde se dirimen asuntos laborales, y Chipre que tiene contemplado el arbitraje y la mediación entre otras materias para la solución extrajudicial de los créditos al consumo.

Por su parte, en la República Checa el arbitraje se desarrolla bajo el control de las partes, con arreglo a un acuerdo escrito por el que éstas deciden que el litigio se resolverá a través de una persona independiente designada por ellas. Este sujeto puede ser un árbitro independiente siempre que sea adulto capacitado y conocedor del Derecho o un órgano de arbitraje permanente, como son los *Rozhodčí soud při Hospodářské komoře ČR y la Agrární komoře* ČR (Tribunal de arbitraje de la Cámara de Comercio y la Cámara Agrícola).

La mediación en Alemania, tiene dos modalidades, una es ejercida por un órgano diferente del judicial, y la otra es una mediación jurisdiccional asumida por jueces y abogados. En ésta, la función del mediador le corresponde al órgano judicial según el artículo 278 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (ZPO), dónde se establece que los jueces en toda circunstancia y fase del procedimiento tienen que tener en cuenta la posibilidad de solucionar el litigio de mutuo acuerdo. Aquí observamos cómo la legislación germana ha introducido una ampliación en las funciones del juez que trabaja en la dirección de llegar a un acuerdo entre las partes. En el país galo también existen dos modos alternativos, la conciliación y la mediación, que son siempre facultativos. La mediación está regulada por los artículos 131-1 y siguientes del nuevo código de procedimiento civil francés, y se lleva a cabo bajo la supervisión del juez.

---

[5] Arbitraje y modalidades alternativas de solución de conflictos en Bélgica: un estudio de las instancias belgas de arbitraje y mediación y de los servicios de defensor del pueblo existentes en Bélgica. H. Verbist, B. De Vuyst, B. Brujas, *Die Keure*, 2002, pp. 536 ss.

[6] Алтернативните способи за разрешаване на спорове намират все по-широко приложение,а същественото им значение е изразено в разпоредбата на чл.140 ал.III Граждански процесуален кодекс / ГПК/,в сила от 01.03.2008 г.,обнародван в Държавен вестник / ДВ/ бр.59 от 20.07.2007 г.,изменен и допълнен, ДВ бр.50 от 30.05.2008 г.Същата предвижда възможност съдът, сезиран с граждански или търговски спор, преди разглеждане на делото в открито съдебно заседание, да напъти страните към медиация или друг способ за доброволно уреждане на спора. Traducción propia.

Por su parte, la conciliación se concreta a través de dos mecanismos, de un lado el intento previo de conciliación ante el tribunal de primera instancia y el órgano jurisdiccional local, y por otra la conciliación solicitada durante el proceso con el acuerdo de las partes. También una de las modalidades de Austria es la distinción entre los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos que están legalmente institucionalizados y los que existen de una forma no establecida por la ley. Entre los métodos de resolución de conflictos previstos por la ley se encuentran los «acuerdos pretorianos» *prätorischen Vergleiche* que se alcanzan con la participación y colaboración de los tribunales pero que no constituyen una resolución judicial[7]. Junto a los métodos establecidos por la ley existen, sobre todo en el ámbito de las cuestiones relacionadas con los consumidores, formas de resolución o de prevención de conflicto no recogidas en la normativa austriaca. Entre ellas se encuentran, entre otras, las comisiones de conciliación con participación de la Asociación de información de los consumidores, los servicios informales de reclamaciones de corporaciones de gremios y asociaciones profesionales y los comités de conciliación de las cámaras de comercio. Especial importancia tienen las oficinas de mediación locales[8], que son instituciones públicas que en el ámbito local buscan el acuerdo entre particulares por conflictos ocasionados por el impago de deudas, pretensiones sobre bienes muebles, disputas sobre lindes o títulos de propiedad y asuntos relacionados con el honor de las personas.

En los Países Bajos además de un amplio sistema de arbitraje al que se aplica tanto el Derecho nacional como el internacional, hay otras maneras en que pueden resolverse conflictos fuera de los tribunales. Las principales son el dictamen vinculante y la mediación. En ambas el Defensor del Pueblo tiene un gran protagonismo. Especialmente relevante es la mediación en el ámbito empresarial, donde se recurre a este medio para casi todos los conflictos que quedan fuera de la competencia de los tribunales penales. Desde el 2005 está en vigor un sistema por el que los tribunales y oficinas especializados que facilitan asesoramiento jurídico, *Juridische loketten,* pueden remitir a las partes a un mediador en asuntos administrativos y

[7] Según establece la Ley de enjuiciamiento civil austriaca (ZPO), el acuerdo pretoriano resuelve un conflicto concreto que se allana con la ayuda del tribunal, solicitada por una parte para que pueda llegarse a un arreglo amistoso con el asesoramiento y el concurso del juez.

[8] La creación de estas oficinas es competencia de los órganos legislativos de cada Estado federado (Land). Las oficinas están integradas por al menos tres personas elegidas por el pleno municipal. La oficina de mediación tiene que escuchar a ambas partes en un procedimiento oral y exento de impuestos. Si las partes no llegan a un acuerdo puede acudirse a los tribunales ordinarios. Este procedimiento no afecta a plazos de prescripción o de otro tipo, siendo que los acuerdos de las oficinas de mediación locales poseen la misma eficacia que los judiciales y son, por tanto, ejecutables.

civiles incluidos los conflictos familiares. Como dato diferenciador con el sistema español de mediación en los Países Bajos no hay ninguna obligación legal de confidencialidad en relación con la mediación. Esta debe incluirse en el contrato, que se suele firmar al principio de la mediación y que contiene una disposición a estos efectos. En este sentido el Instituto holandés de mediación *Nederlands Mediationinstituut* sostiene que el deber de confidencialidad acordado entre las partes constituye un acuerdo de prueba en el sentido que establece la ley. Los tribunales están vinculados por los acuerdos de pruebas si se aplican de buena fe y no son incompatibles con las disposiciones legales imperativas[9].

En Portugal, igual que en Alemania y Austria, los modos alternativos de resolución de conflictos son la conciliación, la mediación y el arbitraje. Respecto a la mediación, no se encuentra regulada por ley, sino que es objeto de disposiciones específicas pertenecientes a la normativa de los juzgados de paz *Julgados de Paz*[10]. En el país vecino se denomina arbitraje institucionalizado al modo de arbitraje voluntario que realizan las entidades habilitadas por el Ministerio de Justicia para desempeñar dicho cometido. Estas entidades llevan el nombre de Centros de arbitraje *Centros de Arbitragem*.

Con protagonismo para la iniciativa privada en Eslovenia, la mediación es practicada tanto por los órganos jurisdiccionales como por los organismos privados según el tipo de conflicto. Así, los órganos jurisdiccionales practican la mediación judicial en los asuntos civiles, mercantiles y de familia, mientras que los órganos de carácter privado practican la mediación entre vecinos, propietarios e inquilinos, conflictos escolares, laborales y de consumo. Por su parte, en Eslovaquia la mediación está regulada en la Ley de mediación nº 420/2004 estableciéndose que una vez firmado, el acuerdo de mediación se aplica a las partes y es obligatorio. Sobre la base del acuerdo surgido de la mediación, la parte legitimada puede solicitar la ejecución judicial de la decisión, siempre que el acuerdo se haya adoptado en forma de acto notarial y se haya sido considerado en un tribunal un acto de conciliación por un órgano de arbitraje.

En el entorno escandinavo, Finlandia y Suecia participan de un notable uso de los medios alternativos y pacíficos de solución de conflictos que juzgan un modo de agilizar el proceso, confiando en que las partes pueden encargarse de sus asuntos judiciales, sin necesidad de representante o abogado. Respecto al ordenamiento jurídico finlandés, en la solución de conflictos mediante procedimientos extrajudiciales se puede acudir a

[9] Respecto a los métodos de solución alternativa de conflictos, el Ministerio de Justicia viene aportando iniciativas sobre arbitraje y dictámenes vinculantes desde el año 2004.

