

Montreal, 17.5.2017

## ***One last chance to make it real. Institucionalización, juridificación y transformación de la mediación: efectos y propuestas de reforma***

Daniela Gaddi

### **1 Introducción**

Nuestros padres fundadores tenían básicamente dos aspiraciones, cuando empezaron a impulsar el uso de la mediación: unos, por un lado, querían crear sociedades más justas y pacíficas, empoderar a las comunidades y los barrios, construir una justicia basada en la comunidad, una justicia informal y popular<sup>1</sup>. Por el otro lado, otros pretendían instituir sistemas judiciales que fueran más rápidos, eficientes y justos.

Desgraciadamente, a casi 50 años de distancia (si es que tomamos los años '70 como fecha de nacimiento del movimiento para la mediación), ninguna de esas dos aspiraciones se ha realizado.

La mediación es todavía un dispositivo de regulación de conflictos básicamente infrautilizado, escasamente exitoso, y no todo lo apetecible que nos gustaría para el público en general.

Éste, en efecto, es el panorama del que nos hablan las estadísticas recientes, y que resulta bastante evidente a simple vista, si salimos del punto ciego en el que quedamos muchas veces atrapados cuando observamos la mediación como mediadores.

¿Cómo hemos llegado hasta aquí?

Una posible pista a seguir, si miramos a su desarrollo histórico, es el incremento constante en la formalización, en la institucionalización, de las prácticas de mediación.

Hay que observar, preliminarmente, que se trata de una institucionalización de segundo nivel: en efecto, la mediación misma, aún en sus expresiones más informales, es una práctica institucional.

Concretamente, es el resultado de un proceso de institucionalización de una forma de interacción espontánea (esto es, el diálogo) como instrumento de regulación de conflictos, en intervenciones implantadas en un determinado campo social por actores externos, pese a la posible pre-existencia de otras formas de regulación, derecho incluido.

La mediación, en otros términos, no nació por “generación espontánea” para satisfacer las necesidades de estabilización de una comunidad determinada, a diferencia de otras prácticas reguladoras<sup>2</sup>. (podemos recordar, por ejemplo, los procedimientos de regulación observados por los antropólogos del derecho, como Santos en su trabajo en Rio de Janeiro, o las interacciones descritas por Moore en su estudio sobre los Campos Sociales

1 Véase, por ejemplo, la experiencia de Community Boards en San Francisco. Cfr. SHONHOLZ, Ray, “Justice from another perspective: the ideology and developmental history of CB Program”, en MERRY, Sally Engle, MILNER, Neal (eds), *The Possibility of Popular Justice*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1993, pp. 201-238

2 Podemos recordar, por ejemplo, los procedimientos de regulación observados y hace mucho tiempo por los antropólogos del derecho, como Santos en su trabajo en Rio de Janeiro, o las interacciones descritas por Moore en su estudio sobre los Campos Sociales Semi Autónomos, o las prácticas reguladoras del derecho supraestatal. Cfr. MOORE, Sally Falk, “Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study”, *Law & Society Review*, Vol. 7, N. 4 (1973), p. 719-746; SANTOS, Boaventura de Sousa, “The Law of The Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality en Pasargada”, en *Law & Society Review*, Vol. 12, N. 1 (1977), pp. 6-126, y SANTOS, Boaventura de Sousa, *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá: ILSA, 2009

Semi Autónomos, o las prácticas reguladoras del derecho supraestatal).

Se trata pues de una institucionalización de segundo nivel, cuyos mecanismos aparecen especialmente evidentes en las formas en que la mediación está siendo reglamentada jurídicamente, esto es, en su juridificación.

Antes de empezar a examinar el cómo se manifiesta el fenómeno de la juridificación de la mediación, qué efectos produce y cual sería una buena forma de gestionarlo, quisiera brevemente proponer una descripción de la mediación y de sus funciones, desde una perspectiva socio-jurídica (para que resulte más claro qué es lo que se juridifica, cómo, y con qué consecuencias).

