

Mediación, Arbitraje y Resolución Extrajudicial de Conflictos en el Siglo XXI. – I. Mediación. Cordinadores: LETICIA GARCÍA VILLALUENGA, JORGE TOMILLO URBINA y EDUARDO VÁZQUEZ DE CASTRO. Coordinadora: CARMEN FERNÁNDEZ CANALES. Prologo: VINCENTE MEDIAVILLA. Madrid, Reus, S.A., 2010. ISBN 978-84-290-1622-2

Indice



Maria Antonietta Foddai
Universidad de Sassari, Italia

Conciliación y mediación: ¿modelos diferentes de resolución de conflictos?

SUMARIO: 1. ADR: una ambigua denominación. – 2. La mediación: en busca de una definición. – 2.1. *Mediation* (USA). – 2.2 *Médiation* (Francia). – 3. El caso italiano y las promesas del legislador. – 3.1. *Conciliazione* y *Mediazione*: las razones de una distinción.

Resumen: Este trabajo afronta el problema del significado de los términos «mediación» y «conciliación» en el ámbito europeo e internacional, donde se producen significativas diferencias en el uso de los términos y en la disciplina de las respectivas prácticas. En los Estados Unidos, donde nació el movimiento de los *Alternative Dispute Resolutions*, los términos «mediation» y «conciliation» son considerados sinónimos, para designar un proceso en el que una tercera parte, neutral e imparcial, facilita un acuerdo consensuado y negociado entre las partes, sin tomar una decisión formal. No ocurre lo mismo en Francia, donde los términos «médiation» y «conciliation», definen dos instituciones jurídicas y dos modelos diferentes de gestión de los conflictos. También en Italia las palabras «conciliazione» y «mediazione» tienen un campo de empleo diferente: se refieren a materias, prácticas y modelos distintos de gestión de los conflictos. Ambos indican una modalidad consensuada y voluntaria de composición de las controversias que se desarrolla en presencia de un tercero imparcial que guía a las partes en la búsqueda de una solución al conflicto. Sin embargo, en estos últimos veinte años se ha asistido a una espontánea y progresiva diferenciación entre los respectivos ámbitos de competencia: la «conciliazione» se refiere a la composición de las controversias en el campo civil y mercantil, mientras que la «mediazione» se ocupa de la gestión de los conflictos en el ámbito social, escolar, penal y familiar. El fenómeno italiano de los ADR nos ofrece un panorama heterogéneo de prácticas, recorridos formativos y argumentos teóricos, que indica la tendencia hacia una diferenciación entre la práctica de la mediación y de la conciliación. En esencia parece que asistimos a la progresiva construcción de un límite entre ámbitos normativos sobre los que sería necesario reflexionar con atención. El legislador, que recientemente ha intervenido en la materia con el art. 60 de la ley de 18 junio de 2009, n° 69, no parece propenso a acoger esta distinción. La norma citada distingue entre «mediación» y «conciliación», pero no para regular dos prácticas autónomamente, sino más bien para instituir una relación de medio a fin entre las dos, estableciendo que la actividad de mediación «finalice con la conciliación» (art. 60, apartado 3, letra a).

1. – ADR: una ambigua denominación

Con la expresión «*Alternative Dispute Resolutions*» se suele indicar un conjunto de instrumentos de gestión de la conflictividad social y de resoluciones de las controversias que se presentan como alternativas a la jurisdicción del Estado.

Se trata de una expresión reciente, acuñada por el jurista estadounidense Frank Sander en 1976, durante la célebre

Pound Conference^[1], para sugerir una solución al problema del mal funcionamiento de la justicia en los Estados Unidos,

recurriendo a formas alternativas o complementarias de composición de las disputas^[2]. De aquí nació la idea de un sistema «alternativo» a la jurisdicción del Estado que consintiera unas soluciones, satisfactorias, rápidas y poco costosas de las

controversias^[3].

Durante treinta años, la expresión «*Alternative Dispute Resolutions*» ha sido discutida e interpretada de diversas maneras, ya sea en referencia al conjunto de métodos para los cuales ha sido acuñada, ya sea en relación con el modelo de justicia que expresa, más flexible que los rígidos mecanismos procesales y adecuado a las necesidades de los ciudadanos^[4].

En efecto, con el tiempo, la ‘A’ de ‘*Alternative*’ ha sido interpretada como «*Appropriate*»^[5], para indicar un modelo integrado y complementario de métodos de resoluciones de las controversias, en lugar de uno bipolar, fundado en la oposición entre la jurisdicción del Estado y los mecanismos privados e informales^[6].

Hoy es una expresión ampliamente difundida y empleada en ámbito internacional: desde los Estados Unidos hasta Europa, desde Australia hasta Asia, designa un sistema de gestión de las controversias que se sirve de métodos informales y extraprocerales^[7].

También la Unión Europea, que desde hace dos decenios desarrolla una política a favor del empleo de instrumentos extrajurisdiccionales de resoluciones de conflictos, ha adoptado con decisión el acrónimo ADR. En el *Libro Verde de la*

Comisión Europea sobre métodos alternativos de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, publicado el 19 Abril de 2002, la Comisión precisa: « Los modos alternativos de resolución de las controversias, según el presente libro verde, designarán por tanto los procedimientos no jurisdiccionales de resoluciones de las controversias, conducidas por una tercera parte neutral, con exclusión del arbitraje propiamente dicho. Los modos alternativos de resolución de las controversias serán por tanto designados en su globalidad, con el acrónimo que tiende a imponerse universalmente en la práctica: «ADR», que significa «*Alternative Dispute Resolution*»^[8].

Precisamente por el hecho de ser un fenómeno transnacional, capaz de franquear límites políticos y culturales, y de radicarse en ordenamientos marcados por tradiciones jurídicas diferentes, el ADR expresa una gran variedad de formas y contenidos, todos reconducibles a la crisis de la justicia que ha investido a la mayor parte de los países occidentales y a las soluciones que cada uno de estos ha reconocido para encauzarla^[9].

Dentro de este amplio contenedor, encontramos de hecho prácticas tan diferentes que a veces los mismos expertos se acercan con dificultad; desde sistemas heterónomos, como el arbitraje, en el cual un tercero elegido por las partes, expresa una decisión vinculante sobre la base de normas jurídicas, a sistemas autónomos, como la conciliación y la mediación, en los cuales son las partes, ayudadas por un tercero imparcial, las que encuentran la solución al conflicto que los separa^[10].

Por esta razón hay quien, como Palmer y Roberts, ha definido el ADR, como una «*fugitive label*»^[11], por los numerosos y algunas veces contradictorios significados que expresa. Sin embargo hay al menos dos caracteres que definen, a niveles diferentes, a estas prácticas de gestión de los conflictos: el informalismo y la extrajurisdiccionalidad. Se trata de hecho, más que nada de prácticas no reguladas por el derecho que se desarrollan al margen del proceso ordinario.

Pero no todos los métodos comparten ambos caracteres: de hecho no todos son informales, el arbitraje es el máximo ejemplo, y no todos son extrajurisdiccionales, como muestran las formas definidas *courtannexed*, o endoprocesales, que se han desarrollado en el ámbito de la actividad de las cortes^[12].