[10] Órganos similares a los tribunales, cuya función es conocer de algunos asuntos en materia civil, de un importe no superior a 3.740,98 euros.

alguna de las siguientes modalidades: servicio de asesoramiento para la celebración de contratos y acuerdos necesarios que tengan por objeto la solución de controversias[11]; los típicos procedimientos de arbitraje y mediación, en los que los servicios de mediación buscan el acercamiento mutuo entre las partes interesadas y trabajan buscando el consenso; y además, procedimientos alternativos de solución de conflictos que implican la formulación de una recomendación referente al modo de solucionar el propio conflicto. Por su parte en Suecia, existen fórmulas de solución de controversias que son enteramente extrajudiciales junto a otras que detentando características extrajudiciales forman parte del procedimiento jurisdiccional. Así, en materias como la laboral, la referente a arrendamientos, derechos de autor y de familia. Como en España, la solución extrajudicial de conflictos representa en Suecia una alternativa al proceso judicial. Es decir, la decisión de un órgano extrajudicial no es recurrible y no representa un obstáculo procesal, por lo que puede interponerse una acción judicial ante un órgano jurisdiccional ordinario sobre el mismo asunto, tanto durante como después del procedimiento de mediación. Ambos, conciliación y mediación, están regulados por el Código de procedimiento judicial sueco[12].

Frente a casos anteriores, en Grecia los medios de resolución extrajudicial no son muy utilizados a pesar de estar expresados en los artículos 208 a 214 del Capítulo I del Código Civil que hacen referencia a la tentativa de conciliación que puede preceder a la acción judicial. En lo que se refiere a la resolución por vía extrajudicial se introdujo el apartado 1 del artículo 214-A del Código Civil que expresa que las demandas relacionadas con conflictos privados para los cuales, según el procedimiento ordinario, sea competente el Tribunal de Primera Instancia compuesto por varios jueces y en las que el derecho material contemple la conciliación, no podrán apreciarse si no se ha procedido a una tentativa de resolución por vía extrajudicial. Dentro de los medios de resolución pacífica de conflictos, el arbitraje es el más eficaz en Grecia, regulado en el Capítulo VII del Código Civil (artículos 867 a 903). En el mismo sentido se manifiesta la legislación italiana que prevé diversos tipos de resolución de conflictos que en líneas

[11] El servicio de asesoramiento está muy desarrollado en casos como la renegociación de deudas. Estos servicios están regulados legalmente en el caso del asesoramiento presupuestario o en materia de endeudamiento, mientras que otros los ofrecen de forma voluntaria a organizaciones sin ánimo de lucro.

[12] En el proceso, la citación del órgano jurisdiccional debe ir precedida por actuaciones preliminares orales o escritas con la finalidad de ver si existe posibilidades de conciliación. Es decir, el propio órgano jurisdiccional, cuando lo estima oportuno, propone la conciliación entre las partes que están bajo la dirección del presidente del tribunal. El procedimiento no es obligatorio ni debe ajustarse a unas reglas específicas. El juez que interviene en la conciliación garantiza la imparcialidad del proceso, que es gratuito.

generales pueden describirse como los acuerdos amistosos, conforme a lo dispuesto en el artículo 1965 de su Código civil[13].

Como hemos visto, el uso y la práctica de la mediación cobran diferentes rasgos y poseen diversas manifestaciones según los ordenamientos que la regulan y las sociedades, que confían más o menos en este instituto, debido a razones de diversa índole, social, cultural, económica. Dentro de esta complejidad, antes de pasar al examen pormenorizado de la legislación catalana, ponemos de manifiesto que no son sólo bondades las de este instituto que se presenta eficiente en cuanto se manifiesta capaz para lograr el fin de la Democracia y el Estado de Derecho. En relación con los derechos fundamentales, como veremos más adelante, debe contemplarse con cautela. No en todos los casos una solución conciliatoria de la controversia es lo adecuado, ni la utilización de la mediación es más ventajosa que el proceso. Ciertamente, como veremos a continuación, parece que los conflictos familiares y los que se desaten en sectores en los que el diálogo nunca debe romperse, se abordan mejor con técnicas de mediación que con procedimientos judiciales. En el caso de relaciones comerciales, normalmente los beneficios de las técnicas de solución pacífica de conflictos, en lo que se refiere a confidencialidad y la posibilidad de elección de los árbitros, compensan los costes que representa este instrumento, pero no en vano los derechos fundamentales son imprescriptibles, inderogables e irrenunciables.

II. EL REFERENTE NORMATIVO COMO EXPRESIÓN DE UNA POLÍTICA LEGISLATIVA

La tradición y la actualidad del tratamiento de la mediación en Cataluña permiten hablar de su consolidación. En primer lugar, para entender una coherencia en el propio Derecho de esta Comunidad Autónoma del Estado Español, se debe destacar la Ley 15/2009 que constituye el objeto

[13] Por su parte, los artículos 183, 320 y 322 del Código de Enjuiciamiento Civil regulan la mediación y la entienden como el procedimiento que surge cuando las partes recurren a un tercero independiente para resolver su conflicto y para alcanzar un acuerdo. En Italia encontramos formas de conciliación no contenciosas como la que se desarrolla en los Consejos de conciliación y arbitraje de Telecom Italia y el *Ombudsman* bancario. Junto a esta peculiares instituciones destacan la Ley nº 108, de 11 de mayo de 1990, que prevé la conciliación extrajudicial en conflictos de Derecho del trabajo (sindical o administrativo) como condición para entablar una acción judicial en asuntos que entrañan despido; la Ley nº 580, de 29 de diciembre de 1993, relativa a la creación de comisiones de arbitraje y conciliación en las Cámaras de Comercio; la Ley nº 192, de 18 de junio de 1998, en materia de conciliación y arbitraje en conflictos de subcontratación de actividades productivas y la Ley nº 320, de 2 de marzo de 1963, que prevé un intento obligatorio de conciliación antes de emprender actuaciones judiciales en materias agrícolas.

central del presente estudio si bien, en torno a la misma, también se hace necesario referir otras normas como es la propia Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña que es antecedente inmediato de la citada.

La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional[14] que se ha pronunciado sobre la legalidad parcial del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante EAC) se ocupa de numerosos aspectos que tienen relación con la temática que se aborda y, en particular, se ha manifestado en lo concerniente a la ordenación de los servicios relativos a la justicia y orientación jurídica gratuita, legitimando el texto del art. 106.2 EAC, por interpretar el Alto Tribunal que no se incluyen necesariamente entre *"los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos"* aquellos que, como el arbitraje, comportan un equivalente jurisdiccional o constituyen un presupuesto procesal para el ejercicio de la jurisdicción. En consecuencia, se desestima la impugnación del art. 106 EAC y se estima la constitucionalidad y ajuste a los arts. 149.1.5 y 6 CE del pronunciamiento relativo a poder *"establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia"*.

Precisamente para esa organización del servicio se regula y se crea, como expresión también de ese conjunto de normas que permite encuadrar, concordar y desarrollar la Ley 15/2009, el Centre de Mediació de Dret Privat de Catalunya que se integra en el organigrama de la Administración Autonómica de Cataluña[15] y entre cuyas funciones sobresale la primera de fomentar y difundir la mediación[16].

Esta organización administrativa, a nivel autonómico, es la que permite y explica, a nivel estatal, el tenor que se incluye en la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio que, en su Disposición final primera reconoce la validez y eficacia del acuerdo alcanzado en el procedimiento de mediación familiar; como también, en la Disposición final tercera,

---

[14] Sentencia recaída en el recurso de inconstitucionalidad nº 8045-2006, interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra diversos preceptos de la Ley 6/2006 de 19 de julio de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (texto íntegro en www.tribunalconstitucional.es).

[15] Decret 42172006 de 28 de noviembre, de creació, denominació i determinació de l´ambit de competència dels departaments de l´Administració de la Generalitat de Catalunya y Decret 423/2006 de 28 de noviembre, pel qual es nomenen els consellers y conselleres dels departaments de la Generalitat de Catalunya (DOGC Nº 4771).

[16] www10 gencat.cat -Organismes Generalitat de Catalunya- consultada el 19 de julio de 2010.

recoge la previsión de una ley sobre mediación[17] basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea y, en todo caso, en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas. Por lo que se concluye, entre otras cosas, que la referencia a la mediación a nivel nacional se explica a partir del impulso que la materia recibe desde las Autonomías, sobre todo a partir de esta pionera actividad desplegada en el ámbito legislativo, judicial y administrativo de Cataluña. Además de entenderse que esa inquietud por la mediación que emerge en las autonomías no surge *ex novo* sino desde el referente europeo[18].

