

Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa

CAROLINA MACHO GÓMEZ

Doctora en Derecho
Universidad de Cantabria

RESUMEN

El nacimiento del «movimiento ADR (alternative dispute resolution)» se produjo en EE.UU en la década de los años setenta. Sin embargo, antes de tal acontecimiento, la mediación, tal y como se la conoce hoy en día, comenzó a emplearse gracias a un conjunto de factores sociales, políticos y económicos concretos que se produjeron en el citado país durante la década de los treinta. La Gran Depresión condujo a un cambio político y económico radical, materializado en el New Deal. En dicho contexto, la mediación laboral empezó a ser utilizada. A continuación, en los años sesenta, EE.UU sufrió otro período de conflicto generalizado, especialmente, debido a la lucha por los derechos civiles. Dichos acontecimientos influyeron en el inicio de la mediación comunitaria. Además, la introducción del divorcio no culpable en algunos de los Estados ayudó a la expansión de la mediación al ámbito familiar.

Este cúmulo de sucesos produjo el nacimiento del «movimiento ADR», esto es, la utilización de la mediación y de otros métodos alternativos de resolución de disputas como una forma de mejorar el derecho de acceso a los tribunales. Desde entonces, la mediación fue objeto de diversas regulaciones hasta llegar a la importante Uniform Mediation Act de 2001. Asimismo, desde el Reino Unido, este movimiento se extendió a toda Europa.

PALABRAS CLAVE

Movimiento ADR (alternative dispute resolution)-mediación-Estados Unidos-Europa-CNUDMI-Unión Europea-Consejo de Europa-Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

ABSTRACT

The birth of the «ADR (alternative dispute resolution) movement» happened in U.S.A during the 70s. However, before that event, modern mediation began to be used in the same country as a result of different facts which occurred during the 30s. The Great Depression brought a huge change in social, political and economical matters, which was reflected through the New Deal. In that context, labor mediation started to be practiced. Subsequently, in the 60s, U.S.A suffered another period of generalized conflict which has been characterized by the civil rights struggles. Those happenings helped with the utilization of mediation in the community field. Furthermore, the introduction of no-fault divorce in some States greatly encouraged the practice of family mediation.

After that mediation development, came the birth of the «ADR movement» in the 70s, that is to say, the widespread use of alternative dispute resolution methods, especially mediation, as means to improve the right of access to justice. That occurrence was fundamental, since then, mediation, as an ADR, began to be legislated in U.S.A, to eventually reach the important Uniform Mediation Act of 2001. Furthermore, the «ADR movement» has also spread from United Kingdom to the rest countries of Europe.

KEYWORDS

ADR (alternative dispute resolution) movement-mediation-United States -Europe-UNCITRAL-European Union-Council of Europe-The Hague Conference on Private International Law.

SUMARIO: I. *Consideraciones previas.*—II. *El nacimiento y evolución del «movimiento ADR» en Estados Unidos.* 1. Antecedentes históricos. A) La trascendental influencia del *New Deal* en el resurgimiento de la mediación. a) El Realismo Jurídico Americano. b) La mediación laboral. B) La *Civil Rights Act* de 1964 y la expansión de la mediación a otros ámbitos. a) La mediación comunitaria. b) La mediación familiar. 2. La *Conferencia Pound*: El nacimiento del llamado «movimiento ADR». A) La institucionalización de la mediación. B) La *Uniform Mediation Act* de 2001.—III. *La expansión del «movimiento ADR» a Europa: El desarrollo de la mediación en los países europeos.* 1. La temprana implantación del «movimiento ADR» en el Reino Unido. 2. El «movimiento ADR» en otros países europeos: La influencia del Consejo de Europa. A) Primeras experiencias mediadoras y reformas legislativas introductorias de la mediación. B) La significación de la mediación familiar y su reflejo en las distintas legislaciones. C) La expansión de la mediación a otros ámbitos. Las primeras Leyes de mediación en el ámbito civil.—IV. *La utilización de la mediación como instrumento para resolver conflictos con repercusión transfronteriza.* 1. La labor desempeñada por la CNUDMI. A) El *Reglamento de Conciliación de la CNUDMI* de 1980 y los reglamentos de las instituciones dedicadas a la resolución de conflictos comerciales internacionales. B) La *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional* de 2002 y las Leyes de mediación de los distintos Estados. Especial referencia a la *Uniform Mediation Act* de 2001. 2. El importante papel

desarrollado por la Unión Europea. A) Antecedentes de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. B) Los trabajos elaborados por la Unión Europea sobre mediación en materia de consumo y mediación familiar. a) La mediación en materia de consumo. b) La mediación familiar. 3. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la mediación familiar internacional.-V. *Conclusiones*.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Desde la antigüedad, la mediación, como método para la solución de conflictos a través de la participación de una tercera persona neutral y colectivamente valorada, ha sido una práctica constante en las diversas comunidades, sociedades y culturas¹.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que desde el nacimiento del Estado de Derecho, se ha entendido que el Poder Judicial, independiente y diferenciado del Poder Legislativo y Ejecutivo, es el encargado de aplicar las normas jurídicas con el fin de resolver los conflictos. Dicho principio de independencia trae una consecuencia inevitable: los órganos jurisdiccionales deben detentar el monopolio de la Administración de Justicia, y para ello tienen como instrumento principal el proceso².

Desde principios del siglo xx, los Estados han ido asumiendo una función social y de protección de los ciudadanos³. En este contexto, intervienen repetidamente, regulando y controlando aspectos sociales y económicos de muy diversa índole, reconociendo, a su

¹ Vid. N. ALEXANDER, *International and comparative mediation: Legal perspectives*, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2009, pp. 51 y 52; J. J. ALFINI, S.B. PRESS, J. R. STERNLIGHT y J. B. STULBERG, *Mediation theory and practice*, 2.ª ed., Newark, San Francisco, Charlottesville, 2006, p. 1; T. BUTTS GRIGGS, «La mediación en los Estados Unidos: contexto y experiencias», *Mediación y protección de menores en Derecho de familia, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, n.º 5, 2005, pp. 185 a 186; J. FOLBERG, «A mediation overview: History and dimensions of practice», *Med. Q.*, n.º 1, 1983, pp. 3 a 5; S. B. GOLDBERG, F. E. A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute Resolution: Negotiation, mediation and other processes*, 3.ª d., Gaithersburg, New York, 1999, p. 6; J. P. ORTUÑO MUÑOZ y J. HERNÁNDEZ GARCÍA, «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal», *Laboratorio de alternativas*, Documento de trabajo 110/2007, p. 9; A. RIPOL-MILLET, *Familias, trabajo social y mediación*, Barcelona, 2001, pp. 33 a 37; S. TAMAYO HAYA, «La mediación familiar desde una perspectiva comparada», en C. ARRANZ DE ANDRÉS, M. SERNA VALLEJO (coords.), *Estudios de Derecho español y europeo*, Santander, 2009, p. 931.

² El proceso judicial, es, sin duda, el método por excelencia para la resolución de conflictos. Vid. M. TARUFFO, *Páginas sobre justicia civil*, trad. M. ARAMBURU CALLE, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2009, pp. 119 y 120.

³ A diferencia de la concepción liberal de Estado, según la cual éste era el «enemigo» contra el que había que defenderse y frente al que se debía garantizar ciertas esferas de libertad y autonomía privada, la concepción social de Estado, defendía que éste fuera el «amigo» que actuara para satisfacer los derechos solicitados por sus ciudadanos. Vid. K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1983, pp. 398 a 402.

vez, múltiples derechos. Este fenómeno ha supuesto que todo ciudadano esté completamente inmerso en el sistema jurídico, que la mayor parte de las actividades que realizan estén reglamentadas, de tal forma, que necesiten acceder a los tribunales cada vez que surja algún conflicto, porque todo está sujeto a Derecho⁴. Con motivo del papel socializante que adquieren los Estados, la protección de los derechos de los ciudadanos de manera efectiva, a través de jueces y tribunales, se convierte en uno de sus cometidos principales⁵. En otras palabras, el *derecho a la tutela judicial efectiva* adquiere una posición central en todos los ordenamientos jurídicos, en tanto que asegura la efectividad del resto de derechos reconocidos, ya no sólo de las libertades individuales propias del Estado liberal, sino de los derechos económicos y sociales que, con el Estado social, han ido desarrollándose a través de múltiples leyes⁶.

Esta concepción protectora y social de Estado ha conseguido originar en la sociedad la creencia de que sólo los órganos jurisdiccionales pueden resolver los conflictos, porque son ellos los únicos encargados de interpretar y aplicar el Derecho que tantos aspectos regula⁷.

La paulatina formación de esta cultura litigiosa en la ciudadanía, la intensa actividad reguladora de los Estados, junto con el desarrollo social, cultural y económico alcanzado en los últimos tiempos, ha provocado la llamada «jurisdiccionalización» o «hiperjudicialización» de las sociedades occidentales contemporáneas. Fenómeno que en EE.UU. se denominó «litigation explosion» o «hyperlexis». Esta noción define el gran número de demandas que, hoy en día, se interponen, colapsando el sistema judicial y generando excesivos retrasos en los tribunales. Es evidente que esta multiplicación de causas planteadas ante los órganos jurisdiccionales no ha podido ser manejada, ni gestionada apropiadamente, por el método clásico: el proceso judicial⁸.

⁴ Vid. L. M. FRIEDMAN, «Claims, disputes, conflicts and the modern welfare state», en M. CAPPELETTI (ed.), *Access to justice and the welfare state*, Firenze, 1981, pp. 252 a 259.

⁵ Vid. S. BARONA VILAR, *Solución extrajudicial de conflictos «alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, 1999, pp. 40 y 41.

⁶ Vid. M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos una visión jurídica*, Madrid, 2009, pp. 9 y 10; M. TARUFFO, *Páginas sobre...*, *op. cit.*, p. 33.

⁷ Esta convicción colectiva se ha constituido como una característica esencial de la cultura jurídica de las últimas décadas, esto es, forma parte del conjunto de valores, ideas y expectativas que, en general, se tienen del sistema jurídico, y que determinan cómo la sociedad se sirve del Derecho. L. M. FRIEDMAN ha señalado que la cultura jurídica «es la parte de la cultura general que concierne al sistema jurídico. Ideas y opiniones que son, en cierto sentido, los que ponen en marcha el proceso jurídico» (*vid. Introducción al derecho norteamericano*, trad. J. VERGÉ I GRAU, Zaragoza, 1984, pp. 6 a 10). Vid. S. BARONA VILAR, *Solución extrajudicial...*, *op. cit.*, p. 37.

⁸ Vid. W.E. BURGER, «Agenda for 2000 A. D.-A need for systematic anticipation», en A.L. LEVIN, R.R. WHEELER, *The Pound Conference: perspectives on justice in the futu-*

También han surgido otras circunstancias que han intensificado dicha litigiosidad cualitativamente. La llegada de las nuevas tecnologías, la globalización y la internacionalización de las relaciones sociales, han generado normativas sofisticadas, y provocado litigios, que por su propia naturaleza, crean procesos mucho más lentos, costosos, y con circunstancias a considerar, muy diferentes de las analizadas en las habituales disputas internas⁹.

Es en este contexto donde se produce el nacimiento de los «alternative dispute resolution», o métodos alternativos de resolución de conflictos, en adelante ADR¹⁰. Estos mecanismos surgen con el fin de mejorar la calidad del derecho de acceso a la justicia, y de convertir a la tutela judicial en una protección realmente eficaz, dando prioridad a los ciudadanos, para que sean ellos mismos quienes resuelvan sus problemas, y configurando así a los tribunales, como una auténtica última instancia. En cualquier caso, antes de que surgiera el denominado «movimiento ADR», en EE.UU ya se había puesto en práctica la mediación, convirtiéndose en el origen de la utilización de estos métodos alternativos de solución de disputas.

II. EL NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL «MOVIMIENTO ADR» EN ESTADOS UNIDOS

El antecedente directo del «movimiento ADR», esto es, de la utilización generalizada de métodos alternativos de resolución de conflictos, se encuentra en la práctica de la mediación. Este mecanismo comenzó a emplearse como tal en el ámbito laboral durante

re, Minnesota, 1979, pp. 32 a 35; S. H. RIFKIND, «Are we asking too much of our courts?», en A. L. LEVIN, R. R. WHEELER, *The Pound Conference...*, op. cit., pp. 51 a 56. En cualquier caso, no todos los autores están de acuerdo en la existencia de la denominada «litigation explosion», vid. M. GALANTER, «The day after the litigation explosion», *Md. L. Rev.*, vol. 46, n.º 3, 1986, pp. 3 a 39.

En mayor o menor medida, este fenómeno también se produjo en el resto de Estados europeos, para algunos autores se acentuó más en los sistemas del *civil law*, vid. ad ex., H. P. GLENN, *Legal traditions of the World. Sustainable diversity in law*, 1.ª ed., Oxford, 2000, pp. 134 y 135; para otros en los sistemas del *common law*, vid. N. ALEXANDER, «Mediation on Trial: Ten verdicts on court-related ADR», en T. SOURDIN (ed.) *Alternative dispute resolution and the courts – Law in Context*, vol. 22, n.º 1, 2004, p. 10; N. ALEXANDER, «Global trends in mediation: riding the third wave» en N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends in Mediation*, 2.ª d., Alphen aan den Rijn, 2006, p. 20.

⁹ Vid. S. BARONA VILAR, *Solución extrajudicial...*, op. cit., pp. 14 y 15; J. P. ORTUÑO MUÑOZ, J. HERNÁNDEZ GARCÍA, *Sistemas alternativos...*, loc. cit., p. 10.

¹⁰ En un principio, los ADR eran todos aquellos métodos de solución de disputas distintos al proceso judicial, principalmente: el arbitraje, la mediación, la negociación y, la conciliación. Parte de la doctrina sigue apoyando dicha tesis, si bien, otros autores, excluyen el arbitraje y la negociación de tal concepto. Sobre esta cuestión, vid. C. MACHO GÓMEZ, «Los ADR «alternative dispute resolution» en el comercio internacional», *CDT*, vol. 5, n.º 2, octubre 2013.

la década de los treinta. Posteriormente, en los años sesenta, la mediación empezaría a extenderse a otras áreas, primero a la comunitaria, y en segundo lugar, a la familiar. Todos estos acontecimientos supusieron la base para el nacimiento del denominado «movimiento ADR», el cual pronto se reflejó en distintas leyes estadounidenses, destacando de entre las mismas la *Uniform Mediation Act* de 2001.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El *Crack del 29* fue el principio de una crisis económica mundial, la llamada *Gran Depresión* de la década de 1930, que comenzó en EE.UU. y se extendió a la Europa industrializada¹¹. En el citado país, entre 13 y 15 millones de trabajadores perdieron su empleo, muchas fábricas cerraron, otros muchos bancos quebraron¹². Sin embargo, la Administración de Herbert C. Hoover, basándose en los viejos principios del *laissez faire*, no tomó decisiones de gran calado, además, las mínimas medidas adoptadas se dirigieron hacia el rescate y recuperación del sector empresarial, en vez de destinar ayudas a los desempleados, y al resto de ciudadanos necesitados de auxilio.

Asimismo, los citados postulados del *laissez faire* no sólo reinaban en el ámbito político y económico, sino también en el jurídico. Éstos formaban parte del llamado *Classical Legal Thought*, la concepción jurídica imperante en EE.UU. desde las últimas décadas del siglo XIX, hasta los años treinta¹³. Esta corriente de pensamiento estaba completamente identificada con el liberalismo más puro, y la concepción individualista que éste implicaba, de ahí que protegiera, desde el ámbito jurídico, el libre mercado. De confor-

¹¹ El motivo de la expansión de esta crisis económica a los países europeos industrializados se debe a las consecuencias económicas impuestas en el Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919. Alemania, la gran perdedora de la I Guerra Mundial, debía grandes sumas de dinero, que no podía pagar, a Gran Bretaña y Francia, que a su vez estaban endeudadas con EE.UU., que las prestó importantes cantidades para la compra de material bélico.

¹² Vid. W. I. TRATTNER, *From poor law to welfare State: A history of social welfare in America*, 3.^a d., New York, 1984, p. 257.

¹³ El *Classical Legal Thought* se caracterizaba por entender el Derecho como un conjunto de normas y principios jurídicos anclados en el tradicional *common law*, y por ello, considerados axiomas inalterables. Como señala J. I. SOLAR CAYÓN, este pensamiento se corresponde por completo con la máxima del *rule of law* anglosajón, esto es, «con un gobierno de leyes, no de hombres». De manera que la función judicial se reduce a una mera labor de subsunción del conflicto planteado en la institución jurídica correspondiente (*El Realismo Jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Madrid, 2004, pp. 60 y 61). Para profundizar sobre el *Classical Legal Thought*, vid. también J. I. SOLAR CAYÓN, *Política y Derecho en la era del New Deal. Del Formalismo al Pragmatismo Jurídico*, Madrid, 2002, pp. 13 a 88.

midad con esta particular concepción del Derecho, el ordenamiento jurídico debía limitarse a garantizar la natural autorregulación de la economía, así como el libre ejercicio de los derechos individuales de los propietarios, pero en ningún caso interferir en su funcionamiento¹⁴. En esta misma línea, la relación laboral era interpretada como una manifestación más del principio de libertad contractual basada en la regulación de los derechos de propiedad de las partes. En consecuencia, no se reconocía al trabajador como parte débil del contrato de trabajo respecto de la posición del empresario, sino que ambos eran tratados como iguales¹⁵.

En sintonía con este pensamiento, los trabajadores no gozaban de derechos laborales, se encontraban en total desprotección frente a las medidas que adoptaban sus empresas, que por el contrario, tenían prácticamente total libertad para tomar cualquier decisión. Esta situación generó durante décadas una gran conflictividad laboral. Los trabajadores mostraban su descontento a través de las huelgas que desembocaban en episodios de extrema violencia¹⁶. Esta realidad, aunque se suavizó en los años que EE.UU. participó en la I Guerra Mundial, se reanudó una vez finalizada la misma¹⁷.

¹⁴ D. M. TRUBEK reduce a tres, las notas definitorias del *Classical Legal Thought*: a) Su concepción individualista de las personas; b) su liberalismo económico y; c) su formalismo jurídico, junto con su visión de un proceso judicial completamente transparente («The Handmaiden's Revenge: On reading and using the newer sociology of civil procedure», *L & C.P.*, vol. 51, n.º 4, 1988, pp. 112 a 115).

¹⁵ Respecto a esta cuestión, debe destacarse la denominada *doctrina Lochner*, elaborada por el Tribunal Supremo, según la cual, todas las leyes que protegieran o beneficiaran al trabajador en su relación contractual con el empresario, eran inconstitucionales por ser contrarias a la cláusula del *due process of law*. En cuanto al caso *Lochner c. New York*, 198 U.S. 45 (1905), *vid.* M. BELTRÁN DE FELIPE, J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2.ª ed., Madrid, 2006, pp. 172 a 185.

¹⁶ Esta situación de conflicto continuo resentía la productividad, perjudicaba la economía estadounidense. Por ello, el Gobierno Federal adoptó, entre otras medidas, mecanismos para la resolución de estos conflictos. Tal y como indican J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, en 1898 se aprobó la primera Ley que preveía la mediación como método para la solución de disputas laborales, la llamada *Erdman Act (A history of alternative dispute resolution: The story of a political, cultural and social movement*, San Francisco, 2004, p. 99). La citada Ley estableció: a) una mediación llevada a cabo por dos personas, representantes cada una de ellas, de las partes enfrentadas (trabajador-empresario) y; b) que la celebración de la mediación dependiera de la petición de cualquiera de las partes, también del trabajador. Aunque fue un importante avance, la conflictividad laboral continuaba, porque los trabajadores seguían sin gozar de la libertad de sindicación, ni del derecho a la negociación colectiva.

¹⁷ Durante los años 1917 y 1918, período en el que EE.UU. participó en la I Guerra Mundial, existió una demanda adicional en muchos sectores de producción, si bien, la mano de obra era escasa por la reducción de la inmigración, y porque muchos hombres se unieron al ejército. Con ambas circunstancias, era evidente que el país no podía permitirse tantas huelgas y cierres patronales. Por ello, los representantes de los empresarios y los trabajadores, con ayuda del gobierno, llegaron a un acuerdo de cooperación para garantizar cierta paz social, se concedieron derechos a los trabajadores, y se creó una comisión para resolver las eventuales disputas que surgieran como consecuencia de dicho acuerdo, se estableció así, la primera *War Labor Board*. Sin embargo, una vez finalizada la Guerra, los

En este contexto de desigualdad social y laboral, Franklin Delano Roosevelt ganaba las elecciones a la presidencia estadounidense del 8 de noviembre de 1932, y con él se ponía en práctica el denominado *New Deal*. Un conjunto de medidas adoptadas con el fin de superar la tremenda crisis que asolaba EE.UU., a la vez que intentaba asegurar un auténtico bienestar a sus ciudadanos. Todo ello desencadenó una serie de cambios políticos, económicos, sociales y filosóficos que propiciaron la práctica de la mediación moderna en el ámbito laboral.

A) La trascendental influencia del *New Deal* en el resurgimiento de la mediación

El *New Deal* implicó decisiones, principalmente, de índole económica, esto es, destinadas a reestructurar todo el mercado, aminorando la vulnerabilidad del sistema hacia los ciclos económicos. Asimismo, también hubo otras medidas de naturaleza social, como los subsidios para desempleados, los programas de fomento del empleo, la proclamación de ciertos derechos para los trabajadores o el establecimiento de un sistema de seguridad social. Sin embargo, para llevar a cabo estas políticas, el Gobierno Federal tuvo que adoptar un papel intervencionista, que nunca antes había desempeñado¹⁸.

A pesar de que, en un primer momento, el Tribunal Supremo declaró algunas de las medidas legislativas impulsadas por Roosevelt como contrarias a la Constitución¹⁹, acabó cediendo y declarando constitucionales los dos pilares fundamentales del *New Deal*: la *Social Security Act*, de 14 de agosto de 1935²⁰ y; la *National Labor Relations Act*, de 5 julio de 1935, tan importante para el

derechos concedidos a los trabajadores se disiparon. Vid. J. T. BARRETT, «Interest based bargaining: A new mediator tool at FMCS», *mediationhistory.org*, pp. 1 y 2; J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, pp. 106 a 108.

¹⁸ Vid. P.K. CONKIN, *The New Deal*, 2.ª ed., Illinois, 1975, pp. 20 y 21; G.A. RITTER, *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, trad. J. ABELLÁN, Madrid, 1991, pp. 173 a 176. Para profundizar sobre las políticas desarrolladas por cada uno de los Estados norteamericanos a raíz del *New Deal*, vid. J. BRAEMAN, R. H. BREMNER, D. BRODY (eds.), *The New Deal: The state and local levels*, Vol. I, Vol. II, Columbus, 1975.

¹⁹ Vid. W. E. LEUCHTENBURG, *Franklin D. Roosevelt...*, *op. cit.*, pp. 231 y 232; W. E. LEUCHTENBURG, *The Supreme Court reborn. The constitutional revolution in the age of Roosevelt*, New York, Oxford, 1995, pp. 214 a 216; J.I. SOLAR CAYÓN, *Política y Derecho en la era...*, *op. cit.*, pp. 145 y 146.

²⁰ Vid. 42 U.S.C. §§ 301 et seq. Existieron dos sentencias importantes en cuanto a la declaración de constitucionalidad de esta Ley: *Steward Machina Company c. Davis*, 301 U.S. 548 (1937); *Helvering c. Davis*, 301 U.S. 619 (1937). Para profundizar sobre el contenido de la *Social Security Act*, vid. R. H. BREMNER, «The New Deal and Social Welfare», en H. SITKOFF (ed.), *Fifty Years Later: The New Deal evaluated*, Philadelphia, 1985, pp. 76 a 82; P. K. COKIN, *The New...*, *op. cit.*, pp. 51 a 53 y 59; J. LEIBY, *A history of social...*, *op.*

desarrollo de la mediación laboral²¹. El citado Tribunal, modificando su propia doctrina, entendió que la libertad contractual no era una libertad absoluta, sino que podía ser limitada a través de medidas legislativas²². De esa manera, también se empezaba a vislumbrar un cambio en el pensamiento jurídico, abandonando el *Classical Legal Thought* para comenzar a desarrollarse el *Realismo Jurídico Americano*.

Ambos extremos, la *National Labor Relations Act* y el *Realismo Jurídico Americano* se constituyeron como importantes influencias para el desarrollo de la mediación laboral, y en consecuencia, como antecedentes históricos al nacimiento del denominado «movimiento ADR».

a) *El Realismo Jurídico Americano*

La falta de sintonía entre la realidad socio-política imperante en los años treinta, y la jurisprudencia eminentemente formalista del Tribunal Supremo no sólo generó una crisis profunda entre la Administración Roosevelt y el citado Tribunal, sino que dio lugar a la consolidación del *Realismo Jurídico Americano*²³. Esta corriente de pensamiento fue pieza clave para el origen de la mediación, y el posterior avance de los ADR. El *Realismo* coadyuvó al surgimiento de la mediación laboral, primer ámbito en el que se practicó esta vía de resolución de disputas, tal y como hoy la concebimos.

Aunque el *Classical Legal Thought* estuvo presente hasta finales de la década de 1930, no es menos cierto que desde los primeros años del siglo XX, antes de nacer el llamado *Realismo Jurídico Americano*, comenzaron a brotar ciertas opiniones críticas que rei-

cit., pp. 234 y 235; W.E. LEUCHTENBURG, *Franklin D. Roosevelt...*, *op. cit.*, pp. 132 y 133; W. I. TRATTNER, *From poor law...*, *op. cit.*, pp. 276 y 277.

²¹ *Vid.* 29 U.S.C. §§ 151 et seq. En este sentido, la sentencia más significativa fue: *National Labor Relations Board c. Jones & Laughlin Steel Corporation*, 301 U.S. 379 (1937). Para conocer más detalles de dicha sentencia, *vid.* M. BELTRÁN DE FELIPE, J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo...*, *op. cit.*, pp. 244 a 251.

²² La modificación de la doctrina *Lochner* se materializó en la sentencia *West Coast Hotel Company c. Parrish*, 301 U.S. 1 (1937) de 29 de marzo de 1937. Para profundizar sobre dicha sentencia, *vid.* M. BELTRÁN DE FELIPE, J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo...*, *op. cit.*, pp. 240 a 244.