Estos presentan en realidad entre ellos afinidad o, para usar la célebre expresión de Wittgenstein, 'semejanzas de familia'. Así, cuando hablamos de ADR, no estamos indicando un grupo homogéneo en el que todos los miembros presentan las mismas propiedades, sino más bien una familia de métodos que muestran, todos en diferente medida, solo algunos de los caracteres y no otros.

Los elementos esenciales alrededor de los cuales giran los métodos ADR son: la presencia de un tercero imparcial, que facilita o propone un

acuerdo entre las partes, el informalismo de las prácticas, cuyo desarrollo no esta regulado por normas jurídicas^[13], la discreción que caracteriza los encuentros entre las partes y el mediador. A estos elementos que designan la estructura, debemos añadir otros, que definen los objetivos. Mientras el sistema procesal de resolución de las controversias sigue una lógica binaria y competitiva, basada en la idea de razón y equívoco, de victoria y derrota, los métodos ADR siguen una lógica cooperativa, que privilegia la búsqueda de soluciones satisfactorias para ambas partes, basadas en la comunicación y en la combinación de intereses. Como ha notado Adler, «no obstante la amplia variedad de situaciones, hay una semejanza de base en la estructura e ideología de muchas formas de ADR. Estas comparten un interés hacia modos consensuados y no violentos

de obtener acuerdos, en oposición a un método formal y adversarial de tratar los conflictos»^[14].

La sustitución de la figura que juzga por una ausencia de poder, la simplicidad de los procedimientos gobernados por pocas reglas inspiradas en el buen sentido y en el diálogo, la privacidad y la confidencialidad, que distinguen la mayor parte de estas prácticas, no están desvinculadas de la finalidad y de los valores que culturalmente se quiere reivindicar y expresar recurriendo a ellas. Estructura y fines, formas y valores se entrelazan en estas nuevas formas de búsqueda de la justicia.

Junto a un uso técnico y estratégico del «ADR», gobernado por la búsqueda de resultados, se recoge uno ético, gobernado por la búsqueda de nuevos equilibrios sociales.

El primero concierne al objetivo de limitar los costes y el tiempo de la justicia, uniendo al proceso ordinario una serie de procedimientos, prácticas o métodos que permitan a los ciudadanos resolver sus controversias, alcanzando soluciones rápidas, menos costosas y evitando el recurso al proceso ordinario. Se denota un aspecto cuantitativo, referido a una justicia más o menos accesible, más o menos costosa, más o menos larga, más o menos satisfactoria y adecuada.

El segundo concierne a la misma idea de justicia que con estas prácticas se pretende realizar; no se trata de hecho solamente de mejorar el sistema jurisdiccional, simplificándolo, haciendo más ágiles procedimientos

ahora casi colapsados, como sucede en Italia; sino también de considerar una nueva modalidad en el logro de soluciones de las disputas y de los mismos acuerdos, ya sea en el ámbito civil y mercantil, ya sea en el ámbito social y familiar^[15]

Se manifiesta aquí un aspecto cualitativo que concierne a un modo diferente de tratar los conflictos, que permite a las partes tomar una decisión común, sin tener que quedar sometidas a la decisión de un juez.

Las dos claves interpretativas nos ayudan a comprender la pluralidad de significados reunidos en la expresión 'Alternative Dispute Resolution'. Con ella indicamos ya sea un conjunto de técnicas y procedimientos, ya sea un fenómeno de extrema importancia cuyas raíces se hunden en la crisis de los sistemas de justicia de la mayor parte de los estados occidentales y en la reconocida 'debilidad' de un derecho que se adapta con dificultad a los radicales cambios del panorama internacional.

2. – La mediación: en busca de una definición

Entre los métodos de ADR la mediación (*mediation, médiation, mediazione*) ocupa un lugar central, ya sea por la mayor flexibilidad de sus prácticas, ya sea por su adaptabilidad a contextos y ordenamientos jurídicos diferentes, ya sea, en fin, por el modelo de justicia y de orden social que transmite [16]. Se trata, como sostienen la mayor parte de los teóricos al respecto, de un instrumento que tiene una tradición basada en orígenes remotos, cuyos rastros son reconocibles aún hoy en numerosas culturas [17].

En efecto, los diferentes métodos desarrollados en los Estados Unidos y empleados de formas diferentes también en el ámbito europeo, no representan una novedad: desde hace tiempo forman parte de la tradición jurídica y social de numerosos países [18], pero, a partir de los años 70 en USA y de los años 80 en Europa, han asumido una nueva dimensión, presentándose como instrumentos dotados de una gran carga innovativa y potencialmente revolucionaria con respecto a los ritos ordinarios del proceso y del propio orden jurídico [19]. Este efecto, quizás más pretendido que real, está ligado a la mediación y a las expectativas de justicia que con frecuencia se esconden detrás de su empleo. En tal sentido podemos entender las palabras de Adler, cuando dice que si representásemos los ADR como un árbol, la mediación podría ser el tronco, concluyendo que es la mediación la fuerza que ha revitalizado estos métodos [20].

Precisamente por la relevancia que esta práctica asume en el nuevo marco transnacional delineado por los métodos ADR, su definición adquiere una importancia cada vez mayor, en respuesta a las urgentes exigencias de reglamentación jurídica en el ámbito internacional y europeo.

Sin embargo, al igual que para el acrónimo «ADR», también para el término «mediación» se puede hablar de ambigüedad. El desarrollo impetuoso y desordenado que sus prácticas han registrado en Europa a finales de los años 90, ha fomentado un uso vago y frecuentemente impropio del término «mediación», que ha empezado a asumir significados genéricos ligados al acuerdo y a la negociación, más que a una rigurosa gestión de los conflictos. A éste marco se debe añadir un elemento ulterior, relacionado con las decisiones que los legisladores han tomado en los diferentes países, donde no siempre los términos correspondientes en distintas lenguas designan el mismo instituto jurídico.

La dificultad está demostrada por el mismo Legislador europeo, que en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *relativa a determinados aspectos de la mediación en materia civil y mercantil*, ha renunciado explícitamente a tomar una decisión terminológica, para favorecer el proceso de armonización entre las disciplinas nacionales. El art. 3 letra a), define así la mediación: «por «mediación» se entiende un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el derecho de un Estado miembro» [21].

Los términos empleados en el ámbito internacional, y en el europeo en particular, para definir ésta práctica de gestión de los conflictos, ponen de manifiesto problemas relativos al significado de los términos correspondientes, en los diferentes ordenamientos. Me limitaré, por falta de espacio, a ofrecer un rápido vistazo sobre Estados Unidos y Francia para concluir con el caso de Italia.

2.1. – Mediation (USA)

En los Estados Unidos, Lon Fuller fue uno de los más importantes defensores de los métodos de resolución alternativa de conflictos [22]. De acuerdo con los tiempos y la oleada de la *litigation explosion*, él sostuvo no solo la validez y la eficacia de los ADR, sino también su «dignidad moral», ofreciendo válidos fundamentos teóricos para el empleo de *alternative forms* al proceso ordinario [23].