Abundando en los antecedentes normativos también hay que subrayar la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (hoy reformada por la Ley de 14 de julio de 2010) que solucionaba en su art. 79.2 el supuesto de falta de convenio regulador, disponiendo que siempre que la autoridad judicial considerase que todavía cabía el acuerdo podía remitir a las partes a una persona o entidad mediadora con la finalidad de que superasen sus diferencias.

El impulso dado por el Derecho Autonómico es correlativo, según se constata con la producción normativa, a la falta de cumplimiento del compromiso adquirido para que el Gobierno central remitiera un proyecto de ley de mediación a las Cortes. Y, en particular, el Derecho Catalán sigue representando y ocupando ese primer plano en la apuesta por la ordenación de la mediación. Por ello, a la novedad de la Ley 15/2009, sobre la que se centra este estudio, se suma para una mayor eficacia, la Resolución 196/2010, de 28 de enero, de implantación del Programa piloto de mediación en ámbitos del derecho civil distintos del derecho de familia. Instrumento éste, el dado por la Resolución, que atiende a aquella pretensión legal de sobresalir del ámbito familiar, que ya estaba suficientemente desarrollado, para extenderse a todo el Derecho privado.

Y si antes se ha citado la ley que aprueba el nuevo Libro Segundo del *Codi Civil de Catalunya*[19], de la misma se debe destacar, desde luego su novedad, según su reciente factura, pero también procede subrayar la

---

[17] En la página del Ministerio de Justicia se encuentra anunciado como novedad relevante el Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. www.mju.es. BOCG de 29 de abril de 2011.

[18] Según se recoge en la Exposición de Motivos de este Anteproyecto de Ley de Mediación, *"La Ley incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/C del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de marzo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles"* y pretende ampliar el ámbito de aplicación porque busca conformar *"un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España",* y pretende tener, según continua el tenor de esta EM *"un régimen jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles"*.

[19] www.parlament.cat -consultada el 20 de julio de 2010-.

continuidad en la labor legislativa comprometida con ese tratamiento del Derecho de Familia en el que directamente o de forma solo mediata[20] se ha mantenido la referencia a la mediación como herramienta de pacificación y garantía de la estabilidad familiar.

Si bien, en estas líneas introductorias, conviene advertir que se ha de estar y pasar por un panorama político tenso en el que, lamentablemente, una materia tan necesitada de consenso no goza en estas primicias legislativas del respaldo deseable[21]. Se debe reflexionar entonces sobre si las novedades legislativas otorgan felizmente herramientas de pacificación al conflicto y al tiempo, en ciertos aspectos, crean más focos de conflictos.

Efectivamente, a raíz de las modernas previsiones normativas, se mantiene en la actualidad un debate sobre, por ejemplo, la preferencia de dos soluciones: la custodia compartida y la capacidad natural. Así, 1° Según esta solución de considerar preferente la custodia compartida, aunque idealmente se evita la tensión entre el *cónyuge custodio* y el *cónyuge visitante*, en la práctica se provoca una relación entre personas que se han separado y con ello se pueden mantener y forzar unos encuentros conflictivos. Y 2° De igual modo procede reflexionar sobre las novedades legislativas por las que se impone la segunda solución de dar preferencia a la capacidad natural y, así, dotar de mayor autonomía al menor: la apuesta por la capacidad natural (sobre la regla de la capacidad de obrar) generalizando la *doctrina del menor maduro*.

En relación con esta política legislativa favorable a la autonomía del menor, se aprecia cómo se concreta esta tendencia (desde esta novedad legislativa del pasado 14 de julio de 2010) en la necesidad de atender el derecho de información a toda costa y a pesar de una falta de madurez en el titular de ese derecho. Así, cuando se dispone, entre los contenidos de esa información, el conocimiento por el menor de su condición de adoptado, lo cual se puede traducir en un caso de yatrogenia o información excesiva y desestabilizadora.

Y si esta es la solución legal en Cataluña, desde la reciente aprobación del nuevo Código de Familia, también se encuentran soluciones legales en el Derecho Común que son consecuencia de esta doctrina de la autonomía del menor[22] y que, en cuanto constituye la preeminencia de la persona,

---

[20] Así, cuando la Ley de Apoyo a las Familias de Cataluña, Ley 18/2003 (LCAT 2003/538) se ocupa de las medidas destinadas a las familias con personas en riesgo de exclusión social, establece el compromiso de las administraciones públicas catalanas para orientar, prevenir, apoyar para resolver la problemática…

[21] La llei ha estat aprovada per 69 vots a favor i 64 en contra, según Acta de sesiones.

[22] Así se vino a relativizar la patria potestad a favor de la paridad, según la reforma dada por la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, modificando el art. 154 CC, por lo que se puede establecer un marco de negociación entre iguales en el tratamiento

merecen el mejor juicio; pero no se puede escapar a la discusión abierta en la sociedad sobre el reconocimiento de una menor para decidir sobre la interrupción de su embarazo[23] lo que, además del debate sobre el derecho a la vida, asoma a otros debates si se trasciende la realidad individual de la mujer encinta: efectivamente, situada en su realidad de pareja, el debate se agrava al prevalecer, desde una ideología de género, un protagonismo exclusivo de la mujer (a costa de un principio de igualdad); y si se sitúa en su realidad familiar, esta solución legal es un foco más de conflicto familiar desde que, en un tema tan importante, se suprime la reflexión conjunta, ya que la menor puede decidir por encima o apartada del criterio de sus padres, lo cual, además de quebrantar los derechos de los abuelos (que desde la Ley 42/2003 se van consolidando), es punto de fricción y separación entre familiares, es punto de un mayor conflicto.

En suma, lo que se ha de entender es que, de suyo, la familia no es una realidad fundamentalmente conflictiva sino, antes al contrario, fundamentalmente positiva como sede de socialización del individuo, de desarrollo de la personalidad, de preservación de la dignidad y proyección o realización de la persona; si bien, además de un conflicto natural (por ejemplo de tensión generacional) se puede constatar un mayor nivel de conflicto que, por coherencia con la inquietud constitucional de preservar esta realidad familiar, demanda unas herramientas de eficaz y justa pacificación. Aunque, en este punto, si toca advertir contra ciertas soluciones legales que pueden estar alimentando situaciones de crisis familiares y que, de no haberse positivizado o haberlo hecho con contenidos más afortunados, antes que tener que hablar de pacificar el conflicto podían haberlo evitado de raíz.

III. UNA LEY OPORTUNA PERO LIMITADA E INESTABLE SEGÚN EL MARCO CONSTITUCIONAL

Es un ejercicio de responsabilidad de la actividad parlamentaria contribuir en la conformación del Ordenamiento Jurídico con novedades legislativas necesarias para regular una materia emergente como es la Mediación. Así, en el caso de la Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado[24], no se puede sino valorar positivamente esta

---

de cuestiones que estaban reservadas a la decisión del titular de la patria potestad que se legitimaba desde su madurez y la vinculación de su poder a la satisfacción del interés del menor.

[23] LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo.

[24] DOGC nº 5432-30/7/2009.

contribución: se trata de un compromiso con la tarea normativa, con la renovación y con la construcción del Derecho[25]; una iniciativa, en esta ocasión, proveniente de un Parlamento territorial que ejerce la *potestas normandi* con la ventaja añadida, en este supuesto de las Cortes de Cataluña, que le otorga el art. 149.1.8 de la Constitución Española de crear un Derecho Autonómico como continuación y desarrollo de un Derecho Foral[26].

Representa también esta norma una muestra de la inquietud innovadora de la que hace gala el legislador autonómico en el Preámbulo de la nueva Ley. No en vano, además de un importante *corpus* de Derecho catalán, en materia de mediación ya irrumpió el Parlamento de Cataluña en el panorama nacional con una temprana ley de 2001 que incluso fue pionera a nivel supranacional, pues solo Francia contaba entonces con una ley similar[27].