## **2 Mediación, su función de regulador de lo social**

La mediación es una forma peculiar de interacción, que se pone en marcha porque a) existe un conflicto, b) que las partes quieren resolver por alguna razón.

Bajo determinadas condiciones, que tienen que ver con su autodeterminación, en la mediación la partes se vinculan intersubjetivamente en un acuerdo, que es expresión de un orden normativo emergente, y que servirá para regular su relación en el futuro.

Podemos por lo tanto considerar la mediación como una fente de producción normativa.

Podemos además considerarla como una fuente de producción normativa autónoma, porque no necesita del aval del derecho para desplegar sus efectos, esto es, no necesita ni de formalidades jurídicas, ni de la perspectiva de una sanción (cualquiera que sea) en caso de incumplimiento.

La vinculación normativa que nace en la mediación es intrínseca al proceso de intercambio comunicacional entre las partes.

Es en este sentido que podríamos decir que la producción normativa propia de la mediación constituye uno de aquellos órdenes menores que, como indican los pluralistas, concurren a regular las sociedades, junto con el derecho, y a veces pese a él o incluso en contradicción con él.

La mediación representa además un modelo de regulación especialmente interesante, porque – a diferencia de otras formas de coordinación de las conductas - surge de la confrontación y del intercambio entre las partes.

Una fuente de regulación “negociada”, en últimos términos. Como decía Bonafé-Schmitt, la mediación ofrece la *“posibilidad de construir un nuevo orden social a partir de acuerdos negociados”*<sup>3</sup>.

Es justamente éste potencial, lo que hace de la mediación una intervención realmente única y, en cierto modo, fascinante. Si no tuviera este potencial, sería un dispositivo de orden cualquiera.

Ahora, un concepto de semejante naturaleza es bastante extraño para nuestras tradiciones legales, que se basan todavía en un modelo “centralista” o “monista”, según el cual el derecho positivo es la forma de regulación de la convivencia y de los conflictos por excelencia.

De ello deriva, no sólo el descrédito de cualquier forma de ordenación extra-jurídica, sino también una tendencia manifiesta a sobrerregular áreas y prácticas que no lo necesitan, o que lo necesitan hasta cierto punto.

La mediación es, naturalmente, una de ellas.

3 BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, “L'évaluation de l'activité de médiation de quartier”, *Esprit Critique*, Vol. 6, N. 3 (2004), pp. 120-155, p. 153

### 3 La mediación y la espiral de juridificación

En efecto, usando una conocida expresión de Habermas, la mediación está siendo cada vez más atraída por el “remolino de la juridificación”<sup>4</sup>.

Con ese término se indica una hiper-regulación de las diferentes áreas sociales a través de intervenciones legislativas, esto es, un incremento del derecho y de su capacidad de penetración en la vida cotidiana.

En el caso de la mediación, podemos observar, a grandes rasgos, un proceso de juridificación en tres fases:

#### La espiral de la Juridificación

1. Juridificación (por adensamiento o extensión) →
2. Conversión de la mediación en un dispositivo que favorece la juridificación de lo social →
3. Necesidad de intensificar la reglamentación jurídica de la mediación

#### Fase 1: Juridificación

Un proceso de juridificación por *adensamiento*<sup>5</sup> se encuentra en el caso de la mediación judicial.

Se trata de la progresiva diferenciación del derecho procesal, mediante la incorporación y adaptación gradual de instrumentos propios de la mediación extra-judicial.

La integración de la mediación en la práctica judicial de muchos países, tanto en el ámbito civil, como en el penal, ha determinado la necesidad de regular detalladamente aspectos como: las condiciones de acceso (criterios de ingreso de los casos, en función de la materia, de la competencia, o de las características de las partes), el estatuto del mediador (requisitos para acceder a la profesión, responsabilidad profesional, etc.), el proceso mismo de mediación (en cuanto a tiempos, modalidades, formalidad del ritual, necesidad de la presencia de abogados, posibilidad de reconvenir, condiciones de validez de los acuerdos y su accionabilidad, uso de las informaciones en arbitrajes o juicios sucesivos, periodos de prescripción, etc.).