Según Fuller, cada método de gestión de las disputas tiene su particular forma y función, que no debe ser confundida o sobrepuesta con aquellas de los otros métodos. La «*mediation*» o «*conciliation*», se revela como el instrumento más adecuado para tratar los conflictos entre personas que tienen relaciones continuas en el tiempo (*ongoing relationships*), como en el caso de conflictos familiares o de trabajo. Su principal cualidad está en la «capacidad de reorientar a las partes una hacia la otra, no a través de la imposición de reglas, sino ayudándoles a alcanzar una nueva y compartida percepción de su relación, una percepción que reorientará sus recíprocas disposiciones y actitudes» [24]. Es el mediador quien hace visible esta cualidad de la mediación, dice Fuller; en vez de inducir a las partes a aceptar reglas formales para gestionar sus relaciones futuras, él les ayuda a liberarse del obstáculo de las reglas y a aceptar sin embargo una relación de respeto recíproco [25].

Entre las diferentes definiciones de «*mediation*», ofrecidas por la monumental literatura sobre el tema, las más acreditadas son aquellas que acogen los caracteres delineados en su momento por Fuller: «La mediación (*mediation*) es un proceso en el cual una tercera parte (generalmente neutral e imparcial) facilita un acuerdo consensuado y negociado entre las partes, sin tomar una decisión formal» [26].

Junto al término *mediation*, en la misma área semántica de empleo, aparecen los vocablos *conciliation* y *negotiation*. Mientras que la *negotiation* se superpone sólo en parte a la *mediation* y se distingue de ella por la innecesidad de la presencia de un tercero que facilite el logro del acuerdo entre las partes [27], *conciliation e mediation* son considerados

sinónimos. De acuerdo con la tesis de Fuller, que se refería a la tradición Anglosajona^[28], la mayor parte de los teóricos del ADR los considera términos intercambiables^[29].

2.2. – Médiation (Francia)

En su libro «*Le temps des mediateurs*», Jean François Six define los años Ochenta en Europa como la década de la mediación^[30]. En efecto, desde entonces las prácticas de mediación empezaron a difundirse en numerosos países europeos, como Francia, España, Bélgica, Holanda, Austria, ofreciéndose a la atención de las principales instituciones jurídicas como un fenómeno social y político que hay que considerar con creciente interés^[31].

El caso francés representa un importante punto de conexión entre la experiencia estadounidense y la europea, porque, junto a los elementos comunes que revelan la crisis de los sistemas jurisdiccionales, evidencia la exigencia de construir modelos teóricos adecuados al contexto jurídico continental europeo y su correspondiente ámbito cultural^[32].

Las diferencias se extraen ya de la definición: los expertos franceses sobre una nueva forma de justicia, prefieren *Modes Alternatifs de Résolution des Conflits*, cuyo acrónimo es MARC^[33], antes que la expresión *Alternative Dispute Resolution*, y su relativo acrónimo ADR.

«Los MARC, como escribe Loïc Cadiet, no se corresponden con una traducción, ni con una imitación de los «*Alternative Dispute Resolution*»; cubren un área de significado mucho más vasta, porque, a diferencia de los ADR, se refieren al conflicto y no a la controversia^[34]. «Los MARC» —concluye el autor— no son tanto una categoría jurídica, sino más bien un estado del espíritu. Indican, genéricamente, el conjunto de procedimientos dirigidos a una solución amigable de los conflictos. Los modos alternativos son vías amigables, en oposición a las vías jurisdiccionales, tradicionalmente concebidas como instrumentos autoritarios»^[35].

En la experiencia francesa — que, al igual que la estadounidense, puede hacer alarde de una larga tradición de instrumentos alternativos e informales de solución de las controversias —, los MARC nacieron en los años '70 para solucionar los problemas de la jurisdicción. Como los ya bien conocidos por la «Pound Conference», los problemas estaban relacionados con la insatisfacción general de los ciudadanos respecto de la oferta estatal de justicia: al coste y la lentitud de los procedimientos se sumaba la idea de un sistema jurídico inadecuado para responder a una necesidad de seguridad en las relaciones sociales siempre apremiante^[36]. De aquí nace la idea de una «*Justice de proximité*» que asegure un acceso simple y eficaz a los instrumentos de gestión de la conflictividad^[37].

A diferencia de las modalidades estadounidenses, en Francia *conciliation e médiation* indican dos modelos diferentes de gestión de los conflictos: ambos pueden ser extrajudiciales o judiciales, ambos pueden tener el mismo ámbito de competencia (desde las controversias mercantiles a las familiares), pero son las modalidades de su desarrollo y el diferente marco institucional a trazar, el límite entre estas dos instituciones^[38].

En cuanto a las modalidades, Jacques Faget escribe que mientras la conciliación se define principalmente por su objetivo, que es el de «unir» las pretensiones de las partes en un acuerdo, la mediación se define en base a su método, centrado en el rol de «el que está en el medio», el mediador. «Mientras en la *conciliation* la posición del tercero en la búsqueda de una solución amistosa entre las partes es secundaria, ésta deviene esencial en la *médiation* para instaurar la comunicación entre las personas»^[39].

Por lo que concierne al marco institucional, a diferencia de la *médiation*, la *conciliation* extrajudicial es una institución bien conocida en la tradición jurídica francesa que, desde 1790, ha regulado la actividad conciliadora^[40]. En 1978, después del movimiento a favor de una reorganización de la oferta de justicia, el legislador ha dado un nuevo orden a la institución, introduciendo la figura de los *conciliateurs de justice*^[41]. Para su reclutamiento no se requiere ninguna competencia específica en las técnicas de conciliación y/o mediación, sino que es suficiente la formación jurídica. Operando en los propios despachos judiciales, sirviéndose de las mismas estructuras, los *conciliateurs* para Bonafé no expresan la terceralidad necesaria para poder desarrollar adecuadamente la actividad conciliadora. A diferencia de los *mediateurs*, los *conciliateurs* son una figura ambigua, que se ha revelado incapaz de adquirir un rol diferente y autónomo con respecto al judicial^[42].

La mediación es la práctica que en estos últimos veinte años se ha demostrado más eficaz e innovadora, tanto que ha inducido al legislador a prever una forma judicial, extremadamente amplia, que otorga al juez la facultad, en el ámbito del proceso civil, de designar a un tercero «*afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose*»^[43]. La mediación extrajudicial, en cambio, es un procedimiento privado, que no tiene ninguna relación con el proceso: se desarrolla en presencia de un tercero imparcial, definido como *mediateur*,

cuyo rol profesional no ha sido objeto todavía de una sistematización orgánica____. También ésta ha recibido la atención del legislador que ha previsto que las partes puedan acudir al juez para que otorgue eficacia ejecutiva al acto de transacción con el que la mediación se ha concluido____.

La definición más acreditada y compartida de la mediación en Francia es aquella propuesta por Jean Bonafé Schmitt, acogida casi integralmente por el legislador en el texto del art. 1131 del Código de Enjuiciamiento Civil: «*Aussi, pour la clarté de l'exposé, ai-je défini la médiation comme étant un processus le plus souvent formel par lequel un tiers neutre tente à travers l'organisation d'échanges entre les parties de permettre à celles-ci de confronter leurs points de vue et de rechercher avec son aide une solution au conflit qui les oppose*»____.