Ahora bien, esta valoración positiva de la tarea misma de legislar y de hacerlo sobre temas de necesaria regulación, como es la materia jurídica de la mediación (ya que carece de suficiente tradición jurídica –normativa, desde luego- y porque, sin embargo, la demanda social es importante) no se desmerece con la nota negativa de legislar con cierta provisionalidad. Efectivamente, la norma que ahora se analiza nace con una eficacia limitada en el tiempo, pendiente de la aparición de la ley general de mediación; por lo que la Ley 15/2009 se explicaría más en su oportunidad que en su vocación de estabilidad y permanencia, cuando éste en principio tendría

---

[25] Otras Comunidades Autónomas no presentan ese dinamismo ya que, a pesar de sus propios compromisos, no han llegado a publicar su propia ley de mediación familiar. Tal es el caso de la Región de Murcia que, en esta fecha de 2009, ha dejado caducar el propósito de articular la mediación familiar que incluía su Plan Integral de Medidas de Apoyo a la Familia.

Si bien, antes de confirmar este dato como un argumento crítico hay que tener en cuenta la diferente capacidad legislativa que por tradición y por derecho positivo tienen las distintas CCAA (por ejemplo Murcia y Cataluña, como territorios, respectivamente, de Derecho Común y de Derecho Foral y, por ende, con capacidad para inaugurar en un caso y reabrir en otro sus Parlamentos, con el reconocimiento solo en el segundo caso de unos derechos históricos). Como también, un argumento para entender la falta de innovación en la materia de mediación se puede dar por razones que se van a verter en este estudio, al sugerir que se puede abordar la reflexión sobre una posible innecesariedad de crear diecisiete leyes autonómicas de mediación que, quizá, por su materia misma, la familiar, y, además, por las materias que han de concurrir para su completa regulación –régimen de colegiación, contratación de servicios, registros públicos… –, aconsejarían tan solo una ley general.

[26] *"El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8ª legislación civil; sin perjuicio de la modificación, conservación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan"* (art. 149 CE).

[27] Cuando se publicó la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, tal como se resalta en el Preámbulo de la nueva Ley 15/2009, en Europa únicamente Francia tenía una legislación específica y, desde luego en España, la ley catalana fue pionera.

que ser el carácter natural.

No se deslegitima, entonces, la iniciativa parlamentaria catalana ya que es una opción válida la de dotar una herramienta positiva para su tiempo, generalizando la mediación tal como exige el Derecho Europeo[28] y derogando una norma que se entiende superada, por lo que se renueva temporal pero coherentemente el Derecho catalán[29]; y, sobre todo, se renueva en la dirección acertada, aunque la progresión sea pequeña. Así, ya de entrada, se garantiza que, según el título mismo de la nueva Ley, se amplía la aplicación de la mediación al terreno familiar y a un mayor número de posibles conflictos entre parientes, cónyuges y allegados; como también se desborda ese ámbito familiar para acotar como objeto de la mediación otras esferas de derecho privado (esfera de desenvolvimiento de las comunidades de propietarios y de la vida asociativa y fundacional), anunciando que la relación efectuada es provisional puesto que la tendencia es aumentar el campo de actuación de la mediación.

Desde luego, en lo relativo a la mediación familiar, se celebra la acertada política legislativa que la impulsa, puesto que así se actúa conforme a valores y criterios constitucionales, es decir protegiendo la institución familiar, como manda el art. 39 CE; apostando por pacificar la conflictividad desde un ámbito de libertad de las personas (ex art. 17 coherente expresión del principio de autonomía privada que es informador del Ordenamiento Jurídico en general –incluso reconocido principio de valor constitucional en época anterior a la Constitución misma[30]-) y dispensando la tutela efectiva (que se ha de garantizar según el cuadro de derechos fundamentales relacionado en la Carta Magna, aunque reinterpretando el art. 24 para entender la tutela judicial como recurso necesario que garantiza el Estado después de la primer regla que es la natural y extrajudicial tutela efectiva); además de buscar esa pacificación guardando la debida privacidad familiar (según el art. 18 CE).

Y, en lo relativo a la mediación en general, todo impulso es loable puesto que son muchas y notorias sus bondades. Este instrumento

---

[28] Desde la Recomendación de 21 de enero de 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, por la que se insta a los Estados miembros a instituir y promover la mediación, hasta la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 21 de mayo de 2008.

[29] Se cumple también el mandato de desarrollar el nuevo Código de Familia de Cataluña, igual que en su día la Ley de 2001 respondió al compromiso del legislador adquirido en la Disposición final tercera de la Ley 9/1998 de 15 de julio, del Código de familia.

[30] Por ese motivo algunos preceptos como el que positiviza el Principio de Autonomía de la Voluntad y libertad de pacto, art. 1255 CC, han permitido hablar del valor constitucional del Derecho Civil. Y, en este sentido de proclamar el Principio, más allá de la sola autonomía contractual, el art. 111-6 de la Ley 39/2002 de 30 de diciembre, Primera Ley de Código civil de Cataluña.

significa la confirmación de la autonomía (frente a la heteronomía) y de la justicia satisfactiva (frente a la justicia impuesta), negociada (frente a la reglada), privada (frente a la pública), espiritualista (frente a la formalista), voluntaria (frente a la necesaria), inmediata (frente a la mediata o de tercero), y participada (frente a la predispuesta).

En la actualidad, ya no se habla solo de una solución extrajudicial de conflictos (propia del movimiento *ADR*[31] *-Movimiento Alternative Dispute Resolution-*) sino de una solución útil también para el ámbito judicial. Así, en el Preámbulo de la Ley se afirma expresamente que *"Las relaciones dinámicas entre la mediación y el proceso judicial son el núcleo esencial de la directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles"*[32]. Algo que enlaza doblemente con la tradición de Cataluña: la tradición más remota, que proclama el legislador reconociendo que aquella primera Ley del año 2001 ya era la lógica expresión de una tradición; y la tradición más próxima, que explica la adscripción del Servicio de Mediación a la Consejería de Justicia[33], en lugar de su inclusión en el Departamento de Asuntos Sociales (solución ésta que se comparte ya que supone la opción más propia frente a la consideración de la Mediación como materia subsumida en la beneficencia[34]).

Ahora bien, en este punto, habría que abrir el paréntesis necesario para advertir contra un *paternalismo* excesivo ya que, si la inspiración y la legitimidad de la mediación es la voluntariedad, no puede desembocarse en su imposición basándose en la convicción de que es conveniente su

---

[31] Movimiento ADR, que primeramente impulsó el arbitraje –Recomendación 12/1986 del Comité de Ministros del Consejo de Europa- y que ha evolucionado a favor de la mediación, siendo precursor de la iniciativa de la Comisión de la Comunidad Europea que, a solicitud del Consejo, el 19 de abril del año 2002 (COM 2002) 196 presentó el Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, refiriendo la mediación y los principios que deben informarla.

[32] En otros puntos del mismo Preámbulo se repite ese interés de servir a la Administración de Justicia introduciendo la mediación en la sede judicial. Se habla de que *"en esta segunda fase de implantación de la mediación…"* se ha de buscar la especialización de los profesionales *"en colaboración con el sistema jurisdiccional"*. Para más adelante, también en el Preámbulo, insistir en la necesidad de potenciar la especialización *"y los mecanismos de conexión y de cooperación con los tribunales"*.

[33] En otras Comunidades Autónomas se ha adscrito el servicio de mediación a la Consejería de Familia o de Servicios Sociales, lo que ahora mandaría ser revisado al confirmarse que la herramienta de la mediación debe sobresalir del ámbito familiar y buscar la efectividad de la mediación en el ámbito de la Administración de Justicia. Con el argumento añadido de la oportunidad de abandonar el marco de los servicios sociales para evitar caer en una construcción de la mediación desde el principio de la beneficencia, cuando debe de preocupar más la profesionalización de la actividad.