²³ El *Realismo Jurídico Americano* fue una corriente de pensamiento caracterizada por entender que el Derecho positivo no estaba formado por axiomas o normas ideales, sino que el Derecho debía concebirse como un instrumento más a la hora de resolver los conflictos, y para ello, debía estar inspirado en los problemas reales de la sociedad, en definitiva, amoldarse a ellos. En cuanto al *Realismo Jurídico Americano*, *vid.* J. I. SOLAR CAYÓN, *El Realismo Jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Madrid, 2004; J. I. SOLAR CAYÓN, «El Concepto de Derecho en el Realismo Jurídico Americano. Una reinterpretación», en AA.VV., *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos Jurídicos*, Santander, 2002.

vindicaban una perspectiva más social y pragmática del Derecho. En este sentido, Oliver Wendell Holmes y Roscoe Pound fueron dos de los juristas más influyentes.

O. W. Holmes fue el primero en defender una concepción instrumental del Derecho. El ordenamiento jurídico no tenía que ser tan rígido y axiomático, sino que las normas debían adaptarse a las condiciones sociales de cada momento. Por esta razón, los tribunales no debían proceder a una mera aplicación lógico-deductiva de las disposiciones jurídicas, sino que también debían tener en cuenta las cuestiones sociales y de política legislativa²⁴.

Años después, R. Pound continuó sosteniendo una visión instrumental del Derecho a través de la denominada *jurisprudencia sociológica*²⁵. Situó como núcleo central de su visión del Derecho, que éste respondiera a los intereses y necesidades sociales, esto es, que el principal factor a tener en cuenta a la hora de aplicar las normas jurídicas fuera sus consecuencias para la sociedad y las personas afectadas. Esta concepción del Derecho, desarrollada por R. Pound a lo largo de los años, ya comenzó a ser vislumbrada en 1906, cuando pronunció su memorable discurso *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* ante la *American Bar Association*. En esta ponencia, R. Pound llamó la atención sobre la aplicación mecánica de las leyes por parte de los jueces, el gran distanciamiento entre el Derecho y la sociedad, el espíritu excesivamente individualista y competitivo del *common law* y de su forma de regular el proceso judicial, así como el desinterés de los jueces por los problemas de las personas²⁶. Este discurso, fríamente aceptado en su momento²⁷, obtuvo el reconocimiento que se merecía mucho tiempo después, en 1976, con la célebre *The Pound Conference: Perspectives on justice in the future*, porque

²⁴ Holmes no sólo creía que esta debía ser la forma de funcionamiento del Derecho, sino que entendía que de alguna forma así se producía en la práctica, esto es, que las decisiones judiciales no eran nunca un producto puramente lógico, sino que siempre se tenían en cuenta otras circunstancias exógenas, aunque fuera incluso de forma inconsciente, *vid.* AA.VV., «Developments in the Law: The paths of civil litigation», *Harv. L. Rev.*, vol. 113, n.º 7, 2000, pp. 1755 y 1756; O. W. HOLMES, «The path of the Law», *Harv. L. Rev.*, vol. 10, n.º 8, 1897, pp. 457 a 478.

²⁵ R. Pound fue Decano de la Facultad de Derecho de Harvard, de 1916 a 1936. A él se debe la famosa expresión «*law in books, law in action*», que refleja la diferencia entre el antiguo *Classical Legal Thought* y la *jurisprudencia sociológica* en la que él creía. Dicha frase constituyó el título de uno de sus artículos, *vid.* R. POUND, «Law in books and Law in action», *ALR*, vol. 44, 1910, pp. 12 a 36.

²⁶ Todos estos aspectos reseñados por R. Pound, también fueron criticados por el *Realismo Jurídico Americano*, *vid. ad. ex.*, J. M. FRANK, *Law and the modern mind* (1930), Gloucester, 1970; J. M. FRANK, *Courts on trial: Myth and reality in american justice* (1949), Princeton, 1973.

²⁷ La citada conferencia fue muy atrevida, no se debe olvidar que durante esa época el *Classical Legal Thought* estaba en pleno auge, muestra de ello es que sólo un año antes, en 1905, había sido dictada la sentencia *Lochner*.

precisamente es este acontecimiento, donde la doctrina fija el nacimiento del llamado «movimiento ADR»²⁸.

Las citadas reivindicaciones expuestas por O.W. Holmes y R. Pound adelantaban la llegada de una corriente de pensamiento absoluta e íntimamente vinculada con el *New Deal*: el *Realismo Jurídico Americano*. La razón de esta unión, se encontraba en uno de los postulados principales de dicho movimiento: la defensa de una concepción funcional y social del Derecho. De manera que el Derecho, como instrumento al servicio de la sociedad, debía servirse también de las políticas legislativas de cada momento, si quería resolver realmente las disputas en cuestión, que aunque jurídicas, normalmente tenían también una base social. Sin duda, esta concepción se ajustó perfectamente al *New Deal*, que comenzaba a realizar una política directa y activa, intentando paliar las necesidades sociales y económicas del momento²⁹.

La unión de esta forma tan directa y efectiva de tomar decisiones políticas por parte del *New Deal*, y de los postulados jurídicos tan innovadores planteados por el *Realismo*, junto con la finalidad central de solventar de manera eficiente y real todo conflicto que se planteara, supuso un gran impulso para la *resolución alternativa de disputas*. Se crearon un gran número de *Administrative Agencies* para poner en práctica y ejecutar todas las nuevas medidas que se estaban adoptando por parte de la Administración Roosevelt. Dichas agencias no sólo tenían funciones ejecutivas, legislativas y sancionadoras, sino que también gozaban de la facultad para resolver las disputas surgidas en el ámbito de su competencia³⁰. Algunas de estas agencias, sobre todo las relativas al ámbito laboral, fueron las que más impulsaron, a partir de los años treinta y cuarenta, el uso de la mediación³¹.

b) *La mediación laboral*

La *National Labor Relations Act*, aprobada durante el *New Deal*, fue fundamental para la mediación laboral. A través de la citada Ley, se reconoció a los trabajadores la libertad de sindicación y el derecho a la negociación colectiva³². Además, se creó el *National Labor Relations Board*, una comisión cuyo fin principal era evitar

²⁸ Vid. *infra*, apartado II. 2 de este trabajo.

²⁹ Vid. J. I. SOLAR CAYÓN, *El Realismo Jurídico de...*, *op. cit.*, pp. 76 a 83.

³⁰ Vid. En cuanto a estas agencias, vid. L. M. FRIEDMAN, *Introducción al derecho...*, *op. cit.*, pp. 126 a 144; M. TARUFFO, *Páginas sobre...*, *op. cit.*, pp. 162 y 163.

³¹ En este sentido, vid. *infra*, apartado II. 1. A) b) de este trabajo.

³² Vid. M. DERBER, «The New Deal and Labor», en J. BRAEMAN, R. H. BREMNER, D. BRODY, *The New Deal...*, *op. cit.*, pp. 110 a 118; W. E. LEUCHTENBURG, *Franklin D. Roosevelt...*, *op. cit.*, pp. 150 a 152.

prácticas abusivas por parte de los patronos, y también supervisar las elecciones sindicales³³. El reconocimiento de estos derechos laborales por parte del Gobierno Federal, junto a las citadas prohibiciones establecidas para los empresarios, –entre las que se encontraba la negativa de éstos a participar en la negociación colectiva–, consiguieron que los trabajadores, por fin, detentaran una posición de igualdad respecto de la figura del patrono. Esta igualdad era premisa necesaria para conseguir la celebración de una auténtica negociación colectiva, –desde entonces obligatoria–, que a su vez, se convertía en el ámbito natural de la mediación laboral³⁴.

El rápido avance de la mediación, como instrumento para resolver las disputas surgidas en el marco de las negociaciones colectivas, se vio notablemente beneficiada por el estallido de la II Guerra Mundial. A causa de este acontecimiento, la demanda de producción aumentó de forma considerable. Tal y como ya había ocurrido durante la I Guerra Mundial, la prioridad máxima era asegurar una alta productividad, de manera que ésta no pudiera peligrar ni por huelgas ni por cierres patronales.

Aunque el *U. S. Conciliation Service* seguía funcionando, lo cierto es que éste no garantizaba de forma completa la ansiada paz social. Por ello, en marzo de 1941 se creó otra agencia, la *National Defense Mediation Board*, cuya principal función consistía en solucionar aquellos casos que no consiguieran ser solventados por el *U. S. Conciliation Service*. Sin embargo, pronto se observó la necesidad de crear una agencia con mayor atribución de competencias. Así las cosas, en enero de 1942 se fundó, en sustitución de la *National Defense Mediation Board*, la segunda *War Labor Board*.

Esta comisión se convirtió en «una segunda instancia de apelación» en relación al *U. S. Conciliation Service*. Si el acuerdo logrado a través de este órgano no llegaba a satisfacer a cualquiera de las partes, éstas siempre podrían acudir a la *War Labor Board*. Si bien, mientras que aquél se caracterizaba por tener un conjunto de mediadores experimentados en la práctica, pero con escasa formación académica, esta última estaba formada por abogados y economistas, menos familiarizados con las técnicas negociación, pero más cómodos con las clásicas actuaciones procesales. Estas parti-

³³ Para profundizar sobre esta Ley, *vid.* M. L. ARROYO VÁZQUEZ, «Un hito de la legislación laboral estadounidense: la Ley nacional de relaciones laborales o Ley Wagner», *Espacio, tiempo y forma, Serie V, H.ª Contemporánea*, n.º 15, 2002, pp. 351 a 377.

³⁴ Por todo ello, aunque en los años veinte, el *U. S. Conciliation Service* no lograba gestionar al año más de 600 casos, en 1938, cuando la *National Labor Relations Act* se encontraba ya en pleno funcionamiento, este número aumentó, llegando a realizarse 4.321 mediaciones durante ese año, *vid.* J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, pp. 120 y 121.

cularidades propias de los componentes de la *War Labor Board*, junto con su carácter de «segunda instancia», hicieron que dicha comisión, aunque estuviera autorizada para realizar mediaciones, se dedicará sobre todo a llevar a cabo arbitrajes³⁵.

Sin embargo, con el fin de la guerra, desaparecieron las circunstancias económicas extraordinarias derivadas de la misma, y junto a ellas, la cooperación entre los empresarios y los sindicatos también terminó. Ante la nueva coyuntura económica, las posiciones de los sindicatos y de los empleadores se distanciaron, pero ahora algo había cambiado, los primeros tenían mucho más poder que en épocas anteriores, de modo que la conflictividad laboral también fue más notoria. Esta situación era insostenible, una nueva reforma laboral se entendía necesaria. Esta renovación, que supuso a su vez la reforma de la *National Labor Relations Act*, se materializó en la llamada *Labor Management Relations Act*, de 23 de junio de 1947³⁶.

El símbolo de la citada Ley se encuentra en la creación del *Federal Mediation and Conciliation Service*, en adelante FMCS³⁷. Esta agencia independiente sustituyó al *U. S. Conciliation Service*. Uno de los nuevos preceptos más importantes era el que establecía el deber de informar al FMCS cuando cualquiera de las partes quisiera modificar o renegociar un convenio colectivo. Gracias a esta

³⁵ Efectivamente, la *War Labor Board* realizó también mediaciones, si bien, esa autoridad de árbitros, provocaba un efecto pésimo en el desarrollo de la mediación. Esto fue duramente criticado por los mediadores del *U.S. Conciliation Service*, acostumbrados a conseguir acuerdos por las técnicas propias del arreglo de controversias, no por la intimidación que generaba la eventual conversión de los mediadores en árbitros (*vid. J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, A history of alternative... , op. cit.*, p. 122). En cambio, la labor realizada por la *War Labor Board*, en relación con el arbitraje, debe ser destacada favorablemente, porque formó a muchos árbitros y ayudó a extender el arbitraje como otro de los métodos para resolver conflictos. Teniendo en cuenta esta realidad, es importante resaltar la dicotomía entre «primera instancia – mediación», y «segunda instancia – arbitraje». Una relación que en este momento se comenzaba a vislumbrar, pero que en el futuro sería construida de una forma mucho más elaborada y completamente consciente, especialmente en el comercio internacional: el med-arb.

³⁶ *Vid.* 29 U.S.C. §§ 141 et seq. A través de sus disposiciones, la negociación colectiva y la mediación fueron fomentadas como las vías más adecuadas para resolver las disputas entre trabajadores y empleadores, *vid. C. W. MOORE, El proceso de mediación: Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Buenos Aires, 1995, p. 55.

³⁷ Es importante tener en cuenta que el Congreso consideró expresamente como opción principal la utilización de la mediación, y en cambio, rechazó el arbitraje obligatorio que ya había puesto en práctica la *War Labor Board* (*vid. S. BARONA VILAR, Solución extrajudicial... , op. cit.*, p. 56; J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative... , op. cit.*, p. 130). La principal labor del FMCS fue la práctica de mediaciones, si bien, también tenía competencia para realizar arbitrajes voluntarios. El FMCS sigue existiendo en la actualidad, si bien ya no sólo ofrece sus servicios a las disputas laborales, sino que se ha extendido a otros muchos ámbitos. En relación a la expansión del FMCS, *vid. T. BUTTS GRIGGS, «La mediación en los Estados Unidos...», loc. cit.*, en M. J. RUIZ MARÍN (dir.) *Mediación y protección de menores... , op. cit.*, p. 187; A. STRIMLING, «The federal mediation and conciliation service: A partner in international conflict prevention», *Pepp. Disp. Resol. L. J.*, 2002, pp. 425 a 431.

medida, dicha agencia estaba en continuo contacto con las partes a lo largo de todo el proceso de negociación, de manera que de forma inmediata podía intervenir, o bien por petición de una de ellas, o bien de oficio, cuando así lo estimara conveniente³⁸.

En definitiva, se construyó una presencia omnicompreensiva de agencias mediadoras de conflictos laborales en el marco de las negociaciones colectivas. Agencias que además estaban formadas por un conjunto de experimentados mediadores, forjados durante los años del *New Deal* y de la II Guerra Mundial. Todo ello, condujo a la consolidación de la mediación laboral en EE.UU.³⁹.

Este mecanismo exitoso serviría, sin duda, como prototipo a la hora de proceder a la solución de otro tipo de conflictos, que aunque muy distintos a los laborales, poseían una característica primordial en común: su origen en relaciones personales extraordinariamente complejas, caracterizadas por ser de larga duración, y por ello, necesitadas de una verdadera solución. La ocasión de trasladar este modelo a esas otras disputas llegaría en la convulsa década de los sesenta.

B) *La Civil Rights Act de 1964 y la expansión de la mediación a otros ámbitos*

En EE.UU., la década de los años sesenta siempre ha sido considerada como una época de descontento y conflicto generalizados. Fue un período caracterizado por las protestas contra la guerra de Vietnam, los disturbios estudiantiles, la lucha por los derechos civiles, así como por otros cambios de considerable repercusión para la sociedad, como el papel, cada vez más significativo, de la mujer, o la importancia que comenzaba a tener la figura del consumidor⁴⁰.

Los ciudadanos querían soluciones inmediatas para los graves problemas que sufría el país, por esta razón, y para paliar los moti-

³⁸ Vid. J. T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, op. cit., pp. 130 y 131; D.L. COLE, «Government in the bargaining process: The role of mediation», *AAAPPS*, vol. 333, p. 43.

Además, tampoco se puede olvidar el papel de las agencias estatales y locales de mediación, que se habían ido creando a lo largo de los años, y que estaban encargadas de resolver las disputas laborales menores, así como de conocer la renegociación de los convenios colectivos de ámbito intraestatal o local. Vid. D.L. COLE, «Government in the bargaining process...», loc. cit., pp. 46 y 47; R. A. SMITH, «The Taft-Hartley Act and state jurisdiction over labor relations», *Mich. L. Rev.*, vol. 46, n.º 5, March 1948, pp. 593 a 624.

³⁹ Por esta razón, la creación del FMCS en 1947 es punto de referencia cuando se quiere hacer mención a la primera vez que la mediación fue utilizada en EE.UU de manera formal. Vid. J. J. ALFINI, S.B. PRESS, J. R. STERNLIGHT, J. B. STULBERG, *Mediation theory...*, op. cit., p. 1; R. BIRKE, L. E. TEITZ, «U.S. Mediation in 2001: The path that brought America to uniform laws and mediation in cyberspace», *Am. J. Comp. L.*, vol. 50, Autumn 2002, p. 182.

⁴⁰ Vid. J. FOLBERG, «A mediation overview...», loc. cit., pp. 5 y 6.

vos de dichas protestas, las autoridades comenzaron a reconocer nuevos derechos, y por ende, establecían también nuevas acciones judiciales⁴¹. Además, instituciones como la familia, la iglesia, o las comunidades, que durante muchos años, se habían encargado de resolver las pequeñas disputas surgidas entre sus miembros, habían ido perdiendo la autoridad y el rol mediador del que habían gozado, en favor del papel protector y social que había ido adquiriendo el Estado desde el *New Deal*⁴². Sin duda, la conjunción de ambas circunstancias era un perfecto caldo de cultivo para provocar una avalancha de demandas ante los tribunales⁴³.

En cualquier caso, si bien este último factor ayudó a la utilización generalizada de los ADR, sobre todo a partir de mediados de los años setenta, desde luego, no fue la causa más importante a la hora de extender la mediación a los conflictos que se estaban produciendo en la década de los sesenta. El principal motivo que detonó el interés por el uso de la mediación en este tipo de disputas, era su capacidad real para solucionarlas. Eran problemas que iban más allá de lo jurídico, se trataban de relaciones interpersonales normalmente de larga duración, donde la cuestión no consistía en ganar un litigio, que por otra parte era lento y costoso, sino en intentar que las personas enfrentadas llegaran a un acuerdo para una mejor convivencia⁴⁴.

⁴¹ El Tribunal Supremo de EE.UU., durante la presidencia de Earl Warren (1954-1969), concedió respaldo constitucional a: el derecho de asociación (*NAACP c. Alabama 1958*), el derecho a la intimidad (*Griswold c. Connecticut, 1965*), la libertad de expresión e incluso crítica a personajes públicos (*Brandenburg c. Ohio 1969* y *New York Times c. Sullivan 1964*), el derecho de manifestación y de realización de piquetes (*Edwards c. South Carolina 1963* y *Cox c. Louisiana 1965*), el derecho a utilizar las calles y otros lugares públicos para manifestarse (*Monroe c. Pape 1961*), y se amplió la libertad de prensa, se anuló leyes contra la censura y se limitó la facultad de los poderes públicos para prohibir publicaciones consideradas obscenas (*Jacobellis c. Ohio 1964*), vid. M. BELTRÁN DE FELIPE, J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las Sentencias Básicas del Tribunal Supremo...*, op. cit., pp. 72 a 77.

⁴² Vid. F.E.A. SANDER, «Varieties of Dispute Processing», en A. L. LEVIN, R. R. WHEELER, *The Pound Conference...*, op. cit., p. 68. En EE.UU, incluso antes de desarrollarse la mediación laboral, diversas comunidades se encargaban de resolver los pequeños conflictos interpersonales que surgían entre sus miembros. Ejemplo de ello es la comunidad judía que creó en 1920 la *Jewish Conciliation Board*, o la comunidad china que ya realizaba este tipo de resolución amistosa de conflictos en el s. XIX, a través de la *Chinese Benevolent Association*. Vid. J. FOLBERG, «A mediation overview...», loc. cit., p. 5; A. RIPOL-MILLET, *Familias, trabajo social...*, op. cit., pp. 36 y 37.

⁴³ Vid. S. B. GOLDBERG, E. D. GREEN, F. E. A. SANDER, *Dispute resolution*, Boston, Toronto, 1985, pp. 3 y 4.

⁴⁴ Tal y como establece F. E. A. SANDER, aunque los orígenes del «movimiento ADR» sean complejos, la descongestión de los tribunales no es el factor más importante a la hora de explicar su nacimiento. Sino que el interés que surgió en los años sesenta por la utilización de los ADR, venía de las ventajas que éstos, y en especial la mediación, podían tener a la hora de resolver determinados conflictos (vid. «Family mediation: Problems and prospects», *Med. Q.*, vol. 2, 1983, pp. 3 a 5).

Así las cosas, una de las leyes federales que fueron aprobadas bajo el citado contexto fue la *Civil Rights Act*, de 2 de julio de 1964. Esta Ley tenía como principal objetivo acabar con la discriminación por razón de raza, sexo, religión o nacionalidad. Pero además, y como reflejo del interés por resolver este tipo de disputas raciales y comunitarias, la citada Ley creó dos agencias: la *Equal Employment Opportunity Commission*, en adelante EEOC y, el *Community Relations Service*, en adelante CRS⁴⁵.

La EEOC se encargaba de investigar presuntas discriminaciones por razón de raza, sexo, religión, nacionalidad, edad o discapacidad en las relaciones entre empresarios y trabajadores. De manera que si se comprobaban la veracidad de las mismas, este organismo remitía los casos a mediación. Sólo si el asunto no llegaba a ser resuelto por esta vía, se preveía el planteamiento del supuesto ante los tribunales⁴⁶. Por su parte, la CRS fue concebida exclusivamente para mediar casos de discriminación racial y étnica, tan habituales en aquellos años. Estaba formada por un panel de mediadores que se ocupaban, no sólo de resolver todo tipo de conflictos comunitarios, sino también de prevenirlos mediante el fomento del diálogo entre los líderes de cada comunidad⁴⁷.

A pesar de las medidas adoptadas, lo cierto es que durante el verano de 1967, se produjo un estallido de violencia y disturbios en las principales ciudades del país⁴⁸. Esta situación tan convulsa, sin duda, recordaba a los graves boicots y huelgas protagonizados por los sindicatos durante los años veinte y treinta. Protestas que, por otra parte, no cesaron hasta que se les reconoció el derecho de negociación con los empresarios⁴⁹. Este derecho a negociar colectivamente, es el que los defensores de los derechos civiles todavía no habían logrado consolidar desde la aprobación de la *Civil Rights Act* de 1964. Tanto las instituciones públicas como las privadas, no acababan de aceptar su legitimidad para negociar con ellas sobre sus intereses y reivindicaciones⁵⁰.

⁴⁵ Esta Ley es fundamental para la expansión de la mediación, no sólo por su propio contenido, sino porque gracias a ella, se aprobaron otras muchas leyes estatales de similar contenido, y por ello también, de fomento de la mediación. Vid. 42 U.S.C. §§ 2000 et seq.

⁴⁶ Vid. J. T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, op. cit., pp. 148 y 149.

⁴⁷ Vid. J. J. ALFINI, S.B. PRESS, J. R. STERNLIGHT, J. B. STULBERG, *Mediation theory...*, op. cit., p. 8; C.W. MOORE, *El proceso de mediación...*, op. cit., pp. 56 y 57. Los mediadores del CRS, recibieron formación, precisamente, del FMCS, vid. *supra*, apartado II. 1. A) b) de este trabajo.

⁴⁸ Vid. J. T. BARRETT, «Mediation: An alternative to violence», *J. Urb. L.*, vol. 47, p. 157.

⁴⁹ Vid. *supra*, apartado II. 1. A) b) de este trabajo.

⁵⁰ Según J. T. BARRETT, había determinados aspectos que diferenciaban a la mediación laboral, ya consolidada, con la mediación comunitaria que comenzaba a surgir. Extremos que, como había ocurrido en el ámbito laboral, sólo se adquirían con el tiempo. Las principales carencias eran: a) que aún no se aceptara a los líderes sindicales como parte

Ante la gravedad de los hechos del año 1967, desde la Administración Federal se animó a todo tipo de instancias a que utilizaran la mediación como mecanismo para resolver estas disputas socialmente tan complejas, lo cual supuso un gran avance para la aceptabilidad de los líderes de los derechos civiles como partes en la indispensable labor negociadora que conlleva dicho método⁵¹.

Asimismo, otro factor que colaboró en el desarrollo de la mediación comunitaria fue el surgimiento, en 1964, del *Law and Society Movement*⁵², esto es, la escuela que pretendió describir y explicar el Derecho en términos sociales⁵³. Este pensamiento, al igual que su antecedente directo, –el *Realismo Jurídico Americano*–, intentó atraer el denominado «*law in books*» a la sociedad, a la práctica real del Derecho, y de ese modo, lograr una óptima eficacia del mismo⁵⁴. Debido a este planteamiento de partida, un área que siempre tuvo especial interés para este movimiento, era el relativo al funcionamiento real de los tribunales y a los cambios sociales que se iban produciendo en torno a este extremo. En este sentido, se debe destacar la preocupación del *Law and Society Movement* por el pésimo impacto del proceso judicial sobre el mantenimiento de relaciones interpersonales de larga duración. Todo ello, llevó a un estudio profundo de la mediación, así como a una defensa de la misma, sobre todo, en lo que se refiere al ámbito comunitario⁵⁵.

legitimada para negociar; b) que todavía no existiera una forma de elegir a un único representante para cada comunidad o grupo, legitimado por todos sus miembros, porque sólo así podía llegar a ser viable una mediación y; c) era necesario que los propios líderes comunitarios comenzaran a adquirir técnicas negociadoras, esto es, que empezaran a acordar con sus miembros demandas específicas, y que aprendieran a saber sacrificar algunas reivindicaciones por otras (vid. «Mediation: An alternative...», *loc. cit.*, pp. 157 a 163 y «Mediation in civil rights disputes», *Mon. Labor Rev.*, vol. 90, 1967, pp. 44 a 46).

⁵¹ Vid. J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, pp. 151 y 152.

⁵² Aunque en 1964 nació la Asociación, la creación de la *Law and Society Review* en 1966, fue, realmente, el acontecimiento con el que esta corriente de pensamiento se dio a conocer.

⁵³ Así lo definió L. M. FRIEDMAN, máximo exponente de este movimiento, en las primeras líneas de su artículo «The Law and Society Movement», *Stan. L. R.*, vol. 38, n.º 3, 1986, pp. 763 a 780.

⁵⁴ Para conocer el *Law and Society Movement*, vid. C. MENKEL-MEADOW, «Taking Law and... really seriously: Before, during and after «The Law»», *Vand. L. Rev.*, vol. 60, n.º 2, 2007, p. 570.