En este contexto, también la figura profesional del mediador judicial se va diversificando en diferentes tipos: mediador civil, penal, familiar, hipotecario, concursal, etc.

La incorporación de la mediación en el ámbito del derecho procesal se ha extendido tanto que ya no son infrecuentes los pleitos y las decisiones judiciales que tienen como objeto aspectos específicos de la mediación (por ejemplo, la admisibilidad, en un juicio sucesivo, de material probatorio surgido en mediación, la responsabilidad profesional del mediador, la ejecutoriedad del acuerdo de mediación, etc.).

Otra manifestación de la juridificación en este campo es que, a medida en que la mediación ha ido incorporándose en el sistema judicial, los profesionales del derecho han progresivamente “colonizado” la práctica, desplazando a otros profesionales. Es así como, en algunas disposiciones legislativas, la formación como jurista, o incluso el título de abogado, son requisitos necesarios para acceder a la profesión de mediador.

La mediación extra-judicial, por otro lado, está afectada por un proceso de juridificación

---

4 HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. II, Madrid: Ed. Taurus, 1987, p. 520

5 Lo que Habermas define como “... aumento del derecho escrito ... la desmenuzación de una materia jurídica global en varias materias particulares”. Cfr. HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. II, cit., p. 504

por *extensión*<sup>6</sup>.

Ello significa que los conflictos que antes se regulaban de manera informal a través de la mediación, están ahora sometidos, aunque indirectamente, a un intenso proceso de regulación jurídica.

La exigencia de reglamentar en este campo deriva de la subordinación de los centros de mediación extra-judicial a las agencias gubernamentales o a los tribunales.

Cuanto más aumenta la dependencia, tanto más necesario aparece establecer reglas para articular la relación entre centros de mediación informales e instituciones.

Este proceso de juridificación se manifiesta, por ejemplo:

a. En la reglamentación de los criterios de colaboración, como ocurre por ejemplo cuando los casos son derivados a mediación por los tribunales o la policía.

b. En la puntillosa regulación de los requisitos para acceder a la contratación por parte de la Administración, como ocurre cuando los pliegos de condiciones para la licitación de servicios disciplinan no sólo los objetivos, sino también las situaciones en las que intervenir, las modalidades de acción del mediador, su formación o su obligatoria inscripción en algún registro profesional.

### **Fase 2: La mediación como vehículo de juridificación de lo social**

En la segunda fase, debido a su progresiva reglamentación jurídica, la mediación misma, incluso la extra-judicial, se convierte luego en un dispositivo que *a su vez favorece la juridificación de lo social*.

Ello es así porque, mediante su uso, se limitan los recursos de gestión y resolución de conflictos que espontáneamente se utilizarían en un determinado campo social, y, consecuentemente, aumenta el número de cuestiones que pueden acceder al campo judicial.

Análogamente, se puede observar que producen una juridificación y una institucionalización de las esferas privadas todos aquellos casos en los que, de una mediación, derivan otras intervenciones institucionales, como por ejemplo cuando el mediador declara inviable la mediación y deriva el caso al departamento de Servicios Sociales o de Salud Mental.

En definitiva, el uso de la mediación permite la expansión de la red de control formal, con detrimento de los mecanismos de control informal.

### **Fase 3: La necesidad de intensificar la juridificación de la mediación**

El proceso de juridificación finalmente desemboca en la *necesidad de intensificar aún más la reglamentación jurídica de la mediación*.

En otros términos, aparece la necesidad de especificar cada vez más los criterios jurídicos de uso de la mediación, para adecuarlos al sistema general. Por ejemplo, en el caso ante mencionado de derivación a los Servicios de Salud Mental, sería inevitable establecer reglas de protección de datos personales, o normas de garantía de los derechos individuales, etc.