[34] Así fue razonado por F. de la Torre Olid, "Notas para una ley de mediación familiar de la Región de Murcia", *Actualidad Civil*, nº 1/2008.

generalización. Concretamente, el Preámbulo de la Ley anuncia que se va a establecer la obligación de asistir a una sesión informativa que acuerde el órgano jurisdiccional competente. Medida ésta que, a pesar de razonarse por los numerosos beneficios que reporta la mediación, no deja de ser un imperativo propio de una política proteccionista basada en entender que la solución más ventajosa para el ciudadano la aporta el Estado. Con esa iniciativa normativa se estaría no sólo contradiciendo la voluntariedad que preside la mediación, sino que además se instauran unos pasos procedimentales en detrimento de actuaciones negociales o precontractuales. Mantener esta regla de la comparecencia obligatoria (para recibir la orientación sobre la conveniencia de acogerse a la mediación) es una quiebra del voluntarismo y una expresión del paternalismo que difumina el protagonismo de las partes a favor del papel central que cobraría el Juez[35].

Por todo ello la sistematización del presente estudio, según se continúa, exige que, después de entender la oportunidad de la iniciativa del Parlamente de Cataluña, se abra una crítica que parta de un análisis más exhaustivo del contenido de la norma.

IV. ASPECTOS MANIFIESTAMENTE MEJORABLES DE LA NORMA

La conveniente reforma de la normativa relativa a la mediación en Cataluña, incluso la justificación suficiente que se tiene de su temporalidad, no explica otras carencias que en la misma se pueden constatar y poner de manifiesto. Efectivamente, explicada su provisionalidad, su eficacia limitada en el tiempo y en el espacio, pendiente no de una sino de varias reformas legales generales (ley de mediación, ley de liberalización de los servicios profesionales, ley de colegios profesionales), además de estar a resultas también de la entrada en vigor, después de una generosa *vacatio*, de la ley de acceso a la profesión de abogado; y de estar expectantes, de igual modo, de la consolidación de un nuevo espacio consecuencia del *acuerdo de Bolonia*; sin embargo, se ha entendido la oportunidad de esta norma por considerar que se trata de la respuesta necesaria a una demanda social, ya que sirve a la justicia y se adelanta a su tiempo al

[35] Una referencia en la superación del paternalismo que se critica se encuentra en la doctrina del consentimiento informado en el ámbito sanitario (ya con la Ley General de Sanidad y definitivamente con la Ley de Autonomía del Paciente -Ley 41/2002-). Lo que se ha razonado es, precisamente, que el protagonismo del paciente y el respeto a su dignidad pasa por colocar a éste en una posición de decidir lo que le conviene, no de ser informado sobre lo que le conviene según un tercero.

ampliar el objeto de la mediación, articulando y garantizando este servicio e incardinándolo en el ámbito judicial.

La crítica a esta iniciativa legislativa catalana se puede sistematizar en torno a tres cuestiones relevantes: 1° Riesgos en relación con los derechos fundamentales, 2° El acceso a la profesión de mediador, 3° El ejercicio de la profesión en la particular relación entre el mediador y las personas en conflicto, y 4° El control y responsabilidad derivada del trabajo profesional, depurando una *lex artis* propia de la cualificación.

1. Aproximación a los riesgos de la mediación en relación con los derechos fundamentales

Un examen detenido de los riesgos de la mediación en relación con los derechos fundamentales excede de los parámetros del presente artículo, por lo que presentamos a continuación una aproximación a su posible contenido, dejando al lector un espacio de reflexión sobre los apuntes que aquí se vierten.

Los riesgos a los que nos referimos hacen referencia principalmente a dificultades, de tal forma que con una adecuada técnica jurídica podrían solventarse. Acechan sobre su contenido esencial, garantías y protección. En materia de derechos fundamentales, con la mediación se corre el riesgo de dar un paso hacia adelante que suponga la caída al abismo.

En términos de derechos fundamentales, podría decirse que la mediación es una alternativa válida a la tutela jurisdiccional únicamente si puede ofrecer una protección de los derechos equivalente a la procesal, ello por las siguientes razones. Ha de tenerse en cuenta que la mediación no sirve para tutelar derechos sino para alcanzar un acuerdo entre las partes de intereses que no se califican jurídicamente. Es decir, que un resultado positivo que surge de una mediación se fundamenta en el hecho de que las partes acuerdan, por lo que normalmente no se cubre toda la pretensión del titular de un derecho, sino que uno y/o el otro ceden parte de dicha pretensión, por lo que en el acuerdo se renuncia a la reivindicación integra del propio derecho[36].

Dicho de otra forma, no se garantiza el derecho, sino que se obtiene un acuerdo sobre el uso que las partes deciden hacer del derecho, arbitrando soluciones de acuerdo con las circunstancias y posiciones de los titulares del derecho. Este planteamiento en materia de derechos fundamentales representa una duda radical sobre la aptitud de la mediación como técnica alternativa a la tutela jurisdiccional. Ciertamente, se trata de un método

[36] La doctrina teórica en el caso de la mediación considera que el derecho tiene que *"situarse y permanecer del otro lado de la puerta",* sin interferir de ninguna manera en la mediación.

eficaz para lograr soluciones al conflicto, pero debe reconocerse que aún con resultados positivos y aceptados por las partes, la mediación no tutela de forma efectiva los derechos implicados en el proceso mediatorio.

Ahondando en la duda anterior, surgen nuevas cuestiones que tienen que ver con aspectos básicos de los derechos fundamentales como la relación de poder entre los sujetos. La mediación no asegura posible desigualdad entre las partes del conflicto. Planteándose la solución al problema como finalidad puede que no se atienda al derecho de la parte más débil, lo que sería injusto, razón por la cual los derechos son indisponibles. La profesionalidad del mediador en este caso es capital, pues se enfrenta a una situación en la que las partes están disponiendo de sus derechos y ha de actuar como la instancia judicial que tutela el derecho en sí mismo.

En materia de derechos fundamentales parece que lo más adecuado es la utilización de la mediación dentro del contexto del proceso judicial, de forma que termine con su reconocimiento en una sentencia. De esta forma, se consigue la eficacia y eficiencia en la resolución de conflictos, se favorece la celeridad y las pretensiones y la voluntad de las partes están sujetas a la Ley y al Derecho al estar supervisadas y corroboradas por la instancia judicial.

2. En relación al acceso a la profesión

Vinculado a lo anterior donde se ponía de manifiesto la importante, capital labor del mediador se puede destacar que la Ley que estamos examinando menciona insistentemente el requisito de la colegiación para acceder al ejercicio de la profesión de mediador; sin embargo, antes de esa colegiación o por encima de la misma, lo realmente interesante es la adquisición de la formación técnica adecuada que no es tratada en esta normativa con el rigor preciso.

Efectivamente, el papel de los colegios profesionales está avalado por la propia Constitución (cfr. art. 36 CE), aunque su tarea necesaria en la ordenación de ciertas profesiones no va a seguir contando, tras las últimas modificaciones legales habidas, con el mismo respaldo, ya que antes que un interés corporativo se va a optar ahora por el interés del usuario del servicio. Más concretamente, el debate se encuentra abierto en lo que respecta a la colegiación necesaria[37] e incluso, en otros extremos se ha

[37] "Uno de los caballos de batalla de la reforma consistía en la potencial abolición de la colegiación obligatoria. La Comisión Nacional de la Competencia puso de manifiesto los riesgos anticompetitivos de dicha obligatoriedad y, en consecuencia, se mostró favorable a limitarla a los supuestos en que fuera necesario para garantizar la calidad de los servicios profesionales en interés de los consumidores, y no de los propios profesionales". D. Vazquez Albert, "Liberalización de servicios profesionales y Ley Ómnibus". *Diario La Ley* nº 7280, 10

tenido que asumir cierta pérdida de funciones como la relativa a la fijación de honorarios, incluso los meramente orientativos que tradicionalmente establecen los Colegios.

Para solucionar el debate antes mencionado se ha de estar a la aprobación de la próxima ley de colegios profesionales, que a su vez debe partir de la modificación de la Ley sobre Colegios Profesionales dada por la llamada *ley omnibus*[38] de liberalización de los servicios profesionales. Desde luego, esta reciente norma viene a eliminar la fijación de honorarios, a favor de la libre competencia, por lo que sorprende la insistencia de la Ley 15/2009 en la próxima fijación reglamentaria de tarifas algunas. Y, si el Colegio va a perder la competencia en lo relativo a los honorarios y tampoco la va a tener en el ejercicio del control disciplinario (asumiendo además que nunca la ha tenido en el registro de mediadores ni en otros aspectos que la legislación en la materia de mediación ya ha atribuido a la Administración -como el turno de oficio y la asistencia gratuita-), pocos o ningún argumento van quedando para que esta profesión se consolide como actividad colegiada.