⁵⁵ Vid. J. BRIGHAM, C. HARRINGTON, «Realism and its consequences: An inquiry into contemporary sociological research», *Int'l. J. Sociol. Law*, vol. 17, 1989, pp. 41 a 62; C. HARRINGTON, «Socio-Legal concepts in mediation ideology», *Legal Studies Forum*, vol. IX, n.º 1, 1985, pp. 33 a 38; C. HARRINGTON, «Alternative dispute resolution and social science», *Social Epistemology*, vol. 5, n.º 1, 1991, pp. 26 a 29; A. SARAT, M. CONSTABLE, D. ENGEL, V. HANS, S. LAWRENCE, *Crossing boundaries: Traditions and transformations in Law and Society research*, Illinois, 1998, pp. 31 y 32; D.M. TRUBEK, «The handmaiden's revenge...», *loc. cit.*, pp. 128 a 130.

a) *La mediación comunitaria*

Tomando en consideración la iniciativa emprendida por la *Civil Rights Act*, y en respuesta a la gran preocupación de la Administración Federal por la situación social tan crispada del país, se comenzaron a instaurar centros de mediación comunitaria tanto por los gobiernos estatales y locales, como por fundaciones de ámbito nacional, estatal y local. Reflejo de este fenómeno fue la *Ford Foundation*, que, entre otras iniciativas, creó en 1968 el *National Center for Dispute Settlement*, en adelante NCDS.

El NCDS comenzó a mediar las disputas vecinales y raciales, siguiendo el modelo que había triunfado en los conflictos entre trabajadores y empresarios⁵⁶. La labor de sus miembros ayudó a extender la mediación comunitaria por todo el país⁵⁷. Dicha expansión se manifestó en diversos ámbitos:

En primer lugar, la forma de organizar las actividades mediadoras empezó a diversificarse extraordinariamente. Además de las sesiones ordinarias de mediación, algunos mediadores optaron por crear sesiones de mediación maratónicas, esto es, reunían a todas las partes en conflicto, de tal forma que hasta que no se solucionaban las diferencias entre ellos, la mediación no terminaba. Asimismo, en Philadelphia se creó lo que puede considerarse como el primer *multi-door courthouse program*, consistente en derivar a mediación, los casos comunitarios que iban llegando a los tribunales⁵⁸. En segundo lugar, los miembros del NCDS no sólo mediaban los conflictos que se les presentaban, sino que también se encargaron de concienciar a los ciudadanos y líderes comunitarios de la utilidad de este instrumento; y de formar nuevos mediadores, ciudadanos que voluntariamente mostraban un especial interés por esta labor⁵⁹. Por último, el campo de actuación de la mediación se amplió. El NCDS no sólo ayudó a desarrollar programas para mediar conflictos vecinales, sino también escolares. Es importante tener en cuenta que los episodios

⁵⁶ Vid. S. B. GOLDBERG, E. D. GREEN, F. E. A. SANDER, *Dispute...*, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

⁵⁷ Como reflejo de dicha innovación, el NCDS fundado en Washington D.C, aunque fue creado por una subvención de la *American Arbitration Association*, en adelante la AAA, al principio fue completamente independiente, esto es, se encontraba completamente desvinculado de la citada asociación. Esto fue así, porque la AAA tenía miedo de que este «experimento» pudiera dañar su reputación. Vid. J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, p. 152.

⁵⁸ Este programa tan original se denominó *Philadelphia 4.^a* vid. J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, p. 153.

⁵⁹ Vid. T. BUTTS GRIGGS, *La mediación en los Estados Unidos...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 192. La formación de mediadores era fundamental para el éxito de las mediaciones comunitarias, sobre todo de las que versaban sobre conflictos raciales, porque apenas había mediadores de raza negra. De hecho, en 1960, un organismo tan consolidado como el FMCS, sólo tenía 4 mediadores de raza negra. Vid. J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, pp. 154 y 155.

de discriminación racial eran muy frecuentes en los centros educativos. Por ello, muchos miembros del NCDS decidieron focalizar su esfuerzo en el fomento de la mediación dentro de las escuelas⁶⁰.

En pocos años se observó la considerable utilidad de la mediación y su gran servicio a la comunidad⁶¹. La mediación se erigió como un método eficiente y de fácil adaptación a las controversias. Caracterizado porque en él, las partes tenían un verdadero protagonismo, ellas tomaban las decisiones, y por esta razón, eran ellas las que llegaban a un acuerdo que de verdad resolvía el conflicto planteado⁶².

Además, aunque el éxito de la mediación comunitaria, en un principio, sólo fue percibido por aquellos más cercanos a los conflictos raciales y vecinales –como los trabajadores sociales–, años después comenzó a ser advertido también por los órganos jurisdiccionales y los abogados. Los motivos que llevaron a producir la extensión de la mediación comunitaria al ámbito judicial fueron: la expansión de la mediación a materias como la familiar, –donde conflictos como el divorcio siempre se habían llevado ante los tribunales–, y de forma paralela, el continuo crecimiento de demandas ante los tribunales, que provocó la celebración de la Conferencia Pound, y por ende, el nacimiento del «movimiento ADR». Como consecuencia, dichos acontecimientos supondrían su instauración definitiva en el ordenamiento jurídico estadounidense.

b) *La mediación familiar*

La posibilidad de resolver las disputas de naturaleza familiar a través de mecanismos «informales» siempre ha tenido un claro antecedente en EE.UU: el *Family Conciliation Court* de California, que ya en 1939, ofrecía servicios de conciliación. Si bien, no

⁶⁰ Vid. L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia*, Madrid, 2006, p. 200. Las mediaciones escolares no sólo se llevaban a cabo por mediadores profesionales, sino también por los propios estudiantes, en otras palabras, se comenzó a experimentar con la denominada *peer mediation*, o mediación entre iguales, vid. C.W. MOORE, *El proceso de mediación...*, *op. cit.*, p. 57; J. J. ALFINI, S. B. PRESS, J. R. STERNLIGHT, J. B. STULBERG, *Mediation theory...*, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

⁶¹ Tal es así, que la *Law Enforcement Assistance Administration*, aprobada en 1968, estableció, de una forma ciertamente experimental, que determinados hechos delictivos u ofensas de poca importancia, fueran tratados a través de procedimientos de mediación.

⁶² Tal fue su éxito, que en 1974, el director del FMCS, Bill Usery, decidió extender el campo de actuación del citado organismo. Instituyó la *Office of Technical Service*, esta oficina se encargaba de proporcionar formación para mediar en numerosas agencias federales, como el CRS y la EEOC, vid. J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, pp. 168 a 170. Además, en 1975, el NCDS, por fin, se convierte en parte formal de la AAA, pasando a llamarse *Community Disputes Services*. Sin embargo, la mediación escolar tendría que esperar algún tiempo más para su afianzamiento, de hecho, su uso no se generalizó hasta la década de los ochenta, vid. J. J. ALFINI, S. B. PRESS, J. R. STERNLIGHT, J. B. STULBERG, *Mediation theory...*, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

era tanto para hacer que el divorcio de una pareja fuera amistoso, sino para intentar reconducir el problema matrimonial en orden a lograr la reconciliación de los cónyuges⁶³. No obstante, el verdadero desarrollo de la mediación familiar estadounidense comenzó en la década de los sesenta. A lo largo de estos años, los divorcios aumentaron, y las consecuencias derivadas de éstos, –como la guardia y custodia de los hijos–, empezaron a crear muchas dificultades. Esta situación hizo que las rupturas matrimoniales dejaran de verse como una cuestión eminentemente jurídica, para también concebirse como un problema de índole personal, si cabe, más complejo⁶⁴.

En los primeros años de la década de los sesenta, algunos funcionarios de los juzgados de familia comenzaron a experimentar con mecanismos informales de resolución de conflictos con el fin de reconciliar a los matrimonios. Sin embargo, esto sólo fue el principio de un cambio mucho más profundo. El 4 de septiembre de 1969, California aprobaba el divorcio no culpable, a partir de entonces, muchos otros Estados adoptaron la misma medida⁶⁵. Este hecho trajo consigo importantes consecuencias para la mediación, y especialmente, para su relación con el poder judicial de EE. UU.

La primera y más inmediata consecuencia fue la transformación en la manera de percibir la mediación. Este método comenzó a verse como una herramienta para que los cónyuges, que irremediablemente iban a pasar por un divorcio, pudieran sobrellevar sus efectos de la forma más amistosa posible, sobre todo, en aquellas cuestiones más delicadas, como la guarda y custodia de los hijos⁶⁶. Sabían que a través de la obtención de un acuerdo entre los padres sobre el citado extremo, se cumplía de un modo más apropiado con los intereses del menor. Generando un resultado mucho más satisfactorio que una resolución judicial, generalmente más impersonal.

En segundo lugar, otro factor que influyó en el desarrollo de la mediación fue el aumento del número de causas de divorcio, en tanto que al eliminar el elemento de la culpabilidad, muchas personas se sintieron más libres de iniciar la disolución de su matrimonio. Además, no sólo se incrementó el número de procesos de este

⁶³ Vid. J. FOLBERG, «A mediation overview...», *loc. cit.*, p. 6.

⁶⁴ Vid. A. RIPOL-MILLET, *Familias, trabajo social...*, *op. cit.*, pp. 74 y 75.

⁶⁵ Vid. *California Civil Code* §§ 4000-5100. La expansión del divorcio no culpable fue tal que, para 1977, otros nueve Estados ya habían aprobado sendas leyes recogiendo tal extremo. Para finales de 1983, sólo el Estado de Nueva York y de Dakota del Sur seguían sin adoptar dicha medida.

⁶⁶ En estos primeros años de práctica de la mediación familiar, sólo era objeto de dicho mecanismo las cuestiones relativas a los hijos. Los asuntos exclusivamente económicos, seguían dejándose para los abogados y los tribunales, *vid.* R. BIRKE, L. E. TEITZ, «U.S. Mediation in 2001: The path that brought America...», *loc. cit.*, p. 183.

tipo, sino que éstos, debido a la falta de adaptación de las normas procesales a la modificación de la ley sustantiva, se habían quedado obsoletos, esto es, eran demasiado lentos⁶⁷.

Estas dos últimas circunstancias fueron la principal causa que consiguió unir dos mundos que, en principio, habían estado tan separados. Los abogados, y especialmente los jueces, comenzaron a ver en la mediación un mecanismo factible para la resolución de los conflictos familiares. En primer lugar, porque empezaron a conocer las experiencias tan exitosas que ya se estaban teniendo a través de la mediación comunitaria. Y en segundo lugar, porque vieron en la mediación una forma económica, rápida y satisfactoria de resolver estos litigios, una ayuda para un sistema judicial que era incapaz de proporcionar un adecuado acceso a la justicia⁶⁸. En conclusión, se estaban dando las condiciones y premisas necesarias para la llegada del denominado «movimiento ADR», esto es, para la aceptación de la mediación y de otros métodos alternativos, como instrumentos aptos de resolución de conflictos, y ello no sólo en orden a resolver las disputas comunitarias y familiares, sino todo tipo de litigios⁶⁹.

2. LA CONFERENCIA POUND: EL NACIMIENTO DEL LLAMADO «MOVIMIENTO ADR»

La mayor parte de la doctrina está de acuerdo en afirmar que el nacimiento del «movimiento ADR» tuvo lugar en abril de 1976, con la celebración de la ya antes mencionada *The Pound Conference: Perspectives on justice in the future*, o Conferencia Pound⁷⁰. La finalidad de esta reunión era examinar, discutir y proponer soluciones a las ineficiencias del sistema judicial estadounidense. Pues bien, una de las medidas planteadas fue la instauración de los ADR

⁶⁷ Vid. J. FOLBERG, «A mediation overview...», *loc. cit.*, p. 6; J. BLADES, «Mediation: An old art revitalized», *Med. Q.*, n.º 3, March 1984, pp. 60 a 62.

⁶⁸ No se debe olvidar, que no sólo se produjo un crecimiento en las causas de divorcio, sino que la multiplicación de causas judiciales fue generalizada, *vid. supra*, apartado II. 1. B) de este trabajo.

⁶⁹ Aunque en un principio la mediación familiar sólo se utilizó para los supuestos de divorcio, posteriormente también serviría para resolver conflictos entre padres e hijos, problemas relativos al cuidado y la convivencia con un familiar enfermo, minusválido o anciano, y disputas relativas a herencias o empresas familiares, *vid. T. BUTTS GRIGGS, La mediación en los Estados Unidos...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 203. Además, la mediación, así como otros tipos de ADR, se llegarían a utilizar en conflictos propios del ámbito penitenciario, sanitario, organizacional, penal, en las disputas relativas a pequeñas reclamaciones civiles, comerciales, interculturales, y también internacionales, *vid. K. K. KOVACH, «The evolution of mediation in the United States: Issues ripe for regulation ma shape the future of practice»*, en N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends...*, *op. cit.*, pp. 405 a 419.

⁷⁰ El nombre de este Congreso, hace honor a Roscoe Pound, *vid. A. L. LEVIN, R. R. WHEELER, The Pound Conference...*, *op. cit.*, pp. 5 a 16.

en relación con el proceso judicial, o lo que es lo mismo, la implantación de los denominados *court-annexed ADR* o *court-connected ADR*⁷¹. Esta propuesta, que fue emitida por el profesor de la Facultad de Derecho de Harvard, Frank E.A. Sander, no sólo consistía en una mera inclusión de los ADR en el ámbito de los tribunales, sino que fue más allá, a través de la exposición del célebre sistema denominado *multi-door courthouse*⁷².

Aunque en el pasado, ya se había experimentado con proyectos similares⁷³, la exposición de esta forma de entender la relación entre los ADR y los tribunales fue completamente innovadora, por su cuidadosa elaboración teórica y por su plenitud tanto en lo referente a los ámbitos susceptibles de aplicación, como en el manejo de diferentes métodos alternativos de resolución de conflictos.

En primer lugar, esta idea del *multi-door courthouse* consistía en estudiar aquellos litigios que, aunque de muy distinta naturaleza, estaban caracterizados por la relación de larga duración que irremediablemente sufrían las partes. En este sentido, Sander entendía fundamental el análisis de cinco extremos: a) *la naturaleza de las disputas*, teniendo en cuenta que normalmente todas ellas siempre son muy complejas, lo cierto es que suelen tener diferentes vertientes de muy diversa índole, y por ello, son difícilmente tratables por los tribunales; b) *la relación entre los propios litigantes*, porque sin duda, cuando el vínculo entre las partes es necesariamente duradero, el tratamiento del conflicto también debe ser distinto, no es cuestión de ganar o perder, tal y como ocurre en los tradicionales procesos judiciales; c) *el montante del litigio*, porque si son reclamaciones de pequeña cantidad, no se debiera poner en acción todos los recursos humanos y materiales que implica un proceso ante los tribunales; d) *el coste*, que implica el proceso y el ADR, y por último; e) *la rapidez de los ADR* respecto del proceso judicial, circunstancia que inevitablemente interesa, y mucho, en determinados ámbitos, sobre todo en los comerciales⁷⁴. Una vez analizados

⁷¹ Esta modalidad de ADR, cuyo ejemplo más representativo es la mediación intrajudicial, consiste en que una vez planteada una demanda ante el juez, éste reenvía el asunto para que sea tratado mediante alguno de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, *vid.* M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas...*, *op. cit.*, pp. 143 y 144.

⁷² Curiosamente, en la exposición original de SANDER, durante la celebración de la Conferencia Pound, éste nunca habla de *multi-door courthouse*, sino que utilizó otro término, *comprehensive justice center*. La primera de las denominaciones, y desde luego la más famosa, surgió después, a raíz de una publicación que realizó la *American Bar Association* sobre el propio discurso de SANDER, *vid.* AA.VV., «A Dialogue Between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse», *U. St. Thomas L. Rev.*, vol. 5, n.º 3, 2008, p. 670.

⁷³ *Vid. supra*, apartado II. 1. B) a) de este trabajo.

⁷⁴ Para profundizar sobre todos ellos, *vid.* F.E.A. SANDER, «Varieties of dispute processing», en A.L. LEVIN, R. R. WHEELER, *The Pound Conference...*, *op. cit.*, pp. 72 a 79; F. E. A. SANDER, «Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview», en M. FREE-

estos criterios en referencia al concreto caso presentado ante el juez, el modelo del *multi-door courthouse* estribaba en que el órgano judicial y/o las partes eligieran cuál era la mejor vía para resolver el asunto de la forma más adecuada, ajustándose a sus necesidades concretas⁷⁵.

Como el propio Sander declaró en la Conferencia Pound, este sistema no sólo servía para dar solución a determinados conflictos de una forma más eficiente, sino que tenía la finalidad de reservar a los tribunales, aquellos casos para los que realmente estaban capacitados. En definitiva, un proyecto para mejorar el acceso a los órganos jurisdiccionales, y no malgastar los esfuerzos de la Administración de Justicia, una de las causas de sus retrasos y de su mal funcionamiento.

Contra todo pronóstico, las ideas expuestas en la Conferencia Pound por Sander comenzaron a materializarse. Se creó una oficina especial en el Departamento de Justicia denominada *The Office for Improvements in the Administration of Justice*, con el fin de impulsar y analizar el avance en la aplicación de aquellos planteamientos expuestos en la citada reunión, entre ellas, la propuesta de Sander⁷⁶. Incluso la *American Bar Association*, en adelante ABA, también impulsó este proyecto mediante la constitución del inicialmente llamado *Special Committee on the Resolution of Minor Disputes*⁷⁷, con el fin de emplear la idea del *multi-door courthouse* para aquellas pequeñas demandas civiles y penales⁷⁸. Además,

MAN (ed.), *Alternative Dispute Resolution*, Hong Kong, Singapore, Sydney, 1995, pp. 97 a 114.

⁷⁵ En este sentido, F.E.A. SANDER tenía en consideración multitud de tipos de ADR, si bien uno de los protagonistas, por su flexibilidad a la hora de adaptarse a cualquier controversia, era la mediación, *vid.* J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, p. 183; F. E. A. SANDER, *Varieties of Dispute...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 68 a 72. Es importante tener en cuenta que, según este proyecto del *multi-door courthouse*, la elección de un determinado ADR también dependía del momento procesal en que éste se seleccionara, *vid.* F. E. A. SANDER, L. ROZDEICZER, «Matching cases and dispute resolution procedures: Detailed analysis leading to a mediation-centered approach», *Harv. Negotiation L. Rev.*, vol. 11, n.º 1, 2006, pp. 1 a 31.

⁷⁶ El nacimiento de la citada oficina se produjo gracias a la labor de Griffin Bell, Abogado General de EE.UU. y participante en la Conferencia Pound. En cualquier caso, no fue el único impulsor, sino que el presidente del Tribunal Supremo de EE.UU, Warren Burger, cuyo mandato se perpetuó desde 1969 a 1986, también apoyó la celebración del citado Congreso, así como el uso de los ADR dentro del sistema judicial federal, *vid.* T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, p. 234; W.E. BURGER, *Agenda for 2000 A.D...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 23 a 36.

⁷⁷ Este grupo de trabajo más tarde, en 1993, se convertiría en la influyente ABA'S *Section of Dispute Resolution*. En la actualidad, esta sección destaca especialmente por el congreso anual que organizan cada primavera, y por la revista que crearon, denominada *Dispute Resolution Magazine*.

⁷⁸ En cuanto a la mediación en conflictos penales, los primeros programas se iniciaron a mediados de los años sesenta —no eran proyectos de mediación propiamente dichos, pero su finalidad y las técnicas de entendimiento entre las partes sí eran similares a la mediación—. Si bien, su expansión llegó con la celebración de la Conferencia Pound, y la creación de las citadas instituciones y de otros muchos programas estatales y locales. Para saber más sobre la evolución histórica de la mediación penal en EE.UU, *vid.* M. S. UMBREIT,

en 1977 se crearon los *Neighborhood Justice Centers*, centros encargados de la mediación comunitaria dentro del ámbito de la Administración de Justicia, uniéndose a las instituciones públicas del país, expandiéndose por todos los Estados y las localidades estadounidenses. Y en 1979 se fundó *The Center for Public Resources*, compuesto por un grupo de abogados, cuyo primer fin fue crear un programa para reducir los costes de los litigios⁷⁹.

Tras el nacimiento del «movimiento ADR», la década de los años ochenta se caracterizó por el aumento de nuevas asociaciones que practicaban y promovían todo tipo de ADR, por la instauración de los primeros programas de formación en las Universidades, así como por la consolidación de estos mecanismos de resolución de conflictos en aquellos campos de actuación en los que se había experimentado durante las décadas anteriores. Como consecuencia de todos estos progresos, se generó el contexto ideal para el siguiente paso en la evolución del «movimiento ADR», esto es, la institucionalización de la mediación a principios de los años noventa.

A) La institucionalización de la mediación

En 1982, se fundó la *Academy of Family Mediators*, en adelante AFM, cuya principal finalidad era la promoción de la mediación familiar, mediante la creación de una revista, la *Mediation Quarterly*, y el desarrollo de cursos de formación. Además, en 1983 y 1984, se crearon el *National Institute for Dispute Resolution*, en adelante NIDR y la *Hewlett Foundation* respectivamente. Organizaciones que se encargaron de financiar a otros muchos organismos que promocionaban y practicaban los ADR⁸⁰. Gracias a la labor de estas organizaciones, se consiguió incluir por completo dichos métodos tanto en el sistema judicial estadounidense, como

«The development and impact of victim-offender mediation in the United States», *Med. Q.*, vol. 12, n.º 3, Spring 1995, pp. 263 a 265. En cualquier caso, muchas de las pequeñas disputas penales también habían estado gestionándose a lo largo de los años por las organizaciones de mediación comunitaria, *vid.* K. K. KOVACH, *The evolution of mediation in the United States...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 409.

⁷⁹ Este centro, se convertiría más tarde en el *International Institute for Conflict Prevention and Resolution*, más conocido como *CPR Institute for Dispute Resolution*, hoy en día, un organismo de referencia en la práctica de los ADR. En estos años también se creó el *Judicial Arbitration and Mediation Service*, en adelante JAMS, cuya actividad consistía en realizar mediaciones y arbitrajes a través de jueces ya retirados, pero con una larga experiencia a la hora de resolver disputas.

⁸⁰ El NIDR prestó una gran ayuda a la *National Association for Mediation Education*, asociación creada en 1984 y encargada de impulsar la mediación en el ámbito educativo. Por su parte, la *Hewlett Foundation* también proporcionó un considerable apoyo financiero a organizaciones tan importantes como la *Society of Professionals in Dispute Resolution*, en adelante SPIDR, la AFM o a la *National Association for Mediation Education*, *vid.* T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, pp. 216 a 223.

en la conciencia social de los ciudadanos. Esta realidad hizo que la formación en este campo comenzara a ser exigida no sólo entre psicólogos y trabajadores sociales, sino también entre abogados.

Esta circunstancia, unida a la incipiente atención que todo el sector académico había empezado a mostrar tras la Conferencia Pound, provocó la creación de muchos trabajos doctrinales⁸¹; revistas universitarias sobre los ADR⁸²; así como cursos de postgrado en diferentes Universidades⁸³.

Sin embargo, no toda la doctrina apoyaba el giro que el «movimiento ADR» había provocado en la utilización de la mediación. Una corriente de pensamiento, surgida en el año 1977 del ala izquierda y más progresista del *Law and Society Movement*, los denominados *Critical Legal Studies*⁸⁴, no defendían el citado fenómeno⁸⁵. En este sentido, el nacimiento de este movimiento supuso una vuelta al *Realismo* más puro. Pretendía demostrar la indeterminación y ambigüedad del Derecho, y exponer sus contradicciones e incoherencias, no sólo en sí mismo considerado, sino también porque la realidad la entendían como un conjunto contradictorio de intereses y necesidades políticas y sociales⁸⁶.

⁸¹ Vid. W. L. URY, R. FISHER, *Getting to Yes*, Boston, 1981; S. B. GOLDBERG, E. D. GREEN, F. E. A. SANDER, *Dispute Resolution*, Boston, Toronto, 1985; C. MOORE, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflicts*, San Francisco, 1986.

⁸² Vid. ad. ex., *Journal of Dispute Resolution*; *Ohio State Journal of Dispute Resolution* y; *Negotiation Journal*.

⁸³ Vid. ad. ex., *Program on Negotiation*, también denominado PON, de la Universidad de Harvard, y el *Institute for Conflict Analysis and Resolution* de la Universidad George Mason de Virginia.

⁸⁴ El nacimiento de los *Critical Legal Studies* se fija en 1977, con la celebración de la *Conference on Critical Legal Studies*. Esta reunión estaba principalmente formada por dos grupos, aquellos sociólogos del Derecho más progresistas, provenientes del *Law and Society Movement*, destacando entre ellos D. Trubek, y aquellos jóvenes profesores de Derecho, principalmente de Harvard y liderados por D. Kennedy, disconformes con el sistema establecido y defendido desde las Facultades de Derecho del país, vid. J. A. PÉREZ LLEDÓ, *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, 1996, pp. 51 a 68; M. TUSHNET, «Critical Legal Studies: A political history», *Yale L. J.*, vol. 100, n.º 5, 1991, pp. 1515 a 1537; G. E. WHITE, «From Realism to Critical Legal Studies: A truncated intellectual history», *Sw. L. J.*, vol. 40, 1986-1987, pp. 833 a 836.

⁸⁵ Se debe tener en cuenta que ambos movimientos nacen prácticamente a la vez, el «movimiento ADR» en 1976, y los *Critical Legal Studies* en 1977. Esto ha permitido que la citada corriente de pensamiento haya podido observar muy de cerca toda la evolución de los ADR. En cualquier caso, hubo autores que, al margen de dicha corriente de pensamiento, también criticaron el citado movimiento. Entre ellos destaca, especialmente, O.M. FISS. Este profesor no sólo defendía que los ADR normalmente favorecieran a la parte poderosa del conflicto, sino que acudir a estos mecanismos, evitando el proceso judicial, suponía socavar el papel creativo de los tribunales, a la hora de desarrollar soluciones innovadoras de interés público. En definitiva, significaba sacrificar la verdadera justicia a cambio de una «paz» lograda no por la libre voluntad de las partes, sino por la presión que ejerce la poderosa sobre la débil (vid. «Against settlement», *Yale L. J.*, vol. 93, n.º 6, 1984, pp. 1073 a 1090; «Out of eden», *Yale L. J.*, vol. 94, n.º 7, 1985, pp. 1669 a 1673).

⁸⁶ Para profundizar sobre el movimiento de los *Critical Legal Studies*, vid. J. A. PÉREZ LLEDÓ, *El movimiento...*, op. cit., pp. 240 a 410; R. M. UNGER, «The Critical Legal Studies movement», *Harv. L. Rev.*, vol. 96, n.º 3, 1983, pp. 561 a 675.