## **4 Efectos de la juridificación para la mediación**

Seguramente, ya se han ido intuyendo algunas de las consecuencias de este proceso.

1. Como vimos, con la juridificación, el derecho se aplica en áreas que ya tienen sus propios criterios de regulación y que, en principio, tienen igual o incluso mejor capacidad de organizar la conducta y las interacciones, incluso las conflictivas.

---

<sup>6</sup> Definida por Habermas como "la *regulación jurídica de nuevos asuntos sociales regulados hasta el momento de manera informal*". Cfr HABERMAS, Teoría de la Acción Comunicativa, Vol. II, cit., p. 504

2. El que el derecho obligue o exhorte las personas para que acudan a la mediación fomenta la idea de que se necesita la intervención de un tercero, experto en conflictos, para tratar cuestiones que tradicionalmente se han tratado en los mundos de vida. Por ende, se debilitan las fuerzas presentes en la comunidad para gestionar los conflictos.
3. Además, el impulso legislativo al uso de la mediación aumenta la intervención judicial, en lugar de reducirla. Por lo tanto, podemos esperarnos un aumento del contencioso, no una disminución.
4. La fuerza de atracción institucional determina una metamorfosis progresiva de los propósitos declarados de la mediación, en los objetivos de los sistemas judicial y político. Por ejemplo, uno de los objetivos más celebrados, el de devolver a las personas y a las comunidades el protagonismo en la resolución de sus propios conflictos, pierde terreno frente al objetivo de reducir el contencioso y de contener la conflictividad social.  
En otras palabras, existe una tendencia evidente a usar la mediación como un instrumento del sistema judicial o de las políticas sociales y de seguridad pública. Ello sucede toda vez que un mediador se ve obligado a adaptar su práctica en función de lo que le requieren sus “clientes institucionales”. Piensen por ejemplo en cuando la administración pública solicita la intervención del mediador para complementar o sustituir las actividades de prevención de las fuerzas del orden.
5. La juridificación limita el alcance de la mediación, porque obliga a restringir la atención a problemas determinados y trata el conflicto como un asunto cuya resolución está circunscrita a los aspectos definidos jurídicamente, en detrimento de toda cuestión que, pese a no tener relevancia jurídica inmediata, sería objeto de discusión e intercambio entre las partes.
6. Además dificulta el intercambio comunicativo porque impone a la mediación una estructura determinada, que administra ritmos y temas y que, en definitiva, estimula una gestión estratégica del proceso. En este sentido, existe por ejemplo el peligro de que las comunicaciones entre las partes se enrosquen recursivamente alrededor de asuntos ajenos al conflicto, introducidos por el mediador (la necesidad de reparar, por ejemplo).
7. Reduce la autodeterminación de las partes, tanto limitando sus posibilidades de comunicación, como restringiendo el número y el tipo de soluciones que las partes puedan querer adoptar. Si, por un lado, esto es comprensible (fomentaría la arbitrariedad, por ejemplo, el que las partes de una mediación penal pudieran decidir acerca de la pena fuera de los límites de lo establecido por el derecho), por el otro lado impide que surjan resultados innovadores y que responden mejor a las exigencias de las personas implicadas.
8. Fomenta en las partes mismas una imagen desprestigiada de la mediación, que es percibida y vivida frecuentemente como una mera y momentánea renuncia a ejercer la acción judicial. Tanto que la amenaza de recurrir a la instancia judicial se usa con frecuencia para influenciar el proceso de mediación y/o para forzar un acuerdo en beneficio propio.

En semejantes condiciones, la mediación ya no puede definirse como una interacción dirigida a terminar el conflicto mediante una construcción “dialogada” (intersubjetiva) de acuerdos, con una fuerza de vinculación normativa específica. Se convierte, en efecto, en una intervención que funciona según criterios completamente diferentes, perdiendo así todo ese potencial de regulador de lo social *supra* mencionado.

## 5 Remedios

Frente a esta situación, se presentan tres alternativas:

1. Seguir en la línea de la juridificación de la mediación.
  2. Intentar una de-juridificación de la mediación
  3. Dar una nueva forma a la juridificación de la mediación
1. Con esta alternativa, en línea con lo expuesto, se limita el potencial de la mediación como instrumento de regulación social, se incrementa el contencioso y la juridificación de las esferas privadas y se aumenta la complejidad del derecho, con el riesgo de que éste termine por perder su coherencia interna<sup>7</sup>.
  2. Esta alternativa está condenada al fracaso.  
Ante todo, dada la tendencia general hacia la continua expansión de la producción legislativa, parece ilusorio imaginar una vuelta atrás radical en la juridificación de la mediación.  
Pero más allá de esto, una mediación completamente “de-juridificada” tendría escasa o nula relevancia, como mecanismo de regulación social, y muy probablemente acabaría desvaneciéndose, o subsistiendo como una práctica profesional entre muchas. Ello es así porque la mediación es una práctica de limitado alcance, que además está circunscrita a interacciones privadas y a asuntos concretos. El que sirva para coordinar de forma satisfactoria las expectativas de dos partes concretas no la convierte de por sí en una fuente idónea y suficiente de gestión de la complejidad social. En otros términos, las configuraciones normativas que se generan en mediación no son generalizables, por lo tanto no son de utilidad para regular el funcionamiento de sociedades complejas. Como decía Luhmann, en la experiencia factual de los sistemas menores, una regla siempre puede modificarse para armonizar las expectativas de manera concreta, caso por caso<sup>8</sup>.
  3. Así las cosas, para asegurar estabilidad y generalidad de las normas que surgen en mediación, y en definitiva, para fomentar su potencial como instrumento de regulación social, se torna necesaria alguna forma de institucionalización o de juridificación. Empero, ¿qué tipo de reglamentación jurídica evitaría el repetirse de los inconvenientes que hemos examinado antes?

Volvamos a examinar el concepto de juridificación.

De acuerdo con Habermas y Teubner, la juridificación tiene una naturaleza dilemática.

Por un lado, es cierto que expande la red de control formal, con detrimento de los mecanismos de control informal. Pero por el otro lado, generaliza estándares de conducta, confiere estabilidad a las materias reguladas, provee seguridad jurídica, amplía el acceso a la justicia.

El punto es, entonces, cómo aprovechar los potenciales de emancipación que la juridificación de la mediación supone, sin que de ello se obtenga una alteración objetivante de las dinámicas de interacción entre las partes.

Para ello, debemos imaginar una reglamentación jurídica que “libere”, en vez que encorsetar, la normatividad propia de la mediación y que, al mismo tiempo, le garantice estabilidad y generalidad. Una reglamentación capaz de dar entrada a los procesos auto-

---

7 Cfr. TEUBNER, Gunther, “After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law”, en: TEUBNER, Gunther, *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin: Walter de Gruyter, 1986, pp. 299-321

8 Cfr. LUHMANN, Niklas, *Sociologia del diritto*, Bari: Laterza, 1977

reguladores de los diferentes campos sociales (la mediación es un campo social), sin entrar en su contenido<sup>9</sup>.

La propuesta, que avanzo aquí como punto de partida de un debate, es, por tanto: construyamos un derecho más abstracto, que promueva la racionalidad normativa de la mediación, y su capacidad y efectividad en cuanto a la organización de la convivencia.

Un derecho de este tipo, un derecho reflexivo (como lo llamaría Teubner) , constituiría un marco general de referencia normativa para todos los procesos de auto-regulación (mediación incluida), cuyos resultados serían armonizables entre sí, al menos en parte, por su supeditación a las reglas procedimentales.

En esta perspectiva, algunas líneas de realización concreta serían las siguientes:

1. El legislador debería de instituir e impulsar la mediación como práctica de resolución de conflictos, pero *excluyendo su obligatoriedad*. Ello permitiría de conservar los hábitos normativos de los diferentes campos sociales y fomentar sus procesos de auto-regulación. Es evidente que la propuesta conlleva el riesgo de que las partes no se orienten hacia la mediación, sino en contadas ocasiones, como sucede en la actualidad. Sin embargo, la alternativa opuesta implicaría una imposición legislativa de dudoso resultado.
2. La mediación debería de establecerse además como una intervención *extra-judicial*, tanto en el ámbito civil, como en algunos supuestos penales. Se trataría de una de-judicialización que, al tiempo que reconoce las potencialidades reguladoras de los “órdenes menores”, también establece las condiciones para que éstas puedan desplegar sus efectos.
3. La reglamentación del proceso debería limitarse a garantizar las condiciones mínimas para que la mediación pueda realizar sus objetivos, y concretamente:
  - a. Voluntariedad de las partes, entendida como voluntad de someterse al proceso y posibilidad de autodeterminarse en la construcción de los acuerdos.
  - b. Neutralidad del mediador, entendida como negativa a tomar posición o emitir decisiones, para evitar un rebote del conflicto y su desenlace “normativo”, y como falta de intención estratégica en la dirección del proceso.
  - c. Confidencialidad del proceso, entendida como prohibición de reproducir al exterior información surgida en las sesiones de mediación. Ello, para evitar que las partes omitan tratar temas que debatirían, si no temieran repercusiones judiciales futuras.

En el marco regulador de estas condiciones mínimas, las modalidades de realización concreta deberían dejarse al albedrío de las partes, de concierto con el mediador. Ello significa, por ejemplo, evitar de preceptuar detalles como número, duración y estructura de las sesiones de mediación, como sucede en algunas normativas sobre mediación (por ejemplo, la regulación catalana de 2012<sup>10</sup>).

4. Asimismo, deberían evitarse todas las prescripciones que conciernen la forma y la eficacia de los acuerdos. En una reglamentación reflexiva, la homologación de los acuerdos, para la validación del vínculo normativo, se vuelve superflua. Si el régimen regulador construido en mediación dejara de garantizar las expectativas de las partes (es decir, en caso de incumplimiento del acuerdo), siempre cabría la posibilidad de acudir a otros instrumentos judiciales en un segundo momento, no

---

9 TEUBNER, Gunther, “Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno”, en BOURDIEU Pierre; TEUBNER, Gunther, *La fuerza del derecho*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000, pp. 81-152

10 Concretamente, el Capítulo VI, sobre el desarrollo del procedimiento de mediación, del DECRET 135/2012, de 23 d’octubre, pel qual s’aprova el Reglament de la Llei 15/2009, de 22 de juliol, de mediació en l’àmbit del dret privat.

tanto para obligar al cumplimiento, sino para revisar la situación inicial.

5. En el marco de una regulación reflexiva, debería también prevenirse el riesgo de que la mediación se use como instrumento de un derecho "intervencionista" (regulador). Deberían por tanto excluirse de su ámbito de aplicación todas aquellas disposiciones cuyo objetivo final es el control directo del conflicto y de su (auto) gestión, o la modificación de las conductas hacia patrones de conformidad social.

Para concluir, nuestra última oportunidad para que la mediación realmente se afirme como mecanismo de una regulación social basada en el consenso y en la autodeterminación de las partes directamente implicadas, y para que el contencioso se transforme en la última y más remota instancia de resolución de las controversias, es: *legislemos, dado que lo necesitamos, pero no mucho, y legislemos diferente.*

Las soluciones que las partes construyen serán diversas, caso por caso, pero el proceso de construcción responderá a los mismos criterios generales. Éstos servirán como un marco de garantías que asegure, por un lado, la plena autodeterminación de las partes, y por el otro el respeto de principios generales a identificar, por ejemplo, en las normas constitucionales o en los tratados internacionales y en la legislación supranacional.