Antes de llegar a la colegiación, necesaria en principio –a salvo el decurso que tenga la crítica anterior-, el mediador tendría que adquirir la formación suficiente, especializada y avanzada, lo que sí es una necesidad que, a pesar de la poca atención que al legislador le ha merecido, parece fundamental. Y para aclarar esta formación necesaria ha de estarse ya a la nueva ordenación de los estudios universitarios, en particular, a los conducentes a esa cualificación profesional. Aunque se puede seguir manteniendo una distinta procedencia dentro de un grupo de titulaciones coincidentes en la formación básica y luego exigir una *formación especializada* común. Incluso se podría admitir que esa distinta procedencia, en lo relativo a la *formación básica*, no impida una plural especialización y que, desde la misma, se permita la posibilidad de que un mediador pueda desplegar, junto con la tarea de mediación, otras actividades profesionales no incompatibles (como, por ejemplo, la de abogado) según el espíritu y la letra de la nueva ordenación y liberalización de los servicios profesionales.

Inmersos en el nuevo Espacio Europeo de Educación Superior (EEES)

---

de noviembre de 2009.

[38] El desarrollo de la Ley 17/2009 de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, dado por Ley 29/2009, introduce en su art. 5 la modificación de la Ley 2/1974 de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales confirmando, a favor de la liberalización de servicios, medidas concretas que van desde la prohibición de restringir el ejercicio profesional en forma societaria, la fijación de cuotas en función de costes, la facilitación de la colegiación por vía telemática, la "colegiación única", el ejercicio profesional asociado de carácter interdisciplinar, y el favorecimiento del ejercicio profesional transfronterizo.

y en la nueva ordenación de los estudios universitarios, el *Plan de Bolonia* ha venido a implantar una formación básica y generalista a la que necesariamente ha de seguir, para alcanzar el nivel de especialización deseado, la realización de un postgrado. Esto es así, ya que no basta hoy con hablar de titulados de modo general, sino que se ha de estar a esta nueva contemplación de los grados universitarios y estudios de master para conseguir la formación avanzada y especializada.

Siguiendo los dictados del RD 1393/2007[39] se tiene que establecer un postgrado para formarse en materia de mediación, programando el master que le sirva al graduado para conseguir la cualificación necesaria. Las enseñanzas de Máster (dice el art. 10 de este Real Decreto) tienen como finalidad la adquisición por el estudiante de una formación avanzada, de carácter especializado y para el diseño de su programación habrá que estar a los requisitos de los arts. 15 y ss. del mismo texto (verificación, número de créditos mínimo, formación teórica y práctica, etc.). Según todo ello no parece oportuno insistir, como se hace en la comentada Ley 15/2009, en una formación especializada según hasta ahora se ha venido adquiriendo, habrá que estar a este nuevo escenario que se consolida definitivamente en el año 2010. Y, si estas son las exigencias académicas, en el mismo sentido tienen que fijarse las condiciones para la profesión, tal como ya se hace en la Ley de Acceso al fijar en su articulado unos complementos formativos de rango académico[40] por lo que es cierto que, a partir de octubre de 2010, el Graduado en Derecho antes de poder ejercer la profesión liberal va a tener que completar sus estudios universitarios y adquirir unas competencias específicas con el postgrado correspondiente.

3. En relación al ejercicio profesional

No se justifica la ley cuando aporta un concepto de mediación que destaca fundamentalmente el cauce formal de desarrollo; es decir que define la mediación como un procedimiento, en lugar de ensalzar la

[39] RD 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales. Según su art. 8 *"Las enseñanzas universitarias conducentes a la obtención de títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional se estructurarán en tres ciclos, denominados respectivamente: Grado, Máster y Doctorado, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de noviembre, de Universidades, en su nueva redacción dada por la Ley Orgánica 4/2007".*
Texto normativo que se ha de considerar oportunamente actualizado según la modificación introducida por RD 861/2010 de 2 de julio, sobre todo en lo relativo a la posibilidad de las Universidades para, mediante convenio, ofertar enseñanzas conjuntas y el acceso a los estudios de Masteres.

[40] Cfr. art. 4 de la Ley 34/2006, de Acceso a la profesión de abogado y procurador, de 30 de octubre de 2006.

contratación que es la verdadera respuesta a la fuerza de la voluntad negocial, constituyente y ordenadora de la gestión del conflicto que, con el apoyo del mediador, las personas en conflicto realizan para su solución.

Efectivamente, el art. 1 de la Ley 15/2009 establece el siguiente concepto de mediación: *"…el procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que las afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral".*

Esta concepción de la mediación que recoge la Ley 15/2009 entendiéndola como procedimiento, da un carácter esencialmente reglado que no es congruente con la proclamación del principio de voluntariedad que a continuación la misma Ley define; como tampoco es coherente con la idea básica que inspira y justifica la mediación como es la autogestión de los conflictos propios. Porque parte de un procedimiento puede entenderse el momento de la designación del mediador desde la consulta del registro correspondiente, pero lo relevante jurídicamente en este acto es la designación voluntaria y, como acto previo y posibilitador del mismo, es el acuerdo de las personas en conflicto para sujetarse a la mediación[41].

No se trata de ser puristas en el debate de la naturaleza jurídica del acto sino que la solución que se dé a la opción entre procedimiento o contrato, lleva como consecuencias el entender fases del procedimiento el levantamiento de un acta o la fijación de un plazo de ejecución, cuando todo ello puede entenderse mejor como requisitos formales *ad probationem* y como contenidos contractuales normativos.

Por todo ello se puede proponer la redefinición de la mediación como un contrato, fijando más propiamente la naturaleza del acto jurídico de carácter negocial que recoge esa *autogestión asistida*. Y ello sin perjuicio de entender la contratación en un proceso más amplio y complejo que puede considerarse, en sus pasos reglados, de carácter procedimental, pero sin que por ello pierda la virtualidad y fuerza de la prestación de servicios por medio de la contratación correspondiente, en un escenario, también constitucionalmente preferido, de libre mercado (cfr. art. 38 CE).

En los aspectos más sustantivos este ejercicio profesional también tiene que sujetarse a un código ético que cobra particular relevancia desde que el mediador debe su tarea a la pacificación de un conflicto entre personas ligadas por lazos de vecindad, convivencia e incluso parentesco (en el supuesto particular de la mediación familiar). A propósito de ello se

[41] Situar el contrato en el punto central de la materia motivó el trabajo siguiente: F. de la Torre Olid, "El contrato de mediación familiar. Aspectos relevantes desde su positivización por la Ley Balear 18/2006", *Diario La Ley,* nº 6765, 27 de julio de 2007.

valora positivamente que el Derecho de Cataluña, en el Reglamento de desarrollo de la Ley Catalana de Mediación Familiar (Decreto 139/2002 de 14 de mayo), haya dedicado a este referente deontológico unos preceptos. Se trata de sujetar el ejercicio profesional a la autonomía de la voluntad de las partes, a los principios de imparcialidad, credibilidad, competencia, confidencialidad y diligencia; así como velar por una actuación que se desarrolla a partir del nombramiento y con la responsabilidad de impulsar la negociación según sus reglas, asegurando el suministro de la información para una actuación responsable de las partes[42].

4. En relación a la responsabilidad profesional

La depuración de la responsabilidad derivada del ejercicio de la tarea de mediación no se justifica suficientemente en la ley, que no viene a dar soluciones en temas relevantes; cuanto más cuando son materias que no solo no están preteridas sino que están tratadas en el propio texto, como es el papel de los colegios profesionales (en la disciplina que se viene a asignar a la Administración), o la coordinación de los colegios (para establecer iguales requisitos de acceso y ordenación de la profesión). Lo que ocurre es que no hay una regulación suficiente, cuanto más cuando esa regulación debe corresponderse con un nuevo marco legal que afecta.