A la vista de este programa, es lógico que los *Critical Legal Studies* se preocuparan por la transformación que estaba sufriendo la mediación, porque había pasado de tener una naturaleza eminentemente informal y alternativa, a estar completamente incorporada al sistema judicial, siguiendo el modelo del *multi-door courthouse* que Frank E. A. Sander propuso durante la renombrada Conferencia Pound.

El principal autor de las críticas vertidas por este movimiento fue Richard Abel. Este autor indicaba que los ADR, y en especial, la mediación comunitaria, lo único que habían conseguido era disuadir a los más desfavorecidos de intentar hacer valer sus derechos ante los tribunales, y en definitiva, denegarles el acceso a la justicia. R. Abel también criticaba cómo el desarrollo del «movimiento ADR» había servido para expandir el poder y el control del Estado a ámbitos a los que antes no llegaba, por ejemplo, a las disputas comunitarias. Y cómo había conseguido que los conflictos, que pudieran suponer graves desafíos para los poderes públicos y capitalistas, como los que ocurrieron en la década de los sesenta, se convirtieran en meros malentendidos, para así evitar la actitud crítica hacia las instituciones y el sistema establecido, creando una sociedad dócil, conformista y pasiva⁸⁷. Asimismo, otros autores también pusieron de manifiesto el mayor riesgo de crear situaciones de desigualdad y discriminación hacia las minorías, reivindicando en su lugar, que los ADR se celebraran sólo cuando existieran disputas entre partes con un estatus o poder similar⁸⁸.

A pesar de las citadas críticas doctrinales, el «movimiento ADR» siguió avanzando, de manera que, en respuesta a su afianzamiento se aprobaron, durante el año 1990, dos leyes federales que preveían su utilización: la *Administrative Dispute Resolution Act*, de 15 de noviembre, en adelante ADRA⁸⁹, y la *Civil Justice Reform Act*, de 1 de diciembre, en adelante CJRA⁹⁰.

La ADRA facultó a las agencias gubernamentales a utilizar los ADR en la mayor parte de las disputas administrativas. Obligó a

⁸⁷ Vid. R. ABEL, «The Contradictions of Informal Justice», en R. ABEL, *The politics of informal justice*, Vol. I, New York, 1982, pp. 267 a 320. También, J. AUERBACH, en su obra *Justice without Law?* (New York, 1983), ha expuesto estas mismas críticas. Vid. D. R. HENSLER, «Our courts, ourselves: How the alternative dispute resolution movement is reshaping our legal system», *Penn St. L. Rev.*, vol. 108, n.º 1, 2003, pp. 170 y 171; W. TWINING, «Alternative to what? Theories of litigation, procedure and dispute settlement in anglo-american jurisprudence: Some neglected classics», *Mod. L. Rev.*, vol. 56, n.º 3, 1993, pp. 380 y 381.

⁸⁸ Esta última crítica ha sido claramente manifestada y explicada por: R. DELGADO, C. DUNN, P. BROWN, H. LEE, D. HUBBERT, «Fairness and formality: Minimizing the risk of prejudice in alternative dispute resolution», *Wis. L. Rev.*, 1985, pp. 1359 a 1404.

⁸⁹ Vid. 5 U.S.C. §§ 571 et seq.

⁹⁰ Vid. 28 U.S.C. §§ 471 et seq.

que toda agencia dependiente del Gobierno estadounidense adoptara una política de promoción de los ADR. Para ello, dispuso que cada una de estas unidades nombrara a un encargado de revisar dicho fomento y su puesta en práctica⁹¹. En todo caso, y aunque no se deba minusvalorar la importancia de esta Ley, hay que tener en cuenta que muchas de estas agencias ya se encargaban de promover y llevar a cabo mediaciones desde hacía bastante tiempo, e incluso de poner en práctica otras modalidades de ADR⁹².

Por otra parte, la CJRA afectaba al funcionamiento de todo el sistema jurisdiccional federal. Estableció que los Tribunales Federales de Distrito comenzaran a implementar programas de resolución alternativa de disputas, para así reducir el coste y el retraso que existía, sobre todo, en las causas civiles⁹³. Aunque la incorporación de estos programas se hizo de forma gradual, lo cierto es que fue todo un éxito⁹⁴.

En todo caso, esta Ley debe ser completada con la promulgación de otra: la *Alternative Dispute Resolution Act*, de 30 de octubre de 1998⁹⁵. La citada Ley sí que obligaba a todo Tribunal Federal de Distrito a la inclusión de un programa de ADR. En este sentido, exigía a las partes litigantes que, al menos, consideraran la posibilidad de utilizar algún tipo de resolución alternativa de dispu-

⁹¹ En 1996, el Congreso extendió el ámbito de aplicación y mejoró ciertos extremos de esta Ley, autorizando a las agencias la realización de arbitrajes vinculantes, incrementando las materias susceptibles de ADR, además de aumentar las garantías de confidencialidad, *vid.* AA.VV., «Developments in the law...», *loc. cit.*, p. 1860; T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, p. 246. Sobre esta Ley, *vid.* G. M. MORÁN, «La mediación en EE.UU.», en E. SOUTO GALVÁN (dir.), *La mediación: un instrumento de conciliación*, Madrid, 2010, pp. 24 y 25.

⁹² Además, también en el ámbito administrativo, desde la década de los ochenta, se venía practicando el denominado *negotiated rule making* o *Reg-Neg*, esto es, un tipo de ADR llevado a cabo durante el proceso de elaboración de una norma, con el fin de que ésta logre satisfacer los intereses tanto de las agencias gubernamentales y poderes públicos, como de los ciudadanos interesados y afectados por la misma. Debido al éxito de este ADR, el Congreso estadounidense, animado por la ABA y otras organizaciones sobre la materia, aprobó en 1990 la *Negotiated Rulemaking Act*, con el fin de regular y homogeneizar esta técnica, *vid.* J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, pp. 226 a 228; K. K. KOVACH, *The evolution of mediation in the United States...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 400 y 401. También existía la figura del *Ombudsman*. Éste solía actuar en ámbitos reducidos, como municipios, regiones o universidades, resolviendo conflictos a través de cualquier tipo de ADR, actuando como mediador, conciliador e incluso como árbitro, *vid.* J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, pp. 219 y 220.

⁹³ *Vid.* S. BARONA VILAR, «Aproximación al movimiento de ADR (alternative dispute resolutions) en EE.UU, R.F.A e Italia», *RCEA*, 1998, pp. 59 y 60; S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Valencia, 2013, pp. 45 y 46.

⁹⁴ Para el año 1996, más de la mitad de los Tribunales Federales gozaban de algún tipo de programa de mediación, *vid.* R. BIRKE, L. E. TEITZ, «U.S. Mediation in 2001: The path that brought America...», *loc. cit.*, p. 193; C.B. RENFREW, «Into the 21st Century», *CPR Institute for Dispute Resolution: Alternatives*, p. 7.

⁹⁵ *Vid.* 28 U.S.C. §§ 651 et seq. Sobre el contenido de esta Ley, *vid.* G. M. MORÁN, *La mediación...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

tas, al igual que también se obligaba al Tribunal a ofrecer alguno de los ADR contenidos en el programa.

No obstante, esta regulación trajo consigo algunas cuestiones controvertidas. En concreto, no contenía ninguna norma relativa a la forma de aplicar los programas de ADR por parte de los tribunales, dejando plena discrecionalidad a los jueces en lo referente al desarrollo de estos métodos alternativos. Y si bien, esta falta de regulación, se vio por algunos como un acto plenamente coherente, para así evitar la judicialización de procesos que por definición, eran completamente informales y flexibles, otros entendían que existían determinadas garantías que, efectivamente, debían ser reguladas, como la confidencialidad; la neutralidad; y la formación y cualificación del mediador⁹⁶.

Sin embargo, que esta Ley no regulara dichos extremos, no significaba que no existiera ningún tipo de ordenación al respecto. En el caso de la mediación, los principios de confidencialidad y de neutralidad, eran regulados por cada Estado, aunque la normativa era dispersa y muy distinta entre sí. Por otra parte, y en lo que se refiere a los controles de calidad de los profesionales de la mediación, lo cierto es que existía un vacío legal manifiesto, si bien, este era suplido a través de las actividades, documentos e informes elaborados por las organizaciones de ADR más importantes del país⁹⁷. Esta situación empezó a generar problemas⁹⁸. Uno de los más importantes fue el nacimiento de una cierta jurisprudencia en torno al principio de la confidencialidad, la cual establecía la obligación de los mediadores de tener que testificar en aquellos juicios posteriores a las mediaciones infructuosas en las que habían participado⁹⁹. El surgimiento de dicha jurisprudencia, junto con la insuficiente, y a veces, incorrecta regulación de la mediación por parte de los Estados, además de la presión ejercida por los mediadores, organizados a través de sus asociaciones, llevaría en pocos años a la aprobación de la *Uniform Mediation Act*, también conocida como UMA.

⁹⁶ Vid. AA. VV., «Developments in the law...», *loc. cit.*, p. 1861.

⁹⁷ La asociación que más trabajó por los estándares de calidad de los mediadores fue la SPIDR, *vid. AA. VV.*, «Developments in the law...», *loc. cit.*, pp. 1874 y 1875; J.J. ALFINI, S.B. PRESS, J. R. STERNLIGHT, J. B. STULBERG, *Mediation theory...*, *op. cit.*, pp. 401 a 403.

⁹⁸ Además, no sólo se deben tener en cuenta las leyes estatales, sino también las propias regulaciones de las organizaciones y asociaciones de mediación. Así las cosas, se estima que antes de la elaboración de la UMA, en EE.UU. existían unas 300 normas reguladoras de la mediación, *vid. J. L. REICHERT*, «Bar organizations urge uniformity in mediation Law», *Trial*, n.º 35, 1999, pp. 104 y 105.

⁹⁹ Para conocer la citada jurisprudencia sobre el principio de confidencialidad, *vid. R. BIRKE, L. E. TEITZ*, «U.S. Mediation in 2001: The path that brought America...», *loc. cit.*, pp. 195 a 197.

B) La *Uniform Mediation Act* de 2001

En 1998, la *National Conference of Commissioners for Uniform State Laws*, en adelante la NCCUSL, creó un comité para la elaboración de la *Uniform Mediation Act*¹⁰⁰. El citado comité, en estrecha colaboración con la ABA¹⁰¹, elaboró varios borradores en los años sucesivos, hasta que finalmente se logró su aprobación en agosto de 2001¹⁰². La UMA tiene como principal finalidad uniformar determinadas cuestiones referentes a la mediación, que han sido tratadas de muy distinta forma por los cincuenta Estados, bien porque muchos legisladores estatales no han comprendido del todo cómo era exactamente un proceso de mediación, bien, porque incluso hay Estados que aún no tienen una regulación propia en torno a esta institución¹⁰³.

Esta Ley está compuesta por 17 Secciones. La primera Sección simplemente se limita a transcribir su título, *Uniform Mediation Act*, sin embargo, los dos siguientes apartados sí son más importantes, en tanto que definen los conceptos fundamentales del instituto de la mediación, así como el ámbito de aplicación de la propia UMA. En este sentido, es interesante destacar, en primer lugar, la definición de mediador, la cual no exige ninguna cualificación específica para serlo¹⁰⁴, y en segundo lugar, el propio concepto de mediación, caracterizado por su amplitud, esto es, por abarcar todos los modelos de mediación existentes, pero a la vez, construyéndose en contraposición con otros instrumentos de resolución de conflictos donde el tercero impone una decisión a las partes¹⁰⁵. Por otra parte, la Sección 3.^a

¹⁰⁰ Esta Ley puede consultarse en la propia página web de la NCCUSL. En cuanto al proceso de elaboración y redacción de la UMA, *vid.* M. B. GETTY, «The process of drafting the Uniform Mediation Act», *N. Ill. U. L. Rev.*, vol. 22, n.º 2, pp. 157 a 164.

¹⁰¹ Si bien la participación de la ABA en la formación de la citada Ley fue fundamental, lo cierto es que Universidades, jueces, y demás organizaciones de mediadores también participaron en su confección, *vid.* L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, *op. cit.*, p. 203.

¹⁰² Es importante tener en cuenta que la UMA necesita ser aprobada por cada uno de los Estados, para que se convierta en ley para ellos. Según la NCCUSL, la UMA ha sido ya adoptada por: Nebraska, Illinois, New Jersey, Ohio, Iowa, Idaho, South Dakota, Washington, Utah, The District of Columbia y Vermont, Hawaii, Massachusetts y New York.

¹⁰³ Al igual que ocurrió con la *Dispute Resolution Act*, y a pesar de que la UMA parecía tener un objetivo completamente legítimo, lo cierto es que existió un gran debate en torno a si se debía aprobar una ley de tales características, o por el contrario, ésta era innecesaria. *Vid.* R. BIRKE, L. E. TEITZ, «U.S. Mediation in 2001: The path that brought America...», *loc. cit.*, pp. 201 y 202.

¹⁰⁴ La definición de mediador se encuentra reflejada en el apartado 3.º de la Sección 2.ª Si bien, ésta debe ser completada con otras disposiciones de la Ley, que reflejan los deberes y derechos de los mediadores, *vid.* Sección 6.ª apartados (a)(5) y (c); Sección 7.ª Sección 8.ª y Sección 9.ª En definitiva, todos estos preceptos son los que componen el estatuto uniformado del mediador.

¹⁰⁵ *Vid.* *Uniform Mediation Act with Prefatory Note and Comments*, p. 13. Ejemplo paradigmático de esos otros instrumentos de resolución de conflictos es el arbitraje.

establece las exclusiones de esta Ley, en concreto, ésta no se aplica a: *a)* la mediación fruto de la negociación colectiva; *b)* la mediación efectuada por un juez; *c)* la llamada *peer mediation* llevada a cabo en centros educativos, y *d)* la mediación realizada en centros correccionales para jóvenes¹⁰⁶.

A continuación, y concretamente de la Sección 4.^a a la Sección 6.^a se regulan los diferentes extremos del denominado *mediation privilege*, esto es, la garantía según la cual ninguna de las informaciones reveladas a lo largo del procedimiento de mediación serán utilizadas ni admitidas ante ningún tribunal. Este extremo, junto con la confidencialidad, constituyen el núcleo central de la UMA, lograr la uniformidad de ambos es el objetivo principal de esta Ley, pues las anteriores y múltiples regulaciones sobre estos puntos era un grave obstáculo para lograr que la mediación tuviera éxito¹⁰⁷. En concreto, dentro de la Sección 4.^a se recoge el derecho de las partes y del mediador a negarse a declarar en un proceso judicial cualquier información que se dijera durante las sesiones de mediación. Y además, se establece su derecho a impedir que cualquier otra persona declare sobre lo que se dijo durante dichas sesiones¹⁰⁸.

Por otra parte, el principio de confidencialidad se regula en la Sección 8.^a En virtud del mismo, todas las informaciones vertidas durante un proceso de mediación no pueden hacerse públicas. La diferencia que existe entre el *mediation privilege* y este principio, es que el pri-

¹⁰⁶ Sobre el concepto de *peer mediation*, *vid. supra*, nota n.º 60.

¹⁰⁷ *Vid.* K. K. KOVACH, «The evolution of mediation in the United States...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 443 y 444.

¹⁰⁸ Además de las partes en conflicto y del mediador, también pueden asistir otras personas al proceso de mediación. Normalmente, éstas suelen ser los abogados de las partes, si bien, no hay obstáculo que impida la participación de cualquier otro sujeto, así lo establece la Sección 10.^a de la propia UMA.

En todo caso, el denominado *mediation privilege* no es absoluto. Muestra de ello es la Sección 6.^a que enumera todas sus excepciones: *a)* si existe un acuerdo firmado donde conste la no aplicación de los citados derechos; *b)* si las sesiones de mediación son públicas, bien porque así lo quieren las partes, bien, por estar establecido en la ley; *c)* en caso de amenazas o por la comisión de un delito violento; *d)* si se tiene la intencionalidad de planear, cometer, intentar cometer o encubrir un crimen u otra actividad criminal; *e)* si existen pruebas de malas prácticas por parte del mediador; *f)* si hay evidencias de mala conducta de las partes o de sus representantes y, *g)* si hay pruebas de abuso o abandono hacia algún menor o mayor necesitado de protección.

La Sección 5.^a completa lo dicho en la anterior, al permitir que las partes, el mediador, o cualquier otro participante en las sesiones de mediación renuncien a estos derechos, siempre y cuando lo hagan expresamente. Si bien, no admite que los mismos se hagan valer en dos casos: *a)* cuando esos derechos se invoquen con el fin de planear, cometer, intentar cometer o encubrir un crimen u otra actividad criminal durante la mediación o; *b)* cuando su objetivo sea impedir que una de las partes responda a una acusación basada en una declaración realizada por la otra parte y cuyo contenido sea precisamente las conversaciones mantenidas a lo largo de las sesiones de mediación.

En esta misma línea, la Sección 7.^a prohíbe a los mediadores realizar informes a cualquier agencia o persona con autoridad para pronunciarse sobre el caso. Si bien, ellos sí pueden declarar sobre el hecho de la celebración de la mediación, sobre si ésta llega a terminar en acuerdo o no, así como sobre las personas que asistieron a la misma.

mero se refiere a la no revelación de información en los procesos judiciales o arbitrales posteriores a una mediación, mientras que el principio de confidencialidad abarca al público en general¹⁰⁹.

Por último, cabe destacar los artículos relativos a la Sección 9.^a destinados a regular la imparcialidad del mediador. Según dicho principio, los mediadores tienen la obligación de analizar si existen hechos que pudieran afectar a su labor, como algún tipo de relación financiera o personal con las partes, o algún interés en un determinado acuerdo. De modo que si fuera así, el mediador deberá comunicárselo a las mismas.

En cualquier caso, a través de la UMA no sólo se ha pretendido dar un tratamiento uniforme de la mediación en su dimensión interna, sino también, lograr que dicha uniformidad se proyecte *ad extra*, para evitar algunos de los problemas derivados de aquellas mediaciones que resuelvan conflictos transfronterizos. En este sentido, la Ley hace referencia al uso de la mediación a través de Internet, e incluso a la mediación comercial internacional¹¹⁰.

En definitiva, la UMA recoge aspectos fundamentales de la mediación, definiendo cada uno de los elementos básicos que la componen, y aclarando cuestiones en torno al funcionamiento de este método. Estas disposiciones son esenciales, no sólo para dotar de uniformidad a la mediación, sino para lograr que ésta sea íntegra, y que se respete durante su desarrollo unas mínimas garantías, porque sólo así, se consigue que sea exitosa. Todo ello, sin afectar a las características que han hecho de la mediación una herramienta tan ventajosa, como su flexibilidad y su facilidad para adaptarse a la variedad de disputas interpersonales que surgen día a día¹¹¹.

III. LA EXPANSIÓN DEL «MOVIMIENTO ADR» A EUROPA: EL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN EN LOS PAISES EUROPEOS

Al mismo tiempo que en EE.UU. se celebraba la Conferencia Pound, y se ponían en marcha muchas de las ideas allí expuestas,

¹⁰⁹ Vid. *Uniform Mediation Act with Prefatory...*, *op. cit.*, p. 36.

¹¹⁰ La regulación de la mediación comercial internacional se encuentra en la Sección 11.^a de la UMA. Esta disposición fue agregada dos años después de la aprobación de la citada Ley, consecuencia de la incorporación de la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional*, vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, p. 343. Para profundizar sobre esta última Ley, y sobre su influencia en la UMA, vid. *infra*, apartado IV. 1. B) de este trabajo. Por su parte, la posibilidad de resolver los conflictos *online* se recoge en la Sección 12.^a de la citada Ley. Por la propia naturaleza del medio, los conflictos que surgen del comercio electrónico suelen ser internacionales, lo cual no obsta para que algunos también puedan ser meramente internos, de ahí que la Sección 12.^a abarque ambos supuestos.

¹¹¹ Para un estudio profundo de la UMA, vid. *Uniform Mediation Act Symposium, J. Disp. Resol.*, vol. 2003, n.º 1, 2003, pp. 1 a 238.

surgió el denominado *The Florence Access to Justice Project*, un programa formado por académicos de todo el mundo, tanto europeos como norteamericanos, con el fin de tratar todas aquellas cuestiones sociales, políticas, económicas y jurídicas que influían sobre el derecho de acceso a los tribunales¹¹². Esta iniciativa fue fruto de la preocupación, que también comenzaba a surgir en Europa, acerca del mal funcionamiento de la justicia y de los múltiples obstáculos encontrados por los ciudadanos a la hora de acceder a la misma¹¹³.

Como consecuencia del trabajo realizado en este proyecto, se consiguió trazar y explicar por entero, el denominado «movimiento de acceso a la justicia»¹¹⁴. Una corriente de pensamiento que había nacido en los países occidentales durante la década anterior, y seguía desarrollándose en aquel momento. Según el citado proyecto, habían existido tres momentos clave que detallaban el desarrollo de dicho movimiento.

La primera fase tuvo lugar en los años sesenta con la introducción de la asistencia legal. El fin de esta figura era permitir el acceso a los tribunales, a aquellas personas, que sin esa ayuda, no hubieran podido acudir, por carecer de recursos económicos para pagar un asesoramiento profesional y/o representación letrada¹¹⁵.

¹¹² Este proyecto fue financiado por la *Ford Foundation*, el *Italian National Council*, y el *European University Institute*. El resultado se publicó en la publicación, M. CAPPELLETTI (ed.), *The Florence Access to Justice Project*, vols. I-IV, Alphen aan den Rijn and Milan, 1978-1979.

¹¹³ Vid. N. ALEXANDER, «Mediation in civil procedure –A comparative perspective», en AA.VV, *Convergence of legal systems in the 21st Century, General reports delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law, Brisbane 2002*, Bruxelles, 2006, pp. 595 y 596; N. ALEXANDER, *Global trends in mediation...*, loc. cit., op. cit., p. 21. Si bien, dicho en el caso de los países europeos del *civil law* también influyeron las experiencias tan exitosas que ya habían tenido los países del *common law*, principalmente, EE.UU e Inglaterra y Gales.

¹¹⁴ Se debe tener en cuenta que este proyecto abarcaba a todos los países occidentales, esto es, tanto a los sistemas del *common law*, como a los propios del *civil law*. Respecto de estos últimos, es importante recordar que no fue hasta finales del siglo XIX, cuando el derecho de acudir a los tribunales, no se concibió como un derecho público del ciudadano, y en contraposición, como una función, una obligación del Estado. Después de la II Guerra Mundial, y debido a esta concepción pública del derecho de acción en tanto que protección judicial de los demás derechos, comienza a constitucionalizarse este derecho de acceso a la justicia. Dicha plasmación constitucional, hizo que muchos tribunales comenzaran a interpretar esta garantía fundamental, de tal forma que supuso una enorme ampliación de su contenido, y precisamente es esta extensión, producida a partir de los años sesenta, la que estudia este «movimiento de acceso a la justicia». Aunque este desarrollo del derecho de acceso a la justicia, es una pauta generalizada en todos los sistemas del *civil law*, no se debe obviar que cada Estado ha llevado a cabo esta progresión en años, e incluso décadas diferentes. Por otra parte, y en lo que se refiere a los sistemas del *common law*, el desarrollo del derecho de acceso a la justicia también existió, pero por vía jurisprudencial. En Reino Unido a partir del concepto de *natural justice*; y en EE.UU a partir del principio del *due process of law*. Vid. S. BARONA VILAR, *Solución extrajurisdiccional...*, op. cit., p. 22; S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, op. cit., p. 40; M. Taruffo, *Páginas sobre...*, op. cit., pp. 32 a 35, 156, 157 y 164 a 168.

¹¹⁵ Para profundizar sobre la asistencia legal como primera fase del «movimiento de acceso a la justicia», vid. G. BELLOW, «Legal Services to The Poor: An American Report»,

La segunda etapa, surgida a principios de los años setenta, se identifica con las *class actions*. El origen de nuevos derechos e intereses colectivos y difusos, como los relativos al consumo o al medio ambiente, generó la necesidad de crear correlativamente unos mecanismos procesales propios, porque las instituciones tradicionales del proceso judicial estaban pensadas para derechos individuales¹¹⁶.

Finalmente, el último paso, materializado a finales de los años setenta, se refiere al nacimiento de los ADR como vías para evitar los defectos de los juicios tradicionales y conseguir así, un efectivo acceso a la justicia. Los ADR, y el *multi-door courthouse* fue buena muestra de ello, no surgieron para desplazar definitivamente a los procesos judiciales, sino para lograr que éstos sólo se utilizaran en los conflictos dónde, por su propia naturaleza, eran más útiles. Dejando otros muchos tipos de disputas, sobre todo aquéllas derivadas de relaciones de larga duración, para los demás mecanismos de resolución de conflictos, en especial, para la mediación.

Sin embargo, el proceso siempre ha gozado de grandes diferencias entre el sistema del *common law* y el del *civil law*. Por ello, el «movimiento ADR» consiguió expandirse rápidamente por los demás países del *common law*. La mediación pronto comenzó a ser utilizada en Australia, en Canadá, y en el Reino Unido¹¹⁷. Su implantación en estos sistemas procesales, fue más fácil, mucho más «natural», que su ulterior instauración en los ordenamientos procesales del *civil law*¹¹⁸.

En primer lugar, los sistemas procesales del *common law* se caracterizan por ser más prácticos y flexibles. Con ello, el comportamiento de los abogados es diferente al mostrado en aquellos que operan dentro de sistemas propios del *civil law*. Éstos están más sujetos a lo establecido en las leyes, en cambio los primeros no son tan formalistas, sino más funcionales y pragmáticos, lo cual encaja con la esencia de los ADR¹¹⁹.

en M. CAPPELLETTI (ed.), *Access to Justice...*, *op. cit.*, pp. 49 a 68; M. ZANDER, «The First Wave», en M. CAPPELLETTI (ed.), *Access to Justice...*, *op. cit.*, pp. 27 a 47.

¹¹⁶ Vid. H. KÖTZ, «Public Interest Litigation: A Comparative Survey», en M. CAPPELLETTI (ed.), *Access to Justice...*, *op. cit.*, pp. 85 a 117; L. TRUBEK, D. TRUBEK, «Civic Justice Through Civil Justice: A New Approach to Public Interest Advocacy in the United States», en M. CAPPELLETTI (ed.), *Access to Justice...*, *op. cit.*, pp. 119 a 144.

¹¹⁷ Vid. N. ALEXANDER, *Mediation in Civil Procedure...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 598; N. ALEXANDER, *Global trends in mediation...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 7.