3. – El caso italiano y las promesas del legislador

Tanto en Italia como en el resto de Europa, los instrumentos extrajurisdiccionales o alternativos de resolución de controversias han terminado por recabar la atención de las instituciones políticas y jurídicas. En efecto, desde los años Noventa se registran estudios, investigaciones y experimentaciones en materia de conciliación y mediación por parte de entidades, asociaciones, universidades y órdenes profesionales____. El legislador ha intervenido en numerosos ámbitos, como el de las controversias en materia societaria, de trabajo, telecomunicaciones, comercio, por sólo citar los más importantes, sin haber previsto criterios unívocos para la formación, el reclutamiento de los conciliadores/mediadores y la eficacia jurídica de los acuerdos____. De hecho, la materia carece de una disciplina orgánica que reconozca estrategias de compatibilidad entre prácticas conciliadoras y vías jurisdiccionales, criterios formativos uniformes para los conciliadores y garantías referentes al respeto de los derechos de las personas en conflicto.

La falta de regulación, si bien por un lado ha estimulado la experimentación y la búsqueda de modelos más adecuados a la tradición jurídica italiana, por otro lado ha favorecido el desarrollo anárquico de organizaciones que realizan actividades de mediación fuera del control estatal, sin ofrecer garantías idóneas ni sobre la profesionalidad de los mediadores ni de la equidad de los acuerdos____. Estas son las razones que, junto a aquellas mucho más acuciantes de una grave crisis del sistema judicial y de una decidida política de la Unión Europea en favor de los ADR, han empujado al legislador italiano a sistematizar por primera vez la materia.

La ley 18 junio 2009, en el art. 69 prevé la «*delegación al Gobierno en materia de mediación y conciliación de las controversias civiles y mercantiles*»____. Entre los criterios y principios a los que el Gobierno se deberá atener en su actividad legislativa, señalamos la letra a) del apartado 3, según la cual la mediación (*mediazione*) debe tener por objeto derechos disponibles, de conformidad con lo establecido en el art. 1, apartado 2, de la norma 2008/52CE____; el establecimiento de un Registro de organismos de conciliación (*conciliazione*) en la sede del Ministerio de justicia, que mediante decreto establecerá los requisitos y las condiciones para acceder a la profesión de conciliador (apartado 3, letras c; d); la duración máxima de cuatro meses del procedimiento de conciliación (apartado 3, letra e) y la eficacia ejecutiva del acta de conciliación que valdrá también como título para la inscripción de hipoteca judicial (apartado 3, letra s).

Además de estos enunciados, hay otros criterios que indican un modelo de conciliación abierta, sobre los que en ésta ocasión no podemos detenernos____.

Nos detendremos por el contrario en la cuestión terminológica que se desprende del art. 60, cuyo título, antes enunciado, distingue expresamente la mediación (*mediazione*) de la conciliación (*conciliazione*). La cuestión de la definición, que el art. 3 de la directiva 2008/52CE deja abierta, queda «resuelta» por el legislador italiano con una clara y explícita distinción entre el procedimiento de conciliación y la actividad de mediación. La norma sin embargo no crea dos prácticas autónomas, como ha ocurrido en Francia por lo que se refiere a sujetos, procedimientos y ámbitos de competencia diferentes, sino que instituye una relación de medio a fin entre las dos, cuando prevé, en el apartado 3 del art. 60, letra a), «que la mediación, finalizada en la conciliación, tenga por objeto derechos disponibles», indicando que la mediación es la particular modalidad a través de la cual se desarrolla el procedimiento, y la conciliación el concreto resultado al que hace referencia____.

3.1. – *Conciliazione* y *mediazione*: las razones de una distinción

La cuestión de la definición asume una cierta relevancia, ya sea bajo el perfil de la coherencia sistemática, ya sea bajo aquel de la convención lingüística que ahora parece haberse instaurado en Italia.

El primero hace referencia al marco normativo en el que se imbrica la mediación. Hay de hecho al menos dos ámbitos de extrema relevancia en los que la ley prevé el recurso explícito a la *mediazione*, identificada como modalidad autónoma de intervención en el conflicto. El primero se atiene a la competencia penal del juez de paz, introducida por el decreto legislativo n° 274 del 2000, que en el art. 29, apartado 4, dispone, «en el caso de que sea útil para favorecer la conciliación, el juez puede aplazar la audiencia por un período no superior a dos meses y si es necesario, puede valerse también de la actividad de

[54]

mediación de centros y estructuras públicas o privadas existentes en el territorio»_____.

El segundo es el relativo al procedimiento de separación de los cónyuges, reformado por la ley nº 54 del 2006, que ha introducido el art. 155 Sexies del Código Civil, en el que se prevé que el juez, con el consentimiento de las partes, pueda aplazar la adopción de las disposiciones relativas a los hijos, para permitir a los padres, con la ayuda de expertos, intentar una

[55]

mediación_____.

Ni la norma del 2000 en materia penal, ni la posterior del 2006 en materia familiar, disciplinan el instituto de la mediación, ni definen la figura del mediador, genéricamente denominado «experto» por la ley. Sin embargo, ambas parecen asignar una relevancia autónoma al procedimiento de mediación.

Hay que preguntarse si el marco normativo de referencia para la mediación en el ámbito familiar y penal (para los delitos perseguibles a instancia de parte), es coherente con el de la actividad de mediación que concluye en conciliación en el ámbito civil y mercantil. O bien si el legislador italiano ha querido instituir figuras jurídicas diferentes sobre la común y ambigua expresión de «mediación» (*mediazione*).

El segundo aspecto que revela el problema de la definición, concierne a la tácita convención lingüística que parece haberse instaurado en Italia, donde «conciliación» (*conciliazione*) indica aquella práctica de resolución de las controversias que se desarrollan en ámbito civil y mercantil, mientras que por «mediación» (*mediazione*) se entiende la práctica de gestión

[56]

de los conflictos en el ámbito familiar, penal y social_____.

En el intento de buscar las razones y los orígenes de esta distinción, debemos recordar que la conciliación es una institución fuertemente radicada en la tradición jurídica italiana que, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, ha perdido

[57]

su protagonismo, oscurecido por el rol creciente de la jurisdicción_____. En estos últimos veinte años, al igual que ha ocurrido en otros Estados europeos, el desusado instituto de la conciliación ha asumido un nuevo vigor, empujando al legislador a

[58]

preverlo en múltiples ámbitos de controversias_____. Actualmente existen numerosos modelos de conciliación, que se distinguen por los sujetos, formas y ámbitos, pero tienen en común el escaso éxito en la persecución del objetivo de aligerar la carga de la jurisdicción. En el decreto nº 222 del año 2004, que regula el registro de conciliadores, en el art. 1 encontramos la definición de conciliación: «el servicio ofrecido por parte de uno o más sujetos, que no son juez ni árbitro, en condiciones de imparcialidad respecto a los intereses en conflicto y teniendo como objetivo resolver un litigio ya surgido o que puede surgir

[59]

entre las partes, a través de la modalidad que favorece la composición autónoma»_____.