La falta de consideración suficiente de la particular relación jurídica entre el profesional y sus clientes impide ordenar la actividad profesional en cuanto a su grado de diligencia exigible y de garantías de los derechos de los usuarios del servicio[43], siendo de nuevo el texto constitucional (cfr. art. 51 CE) el que fundamenta esta necesidad de desplegar una mayor tutela a la llamada *parte débil contratante.*

Puntualizando algunas críticas, se puede afirmar que no se justifica la ley que, pareciendo que se adelanta a su tiempo en aspectos importantes, en realidad:

Legisla contra lo que ya es nueva política legislativa general (como la liberalización de los servicios profesionales)

Legisla contra lo que ya es norma particular (la formación especializada conseguida no por la titulación obtenida por las licenciaturas sino por el master de postgrado);

Legisla contradiciendo los principios básicos de la materia (como es el

[42] Vid. N. Belloso Martín, "Una propuesta de Código Ético de los Mediadores", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 15, 2007, pp. 6-9 (Ejemplar dedicado a: XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, "Problemas actuales de la Filosofía del Derecho", Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de marzo de 2007).

[43] La normativa protectora de los consumidores y usuarios plasmada en el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007.

caso de ir contra la solución eminentemente voluntaria que es la mediación, articulando la designación del mediador de oficio; o es el caso de ir contra la espiritualidad y flexibilidad de la práctica de la mediación, imponiendo la rigidez del procedimiento);

Legisla contra lo que ya era una praxis (la consideración necesaria, que ya se había implantado en Cataluña, de la contratación como marco de realización de la mediación)

En suma, no se adelantaría a su tiempo la ley que va contra su tiempo puesto que, en primer lugar, la Ley 15/2009 nace para derogar la norma catalana del año 2001 que ya había decaído en su eficacia jurídica por el impulso europeo dado a la mediación (mereciendo, cuando menos, ampliarse el objeto de la mediación para llegar a otros supuestos de conflictividad familiar y desbordando ésta para extenderse a otros ámbitos de derecho privado; y necesitando también profundizar en la utilidad de la mediación en el ámbito judicial). Como también se dicta la reciente norma para atender una realidad muy cambiante en apenas una década (en la que se ha multiplicado esa conflictividad familiar y en la que se aumentan los contenciosos en las relaciones de vecindad donde se proclama muy conveniente para aligerar la Justicia y para restablecer el diálogo en personas que, por estar vinculadas en relaciones de tracto sucesivo, han de mantener una relación).

Siguiendo con el argumento anterior, en segundo lugar, la Ley 15/2009 no puede nacer para ralentizar o invertir ese proceso de cambio al que sirve, ya que entonces toda la legitimidad, que gana por el hecho de ser una normativa oportuna, la pierde debido a la falta de coherencia con el sistema jurídico (diluyendo el protagonismo y voluntarismo de las partes involucradas en la mediación en favor del papel director del Juez; y fijando un procedimiento rígido o excesivamente reglado que minora la frescura del contrato).

De conformidad con el mapa constitucional de la Mediación parece interesante no buscar la *administrativización* del sistema sino su liberalización y no buscar su tratamiento particular sino general, en su ámbito territorial y en su objeto. Porque quizá no tenga mucho sentido hacer fuero o excepción de lo que ya se trata y se debe de desarrollar con carácter general y dependiendo de lo que leyes generales dispongan (por ejemplo, en el tema de la colegiación obligatoria).

El marco constitucional informa, en el primer punto relativo al acceso a la profesión, el escenario más liberal; en el segundo punto, relativo al ejercicio profesional, el marco de la contratación por ser el más natural para servir a la *lex privata*; y, en el tercer punto, relativo a la responsabilidad, la mayor protección de *la parte débil contratante* a base de exigir al profesional interviniente una diligencia superior que conforma una *lex artis*.

Se apuesta decididamente por ensalzar la figura del contrato de mediación, tal y como se positivizó en la ley balear de 2006[44], y se hizo praxis en desarrollo de la ley de Cataluña de 2001. Se estima, efectivamente, que el contrato es respuesta idónea por ser congruente con el principio de autonomía privada y expresión de la fuerza de la voluntad negocial. Así, se garantiza el voluntarismo que informa la mediación.

Desde este tema central de la contratación, se van a poder seguir perfilando los tres aspectos que tenemos desglosados: en cuanto al acceso a la profesión porque al hablar, sobre todo, de un contrato de servicios lo que más nos está preocupando en su aspecto subjetivo es que hay que contar con un profesional, que alcanza su cualificación y competencias, no por una colegiación ni por una registración sino desde una formación académica de especialización. Y en cuanto al segundo punto, en lo relativo al ejercicio profesional, éste está marcado por esa oferta y prestación de servicios, por lo que cobra preocupación e interés el marco contractual, porque es donde la oferta llega al mercado con libertad pero con los requisitos de información, transparencia… y todas las garantías para la otra parte contratante que desconoce la técnica mediadora y los conocimientos necesarios para informar la razón de sus posibles acuerdos. Finalmente, la medida de la responsabilidad de ese profesional también nos lleva a la figura central del contrato, porque es en su seno donde este profesional ha sido compensado en sus servicios (lejos de una tarifación prefijada de la que se debe huir en ese ejercicio libre de la profesión) pero también donde él ha ostentado una posición superior que justifica su revisión y homologación en su caso (un control administrativo por la relevancia social de la tarea profesional).

V. ALGUNAS CONCLUSIONES

Primera.

Respecto a los derechos fundamentales, la mediación como instrumento de solución de conflictos se encuentra al servicio de una justicia material, eficaz y eficiente al mantener planteamientos que dignifican al individuo considerándolo capaz de resolver sus conflictos.

Se reformula el concepto de ciudadano y de soberanía, reconociendo al individuo y a la sociedad civil, responsabilidad para dirimir sus controversias, lo que es manifestación de una sociedad democrática que se concreta en la participación activa de los ciudadanos en el desarrollo de los poderes del Estado.

---

[44] Ley de Mediación Familiar de las Illes Balears, Ley 18/2006, de 22 de noviembre (BOE de 20 de diciembre de 2006).

En líneas generales, en lo que se refiere a derechos fundamentales podría decirse que la mediación es una alternativa válida a la tutela jurisdiccional cuando ofrece una garantía de protección de los derechos equivalente a la que existe en el ámbito procesal, pues la disposición que se hace del derecho en el proceso de mediación podría poner en grave riesgo el contenido esencial de los derechos fundamentales, quedando estos desnaturalizados.

En la dirección ecléctica que apuntamos, existe un amplio recorrido para nuevas soluciones que como la ley catalana marca el camino para que los ciudadanos de forma innovadora, equitativa, legítima, eficaz y eficiente diriman y solucionen sus conflictos.

Segunda.

Se debe reflexionar sobre si una ley particular, como es la Ley 15/2009, justifica suficientemente el tratamiento de un tema general –que no foral o excepcional–, como es el de la Mediación; materia jurídica ésta que, a su vez, depende de otros imperativos legales generales, como son los de inminente proclamación o ya dispuestos en sendas leyes de ámbito nacional (por ejemplo la Ley de Colegios Profesionales o la *Ley Omnibus).* De partida se debe asumir que la mediación, al menos en dos aspectos principales (la ordenación de registros públicos y la fijación y tipificación del contrato de mediación), no puede ser legislada mediante diecisiete leyes autonómicas, puesto que ello supondría la quiebra del principio de economía, cayéndose entonces en una profusión y dispersión legislativa; y porque, en cualquier caso, como el grado de competencias autonómicas es dispar, se desembocaría en un tratamiento desigual y no integral.

Por tanto, la valoración positiva expresada sobre esta novedad legal y la consideración del esfuerzo legislativo para construir el Ordenamiento y regular una materia emergente, puede decaer si la solución es tan coyuntural que no va a ganar la mínima estabilidad, como también puede decaer si la oportunidad a la que sirve, en realidad, invierte alguna tendencia de política legislativa general.

Tercera.