¹¹⁸ Vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento ADR (alternative dispute resolution) en las relaciones transfronterizas», *RCEA*, 2005, pp. 93 y 94; E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «La mediación como método moderno de gestión del conflicto: expansión desde los EE.UU.», en C. ARRANZ DE ANDRÉS, M. SERNA VALLEJO (coords.) *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 1050 y 1051.

¹¹⁹ Vid. N. ALEXANDER, «What's law got to do with it? Mapping modern mediation movements in civil and common law jurisdictions», *Bond L. Rev.*, vol. 13, n.º 2, p. 21.

En segundo lugar, en el *common law* existe un mayor protagonismo de los abogados en detrimento de la pasividad del juez. Son las partes quienes tienen el control sobre el proceso, aspecto que, en cierta medida, comparte con los ADR, pero que es completamente diferente en los sistemas procesales del *civil law*¹²⁰. Además, el papel crucial que juegan los abogados durante el mismo, también se traduce en altos honorarios, mucho más elevados que los exigidos normalmente en los sistemas del *civil law*¹²¹. Esto ha fomentado el uso de los ADR, tanto desde un punto de vista general, porque cuanto antes se llegue a una solución, los gastos serán considerablemente inferiores; como desde una perspectiva específica, porque las controversias de escasa cuantía, y/o las personas con pocos ingresos, están excluidas del sistema *de facto*, esto es, no van a gastarse el dinero que no tienen, o más de lo que realmente reclaman.

Finalmente, hay que hacer referencia a la presencia del jurado en el proceso judicial del *common law*. Debido a esta característica, el *trial*, la fase que equivale a nuestro juicio, siempre ha sido eminentemente oral, concentrada en una o pocas vistas, y dedicada principalmente a la práctica de las pruebas testimoniales¹²². No obstante, aunque esta sea la fase decisiva por excelencia, no por ello es la más importante. En el proceso bifásico propio del *common law*, el *pre-trial*, o fase preliminar, es crucial para su desarrollo. Aunque su objetivo final es preparar la causa para exponerla con éxito ante el jurado, su utilidad principal consiste en lograr resolver el conflicto antes de llegar al *trial*. Dentro de esta fase, el *discovery* es un momento fundamental porque con él, las partes pueden conocer todos los medios de prueba de la contraria, de modo que cada una de ellas pueda valorar sus posibilidades de victoria o fracaso, siendo conscientes del riesgo que toman continuando con el proceso. Sin duda, este es el momento propicio para que las partes se sienten a negociar¹²³.

El citado protagonismo de los abogados, junto con las partes, para manejar el proceso, así como la existencia de un momento procesal oportuno, que tradicionalmente se ha utilizado para negociar, ha hecho que la cultura del acuerdo esté más arraigada en el mundo anglosajón. Por ello, es lógico que el «movimiento ADR»

¹²⁰ Vid. G. C. HAZARD Y M. TARUFFO, *La justicia civil en los Estados Unidos*, trad. F. GASCÓN INCHAUSTI, Cizur Menor, 2006, p. 141.

¹²¹ Vid. N. ALEXANDER, *Global trends in mediation...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 26.

¹²² Vid. M. TARUFFO, *Páginas sobre...*, *op. cit.*, pp. 78 y 79; G.C. HAZARD, M. TARUFFO, *La justicia civil...*, *op. cit.*, p. 141.

¹²³ En Reino Unido y EE.UU., la mayoría de las controversias terminan en la fase del *pre-trial* tras la negociación de las partes, *vid.* M. TARUFFO, *Páginas sobre...*, *op. cit.*, pp. 122 y 123.

llegara a Europa a través del Reino Unido, único país que tiene el *common law* como sistema jurídico. En este sentido, la implantación de los ADR en dicho Estado fue mucho más sencilla, tanto en un sentido técnico-jurídico, como en términos culturales, y socio-lógicos.

1. LA TEMPRANA IMPLANTACIÓN DEL «MOVIMIENTO ADR» EN EL REINO UNIDO

Con la llegada del «movimiento ADR» al Reino Unido, comenzó la práctica de la mediación tanto en el ámbito familiar como comercial. Tras las primeras prácticas mediadoras de tipo experimental, los tribunales empezaron a fomentar su uso, para finalmente, quedar recogidos en la legislación¹²⁴.

En Inglaterra y Gales¹²⁵, la mediación comenzó a ser experimentada por primera vez en el ámbito familiar. En 1974, el *Report of the Committee on One-Parent Families*, más conocido como el *Informe Finer*¹²⁶, destacaba la necesidad de unificar el sistema de tribunales familiares, y fijaba la conciliación como un instrumento a tener en cuenta a la hora de resolver los conflictos entre las parejas, surgidos como consecuencia de la separación y el divorcio¹²⁷. Años más tarde, en 1977, el Tribunal del Condado de Bristol introducía el citado método de la conciliación para los procesos de divorcio, y ya en 1978 se creó el *Bristol Courts Family Conciliation Service*, un servicio de conciliación familiar extrajudicial, que ayudaba a las parejas divorciadas a ponerse de acuerdo en cuestiones tan controvertidas como la custodia de sus hijos¹²⁸.

¹²⁴ Lo mismo había ocurrido en EE.UU, *vid. supra*, apartado II de este trabajo.

¹²⁵ Aunque en referencias anteriores se hable del Reino Unido de forma general, este apartado se refiere concretamente a Inglaterra y Gales, ya que comparten esencialmente el mismo ordenamiento jurídico. Sin embargo, Escocia conserva el suyo propio. De ahí que tampoco exista referencia a Gran Bretaña, que junto a Irlanda del Norte, componen el Reino Unido.

¹²⁶ *Vid. Cmnd 5629* [1974].

¹²⁷ En el ámbito familiar, y en cuanto a Inglaterra y Gales se refiere, tanto la conciliación como la mediación, se utilizan como términos sinónimos, *vid. M. CAPPELETTI*, «Alternative dispute resolution processes within the framework of the world-wide access-to-justice movement», *Mod. L. Rev.*, vol. 56, n.º 3, 1993, p. 290. Ello se debe, principalmente, al significado tan amplio que se otorgó desde el principio a la palabra «conciliación» por parte del *Informe Finer*, *vid. R. DINGWALL*, «Some observations on divorce mediation in Britain and the United States», *Med. Q.*, vol. 11, 1986, p. 6.

Es importante destacar que en este informe, a diferencia de lo que al principio había ocurrido en EE.UU., la conciliación no se concebía como un medio para reconciliar a las partes, sino para gestionar una crisis matrimonial ya definitiva, *vid. R. DINGWALL*, *Some observations...*, *loc. cit.*, p. 6.

¹²⁸ *Vid. M. MARTÍN CASALS*, «Divorce mediation in Europe: An introductory outline», *EJCL*, vol. 9.2, July 2005, pp. 17 y 18.

En los años sucesivos y ante el aumento de separaciones y divorcios, otras muchas ciudades fundaron servicios de mediación familiar. La inmediata consecuencia de tal expansión fue la creación de asociaciones que agrupaban a aquellos que se dedicaban a tal actividad. De esta forma nacieron, en 1982, el *National Family Conciliation Council*, conformado por un conjunto de servicios de mediación familiar independientes, y en 1985, la *Family Mediators Association*¹²⁹.

Así las cosas, ya sólo quedaba el reconocimiento de estos métodos, por parte de las instituciones. Este apoyo oficial llegó en 1990 con el informe *Family Law: The Ground for Divorce*¹³⁰. A través de dicho documento, el Gobierno comenzó a resaltar las ventajas y beneficios que aportaba la resolución amistosa de las disputas surgidas como consecuencia de una separación o divorcio, sobre todo, en lo relativo a la custodia de los hijos¹³¹. Dicho reconocimiento, coherente con lo establecido en la *Children Act* de 1989¹³², desembocaría años más tarde, en la Ley que institucionalizó la mediación familiar de Inglaterra y Gales, la *Family Law Act* de 1996¹³³. En este sentido, su principal objetivo es lograr una solución amigable para los conflictos derivados del divorcio. Por ello, establece la obligatoriedad de que los cónyuges acudan a una primera sesión informativa de mediación, de modo que, una vez llevada a cabo, las partes, en cumplimiento del principio de voluntariedad, pueden optar por continuar con la mediación, o por el contrario, acudir al tradicional proceso judicial¹³⁴.

Por otra parte, la mediación comercial se empezó a practicar unos años más tarde que en el ámbito familiar, si bien, en poco tiempo se crearon dos organizaciones fundamentales para la consolidación de este método alternativo de resolución de disputas en el campo mercantil. Una de estas instituciones es el *Alternative Dispute Resolution Group* o ADR Group, creado en 1989, cuya importancia se debe a que fue el primero en ofrecer servicios de mediación comercial en Inglaterra. Y también el *Centre for Effective*

¹²⁹ En 1996, ambas asociaciones en unión con la *Family Mediation Scotland* crearon el *UK College of Family Mediators*, un centro para formar y acreditar a mediadores familiares en todo el Reino Unido, así como para crear determinadas pautas de conducta uniformes para todos, *vid.* M. ROBERTS, «Family mediation: The development of the regulatory framework in the United Kingdom», *Confl. Resol. Q.*, vol. 22, n.º 4, 2005, pp. 515 y 516.

¹³⁰ *Vid.* Law Comisión N.º 192, 1990.

¹³¹ *Vid.* M. MARTÍN CASALS, *Divorce Mediation...*, *loc. cit.*, p. 18.

¹³² *Children Act* [1989 c. 41]. Esta Ley debe destacarse porque, aunque no regula directamente la mediación, sí que fomenta su uso. Establece que los acuerdos concluidos por los progenitores siempre suponen mayor protección para el menor. *Vid.* L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, *op. cit.*, p. 295.

¹³³ *Family Law Act* [1996 c. 27].

¹³⁴ Para conocer otras consecuencias que trajo consigo la *Family Law Act*, *vid.* M. ROBERTS, *Family Mediation...*, *loc. cit.*, pp. 516 a 519.

Dispute Resolution o CEDR, fundado un año más tarde, y hoy en día, uno de los organismos internacionales de referencia en este campo¹³⁵.

Asimismo, la primera vez que se hizo un reconocimiento oficial a los ADR en el ámbito comercial fue en diciembre de 1993, a través de una declaración del Tribunal de Comercio¹³⁶. A partir de dicho pronunciamiento, los citados mecanismos debían ser considerados por los abogados en cada litigio que se planteara ante el nombrado Tribunal¹³⁷. La puesta en práctica fue positiva, de manera que en junio de 1996, el citado Tribunal hizo otra declaración apoyando, de nuevo, su utilización¹³⁸.

La temprana preocupación del Tribunal del Comercio por buscar soluciones alternativas a un proceso judicial antiguo y excesivamente formal e inflexible se convirtió, pocos años después, en una inquietud generalizada. En julio de 1996, Lord Woolf¹³⁹, redactó un informe titulado *Access to Justice*¹⁴⁰. En dicho documento, se mostraban todos los problemas del sistema que resultaba excesivamente caro, además de producirse juicios incomprensiblemente largos y existir un uso nulo de las nuevas tecnologías. Para mejorar y modernizar el sistema, Lord Woolf sugirió una serie de reformas. Entre ellas se encontraba la propuesta de comenzar a utilizar los ADR.

¹³⁵ Vid. L. A. MISTELIS, «ADR in England and Wales: A successful case of public private partnership», en N. ALEXANDER (ed.) *Global Trends...*, op. cit., pp. 139 a 180.

¹³⁶ Vid. *Practice Statement* (Commercial Cases: Alternative Dispute Resolution), 10 December 1993 [1994] 1 WLR 14, [1994] 1 A11 ER 34. El pronunciamiento se encuentra recogido en una *Practice Direction* o *Practice Statement*, esto es, una instrucción que elaboran los tribunales para indicar cómo deben interpretarse y aplicarse las normas. Este documento indicaba que los jueces, cuando así lo creyeran apropiado, debían invitar a las partes a resolver la disputa a través de los ADR. Esta invitación a participar en cualquiera de los métodos alternativos de resolución de conflictos se hacía a través de las llamadas *ADR Orders*.

¹³⁷ En este sentido, la mediación comenzó a erigirse desde el principio como el tipo de ADR ideal para las disputas comerciales, siendo el más utilizado. Vid. T. OYRE, «Civil procedure rules and the use of mediation/ADR», *Arbitration*, vol. 70, n.º 1, February 2004, pp. 19 a 27.

¹³⁸ Vid. *Practice Statement* (Commercial Cases: Alternative Dispute Resolution), 7 June 1996, [1996] 1 A11 ER 383, [1996] 1 WLR 1024. En este caso, se enumeraban todas las ventajas que estos mecanismos de resolución de conflictos tenían, en comparación con la vía jurisdiccional tradicional: «a) no son tan caros como los procesos judiciales; b) la solución al conflicto se alcanza más rápidamente que siguiendo el litigio ante los tribunales; c) permiten resolver las disputas sin dañar las relaciones comerciales entre las partes, y sin perjudicar su reputación; d) pueden alcanzarse soluciones muy variadas, porque se caracterizan por ser más flexibles; y e) se contribuye, así, a hacer un uso más eficiente de los recursos judiciales».

¹³⁹ En ese momento, Lord Woolf era *Master of Rolls*, la segunda autoridad judicial de Inglaterra y Gales, y presidente de la división encargada de los asuntos civiles en el Tribunal de Apelación.

¹⁴⁰ Para conocer, en mayor profundidad, la gran influencia de este informe para las normas de Derecho procesal civil, y en especial, para los ADR, vid. L. BOULLE, M. NESIC, *Mediation: Principles, process, practice*, London, Dublin, Edinburgh, 2001, pp. 228 a 234.

Tres años después, el 26 de abril de 1999, estas propuestas se materializaron con la entrada en vigor de las *Civil Procedure Rules*, en adelante CPR¹⁴¹. Las CPR establecieron numerosas normas en orden a fomentar los ADR en todas aquellas disputas llevadas ante los jueces y tribunales civiles¹⁴².

En esta línea se encuentran las disposiciones que obligan a los tribunales a ser más activos en los procesos. En concreto, *animar a las partes a utilizar los procesos alternativos de resolución de disputas cuando lo consideren apropiado, y facilitar el uso de tales procesos* [rule 1.4.2. (e) CPR]; *ayudar a las partes a solucionar todo o parte del litigio* [rule 1.4.2. (f) CPR]; o *invitar a las partes a solucionar el problema por otras vías alternativas* (rule 3.1 CPR). Además, la norma 26.4 CPR permite la suspensión del proceso judicial para que las partes puedan participar en una mediación, teniendo en cuenta que dicha suspensión puede ser solicitada por las partes, o de oficio.

Por último, la norma 44.5.3 (a) (ii) CPR, obliga a los tribunales a tener en cuenta *los esfuerzos hechos por las partes, si es que hubo, antes y durante el proceso para intentar resolver el conflicto*, a la hora de adjudicar las costas del proceso. Este precepto ha logrado modificar uno de los principios básicos del ordenamiento procesal: la parte que pierde el litigio tiene que pagar las costas del proceso judicial. Además, se debe tener en cuenta que dicha disposición, no establece una facultad para los jueces, sino un deber, que consiste no sólo en tener en cuenta la conducta de las partes durante el proceso judicial, sino también antes del mismo¹⁴³.

Si bien, las normas y pronunciamientos ingleses han tenido una influencia directa de los desarrollos legislativos y jurisprudenciales estadounidenses, no es menos cierto que en los últimos años, Reino Unido, al igual que otros países europeos, también ha tenido que prestar atención a las indicaciones y recomendaciones de las distintas organizaciones internacionales, sobre todo, el Consejo de Europa y la UE.

¹⁴¹ Vid. SI 1998 N.º 3132. De la propuesta de Lord Woolf también surgieron los llamados *pre-action protocols*, o protocolos a seguir antes de iniciar el proceso judicial. Con ellos se quiere lograr que las partes conozcan sus posibilidades de éxito y de fracaso en caso de iniciar el proceso judicial, y así estimularles a lograr un acuerdo que ponga fin al conflicto, sin necesidad de acudir a un juez.

¹⁴² La otra finalidad de la reforma fue simplificar el proceso judicial, hacerlo más sencillo y ágil.

¹⁴³ Para saber más sobre estas normas y su jurisprudencia, *vid.* C. MACHO GÓMEZ, «La mediación comercial como instrumento para la resolución de conflictos en la práctica de Inglaterra y Gales», en L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO (dirs.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI, Tomo I Mediación*, Madrid, 2010, pp. 267 a 280.

2. EL «MOVIMIENTO ADR» EN OTROS PAÍSES EUROPEOS: LA INFLUENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA

La necesidad de mejorar la calidad del derecho de acceso a la justicia por parte de los Estados europeos, así como las experiencias tan exitosas que estaban teniendo los países del *common law* con la utilización de los ADR, originaron el interés de los citados Estados hacia estos mecanismos, y especialmente, hacia la mediación¹⁴⁴.

Sin embargo, a diferencia de los países del *common law*, donde con anterioridad a la regulación de la mediación, su período de experimentación y práctica fue largo y abundante, en los países europeos del *civil law* la ordenación de la mediación ha sido, en general, más bien temprana, esto es, tan sólo con discretas y aisladas experiencias como base en algunos casos. Este contraste se debe a la propia esencia de dicho sistema, caracterizado por su afán codificador y en el que la Ley es la principal fuente del Derecho¹⁴⁵, pero también al impulso de algunas organizaciones internacionales¹⁴⁶, sobre todo, a las tempranas Recomendaciones del Consejo de Europa¹⁴⁷.

A) Primeras experiencias mediadoras y reformas legislativas introductorias de la mediación

La primera Recomendación que invitó a la utilización de los ADR fue la *Recomendación n.º 7/1981 del Comité de Ministros*

¹⁴⁴ Vid. N. ALEXANDER, *Mediation in Civil Procedure...*, loc. cit., op. cit., p. 598; N. ALEXANDER, *Global trends in mediation...*, loc. cit., op. cit., pp. 7 y 20; A. J. DE ROO, R.W. JAGTENBERG, «The dutch landscape of court-encouraged mediation», en N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends...*, op. cit., p. 283. Cuando en este apartado se habla de Estados europeos, se refiere, especialmente, a: Alemania, Austria, Francia, Holanda, y España.

¹⁴⁵ A excepción de Holanda que, como se verá a continuación, se ha centrado más en la innovación y experimentación de la mediación, que en su regulación. Vid. N. ALEXANDER, *Global trends in mediation...*, loc. cit., op. cit., pp. 30 a 32; N. ALEXANDER, *Mediation on Trial...*, loc. cit., op. cit., pp. 18 y 19.

¹⁴⁶ Además del Consejo de Europa, la UE, también ha sido una influencia importante para los Estados miembros. En cualquier caso, las acciones de la UE relativas al fomento de los ADR, aunque influyen de forma importante en los ordenamientos internos de los Estados miembros están dirigidas especialmente a las relaciones privadas transfronterizas. Por ello, los impulsos dados por la UE en esta materia, al igual que el papel de la CNUDMI y la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado se estudiarán en el apartado IV de este trabajo.

¹⁴⁷ Tal y como apunta M. DÍEZ DE VELASCO, el Consejo de Europea es una organización de cooperación de fines generales. Y aunque en el Preámbulo de su Estatuto realiza una definición muy genérica de sus fines, lo cierto es que en la práctica, los objetivos de cooperación internacional se han ampliado mucho más (vid. *Las organizaciones internacionales*, 13.ª ed., Madrid, 2003, pp. 451 y 452). Vid. también J.A. PASTOR RIDRUEJO, «Sesenta años del Consejo de Europa», *RDCE*, n.º 33, mayo/agosto 2009, pp. 446 a 448.

a los Estados miembros, relativa a medidas tendentes a facilitar el derecho de acceso a la justicia¹⁴⁸. Con ella, el Consejo de Europa, consciente de la complejidad, la lentitud y el excesivo coste económico del tradicional proceso judicial, alentaba a los Estados a tomar una serie de medidas para mejorar el cumplimiento del derecho de acceso a la justicia (art. 6 CEDH). Entre dichas medidas, se encontraba la de facilitar y animar a las partes en conflicto a participar en conciliaciones o en otro tipo de vías para la solución amigable de disputas, bien antes de acudir al proceso judicial, bien en cualquier momento durante su desarrollo.

En esta misma línea, se aprobó la *Recomendación n.º 12/1986, del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia*¹⁴⁹. Basándose en el mismo objetivo que la anterior Recomendación, –mejorar el derecho de acceso a la justicia–, dicho documento proponía a los Estados incentivar el uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Sin embargo, esta vez, no sólo mencionaba la conciliación, sino que también hacía una referencia literal a la mediación y al arbitraje. Además, es importante destacar que estableció una larga lista de eventuales campos de actuación, compuesta, principalmente, por conflictos civiles y comerciales.

Teniendo en cuenta ambos antecedentes, desde mediados de los años ochenta, muchos Estados de Europa comenzaron a poner en práctica la mediación, principalmente, en el ámbito familiar¹⁵⁰. En España, se creó el primer servicio de mediación en el año 1988, situado en San Sebastián, y denominado *Servicio de Mediación a*

¹⁴⁸ Vid. *Recomendación n.º 7/1981 del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a medidas tendentes a facilitar el derecho de acceso a la justicia*, adoptada por el Comité de Ministros, el 14 de mayo de 1981, en la reunión 68 de los delegados de los Ministros.

¹⁴⁹ Vid. *Recomendación n.º 12/1986, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia*, adoptada por el Comité de Ministros, el 16 de septiembre de 1986, en la reunión 399 de los delegados de los Ministros.

¹⁵⁰ Si bien, Holanda es una excepción respecto del resto de Estados europeos pertenecientes al *civil law*, porque en la década de los años setenta, ya se había iniciado su práctica, Vid. N. ALEXANDER, *Mediation in Civil Procedure...*, loc. cit., op. cit., p. 598; N. ALEXANDER, *Global trends in mediation...*, loc. cit., op. cit., p. 7 y; A. J. DE ROO, R. W. JAGTENBERG, *The dutch landscape...*, loc. cit., op. cit., pp. 283 y 293; L. GARCÍA GARCÍA, *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en conflictos familiares*, Madrid, 2003, p. 32.

También existían experiencias en el ámbito penal. Sin embargo, la mediación penal no se comenzó a practicar por descargar de trabajo a los tribunales, sino porque, en ciertos casos, creaba cierta humanización en la infracción, beneficiando a la víctima y rehabilitando al delincuente. Esta otra dimensión de la mediación en el ámbito penal, pronto se extendió a Europa, vid. *infra*, nota n.º 157; N. ALEXANDER, *What's law got to do with it?...*, loc. cit., p. 7; N. ALEXANDER, *Global trends in mediation...*, loc. cit., op. cit., p. 17. En este mismo sentido, en EE.UU, vid. *supra*, nota n.º 78.

la familia en conflicto. Ya en 1990, surgieron otros cuatro: a) el *Servicio de Mediación familiar de la Unión de Asociaciones Familiares* en Madrid; b) el *Programa de Mediación Familiar del centro Ábside y la Fundación Familia, Ocio y Naturaleza*; c) el *Servicio de Mediación Familiar de Barcelona*; d) el *Servicio de Mediación Familiar del Instituto Genus*, en Barcelona¹⁵¹.

En Francia, durante el año 1989, se fundó la *Association pour la promotion de la Médiation Familiale*, una organización con el fin de promocionar la mediación familiar, no sólo a nivel francés, sino también europeo¹⁵², y tres años más tarde, en 1991, nació el *Comité National des Associations et Services de Médiation Familiale*. En esta misma línea, el Gobierno francés, preocupado por el gran número de divorcios planteados ante los tribunales, creó, en 1994, la *Conférence nationale de la famille*, con el fin de avanzar hacia su implantación en el ordenamiento jurídico¹⁵³.

En Alemania, si bien ya en los años ochenta surgieron los primeros servicios de mediación para familias separadas, no fue hasta 1993 cuando se creó la *Bundesarbeitsgemeinschaft für Familienmediation*, en adelante BAFM¹⁵⁴. Por otro lado, el Ministerio de

¹⁵¹ Vid. N. BELLOSO MARTÍN, «La mediación familiar: algunas experiencias en el derecho comparado internacional», en N. BELLOSO MARTÍN (coord.), *Estudios sobre Mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León*, Valladolid, 2006, p. 88; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, op. cit., pp. 321 a 326 y; A. RIPOLL-MILLET, *Familias, trabajo social...*, op. cit., pp. 82 a 87. Que estos servicios de mediación comenzaran su andadura a partir de la década de los ochenta, no fue casualidad, sino la consecuencia a la promulgación de la *Ley 30/1981, de 7 de julio, de modificación de la regulación del matrimonio civil en el Código civil y procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*, vid. «BOE» n.º 172, de 20 de julio de 1981. Antes de dicha norma, la imposibilidad de poder separarse legalmente o divorciarse, hacía del todo inviable el uso de la mediación familiar. Sin embargo, a partir de la misma, fue posible pactar los puntos que conformaban el convenio regulador, y por ello, se pudo establecer mecanismos extrajudiciales en orden a resolver los efectos derivados de la separación, la nulidad o el divorcio contenidos en dicho convenio. Además, de forma paralela a esta Ley, y a través del *Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, por el que se crean los Juzgados de Familia*, vid. «BOE» n.º 62, de 8 de julio de 1981, se crearon tanto los Juzgados de Familia, como los equipos técnicos adscritos a ellos, esto es, los trabajadores sociales y los psicólogos.

¹⁵² Aunque este acontecimiento fue el más importante durante los años ochenta, la mediación familiar comenzó en 1986 en el *Val de Marne*, como consecuencia de la formación en mediación proporcionada por el Instituto de Mediación Familiar de Montreal, vid. N. BELLOSO MARTÍN, *La mediación familiar: algunas experiencias...*, loc. cit., op. cit., pp. 85 y 86 y; A. RIPOLL-MILLET, *Familias, trabajo social...*, op. cit., pp. 78 a 80.

¹⁵³ Para profundizar sobre los inicios de la mediación familiar francesa, vid. D. MACFARLANE, «Mediation in France», en N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends...*, op. cit., pp. 201 y 202.

¹⁵⁴ Es importante tener en cuenta que en Alemania, desde 1977, ya existía una Ley que regulaba el divorcio no culpable. Dicha Ley permitía a los matrimonios la posibilidad de llegar a acuerdos sobre cualquiera de los efectos del divorcio. De manera que desde la citada fecha, en Alemania ya existía el contexto necesario para la práctica de la mediación, vid. L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, op. cit., p. 277.