El ordenamiento jurídico italiano conoce también el instituto de la mediación (*mediazione*), previsto por el art. 1754 del código civil, que define al «mediador como aquel que pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio» y no tiene nada en común con la mediación entendida como práctica de gestión de los conflictos. En este marco se introduce en los años ochenta el empuje de los *Alternative Dispute Resolution* y el término anglosajón «*mediation*» se traduce por el 'nuevo' de «*mediazione*», que se difunde rápidamente para designar un modelo informal y extrajudicial de composición de los conflictos.

La aparición y el uso de palabras nuevas no es nunca fruto de la casualidad: es una forma universal de reivindicación de necesidades, exigencias, empuje social. Es probablemente esto lo que ha sucedido en Italia, donde, a la exigencia de una diferenciación lingüística, se acompaña la investigación de nuevas modalidades de composición de los conflictos y de nuevos modelos de justicia social, que precisamente en el campo de la familia y del derecho penal han encontrado las soluciones más innovadoras y eficaces.

En estos últimos veinte años los estudios y las investigaciones sobre el tema de los ADR, apoyados por un continuo examen con una rica y consolidada experiencia, han llevado a una progresiva diferenciación entre el ámbito de la mediación y el de la conciliación.

Ambos forman parte de los instrumentos de resolución de controversias alternativos al proceso, ambos prevén un proceso voluntario en el que un tercero imparcial, denominado conciliador o mediador, facilita que se alcance de un acuerdo entre las partes; pero, mientras la primera tiene como objetivo la búsqueda de un acuerdo, la segunda tiene como fin el restablecimiento de la comunicación entre las partes.

La conciliación se emplea en el campo civil y mercantil: tiene como objeto la identificación de los intereses que se esconden detrás de las

pretensiones de las partes y que dan lugar a la controversia, y tiene como objetivo la búsqueda de una solución

[60]

recíprocamente satisfactoria_____.

La mediación se usa en ámbito social, familiar, penal, escolar y cultural; tiene como objeto el conflicto nacido de la rotura de las relaciones entre las partes y como objetivo el restablecimiento de la comunicación y la superación del

[61]

conflicto_____. Son la tipología de los conflictos y el consiguiente objetivo a conseguir, un neto límite entre las dos prácticas: en la primera prevalece el aspecto negocial, en la segunda en cambio el aspecto relacional. La conciliación indica una modalidad de resolución de controversias, que finaliza con la obtención de un acuerdo; la mediación indica una modalidad de gestión de los conflictos, que finaliza con la reconstrucción de las relaciones interpersonales.

Esta es la tesis de Stefano Castelli, que define así la mediación: «la mediación es un proceso a través del cual dos o más partes se dirigen libremente a un tercero neutral, el mediador, para reducir los efectos indeseables de un conflicto. El mediador, que no tiene más poder que el derivado de la competencia que las partes le atribuyen, intenta restablecer el diálogo para poder alcanzar un objetivo concreto: la realización de un proyecto de reorganización de las relaciones, que resulte lo

más satisfactorio posible para todos» ____.

El fenómeno italiano de difusión de los instrumentos alternativos de resolución de las controversias nos ofrece un panorama heterogéneo de prácticas, recorridos formativos y argumentos teóricos que indican la tendencia hacia una diferenciación entre la práctica de la mediación y de la conciliación. En esencia parece que asistimos a la progresiva construcción de un límite entre ámbitos disciplinarios sobre los cuales sería necesario reflexionar con atención.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *La mediazione familiare nel diritto interno e nelle situazioni transfrontaliere*, ESI, Napoli 2007.
- Abel (Ed.), *The Politics of Informal Justice*, vol. I, *The American Experience*, Academic Press, New York 1982.
- Adler P. S., *The Future of Alternative Dispute Resolution: Reflections on ADR as a Social Movement*, in Engle Merry S. & Milner N. (eds.), *The Possibility of Popular Justice. A Case Study of Community Mediation in the United States*, The University of Michigan Press, USA 1993.
- Andrews N., *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie in Inghilterra*, in V. Varano (a cura di), *L'altra giustizia*.
- Asouzu A. A., *International Commercial Arbitration and African States: Practice, Participation, and institutional Development*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.
- Auerbach, *Justice Without Law*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1983.
- Cadiet L., *La Francia tra tradizione e modernità*, in V. Varano (a cura di), *L'altra giustizia*.
- Cappelletti M., Garth, (eds.), *Access to Justice*, Giuffrè Milano 1978.
- Castelli S., *La mediazione. Teorie e tecniche*, Raffaello Cortina, Milano, 1996.
- Castelli S., *La mediazione: alcune precisazioni terminologiche e concettuali*, in M. Bouchard, G. Mierolo (a cura di), *Prospettive di mediazione*. E.G.A., Torino, 2000.
- Ceretti A., *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in L. Picotti, (a cura di) *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova 1998.
- Chase O., *Gestire i conflitti. Diritto, cultura rituali*, Laterza, Roma-Bari 2005.
- Cicogna M. Di Rago G., Giudice G.N., *La conciliazione commerciale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli 2005.
- Comba D., *ADR: La negoziazione assistita nei conflitti economici*, Il Sole 24 Ore, Milano 2005.
- Cuomo Ulloa F., *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Cedam, Padova 2008.
- De Filippis et al., *La mediazione familiare e la soluzione delle controversie insorte tra genitori separati*, Cedam, Padova 2009.
- Deodato G., *La seconda edizione del rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia: sfera giudiziale ed extragiudiziale, i due profili complementari dell'accesso alla giustizia*, in ISDACI, *Secondo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, 2009.
- De Palo G., Guidi G., *Risoluzione alternativa delle controversie (ADR) nelle corti federali degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1999.
- De Palo G., D'Urso L., Golann D., *Manuale del conciliatore professionista. procedure e tecniche per la risoluzione alternativa delle controversie civili e commerciali (ADR)*, Giuffrè, Milano 2004.
- Di Gangi M. C., *Alternative Dispute Resolution in Inghilterra e in Italia*, in *Diritto & Diritti*, www.Diritto.it, 2009.
- Faget J., *Le cadre juridique et éthique de la médiation pénale*, in R. Cario (Sous la direction de), *La médiation pénale*, L'Harmattan, Paris 1997.
- Faget J., *La médiation*, Editions Erés, Ramonville Saint Ange 1997.
- Fisher R., Ury W., *Getting to Yes*, Penguin Books, New York 1981.
- Foddai M.A., *Mediazione e diritto*, in M. Morelli, F. Chessa (a cura di), *Cultura e tecniche della mediazione*, Cluec, Cagliari 2007.
- Foddai M. A. (a cura di), *La scelta della mediazione*, Giuffrè, Milano 2009.
- Fuller L., *Mediation: Its Forms and Functions*, in *Southern California Law Review*, 1971, 44, pp. 305-339.
- Fuller L. and Winston Kenneth I., *The Forms and Limits of Adjudication*, in *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (Dec., 1978), pp. 353-409.
- Garapon A., *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Edition Odile-Jacob, Paris 1996.
- Giacomelli S. (a cura di), *La via della conciliazione*, IPSOA, 2003. Giovannucci Orlandi C., *La conciliazione consensuale extragiurisdizionale: il quadro normativo internazionale, comunitario e nazionale*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008 n. 6, pp. 741-756.
- Guillaume-Hofnung M., *La médiation*, PUF, Paris, 1995.
- ISDACI, *Secondo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, 2009, www.ISDACI.it
- Jarrosso C., *Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1997, vol. 49 n. 2, pp. 325-345.
- Jarrosso C., *La médiation et la conciliation*, in *Droit et Patrimoine*, Décembre, 1999 n.77, pp.36-41.
- Levin A. L. and Wheeler R. R., *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future. Proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota 1979.
- Luiso F. P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 2005, vol. 58, 4, pp. 1201-1220.