Es preciso, en cualquier caso, fijar la formación necesaria del mediador, determinando su cualificación profesional a partir de unos estudios avanzados y de especialización, por lo que en el nuevo escenario se tiene que estar y pasar por la realización de un master universitario de postgrado. Como también, a partir de la configuración técnica del mediador, se debe fijar y tipificar el contrato de mediación en sus caracteres fundamentales, sobre todo porque además de acuñarse el *nomen iuris*, se tienen que distinguir ciertos rasgos que lo diferencian siempre de otros contratos. En primer lugar, destaca su carácter de contrato de servicios de profesional a

particulares y en este plano subjetivo del contrato, en segundo lugar, hay que destacar la nota definidora de la plurilateralidad, que es necesaria, al menos, desde una de las partes contratantes (el colectivo en conflicto) y que muy convenientemente puede venir dada en la otra parte (el equipo de profesionales mediadores).

Precisamente debido a la necesaria profesionalización del mediador, su papel en el contrato explica, finalmente, la onerosidad de éste, para razonar su causa desde la justa contraprestación. La labor profesional se ha de medir después de su despliegue y realización al amparo de una normativa de consumo, sobre todo para establecer criterios de garantía del servicio y de facilitación de la prueba en caso de conflicto entre las partes contratantes haciendo que se invierta su carga.

Cuarta.

Según la sistemática propuesta en el plan de exposición de este trabajo, parece acertado acotar el estatuto jurídico del mediador contemplando, en su cronograma de desarrollo. Un primer punto relativo al acceso a la profesión, en el que como palabra clave hay que situar Bolonia (o el nuevo régimen ordenador de los títulos universitarios, adaptados al Espacio Europeo de Educación Superior).

De otro lado, un segundo punto sería el relativo al ejercicio profesional, en el que la palabra clave es deontología profesional y liberalización, en tanto, primeramente, tenemos que se confía a un asesor una noble y delicada tarea comprometida con el diálogo y muy presidida por los referentes éticos, ya que la clave de su labor se proyecta en los aspectos personales y está presidida por el compromiso del restablecimiento de un diálogo. Y, de otra parte, se busca un servicio profesional que se va a desarrollar en un entorno de liberalización del mercado.

En cuanto al tercer punto, el relativo a la responsabilidad profesional, la palabra claves es *lex artis*, ya que se ha apostado por la profesionalización del mediador que, por tanto, está llamado a asumir un plus de responsabilidad civil frente a los particulares con los que contrata.

Quinta.

Conforme al título de este trabajo, es de valorar, siempre positivamente, la consolidación de un derecho sustantivo relativo a la mediación; pero, por el contrario es criticable que, por una razón jurídica de fondo, se articule un itinerario que *administrativice* la mediación en lugar de liberalizarla. Con lo cual se puede terminar lamentando que, donde existe competencia en Derecho civil no se aproveche para servir al principio civil fundamental que es la Autonomía Privada y, desde el mismo poder, tipificar el contrato de mediación.

La Ley 15/2009 representa una norma particular cuya eficacia es limitada

en el tiempo y en el espacio. Se trata de una solución de Derecho positivo que no puede gozar de plena eficacia para su presente al depender de una normativa general. Por demás, sí se subraya como argumento favorable su contribución a la consolidación de la herramienta de la mediación.

Para hacer balance final y como epílogo de estas conclusiones se pueden fijar razones que avalan una ley de mediación como la de Cataluña y puntualizar algunas otras faltas de coherencia que se advierten en esta ley. Así, se pueden puntualizar algunos argumentos en contra como los que indican que no se puede legislar en contradicción con algunas otras novedades legales que ya están en el panorama como es, por ejemplo, la ordenación de las titulaciones. Por lo que la formación académica, en rigor, deberá proponerse desde los estudios de postgrado de especialización.

De igual manera se sostiene que no se puede fijar como obligatoria una colegiación cuando está el debate abierto sobre su eliminación. Lo conveniente es determinar el acceso a la profesión con independencia de esa colegiación obligatoria. Y, en cualquier caso, suprimiendo la referencia legal a la fijación de tarifas u honorarios cuando el criterio es claro en su liberalización.

Además, no se explica una ley que dice responder a una tradición particular del territorio cuando, en esa tradición, la práctica respondía a la contratación que ahora se omite como es el reconocimiento del contrato de servicios profesionales que es el principal exponente del ejercicio profesional del mediador. Perdiéndose la oportunidad de tipificar, caracterizar y ordenar en sus requisitos formales el contrato de mediación.

En contra también se esgrime que el principio de economía aconseja no provocar una repetición de leyes autonómicas que, en rigor, deben de coincidir en lo fundamental porque no se trata de una cuestión foral o excepcional sino de interés general, de impulso y bases supranacionales y de concreción según normas de procedencia necesariamente nacional. Por tanto, la oportunidad de la Ley 15/2009 se mantiene pero desde la limitada eficacia en el tiempo que el legislador tiene asumida.

En lo que respecta a los argumentos a favor se puede destacar, en primer lugar, que, efectivamente, hace falta regular la mediación, para ordenar su régimen y generalizar el uso de esta herramienta. Por ello la contribución de la norma catalana a esta tarea es elogiable.

A favor también encontramos que no se deslegitima la iniciativa legal por el hecho de que deba estar pendiente de otras reformas legales ya que esa coherencia jurídica es exigible, para la unidad del Ordenamiento, pero sin embargo no hasta el punto de impedir avanzar y positivizar soluciones parciales que se saben ya definitivas y necesarias, como es la ampliación del objeto de la mediación y la eficacia de la herramienta mediadora en el ámbito judicial, que son conquistas de esta Ley.

Igualmente existen razones para derogar una ley, como la de Mediación

Familiar del año 2001, que se encuentra ya desbordada por un nuevo Derecho europeo, como la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 21 de mayo de 2008.

En todo caso, con esta nueva Ley de Cataluña se cumple el compromiso parlamentario del legislador autonómico de desarrollar otra Ley como es el Código de Familia. Respuesta legal que sirve a la ampliación del objeto de la mediación permitiendo encontrar solución mediada a un más amplio abanico de conflictos.

Es decir, la Ley 15/2009 responde a la inquietud, no de consolidar una herramienta alternativa y extraña a la vía judicial, sino de complementar ésta y de que sea útil para la agilización de los procedimientos judiciales. Con la intención de servir a la finalidad de lograr una sociedad democrática avanzada donde los ciudadanos puedan solucionar sus controversias equitativas, legítima y eficazmente.

TITLE

FUNDAMENTAL RIGHTS AND MEDIATION AS AN INSTRUMENT FOR RESOLVING OUT-OF COURT CONFLICTS. NEW MEDIATION LAW OF CATALUÑA: STIMULUS FOR A NATIONAL RULE

SUMMARY

I. FUNDAMENTAL RIGHTS AND MEDIATION.- II. REGULATORY REFERENCE AS A EXPRESSION OF A LEGISLATIVE POLICY.- III. AN APPROPRIATE LAW ALTHOUGH LIMITED AND UNSTABLE WITHIN THE CONSTITUTIONAL POWER.- IV. IMPROVEMENT OF REGULATORY FEATURES: 1. Approach to mediation risks related to fundamental rights. 2. Access in professional sphere. 3. Professional responsibility.- V. CONCLUSION.- VI. LEGISLATIVE APPENDIX.

KEY WORDS

Autonomy of wills; Autoprotection; Basic Rights; Non court-based effective judicial protection; Satisfactory justice; Opportunity principle; ADR; Efficacy; Efficiency; Mediation; Community Law; Social Responsibility; Procesibility guarantees.

ABSTRACT

The increasing number of disputes in our Society, especially in those

sectors where the social peace should be the characteristic quality, plus the chronic slowness of the Administration of Justice, explains the timely encouragement to non court-based alternative resolution of disputes. This demand is coherent with the european rules production wich consolidates Mediation as a effective and useful tool. In Spain the rules system is more complex due to the division of the State in "Autonomías" (Regional Administrations). The Catalonian Parliament innovation is a starting point for the national law, the regional court work helps and promotes the national mediation Act. However, this fashionable issue and its regulation demand a reflexive review, about some risks focused on the difficulties to assure the responsible exercise of resolution by individuals, and risks linked with the work of the mediator. In this issue the Civil Society prominence depends of the Rights guarantees.

Fecha de recepción: 15/06/2011. Fecha de aceptación: 24/06/2011.