La importancia de esta asociación se debe a que su progreso ha sido paralelo al desarrollo de la mediación familiar en Alemania. Algunas de sus actividades más destacadas

Justicia de Austria, hasta 1994, no comenzó a poner en marcha experiencias piloto en mediación familiar¹⁵⁵. Como consecuencia de los resultados obtenidos, se creó en 1996 la *Österreichischer Verein für Co-Mediation*, cuyo principal fin ha sido promover la práctica de la mediación familiar intrajudicial interdisciplinar¹⁵⁶.

Como se puede observar, con el inicio de la década de los noventa, se extendía el uso de la mediación familiar, a través de programas piloto y de la labor de importantes asociaciones. Sin embargo, éstas no fueron las únicas expresiones de la llegada del «movimiento ADR» a Europa¹⁵⁷.

En Holanda, ante la expansión de la mediación a diferentes ámbitos y conflictos, un grupo de abogados y profesores de Universidad decidió crear, en 1993, el denominado *Nederlands Mediation Instituut*, en adelante NMI. Esta fundación pronto se convirtió en el epicentro de la mediación en Holanda. En 1995, se aprobaron por primera vez las denominadas *NMI Rules*, unas reglas básicas sobre el funcionamiento de este ADR. El NMI también comenzó a colaborar con el gobierno holandés para fomentar este método de resolución de disputas. Siguiendo esta línea, el Ministerio de Justicia, en 1996, puso en marcha varios proyectos piloto sobre media-

han sido: la elaboración de directrices para el correcto funcionamiento de la mediación familiar y; la aprobación de un programa de formación de mediadores familiares, así como un sistema para su acreditación, *vid.* N. ALEXANDER, W. GOTTWALD y T. TRENCZEK, «Mediation in Germany: the long and winding», en N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends...*, *op. cit.*, pp. 227 y 239; S. BARONA VILAR, *Aproximación al movimiento...*, *loc. cit.*, pp. 68 y 69; S. BARONA VILAR, *Solución extrajudicial...*, *op. cit.*, pp. 99 y 100; M. MARTÍN CASALS, *Divorce Mediation...*, *loc. cit.*, pp. 10 y 11; M. WIEVIORKA (dir.), *La médiation une comparaison européenne*, Saint-Denis La Plaine, 2000, p. 39.

¹⁵⁵ *Vid.* U. FRAUENBERGER-PFEILER, «Austria», en C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial mediation in Europe. National mediation rules and procedures, vol. I*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, p. 4.

¹⁵⁶ En este caso, la co-mediación consiste en utilizar dos mediadores, siendo uno de ellos jurista, y el otro psicólogo, *vid.* C. MATTL, A. PROKOP-ZISCHKA, S. FERZ, «Mediation in Austria», en N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends...*, *op. cit.*, pp. 73 y 74; M. WIEVIORKA (dir.), *La médiation une comparaison...*, *op. cit.*, p. 53.

¹⁵⁷ Además, se consolidaba la mediación penal en los ordenamientos jurídicos alemán y austríaco, a través de las reformas en sus respectivos *Jugendgerichtsgesetz* (Código penal juvenil) –Austria en 1988 y Alemania en 1991–, así como en la reforma del *Strafgesetzbuch* (Código penal) alemán en 1994, y el *Strafprozessordnung* (Código de procedimiento penal) austríaco en 1999. Asimismo, en 1993, Francia preveía la mediación penal mediante la aprobación de la *Loi n.º 93-2, du 4 janvier 1993*, y posteriormente, con la adopción de la *Loi n.º 99-515, du 23 juin 1999*. *Vid.* N. ALEXANDER, W. GOTTWALD, T. TRENCZEK, *Mediation in Germany...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 225 y 226; K. DECKERT, «Mediation in Frankreich –Rechtlicher Rahmen und praktische Erfahrungen–», en K. HOPT, F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Rechtstatsachen...*, *op. cit.*, pp. 231 a 238; K. DECKERT, «Mediation in France: Legal framework and practical experiences», en K. HOPT, F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles...*, *op. cit.*, pp. 492 a 497; U. FRAUENBERGER-PFEILER, *Austria, loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 4 a 6; D. MACFARLANE, *Mediation in...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 192 a 198; C. MATTL, A. PROKOP-ZISCHKA, S. FERZ, *Mediation in...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 70; M. ROTH, D. GHERDANE, «Mediation in Austria: The european pioneer in mediation law and practice», en K. HOPT, F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles...*, *op. cit.*, pp. 156, 296 y 297.

ción intrajudicial, con el fin de investigar sobre los posibles beneficios e inconvenientes de su uso.

Francia también dio un salto cualitativo en esta década, a través de la aprobación de la *Loi n.º 95-125* y del *Décret n.º 96-652*¹⁵⁸. Ambas normas supusieron la regulación de la mediación intrajudicial en los litigios civiles¹⁵⁹. Además, en el mismo año 1995, se creó el importante *Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris* (CMAP), organización de referencia en el ámbito de la mediación comercial¹⁶⁰.

En resumen, para mediados de la década de los noventa, la práctica de la mediación en el ámbito familiar había gozado de grandes avances. Además, empezó a surgir la preocupación en torno a la manera de utilizar la mediación dentro del proceso judicial civil, como muestra los progresos realizados en Holanda y Francia.

B) La significación de la mediación familiar y su reflejo en las distintas legislaciones

Como ya se ha dicho, la utilización de la mediación familiar en Europa seguía en aumento. Sin embargo, su práctica se reducía a programas piloto aislados y a la labor de asociaciones¹⁶¹. En este contexto, el impulso necesario para que los Estados europeos comenzaran a regular la mediación familiar fue desempeñado por la *Recomendación n.º 1/1998, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre la mediación familiar* del Consejo de Europa¹⁶². Dicha Recomendación hacía hincapié en las ventajas de la mediación familiar a la hora de gestionar un conflicto en este ámbito, en

¹⁵⁸ *Loi n.º 95-125, du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, vid. Journal Officiel du 9 février 1995; *el Décret n.º 96-652, du 22 juillet 1996, relative à la conciliation et à la médiation judiciaires*, vid. Journal Officiel du 23 juillet 1996.

¹⁵⁹ Aunque ambas regularan la mediación intrajudicial civil en general, estaban dirigidas a la mediación familiar. En cuanto a estas normas, vid. K. DECKERT, *Mediation in Frankreich...*, loc. cit., op. cit., pp. 192 a 201; K. DECKERT, *Mediation in France...*, loc. cit., op. cit., pp. 463 a 465; M. MARTÍN CASALS, *Divorce Mediation...*, loc. cit., pp. 13 a 16; E. SERVERIN, «La médiateur civil et le service public de la justice», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, avril-juin 2003, pp. 229 a 246.

¹⁶⁰ Sobre este centro y otras organizaciones francesas para la mediación comercial, vid. A. SCHNEEBALG, E. GALTON, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Paris, 2003, pp. 3 a 6; K. DECKERT, *Mediation in Frankreich...*, loc. cit., op. cit., p. 191; K. DECKERT, *Mediation in France...*, loc. cit., op. cit., pp. 465 y 466; D. MACFARLANE, *Mediation in...*, loc. cit., op. cit., p. 209.

¹⁶¹ Tan sólo la legislación francesa, al regular la mediación intrajudicial en los litigios civiles, incluía en la misma los litigios familiares, vid. *supra*, nota n.º 159.

¹⁶² Vid. *Recomendación n.º 1/1998, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre la mediación familiar*, adoptada por el Comité de Ministros, el 21 de enero de 1998, en la reunión 616 de los delegados de los Ministros.

su capacidad para resolver efectiva y satisfactoriamente estas controversias, caracterizadas por poseer un fuerte componente emocional y por tener que proteger, ante todo, el interés superior del menor¹⁶³. En cualquier caso, si por algo influyó esta Recomendación en el resto de legislaciones europeas, fue por la plasmación de los principios que definen la mediación. En concreto, este documento recoge el principio de la voluntariedad; el principio de profesionalidad de los terceros; el principio de imparcialidad y neutralidad del mediador; la incapacidad de éste para tomar una decisión; y el principio de confidencialidad¹⁶⁴.

Esta Recomendación fue, sin duda, una de las principales causas que llevaron a diferentes Estados europeos a regular la mediación familiar en sus ordenamientos¹⁶⁵. En Alemania, en el mismo año 1998, entró en vigor la disposición 52a de la *Gesetz ubre die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit* (Ley de jurisdicción voluntaria), que establecía la adecuación de iniciar este método de ADR en los casos de conflictos relativos al derecho de visitas¹⁶⁶.

Un año más tarde, en Austria, se incluyó también la mediación familiar mediante la reforma de la *Eherechts* (Ley de matrimonio)¹⁶⁷; y en el año 2001, con la modificación de la *Kindschaftsrechts* (Ley de padres y niños)¹⁶⁸. A través de ambas, los

¹⁶³ Del punto preliminar 2 al 5, y el Punto VI de la *Recomendación n.º 1/1998*.

¹⁶⁴ La propia Recomendación distingue ambos principios de imparcialidad y neutralidad, conceptos que a veces se confunden. Así, según ella, la imparcialidad del mediador se refiere a sus relaciones con las partes, esto es, a que guarde una igualdad entre las mismas a lo largo del proceso; mientras que la neutralidad de mediador se refiere a respetar los puntos de vista de las partes y el resultado del proceso, no influyendo en ninguno de los dos aspectos. Además, en dicha Recomendación se prevén otras obligaciones para los mediadores, como detectar posibles casos de violencia, proteger el interés del menor, y recomendar la asistencia de un abogado, o cualquier otro profesional que pueda ser necesario para el caso. También se hace referencia a la homologación de los acuerdos de mediación y a la relación entre el procedimiento de mediación y las autoridades judiciales. Para profundizar sobre esta Recomendación, *vid. AA.VV., Family mediation in Europe, proceedings of 4th European Conference on Family Law, Palais de l'Europe, Strasbourg, 1-2 October 1998, Strasbourg, april 2000*.

¹⁶⁵ Tras esta Recomendación, muchos países europeos comenzaron a aprobar, en mayor o menor medida, diferentes normas sobre mediación familiar. No sólo Alemania, Austria, Francia o España, como se verá a continuación, sino también Bélgica, cuya Ley sobre mediación familiar intrajudicial data de 2001, *vid. Loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire, vid. Belgian Official Journal, 3 du avril 2001*.

¹⁶⁶ *Vid. Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit(FGG)*. BGBl. I.S. 2586. Se debe tener en cuenta que, el 9 de enero de 2009, entró en vigor la *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)* –Ley del Procedimiento en materia de familia y en materia de jurisdicción voluntaria–, *vid. BGBl I.S. 2586*. A partir de esa fecha, la mediación familiar se regula en el artículo 135 y el artículo 156 de la misma. Lo más destacado de estas disposiciones es el establecimiento de la obligatoriedad de acudir a la sesión informativa de mediación cuando así lo estime oportuno el órgano jurisdiccional.

¹⁶⁷ *Vid. Eherechts-Änderungsgesetz, BGBl. I 125/1999*.

¹⁶⁸ *Vid. Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz, BGBl. I 135/2000*.

jueces obtuvieron la facultad de invitar a las partes en procesos de divorcio a utilizar la mediación, especialmente, aquellas relativas a la guarda y custodia de los hijos¹⁶⁹.

Por su parte, Francia, en 2001, publicó un documento, el denominado Informe *Sassier*, a través del cual se derivaron las sucesivas normas francesas sobre mediación familiar¹⁷⁰. Gracias a sus recomendaciones, en el año 2002, se aprobó la *Loi n.º 2002-305*¹⁷¹. Según dicha ley, en caso de controversia entre los padres, el juez podía sugerirles su participación en una mediación con el fin de facilitar la búsqueda de un consenso. En el 2003, con el *Décret n.º 2003-1166*, Francia logró establecer los requisitos de formación necesarios para obtener la acreditación como mediador familiar¹⁷². Y en 2004, se adoptó la *Loi n.º 2004-439* relativa al divorcio, la cual estableció varios aspectos referentes a la mediación familiar, si bien el más significativo fue la obligatoriedad de acudir a la primera sesión informativa¹⁷³.

En España, a partir de 2001, se comenzaron a aprobar las primeras leyes de mediación familiar de las Comunidades Autónomas, aunque, en aquel momento, no existiera ninguna disposición estatal sobre la materia¹⁷⁴. En este sentido, la primera Ley con tales

¹⁶⁹ Vid. U. FRAUENBERGER-PFEILER, *Austria, loc. cit., op. cit.*, p. 4; C. MATTL, A. PROKOP-ZISCHKA, S. FERZ, *Mediation in...*, *loc. cit., op. cit.*, p. 74.

¹⁷⁰ Vid. *Arguments et propositions pour un statut de la Médiation Familiale en France*, 2001.

¹⁷¹ *Loi n.º 2002-305, du 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale*, vid. Journal Officiel du 5 mars 2002.

¹⁷² *Décret n.º 2003-1166, du 2 décembre 2003, portant création du Diplôme d'Etat de médiateur familial*, vid. Journal Officiel du 9 décembre 2003. Este documento fue desarrollado a través de la *Arrêté relatif au diplôme d'Etat de médiateur familial*, vid. Journal Officiel du ministère des affaires sociales, du 12 février 2004.

¹⁷³ *Loi n.º 2004-439, du 26 mai 2004, sur le divorce*, vid. Journal Officiel du 27 mai 2004. Meses después, el *Décret n.º 2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réformé de la procédure en matière familiale*, vid. Journal Officiel du 31 octobre 2004, extendió la mediación a todos los procedimientos del Derecho de familia.

¹⁷⁴ Todas estas leyes autonómicas, salvo la recientemente aprobada en Cataluña y Cantabria, se caracterizan por tener un contenido muy similar, concretamente, por regular los principios que rigen la mediación familiar, de forma similar a la *Recomendación n.º 1/1998*. Desde 2001 hasta 2005, las Comunidades Autónomas que han aprobado leyes de mediación familiar han sido: 1.ª Cataluña, a través de la *Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña*, vid. «BOE» núm. 91, de 16 de abril de 2001; 2.ª Galicia, con la *Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar en Galicia*, vid. «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 2001; 3.ª Comunidad Valenciana, a través de la *Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana*, vid. «BOE» núm. 303, de 19 de diciembre de 2001; 4.ª Canarias, con la *Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias*, vid. «BOE» núm. 134, de 5 de junio de 2003, reformada por la *Ley 3/2005, de 23 de junio*, vid. «BOE» núm. 177, de 26 de julio de 2005 y; 5.ª Castilla La Mancha, a través de la *Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de mediación familiar de Castilla La Mancha*, vid. «BOE» núm. 203, de 25 de agosto de 2005.

Con posterioridad a 2005, otras Comunidades Autónomas han seguido aprobando leyes sobre la misma materia: 1.ª la *Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León*, vid. BOE núm. 105, de 3 de mayo de 2006; 2.ª la *Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares*, vid.

características, y que precisamente dio el impulso definitivo a la mediación familiar en España, fue la Ley 15/2005¹⁷⁵. Con ella, se amplió por fin, la autonomía de la voluntad de los cónyuges en orden a disolver el vínculo matrimonial, se fomentó la solución consensuada de los temas objeto de discusión, y se reconoció a la mediación como un mecanismo óptimo para la resolución de conflictos familiares, de manera que a partir de la misma, comenzaron a ponerse en marcha los programas de mediación familiar intrajudicial, que tanto éxito han tenido¹⁷⁶. Dicho reconocimiento no sólo se declaró en la Exposición de Motivos de la citada Ley, sino que también se recogió en diversos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). En este sentido, las disposiciones a mencionar son dos: aquella que prevé la suspensión del proceso judicial para que así las partes puedan participar en este ADR (art. 770.7 LEC) y, el precepto que reconoce la validez del acuerdo de mediación (art. 777.2 LEC)¹⁷⁷.

C) La expansión de la mediación a otros ámbitos. Las primeras Leyes de mediación en el ámbito civil

En 1999, el Consejo de Europa adoptó la *Recomendación n.º 19/1999, del Comité de Ministros a los Estados miembros*,

«BOE» núm. 303, de 20 de diciembre de 2006; 3.ª la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid, vid. «BOE» núm. 153, de 27 de junio de 2007; 4.ª la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar de Asturias, vid. «BOE» núm. 170, de 17 de julio de 2007; 5.ª la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar del País Vasco, vid. «BOPV» núm. 34, de 18 de febrero de 2008; 6.ª la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, vid. «BOE» núm. 80, de 2 de abril de 2009; 7.ª la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, vid. «BOE» núm. 198, de 17 de agosto de 2009; 8.ª la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears, vid. «BOE» núm. 16 de 19 de enero de 2011; 9.ª la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, vid. «BOE» núm. 99, de 26 de abril de 2011.

¹⁷⁵ 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, vid. BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

¹⁷⁶ Para conocer más sobre estos programas de mediación familiar intrajudicial, vid. R. LUQUIN BERGARECHE, «Teoría y práctica de la mediación intrajudicial en España: Algunos factores de eficacia de la mediación en conflictos familiares», en M.C. PÉREZ-SALAZAR RESANO, J.C. RÍOS MARTÍN (dirs.), *Estudios de Derecho Judicial: La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, n.º 136, 2007, pp. 44 a 62 y; R. SÁEZ VALCÁRCCEL, P. ORTUÑO MUÑOZ (dirs.), *Estudios de Derecho Judicial: Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, n.º 111, 2006, pp. 193 a 647; H. SOLETO MUÑOZ, «La mediación vinculada a los tribunales», en H. SOLETO MUÑOZ, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, 2011, pp. 255 a 261. El propio Tribunal Supremo también empezó a declarar en sus sentencias la deseable utilización de la mediación como vía menos traumática para la resolución de conflictos. En este sentido, vid. A. VIDAL TEIXIDÓ, «Dossier de los tribunales sobre mediación», *Diario La Ley*, n.º 7927, pp. 3 a 5.

¹⁷⁷ Además, la Disposición Final Tercera de la Ley 15/2005, establece el compromiso del Gobierno de realizar una Ley de mediación. Esta norma ya se hizo pensando en la futura transposición de la Directiva 2008/52/CE. Si bien, en aquel momento era tan sólo una Propuesta de Directiva. En cuanto a la citada Disposición Final Tercera, vid. I. GARCÍA PRESAS, «La disposición final 3.ª de la Ley 15/2005, de 8 de julio», *RDP*, año n.º 93, mes 3, 2009, pp. 57 a 80.

sobre mediación en cuestiones penales¹⁷⁸. Aunque algunos Estados europeos ya habían experimentado y regulado la mediación penal¹⁷⁹, esta Recomendación animaba a la utilización y regulación legal de la mediación penal en aquellos otros países, que aún no la habían puesto en marcha. Con tal fin, aunque este documento advierta que debe ser cada ordenamiento jurídico el que establezca las debidas garantías legales a la mediación, dispone una serie de directrices que deben regir su funcionamiento¹⁸⁰.

Dos años más tarde, el Consejo de Europa aprobó la *Recomendación n.º 9/2001 del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre alternativas a los litigios entre autoridades administrativas y particulares*¹⁸¹. A través de la misma se pretendía alentar a la utilización, tanto de la mediación como de otros tipos de ADR en el ámbito del Derecho administrativo¹⁸². Para ello, declaró: a) la utilidad de éstos a la hora de descargar de trabajo a los tribunales, mejorando así la calidad del derecho de acceso a la justicia; b) la capacidad para gestionar determinadas disputas de una forma más satisfactoria y; c) su aptitud como instrumentos para acercar la Administración a los ciudadanos¹⁸³. A pesar de esta Recomen-

¹⁷⁸ Vid. *Recomendación n.º 19/1999, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre la mediación en cuestiones penales*, adoptada por el Comité de Ministros, el 15 de septiembre de 1999, en la reunión 679 de los delegados de los Ministros.

¹⁷⁹ Alemania, Austria y Francia son ejemplo de tal afirmación, *vid. supra*, nota n.º 157.

¹⁸⁰ Dichas directrices van dirigidas tanto a los órganos jurisdiccionales penales (apartado IV), como a los propios servicios de mediación (apartado V). Sin duda, esta Recomendación debe ser referencia para España, porque sólo existen experiencias piloto en diversos órganos jurisdiccionales. Si bien, algunas regulaciones han influido indirectamente en su utilización, como es la *Ley 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad del menor*, *vid. «BOE»* núm. 11, de 13 de enero de 2000, modificada por la *Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre*, que invita a utilizar la mediación, en tanto que recoge en su articulado la conciliación y la reparación del daño (art. 19); o la *Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual*, *vid. «BOE»* núm. 296, de 12 de diciembre de 1995, la cual establece la posibilidad de crear oficinas públicas de asistencia (art. 16), y en ellas, posteriormente, se han ido desarrollando servicios públicos de mediación. *Vid. M. BLANCO CARRASCO, Mediación y sistemas...*, *op. cit.*, pp. 148 a 151; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZÓNIS, «Spain», en C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial...*, *op. cit.*, pp. 451 y 452; J.P. ORTUÑO MUÑOZ, J. HERNÁNDEZ GARCÍA, «Sistemas alternativos...», *loc. cit.*, pp. 59 a 88 y; M.C. PÉREZ-SALAZAR RESANO, J.C. RÍOS MARTÍN (dirs.), *Estudios de Derecho Judicial: La mediación civil y penal...*, *op. cit.*, pp. 159 a 302.

¹⁸¹ Vid. *Recomendación n.º 9/2001, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre alternativas a los litigios entre autoridades administrativas y particulares*, adoptada por el Comité de Ministros, el 5 de septiembre de 2001, en la reunión 762 de los delegados de los Ministros.

¹⁸² Según el apartado I.1.ii) de la *Recomendación n.º 9/2001*, cuando ésta alude a los medios alternativos de solución de conflictos, se está refiriendo a: a) recursos o revisiones administrativos; b) conciliación; c) mediación; d) negociación y; e) arbitraje.

¹⁸³ En este sentido, el apartado 2 de la *Recomendación n.º 9/2001* enumera una serie de casos donde la utilización de los ADR es conveniente: a) conflictos derivados de actos administrativos individuales; b) disputas surgidas de contratos públicos; c) supuestos de

ción, la mediación como método para resolver disputas administrativas no ha sido, en general, suficientemente desarrollada por los Estados europeos. En cambio, en Holanda, sí se ha utilizado la mediación administrativa como técnica de entendimiento entre ciudadanos y poderes públicos a la hora de elaborar leyes, esto es, no para resolver conflictos, sino para evitarlos y prevenirlos¹⁸⁴.

Por último, en el año 2002, el Consejo de Europa aprobó la *Recomendación n.º 10/2002, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre mediación en asuntos civiles*¹⁸⁵. Sin duda, esta Recomendación es el símbolo de la etapa que los Estados europeos han estado experimentando con este método de resolución de disputas durante los últimos años: la regulación completa de la mediación en normas propias, todo ello con el fin de utilizar este ADR, ya no sólo en el ámbito familiar, sino en el conjunto de materias que constituyen el Derecho privado.

Sin embargo, con anterioridad a la aparición de este fenómeno, y uniéndose a los primeros pasos producidos a mediados de los años noventa, Alemania y Holanda siguieron desarrollando diferentes disposiciones e innovadores programas con el fin de adecuar la mediación al proceso judicial civil. En 1999, Alemania aprobaba la Sección 15a de la *Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung* (Ley Introductoria al Código de Procedimiento Civil)¹⁸⁶. Tres años

responsabilidad patrimonial de las Administraciones y; d) reclamaciones de cantidad en general.

¹⁸⁴ Esta técnica de mediación recuerda al denominado *Reg-Neg* estadounidense, *vid. supra*, nota n.º 92. En esta línea, la mediación sirve para llegar a un acuerdo durante el proceso de elaboración de una ley, cuando los intereses de los particulares y de las Administraciones son contrapuestos. Así, cuando ésta sea aprobada, también será aceptada por los sectores afectados. *Vid.* A. J. DE ROO, R.W. JAGTENBERG, *The dutch landscape...*, *loc. cit.*, *op.cit.*, pp. 299 a 303.

Dicha técnica no sólo se ha llevado a cabo en la preparación de leyes, sino también en la elaboración de proyectos, y especialmente, en aquéllos que afectan al medioambiente. En este sentido, la mediación medioambiental también ha sido desarrollada en Austria y Alemania. *Vid.* M. WIEVIORKA (dir.), *La mediation une comparaison...*, *op. cit.*, pp. 40, 41, y 54. Austria se convirtió en el primer país de la UE que regulaba la mediación para este campo (*Umweltverträglichkeits- Prüfungs- Gesetz*, *BGBI I* 89/2000). Años después, la construcción del aeropuerto internacional de Viena dio lugar a la mediación medioambiental más importante de Europa, hasta el momento, *vid.* U. FRAUENBERGER-PFEILER, *Austria*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 6; C. MATTL, A. PROKOP-ZISCHKA, S. FERZ, *Mediation in...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 69 y 70; 74 a 76; M. ROTH, D. GHERDANE, *Mediation in Österreich...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 155 y 156. En cuanto a la mediación medioambiental en Alemania, *vid.* N. ALEXANDER, W. GOTTWALD, T. TRENCEK, *Mediation in Germany...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 230 y 231.

¹⁸⁵ *Vid. Recomendación n.º 10/2002, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre mediación en asuntos civiles*, adoptada por el comité de Ministros, el 18 de septiembre de 2002, en la reunión 808 de los delegados de los Ministros.

¹⁸⁶ *Vid. Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung*, *BGBI I*, Nr. 55, S. 2400. Una innovadora disposición que permitía establecer ADR intrajudiciales obligatorios –no sólo se refiere a la mediación–, si bien se refería exclusivamente a: a) litigios de un valor inferior o igual a 750 Euros; b) disputas vecinales y; c) conflictos relaciones con difamaciones, siempre y cuando éstas fueran vertidas por prensa o radio.

más tarde, se reformó la *Zivilprozessordnung* (Código de Procedimiento Civil)¹⁸⁷ para incluir la Sección 278.5.