Luiso F.P., *La conciliazione: i possibili sviluppi tratti dall'esperienza*, in ISDACI, *Secondo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, 2009.

Luiso F.P., *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Judicium*, www.judicium.it, 6/09/2009.

Masia M., *Note sulla mediazione nel diritto consuetudinario sardo*, in M.A. Foddai (a cura di), *La scelta della mediazione*.

Mazzucato C., *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale*, in G. Cosi, M.A. Foddai, *Lo spazio della mediazione*, Giuffrè, Milano 2003.

Menkel-Meadow C., *Mediation, Arbitration, and Alternative Dispute Resolution (ADR)*, in *International Encyclopedia of the Social Behavioral Sciences*, pp. 9507-9512.

Menkel-Meadow C., *Roots and Inspiration. A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution*, in M.L. Moffitt and R. Bordone (eds.), *The Handbook of Dispute Resolution*, Jossey-Bass, San Francisco 2005.

Miceli M., *La mediazione in materia civile e commerciale nella Direttiva 2008/52CE*, in *Europa e diritto privato*, 2009 n.3, pp. 855-894.

Nicosia P. S., *La tutela extragiudiziale degli interessi*, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza 2002.

Pompei T., *La cultura della giustizia e la promozione dell'ADR (Alternative Dispute Resolution)*, in ISDACI, *Secondo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, 2009.

Roberts S. & Palmer M., *Dispute Processes, ADR and the Primary Forms of Decision Making*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Romualdi G., *La conciliazione nell'ordinamento italiano*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008 n.6, pp. 757-783.

Rossi A., *La conciliazione*, Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. VII, Roma, 1990.

Sander F. E., *Varieties of Dispute Processing*, in A. L. Levin and R. R. Wheeler, *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future. Proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*.

Scaparro F. (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Guerini Associati, Milano 2001.

Silvestri E., *La tutela dei diritti nella prospettiva della conciliazione e della mediazione*, in *Democrazia e diritto*, 2005 n.2, pp. 56-68.

Six J. F., *Le temps des médiateurs*, Seuil, Paris 2001.

Spadaro G., G. Buffone, *La mediazione familiare nel rito della separazione e del divorzio ovvero note a margine dell'art. 155-sexies, introdotto dalla legge 54/2006 in neldiritto.it*, 2009, n. 20.

Spencer D., Brogan M., *Mediation Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

Varano V. (a cura di), *L'altra giustizia: i metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano 2007.

[1] Vid. A. L. Levin and R. Wheeler (Eds.) *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future, Proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota 1979.

[2] «A second way of reducing the judicial caseload is to explore alternative ways of resolving disputes outside the courts, and it is to this topic that I wish to devote my primary attention», así F. E. Sander, *Varieties of Dispute Processing*, in A. L. Levin and R. R. Wheeler, *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, cit., 65-87 (66).

[3] S. Roberts M. Palmer, *Dispute Processes, ADR and the Primary Forms of Decision Making*, Cambridge, Cambridge University Press 2005, 46

[4] R. Abel (Ed), *The Politics of Informal Justice*, vol. 1. *The American Experience*, Academic Press, New York 1982.

[5] C. Menkel-Meadow, *Mediation, Arbitration, and Alternative Dispute Resolution (ADR)*, in *International Encyclopedia of the Social Behavioral Sciences*, 9507-9512 «The term 'appropriate' dispute resolution is used to express the idea that different kinds of disputes may require different kinds of processes» (9507).

[6] Para huir de una lógica bipolar sería necesario precisar que 'alternativo' no excluye 'adecuado' y que la adecuación expresaba la exigencia de modelos de resolución ulteriores y diferentes a los jurisdiccionales. Quizás se podría decir que a lo largo del tiempo se ha producido un progresivo abandono del énfasis sobre *alternative* y un constante incremento del *adequate*. Vid. P. Adler: «*In the narrowest sense, ADR can be viewed as a toolbox of dispute-resolution methods that complements rather than acts as any real alternative to America's litigation and adjudication systems.*», *The Future of Alternative Dispute Resolution: Reflections on ADR as a Social Movement*, in S. Engle Merry e N. Milner (Eds.), *The Possibility of Popular Justice*, cit., 68.

[7] V. Varano (a cura di), *L'altra giustizia: i metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano 2007.

[8] COM (2002) Def., in http://europa.eu.int/eur-lex/it/com/gpr/2002/com2002_0196it01 .

[9] Vid. M. Cappelletti, Garth (eds.), *Access to Justice*, Giuffrè, Milano 1978.

- [10] Sobre la distinción entre sistemas autónomos y heterónomos de resolución de las controversias Vid. F. P. Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 2005, vol. 58, 4, 1201-1220.
- [11] S. Roberts M. Palmer, *Dispute Processes, ADR and the Primary Forms of Decision Making*, cit., 3.
- [12] G. De Palo, G. Guidi, *Risoluzione alternativa delle controversie (ADR) nelle corti federali degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1999, 7. Vid., entre otras razones, por la peculiaridad que representa el arbitraje en el sistema inglés M.C. di Gangi, *Alternative Dispute Resolution in Inghilterra y en Italia* en *Diritto & Diritti*, www.Diritto.it, 2009.
- [13] Pone el acento sobre este aspecto P. Luiso, *La Conciliación en el marco de la tutela de los derechos*, cit., 1209: distinguiendo entre conciliación y arbitraje, subraya como «la falta de respeto de las reglas en el procedimiento conciliativo no pueden constituir razón de invalidez del acuerdo alcanzado por las partes» a diferencia del arbitraje, en el que los vicios de forma constituyen causa de impugnación por nulidad.
- [14] P. S. Adler, *The Future of Alternative Dispute Resolution: Reflections on ADR as a Social Movement*, cit., 67.
- [15] Vid. G. De Palo, L. D'Urso, D. Golann, *Manuale del conciliatore professionista. procedure e tecniche per la risoluzione alternativa delle controversie civili e commerciali (ADR)*, Giuffrè, Milano 2004, 6.
- [16] Entre los métodos de ADR, distinguimos instrumentos heterónomos, en los que la solución de la controversia es decidida por un tercero imparcial elegido por las partes, e instrumentos autónomos, en los que son las mismas partes, en presencia de un tercero, las que resuelven sus propias controversias. A los dos extremos de una escala ideal podemos situar el arbitraje, que representa el máximo grado de heteronomía, y la mediación/conciliación que expresa el máximo grado de autonomía. En el arco decreciente que va del arbitraje a la mediación se sitúan convencionalmente numerosos métodos, entre ellos *l'Early Neutral Evaluation*, el *Mini Trial*, la *med-arb*, por sólo citar algunos. Para un análisis amplio y detallado de los métodos ADR Vid. M. Cicogna G. Di Rago, G.N. Giudice, *La conciliazione commerciale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli 2005, 40 ss.
- [17] Vid. M.A.Foddai, *Mediazione e postmodernità*, in G. Cosi, M.A. Foddai, *Lo spazio della mediazione*, Giuffrè, Milano 2003, 217 ss. Vid. además, M. Masia, *Note sulla mediazione nel diritto consuetudinario sardo*, in M. A. Foddai (a cura di), *La scelta della mediazione*, Giuffrè, Milano 2009.
- [18] Vid. Auerbach, *Justice Without Law*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1983.
- [19] Vid. O. Chase, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura rituali*, Laterza, Roma-Bari 2005.
- [20] P. Adler, *The Future of Alternative Dispute Resolution*, cit., 68.
- [21] Como se puede ver en Recomendación nº 98/257 CE de 30 marzo de 1998, nº 2001/310/CE de la Comisión Europea, y en el ya citado Libro Verde del año 2002.
- [22] C. Menkel-Meadow, *Roots and Inspiration. A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution*, in M.L. Moffitt and R. Bordone (eds.), *The Handbook of Dispute Resolution*, Jossey-Bass, San Francisco 2005, 17.
- [23] L. Fuller and Kenneth I. Winston, *The Forms and Limits of Adjudication*, in *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (Dec., 1978), 353-409.
- [24] L. Fuller, *Mediation: Its Forms and Functions*, in *Southern California Law Review*, 1971, 44, 305-339, (325).
- [25] *Ibidem*.
- [26] C. Menkel-Meadow, *Mediation, Arbitration and Alternative Dispute Resolution (ADR)*, cit, 9507. Vid. además K. K. Kovach, *Mediation*, en M. L. Moffitt and R. Bordone (eds.), *The Handbook of Dispute Resolution*, cit., 305: «*Mediation is commonly defined as a process in which a third party neutral, the mediator, assists disputing parties in reaching a mutually agreeable resolution*». D. Spencer, M. Brogan, *Mediation Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, 9: «*Mediation is a process in which the parties to a dispute, with the assistance of a dispute resolution practitioner (the mediator), identify the dispute issues, develop options, consider alternatives and endeavour to reach an agreement. The mediator has no advisory or determinative role in regard to the content of the dispute or the outcome of its resolution, but may advise on or determine the process of mediation whereby resolution is attempted. Mediation may be undertaken voluntarily, under a court order, or subject to an existing contractual agreement.*» Véase además la definición de R. A. Baruch Bush e J. P. Folger, *The Promise of Mediation*, Jossey Bass, San Francisco, 1994, 2: «*Across the mediation movement, the mediation is generally understood (...) as an informal process in which a neutral third party with no power to impose a resolution helps the disputing parties try to reach a mutually acceptable settlement*».
- [27] Vid. De Palo, D'Urso, Golann, *Manuale del conciliatore professionista*, cit., 14 ss. Per una visione d'insieme sulla *negotiation* vid. S. Roberts and M. Palmer, *Dispute Processes. ADR and the Primary Form of Decision-Making*, cit., 113 ss.; D. Spencer, M. Brogan, *Mediation Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, que incluyen la presencia de terceros en la *negotiation*, Vid. Fisher; W. Ury, *Getting to Yes*, Penguin Books, New York 1981.

- [28] L. Fuller, *Mediation: Its Forms and Functions*, cit., 308. Para la tradición anglosajona Vid. N. Andrews, *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie in Inghilterra*, en V. Varano (a cura di), *L'altra giustizia*, cit.
- [29] Menkel-Meadow, *Mediation, Arbitration and Alternative Dispute Resolution (ADR)*, cit, 9507; Vid. también Amazu A. Asouzu, *International Commercial Arbitration and African States: Practice, Participation, and institutional Development*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, 20.
- [30] J. F. Six, *Le temps des médiateurs*, Seuil, Paris 2001, 87.
- [31] Con la excepción de Gran Bretaña, cuyos programas de *mediation* se difunden casi contemporáneamente con los de los Estados Unidos. Ya sea por las características del sistema jurisdiccional, basado sobre un modelo acusatorio, ya sea por la afinidad cultural y lingüística entre los dos países, Gran Bretaña representa el terreno privilegiado de importación de las prácticas informales en el ámbito europeo, Vid. N. Andrews, *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie in Inghilterra*, cit.
- [32] Vid. J. Faget, *Le cadre juridique et éthique de la médiation pénale*, in R. Cario (sous la direction de), *La médiation pénale*, L'Harmattan, Paris 1997, 23 ss.
- [33] C. Jarrosson, *Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1997, vol. 49 n.2, 325-345, quien subraya que junto al acrónimo ADR, directamente heredado de los Estados Unidos, en Francia se utiliza el acrónimo MARC, pero añade: ninguna de éstas expresiones es realmente autónoma, ambas se definen en relación a la resolución judicial de las controversias, «*Le mot Alternatif n'est utilisé en français que par suite d'une traduction littérale, mais son emploi en l'occurrence n'est pas vraiment correcte*» (328).
- [34] La posición de L. Cadiet subraya la larga tradición europea de métodos de resoluciones de las controversias, *La Francia tra tradizione e modernità*, in V. Varano (a cura di), *L'altra giustizia*, cit., 72.
- [35] L. Cadiet, *La Francia tra tradizione e modernità*, cit., 70.
- [36] Vid. A. Garapon, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Edition Odile-Jacob, Paris 1996.
- [37] Vid. J. P. Bonafé-Schmitt, *La médiation. Une autre justice*, Syros Alternative, Paris, 1992, 71.
- [38] Vid. L. Cadiet, cit., 77 ss., Sobre la distinción entre *conciliation* e *médiation* Vid. C. Jarrosson, *La médiation et la conciliation*, in *Droit et Patrimoine*, n.77, Decembre, 1999, 36-41; véase también J. P. Bonafé-Schmitt, *La médiation. Une autre justice*, cit., 71; M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, PUF, Paris, 1995, 83 ss.
- [39] El autor manifiesta de todos modos la exigencia de evitar «una obsesión semántica fetichista», J. Faget, *La médiation*, Editions Erés, Ramonville Saint Ange 1997, 13.
- [40] Su primera formulación se remonta a la ley post-revolucionaria 6-24 de agosto de 1790, en la cual se encomendaba la actividad conciliativa a los jueces de paz. Vid. sul punto F. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Cedam, Padova 2008, 131 ss.
- [41] Se trata del Decreto n° 78-381 de 20 marzo de 1978. Este procedimiento, según L. Cadiet, puede ser considerado como el punto de partida de la renovación de los modos alternativos de resolución de conflictos en Francia, *La Francia tra tradizione e modernità*, cit., 78.
- [42] Bonafé-Schmitt, *La médiation. Une autre justice*, cit., 67.
- [43] Véase L. de 8 febrero de 1995, decreto de 22 julio de 1996 que ha introducido la mediación en las disposiciones del *Código de procedimiento civil*, en los arts. 131-1 a 131-15. El art. 131-1 dispone que el juez puede designar a un tercero «*afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose*».
- [44] Existen previsiones específicas que hacen referencia al rol del mediador familiar, por el cual se reenvía al Decreto 2003/1166 de 2 diciembre de 2003, relativo a la institución del *Diploma estatal de mediador familiar*, completado por la ley de 12 febrero de 2004, relativa al *Diploma estatal de mediador familiar*, y al del mediador penal, al que se refiere J. Faget, *La médiation pénale*, cit.
- [45] Se trata de un procedimiento introducido recientemente: el Decreto n° 98-1231 de 28 diciembre de 1998, que ha modificado el art. 1441-4 del *Código de procedimiento civil*: «*Le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transation, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté*».
- [46] J. P. Bonafé-Schmitt, *La médiation. Une autre justice*, cit., 16-17. Si bien la mediación es presentada por la mayor parte de los teóricos como un instrumento de justicia informal, en la definición propuesta por Bonafé está presente el adjetivo «formal», para indicar que la mediación es un proceso estructurado según reglas propias y organizado en fases; sobre la aparente contradicción me permito citar a M.A. Foddai, *Mediazione e diritto*, in M. Morelli, F. Chessa (a cura di), *Cultura e tecniche della mediazione*, Cluec, Cagliari, 2007.

- [47] Vid. ISDACI, *Secondo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, 2009 Vid. los siguientes ensayos: G. Deodato, *La seconda edizione del rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia: sfera giudiziale ed extragiudiziale, i due profili complementari dell'accesso alla giustizia*; vease además F.P. Luiso, *La conciliazione: i possibili sviluppi tratti dall'esperienza*, T. Pompei, *La cultura della giustizia e la promozione dell'ADR (Alternative Dispute Resolution)*, www.ISDACI.it.
- [48] En el ordenamiento jurídico italiano están previstos en realidad numerosos modelos de conciliación que difieren entre sí en atención a los sujetos, formas y autonomía de las partes. Véanse al respecto las observaciones de C. Giovannucci Orlandi, *La conciliazione consensuale extragiurisdizionale: il quadro normativo internazionale, comunitario e nazionale*, en *Le istituzioni del federalismo*, 2008 n. 6, 741-756; vid. además G. Romualdi, *La conciliazione nell'ordinamento italiano*, en *Le istituzioni del federalismo*, 2008 n. 6, 757-783.
- [49] Vid. E. Silvestri, *La tutela dei diritti nella prospettiva della conciliazione e della mediazione*, en *Democrazia e diritto*, 2005 n. 2, 56-68.
- [50] Se trata de la ley de 18 junio de 2009 n° 69, que tiene por título «Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, nonché in materia di processo civile», publicada en la *Gazzetta Ufficiale* n° 140 de 19 de junio de 2009 – Suplemento ordinario n° 95.
- [51] Sobre criterios de armonización de la normativa nacional en materia de conciliación y los principios de la Directiva 2008/52CE Vid. M. Miceli, *La mediazione in materia civile e commerciale nella Direttiva 2008/52CE*, en *Europa e diritto privato*, 2009 n.3, 855-894.
- [52] Sobre esta cuestión, vid. F.P. Luiso, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, en *Judicium*, www.judicium.it, 6/09/2009.
- [53] Vid. F. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., 9 ss., la autora propone considerar la mediación y la conciliación como dos modalidades que se integran y complementan. La mediación de hecho expresa una modalidad comunicativa y relacional, mientras que la conciliación indica el resultado de aquella actividad: la mediación «es en esencia la materia con la que rellenar la forma “conciliación”».
- [54] Decreto Legislativo de 28 agosto de 2000, n° 274, «Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'articolo 14 della legge 24 novembre 1999», n. 468, publicado en la *Gaceta Oficial* n° 234 de 10 de octubre de 2000 – Suplemento ordinario n° 166. Vid. sobre este particular, C. Mazzucato, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale*, en G. Così, M.A. Foddai, *Lo spazio della mediazione*, cit., 217 ss.
- [55] Se trata de la ley 8/2/2006 n° 54, «Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli» que ha previsto en el art. 1 la introducción del art. 155 sexies del Código Civil: «Antes de la emanación, con carácter provisional, en los procedimientos del artículo 155, el juez puede aceptar, a instancia de parte o de oficio, medios de prueba. El juez puede valerse, además, de la audiencia del hijo menor que haya cumplido los doce años y también de edad inferior cuando tenga suficiente juicio. El juez, oídas las partes y obtenido su consentimiento, puede según el artículo 155, determinar que los cónyuges, valiéndose de expertos, intenten una mediación para alcanzar un acuerdo, con particular interés en la tutela de los intereses morales y materiales de los hijos». Vid. sobre el tema los *Atti del Seminario del Consiglio Nazionale Forense, La mediazione familiare nel diritto interno e nelle situazioni transfrontaliere*, ESI, Napoli 2007. Vid. además De Filippis et al., *La mediazione familiare e la soluzione delle controversie insorte tra genitori separati*, Cedam, Padova 2009; Spadaro G., G. Buffone, *La mediazione familiare nel rito della separazione e del divorzio ovvero note a margine dell'art. 155-sexies, introdotto dalla legge 54/2006 en neldiritto.it*, 2009, n. 20.
- [56] Vid. M. Cicogna, G. Di Rago, G. N. Giudice, *La conciliazione commerciale*, cit., 52; G. De Palo, L. D'Urso, D. Golann, *Manuale del conciliatore professionista*, cit., 37; D. Comba, *ADR: La negoziazione assistita nei conflitti economici*, *Il Sole 24 Ore*, Milano 2005, 3 ss.; P. S. Nicosia, *La tutela extragiudiziale degli interessi*, Casa editrice La Tribuna, Piacenza 2002, 99 ss. Véanse también las observaciones de C. Giovannucci Orlandi, *La conciliazione consensuale extragiudiziale: il quadro normativo internazionale, comunitario e nazionale*, cit., 744 s.
- [57] Vid. A. Rossi, *La conciliazione*, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. VII, Roma, 1990, 1 ss.; G. Romualdi, *La conciliazione nell'ordinamento italiano*, en *Le istituzioni del federalismo*, 2008 n.6, 757-783.
- [58] Vid. G. Romualdi, *La conciliazione nell'ordinamento italiano*, cit., 757 ss.
- [59] D.M. de 23 de julio de 2004 n° 222. «Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione nonché di tenuta del registro degli organismi di conciliazione di cui all'art. 38 del decreto legislativo 23 gennaio 2003, n. 5», publicado en la *Gaceta Oficial* n° 197 del 23 de agosto de 2004.
- [60] Vid. S. Giacomelli (a cura di), *La via della conciliazione*, IPSOA, 2003; F. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit.
- [61] Vid. S. Castelli, *La mediazione. Teorie e tecniche*, Raffaello Cortina, Milano, 1996; A. Ceretti, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, en L. Picotti, (a cura di) *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova 1998; F. Scaparro (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Guerini Associati, Milano 2001; M. A. Foddai (a cura di), *La scelta della mediazione*, Giuffrè, Milano 2009.
- [62] S. Castelli, *La mediazione: alcune precisazioni terminologiche e concettuali*, en M. Bouchard, G. Mierolo, *Prospettive di mediazione*. E.G.A., Torino, 2000, 53-68., (54).