A partir del año 2000, el Ministerio de Justicia de Holanda, preocupado por el aumento de la litigiosidad, puso en marcha varias iniciativas¹⁸⁸. En concreto, se iniciaron dos proyectos de mediación denominados: *Mediation naast rechtspraak* (Mediación intrajudicial) y *Mediation in de Gefinancierde rechtsbijstand* (Mediación como asistencia legal)¹⁸⁹. Los resultados de ambos programas fueron muy positivos. Sobre esta base, el Ministerio de Justicia realizó una declaración acerca del uso y fomento de la mediación dentro de la Administración de Justicia –*Mediation en het Rechtsbestel*– de 19 de abril de 2004. Como consecuencia de este documento, a partir del 1 de abril de 2005, comenzó a implantarse la mediación en muchos de los tribunales holandeses, ya no de forma experimental, sino con vocación de permanencia¹⁹⁰.

Sin perjuicio de las citadas manifestaciones, una vez publicada la *Recomendación n.º 10/2002*, tanto Austria como Bélgica aprobaron sus propias leyes de mediación en el ámbito civil y comercial¹⁹¹. Normas que simbolizaban la fase iniciada por la

¹⁸⁷ Vid. *Zivilprozessordnung*, BGBl I 2001, S 1887. Esta norma atribuía a los órganos jurisdiccionales la tarea de invitar a las partes a participar en algún ADR. En este caso, se establecía la modalidad intrajudicial de forma totalmente voluntaria, remitiendo a las partes a otro juez-mediador, o bien, a un mediador externo.

Para conocer detalladamente el impacto que han tenido ambas normas –Secciones 15a y 278– en Alemania, vid. N. ALEXANDER, W. GOTTWALD, T. TRENCEK, *Mediation in Germany...*, loc. cit., op. cit., pp. 233 a 237, 244 a 247 y 253 a 255; N. ALEXANDER, «From common law to civil law jurisdictions: court ADR on the move in Germany», *ADR Bull.*, vol. 4, n.º 8, 2002, pp. 110 a 113; I. BACH, U.P. GRUBER, «Germany», en C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PÁLAO (eds.), *Civil and commercial...*, op. cit., pp. 175 a 185; K. HOPT, F. STEFFEK «Mediation –Rechtsvergleich, Regelungsmodelle, Grundsatzprobleme», en K. HOPT, F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Rechtstatsachen...*, op. cit., pp. 7 a 9; P. TOCHTERMANN, «Mediation in Germany: The german mediation act –alternative dispute resolution at the crossroads», en K. HOPT y F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles...*, op. cit., pp. 529 a 538.

¹⁸⁸ Reflejo de dicha preocupación fue el informe *Meer Wegen naar het Rect. Beleidsbrief ADR 2000-2002* presentado por el Ministerio de Justicia ante el Parlamento holandés, vid. J. DE ROO, R.W. JAGTENBERG, *The dutch landscape...*, loc. cit., op. cit., p. 285.

¹⁸⁹ Ambas iniciativas no hubieran podido llevarse a cabo sin la asistencia del NMI. En concreto, los jueces remitían a los mediadores de dicho instituto, los cuales se guiaban por las *NMI Rules*. Vid. J. DE ROO, R.W. JAGTENBERG, *The dutch landscape...*, loc. cit., op. cit., pp. 286 y 287.

¹⁹⁰ Vid. J. DE ROO, R.W. JAGTENBERG, *The dutch landscape...*, loc. cit., op. cit., p. 288; B. NIEMEIJER, M. PEL, «Court-based mediation in The Netherlands: research, evaluation and future expectations», *Penn St. L. Rev.*, n.º 110, 2005-2006, pp. 345 a 379; M. SCHOLTEN, «La situation actuelle de la médiation judiciaire aux Pays-Bas», *Petites affiches*, 9 décembre 2005, n.º 245, pp. 15 y 16; L. SCHMIEDEL, *Mediation in den Niederlanden...*, loc. cit., op. cit., pp. 336 y 337, 384 a 395; L. SCHMIEDEL, *Mediation in the Netherlands...*, loc. cit., op. cit., pp. 708 y 709.

¹⁹¹ Austria adoptó en el año 2003 su propia Ley federal sobre mediación en asuntos civiles, vid. *Bundesgesetz ubre mediation in zivilrechtssachen*, BGBl I 2003/29. Meses después de adoptarse esta ley, se aprobó otra norma que modificaba el Código

citada Recomendación, esto es, la regulación completa de la mediación como vía de resolución de conflictos propios del ámbito privado.

A la luz de lo expuesto en estas páginas, se puede concluir que los Estados europeos se encuentran, actualmente, ante la edad adulta de la mediación. Durante la década de los ochenta y hasta mediados de los noventa, se produjo su nacimiento e infancia, esto es, las primeras experiencias y prácticas, esencialmente, en el ámbito familiar. A continuación, desde finales de los noventa hasta mediados de la pasada década, comenzó una segunda fase, caracterizada por la regulación, principalmente, de la mediación familiar, y la modificación de las leyes de procesales civiles¹⁹². Y finalmente, la última etapa, constituida por la aprobación de normas que regulan de forma completa la mediación.

Dentro de este tercer período, en tanto que caracterizado por el tratamiento omnicompreensivo de la mediación, comienza a incluirse una nueva dimensión, aquella que consiste en la regulación de dicho ADR, también como método para resolver conflictos transfronterizos. Este nuevo campo, que aparece en la última etapa del desarrollo de la mediación en Europa, también surgió años antes en EE.UU., pues la mediación como mecanismo para la resolución de disputas transfronterizas constituye, precisamente, la última fase

civil, la *Zivilrechts-Änderungsgesetz*, vid. *BGBI I 91/2003*, y que también incluía la mediación, esta vez, para resolver conflictos vecinales. Asimismo también es importante el estatuto que regula los requisitos formativos y profesionales de aquellos que quieran acreditarse como mediadores por el Ministerio de Justicia, *Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung*, vid. C. Matzl, A. Prokop-Zischka, S. Ferz, *Mediation in...*, loc. cit., op. cit., pp. 69, 79 a 81. Para tener una visión completa sobre la Ley austriaca de mediación en asuntos civiles, vid. U. FRAUENBERGER-PFEILER, *Austria*, loc. cit., op. cit., pp. 4 a 27; M. MARTÍN CASALS, *Divorce Mediation...*, loc. cit., pp. 21 a 23; M. ROTH, D. GHERDANE, *Mediation in Österreich...*, loc. cit., op. cit., pp. 108 a 154 y 157 a 179; M. ROTH, D. GHERDANE, *Mediation in Austria...*, loc. cit., op. cit., pp. 247 a 293.

Por su parte, Bélgica adoptó su Ley de mediación en el año 2005, vid. *Loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation*, vid. *Belgian Official Journal*, du 22 mars 2005. Ésta logró una regulación omnicompreensiva, de tal manera que no sólo modificó el ordenamiento procesal, sino que incluso derogó la Ley de mediación familiar que había sido aprobada cuatro años antes, vid. *supra*, nota n.º 165. Para profundizar sobre el contenido de esta Ley, así como de la situación general concerniente a la regulación de la mediación en Bélgica. Vid. L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, op. cit., pp. 281 a 286; M. MARTÍN CASALS, *Divorce Mediation...*, loc. cit., pp. 23 y 24; M. TRAEST, «Belgium», en C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial...*, op. cit., pp. 45 a 68; H. VERBIST, «The belgian law on mediation», en J. C. GOLDSMITH, A. INGEN-HOUZ, G.H. POINTON, *ADR in business: practice and issues across countries and cultures*, The Netherlands, 2006, pp. 249 a 262; I. VEROUGSTRAETE, «Conclusions du groupe de travail belge sur la médiation en matière civile et commerciale», *Petites affiches*, 9 décembre 2005, n.º 245, pp. 7 y 8.

¹⁹² Además, en esta fase, los Estados europeos también empezaron a desarrollar la mediación en otros muchos ámbitos, como el escolar, el intercultural, el sanitario, el comunitario y el organizacional.

de la evolución del «movimiento ADR»¹⁹³. Una fase cuyo progreso, se ha producido, gracias a la iniciativa de diversas instituciones y organizaciones internacionales¹⁹⁴. De hecho, en los últimos años, la obligatoria transposición de la Directiva 2008/52/CE, no sólo ha ocasionado la regulación de la mediación en su vertiente transfronteriza, sino que además ha provocado la adopción de Leyes que regulan la misma desde una perspectiva también interna, materializando de una sola vez, ésta última etapa¹⁹⁵. Paradigma de esta afirmación es la propia Ley española, la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*¹⁹⁶.

¹⁹³ Vid. *supra*, nota n.º 110.

¹⁹⁴ En este sentido, vid. S.K. HUBER, E.W. TRACHTE-HUBER, «International ADR in the 1990's: The top ten developments», *Hous. Bus. & Tax L. J.*, vol. 1, 2001, pp. 219 a 221.

¹⁹⁵ Por otro lado, los países que ya habían aprobado Leyes de mediación en el ámbito civil con anterioridad a la adopción de la Directiva 2008/52/CE, también han aprobado normas reguladoras de la mediación transfronteriza para cumplir la obligada transposición. En este sentido, Austria aprobó en 2011 la *EU-Mediationsgesetz*, vid. BGBl I 2011/21. Para profundizar en el contenido de esta Ley, vid. U. FRAUENBERGER-PFEILER, *Austria*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 6 a 27; M. ROTH, D. GHERDANE, *Mediation in Austria...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 293. Asimismo, el Reino Unido adoptó en el mismo año las *Cross-Border mediation (EU Directive) Regulations*, vid. SI 2011 N.º 1133. Sobre las mismas, vid. E. B. CRAWFORD, J. M. CARRUTHERS, «United Kingdom», en C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial...*, *op. cit.*, pp. 521 a 528.

En cambio otros países en la misma situación como Bélgica, no han visto necesario dicha adaptación posterior de su ordenamiento jurídico a la Directiva 2008/52/CE, al entender, que con la regulación existente se cumplen ya de forma mayoritaria los mandatos de la norma de la UE. En este sentido, vid. M. TRAESE, *Belgium*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 53 y 54.

¹⁹⁶ Otros ejemplos se encuentran en los ordenamientos jurídicos de Italia, Francia y Alemania. En el primer país, el *Decreto legislativo, 4 marzo 2010, n.º 28 Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, vid. *Gazzetta Ufficiale* n.º 53, 5 marzo 2010; y el *Decreto Legislativo, 18 ottobre 2010, n.º 180, Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n.º 28*, vid. *Gazzetta Ufficiale* n.º 258, 4 novembre 2010, vid. G. DE PALO, L. KELLER, «Mediation in Italy: Alternative dispute resolution for all», en K. J. HOPT, F. STEFFEK, *Mediation. Principles...*, *op. cit.*, p. 693; I. QUEIROLO, L. CARPANETO, S. DOMINELLI, «Italy», en C. Esplugues, J. L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial...*, *op. cit.*, pp. 251 a 282.

Asimismo, la *Ordonnance n. 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 May 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, vid. *Journal Officiel* du 11 novembre 2011, transpone la Directiva 2008/52/CE al ordenamiento jurídico francés, extendiendo su ámbito de aplicación también a la mediación interna. En cualquier caso, la situación legislativa actual de la mediación en Francia se caracteriza por su dispersión normativa. En este sentido, vid. K. DECKERT, *Mediation in France...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 458; E. GUINCHARD, M. BOUCARON-NARDETTO, «France», en C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial...*, *op. cit.*, pp. 131 a 157.

Por último, la Ley alemana también realiza igual extensión en la *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der aussergerichtlichen Konfliktbeilegung (MediationsG)*, vid. BGBl I.S. 1577, vid. I. BACH, U.P. GRUBER, *Germany*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 162 a 189; P. TOCHTERMANN, *Mediation in Germany...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 571 a 573.

IV. LA UTILIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA RESOLVER CONFLICTOS CON REPERCUSIÓN TRANSFRONTERIZA

La utilización de la mediación para la resolución de disputas transfronterizas fue impulsada, en primer lugar, por aquellas organizaciones internacionales e instituciones dedicadas a la solución de conflictos en el comercio internacional, en concreto, aquellas expertas en el arbitraje comercial internacional¹⁹⁷. Posteriormente, la mediación, también en esta dimensión transfronteriza, sufrió un período de expansión. En concreto, se ha ido extendiendo a otros ámbitos, como el familiar internacional, especialmente, en la susstracción internacional de menores, y a su vez, se ha ido regulando en diversos instrumentos internacionales y en las Leyes de distintos países.

1. LA LABOR DESEMPEÑADA POR LA CNUDMI

Desde un principio, la CNUDMI, –*Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*–, focalizó su atención en el arbitraje comercial internacional¹⁹⁸. Incluso antes de la creación de dicho órgano en 1966, la Organización de las Naciones Unidas elaboró el exitoso *Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958*¹⁹⁹.

En esta misma línea, la CNUDMI ha seguido prestando una mayor atención al arbitraje, por ser el método de resolución de

¹⁹⁷ En la actualidad, estas instituciones siguen teniendo una importancia fundamental en el ámbito de la resolución de conflictos comerciales internacionales. En este sentido, vid. N. ALEXANDER, «Four mediation stories from across the globe», *RebelsZ*, vol. 47, 2010, pp. 753 a 757; C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation in international business*, 2.ª ed., Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 224 a 228; A. CONNERTY, *A Manual of international dispute resolution*, London, 2006, pp. 267 a 292; M. MCHWRATH, J. SAVAGE, *International arbitration and mediation. A practical guide*, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2010, pp. 88 a 91; G. PALAO MORENO, «Mediación y Derecho internacional privado», en E. M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M. D. ADAM MUÑOZ, N. CORNAGO PRIETO, *El arreglo pacífico...*, op. cit., p. 657

¹⁹⁸ El objetivo principal de esta Comisión es la armonización y unificación del Derecho comercial internacional. En su primera sesión, en 1968, se decidió dar prioridad a tres líneas de trabajo, una de ellas, la del arbitraje comercial internacional. Vid. I. I. DORE, «Peaceful settlement of international trade disputes: Analysis of the scope of application of the UNCITRAL Conciliation Rules», *Colum. J. Transnat'l. J.*, vol. 21, 1982-1983, p. 339; I. I. DORE, *Arbitration and conciliation under the UNCITRAL Rules: A textual analysis*, Dordrecht, Boston, Lancaster, 1986, p. 8.

¹⁹⁹ El *Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958*, vid. «BOE» núm. 164, de 11 de julio de 1977.

conflictos comerciales internacionales más común, sin embargo, ello no desmerece la relevante labor que ha llevado a cabo en relación con la conciliación²⁰⁰. En este sentido, los instrumentos protagonistas son: a) el *Reglamento de Conciliación* de 1980 y; b) la *Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional* de 2002, en adelante *Ley Modelo*²⁰¹.

Los dos siguientes apartados se centrarán en la influencia que ambos instrumentos sobre conciliación han tenido en el desarrollo de la mediación como método de resolución de conflictos comerciales internacionales.

A) **El Reglamento de Conciliación de la CNUDMI de 1980 y los reglamentos de las instituciones dedicadas a la resolución de conflictos comerciales internacionales**

El Reglamento de Conciliación fue aprobado por la CNUDMI el 23 de julio de 1980, y adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 4 de diciembre del mismo año²⁰². Está compuesto por 20 artículos y una cláusula modelo. En dichas disposiciones se reflejan muchos de los aspectos más característicos, así como diferenciadores de la mediación respecto del arbitraje: a) su voluntariedad; b) su carácter no adversarial sino de cooperación entre las partes y de ellas con el tercero; c) el papel del mediador como mero asesor; d) el carácter contractual del acuerdo final y; e) el principio de confidencialidad respecto del arbitraje o proceso judicial posterior²⁰³.

El Reglamento de Conciliación, a diferencia de la *Ley Modelo* posterior, fue aprobado para ser utilizado directamente por aquellos que tuvieran una controversia, –no establece ninguna restric-

²⁰⁰ En 1978 la conciliación comercial internacional se decidió incluir como área de trabajo de la Comisión. Si bien, la misma se entendió subsumida dentro de la línea del arbitraje comercial internacional, considerada como principal. *Vid.* I.I. DORE, «Peaceful settlement...», *loc. cit.*, pp. 339 y 340; I.I. DORE, *Arbitration and conciliation...*, *op. cit.*, p. 8. Aunque la CNUDMI emplee siempre el término «conciliación», en el ámbito internacional, dicho vocablo es sinónimo de mediación.

²⁰¹ Todos ellos pueden ser consultado en la página web de la propia CNUDMI. Asimismo, en la actualidad, existe un proyecto de Reglamento de la CNUDMI sobre ODR «online dispute resolution» en las relaciones B2B y B2C.

²⁰² *Vid.* Resolución 35/52 de 4 de diciembre de 1980.

²⁰³ Para estudiar en profundidad el articulado del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, *vid.* I.I. DORE, *Peaceful settlement...*, *loc. cit.*, pp. 342 a 352; I. I. DORE, *Arbitration and conciliation...*, *op. cit.*, pp. 13 a 40; H.M. HOLTZMANN, «Dispute resolution in Europe under the UNCITRAL Conciliation Rules», en D. BARDONNET (ed.), *Le règlement pacifique des différends internationaux en Europe: Perspectives d'avenir*, Dordrecht, Boston, London, 1991, pp. 300 a 303; L.C. REIF, «The use of conciliation or mediation for the resolution of international commercial disputes», *Can. Bus. L. J.*, vol. 45, 2007, pp. 31 a 34; L.C. RIEF, «Conciliation as a mechanism for the resolution of international economic and business disputes», *Fordham Int'l. L. J.*, vol. 14, pp. 615 a 619.

ción *ratione materiae* o *personae*—, pero no para servir de referencia a los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados²⁰⁴. A pesar de tal objetivo, su importancia no proviene de su uso directo por aquellas partes enfrentadas en una controversia, sino de la influencia que ha tenido sobre los reglamentos de otras instituciones²⁰⁵. Porque son éstas las sedes donde, en la mayoría de las ocasiones, se lleva a cabo una mediación y/o un arbitraje dentro del comercio internacional.

Desde la aprobación del Reglamento de Conciliación, muchas instituciones y asociaciones han adoptado sus propias normas sobre mediación inspiradas en el citado Reglamento, especialmente, en aspectos tan importantes como el de la confidencialidad²⁰⁶. Por ejemplo, las normas de conciliación de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA); las NMI *Mediation Rules*; aquellas pertenecientes al *Indian Council of Arbitration* (ICA); y otras tan importantes como las *Mediation Rules* de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) o; del *CPR Institute for Dispute Resolution*. Incluso otras instituciones recomiendan directamente su utilización, como el *Australian Center for International Commercial Arbitration* (ACICA)²⁰⁷.

Por otra parte, también se produjeron modificaciones sobre regulaciones que existían con anterioridad al propio Reglamento de Conciliación. Respecto de este último supuesto, el caso más

²⁰⁴ Vid. J. BARKER, «International mediation –A better alternative for the resolution of commercial disputes: Guidelines for an U.S. negotiator involved in an international commercial mediation with Mexicans», *Loy. L. A. Int'l. & Comp. L. J.*, vol. 19, 1996, p. 15; L. C. REIF, *The use of...*, loc. cit., p. 32; L.C. RIEF, *Conciliation as a mechanism...*, loc. cit., p. 616; W.K. SLATE II, S. H. LIEBERMAN, J. R. WEINER, M. MICANOVIC, «UNCITRAL: Its workings in international arbitration and a new model conciliation law», *Cardozo J. Conflict Resol.*, vol. 6, 2004, p. 93.

En este sentido, aunque el Reglamento y la Ley Modelo operan independientemente, ambos pueden interactuar, vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., p. 340; J-M. JACQUET, «La Loi-type de la CNUDCI du 24 juin 2002 sur la conciliation commerciale internationale», *Rev. Arb.*, n.º 1, 2004, p. 64. De hecho, algunas legislaciones de los años noventa, se vieron influenciadas por este Reglamento, o incluso adoptaron su texto, como Nigeria, Bermudas, India, Costa Rica, Nueva Zelanda, Kenia, Zimbabue y algunos de los estados de EE.UU, como California, Oregon y Texas. Vid. J. M. JACQUET, *La Loi-type de la...*, loc. cit., p. 64; P. SANDERS, *The world of UNCITRAL on arbitration and conciliation*, The Hague, 2001, pp. 70 a 78.

²⁰⁵ Vid. G. GRIFFITH, A.D. MITCHELL, «Contractual dispute resolution in international trade: The UNCITRAL Arbitration Rules (1976) and the UNCITRAL Conciliation Rules (1980)», *Melb. J. Int'l. L.*, vol. 3, 2002, p. 198; H. HOLTZMANN, «Recent work on dispute resolution by the United Nations Commission on International Trade Law», *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, vol. 5, 1999, p. 426; W. K. SLATE II, S. H. Lieberman, J. R. Weiner, M. Micanovic, «UNCITRAL...», loc. cit., p. 94.

²⁰⁶ Vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., pp. 339, 340 y 370; G. GRIFFITH, A. D. MITCHELL, *Contractual dispute...*, loc. cit., p. 198; H. HOLTZMANN, «Recent work...», loc. cit., p. 426; H.M. HOLTZMANN, *Dispute resolution...*, loc. cit., op. cit., p. 303.

²⁰⁷ Todas estas normas se encuentran recogidas en las respectivas páginas web de cada una de las citadas organizaciones.

relevante es el de la *Cámara de Comercio Internacional*, en adelante CCI. Esta institución es una de las más importantes en la resolución de conflictos en el ámbito comercial internacional²⁰⁸. De hecho, la CCI junto con otra organización, —el *International Council for Commercial Arbitration (ICCA)*²⁰⁹—, jugaron un papel fundamental en la elaboración del Reglamento²¹⁰. Y aun así, éste inspiró un cambio de perspectiva respecto de la conciliación ofertada por la CCI, porque el citado Reglamento de Conciliación no proponía un «arbitraje flexible o facilitativo», sino un método de solución de conflictos distinto y completamente diferenciado de aquel²¹¹.

B) **La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002 y las Leyes de mediación de los distintos Estados. Especial referencia a la Uniform Mediation Act of 2001**

La Ley Modelo también se configura como elemento protagonista dentro de la evolución que ha sufrido la mediación comercial internacional²¹². Muchas leyes de mediación de distintos Estados se han basado en este instrumento: Albania, Canadá, Croacia, Eslovenia, EE.UU, Honduras, Hungría, Ex República Yugoslava de Macedonia, Montenegro y Nicaragua²¹³. Por su parte, España, aunque en

²⁰⁸ La CCI se fundó en 1919. Su función principal es proporcionar servicios de resolución de conflictos en todos los ámbitos del comercio internacional.

²⁰⁹ Fue creada en 1969, su función principal es la del arbitraje comercial internacional.

²¹⁰ Vid. I.I. DORE, *Peaceful settlement...*, loc. cit., p. 340; I.I. DORE, *Arbitration and conciliation...*, op. cit., p. 8.

²¹¹ Vid. GRIFFITH, A.D. MITCHELL, *Contractual dispute...*, loc. cit., pp. 198 y 199. Las primeras Reglas sobre Conciliación de la CCI fueron aprobadas en 1922. Posteriormente, fueron reformadas en 1927, 1933, 1947, 1955, 1975 y 1988. Al no satisfacer las necesidades del comercio internacional, se comenzó a trabajar en el actual Reglamento ADR. En este sentido, se debe advertir que antes de la II Guerra Mundial, la conciliación de la CCI era más importante que el arbitraje, si bien, con el paso de los años éste fue adquiriendo mayor relevancia en detrimento de la primera, vid. L.C. REIF, *The use of...*, loc. cit., p. 34; L. C. RIEF, *Conciliation as a mechanism...*, loc. cit., pp. 614 y 615; H. TÜMPEL, C. SUDBOROUGH, «ICC's ADR rules 2001-2010: Current practices, case examples and lessons learned», en A.INGEN-HOUSZ (ed.), *ADR in Business: practice and issues across countries and cultures*, vol. II, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 255; M.E. UZAL, *Solución de controversias en el comercio internacional*, Buenos Aires, 1992, pp. 43 y 44.

²¹² En cuanto al proceso de elaboración de la Ley Modelo, vid. R.N. DOBBINS, «UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation: From a topic of possible discussion to the approval by the General Assembly», *Pepp. Disp. Resol. L. J.*, vol. 3, 2003, pp. 529 a 538.

²¹³ Los países enumerados son los recogidos en la página web de la CNUDMI. Sin embargo, ello no significa que el grado de incorporación de la Ley Modelo a los respectivos ordenamientos jurídicos sea el mismo. Los Estados de Canadá, Croacia y EE.UU sí han seguido de forma más estricta el articulado de la Ley Modelo. Sin embargo, países

la Exposición de Motivos de su Ley 5/2012 declara la observancia de la Ley Modelo, lo cierto es que tal afirmación es más bien formal. En este sentido, la misma se basa, de forma prácticamente exclusiva, en la propia Directiva 2008/52/CE que transpone, y en las Leyes autonómicas previamente aprobadas. Sin embargo, ninguno de sus artículos parece basarse en la propia Ley Modelo, más allá de las características definidoras de la mediación, comunes en cualquier norma sobre la materia²¹⁴.

De todos los países enumerados con anterioridad, EE.UU es el más importante e influyente en esta materia, por ser origen de la mediación moderna y del «movimiento ADR», sin olvidar la relevancia de la norma donde la Ley Modelo se encuentra inserta, la *Uniform Mediation Act*. La relación entre la UMA y la Ley Modelo va más allá de la inserción de la segunda dentro de la primera. Ambas se elaboraron prácticamente en paralelo, –la primera fue aprobada en 2001, la segunda en 2002–, de modo que la UMA, como el propio Reglamento de Conciliación, tuvo una importante influencia en la propia Ley Modelo²¹⁵. Ello no significa que sean iguales, tienen diferencias, las cuales se deben a la propia naturaleza y finalidad armonizadora de la Ley Modelo. Con todo ello, la Sección 11.ª de la UMA insertó la Ley Modelo por referencia sólo un año después de su adopción, en agosto del año 2003²¹⁶.

En cualquier caso, la Sección 11.ª no sólo se encarga de incorporar por referencia a la Ley Modelo, sino que regula la relación entre ambas normas. En este sentido, la Ley Modelo no se aplicará si las partes acuerdan su no aplicación y, a menos que las partes acuerden la aplicación de la Ley Modelo, las disposiciones de

como Nicaragua, e incluso otros que no aparecen en la citada página web, como Ecuador, Noruega, Rumanía, Serbia, Eslovaquia o Turquía, han aprobado leyes cuyo contenido no goza de gran semejanza con la propia Ley Modelo, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, pp. 343 y 372; P. BINDER, *International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL Model Law jurisdictions*, 3.ª ed., London, 2010, pp. 458 y 459.

²¹⁴ España no es el único país que ha seguido el mismo patrón, también lo han hecho Bulgaria o Hungría, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, pp. 343 y 373.

²¹⁵ Dicha conexión se materializó en M.B. Getty, Jefe de la Comisión para la redacción de la UMA de la NCCUSL, y a su vez, el asesor estadounidense en la elaboración de la Ley Modelo. *Vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, p. 371; E.E. DEASON, «Procedural rules for complementary systems of litigation and mediation worldwide», *Notre Dame L. Rev.*, vol. 80, n.º 2, 2004-2005, pp. 572 y 573; J. SEKOLEC, M. GETTY, «The UMA and the UNCITRAL Model Law: An emerging consensus on mediation and conciliation», *J. Disp. Resol.*, vol. 9, 2003, p. 19; J. SEKOLEC, M. GETTY, «The UMA and the UNCITRAL Model Rule: An emerging consensus on mediation and conciliation», *J. Disp. Resol.*, vol. 2003, n.º 1, 2003, p. 194.

²¹⁶ *Vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, p. 372; E.E. DEASON, *Procedural rules...*, *loc. cit.*, pp. 573 a 575; J. SEKOLEC, M. GETTY, *The UMA and the UNCITRAL...*, *loc. cit.*, pp. 19 y 20; J. SEKOLEC, M. GETTY, *The UMA and the UNCITRAL Model Rule...*, *loc. cit.*, p. 194.

la UMA relativas al deber de confidencialidad respecto del proceso judicial o arbitraje posterior, *–mediation privilege–*, serán de aplicación al otorgar una mayor protección²¹⁷.

2. EL IMPORTANTE PAPEL DESARROLLADO POR LA UNIÓN EUROPEA

Desde principios de los años noventa la UE también comenzó a interesarse por los ADR en general, y por la mediación en particular. Tras años de trabajo, se adoptó 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*. Una norma muy importante, porque su obligada transposición ha permitido que todos los Estados miembros deban recoger necesariamente en sus ordenamientos jurídicos la mediación civil y mercantil, al menos, con repercusión transfronteriza.

A) **Antecedentes de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles**

La Directiva se encuadra dentro del denominado *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, una competencia compartida entre la UE y los Estados miembros. El llamado *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia* está formado por numerosas políticas, siendo la cooperación judicial en materia civil la línea concreta donde se subsumen los métodos alternativos de resolución de litigios²¹⁸. La cooperación judicial en materia civil se centra en el ámbito de la *Justicia*, es decir, en lograr un Espacio Judicial Europeo. Pero para ello, no sólo se deben armonizar los diferentes sistemas judiciales de los Estados miembros, sino también aquellos instrumentos extrajudiciales de solución de conflictos, en tanto que se configuran como complementarios al proceso judicial. Sólo así se mejora la calidad del derecho de acceso a la justicia de todos los Estados miembros. Para lograr este objetivo, la UE ha aprobado la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. A través de ella, se ha encargado de uniformar determinados principios básicos de funcionamiento de la mediación, para que ésta sea entendida de forma similar por todos los Estados miembros, y

²¹⁷ Vid. *Uniform Mediation Act with Prefatory...*, *op. cit.*, pp. 44 a 47; E.E. DEASON, *Procedural rules...*, *loc. cit.*, pp. 575 y 576.

²¹⁸ Vid. Art. 81.2.g) Tratado Funcionamiento de la Unión Europea (Tratado de Lisboa). Antes de la entrada en vigor de este Tratado, tal y como establece la propia Directiva, artículo 61.c) del TCE.

para que los acuerdos de mediación logrados puedan ser reconocidos y ejecutados en todo el territorio de la UE.

Sin embargo, el proceso para la aprobación de la mencionada Directiva 2008/52/CE ha sido un camino largo y complicado²¹⁹. En este sentido, el primer documento en el seno de la UE que se refirió a la mediación, en concreto animando a su utilización, fue el *Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un Espacio de libertad, seguridad y justicia*, adoptado el 3 de diciembre de 1998²²⁰. Este documento simplemente se limitaba a animar la utilización de la mediación²²¹. Apenas un año más tarde, en octubre de 1999, en las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, se vuelve a plasmar la posibilidad de comenzar a utilizar

²¹⁹ En cuanto a los antecedentes de la Directiva 2008/52/CE de forma general, vid. J. M. ARIAS RODRÍGUEZ, «Reflexiones acerca de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», *RPJ*, n.º 88, 2009, pp. 134 a 142; S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, op. cit., pp. 68 a 70; E. BIRCH, «The historical background to the EU Directive on Mediation», *Arbitration*, vol. 72, n.º 1, February 2006, pp. 57 a 61. M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas...*, op. cit., pp. 33 y 34; A. BREA PALLARES, «La mediación en Europa», en E. SOUTO GALVÁN (dir.), *La mediación: un instrumento...*, op. cit., pp. 33 y 34; M.P. CALDERÓN CUADRADO, J. L. IGLESIAS BUHIGUES, «La mediación como alternativa a la jurisdicción», en A. DE LA OLIVA (dir.), *Derecho procesal civil europeo vol. II*, Cizur Menor, 2011, pp. 28 a 30; R. GIL NIEVAS, «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», *AJ Aranzadi*, núm. 768/2008, p. 1; R. GIL NIEVAS, «La directiva de mediación en la comunidad europea», en M. GONZALO QUIROGA (dir.), *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 2006, pp. 36 a 38; F. MARTIN DIZ, «Políticas de la Unión Europea en la promoción de soluciones extrajudiciales para la resolución de conflictos», en M.S. VELARDE ARAMAYO (coord.), *Introducción al derecho del arbitraje y la mediación*, Salamanca, 2006, pp. 77 a 79; G. MORENO CORDERO, «La Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (especial referencia a la mediación de consumo en el ordenamiento español)», *RCEA*, 2009, pp. 90 a 93; J. C. ORTIZ, «La nueva Directiva europea sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles de carácter transfronterizo», *RGDP*, n.º 15, mayo 2008, pp. 1 a 4; J. C. ORTIZ PRADILLO, «La mediación en la Unión Europea: la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», en N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dir.), *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Madrid, 2010, pp. 61 y 62; J.P. ORTUÑO MUÑOZ, «Modalidades alternativas de resolución de conflictos (I). El libro verde de la UE», *Iuris*, n.º 77, 2003, pp. 42 a 47; J.I. PAREDES PÉREZ, «La mediación en el consumo transfronterizo», en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, M. DE PRADA RODRÍGUEZ (dirs.), *La mediación: Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, La Coruña, 2010, pp. 292 a 294; A. YBARRA BORES, «Mediación familiar internacional y Unión Europea: Últimos avances», en M. D. FILIPPO, B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Sevilla, 2008, pp. 224 y 225.

²²⁰ *Plan de Acción del Consejo y de la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un Espacio de libertad, seguridad y justicia*, vid. DOCE C 19, de 23 de enero de 1999. Este Plan de Acción nace como consecuencia del apartado 83 de las Conclusiones del Consejo de Viena de diciembre de 1998.

²²¹ El apartado 41.b) disponía: «estudiar la posibilidad de elaborar modelos de solución no judicial de los litigios, especialmente cuando se trata de conflictos familiares transnacionales. A este respecto, sería conveniente pensar en la mediación como un medio de resolver los conflictos familiares».

métodos extrajudiciales de resolución de conflictos, como una vía para mejorar el acceso a la justicia dentro de la UE²²². Y ya en mayo del año 2000 el Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la UE, mediante una serie de conclusiones en torno a estos mecanismos de solución de disputas, provoca la intervención de la Comisión, a través de un Libro Verde sobre los ADR en el ámbito civil y mercantil.

Así las cosas, el 19 de abril de 2002, el mismo año que se aprueba la Ley Modelo de la CNUDMI, se publica también El *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil*²²³. La importancia de este documento se debe a que señala realmente el comienzo de la política comunitaria de fomento de los ADR en los citados ámbitos, especialmente en lo que se refiere a la mediación. Es en el *Libro Verde* donde ya se habla del papel complementario, y no excluyente, de los ADR en relación con los procesos judiciales, convirtiéndose en un instrumento para mejorar la calidad del derecho de acceso a la justicia, reduciendo costes y tiempo a la hora de resolver controversias.

Los resultados de la consulta abierta por el citado *Libro Verde* se materializaron en la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles de 22 de octubre de 2004*²²⁴, que tras un arduo período de debate, donde se dejaron por el camino algunas pretensiones iniciales, desembocó en la citada *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*.

B) Los trabajos elaborados por la Unión Europea sobre mediación en materia de consumo y mediación familiar

Aunque la Directiva incluye dentro de su ámbito de aplicación la materia de consumo y de familia, lo cierto es que lo hace con

²²² *Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre*, Apartado B, subapartado V, *Mejor acceso a la justicia*, vid. Bol. UE., n.º 10, 1999.

²²³ *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, de 19 de abril de 2002, vid. COM (2002) 196 final.

²²⁴ Vid. COM (2004) 718 final. En cuanto a la Propuesta, vid. M.T. ÁLVAREZ MORENO, «La mediación en asuntos civiles y mercantiles. Algunas cuestiones suscitadas al hilo de la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo de 22 de octubre de 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», *RPJ*, n.º 7, 2004, pp. 243 a 304; H. EIDENMÜLLER, «Establishing a legal framework for mediation in Europe: The proposal for an EC Mediation Directive», *SchiedsVZ*, 2005, n.º 3, pp. 124 a 129; E. NAVARRO CONTRERAS, «El proyecto de directiva de mediación y la mediación comercial internacional», en M. GONZALO QUIROGA (dir.) *Métodos alternativos...*, op. cit., pp. 59 a 68; A. YBARRA BORES, *Mediación familiar internacional...*, loc. cit., op. cit., pp. 225 a 235. En el 2004 también se adopta el Código de conducta europeo de los mediadores.

ciertas limitaciones. Sin duda, son dos ámbitos diferenciados, el primero, por la posición más débil del consumidor, el segundo, porque el Derecho de familia es una rama del ordenamiento jurídico sensible a la hora de ser armonizada, donde cada Estado refleja sus propias peculiaridades. Por estos motivos, ambas materias han sido objeto de distintos trabajos y documentos de la UE en relación con los ADR, y en especial, con la mediación.

a) *La mediación en materia de consumo*

Años antes de celebrarse la Cumbre de Viena de 1998, concretamente en 1993, y con el objetivo de mejorar el acceso del consumidor a la justicia, la UE ya comenzó a impulsar la utilización de los ADR en los conflictos de consumo²²⁵. La manifestación más importante de este temprano enfoque fue el *Libro Verde de la Comisión, de 16 de noviembre de 1993, sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único*²²⁶.

Tras esta primera manifestación, la Comisión aprobó dos importantes Recomendaciones que fijaron los principios rectores en procedimientos extrajudiciales para la solución de litigios en materia de consumo. En primer lugar, la *Recomendación 98/527/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo*²²⁷; y en segundo lugar, la *Recomen-*

²²⁵ En cuanto a los antecedentes de la mediación en materia de consumo en el seno de la UE, *vid. Libro Verde...*, *op. cit.*, pp. 18 a 23; J.M. ARIAS RODRÍGUEZ, *Reflexiones acerca...*, *loc. cit.*, pp. 134 a 142; S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, p. 68; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas...*, *op. cit.*, pp. 30 a 35; A. BREA PALLARES, *La mediación...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 34; F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Impulso de la Unión Europea a la resolución alternativa de litigios de consumo: un primer apunte a la propuesta legislativa», en E. M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M.D. ADAM MUÑOZ, N. CORNAGO PRIETO, *El arreglo pacífico...*, *op. cit.*, pp. 735 a 744; F. MARTIN DIZ, *Políticas de la Unión...*, *loc. cit.*, pp. 79 a 83; G. MORENO CORDERO, *La Directiva 2008/52/CE...*, *loc. cit.*, pp. 90 a 93; J.C. ORTIZ, *La nueva Directiva...*, *loc. cit.*, pp. 1 a 4; J. C. ORTIZ PRADILLO, *La mediación...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 58 y 59; G. PALAO MORENO, *Mediación y Derecho...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 659; J. I. PAREDES PÉREZ, *La mediación en el consumo...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 295 a 302.

²²⁶ *Vid. COM (93) 576 final*. En años sucesivos, les siguieron otras Comunicaciones de la Comisión, como la *Comunicación de la Comisión, de 14 de febrero de 1996, relativa a un plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios de consumo en el mercado interior*, *vid. COM (96) 13 final*; la *Comunicación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 sobre la solución extrajudicial de conflictos de consumo*, *vid. COM (98) 198 final*; y la *Comunicación de la Comisión de 4 de abril de 2001 relativa a la extensión del acceso de los consumidores a los demás sistemas de solución de litigios*, *vid. COM (2001) 161 final*.

²²⁷ *Vid. DOCE L 115, de 17 de abril de 1998*. Esta Recomendación trata sobre aquellos procedimientos de solución de controversias donde existe una mayor intervención del tercero a través de la emisión de un dictamen formal, se recogían unos requisitos mínimos para la creación y funcionamiento de las ADR, con exclusión de la mediación.

*dación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo*²²⁸.

A su vez, en el año 2001, se fundó la denominada *EEJ-Net*, una red de puntos de contacto nacionales que sirven para informar y asistir a los consumidores que tienen conflictos transfronterizos que los enfrentan a empresas. Además, en el mismo año, se lanzó la red *FIN-NET*, complementaria a la primera, si bien se encarga de resolver disputas entre consumidores y proveedores de servicios financieros²²⁹.

La resolución alternativa de conflictos en materia de consumo goza de un importante campo de actuación en su modalidad *online*, reflejo de este aspecto es la *Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información*²³⁰; la *Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*²³¹; y la *Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas*²³². Las dos primeras se limitan a encargar a los Estados miembros que faciliten el uso de los métodos alternativos de solución de disputas. La tercera se refiere a la conciliación y la mediación como métodos de resolución de litigios transfronterizos relativos a las redes o servicios de comunicaciones electrónicas²³³. Además, la UE también ha creado el *ECODIR (Electronic Consumer Dispute Resolution Platform)*, plataforma para la solución de conflictos que incluye la negociación, la mediación y la recomendación²³⁴.

²²⁸ Vid. DOCE L 109, de 19 de abril de 2001. Esta Recomendación se centra en los procedimientos que buscan un acercamiento entre las partes con la finalidad de alcanzar soluciones de mutuo consenso, sin perjuicio de que el tercero pueda proponer, de manera informal, una solución.

²²⁹ Vid. *Libro Verde...*, *op. cit.*, pp. 19 y 20.

²³⁰ Vid. DOCE L 178, de 17 de junio de 2000.

²³¹ Vid. DOCE L 271, de 9 de octubre de 2002.

²³² Vid. DOCE L 108, de 24 de abril de 2002.

²³³ La *Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo*, vid. DOCE L 101, de 1 de abril de 1998, ya se refería a la conciliación u otros métodos de solución de litigios transfronterizos en dicho ámbito.

²³⁴ Durante la elaboración del *Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* se presentó una propuesta consistente en incluir, en materia de consumo, la posibilidad de que las partes acudieran a un ADR con anterioridad al proceso judicial pertinente. Aunque finalmente no se

En la actualidad, como resultado de todos los esfuerzos realizados, se ha aprobado la *Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE*²³⁵. La cual no sólo debe ser complementada con el *Reglamento (UE) núm. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE*²³⁶; sino también, como ella misma indica, con la propia *Directiva 2008/52/CE*.

b) *La mediación familiar*

Como se indicó en páginas anteriores, el *Plan de Acción* derivado de la Cumbre de Viena de 1998, ya contenía una referencia a la mediación como medio para resolver conflictos familiares. Sin embargo, a pesar de dicha indicación, realizada en el mismo año que se aprobaba la *Recomendación n.º 1/1998* del Consejo de Europa, han existido pocas acciones en orden a impulsar la mediación familiar en el seno de la UE.

Antes de la aprobación de la *Directiva 2008/52/CE*, la actuación más significativa ha sido, sin duda, su inclusión en el vigente *Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000*²³⁷. En este sentido, el artículo 55.e) se refiere a la obligación de las autoridades centrales, autoridades públicas de los Estados miembros u otros organismos a tener en cuenta la mediación como método para resolver conflictos transfronterizos entre los titulares de la responsabilidad parental²³⁸.

recogió en el texto aprobado del citado Reglamento, el Consejo y la Comisión hicieron una declaración conjunta destacando la importancia y ventajas de los ADR, *vid.* G. ESTEBAN DE LA ROSA, *Irrupción del movimiento...*, *loc. cit.*, p. 107; *Libro Verde...*, *op. cit.*, pp. 21 a 23.

²³⁵ *Vid.* DOUE L 165, de 18 de junio de 2013.

²³⁶ *Vid.* DOUE L 165, de 18 de junio de 2013.

²³⁷ *Vid.* DOCE L 338, de 23 de diciembre de 2003.

²³⁸ *Vid.* G. ESTEBAN DE LA ROSA, *Irrupción del movimiento...*, *loc. cit.*, pp. 107 y 108; P. DIAGO DIAGO, «Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho internacional privado», en A-L. CALVO CARAVACA, E. CASTELLANOS RUIZ (coords.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Madrid, 2008, p. 268; F. MARTIN DIZ, *Políticas de la Unión...*, *loc. cit.*, p. 82; P. ORTUÑO, «La mediación en el ámbito familiar», en I. SÁEZ HIDALGO, A. DORREGO DE CARLOS (dirs.), *Arbitraje y mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades*, Valladolid, 2013, p. 246; C. PARRA RODRÍGUEZ, «La presencia de los ADR en los conflictos internacionales de Derecho privado, una aproximación

Esta disposición se está refiriendo, especialmente, a los casos de sustracción internacional de menores, supuestos donde la mediación es un método particularmente útil, sobre todo, por su rapidez y su afán colaborativo. En este sentido, la UE posee la figura del *Mediador del Parlamento Europeo para casos de sustracción internacional de menores por sus progenitores*, creada en 1987. Esta fecha, claramente anterior a los trabajos de la UE sobre mediación, se debe a que este método, en los casos de disputas relativas a la sustracción internacional de menores, había sido ya tratado, en especial, por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

3. LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL

Desde hace décadas, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha venido incluyendo dentro de sus Convenios sobre Derecho de familia internacional el recurso a mediación. El primero de los instrumentos que se refirió a métodos alternativos de solución de conflictos fue el *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980*²³⁹. En este sentido, el artículo 7 y el artículo 10 declaran la obligación de las autoridades centrales de los Estados consistente en lograr una restitución voluntaria del menor, así como facilitar una «solución amigable».

Posteriormente, se aprobaron otros Convenios, los cuales ya hacían una referencia expresa a la mediación: a) el artículo 31 del *Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996*²⁴⁰; b) el artículo 31 del *Convenio sobre protección internacional de los adultos, hecho en La Haya el 13 de enero de 2000* y; c) el artículo 6 y el artículo 34 del Con-

a su delimitación», en E.M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M.D. ADAM MUÑOZ, N. CORNAGO PRIETO, *El arreglo pacífico...*, op. cit., p. 755; A. YBARRA BORES, *Mediación familiar internacional...*, loc. cit., op. cit., pp. 223 y 224.

El Reglamento 1347/2000, antecedente directo del Reglamento 2201/2003, no recogía dicha disposición, si bien, en su artículo 1.2 se establecía la plena equiparación entre los procesos judiciales y «los demás procedimientos que reconozca oficialmente cualquiera de los Estados miembros», vid. G. PALAO, «La mediación familiar internacional», en J. M. LLOPIS GINER (coord.), *Estudios sobre la Ley Valenciana de mediación familiar*, Valencia, 2003, p. 75.

²³⁹ Vid. «BOE» núm. 202, de 24 de agosto de 1987.

²⁴⁰ Vid. BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

venio sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007²⁴¹. Las disposiciones citadas, aunque se refieren expresamente a la mediación, también hablan de conciliación y de «procedimientos análogos», «métodos similares» o «medios alternativos de resolución de conflictos». Todas ellas se dirigen a las autoridades centrales de los Estados y otros organismos competentes en orden a que faciliten y fomenten el uso de tales vías en orden a lograr acuerdos amistosos y cumplimientos voluntarios²⁴².

En cualquier caso, la mediación que más se ha desarrollado ha sido la correspondiente a la sustracción internacional de menores del Convenio de 1980. En este sentido, y con el fin de reforzar este instrumento más allá de una mera referencia dentro del citado instrumento, en los últimos años se han puesto en marcha interesantes iniciativas tanto privadas como de la propia Conferencia de La Haya.

Una de las iniciativas privadas más importantes es el proyecto REUNITE, desarrollado por una organización no gubernamental situada en el Reino Unido, y dirigido a aquellos casos de sustracción internacional de menores en dicho país. Si bien, también ha comenzado a trabajar sustracciones hacia Estados no miembros del Convenio, especialmente si son países islámicos²⁴³. También en Alemania, desde el año 2002, el BAFM ha creado una red de mediadores con la finalidad de tratar sustracciones internacionales de menores de conformidad con el citado Convenio²⁴⁴.

Asimismo, la Conferencia de La Haya, consciente de la necesidad de mejorar la mediación en este ámbito, por su potencial y ventajas, ha intensificado sus trabajos en los últimos años. En 2006, la

²⁴¹ Los dos últimos Convenios de La Haya citados pueden ser consultados en su página web.

²⁴² En cuanto a los Convenios de La Haya citados y la mediación, *vid* P. DIAGO DIAGO, *Aproximación...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 268 y 269; D. GANANCIA, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeur dans les enlèvements d'enfants*, París, 2007, pp. 80 a 83; D. NGABONZIZA, «La médiation dans les disputes familiales internationales. Le rôle futur des Conventions de la Haye», en S. DETRICK, P. VLAARDINGERBROEK, *Globalization of child law. The role of the Hague Convention*, The Hague, Boston, London, 1999, pp. 65 a 75.

²⁴³ Sobre este proyecto, *vid*. F. CALVO BABÍO, «La mediación en la sustracción internacional de menores», en M. GONZALO QUIROGA (dir.) *Métodos alternativos...*, *op. cit.*, pp. 165 a 178; P. DIAGO DIAGO, *Aproximación...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 271; C.C. PAUL, S. KAESLER, «Mediation within the framework of a German-English child abduction», *ADR Bulletin*, vol. 9, n.º 5, pp. 82 a 86.

²⁴⁴ *Vid*. C.C. PAUL, J. WALKER, «Family mediation in international child custody conflicts: The role of the consulting attorneys», *Am. J. Fam. L.*, vol. 22, n.º 1, Spring 2008, pp. 42 a 45; C.C. PAUL, J. WALKER, «A case for mediation: Family mediation in international child custody conflicts», *World Arb. & Med. Rev.*, vol. 1, n.º 4, 2007, pp. 589 a 594. La BAFM junto a la asociación BM fundaron en el 2008 la organización MiKK e V. para que ésta continúe con dichas tareas de mediación en el secuestro internacional de menores.

Oficina Permanente publicó un estudio comparativo sobre la mediación, la conciliación y otros mecanismos similares en el contexto del Convenio de 1980²⁴⁵. En 2007, se publicó un análisis sobre la viabilidad de la mediación familiar transfronteriza, el cual tiene por objeto analizar las futuras líneas de trabajo de la Conferencia de la Haya en este ámbito²⁴⁶. Dicho documento tuvo respuesta al año siguiente, en un escrito que recoge las observaciones de los distintos Estados y organizaciones no gubernamentales²⁴⁷. Gracias a los citados estudios, se planteó, entre otras propuestas, la elaboración de una *Guía de buenas prácticas sobre mediación en el marco del Convenio de La Haya de 1980*, un documento esencial para la mediación en este ámbito, y que ha sido publicado en el año 2012²⁴⁸.

Otra iniciativa sumamente importante dentro de la Conferencia de La Haya es el denominado *Proceso de Malta*, un proyecto iniciado en 2004 cuyo objetivo es el diálogo entre los Estados parte del Convenio de 1980 y los Estados que no son parte, en especial los países islámicos. Todo ello con la finalidad última de conseguir un marco jurídico adecuado, así como el desarrollo de la mediación, la cual puede ser de gran utilidad a la hora de resolver conflictos transfronterizos de guarda y custodia en aquellos Estados que no son parte del citado instrumento internacional.

V. CONCLUSIONES

Aunque el origen de la mediación, como método alternativo de resoluciones de conflictos, y el nacimiento del «movimiento ADR» se produjeran en EE.UU., su puesta en práctica se extendió rápidamente a otros países. En Europa, el primer Estado influenciado por dicho movimiento fue el Reino Unido, debido principalmente al sistema jurídico que comparten, *—el common law—*, para a continuación, expandirse al resto de países europeos cuya tradición jurídica pertenece al Derecho continental.

²⁴⁵ Vid. *Notas sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares para facilitar soluciones acordadas en disputas familiares transfronterizas relativas a menores especialmente en el contexto del Convenio de la Haya de 1980*, doc. prel. n.º 5, octubre 2006.

²⁴⁶ Vid. *Feasibility study on cross-border mediation in family matters*, prel. doc., n.º 20, March 2007.

²⁴⁷ Vid. *Feasibility study on cross-border mediation in family matters-responses to the questionnaire*, prel. doc., n.º 10, March 2008.

²⁴⁸ Vid. N. GONZÁLEZ MARTÍN, «Sexta reunión de la Comisión especial para la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1980 en materia de sustracción internacional de menores: especial referencia a la guía de buenas prácticas sobre mediación», en E. M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M. D. ADAM MUÑOZ, N. CORNAGO PRIETO, *El arreglo pacífico...*, op. cit., pp. 707 a 718.

En cualquier caso, la utilización de los ADR, y en especial de la mediación, tanto en EE.UU como en Europa se ha desarrollado con enorme similitud. En primer lugar, la experimentación y aplicación de diversos programas y proyectos de mediación elaborados e impulsados por distintas instituciones. En segundo lugar, algunas reformas legislativas, sobre todo, en el ámbito familiar y procesal civil. En tercer lugar, la adopción de leyes de mediación, encargadas de regular todos aquellos aspectos que rodean a este método de arreglo de diferentes. Y finalmente, el fenómeno que se está produciendo en la actualidad, y que consiste en añadir la perspectiva transfronteriza a dichas leyes, en particular, gracias al impulso dado por la Directiva 2008/52/CE y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional.