

Dipartimento di Giurisprudenza di Cagliari

Departamento de Derecho civil - Universidad de Sevilla

Camera di Commercio Industria, Artigianato
e Agricoltura di Cagliari



N. 14 *Quaderni di conciliazione*

a cura di
CARLO PILIA

N. 14



Cagliari - 2020

Q^{n. 14} *Quaderni di
conciliazione*

N. 14
*Quaderni di
conciliazione*

a cura di
CARLO PILIA



Cagliari - 2020

Nessuna parte di questo volume può essere riprodotta in qualsiasi forma a stampa, fotocopia, microfilm o altri sistemi senza il permesso dell'Editore



© Cagliari - 2020

Volume pubblicato con i contributi:

M.I.U.R (P.R.I.N. 2009) - Legge Regionale 7 agosto 2007, n. 7



Fondazione Banco di Sardegna

Associazione Mediatori Mediterranei



Dipartimento di Giurisprudenza Università di Cagliari



Camera di Commercio
Cagliari

Camera di Commercio Industria, Artigianato
e Agricoltura di Cagliari



Departamento de Derecho Civil y Derecho
Internacional Privado dell'Università di Siviglia



Progetto grafico
EDIZIONI AV di ANTONINO VALVERI

Via Pasubio, 22/A - 09122 Cagliari

Tel. (segr. e fax) 070 27 26 22

web: www.edizioniav.it

e-mail: edizioniav@edizioniav.it

ISBN 978-88-8374-106-7

Grafica, composizione e copertina: Antonino Valveri

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

Carlo Pilia (Università di Cagliari); Fabio Addis (Università di Brescia); José Luis Arjona Gajardo-Fajardo (Università di Siviglia I); Giuseppina Capaldo (Università La Sapienza - Roma); Valeria Carreda (Università di Cagliari); Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Università di Siviglia); Luis-Humberto Clavería Gosálvez (Università di Siviglia); Ernesto D'Aloja (Università di Cagliari); Giancarlo Filanti (Università di Cagliari); Leonardo Filippi (Università di Cagliari); Francisco Infante Ruiz (Università di Pablo de Olavide); María Inés Laverde (Universidad Católica de Colombia); Manuel Espejo Lerdo de Tejada (Università di Siviglia); Piera Loi (Università di Cagliari); Helena López Barba (Università di Huelva); Enrico Mastinu (Università di Cagliari); Franco Picciaredda (Università di Cagliari); Anna Moreno Sánchez Moraleda (Università di Pablo de Olavide); Francesco Sitzia (Università di Cagliari); Pasquale Stanzone (Università di Salerno); Bruno Troisi (Università di Cagliari); Giuseppe Vettori (Università di Firenze)

INDICE

CARLO PILIA, <i>Introduzione - Il progetto europeo LIMEDIAT</i>	Pag. 11
ELISABETE PINTO DA COSTA, <i>Para una perspectiva organizativa de la mediación escolar</i>	» 17
ESTHER LUNA GONZÁLEZ, <i>La reflexión para el aprendizaje de la mediación</i>	» 25
ISABEL LUJÁN HENRÍQUEZ, MARÍA SOLEDAD MESA MARTIN, FEMINA SUÁREZ DELGADO, <i>El practicum con casos reales directos en la formación de competencias mediadoras</i>	» 31
VERÓNICA MARCOS, MERCEDES NOVO, RAMÓN ARCE, <i>Diferencias por género y edad sobre los estilos de gestión de conflictos en educación primaria</i>	» 37
INMACULADA CONCEPCIÓN SÁNCHEZ RUIZ, LAURA PAREDES GALIANA, <i>La mediación como respuesta alternativa a los conflictos escolares</i>	» 47
MARÍA LUZ SÁNCHEZ GARCÍA ARISTA, <i>Aporte teórico-práctico sobre neurociencia, conflicto y mediación. Neurociencia y gestión de conflictos</i>	» 55
OSCAR DANIEL FRANCO CONFORTI, <i>L'istituto del ripristino in diritto penale</i>	» 63
FRANCISCA FARIÑA, SILVIA OYHAMBURU, MARÍA JOSÉ VÁSQUEZ, <i>El perdón un proceso relevante para la justicia terapéutica</i>	» 67
CAROLINA DE FIGUEIREDO FURTADO, <i>O uso de recursos restaurativos-sistemicos na mediação online</i>	» 81
ADRIANO MOURA DA FONSECA PINTO, ANA PAULA FARIA FELIPE, <i>El perfil del mediador entre formación y habilidades</i>	» 107
ERIKA DEGORTES, <i>Verso una reale mediazione e trasformazione del conflitto</i>	» 113

Indice

FERDINANDO CARBONE, <i>Mediation practice out of the scope of italian legislative decree 28/2010: the “we solve” method - general principles</i>	Pag. 123
FULVIA TRINCIA, <i>Il nome “a dominio” natura e qualificazione</i>	» 131
RAÙL JOSÉ VEGA CARDONA, <i>La intervención notarial en la solución alternativa de conflictos en el àmbito privado. Especial referencia a la elevación a público del acuerdo de mediación</i>	» 135
ISABEL XIMENA GONZÀLEZ RAMÍREZ, <i>Desafios que plantea el Incremento de la Violencia Intra Familiar y de Género en tiempos de pandemia</i>	» 163
MARÌA CRISTINA DI PIETRO, <i>Impacto del Covid-19 en el Derecho: virtualidad, mediación y nueva praxis del abogado</i>	» 177
CLEITON LIXIESKI SELL, <i>Reflejos y desafios de los mediadores en las plataformas digitales durante y después de una pandemia</i>	» 189
JULIO CABRERA DIRCIO, <i>La mediación y el Covid-19 en Mexico, un camino para la construcción de una sociedad responsable</i>	» 197
LURDES VARREGOSO MESQUITA, CATÌA MARQUES CEBOLA, <i>La conveniçión de singapur y la institucionalización de la mediación en el comercio internacional-el Covid-19 como una potencia motriz</i>	» 215
MARÌA JOSÉ VÀZQUEZ, YURENA GANCEDO, JESSICA SANMARCO, <i>Optimismo disposicional y mediación penal</i>	» 227
CARMINE VOLPE, <i>Il Collegio consultivo tecnico. Un istituto ancora dagli incerti confini</i>	» 233
SILVIA LILLIU, <i>La mediazione familiare a distanza</i>	» 251
FRANCESCO USALA, <i>Le competenze tecnologiche: l'utilizzo della piattaforma ODR</i>	» 261
FADI BARBÀRA, ANDREA GANGEMI, GIULIO STEFANO RAVOT, <i>Overcoming the legal challenges of Smart Contracts through a “Smart” Commercial Mediatiionn</i>	» 271

ARMANDO CASTANEDO ABAY, <i>Perspectiva de capacitación a las nuevas generaciones de profesionales en mediación y cultura de paz</i>	Pag. 281
EUGENIO PIZARRO MORENO, <i>El gasto extraordinario en la pensión de alimentos: jurisprudencia y susceptibilidad de mediación</i>	» 293
ELENA KOLTSAKI, <i>Mediation Legal Framework in Greece A Now Law "On hold"</i>	» 309
CARLO PILIA, <i>Le obbligatorietà della mediazione al tempo del Covid-19</i>	» 315
GEMA VALLEJO PÉREZ, <i>La mediación como respuesta a la situación jurídica ante la covid 19 en España</i>	» 345
CARLO PILIA, <i>Personalità e tecnologia nella giustizia alternativa</i>	» 353
PIOTR F. PIESIEWICZ, <i>El rol del Abogacía durante la pandemia Covid-19: la perspectiva polaca</i>	» 379

INTRODUZIONE

IL PROGETTO EUROPEO LIMEDIAT

Le politiche sanitarie di contrasto alla diffusione della pandemia stanno iniziando a dare segnali positivi, grazie non solo al distanziamento sociale e all'applicazione delle misure di sicurezza, ma anche alla complessiva riorganizzazione dei servizi sanitari. Gli sforzi sanitari sono adesso rivolti all'imminente campagna di vaccinazione di massa per l'intera popolazione, al fine di renderla immune al virus e, finalmente, garantire l'obiettivo primario di tutelar la salute collettiva e quella dei singoli individui.

Sul fronte sanitario, a livello internazionale ed europeo si è lanciata una sfida davvero competitiva contro la pandemia. Sono state impegnate ingentissime risorse finanziarie, ma anche i migliori centri accademici e di ricerca al mondo si sono cimentati nello studio e nella sperimentazione di farmaci, attrezzature e vaccini contro il Covid-19. Un'alleanza sostenuta e finanziata dalle Autorità pubbliche e dai settori produttivi che in brevissimo tempo sta portando a raggiungere risultati inimmaginabili in passato.

La sconfitta del virus, tuttavia, rischia di non essere sufficiente in mancanza di adeguate riforme che aggrediscano anche le altre criticità economiche, sociali e politiche dell'Unione. Il superamento della crisi pandemica, infatti, non si realizza solamente con la tutela della salute. In questi mesi, infatti, si sono esasperate le situazioni strutturali di debolezza, marginalità e discriminazione che segnano il tormentato processo aggregativo dell'Unione europea.

In mancanza di adeguate risposte, si scatenerà un'ondata di conflittualità dovuta alle conseguenze economiche e sociali che hanno colpito gravemente la popolazione, specie in quelle fasce più deboli e indifese. I sussidi assistenziali dell'emergenza

sono destinati ad esaurirsi e, perciò, sono necessari processi di riforma organici della società in senso più solidale ed inclusivo. Bisogna avviare politiche di riforme e innovazione, ancora una volta, con destinazione di ingenti risorse economiche e il dispiegamento delle migliori capacità di ricerca e sviluppo dei Paesi.

Obiettivo indispensabile è quello di garantire la coesione economica e sociale dell'Unione europea e di tutti gli Stati membri, che stanno varando piani di straordinari di investimenti per le riforme. Per sviluppare i piani e trovare le soluzioni più efficaci occorrono processi partecipativi che coinvolgano le forze politiche, economiche e sociali in una stagione di riforme complessive.

Per sostenere scientificamente i processi partecipativi di riforma è necessario coinvolgere anche le Università, affinché mettano a disposizione le attività di ricerca, sperimentazione e divulgazione delle conoscenze. Tanto è già accaduto con riferimento alla scienza medica, schierata in prima fila nel contrastare il Covid-19. Altrettanto importante è avere il sostegno delle altre scienze giuridiche, economiche e sociali da utilizzare nei processi di riforma degli ordinamenti nazionali e dell'Unione europea.

La crisi pandemica, infatti, segna un momento di brusca rottura e radicale cambiamento tra il prima e il dopo. Non è ipotizzabile un ripristino della precedente normalità, che sarebbe impossibile da realizzare, si dimostrerebbe inappropriata rispetto ai nuovi bisogni e, oramai, sarebbe per i più inaccettabile. Facendo tesoro delle pratiche virtuose sperimentate durante la fase emergenziale, piuttosto, occorre sviluppare una capacità di complessiva riorganizzazione e riforma dei vari settori della società.

Si apre una stagione (ri)costituente della società, tanto nell'organizzazione pubblica, quanto nelle attività private che richiede una capacità progettuale e di ripensamento per rifondare la coesione economica e sociale su nuove e più solide basi. Le ingenti risorse economiche appostate dall'Unione europea e dagli Stati membri devono sostenere gli investimenti per gestire i processi di riforma.

La metafora della guerra combattuta contro il virus, per tanti versi, indica la necessità di affrontare i processi di ricostruzione

della nostra società. Poiché la pandemia ha colpito duramente la dimensione relazionale delle persone, nelle riforme occorre ripartire proprio dai valori fondanti l'appartenenza alla comunità economica, sociale e politica.

L'utilizzazione diffusa delle tecnologie, in effetti, pare il tratto più qualificante della riorganizzazione in senso agile dei processi produttivi e, più in generale, delle attività relazionali che si è avuta durante la pandemia. La tecnologia, infatti, ha permesso non solo di superare le limitazioni sanitarie alla circolazione delle persone, ma ha dato nuovo impulso ed efficienza alle attività produttive. Si è avviato un processo innovativo che, in breve tempo, ha coinvolto tutti i settori di attività.

L'utilizzo massivo dei mezzi di comunicazione a distanza, peraltro, ha permesso di tenere allacciati i fili dell'appartenenza alla comunità e la fruizione dei principali servizi. Accanto alla dimensione presenziale, infatti, si è sviluppata una dimensione virtuale che è parimenti importante per rinsaldare la relazionalità e, quindi, il senso dell'appartenenza alla comunità. Per alcuni aspetti, attraverso la connessione virtuale tutti hanno partecipato alla rete della comunità, tendenzialmente senza esclusioni o discriminazioni.

La comunità virtuale, tuttavia, deve essere di stimolo per costruire processi di riforma inclusivi che si realizzino sul piano economico, sociale e politico. La sfida è quella di superare le limitazioni esistenti prima della pandemia, mediante lo sviluppo dei processi partecipativi e di meccanismi di mediazione.

La mediazione è un meccanismo stragiudiziale di composizione amichevole dei conflitti che si caratterizza per la presenza di un professionista, il mediatore, che in maniera imparziale, indipendente e riservata aiuta le parti a raggiungere un accordo amichevole (Direttiva europea 2008/52/CE). Il mediatore non ha poteri di imporre soluzioni, ma si limita ad agevolare la comunicazione tra le parti e favorire la ricerca dei punti di intesa sui quali costruire un accordo che sia soddisfacente per entrambe.

L'Unione europea promuove l'utilizzazione della mediazione per sostenere i processi di costruzione del mercato unico, quale spazio di libera circolazione delle persone, oltre che di scambio dei beni e dei servizi. La mediazione costituisce un meccanismo di giustizia, complementare alla giurisdizione, che nei pro-

cedimenti si presenta più semplice, informale, rapido ed economico. Nella soluzione, la mediazione realizza l'accordo delle parti che pone fine alla controversia e rinsalda la loro relazione. Proprio perché interviene in occasione dei conflitti, la mediazione assume un valore strategico nel pacificare le parti e garantire la coesione economica e sociale, nei diversi settori dell'ordinamento.

Nello spirito di integrazione europea, l'utilità della mediazione è maggiore nelle controversie transfrontaliere, ossia tra parti che provengono da Stati diversi, anche se può essere impiegata pure nelle controversie interne. La Direttiva europea 2008/52/CE introduce una disciplina di armonizzazione minima e parziale, che fissa un essenziale statuto comune europeo della mediazione. Per un verso, si impongono direttamente alcuni requisiti minimi di legalità (accesso, riservatezza, incidenza sulla prescrizione e la decadenza, forza esecutiva dell'accordo) e, per altro verso, si prevede che la qualità sia realizzata attraverso codici di condotta dei mediatori e, soprattutto, mediante appositi percorsi formativi.

La "costruzione di un mediatore europeo", pertanto, è affidata all'elaborazione di appositi percorsi formativi che, anche attraverso l'adesione a codice di condotta europei, superino la dimensione interna ai singoli Stati membri, per aprirsi a quelle transfrontaliere e comunitarie. A tal fine, occorre che si realizzi una proficua sinergia tra centri di formazione e organismi di mediazione per costruire e sperimentare insieme dei percorsi formativi per i mediatori europei.

Lo scoppio della crisi pandemica, che colpisce tutti gli Stati membri, potrebbe essere un'occasione importante per sperimentare la costruzione di un modello comune di formazione per il mediatore europeo. Si ipotizza, infatti, che ci sarà un'ondata di conflittualità generata dalla pandemica che rischia di compromettere la precaria coesione economica e sociale dell'Unione.

In particolare, sarebbe utile che si formassero dei mediatori europei specializzati nei conflitti sociali che sono quelli che, nei momenti di crisi, sono più pericolosi perché suscettibili di degenerare in episodi di violenza e disordini urbani. Le conseguenze della crisi pandemica, invero, potrebbero colpire, esa-

sperandole, proprio quelle fasce più emarginate della popolazione, che finirebbero per insorgere. La mediazione sociale, in questi casi, sarebbe un'efficace misura preventiva di pacificazione e gestione amichevole della conflittualità.

In questa cornice di conflittualità e riforme post pandemiche si potrebbe collocare un innovativo progetto di ricerca europeo intitolato "*Limediat*": Una licenza per un mediatore sociale europeo, che è stato di recente presentato al V° Congresso internazionale CUEMYC (*Conferencia Universitaria para el Estudio de la Mediación y el Conficto*) dedicato alla mediazione, gestione dei conflitti e pandemia Covid-19, celebrato online dall'Università di Cagliari dal 17 al 19 novembre 2020 (<https://www.congresocuemyc2020.it/>).

La ricerca triennale finanziata dall'Agenzia francese Erasmus è promossa da un partenariato transfrontaliero capeggiato dal Conservatorio nazionale delle arti e dei mestieri di Parigi e composto dal Comune di Limoges (Francia) e dagli Atenei di Minho (Portogallo), Murcia (Spagna) e Cagliari (Italia). Lo scopo è quello di costruire su basi scientifiche, sia teoriche che pratiche, un percorso formativo comune del mediatore sociale, che sia valido per tutta l'Europa. Le competenze e le esperienze dei centri coinvolti nelle attività di ricerca, formazione e gestione in materia di mediazione permettono di costruire un percorso formativo che possa essere inizialmente validato nei quattro Paesi coinvolti, ma che in prospettiva costituisce una base comune per tutta Europa.

La scelta del profilo professionale del mediatore sociale risponde ad un'esigenza avvertita in tutta Europa di attivare meccanismi di pacificazione dei conflitti sociali, specie quelli di carattere interculturale e interreligioso, che minacciano la pacifica convivenza in numerose città. La mediazione potrebbe contribuire alla pacificazione e inclusione sociale, in quanto aiuta a superare le contrapposizioni e le lacerazioni del tessuto frastagliato della società.

I percorsi formativi saranno sviluppati su una piattaforma elettronica, capace di raccogliere i materiali didattici e di favorire l'interazione a distanza tra docenti e studenti provenienti dai diversi Stati dell'Unione. In questo modo, peraltro, si utilizza la tecnologia nella formazione e nel lavoro come è divenuto

normale durante la pandemia. La costruzione dei percorsi formativi si avvarrà dei contributi di esperti e professionisti che sono impegnati nella gestione dei conflitti sociali e possono offrire le migliori esperienze maturate sul campo. Si prevede, infatti, che gli studenti facciano un periodo di esperienza pratica, tirocinio, presso i centri di mediazione sociale dei vari Stati.

La formazione di mediatori sociali europei risponde ad un'esigenza da tempo avvertita in Europa per sostenere i processi partecipativi di integrazione, che sono resi ancor più necessari a seguito della crisi pandemica. L'ipotizzare la strutturazione di un corso di laurea (licenza) in mediazione sociale esprime la volontà che questo profilo formativo sia strutturato in maniera stabile e, quindi, che i laureati trovino un'occupazione riconosciuta in tutta Europa nella gestione professionale dei conflitti.

Un progetto di ricerca che, in conclusione, rappresenta un contributo propositivo che si propone per supportare le riforme strutturali dei percorsi formativi e degli sbocchi occupazionali in Europa, per garantire lo sviluppo pacifico, inclusivo, sostenibile e resiliente.

Cagliari 15 dicembre 2020

*Direttore scientifico
di Quaderni di conciliazione*
prof. Carlo Pilia

ELISABETE PINTO DA COSTA*

PARA UNA PERSPECTIVA ORGANIZATIVA DE LA MEDIACIÓN ESCOLAR

SUMARIO: 1. Introduction. - 2. Method. - 3. Analysis and discussion of results.
4. Conclusions.

1. *Introduction.* – The studies related to the improvement of the School have recently received the attention of different groups related to education and interested in achieving the highest quality, focusing their attention on the cultural organic dimensions of the School (Fullan, 1992).

From an interactionist perspective, according to Barroso (2005), school culture is the organizational culture of the school produced by organizational actors, in their relations with each other, in their relations with the environment, and in the relations between knowledge, and whose study includes three essential dimensions: norms, structures, and actors.

In turn, the structuring documents are essential instruments of the school culture, because they encompass the norms, structures and regulate the action of the actors of the educational community. These are part of their organizational capacity. They are also documents that reveal values, principles and types of interactions that mark the culture.

In the path of Viñas' ideas (2004), conflict mediation projects cannot be considered school projects if they do not cause changes or adaptations in their organizational framework. However, the inclusion of mediation in the school's structuring documents may be about the formal legitimation of a new way of resolving conflicts, managing interpersonal relationships and promoting school coexistence.

* Professor of Lusòfona do Porto.

The adoption of mediation projects can therefore reveal the school's capacity to deal with problems in an active, planned and concretized manner, as well as formally reflect a school culture that transcribes a set of practices, values and beliefs shared by those who interact there.

Thus, the school's structural documents, such as the educational project and the internal regulations, make it possible to identify its own culture, as a "set of values, beliefs and ideologies triggered by the actors in the processes of social interaction" (Torres, 2005, 438).

The consecration of mediation in the structuring documents allows us to assume it as a strategy to accomplish a cultural change, through actions and practices institutionalized in the school culture.

The functioning of a mediation project, of the whole program type, implies not only the training of individuals in conflict management, providing individual learning, in terms of skills, competences and attitudes and behaviors, but also implies the creation of structures and procedures, generating new organizational actions within the school community. This whole process is not restricted, therefore, to individual learning, it naturally implies an organizational learning dimension (term used by Bolívar, 2000).

In any case, changing the culture of the school is a complex action when, in the name of innovation and improvement, the beliefs, rituals and behaviors of individuals and groups are questioned.

2. *Method.* – The general objective of this study was to analyse how structural documents of a school integrate and value the school mediation project, in order to introduce a new method of conflict resolution and management of interpersonal relations.

The study used a 2nd and 3rd cycle school, semi-urban, in the center of the country, considered an Educational Territory of Priority Intervention (ETPI) and in which a conflict mediation project worked for several years.

In the school year in which the structuring documents first referred to mediation, the school had the following composition:

497 students (10-14 years old), 71 teachers and 18 operational assistants. The student community showed cultural diversity, with 42 students of foreign origin (from 14 different nationalities) and 19 students of Gypsy ethnicity.

The first reference to mediation in the structuring documents guided the selection of the educational project (2012-2015) and the internal regulations (2013-2016) included in the research. In a qualitative approach, the two documents indicated were then analysed. For the analysis of the data and according to the objective of the study, the content analysis was used.

3. Analysis and discussion of results. – The qualitative analysis of the data extracted from each document followed some previously created categories and took into account, mainly, emerging subcategories, which are integrated in the organizational dimension of the conflict mediation project.

In the educational project, mediation is mentioned as one of the current socio-educational strategies and the mediation office is considered one of the goals, to be implemented in the context of the purpose “Prevention of indiscipline and violence”, in order to achieve the following objectives: “Minimize occurrences of indiscipline and violence in the school space; Reduce absenteeism and early school dropout; Promote acceptance of differences and full integration of all students; Create facilitating conditions for the prevention and reduction of risk behaviors; Eliminate situations of insecurity at school; Improve the feeling of belonging and appreciation of the school; Project a positive image of the School Cluster in the community”. Considering an integral vision of the educational project, it is understood that the inclusion of mediation is not only a strategic option to innovate the processes of solving incidents that disturb the functioning of the classes. Mediation is (discreetly) a strategy that aims to contribute to the pursuit of a range of fundamental socio-educational goals for the school to achieve better results.

The internal regulations are one of the school’s structural normative documents. The mediation office has three distinct sections. The first one refers to the technical-pedagogical services, which aim to promote the existence of conditions that ensure

the full integration of students. The second one defines the institutional dimension of the office and the third one refers to the measures and disciplinary procedure. Generally speaking, the mediation office constitutes an organic structure of the school. It relies on the definition of its objectives, competences, constitution of the team of mediators and functioning.

The objectives are the aspect that stands out the most in the office description. It is incumbent upon it: “a) To provide an effective response to the problem of indiscipline and violence at school; b) To facilitate the mediation of conflicts between students/teachers/non-teaching staff; c) To resolve conflict situations in a sustainable and lasting manner; d) To foster the development, in the members of the school community, of skills in the area of conflict prevention and treatment; e) To promote communication and mutual understanding among the elements of the school community; f) Prevent conflicts and violence; g) Improve the integration of students in the school context; h) Stimulate the development of skills that enhance the capacities and power of action of members of the school community who suffer exclusion; i) Diagnose situations of school violence and support people involved through dialogue; j) Decrease the effects of conflicts and violence in school drop out and academic failure”.

In fact, a wide range of objectives are foreseen that can be achieved through the mediation project. Mediation is recognized as a preventive, facilitating, empowering, resolving and reparative vocation. This structure aims to directly influence behaviors, attitudes, values and consequently the social and relational climate, making the school a socio-educational space for all. Thus, it presents itself as a proactive, facilitating structure, in interaction with the entire educational community, which is guided by effectiveness and contributes to the training of individuals.

Among the competencies of the mediation office, the following stand out: evaluation, work in collaboration with other services; integration in multidisciplinary teams; dynamization of training. An integrated logic of action, a collaborative posture and a reflexive attitude of the mediation team is affirmed. The educational and formative dimension is also assumed as central. More than the technical dimension of mediation (associat-

ed with the modality of formal mediation or the resolute dimension), the promotion of a culture of mediation within the school community is also relevant.

Regarding the constitution of the team, it is worth mentioning the appointment by the school director; the acquisition of specific training; the ease of good relationship; and the capacity of negotiation and mediation. As there is no national diploma on the profile of school mediators, it is recognized the merit of defining essential traits to ensure that mediation is accomplished and exercised. However, the document did not mention that students are part of the team.

As for the functioning, the mediation office has: its own space, time slot to be defined by the management and its own procedures. It is expected that the office can be used by any member of the educational community. Institutionally, the aim was to define the essential conditions for the office to be a functional structure in the school, a structure with legitimacy within the educational community, with the mission of ensuring the full school integration of young people.

The mediation office also appears in the section dedicated to corrective disciplinary measures, specifically in the set of options for the classroom exit order. Mediation also appears in the context of the disciplinary procedure, considering that the report of the mediation process may constitute a mitigating measure, in case of disciplinary sanction and when the principles of mediation are respected. This innovation configures an innovation of the school's conflict resolution model. In this sense, the office is a structure that aims to improve the school environment of students and all those around them, in a logic of dialogue, cooperation and accountability in solving problems.

4. *Conclusions.* – The analysis of the results of the study shows subcategories that support the organizational dimension of school mediation. The triangulation of the analysis of the data of the two structural documents of the school allows us to infer that mediation is integrated in the socio-educational objectives, in the structures, in the norms and in the procedures of the school.

Despite the little expressiveness of mediation in the educational project, the internal regulations reinforce its integration in the organizational structure. Mediation is recognized in the “centrality of the formal structure” (Torres, 2008) of the school’s construction and operation.

With formal integration, mediation helps the school to present itself and assume itself as an organization for the positive resolution of conflicts, for the constructive management of interpersonal relationships and the promotion of healthy citizenship.

Thus, the school proposes that collaboration, dialogue, tolerance and citizenship should constitute the identity heritage of the educational community, evident in practices, principles and values defended.

The internal regulations provide a statement of mediation that goes beyond the prevention and resolution of situations of indiscipline and school violence, to which it is sent by the educational project. The general socio-educational objectives associated with it, give it a wider scope, contributing to a vision of mediation as a school project, in order to contribute to the construction of the School for everyone.

When mediation is translated into organizational structure it has the opportunity to assert itself in social interactions (although it takes time for the culture of mediation to be understood symbolically and culturally in individual and collective terms).

The organizational and cultural contexts therefore constitute two fundamental areas for the development of mediation. There, a central domain is recognized for the implementation of innovative practices that allow investing in the improvement of socio-educational conditions of the school.

In the same way that mediation is integrated in the school’s structural documents, there is an organizational learning, enabling the school to have mediation devices and practices, giving them sustainability and routines.

In short, this study allowed us to understand the relevance that mediation occupies in the fulfillment of the school’s mission, in strategic objectives for its quality, at the level of a better, safer and more inclusive social and relational context, capable of projecting a positive image of the school.

References

- J. BARROSO (2005), *Políticas educativas e organização escolar*. Lisboa: Universidade Aberta.
- A. BOLÍVAR (2000), *Los centros educativos como organizaciones que aprenden*. Madrid: La Muralla.
- M. FULLAN (1992), *Successful School Improvement*. Buckingham-Philadelphia: Open University Press.
- L. TORRES (2005), *Cultura organizacional no contexto escolar: o regresso à escola como desafio na reconstrução de um modelo teórico. Ensaio: avaliação políticas públicas e educação*, 13, 49, 435-451. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010440362005000400003&script=sci_arttext. Acedido em 20.jun.13.
- L.L. TORRES (2008), *A escola como entreposto cultural: o cultural e o simbólico no desenvolvimento democrático da escola*. Disponível em <http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/rpe/v21n1/v21n1a04.pdf>. Acedido em 20.jun.13.
- J. VIÑAS (2004). *Conflicto en los centros escolares. Cultura organizativa y mediación para la convivencia*. Barcelona: Graó.

ESTHER LUNA GONZÁLEZ*

LA REFLEXIÓN PARA EL APRENDIZAJE DE LA MEDIACIÓN

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. El aprendizaje. - 3. La reflexión.

1. *Introducción.* – El aprendizaje de la mediación debe ser, así como todos los aprendizajes, experiencial y significativo; cuando el aprendizaje se da de esta manera, el saber se convierte en la adquisición de habilidades, actitudes y valores, es decir, en un aprendizaje competencial. Existen diversas metodologías que nos permiten este tipo de aprendizaje, y es aquí donde radica el objeto de esta comunicación, en presentar la metodología de aprendizaje servicio a partir de una experiencia con alumnado universitario en la que se evidencia un aspecto muy importante para que este aprendizaje competencial de conocimientos, habilidades, actitudes y valores sea real y significativo: la reflexión.

El Aprendizaje Servicio (en adelante ApS) es una propuesta educativa que combina procesos de aprendizaje y de servicio a la comunidad en un solo proyecto bien articulado en el que los participantes se forman trabajando sobre necesidades reales del entorno con el objetivo de mejorarlo.

El aumento de iniciativas de ApS que vivimos en la actualidad no es ajeno a los retos que hoy plantea la sociedad ante situaciones que atentan contra nuestra democracia y valores de equidad, responsabilidad y cohesión social. Desde diferentes instancias educativas se pretende ofrecer medidas educativas que tomen en consideración el desarrollo de una cultura democrática participativa, que despiertan el interés de las personas para formar parte activa de la vida pública con un comportamiento responsable y de compromiso con el medio ambiente,

* Profesore de educación en la Universitat de Barcelona.

que promuevan la convivencia en sociedades multiculturales desde la comprensión y el diálogo y que luchen contra la exclusión en pro de la cohesión social.

El interés sobre el ApS que durante estos últimos años se ha ido generalizando en el contexto europeo, debemos vincularlo al énfasis y promoción que hoy vivimos hacia una mejora de la convivencia y cohesión social. A través del ApS podemos mejorar, por un lado, la sensibilidad social de las personas y su compromiso con la comunidad. Y, por otro, las instituciones educativas para promover espacios y tiempos de reflexión y participación democrática solidaria. En este sentido, uno de los componentes básicos del ApS es el fomento de la participación activa y el fortalecimiento de la democracia activa y responsabilidad social.

Además de considerar el ApS como un trabajo práctico y solidario en la comunidad, se entiende como un aprendizaje contextual de capacitación de las personas como ciudadanos y ciudadanas activas, ofreciendo un conjunto de herramientas válidas para saberse manejar en el contexto de su comunidad y para dominar temas que fomentan la responsabilidad ciudadana.

La mejora de la convivencia y el fomento de la cohesión social exige múltiples actores y espacios más allá del recinto educativo. La institución educativa – en este caso entendemos institución educativa como la universidad – necesita abrir sus muros y entrar en colaboración educativa con diferentes organizaciones e instituciones comunitarias. Uno de los objetivos de la mejora de la convivencia en el contexto es precisamente la implicación de las personas en la comunidad, el desarrollo de una ciudadanía activa a través de su participación en la vida social. Desde las finalidades y objetivos que promueve la formación en gestión del conflicto y mediación, las propuestas educativas con los principios y metodología del ApS constituye una aproximación educativa efectiva para promover el desarrollo de personas activas y responsables.

Por otra parte, hay que señalar que el ApS no debe concebirse como la incorporación de nuevos contenidos «curriculares o académicos» en el aprendizaje de las personas, sino que constituye una manera de adquirirlos, dándoles sentido y significado

en tanto que contextualiza la utilidad de los mismos. Además, unos aprendizajes contextualizados en unas necesidades comunitarias ofrecen la oportunidad a la institución educativa para redefinir su misión en la relación que establece con la comunidad. Desde las perspectivas del ApS, la institución educativa no sólo se convierte en un espacio de «diálogo» sino que «entra en diálogo» con la comunidad conformando una forma relacional, recíproca, con intereses y corresponsabilidades definidas. A través de los proyectos de ApS la institución educativa se transforma en:

- a) Un espacio interno de participación, de creación de democracia y desarrollo de visión común y búsqueda de una línea de actuación para «aprender y actuar juntos».
- b) Un espacio que une y articula esfuerzos con otras instituciones y entidades de la comunidad, que integra objetivos curriculares y necesidades comunitarias, y que plantea un trabajo coordinado que fortalece el tejido social y contribuye a la creación de capital social.
- c) Un promotor de la necesaria corresponsabilidad educativa entre los diferentes agentes educativos, formales y no formales, para dar una respuesta eficaz a los problemas educativos que la actual sociedad plantea.

Por tanto, en esta línea, el ApS constituye una respuesta metodológica para el aprendizaje de la mediación y gestión del conflicto a partir de un trabajo real y comunitario con el contexto; donde las personas son las protagonistas de su propio proceso de aprendizaje participando de un proyecto con la comunidad (entidades, fundaciones, ayuntamiento, etc.) que se construye a partir de un análisis de necesidades del contexto con el fin de mejorar la convivencia y fomentar la cohesión social del territorio.

2. *El aprendizaje.* – De acuerdo con esta metodología, se ha llevado a cabo el proyecto de aprendizaje servicio “Compartir ideas. La universidad va al instituto” de la Universidad de Barcelona en el marco de la asignatura *Gestión del conflicto* del Máster Oficial de Mediación de Conflictos de esta misma uni-

versidad. La finalidad de implementar este proyecto de innovación docente en este contexto es la adquisición de un aprendizaje más significativo y real en la gestión del conflicto.

¿Qué es el proyecto «Compartir ideas»? Es un ciclo de conferencias-taller impartidas por estudiantes (de grado y de máster) de la Universidad de Barcelona sobre temas de interés general relacionados con sus estudios. El objetivo es compartir conocimiento y conversar sobre un tema que la universidad trabaja y que sea relevante para la formación del alumnado de secundaria; dirigido a alumnado de ESO y Bachillerato. Las sesiones tienen un formato de 20 minutos de información y 30 minutos de taller y/o debate, en las aulas de los institutos.

El alumnado que, de forma voluntaria, ha participado de este proyecto de ApS ha seguido el siguiente proceso: 1) elección del tema de la conferencia-taller (estilos de gestión del conflicto o comunicación asertiva); 2) reunión con el profesorado del instituto interesado en la conferencia-taller; 3) preparación de la conferencia-taller junto con la profesora de la asignatura de Gestión del conflicto del Máster a partir de tutorías; 4) formación en habilidades comunicativas para impartir una conferencia-taller; 5) realización de la conferencia-taller; 6) autoevaluación y evaluación de la experiencia por parte del alumnado y el profesorado.

Este proceso culmina con la entrega de un diario reflexivo sobre la experiencia y la participación en el proyecto de la alumna a la profesora de la asignatura con finalidad evaluativa. Cabe destacar que el alumnado sigue asistiendo a las clases y, de hecho, es el aprendizaje de estas clases el que ponen en práctica con la preparación y realización de las conferencias-talleres. De esta manera, cuando una persona es capaz de enseñar lo aprendido, es una evidencia de aprendizaje y de comprensión de este aprendizaje.

Y, en este caso, la realización de las conferencias-talleres favorece en el alumnado la adquisición de competencias sociales y comunicativas necesarias para la gestión de conflictos. Ellas y ellos son conscientes por la reflexión que hacen de su experiencia. De este modo, podemos afirmar que la reflexión es un elemento importante que permite tomar conciencia de este aprendizaje significativo y real. El concepto de ApS ha evolucionado a lo

largo de estos diez últimos y dinámicos años. Ha pasado de ser considerado una experiencia basada en la comunidad, donde el alumnado realiza unas actividades y adquiere habilidades, a ser una actividad de acción y reflexión crítica sobre la propia realidad en términos de convivencia y búsqueda de justicia social.

No es que no sea importante y clave en el ApS el trabajo solidario del alumnado, pero su valor, como elemento de aprendizaje, se da cuando este trabajo está asociado a objetivos curriculares de la educación formal y cuando se trabaja la reflexión y el juicio crítico sobre la realidad. De no hacerlo así podemos quedar en la prestación de un servicio comunitario, de indudable valor, pero limitado en sus potencialidades de aprendizaje para el desarrollo de una ciudadanía crítica y participativa. Como ya decía Dewey “no aprendemos tanto de la acción sino de la reflexión que hacemos de ella”.

3. *La reflexión.* – Mediante la reflexión se toma conciencia de los propios sentimientos, nociones y significados construidos, lealtades y prejuicios, a la vez que se conoce de manera más racional y con argumentaciones la realidad social, sus desviaciones en términos de justicia social y límites en la construcción de un espacio común y de igualdad de oportunidades para todos y todas. Se distinguen momentos claves de reflexión que se ajustan a las fases del proyecto: fase inicial o de preparación, fase intermedia de concreción del proyecto y su proceso de realización y fase final de valoración de resultados:

- En la *reflexión inicial* el alumnado debe acompañar el proceso diagnóstico de la realidad, reflexionando sobre sus preconcepciones cognitivas y emocionales. Antes de iniciar la elaboración de un proyecto el alumnado debe situar la acción del proyecto de APS en un espacio más amplio que el referente al contexto particular de su aplicación, más allá de una organización o entidad, más allá de un barrio, de una ciudad, etc. Esta mirada amplia, le permite analizar desde una perspectiva más comprensiva, las razones y los orígenes de los problemas así como su significado social.
- En la *reflexión del proceso* el alumnado va añadiendo información crítica sobre los pensamientos y concepciones elabo-

radas, realizando los ajustes necesarios a partir de la propia experiencia vivida durante el proyecto.

- En la *reflexión final* el alumnado, primero de manera individual, y de forma colectiva en segundo lugar, realiza una valoración crítica sobre los objetivos de aprendizaje adquiridos y sobre su contribución a la comunidad; es el momento donde se puede apreciar el valor, individual y social, de lo aprendido.

Es importante anotar la distinta contribución formativa que representa la *reflexión individual* y la *reflexión en grupo* hacia dentro y hacia fuera. La *reflexión individual* contribuye a que el alumnado se reconozca a sí mismo en relación con los demás y con la comunidad, contribuye al empoderamiento y autonomía personal mediante el uso de procesos metacognitivos. En la *reflexión en grupo* hay que trabajar la reflexión hacia dentro (la evolución del propio grupo) y hacia fuera (la relación del grupo con la comunidad).

En estos trabajos reflexivos deben tomarse en consideración no sólo el contenido del proyecto que se trabaja y el potencial educativo de las acciones que se realizan, sino también el propio comportamiento y actitudes individuales y grupales relativas, por ejemplo, a la responsabilidad, al cumplimiento de compromisos adquiridos, al nivel de implicación y participación creativa, etc. A modo de conclusión, el aprendizaje servicio constituye una metodología que fortalece y desarrolla actitudes mediadoras articulando actividades con la comunidad desde el currículum institucional.

El alumnado es el que asume el protagonismo del proyecto, desde su elaboración (en la identificación de las necesidades, objetivos a cubrir, etc.), la gestión de su implementación y desarrollo y la valoración final de sus resultados.

Con el conjunto de actividades de todo tipo que comporta el proyecto, el alumnado desarrolla conocimientos, comportamientos y actitudes totalmente implícitas en la mediación y gestión de conflictos.

ISABEL LUJÁN HENRÍQUEZ*, MARÍA SOLEDAD MESA MARTÍN**,
JOSÉ YERAY SOCORRO SANTANA**, FERMINA SUÁREZ DELGADO**

EL PRACTICUM CON CASOS REALES DIRECTOS EN LA FORMACIÓN DE COMPETENCIAS MEDIADORAS

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Los casos reales. - 3. Conclusión.

1. *Introducción.* – Este trabajo tiene como objetivo recoger, desde la perspectiva del alumnado, las valoraciones de la formación práctica recibida en el Servicio de Mediación, Resolución de Conflictos y Atención Integral de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (INTERMEDIA.ULPGC). La formación del profesional de la mediación se configura como el pilar fundamental para el correcto desempeño de sus funciones y competencias. Es por ello que la legislación española, teniendo claras influencias europeas, ha hecho referencia a este extremo en sendos cuerpos legislativos a nivel estatal, en concreto, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y en el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la ley antes señalada.

Según el Real Decreto 1707/2011, de 18 de noviembre, por el que se regulan las prácticas académicas de los estudiantes universitarios y, concretamente, en su artículo 2 aparece que el objetivo "...es permitir a los mismos aplicar y complementar los conocimientos adquiridos en su formación académica, favoreciendo la adquisición de competencias que les preparen para el ejercicio de actividades profesionales, faciliten su empleabilidad y fomenten su capacidad de emprendimiento".

* Representante de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria en la CUEMYC. Directora de INTERMEDIA.ULPGC.

** Miembro de INTERMEDIA.ULPGC.

Desde la óptica que fija este objetivo, las prácticas constituyen la oportunidad para que el futuro profesional responsable del proceso de mediación, dentro aún de su etapa de formación, pueda acercarse a una visión integral que confronte su formación teórica con la propia experiencia y con la observación de buenas prácticas profesionales en los ámbitos laborales en que se desarrollan las competencias relacionadas con su titulación. Pero la legislación vigente en torno a la mediación tanto europea como nacional no es explícita con respecto a la formación de prácticas del mediador, por lo que cada entidad tiene su propio programa, no habiendo uniformidad en la preparación de las mismas, y por lo tanto, no obteniendo el mismo resultado unas y otras con respecto a los objetivos. Esto, tal y como señala Rosales (2018) da “como resultado un panorama formativo un tanto caótico y sin regulación”.

2. *Los casos reales*. El trabajo llevado a cabo a través de una metodología experiencial en el servicio INTERMEDIA.ULPGC, donde venimos formando a futuros profesionales de la mediación desde hace 10 años desde dos pilares que consideramos fundamentales, la adaptación a las características propias del desempeño profesional y, trabajar desde la realidad del propio proceso de mediación, nos muestra que el participar en mediaciones en vivo, llegando incluso a mediar en las mismas de forma directa con profesionales de amplio bagaje y experiencia y el visionado en directo de casos reales con co-mediación grupal a través de cámaras de circuito cerrado, ayudan al futuro profesional de la mediación a obtener una formación más enriquecedora sustentada en la consecución y consolidación de competencias profesionales necesarias para el desarrollo de su profesión.

Durante este tiempo han participado más de 250 estudiantes que han cursado desde el año 2009 el Máster de Intervención y Mediación Familiar, y el Máster de Intervención, Mediación Familiar, Social y Comunitaria, que se imparten en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. La investigación se ha instrumentado y canalizado a través de un cuestionario de satisfacción que cumplimentaba el alumnado al acabar su periodo de prácticas en el servicio.

En nuestra trayectoria como profesionales de la mediación, hemos constatado que el desarrollo de las competencias profesionales está íntimamente ligado al desarrollo de una serie de competencias personales que permiten completar el espectro formativo de nuestro alumnado como mediadores y mediadoras. En referencia a estas competencias personales las investigaciones llevadas a cabo por Rodríguez Trueba, Rodríguez-Mateo y Luján (2014), Luján (2015), y Luján, Rodríguez-Mateo, Rodríguez Trueba (2015), nos han revelado que para un adecuado proceso de mediación y negociación es necesario el afrontamiento adaptativo conductual, la ausencia de rigidez, el optimismo, y la conexión emocional, conjuntamente con la flexibilidad.

Además, a estas competencias habría que añadirle las variables personales, de índole socioemocional, de las que se hace referencia desde el Modelo Interactivo-Integrador de Mediación (MIIM), nacido fruto de la experiencia en el seno del servicio INTERMEDIA.ULPGC, y que se lleva a cabo por todo el equipo (Luján 2015). A lo largo de todos los cursos se ha pasado un cuestionario de valoración y de satisfacción de las prácticas realizadas en el servicio INTERMEDIA.ULPGC, el cual nos ha permitido analizar y comprobar los resultados que íbamos obteniendo cada curso académico con el objetivo planteado permitiendo también realizar los ajustes necesarios precisos. Tras el volcado de los cuestionarios y el análisis de los datos obtenidos hemos podido constatar la alta valoración que nos otorga el alumnado destacando de entre todos los aspectos positivos que refieren el visionado en directo de casos y la participación de algunos de ellos y ellas en el desarrollo de la propia sesión de mediación bajo la atenta supervisión del profesional del caso, a través de la comediación.

Frente al 70% de valoración positiva que el alumnado hace de las prácticas en las distintas asignaturas a través de rol playing, visionado en diferido, y estudio de casos supuestos, la totalidad del mismo (100%), valora positivo el trabajo práctico con casos reales en directo, considerando esta modalidad de prácticas como el elemento más significativo y valioso de su formación. Según dicho alumnado, los motivos, entre otros han sido:

- *“Las contingencias que aparecen en los casos en vivo y la resolución de las mismas me ha ayudado a cuestionar los valores que consideraba como intangibles”.*
- *“Hasta después de varias sesiones prácticas no era capaz de gestionar mis emociones para poder llevar un proceso de mediación; las prácticas con casos reales me han ayudado a ello”.*
- *“He comprobado lo difícil que es mantener la neutralidad durante el proceso mediador, pero la experiencia con casos reales me ha permitido comprender el respeto que merece cada parte por igual”.*
- *“Las prácticas con casos reales en situación de mediación con profesionales expertos me han facilitado el que pueda realizar una escucha activa adecuada, y utilizar con eficacia más recursos comunicativos”.*
- *“El nivel de atención es mayor en casos reales en directo que en casos en diferido”.*
- *“El análisis durante las prácticas me ha permitido comprobar la importancia del estado de los conflictos, sus procedimientos, y sus diferentes modelos”.*
- *“Las prácticas realizadas me han facilitado la identificación de los elementos, características, procesos y dinámicas de la vida familiar desde la perspectiva psicológica y socio-educativa”.*
- *“El trabajar con casos en directo me ha permitido el entrenamiento para poder poner en práctica diferentes técnicas y estrategias durante el proceso de forma experiencial”.*
- *“Los casos en directo me han proporcionado estar con completa incertidumbre de lo que se va desarrollando en directo”.*
- *“En los casos reales en directo se vivencia la conexión emocional compartida, así como poder participar en el clima mediacional en cada sesión”.*
- *“En los casos trabajados en directo se empatiza más, tanto con el profesional de la mediación, como con las partes en conflicto”.*
- *Cuando se trabaja con casos reales directos nos hace sentirnos partícipes del desarrollo y los resultados de la mediación”.*

- *“Las prácticas realizadas con actores son menos enriquecedoras al tener conciencia de que no es una experiencia auténtica, se la percibe como una hipotética situación más que como una situación real”.*
- *“Las situaciones de mediación visionada en directo me han permitido reforzar la cooperación e implicación en la gestión alternativa de los conflictos”*
- *“Las prácticas realizadas han contribuido a que pueda elaborar internamente mi personalidad a través del desarrollo de una serie de cualidades o competencias personales de índole socioemocional que me permiten apropiarme y manejar mejor el conflicto”.*

3. *Conclusión.* – La constatación de estas valoraciones vuelve a plasmarse de forma reiterada en las memorias de trabajo presentadas por el alumnado al finalizar su periodo formativo de prácticas externas en el servicio INTERMEDIA.ULPGC que revelan la alta implicación en los casos propuestos para el análisis y en el interés por el seguimiento de los mismos más allá de la finalización de sus prácticas.

Tal y como se ha podido sustraer de las posiciones del alumnado, y comparándolas con las competencias que han expuesto como imprescindibles las diferentes investigaciones dentro del campo de la mediación (Rosales y García-Villaluenga, 2020), comprobamos que el trabajo práctico con casos en directo conlleva un nivel de satisfacción 100%, y coincide y dota al alumnado de las competencias mediadoras necesarias.

Como conclusión podemos señalar que las prácticas del Máster con casos en vivo y en visionado directo proporcionan una experiencia muy valiosa en el campo de actuación profesional, promoviendo la formación integral del estudiante mediante la aplicación experiencial de los conocimientos adquiridos, lo que les da la oportunidad de una preparación adecuada para las competencias de esta profesión. Abogamos, por tanto, por la implantación de un sistema formativo reglado y estructurado basado en las propias competencias, donde se parta de una serie de contenidos con los cuales poder alcanzar objetivos concretos previos. Sólo así el/la mediador/a podrá contar con

I.L. Henríquez, M.S. Mesa Martín, J.Y. Socorro Santana, F. Suárez Delgado

una formación sólida que le ayude a cumplir con lo que de él/ella se espera en un campo de actuación, el de la Mediación Familiar, en el que aún a día de hoy quedan muchos aspectos que consolidar.

VERÓNICA MARCOS, MERCEDES NOVO, RAMON ARCE*

DIFERENCIAS POR GÉNERO Y EDAD SOBRE LOS ESTILOS DE GESTIÓN DE CONFLICTOS EN EDUCACIÓN PRIMARIA

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. El estilo. - 3. La edad. - 4. Resultados.

1. *Introducción.* – Desde el ámbito educativo, el estudio del conflicto entendido como connatural a la vida diaria de las personas, ha suscitado el interés por los investigadores especialmente durante la infancia y la adolescencia, como factor relacionado con el acoso escolar y con la conducta antisocial y/o delictiva (Garaigordobil, 2017; Levine y Tamburrino, 2014; Novo, Herbón y Amado, 2016). La resolución de conflictos, una de las dimensiones principales de análisis del conflicto (Fariña, Arce y Seijo, 2015) se ha definido como “el estilo de comportamiento utilizado para resolver conflictos entre individuos que interactúan en una variedad de entornos” (Wilson y Gross, 1994). De acuerdo con la literatura, existen estilos que han sido descritos desde distintos modelos teóricos (Laursen y Collins 1994; Rahim, 1983; Thomas y Kilmann, 1974), siendo clasificados en estilo agresivo, estilo pasivo y estilo colaborativo (Garaigordobil, Machimbarrena y Maganto, 2016; Kimsey y Fuller, 2003).

2. *El estilo.* – El estilo agresivo de resolución de conflictos se ha relacionado con distintas formas y contextos de violencia (Arce, Velasco, Novo y Fariña, 2014; Marcos, Gancedo, Selaya y Novo, 2019). En un estudio con escolares entre 10 y 12 años, Garaigordobil, Álvarez y Carralero (2004) concluyeron que aquellos sujetos que presentaban altas puntuaciones en con-

* Profesores de psicología en la Universidad de Santiago de Compostela.

ducta antisocial empleaban en mayor medida estilos agresivos para resolver los conflictos. A pesar de que el conflicto no es considerado per se negativo, ni perjudicial para las personas, la manera en la que se gestiona sí puede serlo (Adams y Laursen 2007). Algunos estudios han analizado las diferencias de género en los estilos de resolución y gestión de conflictos poniendo de manifiesto usos diferenciados (Dildar y Amjad, 2017), siendo especialmente relevantes en relación al estilo de compromiso y agresivo (Shute y Charlton, 2006).

En este sentido, las chicas emplean en mayor medida el estilo colaborativo y pasivo, mientras que los chicos reflejan mayores puntuaciones en estilo agresivo de resolución del conflicto (Garaigordobil et al., 2016; Laca, Alzate, Sánchez, Verdugo, y Guzmán, 2006). En esta dirección, según la teoría de los esquemas de género (Bem, 1981, 1983), la aparición de diferencias de género podría relacionarse con el procesamiento de la información acorde a los roles de género. Desde este posicionamiento, existe una dicotomización de lo masculino y lo femenino que da lugar a la creación de esquemas de género, constructos cognitivos que se interiorizan desde la primera infancia, con características diferenciales y exclusivas para mujeres y hombres, que resultan determinantes para el desarrollo de los mismos. Por ello, unos y otros procesarán la información de distinto modo, llevándolos a vivencias distintas de unos mismos eventos (Bem, 1981, 1983).

3. *La edad.* – En cuanto a la edad, los resultados encontrados son contradictorios, algunos estudios no encuentran diferencias (Garaigordobil et al., 2016; Garaigordobil y Maganto, 2011), frente a otras investigaciones que informan de un cambio evolutivo hacia estilos más cooperativos (Laca et al., 2006; Laursen, Finkelstein, y Townsend, 2001), especialmente cuando se implementan programas para desarrollar la capacidad de resolver conflictos durante la infancia y adolescencia (Marcos, Sanmarco, González- Pértiga, Pagola y Novo, 2020; Sandy, 2014).

En base a lo expuesto anteriormente, nos planteamos en nuestro estudio analizar los estilos de resolución de conflictos entre iguales en el alumnado de educación primaria y conocer si existen diferencias en función del género y de la edad. Método:

– *Participantes*

La muestra de este estudio está constituida por 202 sujetos, 100 niñas (49.5%) y 102 niños (50.5%), con edades comprendidas entre 9 y 12 años ($M = 10.75$; $SD = 0.869$). Respecto al curso académico, el 20.3% son de 4º de Primaria, frente al 79.7% que se encuentran cursando 6º.

– *Diseño y procedimiento*

Para la obtención de la muestra, se tramitó la autorización de los centros escolares y se contó con el consentimiento de los progenitores. El cuestionario fue administrado de manera colectiva por personal entrenado y durante el horario lectivo. Todos los participantes cumplimentaron los instrumentos, respondiendo de manera individual, voluntaria y anónima.

– *Instrumentos de medida*

Se empleó un cuestionario para medir variables sociodemográficas: género, edad, curso académico, tipo de centro escolar y provincia.

Para medir los estilos de resolución de conflictos, se empleó la *Escala de Estilos de Resolución de Conflictos Interpersonales (ERCI)* (Novo, Fariña, Arce y Seijo, 2015), que evalúa como los estilos de resolución del conflicto. Esta escala se compone de 22 ítems con una escala de respuesta tipo Likert de 5 puntos (desde 0: “No me ocurre nunca o no lo hago”, a 4: “Me ocurre o lo hago con mucha frecuencia”). Para esta muestra, se obtuvo un alpha de Cronbach de .79.

– *Análisis de datos*

Se realizaron pruebas t de Student para muestras independientes a fin de examinar diferencias por género y curso en estilos de resolución de conflictos. Se analizó también el tamaño del efecto mediante la d de Cohen, cuyos parámetros se establecen entre 0.20 (pequeños), 0.50 (medios) y 0.80 (grandes) (Cohen, 1992). Todos los análisis se han realizado a través del programa estadístico IBM SPSS Statistics versión 25.

4. *Resultados.* – En primer lugar, se halló la diferencia de medias en estilos de resolución de conflictos (Tabla 1). Los resultados

apuntaron diferencias significativas en función del género en estilo agresivo, obteniendo los varones puntuaciones más elevadas.

En segundo lugar, se realizó la diferencia de medias en estilos de resolución de conflictos según la edad (Tabla 2). Los resultados señalaron que existen diferencias en estilo agresivo, donde las niñas y los niños de menor edad (4º de Primaria) presentaron una mayor puntuación en estilo pasivo y en estilo agresivo.

Nuestra investigación presenta una serie de limitaciones a tener en cuenta a la hora de generalizar y extrapolar los resultados. Primero, el tamaño de la muestra (especialmente el grupo de edad de 9-10 años) y su representatividad reducen el alcance y la generalización de los resultados obtenidos, siendo necesario incrementar el tamaño de la muestra. Segundo, este estudio debería completarse con otras variables que interaccionen con los estilos de resolución del conflicto (Courtain y Glowacz, 2019; Garaigordobil, 2017). Tercero, el instrumento de medida empleado, ya que ha de examinarse cuánta de la varianza es atribuible al método de medida en vez de al constructo medido (estilos de resolución de conflictos).

Nuestros resultados pusieron de manifiesto diferencias significativas en función del género en el uso de estilo agresivo presentando mayor puntuación los varones, tal como apuntaban otras investigaciones (Dildar y Amjad, 2017; Garaigordobil et al., 2016; Laca et al., 2006). Estos hallazgos coinciden con la teoría de los esquemas de género (Bem, 1981, 1983), cuya explicación se encuentra en que las personas procesan la información de acuerdo a estereotipos de género, especialmente en el estilo agresivo (Shute y Charlton, 2006), ya que el rol masculino se relaciona con fuerza, agresividad y dominio (Hyde 2005; McHugh y Frieze, 1997; Reyes, Foshee, Niolon, Reidy y Hall, 2016). En cuanto a la edad, el grupo de menor edad (9-10 años) hace uso en mayor medida de estilo pasivo y estilo agresivo en la resolución del conflicto, en relación al grupo de mayor edad (11-12 años). Nuestros resultados podrían indicar una evolución de los estilos de resolución del conflicto hacia estilos más de compromiso y colaborador (Laca et al., 2006; Laurson et al., 2001), que puede ser considerado en el diseño de los programas de prevención.

Consideramos necesario incrementar el conocimiento existente sobre los diferentes estilos y estrategias de resolución del

conflicto en la infancia (Garaigordobil et al. 2004), y analizar su relación con otras variables (Courtain y Glowacz, 2019; Zych, Baldry, Farrington y Llorent, 2019), de manera que podamos diseñar e implementar en las aulas programas para el desarrollo de las habilidades de resolución de conflictos, que contribuyan al desarrollo de la competencia socioemocional (Domitrovich, Durlak, Staley y Weissberg, 2017; Mayorga-Sierra, Novo, Fariña y Seijo, 2020), así como a la prevención conductas anti-sociales y/o delictivas (Arce et al., 2014; Garaigordobil, 2017; Novo et al., 2016).

En definitiva, entendemos que en el estudio del conflicto dentro del ámbito educativo hemos de considerar el concepto de *Paz Positiva*. No obstante, es posible dar un giro epistemológico, tal como señala Muñoz (2001), hacia el concepto de *Paz Imperfecta* entendida “como todos aquellos espacios e instancias en las que se pueden detectar acciones que crean paz, a pesar de que estén en contextos en los que existen los conflictos”, paz por sí misma y no la mera ausencia de violencia. De este modo, el estilo colaborador es entendido como una forma constructiva y adaptativa de resolución de conflictos y, por lo tanto, debe ser promovido entre los más jóvenes para construir espacios de paz (Scott, 2002).

Referencias

- R. ADAMS, B. LAURSEN (2007), *The correlates of conflict: Disagreement is not necessarily detrimental*. *Journal of Family Psychology*, 21(3), pp. 445-458. <https://doi.org/10.1037/0893-3200.21.3.445>.
- R. ARCE, J. VELASCO, M. NOVO, F. FARIÑA (2014), *Elaboración y validación de una escala para la evaluación del acoso escolar [Development and validation of a scale to assess bullying]*. *Revista Iberoamericana de Psicología y Salud*, 5, pp. 71-104.
- S.L. BEM (1981), *Gender schema theory: A cognitive account of sex typing*. *Psychological Review*, 88, pp. 354-364. <https://doi.org/10.1037/0033-295X.88.4.354>
- S.L. BEM (1983), *Gender schema theory and its implications for child development: Raising gender-aschematic children in a gen-*

- der-schematic society*. *Journal of Women in Culture and Society*, 8, pp. 598-616. <https://doi.org/10.1086/493998>.
- A. COURTAINE, Y.F. GLOWACZ (2019), *Youth's conflict resolution strategies in their dating relationships*. *Journal of Youth and Adolescence*, 48, pp. 256-268.
 - S. DILDAR, N. AMJAD (2017), *Gender differences in conflict resolution styles (CRS) in different roles: A systematic review*. *Pakistan Journal of Social and Clinical Psychology*, 15, pp.37-41.
 - C.E DOMITROVICH, J.A. DURLAKSTALEY, R.P. WEISSBERG (2017), *Social-emotional competence: An essential factor for promoting positive adjustment and reducing risk in school children*. *Child Development*, 88, pp.408-416. <https://doi.org/10.1111/cdev.12739>.
 - F., FARIÑA, R. ARCE, D. SEIJO (2015), *El conflicto familiar. Especial referencia a las consecuencias de la separación y divorcio*. En F. Fariña y E. Pillado (Coords.), *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*. Valencia: Tirant lo Blanch. pp. 37-58.
 - M. GARAIGORDOBIL (2017), *Conducta antisocial: conexión con bullying/ cyberbullying y estrategias de resolución de conflictos*. *Psychosocial Intervention*, 26, pp.47-54. <https://doi.org/10.1016/j.psi.2015.12.002>.
 - M. GARAIGORDOBIL, Z. ALVAREZ, V. CARRALERO (2004), *Conducta antisocial en niños de 10 a 12 años: factores de personalidad asociados y variables predictorias*. *Análisis y Modificación de Conducta*, 30, pp. 241-271.
 - M. GARAIGORDOBIL, J.M. MACHIMBARRENA, C. MAGANTO (2016), *Adaptación española de un instrumento para evaluar la resolución de conflictos (Conflictalk): datos psicométricos de fiabilidad y validez*. *Revista de Psicología Clínica con Niños y Adolescentes*, 3, pp. 59-67.
 - M. GARAIGORDOBIL, C. MAGANTO (2011), *Empatía y resolución de conflictos durante la infancia y la adolescencia*. *Revista Latinoamericana de Psicología*, 43, pp. 255-266.
 - J.S. HYDE (2005), *The gender similarities hypothesis*. *The American Psychologist*, 60, pp. 581-592.
 - W.D KIMSEY, R.M. FULLER (2003), *Conflictalk: An instrument for measuring youth and adolescent conflict management message styles*. *Conflict Resolution Quarterly*, 21, pp. 69-78.

- F.A. Laca, R. Alzate, M. Sánchez, J.C. Verdugo, J. Guzmán (2006), *Communication and conflict in young Mexican students: messages and attitudes*. Conflict Resolution Quarterly, 24, pp. 31-54. <https://doi.org/10.1002/crq.156>.
- B. LAURSEN, W.A. COLLINS (1994), *Interpersonal conflict during adolescence*. Psychological Bulletin, 115(2), p. 197. <https://doi.org/10.1037/0033-2909.115.2.197>.
- B. LAURSEN, B.D FINKELSTEIN, B. TOWNSEND (2001), *A developmental meta-analysis of peer conflict resolution*. Developmental Psychology, 21, pp. 423-449. <https://doi.org/10.1006/drev.2000.0531>.
- E. LEVINE, M. TAMBURRINO (2014), *Bullying among young children: Strategies for prevention*. Early childhood education journal, 42, pp. 271-278.
- V. MARCOS, Y. GANCEDO, A. SELAYA, M. NOVO (2019), *Analyzing the path from bullying to bully*. En J. Sanmarco y E. Arias (Eds), 2019 Annual Conference of the European Association of Psychology and Law. Abstract book. Santiago de Compostela: European Association of Psychology and Law. p. 165
- V. MARCOS, J. SANMARCO, J. GONZÁLEZ-PÉRTEGA, R. PAGOLA, M. NOVO (2020), *Prácticas colaborativas con la Unidad de Participación Ciudadana de la Policía Nacional en la Prevención de la Violencia: Programa Previ@net*. En J. Sanmarco,
- V. MARCOS, Y. GANCEDO, D. SEIJO (Eds), *Libro de Actas. XII Congreso (Inter)Nacional Psicología Jurídica y Forense*. Santiago de Compostela: Serie de Publicaciones de la Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense. pp. 89-98.
- É. MAYORGA-SIERRA, M. NOVO, F FARIÑA, D. SEIJO (2020), *Needs analysis for the personal, social, and psychological adjustment of adolescents at risk of delinquency and juvenile offenders*. Anales de Psicología/Annals of Psychology, 36(3), pp. 400-407. <https://doi.org/10.6018/analesps.428631>.
- M. MCHUGH, I.H. FRIEZE (1997), *The measurement of gender-role attitudes: A review and commentary*. Psychology of Women Quarterly, 21, pp. 1-16. <https://doi.org/10.1111/j.1471-6402.1997.tb00097.x>.
- F.A. MUÑOZ (2001), *La Paz Imperfecta*. Granada: Universidad de Granada.

- M. NOVO, F. FARIÑA, R., ARCE, D. SEIJO (2015), *Escala de Estilos de Resolución de Conflictos Interpersonales*. Manuscrito no publicado. Unidad de Psicología Forense: Universidad de Santiago de Compostela.
- M. NOVO, J. HERBÓN, B.G. AMADO (2016), *Género y victimización: efectos en la evaluación de la violencia psicológica sutil y manifiesta, apego adulto y tácticas de resolución de conflictos*. *Revista Iberoamericana de Psicología y Salud*, 7, pp. 89- 97. <https://doi.org/10.1016/j.riips.2016.05.002>.
- M.A. RAHIM (1983), *A measure of styles of handling interpersonal conflict*. *Academy of Management Journal*, 26, pp. 368-376. <https://doi.org/10.5465/255985>.
- H.L.M. REYES, V.A. FOSHEE, P.H. NIOLON, D.E. REIDY, J.E. HALL (2016), *Gender role attitudes and male adolescent dating violence perpetration: Normative beliefs as moderators*. *Journal of Youth and Adolescence*, 45, pp. 350-360. <https://doi.org/10.1007/s10964-015-0278-0>.
- S.V. SANDY (2014), *The development of conflict resolution skills: preschool to adulthood*. En P. T. Coleman, M. Deutsch, E. C. Marcus (Eds.), *The Handbook of Conflict Resolution. Theory and practice*. San Francisco, California: Jossey-Bass. pp. 430-463
- J. SANMARCO, X. CAMPLÁ, V. MARCOS, M. NOVO (2020), *El efecto mediador del ajuste psicológico en la relación entre la victimización por acoso escolar y el sentido de pertinencia escolar*. *Publicaciones*, 50, pp. 43-59. <https://doi.org/10.30827/publicaciones.v50i1.9416>.
- D. SCOTT (2002), *Evaluating the national outcomes: Conflict resolution*. Recuperado de https://cals.arizona.edu/sfcs/cyfernet/nowg/sc_conflict.html.
- R. SHUTE, K. CHARLTON (2006), *Anger or compromise? Adolescents' conflict resolution strategies in relation to gender and type of peer relationship*. *International Journal of Adolescence and Youth*, 13, pp. 55-69. <https://doi.org/10.1080/02673843.2006.9747966>.
- K. THOMAS, R. KILMANN (1974), *Thomas-Kilmann Conflict Mode Instrument*.
- California: Consulting Psychologists Press.
- C. WILSON, P. GROSS (1994), *Police Public Interactions: The Impact of Conflict Resolution Tactics*. *Journal of Applied Social Psychology*, 24, pp. 159-175. <https://doi.org/10.1111/j.1559-1816.1994.tb00563.x>.

- I. ZYCH, A.C. BALDRY, D P. FARRINGTON, V.J. LLORENT (2019), *Are children involved in cyberbullying low on empathy? A systematic review and meta-analysis of research on empathy versus different cyberbullying roles*. *Aggression and Violent behavior*, 45, pp. 83-97. <https://doi.org/10.1016/j.avb.2018.03.004>.

INMACULADA CONCEPCIÓN SÁNCHEZ RUIZ, LAURA PAREDES GALIANA*

LA MEDIACIÓN COMO RESPUESTA ALTERNATIVA A LOS CONFLICTOS ESCOLARES

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La mediación escolar. - 3. Consideraciones

1. *Introducción.* – Una de las principales preocupaciones que ha adquirido especial relevancia en la actualidad, ha sido el análisis de conflictos en los centros educativos. Las cuestiones relacionadas con la indisciplina escolar, los conflictos y los actos de violencia entre iguales, es decir, entre el propio alumnado y también, las situaciones de tensión entre la comunidad educativa englobando al profesorado, al alumnado y a las familias.

En el ámbito escolar vamos a poder distinguir diferentes tareas, una de ellas es la socializadora, que usualmente se ha centrado en procurar la transmisión del conocimiento y orientar intelectualmente, pero esto ha ocasionado dejar de lado otros componentes igualmente educativos. Son muchos los motivos, aunque algunos teóricos de la educación, apuntan como principal causa de los conflictos de las aulas la existencia de un modelo de organización escolar aún demasiado rígido, poco flexible y descontextualizado de la realidad social actual.

Esta situación favorece entre el alumnado el descontento, aburrimiento y desmotivación, lo que acaba traducándose en un rechazo a la realidad escolar y sus normas. El resultado más notable que se desprende de estas situaciones, ha sido el importante déficit emocional y de relación, que ha conllevado el desarrollo de muchos individuos a lo largo de numerosas generaciones. Estos son datos preocupantes, porque el bienestar emocional y de relaciones, incide directamente en las condiciones

* Profesoras de la Universidad de Murcia.

de aprendizaje académico, en el desarrollo cognitivo y viceversa. Por todo esto, consideramos que sería necesario tener más en cuenta, que el placer de aprender mejora la autoestima, el autoconcepto y ayuda a abrir las puertas a una sana sociabilidad. Idealmente, las escuelas deberían ser un lugar de encuentro donde se acepte a los demás tal y como son, asumiendo de forma natural las diferencias culturales, de origen, etnia, inclinación sexual, entre otras. Pero la realidad es bien distinta y en muchos centros, de todos los países del mundo, se está viviendo un deterioro de la convivencia escolar.

Otra influencia que favorece las situaciones de conflicto y hasta de violencia y acoso escolar, es el desinterés por parte de las familias de sus responsabilidades en la educación. Estas personas delegan en la escuela un papel que les corresponde, pero que no pueden ejercer correctamente por diversos motivos: obligaciones laborales, problemas económicos, situaciones de vulnerabilidad social, entorno social y familiar poco favorecedor, etc.

2. La mediación escolar. – Cada vez más en los centros escolares españoles y de la mayoría de países, la conflictividad y las situaciones de indisciplina y de violencia escolar se manifiestan, lo cual influye negativamente en los procesos de enseñanza-aprendizaje y en su vida personal.

Numerosos estudios sobre violencia en centros de enseñanza muestran que los problemas más graves, son en realidad los más escasos. No obstante, estos han de ser atendidos adecuadamente, puesto que la seguridad es irrenunciable. Sin embargo, son los conflictos más cotidianos y frecuentes, los que más preocupan al personal de la comunidad educativa como las agresiones verbales entre el alumnado, el rechazo, la exclusión social, la interrupción, las faltas de respeto, entre otras.

Ante estos datos no caben posturas extremas, o pasivas, tampoco parece adecuado que la actuación se quede reducida a un planteamiento legalista, porque puede acabar cayendo en lo burocrático y, por lo tanto, alejándose de lo educativo. Por lo tanto, consideramos necesario pensar sobre la gestión de la convivencia y abrirnos hacia nuevos enfoques que superen las limitacio-

nes de las fórmulas utilizadas hasta ahora. Optamos por adoptar sistemas más avanzados de gestión y propiciar que las ventajas que ya se están difundiendo en otros ámbitos se expandan en la comunidad educativa.

Nos relacionamos con otras personas, que al igual que nosotros poseen unos valores, tienen unas necesidades y poseen unos sentimientos, que en ocasiones podrían estar contrapuestos o enfrentados con los nuestros. Por lo tanto, toda persona se enfrenta a situaciones de conflicto y desacuerdo, pues nuestras acciones van a estar determinadas por nuestros sentimientos y motivadas por nuestras emociones. Nuestra vida está marcada por las interacciones que realizamos con las personas que nos rodean, en todas y cada una de las esferas de nuestra vida. El conflicto es un proceso que engloba fases diferentes y en su desarrollo tiene también presente el sentido cíclico, por eso en todo conflicto se produce una dinámica de interacción de las partes, que progresa a medida que tienen conciencia de los conflictos e intereses.

En todas las sociedades y en el mundo en su globalidad, aunque existan diferencias por los valores, creencias, ideologías, debería considerarse unos límites, unos mínimos, empezando por no violar los derechos humanos. Puesto que, la violencia es considerada como un comportamiento de alguien incapaz de imaginar otra solución a un problema que le atormenta. Debería fomentarse los derechos humanos, la cultura de paz, los valores positivos y disminuir los aspectos negativos como son las guerras y los conflictos que se convierten en verdaderas catástrofes.

El conflicto en la comunidad educativa presenta características propias, en la que representa un choque de intereses, ideas y valores que pueden derivar en la lesión de los intereses o derechos, dependiendo del modo de resolución, del alumnado, profesorado, y de todo el personal de la comunidad educativa. De esta manera, se convierte en la forma de trasgresión de normas, que posibilitan la convivencia y la consecución del bien, tanto particular como colectivo.

Una de las principales conductas que generan conflicto en el ámbito educativo, es la indisciplina o conducta antisocial, ya que lesiona dos de los derechos fundamentales recogidos en

todo reglamento de régimen interno: el derecho del alumnado a aprender y el derecho del profesorado a enseñar. Del mismo modo, el proceso se relaciona con los distintos estilos educativos de las familias, en ocasiones llegando a entrar en oposición con el de la escuela (enfrentando el estilo dialogante al estilo autoritario; con ausencia de normas frente, a la necesidad de estas, entre otros).

En el contexto escolar existen episodios de violencia entre iguales, fenómenos de victimización, vandalismo y agresiones contra las propiedades del colegio y del alumnado, e incluso violencia más o menos directa, contra el profesorado. Un dato muy significativo, es que, la edad de las personas agresoras es cada vez menor. Ante los datos que arrojan los diferentes estudios de campo, es ineludible una intervención escolar, ya que, está comprobado que los programas preventivos dirigidos a niños durante los primeros doce años, pueden estimular el desarrollo de la compasión, la tolerancia, el sentido de autocrítica y la empatía.

Las consecuencias de todo esto se refleja, en una percepción del conflicto como algo negativo, improductivo, por parte del profesorado, asimilando a la agresión o lesión y transgresión de las normas, identificando una conducta violenta, reduciendo el problema en las aulas a una cuestión de agresividad y violencia. Diferimos en esta cuestión, ya que, los conflictos se distinguen de la violencia en que son inevitables, forman parte de la vida, su ausencia supone a menudo un signo de disfunción de las relaciones, por lo que la comunidad educativa debería: plantearse la dimensión pedagógica del conflicto para un desarrollo social y personal, optando por una resolución pacífica, gestionando, desde vías de diálogo, entendimiento, negociación y resolución constructiva.

Un programa de mediación escolar supone crear y desarrollar en el centro escolar, un servicio de mediación para la resolución de conflictos de los diferentes colectivos de la comunidad educativa (alumnado, profesorado, familias). Los programas de mediación entre iguales, son una herramienta al servicio de un modelo de convivencia pacífico basado en la participación, la colaboración y el diálogo. El objetivo específico de un programa de mediación escolar, es atender una serie de conflictos

entre los miembros de la comunidad escolar que por algún motivo no han podido ser solucionados por los propios protagonistas. La mediación desde su valor pedagógico considera necesario educar en valores como el respeto, la responsabilidad, la cooperación, la empatía y que desarrolla una cultura de paz en el ámbito educativo, colaborando a gestionar los conflictos, en el presente y en el futuro.

Todo proceso de mediación escolar, debe estar orientados a los siguientes objetivos:

- Proporcionar a todo el alumnado, conocimientos esenciales del proceso de mediación formal.
- Ofrecer a cada curso, la posibilidad de convertirse en mediador/a quién lo desee.
- Enseñar las estrategias y habilidades necesarias para el desempeño de la función del mediador/a.
- Fomentar un clima socioafectivo entre la comunidad educativa.
- Poner en funcionamiento o garantizar un servicio de mediación en el centro educativo.

En la comunidad educativa, la mediación no debería ser un servicio exclusivo integrado por unas cuantas personas, debería aplicarse desde un concepto mucho más amplio. La mediación podría vertebrar el currículum social del centro, desarrollando nuevas formas relacionales, que les permitan gestionar las distintas situaciones de la vida diaria de una manera no violenta y dialogante.

3. *Consideraciones.* – Consideramos, que la mediación en el contexto educativo, supone una apuesta decidida por potenciar una cultura de respeto hacia uno mismo y hacia los demás. Que lucha por los valores de paz, justicia, solidaridad, de fomento de la participación y la cohesión, frente a la disgregación o la marginación, de interacción positiva, de comunicación y aprendizaje de estrategias de resolución de conflictos. En definitiva, los problemas de convivencia son síntomas de que algo falla en los marcos educativos y sociales que los generan. Por lo tanto, el tipo de respuesta que se dé a los conflictos pue-

de orientarse de dos formas: por un lado, como un proceso educativo, en el cual se busca a través del diálogo el entendimiento mutuo, el consenso o el acuerdo, para la resolución del conflicto, teniendo la oportunidad de aclarar, comprenderse y donde las necesidades de ambos sean atendidas; por otro lado, como un ocultamiento del conflicto con tendencia a quitarle la importancia que tiene y no afrontarlo.

Optamos por un proceso de resolución de conflictos educativos, desde el cual, se tome conciencia generando un modelo educativo adecuado, a las características del alumnado para la promoción y adquisición de determinadas actitudes, comportamientos, valores, normas de comunicación y participación. Creemos que la resolución de conflictos en el aula suele ser una buena oportunidad donde el alumnado sean protagonistas del cambio, desde la responsabilidad, autonomía y participación. Así los conflictos dejan de estar obstruidos, las relaciones se sanan y la convivencia mejora. En este tipo de situaciones se utilizan diferentes intervenciones, nos inclinamos, en un modelo integrado de regulación de la convivencia y tratamiento de conflictos, abordando la mediación como una estrategia de resolución en conflictos de la comunidad educativa. En los últimos años, son frecuentes los estudios realizados sobre la convivencia en los centros educativos, estudios que ponen de manifiesto los grandes conflictos que se viven en ellos y que afectan a toda la comunidad educativa. Es una edad en la que, el alumnado adquirirá pautas que mantendrá a lo largo de su vida y es una etapa donde se conformará, en gran medida, su personalidad.

Se trata de una edad crucial, en la que todos los acontecimientos que tengan lugar serán magnificados por los niños y las niñas, que sufren múltiples cambios, están irascibles, rebeldes, deseosos de ir en contra de las normas, entre otros acontecimientos. Todo ello hace imprescindible que se tenga que trabajar con ellos la resolución de conflictos desde todas las vertientes posibles. Es de vital importancia resaltar la implicación y la colaboración, de toda la comunidad educativa en actividades de este tipo, pues son ellos el motor de estas experiencias que enriquecen al alumnado como personas, además de poder trabajar con ellas los contenidos curriculares de cada etapa.

Lo importante de estas actividades, no es el momento puntual en el que se llevan a cabo, sino la longitudinalidad de las mismas, su desarrollo posterior a lo largo de las etapas. Así conseguimos dotar al alumnado de estrategias propias, que los haga mejores personas en un mundo cada vez más hostil. Destacar, por tanto, el desarrollo de las competencias básicas recogidas en el artículo 38 de la Ley 17/07, entendidas éstas como el conjunto de destrezas, conocimientos y actitudes adecuadas al contexto que todo el alumnado que cursa la etapa de escolar, debe alcanzar para su realización y desarrollo personal, así como para la ciudadanía activa y la integración social.

Señalamos, que llevar a cabo talleres para la mejora de la convivencia en el centro es, además de un derecho de todo el personal educativo, un deber tal y como queda recogido en la actual ley que regula el Sistema Educativo Español.

MARI LUZ SANCHEZ GARCIA ARISTA*

APORTE TEÓRICO-PRÁCTICO SOBRE NEUROCIENCIA,
CONFLICTO Y MEDIACIÓN
NEUROCIENCIA Y GESTIÓN DE CONFLICTOS

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Cerebro hostil o secuestrado. Cerebro inteligente. - 3. Neurociencia e intervención mediadora. - 4. El proceso de mediación.

1. *Introducción.* – Desde que la tecnología permite la obtención de neuroimágenes, los estudios sobre el cerebro humano y los diversos mecanismos que subyacen a nuestras emociones, sentimientos, conductas, toma de decisiones, aprendizajes, percepciones, interpretaciones, estilos relacionales y comunicativos, razonamientos, etc., han ido aportando a las diversas disciplinas, conocimientos fundamentados y clarificadores, que implican nuevas perspectivas y planteamientos. A pesar de la inercia de resistencia a los cambios de personas y profesiones, la nueva luz que aporta la Neurociencia va filtrando las ciencias en general, y las Ciencias Sociales en particular, como consecuencia de una paulatina y constante mejora en la comprensión del comportamiento humano. Actualmente, la Neurociencia, la pasión por conocer el cerebro, se ha convertido casi en moda. Tal vez la explicación sea la curiosidad que despierta en nosotros saber cómo somos, cómo es esa “máquina maravillosa” donde se genera lo que pensamos, lo que sentimos y nuestra conducta consciente e inconsciente (Mora, 2002; 2004; 2010). Sin embargo, en la formación a profesionales que trabajarán con conflictos, aún es minoritaria la inclusión de estos conocimientos en sus programas. La Conflictología y su objeto de es-

* Profesora en master en mediación y gestión de conflictos en la Universidad Complutense de Madrid.

tudio – comprensión de los conflictos y sus dinámicas – puede enriquecerse mucho y experimentar un gran avance con las aportaciones de la Neurociencia.

Los conflictos surgen de forma natural en las interacciones humanas. Es fácilmente imaginable y observable que existen multitud de situaciones en que distintas personas o grupos perciben divergencia de intereses respecto a otras, con expectativas que se plasman en aspiraciones vestidas de incompatibilidad. Los conflictos sobrevuelan nuestra cotidianeidad y, cualquiera que sea el contexto, tienen similares manifestaciones: Como podemos constatar, conflicto-emociones van intrínsecamente unidos en una continua interacción de retroalimentación, por lo que conocer los mecanismos emocionales y sus procesos neurológicos fundamentales (Damasio, 2006; 2010) nos ayudará a comprender mejor los conflictos y sus dinámicas internas, directamente relacionadas con los posicionamientos y las narrativas. La preocupación por el conflicto, los efectos que produce y las formas posibles de resolverlo han acompañado a la historia de la humanidad, con figuras como los ancianos de la tribu, los consejeros, sacerdotes, etc, que ayudaban a encontrar la armonía en las interacciones humanas. De igual modo, filósofos, politólogos, sociólogos y pensadores de diversas áreas de conocimiento, se han interesado por el conflicto como elemento esencial de las relaciones. Así pues, el conflicto como elemento inherente a las interacciones humanas y la convivencia ha estado presente en todas las épocas y en todas las interacciones y culturas (Vinyamata, 2003); es connatural al ser humano, un rasgo inevitable en las relaciones sociales. El problema estriba en que todo conflicto puede adoptar un *curso constructivo o destructivo*, de lo que se deduce que la cuestión no es tanto eliminar o prevenir el conflicto, sino saber afrontar las situaciones conflictivas con los recursos suficientes como para que todos los implicados en las mismas salgan enriquecidos de ellas (Alzate, 1998). Es decir, el conflicto admite también la mirada positiva de ser una oportunidad de aprendizaje y construcción de interacciones satisfactorias; pero ello requiere conocimientos y habilidades para afrontarlos y gestionarlos en positivo (Sánchez García-Arista, 2013). Nos jugamos mucho en ello: principalmente, la convivencia y la salud. El conocimiento de los mecanismos cerebrales implicados, aportado por la Neurociencia, resulta por tanto de un gran interés.

2. *Cerebro hostil o secuestrado. Cerebro inteligente.* – Todos conocemos la famosa imagen del Iceberg como metáfora del conflicto – de su parte visible (10%) y no visible (90%) – y como explicación de la vigente connotación negativa con la que se le reviste. Pero en la actualidad, ya sabemos qué pasa en el cerebro humano cuando manifiesta ese 10%; sabemos cómo cuando alguien se enfada su amígdala cerebral genera emociones como la ira. El cerebro emocional, ése que ha protegido al ser humano durante tantos cientos de años, entra en acción. Hasta ahí, el proceso es natural, sí. Pero, el cerebro humano ha evolucionado y su corteza prefrontal nos ha dotado de la capacidad para razonar y tomar decisiones inteligentes (Morgado, 2010; 2014; 2015). Eso sí, para ello la persona debe gestionar las emociones que su amígdala genera. De lo contrario, será la amígdala la que controlará las respuestas y el comportamiento, “secuestrando” la parte racional del cerebro (Goleman, 1995) y quedando éste en “modo hostil” (Beck, 2003), que implica “defensa-ataque”; es decir, un modo reactivo, no inteligente del cerebro.

El término acuñado por BECK – “modo hostil” – define el modo en que nuestro cerebro funciona cuando nos enfadamos, cuando la ira secuestra nuestra razón; define esa actitud de “defensa-ataque”, incapaz de razonar ni tomar conciencia del propio comportamiento ni de sus consecuencias, en que las partes se encuentran en un “conflicto escalado”. Y es así, en este modo hostil, como las partes llegan a mediación: con un cerebro dirigido por la famosa “amígdala” y secuestrada su capacidad de razonar. Se hace necesario ayudarle a transitar hacia otro modo de funcionamiento más inteligente antes de pretender que se sitúe en territorios colaborativos y generadores de acuerdos. La percepción y la interpretación son dos mecanismos de nuestro cerebro críticos en la génesis de la respuesta que damos a los conflictos. Son el “ojo” con el que nuestro cerebro mira, evalúa y define la realidad. Un proceso subjetivo, con un componente altamente educativo y experiencial.

Esto explica cómo, ante una misma realidad, las personas que llegan a mediación tienen *narrativas divergentes*. Sin una intención de engaño, “lo ven” desde distinta perspectiva y, desde ella, crean una narrativa que la justifica.

Es a partir de lo que percibimos y cómo lo interpretamos como la amígdala reacciona y genera emociones. Si éstas no son gestionadas, provocan el “modo hostil o secuestrado”. Como consecuencia, el pensamiento se distorsiona y el diálogo interior se sesga, produciéndose el “posicionamiento”, polarizado en el binomio “culpa- razón”. El conflicto queda atrapado en un ciclo que retroalimenta su escalada.

La Buena noticia es que la Neurociencia nos demuestra la plasticidad del cerebro por la que es capaz de asumir cambios durante toda su vida mientras permanezca sano. Un cerebro en modo reactivo da respuestas automáticas – desde su “mochila” – es decir, desde los “estilos de afrontamiento” del conflicto aprendidos. Este mecanismo es el que nos explica por qué en un sistema familiar, laboral, organizacional... podemos imaginar cómo van a reaccionar cada uno de los miembros implicados en un problema. Pero, la plasticidad nos permite aprender a cambiar los “estilos” automáticos de respuesta por “*estrategias inteligentes*”. Experimentarlo, es una de las vivencias más apasionantes y que generan más seguridad personal. Realmente, este es el pilar de la mediación: se puede ayudar a una persona cuyo cerebro ha entrado en ese ciclo de escalada destructiva e ir ayudándole a que cambie a un modo pleno, integrado, inteligente (Siégel, 2015; 2017). Este proceso de cambio – gestionando su “inundación emocional” – le permitirá flexibilizar paulatinamente su posicionamiento para encaminarse hacia un territorio más colaborativo donde el acuerdo sea posible.

3. *Neurociencia e intervención mediadora.* – A partir de las aportaciones de la Neurociencia, podemos definir la mediación como “*un proceso asistido por un tercero imparcial – la persona mediadora – que ayuda a las partes en conflicto a afrontarlo a partir de una gestión emocional positiva y una restauración de la comunicación inteligente, que les permitan transitar hacia actitudes colaborativas capaces de generar acuerdos satisfactorios para ambas*”. Este proceso es un camino transformativo, transicional, desde un *modo hostil* hacia un *modo inteligente*; es decir, desde una evolución destructiva del conflicto hasta otra constructiva, generadora de oportunidades de cambio que aportan mejoras en la relación y en la percepción de la misma.

Con “proceso asistido” nos referimos a la ayuda profesional desde el rol mediador, que implica, como es fácil deducir, conocimientos sobre las emociones, los conflictos y la comunicación, para poder ejercer su función de dirigir el proceso. Así, el mediador o mediadora, con una formación adecuada, apoya a cada una de las partes para que realicen su propia transición desde el modo hostil, que genera y alimenta su posicionamiento, hasta el modo inteligente en el que lo va flexibilizando e identificando sus intereses y necesidades, al tiempo que crece su responsabilidad sobre el conflicto.

¿Cómo se llega a esa percepción distorsionada, que genera una actitud de posicionamiento y una narrativa polarizada en la que el cartel de “culpa- razón” es inflexible, inamovible? Y, sobre todo, ¿cómo se puede salir de ella? ¿Cómo ayudar a las partes mediadas a modificarla? En definitiva, ¿cómo podemos llevar a las partes desde un modo hostil hasta un modo inteligente de su cerebro a través de nuestra intervención mediadora? Realmente, ésta es la esencia de nuestro oficio como profesionales de la mediación y gestión de conflictos: potenciar una transición de las partes desde la hostilidad hacia la colaboración. Sus narrativas reflejan las claves tanto para el diagnóstico como para el diseño de la intervención mediadora.

Las narrativas son el espejo de las emociones y de la perspectiva sobre el conflicto. Cuando la activación emocional no se aborda en fases iniciales del conflicto, la distorsión del pensamiento y diálogo interior que se produce construye narrativas que reflejan esas emociones no gestionadas. Las partes traducen en palabras su percepción y vivencia del conflicto así como las emociones generadas en el proceso de escalada. Al hacerlo, las partes vuelcan su activación emocional, las ofensas guardadas, su dolor, su ira... que forman la raíz del bloqueo en su posición; son los ladrillos que conforman sus defensas y retroalimentan su pensamiento y diálogo interior sesgados, su actitud de “echar leña al fuego”, motivada por el espejismo de que es ahí, en ese posicionamiento férreo, donde reside su “poder”. La escucha activa es la herramienta fundamental para promover el “volcado emocional” a través de las narrativas. Éstas suelen estar pobladas de “reproches” que se intercalan entre la información que aportan y reflejan no sólo las emociones sin gestionar,

sino también las *necesidades* de las partes, resultando *indicadores claros de campo de trabajo*.

4. *El proceso de mediación*. – El proceso de mediación implica una serie de actuaciones que tienen como objetivo la consecución de cambios en las partes que generen en paralelo una transformación del conflicto. Cuanto más fundamentemos esas actuaciones en la comprensión de cómo están, cómo se sienten y qué necesitan las partes – cada una de ellas desde su “mochila” – más fácil y más eficaz será para nosotros – profesionales de la mediación – diseñar las intervenciones a través de las cuales promoveremos y apoyaremos la transición del modo hostil al modo inteligente, desde el que serán capaces de escucharse, legitimarse y construir juntos los acuerdos que recojan los intereses de ambos. Fundamentar la intervención mediadora implica conocer el conflicto y sus dinámicas internas; pero también, y de forma significativa, los mecanismos cerebrales que llevan a dos personas en desencuentro escalado a crear una narrativa divergente para relatar los hechos que lo han generado y curiosamente enfocada hacia el binomio “culpa- razón”, asignándose cada una de ellas la razón indiscutible y a la otra, el rol de culpable, también de forma indiscutible. El espacio de mediación es un sistema, liderado por la/las persona/s mediadoras y las partes en conflicto, que otorgan la autoridad moral al rol mediador, al aceptar voluntariamente entrar en el proceso de mediación con la confianza de que es un espacio seguro por la confidencialidad que lo caracteriza y la profesionalidad y competencia implícita al desempeño de dicho rol. En la práctica, tanto la autoridad moral como la confianza que las partes necesitan para comunicar una narrativa en la que vuelcan sus emociones y se reflejan sus intereses – es decir, para “desnudar su conflicto” – ha de ser motivada y generada por la actuación de la persona o personas mediadoras (si es “comediación”). Su lenguaje verbal y no verbal son críticos, pero también sus conocimientos teóricos y prácticos sobre los conflictos y las emociones, intrínsecamente unidos y en permanente retroalimentación.

Para ayudar a transitar a las partes de un modo hostil a un modo inteligente – como ya hemos dicho – resulta imprescindible

ble conocer los mecanismos que intervienen en dicha transición. La Neurociencia nos aporta luz sobre estos mecanismos. Es por tanto imprescindible que la formación de los profesionales de la mediación y gestión de conflictos incluya dichos conocimientos. Como conclusión, no podemos ignorar, para avanzar en nuestra profesión, los propios avances de la Neurociencia que con mayor intensidad desde la utilización de neuroimágenes, nos muestra cómo funciona nuestro cerebro. Acercándonos a esa luz, la de la Neurociencia, podremos comprender mucho mejor qué mecanismos subyacen a esa percepción sesgada que promueve en las partes narrativas divergentes ante la misma realidad.

OSCAR DANIEL FRANCO CONFORTI*

L'ISTITUTO DEL RIPRISTINO IN DIRITTO PENALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Come viene valutata l'offesa? - 3. Il fatto legale ripristinabile. - 4. E il danno sociale? - 5. Conclusioni

1. *Introduzione.* – La Società, intesa come massima espressione del gruppo di persone che la integrano, è nella ricerca permanente della Pace. Il “patto sociale” è all’origine della Società.

Al momento di firmare il patto sociale accade che ogni membro ha trasferito alla società una parte dei suoi diritti, ad esempio il desiderio di vendetta.

Mentre il diritto penale è lo strumento che la società ha istituito per garantire la Pace. Il diritto di procedura penale stabilisce le regole del gioco per recuperarlo. Qualsiasi comportamento contrario al bene comune è considerato criminale. Parliamo di un reato, quando tale condotta è inoltre punita da un processo.

Il danno e l’offesa sono gli elementi costitutivi del reato. Il danno” è un elemento “statico” e “l’offesa” è “dinamico”.

Ci sono prove che le conseguenze del crimine rendono le persone più vulnerabili ai disturbi mentali e alle malattie psicosomatiche. In termini legali un po’ più vaghi, c’è un danno in termini di salute mentale.

Di fronte alla criminalità, dobbiamo chiederci: la filosofia riparativa può aiutare a recuperare la pace? È necessario ri-significare, dal punto di vista del dogma penale, i principi e i valori del paradigma riparativo?

La società dà un voto di fiducia a tutti i suoi membri. Il crimine distrugge questa fiducia e altera lo stato di Pace.

“Riparare” e “Ripristinare” diventano due facce della stessa moneta?

* Profesor de derecho en la Universidad Oberta de Cataluña.

Dobbiamo differenziare i concetti. Non sono sinonimi e la loro confusione è tanto comune e dannosa nel settore giuridico.

Mentre “riparazione” si riferisce a “danno”, “ripristino” cerca il risarcimento prodotto della “offesa”

2. *Come viene valutata l’offesa?*. – Affinché un reato sia processato, il giudice deve eseguire la decostruzione analitica del reato.

In questa operazione intellettuale, il giudice converte i “fatti giuridici” in “atti giuridici”.

Carnelutti ha affermato che nell’operazione di conversione (ancora forzata) non tutti i fatti giuridici possono essere convertiti in atti giuridici.

Perché l’offesa, in quanto elemento costitutivo del reato di natura dinamica, non può essere convertita in una conseguenza materiale e tangibile dell’atto criminoso.

In altre parole, l’offesa non può essere riassunta sotto il danno dell’elemento statico.

3. *Il fatto legale ripristinabile*. – Vale la pena riflettere se possiamo garantire che il recupero o l’operazione di una persona avverrà entro un certo periodo di tempo e se i danni che l’umiliazione, la calunnia e l’insulto diventano realmente coprono il 100% dell’offesa.

L’esperienza indica che non è così.

Pensiamo alle conseguenze che rimangono nel padre che vede morire il figlio in un incidente stradale causato per lui.

Il trauma lasciato nella vittima materiale di un crimine di stupro dal ferimento dell’interesse della donna per arrivare vergine al matrimonio.

Rifiutate una trasfusione di sangue e morite secondo la loro fede religiosa.

La paura che rimane nella vittima di una rapina di uscire in strada e il bisogno di sapere perché lui sia stato scelto come vittima.

La frustrazione di un modello professionale di non diventare una star per essere stato attaccato in faccia dall’acido.

Ci sono molti esempi del fatto legale ripristinabile.

Gli eventi più traumatici lasciano spesso segni devastanti e conseguenze indelebili.

4. *E il danno sociale?* – Per quanto riguarda la Società, l'offesa si traduce in "danno sociale". Segna il passaggio dall'antigiurisdizione formale all'antigiurisdizione materiale (principio di lesività).

Il "danno sociale" si riferisce alle implicazioni sociali e morali del crimine. È la paura o il sentimento di insicurezza che rimane, per esempio in un quartiere spesso colpito dalla criminalità.

Il comportamento criminale influisce sulle esigenze del sistema sociale nel suo complesso (andando oltre il rapporto tra l'autore del reato e la vittima).

Le sue conseguenze possono essere verificate nella realtà sociale. Possono essere valutate anche dalle scienze empirico-sociali.

5. *Conclusioni.* – I fondamenti giuridici all'interno del dogma criminale sono imperativi nei progetti di pratiche di restauro che sono destinati ad essere inseriti nella sfera penale.

Il fatto giuridico ripristinabile è il cuore dell'Istituto del Ripristino nel diritto penale.

La sfida da superare è pensare al diritto penale come strumento per costruire la Pace.

La co-costruzione della Pace (positiva e negativa) ci porterà a realizzare il concetto di Giustizia, che non è altro che raggiungere la Pace.

FRANCISCA FARIÑA*, SILVIA OYHAMBURU**, MARIA JOSÉ VÁZQUEZ*

EL PERDÓN UN PROCESO RELEVANTE PARA LA JUSTICIA TERAPÉUTICA

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. El constructo perdón. - 3. Conclusiones.

1. *Introducción.* – La Justicia Terapéutica (TJ) es un nuevo paradigma legal (Stobbs, 2013), que resalta el papel que desempeña la Ley y el uso de la misma como agente terapéutico (Wexler y Winick, 1996; Winick y Wexler, 2003); introduce la acepción de terapéutico para cualquier forma en que el sistema legal pueda incidir en el bienestar psicoemocional de los usuarios de la Justicia (Fariña, Seijo, Arce y Vázquez, 2017; Wexler, 1992; Winick, 1997). A la vez, promueve la humanización de la aplicación del Derecho.

De igual manera, la TJ pone énfasis en abordar los problemas que subyacen a la causa judicial, para lo que, a diferencia de los procedimientos tradicionales, no trata únicamente los síntomas expuestos a lo largo del proceso, sino que busca el origen o la causa de la dificultad planteada. Así, no sólo pretende resolver los casos judiciales sino también gestionarlos y eliminar la razón que los motiva (Fariña, 2019). Bajo esta consideración, se entiende que gestionar un conflicto va más allá de la resolución del mismo, implicando comprenderlo, manejarlo y afrontarlo; incluso, de no ser factible solventarlo en el momento, establecer los mecanismos para lograrlo con posterioridad (Lozano y Venegas, 2017). Todo esto obliga a disponer de una visión más amplia y distinta que aquella que el enfoque tradicional del Derecho sustenta, lo que indefectiblemente obliga atender al conocimiento que aportan las ciencias sociales y del comportamiento humano (Fariña y Oyhamburu, 2020). Igualmente,

* Profesoras en Psicología en la Universidad de Vigo.

** Jueza de la Cámara Penal de la Plata, Buenos Aires.

se tiene que asumir que los Medios Alternos de Resolución de Conflictos, como puede ser la mediación, suelen resultar más efectivos para alcanzar soluciones ajustadas a las necesidades de las personas implicadas en los procesos judiciales, a la vez que potenciadores de su percepción de bienestar subjetivo, y mismo de su felicidad. Como señala Gorjón (2020), “la vocación primigenia de los MSC es gestionar y transformar el conflicto desde los intereses de las personas, generadores de felicidad y del perdón” (p. 15). Sin duda, el proceso de perdón resulta, más allá de sus connotaciones religiosas, una cuestión transcendental para el bienestar de las personas y la convivencia positiva y armónica. De esta manera, el perdón resulta un proceso relevante para la TJ.

2. *El constructo perdón.* – El estudio científico sobre el perdón se ha incrementado notablemente en los últimos veinte años (Fernández-Capo, Fernández, Sanfeliu, Benito, y Worthington, 2017; Peterson et al., 2017), siendo uno de sus principales motores la Psicología Positiva y su especial interés por este tema (Maganto y Garaigordobil, 2010; pero indudablemente también la propia evidencia que la investigación, desde un inicio, iba aportando sobre los beneficios que reportaba para el desarrollo socioemocional de las personas y sus efectos positivos sobre la salud mental y el bienestar (Rodríguez, Tortul, Menghi, y Moreno, 2018).

En este contexto, el perdón se ha de entender no como acción social de cortesía, conducente a pedir disculpas, cuando algo se ha hecho inadecuadamente por error o descuido y sin que produzca consecuencias graves, sino como un proceso de otorgamiento del mismo a quien, con su conducta, causó daño material y/o emocional, por tanto, con consecuencias negativas importantes. De este modo, se asume que para que pueda tener lugar se requiere de un comportamiento, por parte de una o varias personas (quienes infligen el daño) que haya supuesto ofensa o violencia hacia otra u otras (víctimas).

Aunque no existe una definición de perdón consensuada, las descripciones han incluido los componentes afectivo, cognitivo, motivacional y, en ocasiones, comportamental (Miceli y Castelfranchi, 2011); y tradicionalmente se ha enfocado como un pro-

ceso exclusivamente interpersonal, asociado con perdonar a los demás (Charzyn´ska, 2020). Una propuesta que abarca el máximo exponente de perdón es la que ofrecen Enright, Rique, y Coyle (2000), para quienes conlleva que la persona ofendida o violentada lo otorgue a través de un acto voluntario de abandono al derecho del resentimiento, al juicio negativo y al comportamiento indiferente hacia quien causó el daño injustamente, a la vez que fomenta compasión, generosidad e incluso amor hacia él o ella.

Así, el perdón se debe entender como un proceso complejo, de carácter psicosocial (Casullo, 2006), mediado por una dimensión subjetiva intrapsíquica y otra interpersonal, que involucra las áreas afectiva, cognitiva, motivacional y comportamental (Baumeister, Exline, y Sommer, 1999; Enright, Freedman, y Rique, 1998; Casullo, 2008). La dimensión intrapsíquica del perdón implica un cambio en los estados emocionales y cognitivos internos de la víctima, como tomar una decisión consciente de renunciar a los pensamientos y sentimientos destructivos (Ho y Worthington, 2020). Para algunos autores (p.e. Enright et al., 2000; McCullough, Worthington, y Rachal, 1997) debe dar lugar a la desaparición o disminución de emociones, cogniciones y conductas negativas hacia la persona que provocó el daño u ofensa; para otros (p.e., Enright, 1996), el proceso de pleno de perdón, denominado por Worthington, Hook, Ripley, y Miller (2007) "*perdón emocional*" distinguiéndolo del "*perdón decisional*", conduce a que se manifiesten emociones, cogniciones y conductas benévolas hacia el ofensor (Kaleta y Mróz, 2021), en armonía con la propuesta de Enright et al. (2000), recogida en párrafos previos. Mientras que el perdón decisional hace referencia a la *intención* de la víctima de controlar sus comportamientos hacia el transgresor, no buscar venganza, no evitar su presencia, abstenerse de expresar enfado, tratarlo con respeto, amabilidad y cuidado y resistirse a comportamientos vengativos (Worthington et al., 2007), a pesar de ser lastimado y de lo que pueda estar sintiendo hacia quien quiere perdonar (Watkins et al., 2011; Worthington, et al., 2007). El perdón emocional va más allá, implica superar las emociones negativas hacia el ofensor y lograr transformarlas en positivas (Kaleta y Mróz, 2021). Así, como indican Suzuki y Jenkins (2020), conlleva

va la voluntad subjetiva de alejarse del resentimiento, los juicios negativos y la indiferencia hacia quien ha realizado la injuria o el daño y permitir desarrollar sentimientos de compasión y generosidad. Implica, por tanto, pensamientos y comportamientos benévolos; redundando en el bienestar de quien lo concede, mismo reduciendo las respuestas al estrés (Worthington, Brown, y McConnell, 2019). En todo caso, en el proceso de perdón *“la víctima abandona este lugar, para convertirse en actor y sujeto de su propia vida, en sobreviviente y testigo, en ciudadana, capaz de comprometerse con la transformación de su realidad personal y social”* (Villa, 2016, p. 15); identificando su propia fortaleza, valentía y dignidad, se reconoce como capaz de actuar y transformar (Gandhi, 2008), sin que todo ello suponga renunciar a cualquiera de sus derechos, pero sobre todo al de abandonar el rol de víctima.

Por su parte, la dimensión interpersonal del perdón conlleva respuestas sociales o conductuales dentro de una relación, como participar en respuestas constructivas, tales como la reconciliación (Ho y Worthington, 2020). De cualquier forma, comprende una transformación de carácter prosocial en las motivaciones personales hacia la persona, grupo o situación que ha producido el daño o injuriado (Casullo, 2005; McCullough, Pargament, y Thorsen, 2000). Sin embargo, como precisan Major, Wade, y Brenner (2020) el perdón no incluye necesariamente la reconciliación, ya que se puede conceder sin restaurar la relación con el ofensor (Freedman, 1998; Worthington, 2005) o disculpar, tolerar u olvidar la ofensa (Jenkins, 2018; Kanz, 2000; Maganto y Garai-gordobil, 2010; Wenzel y Okimoto, 2010; Wade y Worthington, 2003). Así no se ha de confundir perdón con reconciliación, puesto que para perdonar ni tiene que haber necesariamente un vínculo previo, ni de existir se ha de retomar; por lo tanto, puede ocurrir o no, y el perdón no depende de ello (Fariña y Oyhamburu, 2020). Para Mullet (2012), el perdón es la antítesis del olvido y no implica aceptar el comportamiento del que causó daño, puesto que el mal proceder es siempre detestable; si bien esto no es óbice para no intentar entender al actor del hecho (Echeburúa, 2013), y a la vez dejar de rumiar sobre la experiencia o la persona que causó el daño, e iniciar un nuevo camino que permite la superación del suceso, incluso si este ha sido traumático.

También se ha considerado e investigado el perdón a uno mismo, vinculado a la intención de abandonar el auto-resentimiento, reconociendo de manera objetiva el error efectuado, promoviendo la compasión, la generosidad o el amor/consideración hacia uno mismo (Enright, 1996; Prieto-Ursúa y Echegoyen, 2015). Permite que el ofensor de manera positiva transforme su identidad y reconstruya su moralidad, lo que promueve el respeto a las normas.

Los efectos positivos del perdón se han demostrado científicamente, entre ellos la capacidad para promover sentimientos prosociales (i.e., la amabilidad, la falta de hostilidad y la confianza) en la víctima y en el victimario (Pell, Kasanzew, y Fernández, 2008); además de conductas pacificadoras que, a través de la comunicación constructiva, desactivan la agresión psicológica (Fincham y Beach, 2002). Asimismo, y de manera muy especial, fomenta la salud y el bienestar de quien lo otorga (Fariña y Oyhamburu, 2020). Un estudio muy reciente, realizado por Casali, Feraco, Ghisi, y Meneghetti (2020), durante un período de confinamiento a causa de la pandemia por la Covid-19, ha encontrado que el perdón se asocia significativa y negativamente con la angustia psicológica. Los autores consideran el perdón como una fortaleza, que en un momento de confinamiento puede tener una función tanto de reevaluación como de resiliencia, que puede apoyar la reestructuración positiva de la situación de las personas. Igualmente, Major, Wade, y Brenner (2020) concluyen que el bienestar emocional está directamente relacionado con la tendencia a perdonar.

La concesión del perdón, como afirman Fariña y Oyhamburu (2020), favorece a quien lo otorga no sólo cuando perdona a otros, sino también cuando lo hace a sí mismo, pudiendo ser incluso más potentes a nivel de salud mental y bienestar que cuando se otorga a los demás (Prieto-Ursúa y Echegoyen, 2015); a su vez, los beneficios del perdón alcanzan a quien es perdonado (Gassin, 1998; Jenkins, 2018; Lacey y Pickard, 2015; Rossner, 2019).

Gorjón (2017, 2020) en el abordaje de los métodos de resolución de conflictos, y haciendo referencia explícita a la bondad del perdón, expuso diferentes rasgos distintivos del mismo, entre ellos, humanizar a las personas como proceso interperso-

nal; generar un estado anímico de serenidad, que posibilita valorar la vida personal presente y mejorar la futura, así como la de los demás; promover autoconocimiento y desarrollo personal; mejorar cualquier tipo de relación; lograr calidad de vida y reconciliación con la realidad; de eliminar los resentimientos, lo que genera tranquilidad y felicidad; y motivar la compasión. Aunque el autor, en su tratado, no hace referencia directa a la TJ, sus reflexiones sobre el perdón se ajustan claramente a los principios de la misma, sirva de ejemplo la referencia al futuro y a la tranquilidad y felicidad, que en terminología de TJ estaríamos refiriéndonos a la mayor expresión del bienestar emocional, que como ya se ha indicado sería uno de los ejes de la TJ.

Así, para la TJ, el perdón resulta relevante en los distintos ámbitos legales, no sólo en el penal, porque su efecto potencialmente positivo en todos los usuarios de la Justicia, tal y como la investigación científica viene demostrando. Si tomamos los procesos de ruptura de pareja, el perdón se convierte en clave, especialmente cuando tienen hijos/as, sin otorgar perdón difícilmente se podrá mantener una sana relación familiar tras la misma. Monbourquette (1995) afirmaba *“muchas personas sufren por vivir con un perpetuo resentimiento. Consideremos únicamente el caso de los divorciados (...) En mi experiencia clínica he podido a menudo comprobar que algunas reacciones emotivas desmesuradas no son más que la reactivación de una herida del pasado mal curada”* (p. 19). Para el autor el perdón liberaría a la persona, y le permitiría sanar. En este mismo sentido, se manifiesta Echeburúa (2013), en referencia a las víctimas, cuando asevera que el perdón es, por encima de cualquier cosa, *“librarse del dolor. Perdonar es colaborar conscientemente a que la herida se cicatrice, sin cerrar la herida en falso, y luego aprender a vivir con esa cicatriz. Nada puede cambiar el pasado, pero el perdón puede cambiar el futuro”* (p. 66).

Esto nos lleva a sostener, como aseveran Fernández-Capo et al. (2017), que el perdón resulta esencial para el funcionamiento humano saludable y mismo podría ser uno de los procesos más importantes para restaurar las relaciones interpersonales después de un conflicto (Braithwaite, Selby, y Fincham, 2011). De este modo, desde la visión de la TJ, es necesario que la Ley y la aplicación de la misma incorporen el proceso del perdón como una

oportunidad de incrementar el bienestar y la paz social. A este respecto, Minow (2019a) propone integrar el perdón en la administración de justicia, con objeto de fortalecer la ley, la democracia y el respeto a cada persona (Minow, 2019b). En gran medida, incorporar el perdón al proceso legal puede modificar la manera en cómo se entiende y aplica la Ley (Fariña y Oyhamburu, 2020).

3. Conclusiones. – El proceso de perdonar y el tipo de perdón que se realice, depende de muchos factores relacionados con una conducta transgresora concreta (Koutsos, Wertheim, y Kornblum, 2008; McCullough y Witvliet, 2002; Riek y Mania, 2012), así como la forma en la que la haya experimentado la persona violentada. Cabe señalar que un mismo hecho considerado traumático se vive en cada individuo de manera muy diferente, en función de sus propias características psicológicas de personalidad y del momento de la vida en que se encuentre; pudiendo resultar altamente traumático, pero por el contrario no tener impacto alguno en su estado psicoemocional. Igualmente, desempeñan un papel importante, el hecho de que se produzca la disculpa o no, así como la calidad y credibilidad de la misma; y de las conductas correctivas que se apliquen sobre la persona transgresora (Bachman y Guerrero, 2006; Morse y Metts, 2011; Schumann, 2012). Sin duda, otorgar perdón suele ser un proceso cognitivo, emocional y conductual complejo, especialmente cuando el daño infligido es severo y los infractores no asumen responsabilidad por el hecho objetivo cometido, pero como se ha indicado, altamente necesario y, en ocasiones, imprescindible como vía para recuperar el bienestar. Podemos entender, coincidiendo con Echeburúa (2013), que *“perdonar no es hacer ningún favor a nadie, sino hacérselo a uno mismo”* (p. 68); pero también a la sociedad. No en vano, abre la posibilidad para que la convivencia sea posible (Vargas, 2008), y facilita las conductas prosociales, aportando en la búsqueda de lograr la armonía social (Fariña y Oyhamburu, 2020).

Esto nos lleva a considerar la necesidad de que los operadores jurídicos dispongan del conocimiento sustancial sobre el proceso del perdón, así como de los procedimientos normativos adecuados que les faciliten aplicarlo.

Referencias

- G.F. BACHMAN, L.K. GUERRERO (2006), *Forgiveness, apology, and communicative responses to hurtful events*. *Communication Reports*, 19, pp. 45-56. <https://10.1080/08934210600586357>.
- R.F. BAUMEISTER, J.J. EXLINE, K.L. SOMMER (1999), *The victim role, grudge theory, and two dimensions of forgiveness*. En E.L. WHORTHINGTON (Ed.), *Dimensions of forgiveness: Psychological research and theological perspectives*. Philadelphia: Templeton Foundation Press.
- S.R. BRAITHWAITE, E.A. SELBY, F.D. FINCHAM (2011), *Forgiveness and relationship satisfaction: Mediating mechanisms*. *Journal of Family Psychology*, 25(4), pp. 551-559. <https://doi.org/10.1037/a0024526>.
- N. CASALI, T. FERACO, M. GHISI, C. MENEGHETTI (2020), *“Andrà tutto bene”*: *Associations Between Character Strengths, Psychological Distress and Self-Efficacy During Covid-19 Lockdown*. *Journal of Happiness Studies*, pp. 1-20. <https://doi.org/10.1007/s10902-020-00321-w>.
- M. CASULLO (2005), *La capacidad para perdonar desde una perspectiva psicológica*. *Revista de Psicología de la PUCP*, 23(1), pp. 39-64.
- M.M. CASULLO (2008), *Prácticas en Psicología Positiva*. Buenos Aires, Argentina: Lugar Editorial.
- E. CHARZYŃSKA (2020), *It does matter who we are grateful to: A latent profile analysis*. *Current Psychology*, 39(1), pp. 1-12. <https://doi.org/10.1007/s12144-019-00361-3>.
- E. ECHEBURÚA (2013), *El valor psicológico del perdón en las víctimas y en los ofensores*. *Eguzkilore*, 27, pp. 65-72.
- R.D. ENRIGHT (1996), *Counseling within the forgiveness triad: On forgiving, receiving forgiveness, and self-forgiveness*. *Counseling and Values*, 40(2), pp. 107-126.
- R.D. ENRIGHT, S.R. FREEDMAN, J. RIQUE (1998), *The Psychology of Interpersonal Forgiveness*. En R.D. ENRIGHT, J. NORTH (Eds.), *Exploring Forgiveness*, Madison, WI: University of Wisconsin Press. pp. 46-62.
- R.D. ENRIGHT, J. RIQUE, C.T. COYLE (2000), *The Enright Forgiveness Inventory (EFI) user's manual*. Madison, WI: International Forgiveness Institute.

- F. FARIÑA (2019), *La mediación familiar, una manifestación de Justicia Terapéutica*. En I. LUJÁN (Coord.), *Conflictos y mediación en contextos plurales de convivencia*. Las Palmas de Gran Canarias: Universidad de Las Palmas de gran Canarias. pp.125-148.
- F. FARIÑA, D. SEIJO, R. ARCE, M.J. VÁZQUEZ (2017), *Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma*. Anuario de Psicología Jurídica, 27(1), pp. 107-113.
- F. FARIÑA, M.S. OYHAMBURU (2020), *Avances en el estudio del perdón*. En D. WEXLER, M.S. OYHAMBURU, F. FARIÑA (Dir.), *Justicia Terapéutica un Nuevo Paradigma Legal*. Barcelona: Wolters Kluwer.
- M. FERNÁNDEZ-CAPO, S.R., FERNÁNDEZ, M.G., SANFELIU, J.G. Benito, E.L. WORTHINGTON (2017), *Measuring forgiveness*. European Psychologist, 22(4), pp. 247-262. <https://doi.org/10.1027/1016-9040/a000303>.
- F.D. FINCHAM, S.R. BEACH (2002), *Forgiveness in marriage: implications for psychological aggression and constructive communication*. *Personal Relationships*, 9, 239-251.
- S. FREEDMAN (1998), *Forgiveness and reconciliation: The importance of understanding how they differ*. *Counseling and Values*, 42(3), pp. 200-216. <https://doi.org/10.1002/j.2161-007X.1998.tb00426.x>.
- M. GANDHI (2008), *Política de la no violencia: Antología*. Edición de Rubén Campos Palarea, Madrid: La Catarata.
- E.A. GASSIN (1998), *Receiving forgiveness as moral education: A theoretical analysis and initial empirical investigation*. *Journal of Moral Education*, 27(1), pp. 71-87. <https://doi.org/10.1080/0305724980270105>.
- F. GORJÓN (2017), *Mediación, su valor intangible y efectos operativos. Una visión integradora de los métodos alternos de solución de conflictos*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- F. GORJÓN (2020), *La mediación como vía al bienestar y la felicidad*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- M.Y. HO, E.L. WORTHINGTON (2020), *Is the concept of forgiveness universal? A cross-cultural perspective comparing western and eastern cultures*. *Current Psychology*, 39, pp. 1749-1756. <https://doi.org/10.1007/s12144-018-9875-x>.
- T. JENKINS (2018), *Offence-related effects and perceptions of forgiveness: Experiences of victims and offenders*. Tesis Doctoral, Universi-

- ty of Griffith. Recuperada de <https://core.ac.uk/download/pdf/159509695.pdf>.
- K. KALETA, J. MRÓZ (2021), *The effect of apology on emotional and decisional forgiveness: The role of personality*. *Personality and Individual Differences*, p. 168. <https://doi.org/10.1016/j.paid.2020.110310>.
 - J. KANZ (2000), *How do people conceptualize and use forgiveness? The forgiveness attitudes questionnaire*. *Counselling and Values*, 1, pp. 1-15.
 - P. KOUTSOS, E.H., WERTHEIM, J. KORNBLOM (2008), *Paths to interpersonal forgiveness: The roles of personality, disposition to forgive and contextual factors in predicting forgiveness following a specific offence*. *Personality and Individual Differences*, 44, pp. 337-348. <https://10.1016/j.paid.2007.08.011>.
 - N. LACEY, H. PICKARD (2015), *To blame or to forgive? Reconciling punishment and forgiveness in criminal justice*. *Oxford Journal of Legal Studies*, 35(4), pp. 665-696. [HTTPS://DOI: 10.1093/ojls/gqv012](https://doi.org/10.1093/ojls/gqv012).
 - A. LOZANO, M. VENEGAS (2017), *Mediación familiar y custodia compartida: una mirada al presente que posibilita el mañana*. En D. Becerril, M. Venegas (Coords.), *La custodia compartida en España*, Madrid: Dykinson, pp. 137-152.
 - C. MAGANTO, M. GARAIGORDOBIL (2010) *Evaluación del perdón: Diferencias generacionales y diferencias de sexo*. *Revista Latinoamericana de Psicología*, 42(3), pp.391-403.
 - J.L. MAJOR, N.G. WADE, R.E. BRENNER (2020), *Self?Construal and Forgiveness Revisited: Replication and Extension*. *Counseling and Values*, 65(2), pp.170-188. <https://DOI:10.1002/cvj.12136>
 - M.E. McCULLOUGH, E.L. WORTHINGTON, K.C. RACHAL (1997). *Interpersonal forgiving in close relationships*. *Journal of Personality and Social Psychology*, 73, pp. 321-336. <https://doi.org/10.1037/0022-3514.73.2.32>.
 - M.E. McCULLOUGH, K.I. PARGAMENT, C.E. THORSEN (2000), *The psychology of forgiveness: History, conceptual issues, and overview*. En M.E. McCULLOUGH, K.I. PARGAMENT, C.E. THORSEN (Eds.), *Forgiveness: Theory, research, and practice*, New York: Guilford. pp. 1-14.
 - M.E. McCULLOUGH, C.V. WITVLIET (2002), *The psychology of forgiveness*. En C.R. Snyder, S.J. Lopez (Eds.), *The handbook of positive psychology*, Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 446-455.

- M. MICELI, C. CASTELFRANCHI (2011), *Forgiveness: A cognitive motivational anatomy*. *Journal for the Theory of Social Behaviour*, 41, 260-290. doi: 10.1111/j.1468-5914.2011.00465.x.
- M. MINOW (2019a), *When Should Law Forgive?* New York, NY: W.W. Norton & Company.
- M. MINOW (2019b), *Do Alternative Justice Mechanisms Deserve Recognition in International Criminal Law: Truth Commissions, Amnesties, and Complementarity at the International Criminal Court*. *Harvard International Law Journal*, 60(1), pp. 1-45.
- J. MONBOURQUETTE (1995), *Cómo perdonar: perdonar para sanar, sanar para perdonar* (Vol. 39). Santander: Editorial Sal Terrae.
- C.R. MORSE, S. METTS (2011), *Situational and communicative predictors of forgiveness following a relational transgression*. *Western Journal of Communication*, 75, pp. 239-258, <https://10.1080/10570314.2011.571652>.
- E. MULLET (2012), *Perdón y terapia*. En F.J. LABRADOR, M. CRESPO (Eds.), *Psicología clínica basada en la evidencia* (pp. 137-152), Madrid, España: Pirámide.
- A.F. PELL, A. KASANZEW, M.S. FERNÁNDEZ (2008), *Los efectos psicoterapéuticos de estimular la connotación positiva en el incremento del perdón [Psychotherapeutic effects of stimulating positive connotation in the increase of forgiveness]*. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 26(2), pp. 211-226.
- S.J. PETERSON, D.R. VAN TONGEREN, S.T. WOMACK, J.N. HOOK, D.E. DAVIS, B.J. GRIFFIN (2017), *The benefits of self-forgiveness on mental health: Evidence from correlational and experimental research*. *The Journal of Positive Psychology*, 12 (2), pp. 159-168. <https://doi.org/10.1080/17439760.2016.1163407>.
- M. PRIETO-URSÚA, I. ECHEGOYEN (2015), *¿Perdón a uno mismo, autoaceptación o restauración intrapersonal? cuestiones abiertas en psicología del perdón*. *Papeles del Psicólogo*, 36(3), pp. 230-237. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=778/77842122009>.
- B.M. RIEK, E.W. MANIA (2012), *The antecedents and consequences of interpersonal forgiveness: A meta-analytic review*. *Personal Relationships*, 19, pp. 304-325. <https://10.1111/j.1475-6811.2011.01363.x>.
- L.M. RODRIGUEZ, M. C. TORTUL, M.S. MENGHI, J.E. MORENO (2018), *El perdón en adolescentes y jóvenes: una propuesta para su medición en Ar-*

- gentina. *Psicodebate*, 18(1), pp. 21-34. <https://doi.org/10.18682/pd.v18i1.702>.
- M. ROSSNER (2019), *Restorative justice, anger, and the transformative energy of forgiveness*. *The International Journal of Restorative Justice*, 2(3), pp. 368-388. <https://doi:10.5553/IJRJ.000005>.
 - K. SCHUMANN (2012), *Does love mean never having to say you're sorry? Associations between relationship satisfaction, perceived apology sincerity, and forgiveness*. *Journal of Social and Personal Relationships*, 29, pp. 997-1010. <https://10.1177/2F0265407512448277>.
 - N. STOBBS (2013), *Mainstreaming therapeutic jurisprudence and the adversarial paradigm incommensurability and the possibility of a shared disciplinary matrix*. (Tesis Doctoral, Bond University, Queensland, Australia). Recuperado de: https://pure.bond.edu.au/ws/portalfiles/portal/18244747/MAINSTREAMING_THERAPEUTIC_JURISPRUDENCE_AND_THE_ADVERSARIAL_PARADIGM.pdf.
 - M. SUZUKI, T. JENKINS (2020), *The role of (self-)forgiveness in restorative justice: Linking restorative justice to desistance*. *European Journal of Criminology* <https://doi.org/10.1177/1477370819895959>.
 - J. VARGAS (2008), *Reconciliación como perdón: una aproximación a partir de Hannah Arendt*. *Praxis Filosófica*, 26, pp. 111-129.
 - J.D. VILLA (2016), *Perdón y reconciliación: una perspectiva psicosocial desde la no violencia*. *Polis Revista Latinoamericana* (43), pp. 1-22. <http://journals.openedition.org/polis/11553>.
 - N.G. WADE, E.L. WORTHINGTON (2003), *Overcoming interpersonal offenses: Is forgiveness the only way to deal with unforgiveness?* *Journal of Counseling & Development*, 81(3), pp. 343-353. <https://doi.org/10.1002/j.1556-6678.2003.tb00261.x>.
 - D.A., WATKINS, E.K. HUI, W. LUO, M. REGMI, E.L. WORTHINGTON, J.N. HOOK, D.E. DAVIS (2011), *Forgiveness and interpersonal relationships: A Nepalese investigation*. *The Journal of Social Psychology*, 151, pp. 150-161. <https://doi.org/10.1080/00224540903368541>.
 - M. WENZEL, T.G. OKIMOTO (2010), *How acts of forgiveness restore a sense of justice: Addressing status/power and value concerns raised by transgressions*. *European Journal of Social Psychology*, 40(3), pp. 401-417. <https://doi.org/10.1002/ejsp.629>.

- D. WEXLER (1992), *Putting mental health into mental health law: Therapeutic jurisprudence*. *Behavioral Science and the Law*, 16, pp. 27-38. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/1393985>.
- D.B. WEXLER, B. WINICK (1996), *Law in a therapeutic key: Developments in Therapeutic Jurisprudence*. Durham, NC: Carolina Academic Press.
- B.J. WINICK (1997), *Applying the law therapeutically in domestic violence cases*. *Psychology, Public Policy and Law*, 3, pp. 184-206. <https://doi.org/10.1037/1076-8971.3.1.184>.
- B. WINICK, D. WEXLER (2003), *Judging in a therapeutic key: therapeutic Jurisprudence and the courts*. Durham, NC: Carolina Academic PressWorthington.
- E.L. WORTHINGTON (Eds.) (2005), *Handbook of forgiveness*. New York: Burnner-Routledge.
- E.L. WORTHINGTON, E.M., BROWN, J.M. McCONNELL (2019), *Forgiveness in committed couples: Its synergy with humility, justice, and reconciliation*. *Religions*, 10(1), pp. 1-18. <https://doi.org/10.3390/rel10010013>.
- E.L. WORTHINGTON, J.N HOOK, J.S. RIPLEY, A.J. MILLER (2007), *The Hope-Focused Approach to Couple Therapy and Enrichment*. *Journal of Psychology & Christianity*, 26(2), pp. 132-139.

CAROLINA DE FIGUEIREDO FURTADO*

O USO DE RECURSOS RESTAURATIVOS-SISTÊMICOS NA MEDIAÇÃO ONLINE

SUMÁRIO: 1. Introdução. - 2. Resolução adequada de conflitos: a mediação como método. - 3. A mediação no ambiente digital. - 4. As vantagens da mediação online. - 5. O uso das práticas restaurativas no campo da mediação digital. - 6. Negociação restaurativa-sistêmica para distribuição da culpa e os novos diálogos virtuais. - 7. Considerações finais

1. *Introdução.* – Há muito vem se evidenciando no Brasil, a necessidade de uma solução célere e prática para as lides diante da sobrecarga de processos no Poder Judiciário. Tendo essa realidade em vista, o Estado através de Resolução, Lei Especial e Código de Processo Civil transferiu à sociedade a possibilidade de resolução das suas questões por meios consensuais, os chamados métodos alternativos (FECEMA, 2019).

Do inglês *Alternative Dispute Resolution – ADR*, a Resolução Alternativa de Conflitos, hoje, melhor denominada como *Resolução Adequada de Conflitos* possui características, habilidades e técnicas próprias que acabam com a concepção de que tudo precisa ser resolvido nos tribunais. Seus mecanismos confidenciais e sigilosos que apostam no diálogo colaborativo entre as partes para a solução do problema; podem ser utilizadas antes ou depois do processo judicial instaurado, prevenindo possíveis ações judiciais ou auxiliando na resolução da questão em curso (SALES, SOUSA, 2014).

Tradicionalmente, o Brasil sempre enfrentou enormes resistências para a utilização dos meios de Resolução Adequada de Conflitos. Contudo, o passar dos anos revelou uma mudança significativa na maneira como os profissionais do direito, juízes, advogados e servidores do Poder Judiciário concebem atual-

* Professor no Ensino Superior pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI.

mente, os ADR. A alteração na Lei dos Juizados Especiais, através da Lei nº 13.144/20², aliada as Resoluções de Tribunais de Justiça Brasil a fora, no incentivo do uso de audiências no formato virtual, são a prova cabal desta mudança de comportamento da sociedade jurídica brasileira, aceleradas pela pandemia da COVID-19.

Sob a perspectiva de que o consenso na mediação parte de elementos: pessoais, coletivos e emocionais, apoiando-se na visão das leis sistêmicas³ e ordens da ajuda⁴ de Bert Hellinger; o conflito para ser mediado prescinde de didática e métodos, que podem seguir as proposições das práticas restaurativas de Howard Zehr, Kay Pranis e Carolyn Boyes-Watson; e, também nas técnicas negociais de William Ury. Qualquer que seja o recurso utilizado, este tomará por base os interesses e posições de cada parte, as quais, necessitam de autoconhecimento, foco e objetivo para a melhor resolução do problema.

Assim, antevendo as novas formas de interação social, estas baseadas cada vez mais por meios digitais e a pronta resposta que todos aguardam para a superação de suas divergências, questiona esse trabalho sobre a possibilidade do uso de recursos restaurativos-sistêmicos em negociação em mediações online, como forma de agregar técnicas, além das costumeiras e usuais.

2. Resolução adequada de conflitos: a mediação como método.

– Para cada problema há uma forma de resolução que não precisa necessariamente envolver o Poder Judiciário. É o que se denomina de Sistema Multiportas⁵ de Resolução de Conflitos. Os operadores do direito devem observar o tipo de conflito e o método mais efetivo aos interesses das partes consoante a complexidade do caso – seus custos, tempo, análise econômica do Direito e bem-estar do cliente; e, em posse dessas informações, avaliar se é mais adequado o caminho consensual ou adversarial (ACADEMIA MOL, 2019a).

A mediação como política pública surgiu com a Resolução nº 125/10, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a qual estabeleceu o sistema de múltiplas portas no direito brasileiro, instituindo a Política Judiciária Nacional de Tratamento dos Conflitos.

tos de Interesses. A Resolução obriga os órgãos integrantes do Poder Judiciário, a criar mecanismos de resolução de litígios, recorrendo aos meios consensuais, bem como, autoriza que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sirvam de princípio e base para a criação de Juízos de Resolução Adequada de Conflitos – verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria.

A mediação é uma forma amigável de solucionar conflitos, aonde se busca através da figura de um terceiro chamado mediador [profissional capacitado e imparcial, sem poder decisório], estimular o diálogo entre as partes para uma composição consensual. Busca dar efetividade aos direitos individuais, atribuindo ao cidadão a possibilidade de “[...] tornar-se senhor de seu destino [...]” estimulando seu processo decisório, tendo por base os princípios basilares da autonomia da vontade e da confidencialidade, garantidores do processo e do dever ético que obriga todos os envolvidos na relação (PRADO, 2019).

Almejando essa realidade, em 2015, esta ferramenta foi legitimada pelo Código de Processo Civil [Lei nº 13.140/2015] em seu art. 3º, parágrafo 3º⁶, que a reconheceu como instrumento de resolução consensual de conflitos. Essa orientação norteada pela equidade, não remete o ganhar ou o perder entre as partes, mas, certamente, ao consenso e a pacificação entre as mesmas (SILVEIRA JUNIOR, et al, 2017).

3. *A mediação no ambiente digital.* – A quase onipresença das comunicações em rede mediada pelos dispositivos móveis, repercutem diretamente na forma como as pessoas interagem, fazem negócios e convivem. Em um mundo que se organiza por meio da web, a resolução de conflitos não pôde ficar de fora dessa (LIMA, FEITOSA, 2016). Os locais onde se realizam as resoluções alternativas e extrajudiciais dessas disputas são as Câmaras, Institutos, Centros de Mediação e/ou Arbitragem, que contam com seus próprios mediadores e árbitros. Todavia, a evolução digital alcançou também esse segmento, dando origem as comumente conhecidas *ODR – Online Dispute Resolution* ou Resolução de Disputa Online, que acontece por meio de plataformas específicas (UNIPE, 2019).

Segundo Arbix (2017, p. 214, grifo do autor):

ODR é a resolução de controvérsias em que as tecnologias de informação e comunicação não se limitam a substituir canais de comunicação tradicionais, mas agem como vetores para oferecer às partes ambientes e procedimentos ausentes em mecanismos convencionais de dirimir conflitos. [...] os ODR são “uma nova porta” para solucionar conflitos que talvez não possam ser dirimidos por mecanismos tradicionais de resolução de controvérsias.

O CNJ, no Relatório Anual de 2015, reconheceu a importância da utilização dos meios eletrônicos para melhorar a prestação jurisdicional, trazendo como uma de suas diretrizes “impulsionar o uso de meios eletrônicos para tomada de decisões” (FECEMA, 2019). E, a pandemia só veio acelerar e consolidar ainda mais esse processo.

Portanto, as ODR são meios adequados para solver litígios fora do Poder Estatal, vertidos para um ambiente digital [em plataformas], isto é, ao invés das partes se encontrarem em um lugar físico para dirimir o conflito, elas utilizam tecnologia, acessando de um *smartphone*, *tablet*, *notebook* ou computador com acesso a internet – salas virtuais, na qual podem resolver seus problemas de forma mais rápida, simples e eficiente (ACADEMIA MOL, 2019a).

A valorização do uso das novas tecnologias em todas as esferas de atuação da função jurisdicional, sobressai em meio às iniciativas do Código de Processo Civil, ao prever em seu art. 46 que: “[...] a mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo” (BRASIL, 2015^a).

No Brasil, o conceito ganhou destaque no sistema de Justiça apenas em 2016, como forma não só de ampliar e democratizar a adoção dos métodos adequados de solução de conflitos, mas, como também, de os unir às ações de virtualização do Poder Judiciário (LIMA, FEITOSA, 2016).

A mediação online é viável em praticamente todos os casos em que a mediação presencial também é. Assim, ela pode solucionar conflitos consumeristas, societários, trabalhistas, cíveis e, assim por diante (UNIFE, 2019). O artigo 3º da Lei de Mediação é taxativo neste sentido: “Art. 3º. Pode ser objeto de me-

dição o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação” (BRASIL, 2015).

O modelo de solução digital vem de encontro a realidade do uso da internet como forma de ampliar horizontes e introduzir novas maneiras de interagir diferentes agentes, direcionando esforços e recursos para uma plataforma online legítima e eficiente (SILVEIRA JUNIOR, et al, 2017).

Este novo formato de solução de conflitos pode ser utilizado tanto para gerir casos que tiveram sua origem online, bem como, os oriundos de relações de consumo em *e-commerce*, quanto aqueles nascidos de relações *offline* ou fora do ciberespaço, como por exemplo: conflitos entre empresas de telefonia e consumidores, familiares, empresarias, contratuais, etc (LIMA, FEITOSA, 2016).

As mediações via ODR, como visto, podem ser aplicadas em diferentes demandas, com agentes diversos (empresas, parceiros comerciais, fornecedores, empregados, clientes, representantes, consumidores, familiares, sócios, escolas, hospitais, entre outras partes em conflito) e uma terceira parte neutra e imparcial [mediador].

Algumas plataformas, a exemplo do Instituto de Mediação Luiz Flávio Gomes, requer assistência advocatícia em sua operacionalização. Para o jurista, deputado e autor:

Os advogados não poderiam nunca perder essa oportunidade de ouro para o aprimoramento da advocacia. Todo escritório deveria ter um mediador (ou um Instituto de Mediação conveniado) e tudo deveria ser feito para que os mediadores das partes adversárias resolvessem o conflito longe do Judiciário, faturando-se prontamente os honorários pelo serviço prestado (GOMES, 2019).

A mediação online segue os princípios gerais da mediação, previstos no art. 2º da Lei de Mediação: imparcialidade, isonomia, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé, acrescentando em sua vertente online, a preocupação com a acessibilidade eletrônica, a identidade dos participantes, a segurança dos dados e usabilidade (ACADEMIA MOL, 2019).

“Não podemos não admitir no nosso País aquilo que a experiência de outros países mais avançados mostra que é eficiente para o progresso das nações. A mediação, [...], pode suavizar a

dor dos aflitos. A prioridade reside na criação de uma mentalidade mediadora” (GOMES, 2019).

4. *As vantagens da mediação online.* – Dada a influência e as mudanças operadas pelo modelo crescente das relações virtuais, percebeu-se a necessidade de adaptar as formas tradicionais e presenciais de solução de conflitos, em especial por suas desvantagens de tempo e financeiras, bem como por suas limitações de jurisdição (LIMA, FEITOSA, 2016).

Um diferencial importante da mediação eletrônica está na redução dos custos financeiros. Sabe-se que uma demanda judicial, ainda que em trâmite gera custos de deslocamento – audiências, cópia de documentos, carga dos autos, eventuais taxas, perícias, etc. – até que se finde o processo. Destarte, visto que na mediação online os procedimentos são automatizados, os custos geralmente são fixos e mais acessíveis, permitindo ao usuário uma previsibilidade de gastos para a solução de sua controvérsias (FECEMA, 2019).

Muitas são as vantagens que ela proporciona: mantém as relações, é mais rápida, mais barata e mais eficiente, inclusive por permitir o desenvolvimento de soluções que agregam valores superiores àqueles que ocorreriam em outros meios de resolução de conflitos, mesmo os já judicializados⁷ (ORLANDINI, 2019).

Em forma de tópicos (ACADEMIA MOL, 2019a):

- Solução mais rápida, eficiente e voluntariamente cumprida;
- Exercício da autonomia da vontade, com maior participação ativa e direta dos envolvidos na resolução;
- Flexibilidade do procedimento de solução;
- Pode ser feita em momento mais conveniente e em qualquer lugar com internet;
- Maior compreensão das partes sobre o que gerou o conflito;
- Perspectiva positiva e visão de futuro;
- Pode restabelecer ou preservar o relacionamento entre os envolvidos;
- Mais econômica do que processos judiciais;
- Evita mais desgastes emocionais e encontros no mesmo ambiente físico.

- Nos métodos consensuais, pode gerar soluções mais criativas, duradouras e de resultados ganha-ganha, atendendo os maiores interesses das partes;
- Poder de restabelecer, diálogo, relações e agregar valor.

Forma inteligente e eficiente de endereçamento da solução de casos por advogados, pois separa o conflito da relação comercial, mantendo parcerias importantes mesmo quando oponentes em algum ponto específico.

Rápido/Barato/Eficiente/Confidencial – Um Mediador Privado profissional é treinado para entender os conflitos a partir de todos os seus contextos, sendo um “neutro” em relação às partes, mas orientando a forma e as opções de solução da maneira mais rápida e eficiente possível, o que garante também um processo muito mais barato. Além disso, todo o procedimento pode ser tratado de forma estritamente confidencial, o que protege a imagem das partes, evitando perdas econômicas associadas ao conhecimento de um determinado conflito pelo mercado.

Pode ser usada para conflitos já judicializados – Importante notar que mesmo quando não há uma cláusula escalonada, ainda assim os conflitos já judicializados podem ser mediados (ORLANDINI, 2019).

Desta forma, além da diminuição do tempo de trâmites e resolução das demandas, a conciliação, a mediação e a arbitragem⁸ passaram a ser vistas como formas eficazes na redução do número excessivo de processos que tramitam no país (AMORIM, 2017). Em declaração, o presidente do Supremo Tribunal Federal – STF, Dias Toffoli, reconheceu a necessidade de uma alteração de cultura para combater a judicialização excessiva. Para ele, a mediação de conflitos é um importante instrumento para um Poder Judiciário mais eficiente e transparente. “A máquina pública deve ser usada apenas para casos complexos” (ACADEMIA MOL, 2019).

5. *O uso das práticas restaurativas no campo da mediação digital.* – Todos sabem da complexidade do momento que o mundo vive em razão da pandemia do COVID-19. A situação, inclusi-

ve, foi declarada como emergencial e até o momento, não havia na história mundial, uma situação que gerasse toques de recolhimento globais como está ocorrendo.

Em função da nova realidade, as mais diversas relações jurídicas, econômicas e sociais são afetadas e muitos contratos e relações terão e estão sendo revistos. Além disso, o acesso ao Poder Judiciário também está restrito no Brasil, em função da quarentena, dificultando, ainda mais, a solução rápida ou possível dos conflitos emergentes.

Portanto, em tempos em que a renegociação se impõe, os Métodos Adequados de Solução de Conflito – MASC se apresentam como a melhor ferramenta para as partes alcançarem soluções rápidas e, principalmente, resultados concretos. Num processo judicial, no cenário atual, o vencedor pode não conseguir de fato receber o bem jurídico que busca em tempo hábil para resolver o seu problema.

Considerando o sistema multiportas e o uso de aplicativos ou plataformas de atendimento online que permitem o envolvimento dos participantes em sessões privadas, sem a necessidade de encontros físicos, essa inovação pode contribuir com a pacificação tão necessária neste momento e em tantos outros mais.

Todavia, o quadro mental para o enfrentamento dos problemas faz muita diferença. “Como interpretaremos os acontecimentos? Quais os fatores relevantes? Que reações são possíveis e apropriadas? A lente através da qual enxergamos determina o modo como configuraremos o problema e a “solução?” (ZEHR, 2008).

Destaca Zehr (2008, grifo do autor) que:

[...] a lente usada afeta profundamente o resultado. Minha escolha de lentes determina as circunstâncias nas quais é possível trabalhar e também a forma como vejo as coisas. Se escolher uma lente “lenta”, com pouca abertura máxima, a imagem será escura e uma fotografia de qualidade pode ser difícil de obter num ambiente de pouca luz. [...]. Uma justiça que vise satisfazer e sobejar deve começar por identificar e tentar satisfazer as necessidades humanas. No caso de um crime, o ponto de partida deve ser as necessidades daqueles que foram violados.

Quando um crime acontece (tenha o ofensor sido identificado ou não), a primeira preocupação é: “Quem sofreu dano?”, “Que tipo de dano?”, “O que estão precisando?”. Esse tipo de abordagem, é claro, difere muito da justiça retributiva que pergunta em primeiro lugar: “Quem fez isso?”, “O que faremos com o culpado?” – e que dificilmente vai além disso. As vítimas têm muitas necessidades a serem atendidas para chegarem a viver algo que se aproxime de justiça. Em muitos casos as necessidades principais e mais prementes são de apoio e segurança. Logo depois, no entanto, surgem várias outras necessidades, [...]. As vítimas precisam de alguém que as escute. Precisam de oportunidades para contar a história e ventilar seus sentimentos, repetidamente. Elas precisam contar sua verdade. E precisam que os outros partilhem de seu sofrimento, lamentem com elas o mal que lhes foi feito.

O desconhecimento das ferramentas psicossociais – quanto de valores humanos fundamentais – traz grandes prejuízos de ordem prática para os usuários do Poder Judiciário. Para os operadores de justiça, os casos de violência e injustiça devem ser julgados, e aqueles que praticaram atos deste tipo sejam condenados dentro do modelo convencional: retributivo, punitivo e vingativo (PELIZZOLI, 2014). No linguajar da mediação, no modelo ganha-perde.

A maioria presume que a retribuição é uma prioridade das vítimas. Mas, pesquisas realizadas com as vítimas mostram um quadro diferente. As vítimas, muitas vezes, são favoráveis a penas reparativas que não envolvem encarceramento. Além disso, elas listam a reabilitação do ofensor como algo importante. Afinal, ajudar o ofensor é uma das maneiras de tratar do problema da segurança e prevenção de futuros delitos (ZEHR, 2008).

As vítimas também precisam ser empoderadas, se sentir necessárias e ouvidas ao longo do processo, isso significa que elas devem ser a peça principal na determinação de quais são suas necessidades, como e quando devem ser atendidas. A justiça não pode simplesmente ser feita por e para elas (ZEHR, 2008).

Pranis e Watson (2020) têm usado o termo “*Práticas Circulares*” ou também “*Círculos de Paz*” para as práticas restaurativas, de forma a ampliar o alcance da Justiça Restaurativa, que hoje está ligada ao Direito Penal, para as mais diversas áreas e temas

da vida pessoal e social, tais como: reintegração, perdas, questões de sexualidade, cura, conflitos escolares e outros.

Para as autoras:

O círculo é um processo estruturado para organizar a comunicação em grupo, a construção de relacionamentos, tomada de decisões e resolução de conflitos de forma eficiente. O processo cria um espaço à parte de nossos modos de estarmos juntos. O círculo incorpora e nutre uma filosofia de relacionamento e de interconectividade que pode nos guiar em todas as circunstâncias – dentro do círculo e fora dele. O alicerce da estrutura do círculo é formado por dois componentes: primeiro, valores que nutrem bons relacionamentos e, segundo, ensinamentos-chave que são comuns nas comunidades indígenas. Juntos, valores que apoiam relacionamentos e ensinamentos antigos criam uma base forte para diálogos muitas vezes desafiadores. Os valores e os ensinamentos criam um recipiente que pode conter a raiva, a frustração, a alegria, a dor, a verdade, o conflito, diferentes visões de mundo, sentimentos intensos, o silêncio e o paradoxo (PRANIS e WATSON, 2020).

Neste contexto, as práticas restaurativas desempenhadas por mediadores é método eficaz na prevenção de conflitos, podendo ser executadas conforme a necessidade do caso, possibilitando reflexão e colocação dos pontos positivos/negativos, fazendo um check-in das relações. Em conflito aparente ou instaurado, é da práxis da mediação, a análise das necessidades de cada parte, quais as consequências e a busca das soluções positivas.

O uso da prática circular e dialogada do conflito poderá trazer ao procedimento da mediação, evolução às relações, determinando pontos positivos, negativos e; por vezes, ocasionar mudanças benéficas na relação, já que através de escuta ativa e comunicação não violenta, estimula a criatividade para soluções a partir da experiência do outro e do diálogo estruturado.

Um conflito já instaurado, de igual maneira, pode ser objeto de mediação com o recurso da prática restaurativa em seu bojo, pois comumente as desavenças são geradas por erros de comunicação e as práticas possibilitam a exposição de opiniões, sen-

timentos e esclarecimentos na busca da restauração da relação conflituosa. Alie-se a isso, um ambiente digital seguro e calmo, respeitando-se os princípios e valores que norteiam os círculos.

Juízes e advogados têm por certo que o que as pessoas mais querem é ganhar o processo. Todavia, pesquisas recentes mostram que o processo em si conta muito, mas não deixa uma impressão de justiça. O importante não é apenas o que acontece, mas também o modo como se chega à decisão.

De acordo com Zehr (2008) “A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa que foi feita justiça e que agora a vítima irá para casa e o ofensor para a cadeia, isto não dá a sensação de justiça”.

Nem sempre é agradável passar pela experiência da *justiça*. Sabe-se como ela existe quando participa-se dela e, são poucas as oportunidades de vivenciá-la na porta do Poder Judiciário. Na mediação com foco restaurativo-sistêmico, o poder e a responsabilidade reside nas mãos dos envolvidos no conflito, abrindo-se espaço também para a comunidade.

Nesta perspectiva, a justiça surge como valor humano, identificando necessidades e obrigações mais amplas. Com a participação de outras pessoas, o empoderamento torna-se crucial, facilitando a recuperação:

O ofensor só poderá chegar à responsabilidade e ao encerramento da vivência pela participação na “solução”. Também nesse caso a comunidade tem um papel a desempenhar. Parte da tragédia da sociedade moderna é nossa tendência de delegar a solução de nossos problemas a especialistas. É o que fazemos em relação à saúde, educação, e criação de filhos – e com certeza também aos males e conflitos que chamamos de crimes. Ao fazê-lo, perdemos o poder e a capacidade de resolver nossos próprios problemas. Pior, abrimos mão de oportunidades de aprender e crescer com aquelas situações. A resposta restaurativa deve reconhecer que a comunidade tem um papel a desempenhar na busca da justiça. Uma parte importante da justiça é a troca de informações – uns sobre os outros, sobre os fatos, sobre a ofensa, sobre necessidades. As vítimas querem respostas para suas dúvidas quanto ao que aconteceu, por que aconteceu, e quem fez aquilo. Rostos precisam substituir os estereóti-

pos. Representações equivocadas precisam ser questionadas. Essa troca de informações é vital, e idealmente ela deveria acontecer numa interação direta. Num contexto assim é possível tratar do que aconteceu no passado e do que vai acontecer no futuro. Os resultados dessa interação devem ser registrados na forma de acordos passíveis de serem quantificados e monitorados (ZEHR, 2008).

A mediação é uma técnica que atende a esses critérios, unindo a ideia do círculo restaurativo, empoderar-se-á os participantes que põem em cheque as representações equivocadas, oferece ocasião para troca de informações e incentiva ações com o propósito de corrigir a situação. Quando mediadores da comunidade estão envolvidos, esse tipo de mediação também abre espaço para a participação comunitária. E, o formato online possibilita o acesso para pessoas interessadas no tema, problema ou questão.

Segundo Zehr (2008), a mediação é totalmente compatível com a abordagem restaurativa e deve atender a alguns pré-requisitos:

Os participantes precisam receber o apoio emocional necessário e estar dispostos a participar. O treinamento dos mediadores é essencial. E tudo deve acontecer no momento certo. Depois de atendidos esses pré-requisitos, a mediação deve ser realizada de modo adequado e focalizar os temas centrais.

Em sentido oposto, Pelizzoli (2014), afirma que um círculo de diálogo real, autêntico, restaurativo não é propriamente mediação ou resolução de conflitos convencional, pois a mediação tem os seguintes limites: coloca muito peso no papel resolutivo do mediador, como se ele tivesse poderes especiais, ou tivesse uma capacidade técnica ou científica a qual é o ponto-chave para resolver as questões.

Ainda, para o autor:

As mediações comumente feitas não contemplam em geral a participação de membros além dos envolvidos diretamente no ato, deixando de constituir propriamente o círculo “mágico” sistêmico. Na mediação judiciária ocorre (na maior parte das vezes) a negação das dores e efeitos envolvidos no ato, bem como não há diálogo propriamente, mas uma disputa de melhores argumentos e aposta em versão de fatos; na verdade, não se des-

acelerou o tempo utilitário em prol dos tempos de recomposição de encontro e responsabilidades. Igualmente, o fato de tentar negociar um conflito negativo apenas para chegar ao meio da questão, resolvendo pela divisão das coisas, pode ser um fracasso para o processo, principalmente para as vítimas que não conseguiram colocar amplamente sua demanda e dores e perdas, bem como vê-las restauradas de modo mais justo. Negociações, Conciliações e Arbitragens podem abafar os problemas, sendo que muitas vezes as pessoas cedem a algo neste nível por motivos de força maior, pois apostar no caminho tradicional dos processos judiciais é uma loteria, além do desgaste, tempo, exposição, abandono e custos que tais calvários apresentam. Nitidamente, pode faltar Espaço, Abertura, para que ocorra a circulação do Pathos (circulação das dores, afetividades, raivas, emoções, palavra ampla, reclames, tomadas de consciência, presença de espírito, acesso à alma familiar ou comunitária), o qual se traduz no nível do Encontro e Diálogo. Deve ficar claro que o mediador ou a instituição não devem ser o “dono” da mediação, mas o que ocorre no grupo. É claro que esta avaliação não exclui a importância para dados casos do uso de mediação convencional, conciliação e negociação (PELIZZOLI, 2014).

No sentido oposto, Pranis e Watson (2020) e Zerh (2008) acreditam que os círculos podem ser usados com muitas outras formas de diálogo, atividades ou técnicas, desde que sirvam como estrutura, moldura a outra técnica.

A Justiça envolve rituais. O sistema jurídico tem muitos rituais. De fato, os júris são em boa parte ritual e teatro. Depois é feita justiça – seja ela completa ou incompleta. Os indivíduos precisam de rituais que fechem o ciclo. Assim, o comprometimento do círculo em construir relacionamentos antes de discutir os assuntos centrais, além de se configurar numa estratégia importante e extremamente intencional compõe o ritual do processo de círculo.

Os círculos retardam, deliberadamente, o diálogo sobre os assuntos delicados, até que o grupo tenha feito algum trabalho de construção de relacionamentos; e, quem sabe também por este motivo, Pelizzoli (2014) afirma ser impossível seu uso com a mediação, que após a escuta ativa, cabe ao mediador o incentivo a fala e ao diálogo.

Não obstante, Pranis e Watson (2020) aduzem que os diálogos nos círculos ocorrem após uma rodada de apresentação com uma pergunta que convida as pessoas a compartilharem algo sobre elas mesmas:

As rodadas seguem para identificar os valores que os participantes querem trazer para o diálogo e as diretrizes que eles precisam estabelecer para que se sintam em um espaço seguro. Uma rodada de contação de histórias sobre um tema que esteja tangencialmente relacionado ao assunto-chave também precede a discussão dos assuntos difíceis que são o foco do círculo. Essas partes do círculo de construção de relacionamentos geram uma conscientização mais profunda entre os participantes do círculo. Eles descobrem como suas jornadas humanas, por mais diferentes que possam ser, incluem, mesmo assim, experiências, medos, expectativas, sonhos e esperanças que são similares. Os movimentos de abertura do círculo apresentam os participantes um ao outro de maneiras inesperadas, gentilmente desafiando as suposições que possam ter feito um sobre o outro. De maneira intencional, um círculo não “vai direto ao ponto”. Toma tempo para criar experiências compartilhadas e conexão no grupo aumenta o nível de segurança emocional. Permite que se verbalizem verdades mais profundas, salienta a autoexploração e dá maiores oportunidades para aprender um sobre o outro. Também promove a mútua conscientização da humanidade de todos os participantes.

A oportunidade do diálogo facilitado pela prática restaurativa-sistêmica em uma mediação surge em contraponto à visão mecanicista de mundo, que o percebe de modo fracionado, separando as partes integrantes para analisá-las isoladamente. A concepção sistêmica é integrativa, voltando seu olhar para o todo e sua relação com as partes (CAPRA, 1986 apud ARRUDA e SANTOS, 2019).

O pensamento sistêmico, o qual pode ser entendido como conjunto de elementos que se relacionam através de um objetivo comum, organizam-se e formam uma teia complexa de relações entre si (ARRUDA e SANTOS, 2019). Assim, as práticas restaurativas como a mediação possuem seu foco na transformação do conflito, a partir da compreensão de suas causas, buscando olhar o todo, situando as questões e crises dentro de

um sistema de relações e do contexto social, sendo capaz de promover mudanças edificantes (OLDONI, OLDONI e LIPPMANN, 2018 apud ARRUDA e SANTOS, 2019).

Muitas são as possibilidades de aplicação das práticas restaurativas, não havendo restrição ao seu uso, desde que respeitados seus princípios, pois o importante é que se atinja o máximo de eficácia dos métodos utilizados. A mediação e as práticas restaurativas devem sempre manter um olhar abrangente e integrativo (sistêmico), vislumbrando todo contexto cultural e estrutural em que se insere, sem focar tão somente ao fato que será discutido.

Em complemento a essa justificativa, Oldoni e Oldoni (2019, p. 5 apud ARRUDA e SANTOS, 2019), dizem que:

São duas possibilidades que não se afastam, pelo contrário, se complementam, pois estão a serviço de um pensar sistêmico e complexo, que não separa. Estão em Rede. E esse é o ponto. O pensamento sistêmico supera o pensamento cartesiano e se quisermos agir sistemicamente, é preciso compreender que tanto a Justiça Restaurativa, como o Direito Sistêmico, a Mediação etc., não são caminhos paralelos. São, antes, caminhos que se cruzam, em uma interdisciplinaridade complexa e com objetivos em comum: Cultuar a Paz.

Sobre o tema, finaliza Dutra (2019 apud ARRUDA e SANTOS, 2019), que as práticas da justiça restaurativa sistêmica no âmbito extrajudicial já vem sendo aplicadas de forma mais flexível por algumas brechas; seus resultados tem sido satisfatórios, uma vez que abrange um número maior de interessados em sanar seus conflitos, priorizando, desta maneira o resultado efetivo e não a formalidade na aplicação.

6. *Negociação restaurativa-sistêmica para distribuição da culpa e os novos diálogos virtuais.* – Qual é a melhor forma de negociar? Como resolver os conflitos que surgem naturalmente em qualquer interação? Como conseguir o que realmente se pretende e, ao mesmo tempo, lidar com as necessidades de outras pessoas? Talvez nenhum outro dilema humano seja mais generalizado e desafiador. Todos realizam diversas negociações diariamente. No sentido mais amplo do termo, negociar de acordo

com Ury (2015): “*é desenvolver qualquer comunicação interpessoal em mão dupla, na tentativa de chegar a um acordo entre as partes*”. Negocia-se não só para chegar a um acordo, mas também para se conseguir o que se quer. Afirma Ury (2015) que por trás de reações tempestuosas em momentos de confronto está a mentalidade hostil ganha-perde, com base no pressuposto de que só uma das partes deve sair vitoriosa. “Não importa que sejam gigantes dos negócios lutando pelo controle de um império comercial, crianças engalfinhando-se por um brinquedo ou grupos étnicos brigando por um território, todos parecem partir da premissa de que um lado só vence se o outro perder. Mesmo quando queremos cooperar, receamos que o outro lado tire proveito da situação”. Porém, em uma negociação se deve buscar a satisfação dos envolvidos e é importante que seja aplicada abordagem sistêmica nesse processo, já que se evidencia o enfoque nos complexos inter-relacionamentos, variáveis e no conjunto de conceitos de cada parte, para após descrevê-los e analisá-los (MARTINELLI, 2015). O entendimento sistêmico de que o todo é mais do que a simples soma das partes, faz emergir diversas abordagens teórico-metodológicas. A utilização da sistêmica como um método científico, embora não resolvendo todos os problemas, tem duas importantes contribuições: obriga uma formalização rigorosa do raciocínio e exige metodologia que tenha em conta o caráter interdisciplinar dos fenômenos (GARNIER, 1980). Neste tocante, o jogo da culpa é o padrão central de quase todos os conflitos destrutivos. “A atribuição de culpa geralmente desperta sentimentos de raiva ou vergonha no outro, provoca reações de defesa, e assim por diante. É grande a tentação de culpar as pessoas com quem estamos em litígio” (URY, 2015). A culpa é sempre do outro. Atribuir culpa a alguém faz sentir que é inocente, afinal, uma parte é sempre a injustiçada. Fazer acusações também anula qualquer culpa residual. Todavia, neste jogo ocorre o agravamento das divergências e se dificulta a conciliação/mediação, sem necessidade. Envenena as relações e desperdiça tempo e energia inestimáveis. E, talvez, o mais insidioso dos efeitos seja enfraquecer o poder pessoal. Justamente, nesta observação percebe-se a vantagem de analisar a negociação como um processo sistêmico que, por meio da visão holística, se pode avaliar todos os prováveis ele-

mentos que poderia gerar uma negociação satisfatória para os envolvidos (CALDANA, MARTINELLI, 2012).

Ury (2015) recomenda:

Em meus textos e aulas, enfatizo o conceito de ir para o camarote. O camarote é uma metáfora de um espaço racional e emocional em que você assume uma perspectiva abrangente e mantém a calma e o autocontrole. Se a vida é um palco e todos somos atores, o camarote de um teatro é um posto de observação privilegiado, de onde assistimos a todo o espetáculo com mais clareza. Para observarmos a nós mesmos, é importante ir para o camarote com frequência, antes, durante e depois de conversas ou negociações problemáticas.

O domínio da capacidade de observação exige que o mediador e as partes tenham condições de observar o fenômeno a certa distância e com a mente aberta. Também requer a exclusão de qualquer forma de julgamento, na medida do possível.

É muito fácil julgar, considerar o certo ou o errado, os bons ou os maus. No sentido psicológico, porém, não há nada errado no que se sente ou se pensa. As ações podem ser erradas, mas não os pensamentos ou emoções, até os mais obscuros pensamentos e emoções servem como interessante material de pesquisa, de acordo com Ury (2015).

Sob a perspectiva sistêmica é possível ampliar o olhar para reconhecer informações transgeracionais do indivíduo, advindas do seu sistema familiar, assim como os sistemas nos quais ele faça parte. Ao analisar uma questão de forma sistêmica deve-se observar o entorno do conflito, considerando os sistemas nos quais as partes estão inseridas e as suas relações, a fim de buscar identificar o que não está aparente na questão apresentada, ampliando-se o foco possibilitando a resolução do conflito na sua essência (SCHREIBER, 2019 apud ARRUDA e SANTOS, 2019).

Para Ury (2015):

[...] quando culpamos os outros pelo que está errado no relacionamento – seja em brigas conjugais, em enfrentamentos no escritório, seja em embates entre superpotências – estamos enfatizando o poder alheio e nos fazendo de vítimas. Desprezamos nossa contribuição para o conflito e ignoramos nossa liberdade de escolher

como reagir. Negamos nosso próprio poder. Se quisermos chegar ao sim com os outros, em especial nas situações mais difíceis que enfrentamos todos os dias, precisamos encontrar uma maneira de superar o jogo da culpa, recuperando nosso poder de mudar a situação para melhor. E, o oposto de jogar a culpa é assumir a responsabilidade. Quando você se torna responsável pela sua vida e pelos seus relacionamentos, está assumindo o compromisso incondicional de cuidar das próprias necessidades.

Tornar-se responsável pelos relacionamentos também significa reconhecer quando as palavras ou ações provocaram danos ou mágoas. Na mediação de conflitos, muitas vezes o poder da desculpa sincera ajuda a cicatrizar feridas. Reconhecer os sentimentos pelas práticas restaurativas e *ir para o camarote* ajudam a neutralizar o efeito emocional de qualquer conflito.

Ao observar a manifestação da reação e estar consciente de sua existência, de maneira sistêmica, identificam-se os sentimentos e, por consequência, facilita-se a conscientização, a famosa *tomada de consciência* de Bert Hellinger. Quando se reconhece pensamentos, emoções ou sensações pelo nome, neutraliza-se o impacto deles e é possível estabelecer o diálogo.

Assim, na busca de uma visão sistêmica da negociação em uma mediação, considera-se pertinente a utilização da seguinte proposta de abordagem de Martinelli (2015). De maneira esquemática, lista-se:

- a) o processo de negociação como sistema de transformação de entradas (estímulos) em saídas (respostas) que podem ser extraídas pela prática restaurativa;
- b) a importância da comunicação no processo de negociação, também com esteio na prática restaurativa como estímulo ao próximo passo;
- c) as variáveis básicas de um processo de negociação;
- d) as habilidades essenciais dos negociadores/mediadores;
- e) o planejamento da negociação como etapa do procedimento mediatório;
- f) a questão ética na prática restaurativa/negociação/mediação;
- g) o possível envolvimento de uma terceira parte no conflito;
- h) a capacidade de lidar com os diferentes perfis dos envolvidos; e
- k) a busca de uma mediação restaurativa-sistêmica evolutiva.

Imagine um copo com pedras que acabou de encher com água de uma torneira com bastante pressão. O líquido ainda está agitado e turvo, as pedras em movimento e mal se vê através dele. Mas, as borbulhas logo se dissipam, as pedras se acomodam no fundo do copo e a água se torna transparente. É isso que se propõe a fazer na mediação online ou presencial, através da prática restaurativa-sistêmica no processo de negociação: deixar passar a agitação, acomodar os envolvidos e ver o que está acontecendo no interior dos participantes.

Ury (2015) ilustra:

Antes de um telefonema ou de uma reunião difícil, gosto de desfrutar de pelo menos um minuto de silêncio comigo mesmo. Um minuto sozinho, com os olhos fechados, ajuda-me a observar meus pensamentos, emoções e sensações e a tranquilizar a mente, para que eu possa me concentrar com mais intensidade na conversa. É uma técnica fácil, acessível a qualquer momento. A auto-observação durante situações de conflito é um desafio, mas, com a prática, você melhora cada vez mais. O ideal é que o camarote não seja um ponto de observação a que você vai apenas de vez em quando, mas uma base operacional a que sempre retorna.

As emoções e reflexões ignoradas, que entulham a mente e clamam por atenção, são o principal obstáculo ao entendimento e à mediação. Em uma negociação quase sempre as pessoas conhecem sua posição. Em geral, elas não refletem em profundidade sobre seus interesses – seus desejos, necessidades, preocupações, medos e aspirações.

Em qualquer negociação, a pergunta mágica para revelar verdadeiros interesses e necessidades é: por quê? Por que eu quero isso? Quanto mais fundo chegar nessa investigação, maior será a probabilidade de encontrar soluções criativas para atender aos interesses das partes. A descoberta das necessidades abre novas possibilidades que talvez nem tivessem ocorrido antes (URY, 2015).

O trabalho de autoconhecimento, partindo da percepção restaurativa-sistêmica, ajuda a assumir a responsabilidade pelas circunstâncias. Aprende-se a aceitar, a não resistir e a não desperdiçar tempo e energia desejando que fosse diferente. Assim, desenvolve-se a capacidade de reagir de maneira construtiva e

facilita o poder do reenquadramento, qual seja: a capacidade que todos tem de conferir uma interpretação ou um significado diferente às situações. Em todas as conversas ou negociações desafiadoras, existe uma escolha: abordar a situação como uma competição entre adversários, em que uma parte ganha e a outra perde, ou encará-la como uma oportunidade para a busca de uma solução colaborativa, em que ambos os lados podem se beneficiar. A capacidade de reenquadrar cada conversa difícil, deixando de vê-la como um confronto entre oponentes e passando a percebê-la como uma troca entre parceiros, para Ury (2015) é a melhor maneira de mudar o jogo: é trocar a moldura do conflito. Desta forma, reenquadrar a mediação para o formato online agregando percepções restaurativas-sistêmicas, neste novo lugar, neste tempo que a sociedade coloca o homem no centro, só tende a facilitar o ideal do ganha-ganha almejado em qualquer conflito, em prol do bem-estar de cada qual e na promoção da Cultura da Paz sem fronteiras.

7. *Considerações finais.* – Como resposta imediata ao problema de pesquisa investigado, tem-se a visão primitiva que o mediador é um gestor de conflitos que trabalha com pessoas que estão, antes de mais nada, em divergências consigo mesmas. A tomada de consciência, neste viés, torna-se elemento vital para o novo olhar que elas devem adquirir para sanar a questão posta à mesa de negociação. Dinâmicas ocultas, fatores geracionais, epigenética e a boa e a má consciência fazem parte desta primeira etapa, a ser superada para evolução na resolução do conflito. Isto posto, sente-se de plano, a necessidade do uso das técnicas sistêmicas para a identificação destas questões. Na sequência, o trabalho do mediador, resguardando-se todas as etapas típicas da mediação [escuta ativa, parafraseamento, cáucus, brainstorming] volta-se ao alinhamento dos interesses contrapostos, ajustando como as pessoas devem lidar com o conflito e não com o confronto, e, neste estágio, o compartilhamento das culpas e atribuição de responsabilidades, conceitos extraídos das práticas restaurativas emergem como remédios ao novo diálogo. No plano esboçado, carregado de visões sistêmicas-restaurativas que se apoia o artigo, a mediação online propõe um espaço especial e diferente

para a resolução dos *conflitos* [substrato das relações humanas], *problemas* [clamam por solução através de diálogo e entendimentos] e/ou *crises* [reflexões sobre tendências aos embates], de forma a gerar um novo movimento nas relações.

A incorporação do uso das técnicas restaurativas na negociação com olhar sistêmico no procedimento da mediação visam a alternância das posições e o reconhecimento das necessidades de cada qual. A ampliação do *match* nos interesses, a percepção dos diferentes valores, perfis, estilo de vida e a busca pela conexão das distintas visões de mundo que as partes possuem ficam mais claras para a resolução da questão.

É certo que as fases que compõem todo e qualquer processo regulatório passarão pela, rejeição, curiosidade, questionamento, investigação, estudo e pesquisa para sua adesão e quiçá adoração por este novo modelo proposto e, logo, experimentado. As variáveis que contrapõem a hipótese aventada e ora justificada, cingem-se a limitação do conhecimento teórico e técnico dos mediadores nas práticas restaurativas e sistêmicas; sopesando seus limites éticos, aliado ao uso de plataformas idôneas. A ascensão do uso das novas tecnologias impõe transformações na forma como o sistema de justiça se desenvolve e como a lei se relaciona com o ciberespaço. Não se sabe exatamente qual o impacto destas tecnologias na autoridade e poder dos Estados, enquanto órgãos responsáveis pela elaboração, execução e fiscalização das leis, contudo estas transformações atingem níveis ainda mais básicos, na medida em que redefinem ou testam o próprio conceito de lei nacional, sua formação, evolução e aplicação (LIMA, FEITOSA, 2016). A falta de marcos legais claros gera relativa insegurança, todavia não impede o avanço das experiências de ODR no setor privado e recentemente, no público que atualmente se dobram ao uso do WhatsApp [note-se as audiências de conciliação e mediação, via CEJUSC do Tribunal de Justiça de Santa Catarina]. O novo modelo de administração da justiça escancarado pelo Poder Público nos diplomas legais estudados [CPC/15, Lei de Mediação e Resolução nº 125/2010 do CNJ] não visa minguar a importância que a jurisdição estatal possui. Pelo contrário, apresenta os mecanismos como ocupantes de uma nova posição de auxílio ao Poder Judiciário – deixando-o como última alternativa para

os casos de elevada complexidade. Desta forma, a resolução de conflitos em rede concretiza o conceito de virtualização do Poder Judiciário, uma vez que viabiliza que todo o procedimento ocorra de forma virtual. Todavia, não se pode considerar virtualização a simples utilização de instrumentos da tecnologia da informação nas salas de audiência tradicionais, videoconferências e computadores, ou mesmo a digitalização dos processos. O avanço na matéria da solução de conflitos online se dá não só no aprimoramento do processo eletrônico mas, principalmente, na elaboração de um novo procedimento para a solução dos conflitos (LIMA, FEITOSA, 2016). Uma das formas de utilização do pensamento sistêmico no Direito, é denominada de Direito Sistêmico, método que aborda um sistema inclusivo, livre de julgamentos, que vai além de tão somente aplicar as regras reguladoras de sistemas fechados. Entretanto, não os exclui mas os integra paralelamente a outros métodos que promovem a real solução do conflito. O Direito Sistêmico não exclui o direito tradicional, mas o complementa trazendo uma nova perspectiva sobre sua utilização (OLDONI, LIPPMANN e GIRARDI, 2018). A pesquisa não teve o condão de esgotar a temática abordada, mas de incentivar o debate acerca do que se entende como o futuro da aplicação do Direito: a formação de uma visão holística e sistêmica capaz de enxergar além dos problemas estruturalmente verificados, de maneira que com eles não se conforme.

No Direito, o pensamento sistêmico é integrado por operadores que buscam atuar de forma mais cooperativa e menos agressiva, dando lugar a todos os envolvidos em uma questão, visando isentar-se de grandes paixões e emoções no momento da resolução do conflito.

As capacidades dinâmicas apresentadas nas plataformas de mediação inovam ao trazer um novo modelo de mediação de conflitos, apresentando uma ruptura com o modelo tradicional e mantendo o aspecto humano em cada uma das etapas do processo, com escalabilidade para crescer, atender, ajudar a dar vazão aos diversos conflitos que atingem a sociedade brasileira (SILVEIRA JUNIOR, et al, 2017).

Os desafios elencados não superam as vantagens da economia financeira e de tempo que as partes gozarão, na medida

que terão maior controle sobre a tomada de decisão e a comunicação assíncrona, característica peculiar às ODR. São aspectos únicos com potencial inigualável de mudança de cultura e empoderamento social para que os indivíduos passem a buscar a solução de seus conflitos por meio de procedimentos dialogados (LIMA, FEITOSA, 2016). Neste contexto, pode-se afirmar a preponderância das vantagens às dificuldades, não só pelo número superior daquelas, mas sobretudo pela possibilidade de mitigação ou superação das dificuldades enumeradas. Inúmeras vantagens e dificuldades ainda surgirão durante a evolução contínua das ODR de mediação online, bem como, o uso de recursos restaurativos-sistêmicos agregados a elas, uma vez que o conceito é novo e se encontra em plena formação. No entanto, num cenário de rápida transformação social gerada pelo COVID-19 e pelas novas tecnologias, observa-se neste modelo de mediação online com métodos restaurativos-sistêmicos, um candidato com grande potencial para modificar e renovar as formas tradicionais de solução de conflitos dentro e fora do Poder Judiciário.

E, demonstram uma nova postura, dado que as partes não querem mais que o sistema judicial decida por elas, vez que empoderadas e com seus sentimentos apaziguados são capazes de escolherem suas próprias soluções, dotadas de benefícios para ambas partes, elaborando com auxílio de um mediador e quiçá seus advogados, acordos inovadores e dinâmicos.

Portanto, a mediação online na perspectiva da negociação restaurativa-sistêmica trata-se de procedimento essencial aos anseios da sociedade, especialmente ante a atual necessidade da redução da litigiosidade perante a pacata justiça brasileira.

Referências

- F.S.T. AMORIM (2017), *A resolução online de litígios (odr) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira*. Pensar: Revista de Ciência Jurídica, Fortaleza, Trimestral. v. 2, n° 22, p.514-539 Disponível em: <file:///Users/carolinadefigueiredofurtado/Downloads/5397-24903-1-PB.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2019.
- D. DO AMARAL ARBIX, *Resolução Online de Controvérsias*. São Paulo: Intelecto Editora, 2017. ISBN: 978-85-58270-16-8.

- B.B. ARRUDA, J. SANTOS (2019), *O enfrentamento da violência contra as mulheres sob o enfoque da justiça restaurativa e da perspectiva sistêmica*. In: A. Graziel, Baggenstoss, P.R. Dos Santos, S.S. Sommariva, M. de Souza Gomes Hugill (Org.), *Não há lugar seguro: Estudos e práticas sobre violências contra as mulheres à luz da multidisciplinariedade*. 1ed. Florianópolis: Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), v. 2, pp. 178-197.
- BRASIL, *Código de Processo Civil*. Brasília (2015), Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 23 jun. 2019. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.
- Brasília, DF: Planalto, 29 jun. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em: 23 jun. 2019.
- A.C.F CALDANA, D.P. MARTINELLI (2012), *Negociação estratégica: uma abordagem sistêmica das competências e dos relacionamentos envolvidos no processo*. Revista de Administração, Contabilidade e Economia da FUNDACE, São Paulo, Ed. 05, pp. 1-13.
- S.C. FECMA. *Mediação eletrônica e suas inúmeras vantagens*. Disponível em: <<http://www.fecema.org.br/arquivos/2248>>. Acesso em: 24 jun. 2019.
- R. FISHER, W.L. URY PATTON (2005), *Como Chegar ao Sim: A Negociação de Acordos sem Concessões*. 2ª. Edição revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Imago.
- G.V. LIMA, G.R.P. FIETOSA (2016), *Online dispute resolution (odr):: a solução de conflitos e as novas tecnologias*. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 3, nº 50, pp.53-70, dez. 2016. Trimestral. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8360/5586>>. Acesso em: 26 jun. 2019.
- D.P. MARTINELLI (2015), *Negociação empresarial: enfoque sistêmico e visão estratégica*. 2ª ed. Barueri/SP: Manole.
- R. ORLANDI (2019), *As cláusulas escalonadas – sua importância para a implementação de procedimentos de Mediação Privada Profissional*.

Disponível em: <<http://mediacaoflg.com.br/2018/09/as-clausulas-es-calonadas-sua-importancia-para-a-implementacao-de-procedimentos-de-mediacao-privada-profissional/>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

- M.L. PELIZZOL (2014), *Círculos de Diálogo: Base restaurativa para a Justiça e os Direitos Humanos*. In: *Direitos humanos e políticas públicas*. Silva, Eduardo F., Gediell, José A.P., Trauczynski, Silvia C. Curitiba: Universidade Positivo, p. 432.
- C. PRADO (2019), *Mediação, impedimento e suspeição*. Disponível em: <<http://mediacaoflg.com.br/2017/05/mediacao-impedimento-e-suspeicao/>>. Acesso em: 24 jun. 2019.
- K. PRANIS, C.B. WATSON (2011), *No coração da esperança: guia de práticas circulares: o uso de círculos de construção da paz para desenvolver a inteligência emocional, promover a cura e construir relacionamentos saudáveis*; tradução: F. De Bastiani. – Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas. Disponível em: <https://parnamirimrestaurativa.files.wordpress.com/2014/10/guia_de_praticas_circulares.pdf>. Acesso em: 02 set. 2020.
- L. MAIA DE MORAIS SALES, M. ALMEIDA (2014), *A MEDIAÇÃO E OS ADR'S (Alternative Dispute Resolutions) – A EXPERIÊNCIA NORTEAMERICANA*. *Revista Novos Estudos Jurídicos, Eletrônica*, v. 19, nº 2, pp. 377-399. Trimestral. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Lilia_Sales/publication/270535312_A_MEDIACAO_E_OS_ADR'S_ALTERNATIVE_DISPUTE_RESOLUTIONS__A_EXPERIENCIA_NORTE-AMERICANA/links/564d27eb08aefe619b0dd0d8/A-MEDIACAO-E-OS-ADRS-ALTERNATIVE-DISPUTE-RESOLUTIONS-A-EXPERIENCIA-NORTE-AMERICANA.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2019.
- M. JOSÉ DA SILVEIRA JUNIOR, et al (2019), *A Função da Capacidade Dinâmica na Construção da Inovação Disruptiva: um Estudo de Caso da Primeira Empresa de Mediação 100% Online no Brasil*. *Revista Gestão & Conexões*, Vitória, v. 8, nº 1, pp.110-118. Disponível em: <https://www.mediacaonline.com/blog/wp-content/uploads/2019/05/Silveira_Costa_Ribeiro_2019_A-Funcao-da-Capacidade-Dinamic_52123-1.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.
- J. PESSOA (2019), *saiba o que é e como funciona a mediação online (ODR)*. Disponível em: <<http://blog.unipe.br/camara/saiba-o-que-e-e-como-funciona-a-mediacao-online-odr>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

- W.L. URY (2015), *Como chegar ao sim com você mesmo*. Rio de Janeiro: Editora Sextante. Tradução de Afonso Celso Da Cunha.
- Z. HOWARD (2008), *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tânia Van Acker. São Paulo: Palas Athena.
- ACADEMIA MOL. A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ERA DIGITAL (2019), *soluções online e métodos alternativos*. São Paulo, p. 15 Disponível em: <file:///Users/carolinadefigueiredofurtado/Downloads/cms_files_63930_1558615185e-book_gratuito_A_resoluo_de_conflitos_na_Era_Digital_solues_online_e_mtodos_alternativos.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2019. O que é odr (online dispute resolution)?: Mediação Online. 2019. Disponível em: <<https://www.mediacaonline.com/blog/o-que-e-odr/>>. Acesso em: 13 jun. 2019a.

ADRIANO MOURA DA FONSECA PINTO, ANA PAULA FARIA FELIPE*

EL PERFIL DEL MEDIADOR: ENTRE FORMACIÓN Y HABILIDADES

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El consenso. – 3. Conclusión

1. *Introducción.* – Los movimientos sociales transforman constantemente el ordenamiento jurídico, que busca dar respuestas efectivas a las demandas de justicia de las sociedades contemporáneas. En este escenario, la Mediación se inserta como una alternativa al manejo de los conflictos y mediante el diálogo, la cooperación, la comprensión, se buscan respuestas más satisfactorias y menos estresantes para los involucrados en la demanda.

La Ley de Mediación brasileña (Ley 13.140 / 2015) considera la mediación como “la actividad técnica realizada por un tercero imparcial sin poder de decisión, que, elegido o aceptado por las partes, las asiste y alienta a identificar o desarrollar soluciones consensuadas a la controversia”. Este tercero imparcial -mediador- comienza a jugar un papel importante en el proceso de resolución de conflictos, ya que conducirá las sesiones de mediación, cambiando la postura inicial de las partes que normalmente llegan como antagonistas, con la postura de protagonista no solo de la gestión de su conflicto, así como las decisiones que puedan conducir a un acuerdo.

Para que los mediadores desarrollen una receptividad empática (ponerse en el lugar del otro) y dialoguen con respeto, moderación y cordialidad, es necesario que el facilitador tenga habilidades y desarrolle herramientas a través de las cuales pueda cambiar gradualmente las actitudes y conductas de todos los

* Universidade Estácio de Sá - Observatório de Mediação - Rio de Janeiro - Brasil

actores involucrados en conflictos y sus posibles soluciones. Considerando la percepción de que el profesional que actuará con la realidad del conflicto bajo una perspectiva diferente a la realidad del Choque del Proceso, el presente trabajo busca identificar y discutir el perfil del mediador en Brasil, considerando los términos de la Resolución 125/2010 del Consejo.

Justicia Nacional, Ley 13.140 / 2015, así como los reglamentos locales de la Justicia Común Federal y Estatal, además de las reglas propias de las instituciones que constituyen, según la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, las denominadas Funciones Esenciales de la Justicia. Se basa en la hipótesis central, que el carácter normativo, fundamentalmente regulador de la mediación judicial y extrajudicial en Brasil, sería por sí mismo responsable de atraer profesionales de formación inducida directa o indirectamente, actuando de manera decisiva en las respectivas competencias del mediador en funciones. en el escenario brasileño. El tema y su respectiva problematización, encuentran justificación en el carácter eminentemente legalista en que aparece la regulación más decisiva de la mediación en Brasil, a partir de 2010, con la Resolución 125 del Consejo Nacional de Justicia, seguida de una serie de otros actos normativos, directa o indirectamente del ethos judicial brasileño, centrado en la realidad estructural de la idea de jurisdicción, acción y proceso. A partir del campo judicial mencionado, incluyendo y principalmente sus números, nacen las bases justificativas de las políticas públicas orientadas a la solución consensuada de conflictos, con gran énfasis en la conciliación y mediación en Brasil.

Destacan las condiciones: las condiciones formales mínimas para convertirse en mediador, las escuelas que capacitan a los mediadores y su aprobación y, de manera secuencial, las características de la adecuada formación de profesionales capaces de afrontar el conflicto ajeno de manera no antagónica y contenciosa, como hasta ahora. formaron juristas, futuros abogados públicos y privados, jueces, fiscales y otros actores. Además de nacer dentro del campo de la judicialización estatal, literalmente fuera de la administración de Justicia, ya en una disputa prenatal con los resultados derivados del proceso contradictorio, la mediación (y también la conciliación) es vista como una salvación, un verdadero elixir para casi 100.000.000 de demandas en todo Brasil.

Es decir, la mediación se regula con miras a los resultados de una mejor gestión judicial, estadística y costosa, y no necesariamente como un método capaz de acercar a los responsables del momento, ni siquiera a los potenciales del futuro. ¿Es, por tanto, a partir del surgimiento de una política pública, centrada en las estructuras judiciales del Estado, que se regula la oferta formal y material de medios de solución consensuada a la sentencia judicial?

Es realmente en el campo de batalla, con las luchas de acción, defensa, evidencia, recursos, tesis y antítesis modeladas en la jurisprudencia al gusto, casi en ocasiones, el mejor espacio para abordar la formación de mediadores, buscando construir profesionales con competencias diferenciadas que si se acordó llamar simplemente Justicia, como puerta única, la del Poder Judicial? Al parecer, el nacimiento del reglamento, hecho indiscutible, se produjo en el campo de batalla, con la intención de garantizar el acceso a la justicia por medios más adecuados, valorando la mayor participación ciudadana y democrática de los involucrados en la construcción de una mejor solución a su conflicto, pero regulando, legislando, poniendo previamente límites al consenso.

2. *El consenso.* – Ahora bien, ¿cómo limitar el consenso de los seres humanos en busca de consensos? ¿Qué tan efectivo es el principio de la Ley de Mediación en el campo de batalla contradictorio? ¿Debería el Poder Judicial ser responsable directa o indirectamente de dictar “las reglas” de quién puede formar mediadores, quién puede, cómo puede y con qué objeto se puede trabajar en la mediación? Estas son preguntas y problemas que han sido objeto de investigación en el presente trabajo, que busca identificar las bases creadas en Brasil para la formación y respectivas competencias de mediadores judiciales y extrajudiciales. Ya sea en el espacio de los Centros Judiciales de Justicia y Ciudadanía, respectivos Centros Permanentes de Métodos Consensuales de Resolución de Conflictos, el análisis documental de la estandarización de la función de formación y calificación de los mediadores ha demostrado una caracterización sectaria, fuertemente concentrada en operadores jurídicos conocidos, como aboga-

dos y magistrados jubilados, por ejemplo, sin perjuicio del alcance formal de la Ley de Mediación de 2015, por ejemplo.

3. *Conclusión.* – Datos del Consejo Nacional de Justicia, en análisis macro y cuantitativo, que las cifras de consenso, con raras excepciones temáticas, no suman a lo largo de los años, mayor control y en teoría mejora de mediadores, estadísticas más favorables. Por no hablar del perfil de certificación de los mediadores, sus horas de actividad práctica, por regla general dependiendo de la estructura judicial mencionada, perpetuando la vieja máxima del rol regulador, validador y certificador del Estado, incluso para certificar profesionales que, en teoría, trabajan con técnicas y sentidos casi diametralmente opuestos.

Finalmente, el presente resumen propone presentar, de manera concisa y de acuerdo a lo planteado en las reglas establecidas, las ideas centrales del tema, hipótesis, problematización, objetivos, metodología y resultados previamente recopilados, reservando el momento oportuno de complementación para los fines previstos en aviso, esperando haber traído a los lectores, elementos importantes sobre el perfil de formación y las habilidades que se esperan de los mediadores en Brasil.

Referencias

- C. MOORE, *El proceso de mediación: métodos prácticos para La resolución de conflictos*. Buenos Aires: Granica, 2010.
- H. DALLA BERNARDINA DE PINHO, J. LOSS DE ANDREADE, *Contemporary Tendencies in Mediation*. Madrid, Editorial Dykinson, 1ª ed. 2015.
- H. DALLA BERNARDINA DE PINHO, M. Mazolla, *Manual de Mediação e Arbitragem*. Rio de Janeiro, Saraiva, 2019.
- D.F. SCHINITMAN, *Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos: perspectivas y prácticas*. Buenos Aires: Graniza, 2008.
- BRASIL, *Conselho Nacional de Justiça-CNJ. Resolução nº 125, de 29 de junho de 2010*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf. Acesso em 03/11/2020.

- BRASIL, *Lei 13.140/2015 de 26 de junho de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso: 03/11/2020.

ERIKA DEGORTES*

VERSO UNA REALE MEDIAZIONE E TRASFORMAZIONE DEL CONFLITTO

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il processo. - 3. La trasformazione del conflitto. - 4. Conflitto e violenza. - 5. Per una reale mediazione e trasformazione del conflitto.

1. *Introduzione.* – Lo scorso anno, durante la IV edizione di questo convegno, prima che il mondo venisse scosso dalla pandemia del COVID 19, il mio maestro Johan Galtung disse che “il futuro della mediazione è uguale al futuro della salute: è nelle mani di ciascuno. Tutti possiamo essere mediatori”¹. In questa sede vogliamo illustrare brevemente come gli studi per la pace mirino a comprendere la violenza e a trovare il modo di superarla attraverso la trasformazione dei conflitti sottostanti e la conciliazione dei traumi del passato – “Pace Negativa” – e la costruzione di progetti che siano a beneficio mutuo e reciproco nati dalla cooperazione e dall’armonia – “Pace Positiva” – nella direzione di una visione del futuro condivisa. In questo senso il lavoro per la Pace richiede un approccio multidimensionale e per questo multidisciplinare. Negli studi per la Pace, invece, si adottano spesso metodi che, in luogo di far luce su complesse questioni sistemiche, semplificano eccessivamente e si concentrano su un solo livello di analisi, pensando che ciò sia sufficiente per trovare la soluzione del problema. Ci sono diversi modelli riduzionistici che rischiano di fungere da ostacolo anziché favorire un approccio veramente transdisciplinare. Abbiamo invece bisogno di un approccio che

* Dottoressa in filosofia presso l’Università di Cagliari.

¹ Questo breve saggio raccoglie e sviluppa parte degli insegnamenti di Johan Galtung, esposti in numerosi saggi che non è possibile citare per ragioni di spazio. Per una bibliografia di partenza relativa agli scritti di Galtung cfr. <https://www.transcend.org/galtung/>.

spieghi cosa è la violenza, distinguendola dal conflitto; che sia in grado di elaborare una diagnosi delle cause sottostanti alla violenza; che possa formulare una prognosi negativa – per prevedere cosa potrebbe succedere in caso di conflitto non risolto –, e una prognosi positiva – per illustrare i benefici di un intervento –. Ma soprattutto è necessario un approccio che illustri una possibile terapia che, se perseguita, possa portare alla Pace positiva così come l'abbiamo definita.

2. *Il processo.* – Non esistono sostituti a una buona analisi – o “diagnosi” – del conflitto e all'articolazione di proposte specifiche di soluzioni o trasformazioni che siano creative, costruttive e concrete. L'obiettivo degli studi per la pace diventa prevenire la violenza attraverso la trasformazione dei conflitti sottostanti. Questo processo, essenziale alla costruzione della pace positiva, può avvenire attraverso la comprensione delle interazioni tra i processi a livello individuale e a ciascuno dei seguenti livelli:

- Micro, ossia all'interno dell'individuo e tra gli individui coinvolti, specialmente coloro che sono più vicini;
- Meso, ossia all'interno di un Paese, tra i generi, tra le generazioni, tra le classi sociali, tra le nazioni;
- Macro, ovvero nelle relazioni tra Paesi e tra nazioni;
- Mega, tra regioni, tra civiltà.

3. *La trasformazione del conflitto.* – Per una reale trasformazione del conflitto, è fondamentale comprendere le sinergie che avvengono a ogni livello, i nessi causali che attraversano i livelli, e gli isomorfismi tra i livelli stessi. Infatti guerra, violenza, conflitto e pace hanno tutte un aspetto in comune: sono *relazioni*, e per tanto è nel campo delle *relazioni umane* che bisogna intervenire. La violenza si manifesta tra chi la perpetra e chi la subisce; la guerra avviene tra belligeranti; nel conflitto la relazione è tra gli obiettivi degli attori coinvolti e le conseguenze tra gli attori stessi. Ugualmente si può dire per la pace che si crea tra gli attori che partecipano a questo processo. Gli attori possono essere individui singoli o gruppi di individui. Ma in en-

trambi i casi è fondamentale tener conto di quanto i loro bisogni fondamentali sono soddisfatti o meno, di quali sono i traumi del passato, di quali sono i conflitti del presente e soprattutto è indispensabile che ci sia una visione comune del futuro, un progetto che vada a beneficiare tutte le parti coinvolte in maniera equa e reciproca. Alcuni, facendo riferimento alla psicologia, ritengono che raggiungere la pace corrisponda a “sanare un trauma”. Naturalmente, affrontare le conseguenze psicologiche e sociali di un trauma è necessario, ma è tutt’altro che sufficiente. Lo dimostra l’esempio della “riabilitazione” delle persone dopo episodi di violenza, o il caso della ricostruzione degli edifici distrutti dalle guerre. In entrambi questi casi, alcuni effetti della violenza possono essere leniti, ridotti, in alcuni casi eliminati, ma le cause della violenza e il conflitto sottostante, che giace irrisolto e che l’ha causata, non vengono affrontati. Un’altra convinzione comune è che “la pace si può raggiungere raccontando la propria storia”. Anche in questo caso, la narrazione della propria esperienza di sofferenza e ingiustizia può essere utile per la guarigione di traumi, ma non è necessario, né sufficiente, per la pace. Con una buona soluzione – o trasformazione – del conflitto alla radice, sia le emozioni che le cognizioni negative tendono a essere smussate, e finiscono sullo sfondo. Al contrario, può accadere che le narrazioni del conflitto e dell’ingiustizia passata, quando presentate in uno spazio pubblico possono riaccendere il conflitto stesso. È essenziale non confondere ciò che può essere un bene per l’individuo con ciò che può essere un bene per la composizione del conflitto. Tra i professionisti di risoluzione dei conflitti, a volte, esiste la convinzione che “Pace è uguale a conciliazione”. La conciliazione sta alla violenza come la mediazione sta al conflitto: la mediazione allenta i nodi dell’incompatibilità, la conciliazione libera il passato dal trauma, chiude una situazione e apre a un futuro di progetti comuni, di cui il progetto minimo è la pace negativa. Sia la mediazione che la conciliazione sono indispensabili, ma devono essere seguite da progetti comuni che vadano nella direzione della pace positiva. Se invece consideriamo il punto di vista politico, alcuni affermano che “la pace è garantita dalla democrazia”. Nei fatti, governo o istituzioni democratiche non sono né necessari né sufficienti per la pace. Ci vuole capacità

di trasformazione nonviolenta del conflitto, che non deriva automaticamente da elezioni eque e libere. Da una prospettiva militare si protrebbe equiparare la pace al “cessate il fuoco”. Se certamente l’assenza di violenza è da considerarsi un bene di per sé, un “cessate il fuoco” può anche servire al riarmo e al riposizionamento per la fase successiva della guerra. Sarebbe utile, invece, considerare che la mediazione può procedere anche mentre i combattimenti sono in corso.

Per altri il perseguimento della pace è sinonimo di “lotta per i diritti umani”. Tuttavia, per come è attualmente interpretata, la protezione locale dei diritti umani non è né necessaria né sufficiente per la pace globale. Uno Stato capace di rispettare i diritti umani dei suoi cittadini protrebbe richiedere anche un ritorno in “doveri umani”, compreso il dare la propria vita allo Stato. È necessaria la trasformazione dei conflitti, che non si ottiene automaticamente con la concezione dei diritti umani attualmente dominante. Dal punto di vista delle organizzazioni dei diritti umani e di altri organismi internazionali, il percorso verso la pace passa attraverso la “denuncia della violenza”. Se il monitoraggio e la descrizione della violenza sono certamente necessari – perché la verità dovrebbe essere nota –, essi possono anche essere controproducenti e alimentare la spirale della violenza. Molti altri sono convinti che “lo sviluppo economico e sociale porterà alla pace”. Se lo sviluppo comprende la costruzione delle capacità di trasformazione nonviolenta del conflitto, allora la pace sarà una conseguenza. Ma, se lo sviluppo implica semplicemente un maggior desiderio di ricchezza e risorse materiali, la conseguenza, anziché la pace, può essere “più guerra”. Per una reale mediazione e trasformazione del conflitto è necessario innanzitutto distinguere il conflitto dalla violenza, e dunque chiedersi: che cosa è la violenza? E che cosa è un conflitto? Quali sono le parti realmente in causa nel conflitto? Quali sono i loro obiettivi? Dove e come questi obiettivi si scontrano? E quali sono le proposte di soluzioni? Queste possono provenire da qualsiasi persona, a tutti i livelli del sistema sociale, e possono essere basate su diverse esperienze, sia che vengano da dentro la specifica situazione di conflitto, sia da esperienze altre nel panorama mutiforme dell’umanità.

Gli studi per la Pace riguardano la condizione umana in generale, la nostra piena realizzazione come esseri umani attra-

verso progetti di pace positiva e attraverso la riduzione della sofferenza mediante la pace negativa (conciliazione dei traumi e trasformazione del conflitto).

4. *Conflitto e violenza.* – A questo punto può essere utile chiarire meglio i concetti di conflitto e violenza.

Conflitto e Violenza: due concetti diversi.

La definizione più ampia è certamente quella di incompatibilità di obiettivi. Se accettiamo questa definizione allora è possibile affermare che:

1. I conflitti sono inerenti alla natura umana e non è possibile eliminarli. Per definizione, i conflitti appartengono alla natura umana. Per questo motivo hanno la tendenza a non scomparire. Non si dissolvono da soli e, se vogliamo, la vita in generale non è altro che una continua trasformazione dei conflitti che si presentano. Perché si trasformino, perché l'energia che producono possa essere utilizzata in maniera creativa e non distruttiva, è fondamentale utilizzarli nella direzione della costruzione della pace positiva e della prevenzione della violenza (attraverso la pace negativa).
2. Tutti i conflitti sono simili o, meglio, hanno uguale importanza. Ciò vale indipendentemente dal livello in cui essi si presentano, che sia un livello intrapersonale, interpersonale o internazionale.
3. Il conflitto non è sinonimo di violenza. La violenza è una conseguenza di un conflitto mal gestito. Per questo la violenza è un potenziale, non è un aspetto inerente alla vita umana mentre il conflitto lo è.
4. I conflitti sono ciclici, non sono lineari e per questo le soluzioni non sono eterne. Le soluzioni non sono mai definitive ma possono essere sostenibili nel lungo periodo, finché un'altra contraddizione, un'altra incompatibilità di obiettivi, non richiederà una nuova soluzione. Questo significa che anche le politiche pubbliche chiamate a rispondere ai conflitti sociali devono essere in evoluzione, perché possono essere efficaci per un dato momento e una data circostanza ma non sono necessariamente valide per sempre.

5. I conflitti non sono eticamente né buoni né cattivi. Come li si percepisce è una cosa diversa, ma non esiste una bontà o una malvagità intrinseca in un conflitto.

In breve: X ha un certo obiettivo; anche Y ha un obiettivo; gli obiettivi sembrano essere incompatibili; X e Y quindi vedono l'altro come fonte della propria frustrazione, ciò che ostacola la realizzazione del proprio obiettivo. Se la frustrazione si perpetra nel tempo e se non si trova una via per rendere gli obiettivi perseguibili, la conseguenza sarà la violenza. Oppure, quando $X = Y$ e la frustrazione si rivolge verso l'interno e la violenza è diretta contro se stessi.

Tutti sperimentiamo questa forma di conflitto a livello micro – il dilemma – quasi continuamente.

A volte può manifestarsi come violenza verbale, accompagnata dal linguaggio del corpo, altre volte può esprimersi come violenza fisica. A volte può diventare violenza contro un obiettivo; a volte violenza contro l'idea stessa di avere un obiettivo. Nei conflitti tra due parti ci sono sempre cinque possibili esiti: (1) X ottiene ciò che vuole e Y non ottiene niente; (2) Y ottiene ciò che vuole e X non ottiene niente; (3) entrambi rinunciano ai loro obiettivi o demandano tutto a una terza persona; (4) X e Y raggiungono un accordo intermedio; o (5) forse con un piccolo aiuto, essi creano una realtà nuova, dove X e Y possono sentirsi entrambi felici e a proprio agio. Queste cinque possibilità possono essere vere e proprie soluzioni, se incontrano l'accettazione di tutte le parti coinvolte e se rispondono al criterio della sostenibilità. Mancando a livello sociale un'educazione alla pace diffusa, solo poche persone hanno la consapevolezza di tutte queste opzioni. Molti si limitano a soluzioni monotipo "Devo vincere sempre" o "Perdo sempre". Altri pensano che esistono due sole possibilità: "o me, o te", non esiste una terza via. Con un repertorio così limitato, la possibilità di depressione e frustrazione è altissima. Al contrario, coloro che riescono a immaginare almeno tre possibili soluzioni – tra cui qualcosa di intermedio, un compromesso – sono in una situazione leggermente migliore. Tuttavia nel compromesso c'è un ingrediente di capitolazione. Per andare oltre, sono necessarie immaginazione e creatività. Sarebbe utile se questo modello diventasse parte

della nostra cultura di affrontare i conflitti. Al contrario del conflitto, la violenza non è inerente alla natura umana; possiamo definirla come un'aggressione, un'insulto ai bisogni fondamentali dell'essere umano: la sopravvivenza, il ben-essere, la libertà e l'identità. Tutti e quattro moltiplicati per le tre dimensioni somatica, psichica e spirituale. Di queste quattro categorie di bisogni nessuna è più importante delle altre. Non c'è una gerarchia. Può esserci una sequenza, ma tutte sono ugualmente importanti.

5. *Per una reale mediazione e trasformazione del conflitto.* – Per contribuire alla costruzione della pace positiva e quindi a una vera risoluzione dei conflitti, in particolare, le scienze sociali sono chiamate a sviluppare teorie e strumenti che possano affrontare e risolvere i conflitti a livello delle interazioni interpersonale (micro), all'interno di paesi (meso), tra le nazioni (macro) e tra regioni intere o civiltà (mega), tenendo conto dei bisogni fondamentali e degli obiettivi legittimi di tutte le parti in causa, attraverso il dialogo. Per questo è necessario sapere cosa è un conflitto e come affrontarlo, così come sapere cosa è la violenza e come affrontarla. Questo implica che nel campo degli studi per la pace dobbiamo puntare ad una trans-disciplinarietà che comprenda tutti i livelli della condizione umana, non semplicemente una somma multidisciplinare delle scienze sociali. Infatti la somma di poche di visioni limitate o peggio distorte, non aiuterà a elaborare una panoramica chiara o tanto meno una comprensione compiuta dell'insieme. Ogni disciplina ha molto da insegnare. L'analisi psicologica è fondamentale sia per comprendere il conflitto intra-personale che quello inter-personale. Proviene dall'ambito della psicologia il principio secondo cui esistono delle forze interne all'individuo che lo guidano, forze di cui non siamo consapevoli – che si tratti dei processi biochimici del nostro corpo o dei processi del nostro subconscio –. Prendere consapevolezza di queste forze può essere liberatorio. Infatti emerge l'idea che le proprie linee guida si possono scegliere. Certamente sarebbe utile che, al fianco della psicopatologia, si sviluppasse un filone – attualmente più ridotto – di psicologia positiva. La Sociologia, al contrario, si concentra sull'interazio-

ne e sulla struttura. Per sua definizione è più relazionale. Per questo è indispensabile per comprendere in che modo rapporti e strutture violenti producono relazioni violente tra le parti. Inoltre, ci indica come potrebbe essere una struttura di pace tra persone e gruppi. Il punto di vista della sociologia sui processi o sui rapporti interattivi ci dice se questi possono essere benefici o meno, equi o meno, e in che modo possono combinarsi diversamente in altre strutture, come fossero dei Lego. Quali sono gli esiti di queste combinazioni? Sono strutture piramidali, verticali e gerarchiche o sono strutture orizzontali e circolari? L'Antropologia pone l'accento sul fatto che le varietà culturali del mondo umano sono inquantificabili e che le culture, i significati e i tipi di società sono molto differenti. Per questo, aiuta a comprendere da una parte in che modo culture violente riproducono se stesse, dall'altra illustra gli aspetti di una cultura di pace tra persone e gruppi, sottolineando le differenze tra "cultura dell'io" e "cultura del noi" come parte fondante della struttura e del processo sociale. Anche la Scienza Politica è fondamentale. Concentrandosi sull'uso e l'abuso di potere, sui processi di legittimazione e di contestazione e sulle istituzioni che incorporano e tramandano il potere nel tempo. Inoltre rivela le differenze tra forme di potere dure e morbide: economiche (ri-compensa), militari (punizione), culturali (persuasione) e politiche (processo decisionale). La politica di pace si basa sullo sviluppo di forme morbide di potere attraverso istituzioni eque, difensive, pacifiche e democratiche, centrate sui bisogni e i diritti umani fondamentali.

L'Economia si concentra sulle transazioni di valori economici ed è anch'essa strutturale e sistemica. Questo livello di analisi, tuttavia, perde di vista facilmente la persona perché si concentra sulla crescita sostenibile del sistema, piuttosto che sul soddisfacimento dei bisogni fondamentali dei più bisognosi. L'economia dimostra che ci sono alternative alle economie dominanti e modi di regolamentare e scambiare del tutto adeguate al compito di garantire il benessere per tutti gli esseri umani sulla terra con l'equilibrio ecologico. Le Relazioni Internazionali (RI) analizzano il sistema statale in modi che sono analoghi a quelli che sociologia, antropologia, scienza politica ed economia usano per i sistemi di gruppo, identificando le strutture di interazio-

ne, le transazioni economiche, il potere e la formazione delle istituzioni, con forse meno enfasi sulle culture. Inoltre le RI identificano i successi in ambito politico, come per esempio l'inclusione della Germania nella Comunità Europea. La Storia insegna non solo che ci sono punti di svolta in tutte le vicende dove altre opzioni avrebbero potuto essere colte ma anche che le storie contro-fattuali possono essere importanti quanto quelli fattuali. Il diritto, il diritto internazionale e i diritti umani sono strumenti formidabili per proiettare un'immagine della società o del mondo buona e pacifica sullo schermo del futuro, sollevando domande fondamentali sui bisogni fondamentali, la cultura e la struttura profonde e sfidando lo status quo. Innumerevoli altri esempi di contributi delle scienze sociali agli studi per la pace potrebbero essere citati.

Qui il punto fondamentale è solo quello di suggerire come intuizioni che hanno origine all'interno di una disciplina possono trasferirsi alle altre, cosicché l'attenzione a una tematica trans-disciplinare come la pace possa generare trans-disciplinarietà.

FERDINANDO CARBONE*

MEDIATION PRACTICE OUT OF THE SCOPE OF ITALIAN
LEGISLATIVE DECREE 28/2010:
THE “WE SOLVE” METHOD – GENERAL PRINCIPLES

SUMMARY: 1. *Introduction.* - 2. *The scope of activity of “We Solve”.* - 3. *Conclusion.*

1. *Introduction.* – Einstein’s Theory of Relativity, widely accepted not only in the scientific community, but also in the general opinion of educated people, as one of the main topics in the path of human civilization, has too often been interpreted, in an uncorrected sense, as to convince mankind that there is no Absolute Truth in every field of the human knowledge, consequently affirming that “Everything is Relative”, which may lead to a widespread sense of uncertainty about what we are used to call “widely accepted principles”, which consequently should continuously be re-demonstrated.

We have told that this interpretation is not correct, because the Theory only shows a completely different meaning of “Relativity”, that is “Each phenomenon, each particle forming the Universe, and consequently also mankind, is subject to interferences “relatively” to each phenomenon, each particle of the Universe, with which it has any kind of contact, in “relationship”, moreover by the way of observation”.

“Relativity” is therefore strictly connected to “Relationship”, and this of course may lead to a first step in the search of the use of alternative dispute resolutions (ADR), taking into account that the cause of any “dissatisfaction”, leading at the worst consequences to conflicts and controversies, is generated by mutual bad relationships, which therefore must be reconverted in mutual good relationships.

* Lawyer and Mediator.

Any other type of solution, which is not devoted to this goal, may only stop the dispute, and this not only (of course) by a judgement or arbitration, but also by a mediation which doesn't make deep enquiry about the causes of such dissatisfaction, which often are not so evident at a first glance.

We are not saying that the mediation system set out by the Italian Legislation doesn't work, even if Prof. Alpa's Commission has indicated, in its Report to the Ministry of Justice, in early 2017¹, that many topics concerning not only Mediation, but also other ADR had to be improved and refurbished in order to give better efficiency to the general effort to reduce the too long duration of civil trials in the Country. Mediation in accordance with the system enacted by the Legislative Decree 28/2010 has created at least a new way to solve some controversy, which didn't exist before, but hasn't had a widespread effect, as hoped by the Government, so that it seems important to us to explain why we have decided to devote our efforts to the "We Solve" system.

Meaning of "We Solve" and the discovery of mutual relationship of conflicting parties

First of all, it should be excluded that the aforesaid expression could be linked to any kind of self statement of capability of solving any kind of problems in the field of ADR, which could be frankly considered as something boastful.

The right meaning of "We Solve" starts by putting emphasis on "We" rather than on "Solve", taking therefore into account that "We" must be referred to all the parties involved in the process of problem solving.

Only by a general involvement of such parties, mediators included, since the very beginning, it should be possible, under certain conditions, to reach the goal of an effective mediation and a lasting solution. In this optic, the referral to the Theory of Relativity, as above pointed out, clearly shows its appliance to alternative dispute resolutions, where the scope in which controversies or conflicts were born and are growing are undoubtedly the result of interactions between the parties, and their reciprocal relationships and interferences.

¹ Ministero della Giustizia, *Proposte Normative e Note Illustrative*, Commissione di Studio directed by Prof. Guido ALPA, 18th January, 2017.

In the philosophy of “We Solve” method, there is consequently a basic principle, that is only by intercepting, studying and exploring “altogether” the whole question, for every point of view, that it should be possible to reach a general satisfaction, creating or reproducing good mutual relations among the parties. As it could be seen, nothing to do with a self-laudatory statement, but under certain aspects the exact contrary.

Of course, this method implies a lot of time to be spent, before starting the mediation attempt, during all the same, and eventually also after the reach of an acceptable solution, in order to monitoring its stability in the future, in any case where a good and profitable relationship among the reconciled parties is an important feature of the reached solution.

Such important time expenditure is certainly not possible to manage in case of adoption of a “classic” mediation, under the rule set forth by Legislative Decree 28/2010, since in this case other law principles and necessities have to be kept in mind and strictly observed.

As everybody knows, the principal aim of such legislation is to avoid the impressive amount of civil trials, which cause an excessive length of the processes, a regrettable situation which has a negative impact on the right functioning of the Inner Market in the European Union, but also a deterrent from investing by foreign companies and citizens and, last but not least, a worsening of the social climate.

In this optic, is important that the duration of mediation be short enough, and will not become a cause of unnecessary waste of time and expenses, in case of bad willingness of the asked party to mediate. Nevertheless, the system provides for further occasions of mediating, during the litigation, when the judge in its authority of trial leader shows to the attorneys of the parties that, in its opinion, at the light of the state of the instruction, there is room for an agreement and therefore the anticipated closing of the trial. In most cases, the judge’s invitation is assisted by an anticipation of his judgement, which often may induce the parties, so counselled by their attorneys, to stop the trial and accept the judge’s proposal.

No doubt that this procedural tool has a good effect, no doubt also that this issue is mainly due to the role of the judge,

who has the legal power to decide the case, which is not the case if the proposal (when permitted) is made by the mediator, under the demand of the parties, but with no power to decide the case at all. It is clear also that the judge is not, and will never be, a mediator, since he only is allowed by the law to send parties to a mediation during the instruction period, or simply to let them in a short time to accept or not his proposal, because he has the power to do so, as the civil procedure code allows², also independently from the mediation legislation.

In this optic, the value of mediation, both preceding the trial or during it, may play an important role for reaching the principal aim of the law, which is, as above said, to prevent unnecessary use of the trial and consequently the duration of pending procedures. But no doubt about the fact that the scope of this legal system is not (may not) be considered as a mean of refurbishing mutual relationships among the parties, moreover for lack of time and power of deepening the whole matter by the mediator.

2. *The scope of activity of "We Solve"*. – Having so clarified that the "classic" mediation has its own reason of being, and its usefulness in the optic set forth by the legislator, we are now exploring more in details where and when the "We Solve" method may be used.

We will start our explanation, by reporting to the booklet issued by the United Nation in september 2012, and unfortunately still not well known, "Guidance for an Effective Mediation", which, in our opinion, should be considered as a kind of short bible for all types of mediators, but moreover those who are not dealing essentially with civil and commercial matters³.

The principal aim of this booklet is to enhance a new approach to every kind of mediation, either at international level or at local one, considering that the goal of worldwide peacekeeping and peace reaching is linked to all levels of conflict solving, from State to the individuals. Moreover, the booklet shows the

² Codice di Procedura Civile, art.175, al. 1 (Istruzione della causa);

³ United Nations Guidance for Effective Mediation, Foreword by Ban-ki-Moon, Secretary General, September 2012.

importance of a better training of mediators, aimed at avoiding errors and too limited actions, ignoring the necessity to involve all the interested persons and public entities in the process of an “effective mediation”.

So it is important for us, if we wish to avoid the risks of working for nothing, to consider very important to deepen this booklet’s suggestions, since they have been studied and proposed to the readers of the world by a team of top mediators, having a widespread experience on the field.

Avoid errors and limited actions which could affect the process of mediation is always necessary, not only in the international disputes, but also at every intermediate level, until to the single, private controversy. Each mediation should be considered as a relevant contribution to the general peace.

In this optic, the “We Solve” method may not differ from the medical approach to eliminate an illness. The more a patient is suffering, the more he needs the intervention of specialists, a team of MDs who are capable of covering all the aspects of the scene, starting from the anamnesis, that is the wide investigation about the causes of illness in the family context, going on with the prognosis, and eventually the necessary therapy. Considering that litigation is the manifestation of a deep social and personal illness, which may lead to very bad consequences both in economy and in the personal behaviour, it is not difficult to conclude that a kind of “medical” approach to the solution is more than useful, practically necessary.

It is then evident that the mediation, in cases of difficult solutions, may take a lot of time and the involvement of different specialists, leaded by a learned mediator who may therefore profit of the necessary competences, in order to put on the table the best possible solution.

In order to reach this goal in a reasonable period of time, it would be necessary not only to have the cooperation of said specialists, but also, and moreover, the involvement and cooperation of the parties and their counsels, if attending the mediation process. This general involvement is the right way in order to reach the possibility of saying “We Solve”.

Another aspect which seems to us quite important, is to avoid external bad interferences, which may cause delays or, in cer-

tain cases, even the failure of the mediation. Taking for instance an example offered by the scientific world, it is interesting to know that a team of Italian searchers, working in the Gran Sasso Laboratory, at some 1,400 meters under the ground level, and so extremely well protected from the damaging interferences of cosmic rays, have succeeded in experimenting what happened in the first second after the Big Bang, making an important progress in the knowledge of Universe birth and development.

This example may clearly convince us of having the same approach when starting a difficult mediation, that is avoiding every kind of bad interferences capable of affecting a positive result.

It would be pitiful that a good mediator's activity and a lot of efforts by his collaborators and all the involved parties may risk to be affected by an external, not prevented, interference. So it will be useful for a good mediator to keep in mind that some "cosmic rays effect" could interfere with his action, if he doesn't investigate at all times in order to avoid such risk. Hostile interference may come from every type of enemies of a positive solution, for instance competitors of one or even both parties, or persons/ companies interested in a completely different solution, or even to let the litigation status last indefinitely, for their own profit.

In this optic, a fair and full cooperation with the parties and their counsels, if present, may be essential, since they may know better than anyone else if there are such risks, and how to prevent them, with the wise help or the mediator.

3. *Conclusion.* – As a short conclusion of this report, we may consider that mediation is a general method for solving almost every case of conflicts and controversies, exactly as the medical intervention is a general way to care almost every case of illness. It is then clear that each specific illness asks for a specific treatment, and consequently each specific conflict or controversy needs a specific mediation tool, which should be considered adapted to the case. A bad choice may result in a bad solution.

There is room for every kind of mediation, as the UN booklet has clearly indicated. "We Solve" method is devoted to complex

situations, not only in civil and commercial fields, but also and moreover in all the different fields such: social, environmental, intercultural, interreligious, emergency, family, labour, company management, international.

Each of such matters should be explored, studied and analyzed in order to offer the best chances for an effective solution, which has to be monitored in the following times, in order to ensure that the solution given may last, or needs some adjustments, in order not to lose the work until then made.

We do hope that many skilled mediators would appreciate this approach and will be interested in deepen their knowledge in such direction.

FULVIA TRINCIA*

IL NOME “A DOMINIO” NATURA E QUALIFICAZIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il campo della moda. - 3. Caratteristiche. - 4. Proprietà

1. *Introduzione.* – Il nome a dominio (Domain Name System) si trova nella zona intermedia tra la tutela del diritto al proprio nome (art. 6 ss. cod. civ.) e quella dei marchi di impresa registrati (cod. proprietà industriale d.lgs. 30/2005). Esso si colloca all’interno del web ed è segno distintivo di un sito. Non può essere compreso al di fuori della realtà del web e della tendenza del web ad imitare il mondo della realtà.

Esemplare di questa tendenza è proprio il c.d. nome “a dominio” che vuole imitare l’istituto della proprietà, con riguardo ad un bene immateriale, quale il nome.

La particolare valenza normativa del nome “a dominio” è di coniugare il valore di cui può godere un particolare nome (ad es. Armani o Fendi) con l’attività commerciale che ad esso si riferisce e che, in genere, viene tutelata dal marchio di impresa.

Esso però, proprio in quanto sottoposto alla tutela del nome, ne incontra anche i limiti.

In generale, chiunque si può opporre all’uso di un nome altrui, in quanto abusivo e lesivo del proprio nome, ove appunto la controparte non possa vantare un nome “a dominio”.

Ove invece il nome “a dominio” venga usato per finalità commerciali, esso si avvicina al marchio e ad esso può sempre opporsi il titolare di un marchio già registrato, che rechi lo stesso nome e per prodotti simili (v. art. 22 cod. proprietà industriale).

Occorre domandarsi: quale futilità del “nome a dominio” rispetto a quella dell’uso del nome, ove consentito dal titolare, o

* Avvocato.

l'utilità rispetto al marchio? È da applicare la categoria flessibile e universale della proprietà e non quella "della persona", quale "dominio", anche all'uso del nome e ai servizi o prodotti che ad esso possono collegarsi.

Basta considerare che la categoria del dominio è flessibile (v. le definizioni di dominio principale e secondario) e consente allargamenti e riduzioni, e ciò nel senso che esso può applicarsi anche a parti o componenti dell'interesse o del bene o utilità che si intende proteggere.

2. *Il campo della moda.* – Nel campo della moda, l'uso del nome "a dominio" si presenta particolarmente favorevole, perché il prodotto di moda, consistente in una particolare linea del modello e nella forma di esso o in un colore del tessuto, si presenta più che collegato oggettivamente ai prodotti e al servizio della casa di moda che li ha prodotti (tali da dover essere identificati a mezzo di un segno distintivo, quale il marchio), invece che alla persona (fisica) dell'Autore e quindi al "nome" di esso quale "creatore". Si osserva dunque una doppia esigenza di tutela: quella, personale, del suo autore e quella commerciale che ha il fine di evitare la confusione con altri modelli o prodotti consimili di altre case di moda.

Il nome "a dominio", nella sua flessibilità, consentirebbe ad es. di concentrare la tutela su di un particolare aspetto o forma del prodotto (ad es. il colore) il che non sarebbe possibile con il marchio, poiché con esso occorre bilanciare il diritto ad essere titolari di un marchio di colore con l'interesse generale alla libera disponibilità di tale colore, e quindi al sistema della concorrenza. La valutazione del carattere distintivo del marchio in relazione ad un colore deve essere effettuata in concreto con riguardo ai prodotti ed ai servizi indicati nella domanda di registrazione e tenendo conto della percezione di tale marchio da parte del pubblico. Nel nome a dominio, il colore scelto può permettere di consentire all'utente l'accesso al sito e di distinguere quello specifico spazio digitale da tutti gli altri.

3. *Caratteristiche.* – Con il nome "a dominio", ove registrato, si assommano dunque i vantaggi connessi alla notorietà del nome,

proprio o di altri, con quelli che possono nascere dall'uso di un segno distintivo del prodotto. Si può anche dire che il nome, quale "bene immateriale", subisce quasi un processo di codificazione, in quanto oggetto di "dominio", cioè il nome diventa "bene" e non più "segno" solo distintivo di un prodotto.

Esso presenta i caratteri seguenti:

Ad es. il nome, in quanto collegato alla immagine della persona e alla funzione da essa svolta ha di per sé capacità distintiva senza ricorrere ad altri elementi distintivi.

Si potrebbe altresì sostenere che il riconoscimento di un nome "a dominio", in quanto collegato all'idea della proprietà, non subisca decadenza ove non venga usato dal suo titolare (v. invece per il limite dell'uso effettivo del marchio, Part. 24 1. propr. Industriale) né che esso possa subire l'effetto di esaurimento, previsto per i diritti di proprietà industriale (art. 5 legge della propr. Ind.). Sembra altresì che esso non risulti sottoposto a limiti temporali che sono propri "del diritto di utilizzazione economica per diritto d'Autore", art. 44 1. propr. Ind.). È certo che l'uso del nome "a dominio" sopravvive alla scomparsa del suo titolare e continua a poter essere usato anche oltre i settanta anni dopo la morte dell'Autore.

Dunque, in estrema sintesi, i vantaggi propri dell'uso del nome "a dominio" è di mettere assieme la forza simbolica ed evocativa del nome, ove fornito di successo e notorietà e quindi della tutela di cui esso può godere, quale diritto della persona (art. 6 sett. Cod. Civ.) specie a fronte della contraffazione compiuta da altri, con l'esclusività che ad esso può essere garantita, sul terreno della concorrenza, dalla sua registrazione, alla pari di un marchio registrato (art. 7 1. sulla propr. ind.).

Ed occorre aggiungere come la particolare forma di "dominio" ad esso riconosciuto, a differenza del marchio, attribuisce ad esso la nota distintiva dell'appartenenza e dei suoi caratteri.

Ma ciò spiega come il numeroso contenzioso che è venuto in essere ha avuto appunto riguardo ad ipotesi in cui la richiesta di registrazione di un nome di dominio risultava coincidente con un marchio, a volte celebre.

Infatti, l'acquisto, senza alcun criterio, dei nomi di dominio costituiti da marchi celebri o da parole di uso comune, comportava spesso la rivendita degli stessi ai soggetti interessati, ad un

prezzo assai più elevato rispetto al costo della registrazione (c.d. cybersquatting).

Pertanto, secondo l'orientamento maggioritario della Giurisprudenza, si applica anche ai nomi a dominio Part. 12 co.l lett. B) del d.lgs. 30/2005, e quindi non possono costituire oggetto di registrazione i segni che, alla data del deposito della domanda, siano identici o simili ad un segno già noto come ditta, marchio, denominazione o ragione sociale, insegna, nome a dominio, usato nella attività economica o altro segno distintivo adottato da altri, se tale registrazione è causa di identità o affinità fra l'attività di impresa esercitata da un soggetto ed i prodotti e/o servizi per i quali il nome a dominio è registrato, ossia qualora possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico che può consistere anche in un rischio di associazione tra i due segni (Cass. civ. 2976/2020).

4. *La proprietà.* – La tutela del nome “a dominio” finisce con il seguire il modello della proprietà. Il titolare di un nome a dominio, così come il proprietario, può esercitare l'azione di rivendica che consiste, nel caso di specie, non già nella restituzione materiale della cosa, ma nell'ottenere la dichiarazione di nullità dell'attestato di registrazione del nome “a dominio” da altri illegittimamente ottenuto (art. 133 1. propr. Ind.).

E inoltre egli può ottenere la revoca della registrazione del nome “a dominio”, da altri ottenuta in violazione dell'art. 22 legge marchi (art. 118 comma 6 legge marchi).

È altresì da considerare che il nome “a dominio”, come segno distintivo di un diritto di proprietà industriale, è altresì tutelato ove l'uso di esso costituisca un elemento di “concorrenza sleale” ai sensi dell'art. 2598 c.c.

È specie sotto questo aspetto che la tutela del nome “a dominio” si distacca nettamente dalla tutela del diritto personale al nome, il quale, di per sé, non dovrebbe avere alcuna funzione sul terreno della concorrenza economica, per accedere invece alla tutela dei segni distintivi della impresa, così da costituire un limite acchè altri possano usare lo stesso nome “idoneo a produrre confusione con i segni distintivi da altri legittimamente usati” (art. 2598 c.c.).

RAÛL JOSÉ VEGA CARDONA*

LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LA SOLUCIÓN
ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO PRIVADO.
ESPECIAL REFERENCIA A LA ELEVACIÓN A PÚBLICO
DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN

SUMARIO: 1. Notas introductorias. - 2. La mediación como método alternativo de solución de conflictos. - 3. La intervención notarial en la mediación y la elevación a público del acuerdo: puntos críticos en su configuración. - 4. Bibliografía.

1. *Notas introductorias.* – Sin lugar a dudas Cuba se encuentra viviendo una nueva era para el Derecho como ciencia y como sistema. La nueva Constitución de la República refrendada por los cubanos en este 2019 introduce novedosos cambios al ordenamiento jurídico patrio que han sacudido sus tradicionales cimientos para tratar de atemperar nuestras normas, tanto a la realidad cubana actual como al marco jurídico internacional. De esta forma, el nuevo artículo 93 reconoce el derecho de las personas naturales a resolver sus controversias utilizando métodos alternos de solución de conflictos¹. Ello pone en el centro del debate el uso de dichos métodos en su más amplia expresión, lo que si antes podía considerarse una aspiración de *lege ferenda*, hoy resulta un imperativo si no se quiere que la Carta Magna sea letra muerta.

Y es justamente aquí donde cobra especial significación la figura de la mediación, en tanto, más allá del rol que se le atribuye como medio para descongestionar los Tribunales de justicia;

^ Profesor Titular de Derecho Civil y Derecho Notarial.

¹ *Cfr.* Constitución de la República de Cuba de 2019, artículo 93: El Estado reconoce el derecho de las personas a resolver sus controversias utilizando métodos alternos de solución de conflictos, de conformidad con la Constitución y las normas jurídicas que se establezcan a tales efectos.

su relevancia radica en permitir que los justiciables ejerzan su derecho a autodeterminarse, lo que les permite incidir positivamente en la construcción de una sociedad más democrática y pacífica, mediante la configuración de un sistema de justicia más participativo. La mediación se constituye como un mecanismo en el que encuentra también garantía el derecho a la tutela efectiva, y en especial en su faz vinculada al acceso a la justicia en tanto amplía las vías concebidas para esto.

2. *La mediación como método alternativo de solución de conflictos.* – La mediación supone un intento de recomposición del conflicto en aras de garantizar la paz en las relaciones sociales, y por ende de las relaciones jurídicas en tanto estas resultan ser reflejo de aquellas. Con ello se contribuye a que los sujetos que se someten a mediación retomen el desarrollo de sus relaciones en la esfera normal del Derecho, o lo que es lo mismo, en el ámbito no litigioso. Sin embargo, no debe perderse de vista el hecho de ser justamente un intento, pues nada obsta para que una vez detonado el conflicto que ha conllevado al sometimiento a este método de solución amistosa de conflictos, este pueda renacer con posterioridad, incluso con mayor intensidad. Por ello, resulta relevante la formalización del acuerdo de mediación a través de su homologación ante el juez competente, su elevación a escritura pública ante notario o la utilización de cualquier otro mecanismo legal establecido por el ordenamiento jurídico en aras de garantizar su oponibilidad a terceros y su ejecución, incluso por las cauces de la tutela ejecutiva privilegiada que puede brindar la norma procesal².

Varias han sido las definiciones que desde diversos sectores se han ofrecido sobre la mediación, sin embargo resulta relevante que en el ámbito jurídico sea entendida como un método, como un procedimiento e incluso como un sistema, a pesar de ser con-

² Sobre tan interesante tema en el Derecho español puede consultarse, entre otros, a S. TAMAYO HAYA, *El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo*, en E. VÁSQUEZ DE CASTRO (direct.), *Practicum de Mediación 2014*, Editorial Aranzadi S.A, Navarra, 2013, pp. 181-248; K.J. ROBLES RAMOS, *La eficacia de la mediación: cuestión de perspectivas*, *Revista de Administración Pública*, volumen 47, 2016, pp. 125-156.

ceptos jurídicos con diversos significados. ORTUÑO MUÑOZ por ejemplo la define como un método complejo y poliédrico, que no puede encuadrarse en los esquemas clásicos de las instituciones jurídicas tradicionales, siendo a su juicio uno de sus rasgos más relevantes “la excelencia técnica del profesional que ha de intervenir como mediador”³. Esta concepción como método es quizás la más arraigada de las que se han esgrimido para definir la mediación, al resultar esta una especie dentro del amplio conglomerado de mecanismos que hoy se reconocen para la solución extrajudicial de conflictos como pueden ser la negociación, el arbitraje o la conciliación. A su vez, autores como ROGEL VIDE conceptualizan a la mediación como procedimiento⁴. De hecho, el prestigioso jurista español cita la definición ofrecida por JHON M. HAYNER, fundador de la Academia de Mediadores Familiares de Estados Unidos, que la concibe como un procedimiento; al artículo 3.º de la Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo que la define como procedimiento estructurado, el artículo 1.1 de la Ley de Cataluña del año 2009 de mediación en el ámbito del Derecho Privado que la define como un procedimiento no jurisdiccional, así como a PUY MUÑOZ que se pronuncia en similar orden. Agregando además que su finalidad es la solución y no la resolución del conflicto en tanto esta última adquiere matices diferentes en su acepción técnica, incluso para el derecho Civil que la circunscribe a determinados supuestos de incumplimiento contractual⁵.

³ P. ORTUÑO MUÑOZ, *Apuntes críticos sobre la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación Civil y Mercantil*, en L. GARCÍA VILLALUENGA, E. VÁSQUEZ DE CASTRO (direct.), *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, Editorial Reus S.A., Madrid, 2013, p. 48.

⁴ Esta postura fue la consagrada por 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*, que la define en el artículo 3 como “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”.

⁵ *Cfr.* C. ROGEL VIDE, *Artículo 1. Concepto*, en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE (direct.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Editorial Reus S.A., Madrid, 2012, pp. 25y 26.

Otros estudiosos la conciben como un sistema, tal como señalan GARCÍA VILLALUENGA y VÁSQUEZ DE CASTRO cuando destacan que es un “sistema cooperativo de gestión, transformación y solución de conflictos”⁶. Pese a, no faltan estudiosos que ofrecen una mixtura en la definición legal de la mediación. Así, autores como la propia GARCÍA VILLALUENGA y PÉREZ GURREA se han referido a esta como procedimiento, método y sistema⁷. Esta multiplicidad de definiciones responde quizás a la complejidad del fenómeno que requiere de una ductibilidad en su concepción jurídica para poder afrontar cada una de las variables que impone la solución amistosa de un conflicto ya detonado. A mi estima, la mediación es en primero orden un método o técnica que debe dominar el mediador para lograr el acuerdo entre las partes, ya sea sobre la totalidad de los puntos o ejes del conflicto o sobre una parte de estos. Pero además se compone como institución jurídica de un grupo de pasos que configuran en sí un procedimiento extrajudicial, donde la técnica utilizada por el mediador cobra especial protagonismo. Y por último también es un sistema, en tanto la mediación no sería exitosa si en torno a ella no se configuran instituciones e incluso personas distintas al mediador que actúan con un objetivo común. Es así como puede imputársele al instituto objeto de estudio un carácter trifonte en su dimensionamiento teórico-jurídico. Pero a pesar de la existencia de cierta diversidad de criterios en la configuración jurídica de la mediación, sí pueden señalarse algunos rasgos o elementos comunes que la caracterizan:

- La intervención de un tercero ajeno al conflicto que tiene la condición de mediador, existiendo cada vez más un consenso de que debe ostentar dicha cualificación a partir de una formación sólida en la materia.
- La disponibilidad jurídico-material de los derechos en conflicto, rasgo esencial para que puede derivarse al procedi-

⁶ L. GARCÍA VILLALUENGA, E. VÁSQUEZ DE CASTRO, *La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo, Política y Sociedad*, volumen 50, número 1, p. 73.

⁷ Cfr. L. GARCÍA VILLALUENGA, *La mediación familiar: una aproximación normativa, Portularia*, volumen II, número 1-2, 2007, Universidad de Huelva, p. 9; R. PÉREZ GURREA, *La mediación en asuntos civiles y mercantiles como método de resolución extrajudicial de conflictos*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n° 90, número 745, 2014, p. 2274.

miento de mediación pues ello no ocurrirá cuando la situación jurídica, los derechos implicados o sus efectos estén regulados por normas de *ius cogens*.

- El rol protagónico de las partes en conflicto en el alcance del acuerdo contentivo de la solución total o parcial de la controversia. Con ello se significa que el acuerdo no se impone ni se sugiere directamente por el mediador, si bien ello no obsta para que este acerque a los sujetos en sus posiciones aconsejando sobre determinados aspectos que incluso pueden aquellos desconocer, particularmente los relativos a la esfera jurídica. Es justamente en este punto donde juega un rol esencial el principio de autonomía de la voluntad en conexión con el rasgo que se señala previamente.
- Cierta nivel de formalidad que pueden imponer las normas que regulen la institución, en cuanto ello implica seguir toda una metodología definida que garantice una efectiva mediación, lo que no obsta para que pueda adaptarse a las particularidades del conflicto mediado.
- El carácter satisfactorio del acuerdo de mediación para las sujetos implicados, que supone una variación en la tradicional fórmula para resolver las controversias, en tanto el apelativo que cualifica a la solución total o parcial deja ser necesariamente justo, a imperativamente aceptable para todos los sujetos, ya sea en el todo o en una parte de los puntos en conflicto.
- Su concepción como una vía alternativa de acceso a la justicia, en cuanto supone apartarse del cauce tradicional que es la vía jurisdiccional para solventar la controversia a través extrajudicialmente⁸. Empero, debe señalarse que la mediación no resulta antítesis de la jurisdicción sino que la complementa, de forma tal que se erige en un sistema no confrontativo en

⁸ Así incluso se consignó en el Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales (2011/2026(INI)), Documento de sesión del Parlamento Europeo 2009-2014, A7-0275/2011, 15.7.2011 y Propuesta de Resolución adoptado por unanimidad, donde se concluye que la mediación sea considerada como uno de los accesos a la administración de justicia según citan L. GARCÍA VILLALUENGA, E. VÁSQUEZ DE CASTRO, *cfr.* L. GARCÍA VILLALUENGA, E. VÁSQUEZ DE CASTRO (n. 6), p. 73.

la búsqueda de “lo justo” sin pasar por “lo litigioso”. Se está así ante un método autocompositivo del conflicto que no solo pretende resolverlo sino también gestionarlo.

A su vez, como toda institución jurídica la mediación se erige sobre principios que sustentan tanto al procedimiento, como la intervención de las partes, el estatuto jurídico del mediador e incluso las denominadas instituciones de mediación. De hecho, en el caso del ordenamiento jurídico español la Ley 5/2012 de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, consagra de los artículos 6 al 9 los principios de voluntariedad y libre disposición, igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, neutralidad, y confidencialidad⁹. COBAS COBIELLA al estudiar los principios de la mediación en el ámbito familiar destaca que “le otorgan su esencia, al ser como las proposiciones esenciales, que marcan el desarrollo de éstas”¹⁰. Sobre ellos ha sido profusa la doctrina que los ha analizado con profundidad e incluso ampliado a otros que si bien no cuentan de consagración normativa explícita se coligen de los caracteres de la institución o incluso del sistema de mediación en sentido general. En este sentido se pronuncia GARCÍA VILLALUENGA que al enumerarlos, los dota del carácter de ejes cardinales, señalando como tales a la voluntariedad, la imparcialidad, la neutralidad, la confidencialidad, la profesionalidad, la buena fe, la flexibilidad del proceso, el carácter personalísimo de este, el interés superior del menor y de la familia¹¹. Esta propia autora cita además, en otro de sus trabajos, los principios de transparencia y eficacia, y los califica a todos en su conjunto como garantías mínimas del sistema de mediación¹². En similar orden se pronuncia también PÉREZ GURREA, que incluye los principios de igualdad de

⁹ Cfr. Ley 5/2012 de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, artículos del 6 al 9, en *Boletín Oficial del estado español*.

¹⁰ M.E. COBAS COBIELLA, *Mediación familiar. Algunas reflexiones sobre el tema*, *Revista Boliviana de Derecho*, número 17, enero 2014, p. 41.

¹¹ Cfr. GARCÍA VILLALUENGA (n. 7), p. 12.

¹² Cfr. L. GARCÍA VILLALUENGA, *Principios generales de la mediación*, en E. VÁSQUEZ DE CASTRO (direct.), *Practicum de Mediación 2014*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2013, p. 81.

las partes e igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad¹³. Así como LUQUIN BERGARECHE quien realiza una interesante división entre principios específicos de la metodología de mediación y principios procedimentales de la mediación, encuadrando dentro de los primeros a la cooperatividad, la autocomposición, la voluntariedad, la libre disposición del objeto de las partes, la neutralidad e imparcialidad del mediador, la confidencialidad y la profesionalidad. A su vez, señala como principios propios del procedimiento a la inmediatez y el carácter personalísimo, el antiformalismo y la flexibilidad, el deber de colaboración y la buena fe, y la asunción de costes económicos del proceso por las partes¹⁴. Sin entrar en un debate filosófico sobre si todos los aspectos enunciados resultan certeramente principios en su acepción jurídica, pues ello excedería con creces los fines de este artículo, lo cierto es que su reconocimiento doctrinal e incluso legal permite configurar con mayor exactitud el instituto objeto de análisis en toda su dimensión. Tales principios, en tanto mandatos de optimización como los denominara ROBERT ALEXY¹⁵, resultan aplicables y adaptables según las posibilidades fácticas y jurídica de cada ordenamiento, y por ende informan a la mediación como sistema mucho más allá de la exégesis normativa, constituyéndose incluso en fuentes del Derecho de especial relevancia para aquellos ordenamientos en los que si bien puede no existir una regulación jurídica de la mediación, nada obstaculizaría para que, desde una posición principalista, pueda utilizarse el instituto por las evidentes ventajas que ofrece para la solución alternativa de litigios. De los autores ya citados ORTUÑO MUÑOZ y PÉREZ GURREA coinciden en señalar como motivos o ejes para que proceda la mediación a la desjudicialización, la deslegalización y la desjuridificación del sistema en consonancia con lo señalado en los

¹³ Cfr. PÉREZ GURREA (n. 7), pp. 2279-2280.

¹⁴ Cfr. R. LUQUIN BERGARECHE, III. *Los principios de la mediación*, en T. HUALDE MANSO (direct.), *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y España*, Editorial La Ley, Wolters Kluwer España S.A., Madrid, 2013, pp. 131-153.

¹⁵ Cfr. R. ALEXY, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, DOXA, número 5, 1988, pp. 139-151.

apartados II y III de la Exposición de motivos de la Ley 5/2012 de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles* de España¹⁶. El primero de ellos referido a la necesidad de evitar la excesiva litigiosidad mediante la introducción de un mecanismo autocompositivo para la solución del conflicto con lo que se pretende al menos descargar la carga de trabajo de los tribunales. El segundo, encaminado a destacar la pérdida del rol central de la ley en beneficio del principio dispositivo, y el tercero concebido a los efectos de la no necesidad de determinar el contenido del acuerdo de mediación según señala PÉREZ GURREA. Adempero, en relación a estos dos últimos ejes u objetivos debe matizarse, a juicio de este autor, su cabal comprensión, pues ni las partes actúan ajenas al principio de legalidad ni el acuerdo de mediación puede reputarse ajeno de juridicidad pues justamente la ley propende su eficacia jurídica *inter partes*, e incluso oponible a terceros cuando se dota de fuerza ejecutivo mediante los mecanismos establecidos para ello. *Ergo*, lo que debe destacarse es el rol del principio de autonomía de la voluntad que se potencia con especial énfasis en esta sede, ya sea desde el punto de vista procedimental como del acuerdo de mediación, que adquiere, según algunos estudiosos, naturaleza contractual. Se coincide así con lo señalado en su día por COBAS COBIELLA cuando destacó que “con independencia del tipo de mediación que se trate (...), la autonomía de la voluntad sigue estando presente, porque es el fundamento conceptual y teórico de la misma [la mediación]. Esta constituye una conclusión y una realidad que no podemos obviar”¹⁷.

3. *La intervención notarial en la mediación y la elevación a público del acuerdo: puntos críticos en su configuración.* – Si bien es cierto que la mediación no requiere de la intervención notarial para su efectividad; no puede negarse que en esta sede se

¹⁶ Cfr. ORTUÑO MUÑOZ (n. 3), p. 54; PÉREZ GURREA (n. 7), p. 2274.

¹⁷ M.E. COBAS COBIELLA *Autonomía de la voluntad y mediación. Algunas notas sobre la cuestión*, en A. ORTEGA JIMÉNEZ, M.E. COBAS COBIELLA (COORD.), *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de actualidad*, Economist & Jurist, Difusión Jurídica, Madrid, 2013, p. 92.

despliegan un conjunto importante de garantías jurídicas que se derivan de la sola intervención del fedatario público. El notario interviniente en un acto de esta naturaleza dotará al instrumento que autorice de las notas de certeza, veracidad, autenticidad, así como el carácter indubitado, por el simple hecho de ser depositario de la fe pública por excelencia. A su vez, su condición de jurista implica la utilización de cuantos mecanismos legales ofrece el Derecho para adecuar la voluntad de los comparecientes, así como para velar de la equidad y protección de sujetos vulnerables que intervengan en el instrumento público. En consecuencia, el valor de la intervención del notario público en la mediación preconiza las ventajas que ofrece no solo en la configuración de la voluntad de los sujetos, sino y sobre todo, en los efectos que de ella emana. Sobre el tema de la intervención notarial en la mediación ya el autor de este trabajo se había referido en otra oportunidad junto a MILÁN MORALES y ORDELÍN FONT, señalando que tres pueden ser las posibilidades que de ello se derive: el notario como mediador, la utilización de la mediación por parte del notario en la prevención de futuros litigios, y en la eficacia jurídica del acuerdo de mediación¹⁸. Sobre el primer aspecto puede señalarse que ha existido cierta oposición para considerar al notario como mediador por considerar incompatible ambas funciones en tanto el fedatario público ejerce su actividad en la esfera antilitigiosa, con lo que la comparecencia de las partes ante notario debe basarse en el pleno acuerdo existente entre ellas. Sin embargo la práctica notarial ha mostrado otra realidad. Que los sujetos comparezcan ante el funcionario fideifaciente no se debe únicamente a la falta de litigio, de hecho este puede estar latente o en una intensidad moderada, pero el resto de las ventajas que supone la dación de fe pública notarial (el carácter de prueba preconstituida, la celeridad de la actuación, la disminución de los costos económicos, etc.) constituyen un valladar para concurrir a la seje judicial. En este sentido, existe un consenso en señalar que en ocasiones, la

¹⁸ Cfr. N. MILÁN MORALES, J.L. ORDELÍN FONT, R.J. VEGA CARDONA, *La intervención notarial en la mediación. Consideraciones de 'lege ferenda' en la prevención/resolución de conflictos en el ordenamiento jurídico cubano*, *Revista de Derecho Privado de la Universidad de Externado de Colombia*, n° 28, enero-junio de 2015, pp. 411 ss.

función asesora del notario se superpone a la mediación en cuanto a la participación activa del funcionario en la configuración y adecuación de la voluntad de los comparecientes por los márgenes del Derecho. Es lo que se ha denominado mediación de hecho en el marco del asesoramiento notarial donde se propone “un proyecto apropiado, persuadiendo de forma imparcial [para] alcanzar la transacción que resulte de la escritura adecuada”¹⁹. Incluso, algunos estudios históricos revelan que desde el siglo XVII los escribanos públicos intervenían en mediaciones y arbitrajes privados, en el marco de su propia actuación. Así, WASSERMAN destaca que en las primeras escribanías de Buenos Aires, Argentina, se constata lo que denomina mediación informacional y contractual del escribano²⁰. Lo cierto es que en el ejercicio del asesoramiento se despliegan un conjunto de mecanismos que coinciden con aquellos propios de este método alternativo de solución de conflictos, a veces sin que el propio notario se encuentre consciente de ello. No obstante, el pensamiento más avanzado en materia notarial propugna hoy que la intervención del fedatario vaya mucho más allá del simple asesoramiento para constituirse en mediador²¹. Así se ha entendido por el notariado argentino que en la Primera Asamblea Ordinaria de su Consejo Federal celebrada en el 2014 destacó el rol del notario formado en técnicas de mediación para la prevención y solución de conflictos²². De igual manera la Resolución Final sobre el tema 1 “La función notarial preventiva de litigios: el consejo y la mediación

¹⁹ J.V. PONS y GARCÍA, *La aplicación desde el ámbito notarial de los mecanismos alternativos de solución de controversias*, *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Año 4, n° 7, julio-diciembre 2016, p. 34.

²⁰ Cfr. L.E. WASSERMAN MARTIN, *La mediación notarial en la interacción económica: confianza, información y conexiones en la temprana Buenos Aires*, *Prohistoria*, Año XVIII, núm. 24, diciembre de 2015, p. 73.

²¹ Cfr. L.A. AGUILAR BASURTO, *La función notarial. Antecedentes, naturaleza y nuevas tendencias*, Editorial UBIJUS, México, 2015, pp. 224-237.

²² Cfr. B. GALIÑAREZ, et al., *Los notarios en prevención y solución de conflictos*, Informe presentado a la Primera Asamblea Ordinaria del Consejo Federal del Notariado Argentino, celebrada los días 10 y 11 de abril de 2014, disponible en http://www.cfna.org.ar/foros_repository/foros2014/FORO_I_ASAMBLEA_-_Los_Notarios_en_Prevenccion_y_Resolucion_de_Conflictos_-_GALINAREZ_COCOLA_y_CLERICI.pdf, consultado el 14 de agosto de 2018.

notarial como uno de sus instrumentos”, del XXIII Congreso Internacional de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en Atenas, Grecia en el año 2001, reflejó que “el notario es especialmente habilitado para ser mediador, y puede actuar como notario-mediador competente en los asuntos de conflictos que tocan lo jurídico (...). Para cumplir como mediador, el notario necesitará, además de su dominio del derecho, una formación especial, un equipo técnico adecuado, si necesario una deontología adoptada y una remuneración justa y podrá escoger libremente si ofrece o no sus servicios de mediador aparte de sus otras funciones notariales”²³. A su vez, resulta interesante la experiencia sobre este tema en México, donde incluso se ha plasmado de forma expresa la posibilidad de que el notario se constituya en mediador en la legislación notarial de los Estados de Chiapas, Estado de México, Jalisco, Nayarit, Puebla, Estado de Quintana Roo, Veracruz, Zacatecas y en la Ciudad de México; según nos referencian HERNÁNDEZ BEZANILLA *et al*²⁴.

A su vez, la utilización de cláusulas preventivas de conflictos en los instrumentos públicos también resulta ser una de las posibles aristas de la intervención notarial en la mediación. Ello es resultado, sin dudas, de la sólida formación jurídica que debe poseer el fedatario y de su previsión ante el acaecimiento de posibles litigios derivados de los actos en los que interviene. En este sentido se afirma que dos pueden ser las cláusulas que tienen esta naturaleza, las llamadas cláusulas de remisión a mediación, en la que las partes, por asesoramiento notarial, declara su sujeción expresa para solucionar los conflictos que puedan derivarse

²³ H. HEINE ELIGE (coordinador internacional), *Resolución Final sobre el tema 1 “La función notarial preventiva de litigios: el consejo y la mediación notarial como uno de sus instrumentos”, XXIII Congreso Internacional de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en Atenas, Grecia del 1 al 7 de octubre de 2001*, disponible en <http://www.acervonotarios.com/files/Resolucion%20Final%20del%20XXIII%20Congreso%20Internacional%20del%20la%20Union%20Internacional%20del%20Notariado%20Latino.pdf>, consultado el 14 de agosto de 2018.

²⁴ Cfr. E. HERNÁNDEZ BEZANILLA, *et al.*, *El Notario Público como Auxiliar de la Administración de Justicia en la Mediación*, pp. 23-24, disponible en <https://fmm2017.openum.ca/files/sites/89/2017/06/Cecilia-HERNANDEZ-BEZANILLA-%E2%80%93Emma-HERNANDEZ-BEZANILLA-%E2%80%93Fernando-Martin-DIZ-Pdf.pdf>, consultado el 14 de agosto de 2018.

del cumplimiento y ejecución de lo pactado, principalmente en el ámbito contractual. Y las denominadas cláusulas escalonadas o multimodal, que prevén una posible escalada en la intensidad del conflicto derivado del cumplimiento-incumplimiento del contenido del acto notariado y que por lo tanto prevé varios mecanismos para la solución de controversias solo que su aplicación se gradará en dependencia de su alcance. La utilidad manifiesta de la inserción de estas cláusulas en los instrumentos públicos notariales ha sido reseñada por el notariado argentino que en su ponencia “Intervención Notarial en Asuntos No Contenciosos. Presente y Futuro en Iberoamérica” presentada a la XIV Jornada Internacional Iberoamericana destaca como ventajas la posibilidad de las partes en encontrar una solución por ellas mismas, a posibles conflictos en base a sus intereses²⁵. Sobre estas dos posibilidades de la intervención notarial en materia de mediación, el ordenamiento jurídico nada preceptúa. Ello por supuesto es consecuencia lógica de la falta de previsión normativa que hasta hace muy poco tiempo existía en nuestro país sobre los métodos alternativos de solución de conflictos, lo cual estaba limitado a la conciliación en materia judicial y al arbitraje y la mediación en sede comercial internacional. Empero, la nueva formulación que propone el citado artículo 93 de la Constitución cubana supone un reto, incluso a la actuación notarial. Lo primero que debe señalarse es que expresamente no parece prohibirse que el notario pueda en Cuba constituirse en mediador. Si se revisan las prohibiciones que establece la Ley 50 de 1985 *De las notarías estatales*, pareciera colegirse que ello sería posible según el estatus legal que en una futura regulación jurídica se le conceda al mediador, que no creo sea la de considerarlo ni funcionario público o cargo de autoridad ni abogado *per se* en ejercicio, en tanto ahí sí encontraría un valladar en las prohibiciones expresas de la Ley 50 y en la propia concepción que del notariado se tiene en nuestro

²⁵ Cfr. L.N. POSTERARO SÁNCHEZ, *et al.*, *Intervención Notarial en Asuntos No Contenciosos. Presente y Futuro en Iberoamérica*, XIV Jornada Notarial Iberoamericana, Tema III La competencia notarial en asuntos no contenciosos, pp. 97-99, disponible en <http://www.escribaniaposteraro.com.ar/Trabajos-Academicos/XIV-JORNADA-NOTARIAL-IBEROAMERICANA-INTERVENCION-NOTARIAL-EN-ASUNTOS-NO-CONTENCIOSOS.pdf>, consultado el 14 de agosto de 2018.

país²⁶. No obstante, la superposición que puede producirse de la función mediadora en el marco del asesoramiento notarial resulta una posibilidad latente y aplicable hoy en el contexto cubano sin que aún se produzca la ansiada modificación normativa, al amparo del inciso II del numeral 10 de la citada ley²⁷. En igual sentido, la consignación en los instrumentos públicos de cláusulas previsoras de futuras controversias y con ello el sometimiento a mediación para su solución, resulta viable aún con las normas jurídicas vigentes. El instrumento público trasciende al futuro, incluso mucho más allá de la vida de los sujetos intervinientes, por lo que nada obsta para que en el ejercicio de esa función asesora, moldeadora de la voluntad de los comparecientes, el notario cubano pueda proponer la incorporación de tales cláusulas a los documentos que autorice. Con mucha mayor complejidad se ubica el tema de la elevación a público del acuerdo derivado de mediación, lo cual no es sino reflejo de la preocupación sobre su cumplimiento y ejecución. Y si bien es cierto que la doctrina y jurisprudencia coincide en afirmar que el cumplimiento voluntario de las partes resulta ser la regla en estos casos, llegando incluso a reconocerse la existencia de un “plus de obligatoriedad” en determinados supuestos²⁸; nada obsta para que a pesar de haber-

²⁶ Vid. Ley 50 de 1985 *De las notarías estatales*, artículo 9: Los notarios no pueden desempeñar otro cargo o empleo, bien sea electivo o de nombramiento, que lleve aparejada autoridad, potestad administrativa o función ejecutiva, excepto que se trate de cargos en el Ministerio de Justicia, docentes o científicos, o de Delegado o Diputado a los órganos del Poder Popular, en estos dos últimos casos, si ocuparen cargos ejecutivos en dichos órganos no podrán ejercer como notarios. Artículo 11: Se prohíbe al Notario: b) *Ejercer la función de abogado, excepto para asumir la dirección legal de los asuntos relacionados con sus propios derechos e intereses, los de su cónyuge o los de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.*

²⁷ Vid. Ley 50 de 1985 *De las notarías estatales*, artículo 10: El Notario tiene las funciones y obligaciones siguientes: II) *Asesorar a las personas naturales o jurídicas que requieran sus servicios a quienes instruye sobre sus derechos y los medios jurídicos para el logro de sus fines, esclarece las dudas y advierte del alcance jurídico de las manifestaciones que formulen en el documento notarial de que se trate.*

²⁸ Así lo destacó el Juzgado de Primera Instancia de Málaga en su sentencia número 661/2012 de 27 de septiembre, según referencia ROBLES RAMOS, en la que se sostiene que “(...) ha de tenerse presente que los acuerdos alcanza-

se sometido a este método alternativo de solución de conflictos, una o ambas partes decidan con posterioridad no observar lo pactado. *Ergo*, lo que se encuentra entredicho no es el contenido del acuerdo, que entre las partes resulta *lex privata*, sino su cumplimiento e incluso, oponibilidad a terceros. Esto no resulta ser un aspecto pacífico. De hecho algunas legislaciones han consagrado la directa ejecutabilidad del acuerdo de mediación sin necesidad de su homologación judicial o elevación a público mediante la intervención de un funcionario fedante, *v.gr.*, Ley 24.573, de Mediación y Conciliación Civil y Comercial, de la República de Argentina, promulgada el 25 de octubre de 1995 según señala en el artículo 12, y la Ley de Arbitraje y Mediación de la República de Ecuador, RO/145 de 4 de septiembre de 1997 tal como preceptúa su artículo 47. A su vez, cierto sector doctrinal considera que la elevación a público no forma parte del procedimiento de mediación, así para FERNÁNDEZ BALLESTEROS “(...) tampoco es inherente a la mediación que, si se alcanza el acuerdo, ese acuerdo se instrumente de una determinada manera. La autonomía de las partes – que sí es inherente a la mediación – les permite un amplio abanico”²⁹. Sin embargo, a juicio de este autor, la mediación no culmina con el acuerdo sino con el cumplimiento de lo pactado, si no se quiere asumir una posición formalista en su concepción. No basta firmar el acta final contentiva de los aspectos mediados sino que ello se lleve efectivamente a vías de hecho. Y es justamente aquí donde desempeña un rol especial su conversión en título ejecutivo, ya fuere porque así lo previeron las partes en el propio acuerdo o por querer una mayor seguridad jurídica en su cumplimiento. No debe olvidarse que en materia de mediación el conflicto siempre está latente, porque si no fuere así no hubiese sido necesario acudir a esta vía alternativa. A esto

dos en un proceso de mediación, como el que nos ocupa, tienen un “plus” de obligatoriedad. En efecto y aunque no sea de aplicación a este proceso, ha de recordarse que el Artículo 23.3 de la precitada Ley 5/2012 en su último párrafo habla del carácter vinculante del acuerdo alcanzado en mediación”; K.J. ROBLES RAMOS, *La eficacia de la mediación: cuestión de perspectivas*, *Revista de Administración Pública*, volumen 47, 2016, p. 141.

²⁹ M.A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, *Avenencia o ADR: Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Editorial Iurium, Madrid, 2013, p. 285.

se adiciona el resto de las ventajas que ofrece su homologación judicial o elevación a público, que permite, entre otros aspectos, el control de la legalidad, lo que resulta esencial cuando el mediador no es jurista. Así lo ha entendido en el contexto europeo 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* en su artículo 6 apartados 1 y 2, si bien debe notarse que no desecha la posibilidad de que la legislación de un Estado le reconozca directa ejecutabilidad al acuerdo³⁰. A su vez, la Ley 5/2012 de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, de España dispone en su artículo 25 la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación o su homologación judicial a los efectos de su conformación como título ejecutivo, pero como una facultad de las partes y no como un requisito de su eficacia³¹. En similar orden se encuentra la legisla-

³⁰ Vid. 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*, artículo 6: Carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación. 1. Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación. El contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo. 2. El contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud.

³¹ Vid. Ley 5/2012 de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, artículo 25: *Formalización del título ejecutivo*. 1. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador. 2. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho. 3. Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea. 4. Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una me-

ción belga que reconoce ambas posibilidades, la alemana que estipula la ejecución con intervención notarial, la húngara que también reconocen la posibilidad de que el tribunal o un notario incluya el acuerdo en una resolución judicial o en un documento notarial, la austriaca que dispone que solo será ejecutable el acuerdo de mediación si es suscrito por un órgano jurisdiccional o se plasma en un acta notarial, la de Eslovenia que además de la intervención notarial y judicial estipula la posibilidad de llevar el acuerdo de mediación a un laudo arbitral, y la de Eslovaquia en igual sentido; según señalan MÁRQUEZ CHAMIZO y PANSARD ANAYA³².

Ahora bien, la elevación a público de documento privado resulta ser uno de los temas clásicos del Derecho Notarial y que parte del rejuego entre el negocio privado y el negocio documentado ante notario público. ALEGRE GONZÁLEZ sintetiza las distintas posturas que se han asumido sobre tal particular, desde la tesis alemana de la *renovatio contractus* de DEGENKOLH y el negocio de fijación defendido por NÚÑEZ LAGOS, pasando por las críticas realizadas a ambas por GONZÁLEZ PALOMINO, DE CASTRO, CÁMARA y DíEZ-PICAZO³³. A su vez, JIMÉNEZ ARNAU señalaba la tesis de CARNELUTTI que distingue entre documentos dispositivos o declaraciones de voluntad, y documentos testimoniales o declaraciones de verdad; la de SIEGEL que se incardina en la distinción entre negocio causal y negocio de ayuda, y de igual forma la doctrina de los negocios de fijación de NÚÑEZ LAGO; para luego también señalar las críticas realizadas, además de por los ya citados, por RODRÍGUEZ ADRADOS y ROAN ninguno de los cuales admite la “insularidad” de la escritura pública con respecto al documento o pacto precedente³⁴. Mucho más reciente se encuen-

diación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³² Cfr. E. MÁRQUEZ CHAMIZO, A. PANSARD ANAYA, *La ejecutividad de los acuerdos de mediación en la Unión Europea. Algunas reflexiones*, *Revista Española de Relaciones internacionales*, nº 6, 2014, pp. 61-110.

³³ Cfr. J. ALEGRE GONZÁLEZ, *Elevación a escritura pública de documentos privados*, *RD*, volumen 58, nº 9, 1974, pp. 792-793.

³⁴ Cfr. E. JIMÉNEZ ARNAU, *Derecho Notarial*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1976, pp. 492-496.

tra la postura de NIETO SÁNCHEZ, que vuelve a retomar la tesis de la *renovatio contractus* cuando afirma sobre el tema que “el consentimiento es nuevo distinto, por lo que también se producen los efectos de *renovatio contractus*, de manera que la reglamentación contenida en el documento privado queda sustituida por la de la escritura (...)”³⁵. En todo caso, cuando la forma no es exigida como requisito esencial para la constitución del negocio jurídico, como sucede en las llamadas escrituras con “forma de ser”, debe destacarse que la elevación a público de documento privado se corporifica en una escritura reconocitiva en la que se produce, por voluntad de las partes, la repetición de una declaración de voluntad previa o anterior a la instrumentada ante el fedatario. Se está así ante una nueva forma que asume el negocio preexistente, debiendo por ende coincidir en sujeto, objeto y causa. Con lo cual existe una conexión indisoluble entre el negocio primario, documentado privadamente o incluso concertado de forma verbal (cuando su perfección se deba únicamente al mero acuerdo de voluntades) y el negocio escriturado ante notario público. Este es el caso del acuerdo de mediación cuando se eleva a público, pues ninguna de las legislaciones señaladas exige la forma escrita como constitutiva, pero sí la necesidad de que estén revestidas de la fe pública notarial o la homologación judicial para su constitución como título ejecutivo (salvo aquellas que le atribuyen al acuerdo tal condición *per se*). Coinciden con este criterio de considerar tal escritura como reconocitiva en el ámbito de la mediación, ALGABA ROS quien además cita en su auxilio a VARA GONZÁLEZ³⁶.

Ahora bien, la pregunta sería si las partes que intervienen en el acuerdo de mediación no pueden apartarse de lo pactado cuando acuden ante el fedatario público. Esto resulta perfectamente posible, sobre todo cuando media un período de tiempo más o me-

³⁵ J. NIETO SÁNCHEZ, *Tema 28. Valor jurídico del instrumento público. El principio de “forma dar esse rei”: las escrituras constitutivas. La elevación a público de documentos privados*, en BORREL, J. (coordinador), *Derecho Notarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 746.

³⁶ Cfr. J.M. VARA GONZÁLEZ, *Aspectos notariales de la Ley de Mediación. Referencia a la mediación familiar*, *RJN*, n° 82, abril-junio 2012; *cit. post.*, S. ALGABA ROS, “El acuerdo de mediación familiar: su singularidad”, in *Dret* 4/2017, Barcelona, p. 32.

nos aplazado entre la firma del acuerdo y la comparecencia ante notario. Acá lo primero que debe señalarse es que uno de los principios esenciales de la mediación es la voluntariedad, con lo que en ella se enseña la autonomía de la voluntad. Por lo tanto, los sujetos no están obligados a consignar en el documento notarial los mismos acuerdos alcanzados ante el mediador, siempre que esto se produzca de consuno. Incluso, nada obsta para que tal conducta sea resultado del asesoramiento notarial o del control de la legalidad, sobre todo en aquellos casos en los que el mediador es lego en Derecho. En consecuencia no es un problema de posibilidad sino de determinación del alcance de la actuación notarial, pudiendo marcarse dos posibles supuestos: que la discrepancia entre el acuerdo de mediación y el instrumento público que lo eleve a esa categoría sea parcial sin afectar los aspectos esenciales de aquel, y cuando lo escriturado ante el fedatario es totalmente diferente con lo pactado ante el mediador.

En el primero de los casos, se está ante lo que DE LA CÁMARA y el propio JIMÉNEZ ARNAU denominaron modificación no novatoria³⁷, sin que se extinga o pierda relevancia el contenido del acuerdo primigenio. En el segundo de los supuestos, a juicio del autor de este artículo, se produce un cambio por completo en el objeto del acto notariado, en tanto la autonomía de la voluntad de los sujetos intervinientes ha derivado en la configuración de un nuevo negocio jurídico, ajeno al acuerdo de mediación, a entender, en un contrato de transacción. Ergo, cambia por completo la calificación jurídica del acto en cuestión y con ello las reglas aplicables en la legislación. El contrato de transacción está reconocido expresamente de los artículos 1809 al 1819 del Código Civil español, no así en el ordenamiento jurídico cubano que resulta un contrato totalmente atípico. La transacción, como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN tiene como objeto "la relación jurídica controvertida, que las partes componen por medio del contrato transaccional"³⁸. A su vez, más recien-

³⁷ Ídem, p. 496.

³⁸ L. DÍEZ-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 6ta edición, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1992, p. 493.

temente PÉREZ ÁLVAREZ ha señalado, desde un perfil jurisprudencial, los requisitos que se exigen para que se produzca la transacción y que deberá tener en cuenta el notario interviniente a los efectos de deslindar su actuación: no está sometida a formalidad alguna, entre las partes debe mediar una relación jurídica sobre la que existan dudas, incertidumbres o disputas y con ello la intención de los sujetos de poner fin a tal situación jurídica finalizando el litigio se que haya producido o evitando que se produzca, y por último que los contratantes se hagan recíprocas concesiones para alcanzar la finalidad propuesta³⁹.

Muy relacionado con lo anterior se encuentra lo que puede llamarse “intensidad en la intervención notarial” al designarse el alcance y los efectos que se producen según la actuación del fedatario público en la elevación a público del acuerdo derivado de mediación. En este sentido ORTUÑO MUÑOZ destaca que la documentación formal del acuerdo de mediación puede ir desde su protocolización hasta el otorgamiento de una escritura pública⁴⁰, pasando, a mi estima, por su documentación mediante otros tipos de actas notariales. Tal intensidad es reflejo del filtro jurídico al que puede ser sometido el acuerdo en cuestión, pues obvio resulta que será menor en la primera de las actuaciones y mayor en materia de escrituras. Sobre la protocolización del acuerdo, tanto en el caso español como en el cubano solo se limita al aspecto documental pues su finalidad esencial está dada en la conservación del documento, y en dar fe en su identidad y fecha de existencia al momento de incorporarse al protocolo notarial⁴¹. Por lo que, al actuar el notario sobre “el plano del continente y no del contenido” tal como señala el ya citado ALEGRE GONZÁLEZ, el funcionario no podrá adentrarse en los pactos a los que hubieren

³⁹ Cfr. M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, “Capítulo 24. Los contratos aleatorios. La transacción”, en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coordinador), *Curso de Derecho Civil*, volumen II *Derecho de Obligaciones*, 4ta edición, COLEX, 2014, pp. 788-790.

⁴⁰ Cfr. ORTUÑO MUÑOZ (n. 3), p. 68.

⁴¹ Cfr. Decreto de 2 de junio de 1944, *por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado*, de España, Ministerio de Justicia «BOE» n° 189, de 7 de julio de 1944, artículo 215; Resolución 70/1992, de 9 de junio del Ministro de Justicia, *Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales*, de Cuba, artículo 85 ch y 96 al 99.

arribado los sujetos y por ende se verá limitado en ejercer el control de la legalidad del que viene investido. En este supuesto, resulta dudoso que pueda atribuírsele al acuerdo de mediación o al acta que lo protocolice la condición de título ejecutivo.

A su vez, nada obsta par que se utilicen como instrumentos para la elevación a público del acuerdo de mediación a las actas notariales (distintas por supuesto al acta de protocolización). De hecho MÁRQUEZ CHAMIZO y PANSARD ANAYA señalan que en el caso belga y austriaco el acuerdo de mediación para su ejecutividad se plasma en un acta notarial⁴². En este supuesto, solo dos podrían ser las posibilidades de instrumentación: en las llamadas actas de presencia, ya fuere de documentos o de mera percepción de actos; o en las denominadas actas de manifestación de parte. Empero, la técnica notarial utilizada en este caso debe ser meticulosa si no se quiere confundir actos y hechos jurídicos que por su naturaleza deben ser instrumentados en documentos notariales diferentes. Las actas contienen o narran hechos, algunos de los cuales el notario percibe de *visu et auditu sui sensibus*; con lo que en modo alguno podrán contener declaraciones de voluntad. Si el notario utilizare un acta notarial para recoger el acuerdo de mediación, solo podrá referenciar el hecho de que este se ha producido o alcanzado, sin que exista tampoco posibilidad, a mi juicio, de que el fedatario pueda discurrir sobre su contenido. No obstante, las actas notariales si pueden resultar títulos ejecutivos, *v.gr.*, el acta de requerimiento de pago; aunque parece poco viable que este sea el cauce documental para lograr los fines que se persigue con la intervención notarial en la mediación. Por último, se encuentra la escritura pública, documento de mayor jerarquía en el ámbito de los que redacta el fedatario público. Es el cauce documental idóneo para contener el acuerdo de mediación en tanto manifestación de voluntad. Con la elevación a público del acuerdo de mediación mediante escritura notarial se produce una conversión formal del negocio privado que es recepcionado íntegramente en el negocio escriturado ante el funcionario público. Reconocida entonces la posibilidad de que el notario documente el acuerdo de mediación y con ello lo eleve a público, valdría la pena preguntarse si en un mismo sujeto podría concurrir la con-

⁴² Cfr. MÁRQUEZ CHAMIZO, PANSARD ANAYA (n. 32), pp. 61, 75.

dición de notario documentador y notario mediador, en tanto se ha dejado establecido que ambas actuaciones son perfectamente viables. TAMAYO HAYA reconoce que sobre este tema nada específica la legislación española, aunque se muestra dubitativa cuando afirma que “si bien no cabe descartar que en los códigos de conducta pueda establecerse que el notario mediador no pueda protocolizar el acuerdo resultante para que no sea el mismo mediador que ha intervenido en el acuerdo el que decida sobre su legalidad”⁴³. Sin embargo, la Resolución Final sobre el tema 1 “La función notarial preventiva de litigios: el consejo y la mediación notarial como uno de sus instrumentos”, del XXIII Congreso Internacional de la Unión Internacional del Notariado Latino, contiene otra posición, al declararse expresamente que:

(...) el notario como mediador dispone de privilegios de ofrecer sus servicios profesionales para la documentación de las soluciones encontradas por las partes y puede, por su experiencia directa y auténtica en el proceso de dicha mediación, transcribir el acuerdo de las partes en el acta notariada, o en un acuerdo escrito respetando todas las formalidades legales necesarias (...). El notario tiene entonces la facultad extraordinaria de ofrecer con “una sola y única mano” todos los servicios relativos a la mediación jurídica y a su cumplimiento definitivo⁴⁴.

Esta última postura es la que comparte expresamente el autor de este trabajo, pues no creo que resulte un desatino jurídico que en un mismo sujeto coincidan ambas funciones: mediar y documentar. En todo caso, ello debe considerarse una ventaja pues evitaría que la documentación del acuerdo obvie aspectos que solo conoció el mediador de primera mano al intervenir directamente en la búsqueda de la solución a la controversia planteada. Además, contribuye a la disminución de los costos y a la celeridad en el tiempo, aspectos que resultan ventajas propias a los medios alternativos de solución de conflictos. El notario mediador-documentador no está exento de controlar la legalidad pues ello le es inherente a su propia condición de fedatario, preocupación expresada por TAMAYO HAYA. En todo caso, la contraparte de la actuación notarial siempre estará en el órgano jurisdiccional,

⁴³ TAMAYO HAYA (n. 2), p. 222.

⁴⁴ HEINE ELIGE (n. 23), p. 4.

único encargado de someter a escrutinio la legalidad de lo documentado, garantía que en modo alguno le es suprimida a la partes intervinientes y a la que siempre podrán acudir.

Por último, solo queda señalar el contenido de la función documentadora del notario que intervenga en la elevación a público del acuerdo de mediación. Este resulta ser un aspecto esencial y que se puede colegir de lo que hasta aquí se ha señalado. Pues si bien su labor será más o menos intensa según la voluntad que deseen plasmar los sujetos así como la estructura documental que utilice para esto, no resulta ser el único contenido de su función si no se le quiere atribuir una posición similar a la de los antiguos escribanos. Así lo ha entendido por ejemplo la Ley 5/2012 de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, de España en el citado artículo 25 apartado 2 que además le exige la emisión de un juicio de legalidad positivo sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos para poder elevar a público un acuerdo de esta naturaleza; y un juicio de legalidad negativo en cuanto a que el contenido de este no sea contrario a Derecho. En ambos supuestos el notario debe escrutar al interior del acuerdo, máxime si la legislación no exige la presencia del mediador al momento de la actuación notarial pero sí que se acompañe las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento; según preceptúa el apartado 1 del propio artículo 25 de la norma ibérica. Por supuesto, todo ello se evitaría si coincidiera en un mismo funcionario fedante la condición mediadora y documentadora, con lo que el escrutinio de la legalidad abarcaría desde la fase inicial del procedimiento.

Pero, ¿qué sucedería si emitido el juicio de legalidad el notario se abstiene de actuar? En este caso el acuerdo resultaría aún vinculante para las partes pero no podría ser exigida su ejecución, en tanto no ha adquirido la condición de título al que se le dispensa una tutela ejecutiva privilegiada, pero tampoco podría imputársele la nulidad si padeciere de ella, pues esto solo es competencia del órgano jurisdiccional. En consecuencia, las partes solo podrán compelerse voluntariamente y en el ámbito privado al cumplimiento de lo pactado, o incoar al órgano jurisdiccional para que declare su nulidad, por ejemplo, cuando ha versados sobre materias que no son de Derecho dispositivo.

De igual forma resulta problemático el tema de, si elevado a público el acuerdo de mediación su contenido no tuviere fuerza ejecutiva. Este resulta ser, v.gr., un inconveniente latente en el ordenamiento jurídico cubano que al regular los títulos de crédito que generan directamente ejecución, dentro de los que señala a los instrumentos notariales (erróneamente denominados testimonios de escrituras públicas) exige que contengan créditos líquidos, vencidos y exigibles⁴⁵; con lo que parecería excluirse de este aspecto a los títulos que aún pudiendo configurarse como tales, contienen por ejemplo obligaciones de hacer y no hacer, sobre las que recayó, en el caso que nos ocupa, el acuerdo de mediación. Sobre este tema ya se ha pronunciado en otras oportunidades el autor de este trabajo de conjunto con PANADERO DE LA CRUZ; basta solo destacar que el modelo procesal cubano de ejecución forzosa resulta a todas luces inviable en los tiempos actuales, al estar bifurcado en regímenes diferenciados para las sentencias de condena y los títulos de crédito que generan ejecución, quedando vedado para los prestaciones contentivas de un *facere* y un *non facere* acceder a los trámites propios de este último procedimiento sin importar si constan en un título que por sus cualidades pudiese generar una tutela ejecutiva privilegiada⁴⁶.

Bibliografía

1. Fuentes doctrinales:

- L.A. AGUILAR BASURTO (2015), *La función notarial. Antecedentes, naturaleza y nuevas tendencias*, Editorial UBIJUS, México.
- J. ALEGRE GONZÁLEZ (1974), *Elevación a escritura pública de documentos privados*, RDP, volumen 58, n° 9, pp. 791-798.

⁴⁵ Vid. Ley n° 7 *Ley de Procedimiento Civil, administrativo, Laboral y Económico*, de Cuba, artículo 486: Tendrán fuerza ejecutiva los siguientes títulos de créditos líquidos, vencidos y exigibles: 1. los testimonios de escrituras públicas expedidos con arreglo a la ley.

⁴⁶ Cfr. R.J. VEGA CARDONA, E. PANADERO DE LA CRUZ, “El cumplimiento forzoso en específico de las obligaciones de hacer y no hacer en Cuba”, L.B. en PÉREZ GALLARDO (coord.), *El cumplimiento de las obligaciones*, 1ra edición, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, pp. 91-138.

- R. ALEXY (1988), *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, DOXA, número 5, pp. 139-151.
- S. ALGABA ROS (2017), *El acuerdo de mediación familiar: su singularidad*, in *Dret 4/2017*, Barcelona, pp. 1-42.
- M.E. COBAS COBIELLA (2013), *Autonomía de la voluntad y mediación. Algunas notas sobre la cuestión*, en A. ORTEGA JIMÉNEZ, M.E. COBAS COBIELLA (coord.), *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de actualidad*, Economist & Jurist, Difusión Jurídica, Madrid, pp. 81-104.
- M.E. COBAS COBIELLA (2014), *Mediación familiar. Algunas reflexiones sobre el tema*, *Revista Boliviana de Derecho*, número 17, pp. 32-51.
- L. DÍEZ-PICAZO, A. GULLÓN (1992), *Sistema de Derecho Civil, Volumen II El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 6ta edición, Editorial Tecnos S.A., Madrid.
- B. GALIÑAREZ (2014), *et al.*, *Los notarios en prevención y solución de conflictos*, Informe presentado a la Primera Asamblea Ordinaria del Consejo Federal del Notariado Argentino, disponible en http://www.cfna.org.ar/foros_repository/foros2014/FORO_I_ASAMBLEA_-_Los_Notarios_en_Prevenccion_y_Resolucion_de_Conflictos_-_GALINAREZ_COCOLA_y_CLERICI.pdf, consultado el 14 de agosto de 2018.
- M.A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS (2013), *Avenencia o ADR: Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Editorial Iurgium, Madrid.
- L. GARCÍA VILLALUENGA (2007), *La mediación familiar: una aproximación normativa*, *Portularia*, volumen II, número 1-2, Universidad de Huelva, pp. 3-15.
- L. GARCÍA VILLALUENGA (2013), *Principios generales de la mediación*, en E. VÁSQUEZ DE CASTRO (direct.), *Practicum de Mediación 2014*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, pp. 61-126.
- L. GARCÍA VILLALUENGA, E. VÁSQUEZ DE CASTRO, *La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo*, *Política y Sociedad*, volumen 50, número 1, pp. 71-98.
- H. HEINE ELIGE (coordinador internacional), *Resolución Final sobre el tema 1 "La función notarial preventiva de litigios: el consejo y la mediación notarial como uno de sus instrumentos"*, XXIII Congreso In-

ternacional de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en Atenas, Grecia del 1 al 7 de octubre de 2001, disponible en <http://www.acervonotarios.com/files/Resolucion%20Final%20del%20XXIII%20Congreso%20Internacional%20del%20la%20Union%20Internacional%20del%20Notariado%20Latino.pdf>, consultado el 14 de agosto de 2018.

- E. HERNÁNDEZ BEZANILLA, et al., *El Notario Público como Auxiliar de la Administración de Justicia en la Mediación*, pp. 23-24, disponible en <https://fmm2017.openum.ca/files/sites/89/2017/06/Cecilia-HERNANDEZ-BEZANILLA-%E2%80%93Emma-HERNANDEZ-BEZANILLA-%E2%80%93Fernando-Martin-DIZ-Pdf.pdf>, consultado el 14 de agosto de 2018.
- E. JIMÉNEZ ARNAU (1976), *Derecho Notarial*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona.
- R. LUQUIN BERGARECHE (2013), *III. Los principios de la mediación*, en T. HUALDE MANSO (direct.), *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y España*, Editorial La Ley, Wolters Kluwer España S.A., Madrid, pp. 121-156.
- E. MÁRQUEZ CHAMIZO, A. PANSARD ANAYA (2014), *La ejecutividad de los acuerdos de mediación en la Unión Europea. Algunas reflexiones*, *Revista Española de Relaciones internacionales*, n° 6, pp. 46-110.
- N. MILÁN MORALES, J.L. ORDELÍN FONT, R.J. VEGA CARDONA (2015), *La intervención notarial en la mediación. Consideraciones de ‘lege ferenda’ en la prevención/ resolución de conflictos en el ordenamiento jurídico cubano*, *Revista de Derecho Privado de la Universidad de Externado de Colombia*, n° 28, enero, pp. 403-433.
- J. NIETO SÁNCHEZ, *Tema 28. Valor jurídico del instrumento público. El principio de “forma dar esse rei”: las escrituras constitutivas. La elevación a público de documentos privados*, en J. BORREL, (coordinador), *Derecho Notarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 689-750.
- P. ORTUÑO MUÑOZ (2013), *Apuntes críticos sobre la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación Civil y Mercantil*, en L. GARCÍA VILLALUENGA, E. VÁSQUEZ DE CASTRO (direct.), *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, Editorial Reus S.A., Madrid, 2013, pp. 45-70.
- M.A. PÉREZ ÁLVAREZ (2014), *Los contratos aleatorios. La transacción*, en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Curso de Derecho Civil*, volumen II *Derecho de Obligaciones*, 4ta edición, COLEX, pp. 289-309.

- R. PÉREZ GURREA (2014), *La mediación en asuntos civiles y mercantiles como método de resolución extrajudicial de conflictos*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año n° 90, número 745, pp. 2271-2298.
- J.V. PONS GARCÍA (2016), *La aplicación desde el ámbito notarial de los mecanismos alternativos de solución de controversias*, *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Año 4, n° 7, pp. 18-39.
- L.N. POSTERARO SÁNCHEZ, et al., *Intervención Notarial en Asuntos No Contenciosos. Presente y Futuro en Iberoamérica*, XIV Jornada Notarial Iberoamericana, Tema III La competencia notarial en asuntos no contenciosos, pp. 97-99, disponible en <http://www.escribaniaposteraro.com.ar/Trabajos-Academicos/XIV-JORNADA-NOTARIAL-IBEROAMERICANA-INTERVENCION-NOTARIAL-EN-ASUNTOS-NO-CONTENCIOSOS.pdf>, consultado el 14 de agosto de 2018.
- K.J. ROBLES RAMOS (2016), *La eficacia de la mediación: cuestión de perspectivas*, Revista de Administración Pública, volumen 47, pp. 125-156.
- C. ROGEL VIDE (2012), *Artículo 1. Concepto*, en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE (direct.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Editorial Reus S.A., Madrid, pp. 23-30.
- S. TAMAYO HAYA (2013), *El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo*, en E. VÁSQUEZ DE CASTRO (direct.), *Practicum de Mediación 2014*, Editorial Aranzadi S.A, Navarra, 2013, pp. 181-248.
- R.J. VEGA CARDONA, E. PANADERO DE LA CRUZ (2015), *El cumplimiento forzoso en específico de las obligaciones de hacer y no hacer en Cuba*, en L.B. PÉREZ GALLARDO (coord.), *El cumplimiento de las obligaciones*, 1ra edición, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, pp. 91-138.
- L.E. WASSERMAN, MARTIN (2015), *La mediación notarial en la interacción económica: confianza, información y conexiones en la temprana Buenos Aires*, *Prohistoria*, Año XVIII, núm. 24, pp. 69-100.

2. Fuentes legales:

- Constitución de la República de Cuba de 2019, en *Gaceta Oficial no. 5 Extraordinaria de 10 de abril de 2019*.
- Decreto de 2 de junio de 1944, *por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado*, de España, Ministerio de Justicia «BOE» n° 189, de 7 de julio de 1944.

- 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*, en *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 24 de mayo de 2008.
- Ley n° 7, *Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*, A. MANTECÓN RAMOS (revisor), Ediciones ONBC, La Habana, 2015.
- Ley n° 50 *de las Notarías Estatales*, de fecha 28 de noviembre de 1984, en *Compilación de Derecho de Sucesiones*, Volumen I, compilado por L.B. PÉREZ GALLARDO, Editorial MINJUS, La Habana, 2006.
- Ley 5/2012 de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, en *Boletín Oficial del estado español*, núm. 162, de 7 de julio de 2012, Referencia: BOE-A-2012-9112.
- Resolución 70/1992, de 9 de junio del Ministro de Justicia, *Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales*, de Cuba, en *Compilación de Derecho de Sucesiones*, Volumen I, compilado por L.B. PÉREZ GALLARDO, Editorial MINJUS, La Habana, 2006.

ISABEL XIMENA GONZÁLEZ RAMÍREZ*

DESAFÍOS QUE PLANTEA EL INCREMENTO DE LA VIOLENCIA INTRA FAMILIAR Y DE GÉNERO EN TIEMPOS DE PANDEMIA

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. La violencia de pareja y género durante la pandemia. - 3. El femicidio en América Latina. - 4. El abordaje jurídico de la violencia de pareja y género en Chile. - 5. Tratamiento de la violencia de pareja y género durante épocas de pandemia. - 6. Conclusiones.

1. *Introducción.* – En esta ponencia tratare sobre los Desafíos que plantea el Incrementó de la Violencia Intra Familiar y de Género en tiempos de pandemia, partiendo por un acotado contexto de los regímenes de excepción y la protección de los DDHH en Latinoamérica y la forma como lo afrontó Chile, sus críticas y modificaciones pendientes.

Los gobiernos de la mayoría de los Estados del mundo para evitar la expansión de la Pandemia han decretado el estado de emergencia, lo que moviliza a las fuerzas de seguridad y un conjunto de medidas que limitan el ejercicio de los derechos individuales constitucionales, qué, aunque se consideren fundamentales, no son absolutos y pueden ser afectados en situaciones de excepción, como limitaciones a la libre circulación de las personas, el confinamiento de la población, el cierre de las fronteras; cordones aduaneros y sanitarios, cierre de los centros educativos y paralización de parte de la actividad económica.

En el mundo antiguo y hasta entrado el siglo XX, el Estado reaccionaba en forma muy enérgica para afrontar una crisis, sin preocuparse mayormente de los derechos individuales. Desde

* Profesora de derecho en la Universidad Central de Chile.

mediados del siglo pasado la regulación de los estados de excepción establece un riguroso freno a los excesos del poder.

Tres caracteres emparentan a la dictadura republicana de la antigua Roma con los modernos estados de excepción. Ambos sólo proceden en situaciones de grave riesgo para la vida o salud de la nación. Ambos tienen una duración limitada a las situaciones de excepción y poseen un régimen jurídico-político, que da atribución al gobierno con facultades excepcionales, sujetas a control, del derecho constitucional. La gran diferencia está en que, en la antigua Roma, todos los derechos, incluso el derecho a la vida, quedaban suspendidos durante la dictadura. En cambio, hoy, sólo ciertos derechos pueden restringirse y son susceptibles de control constitucional y jurisdiccional.

Las Constituciones contemplan 4 regímenes de excepción, para enfrentar situaciones extraordinarias para las que el derecho común no tiene una respuesta.

En Chile para enfrentar la pandemia, se consideró, que el Estado de excepción constitucional más adecuado es el de Catástrofe, regulado en la ley orgánica n° 18.415, del año 1985, con cambios el año 1990. La que se puede decretar en caso de calamidad pública, noción amplia, que comprende tanto fenómenos naturales, como causas humanas que alteran gravemente el orden normal de las actividades públicas y privadas del país, desastres naturales, ecológicos, incendios, o epidemias (T. Jordán, 2020).

Sin embargo, el Estado de catástrofe no se refiere expresamente a la salud pública, como tampoco a los desastres ecológicos, y carece de medidas concretas para enfrentar situaciones como las pandemias, por lo que como está concebido hoy, es insuficiente para afrontar una situación de salud pública, lo que justifica la revisión futura de este y su normativa complementaria, incluyendo la adopción de medidas específicas, para contener la propagación del virus (T. Jordán, 2020).

El Estado de Catástrofe, suspenden determinados derechos y libertades, para dar mayor libertad al Ejecutivo para el restablecimiento del orden público con condiciones como la de: determinar las garantías que restringe, respetar el principio de igualdad, de proporcionalidad y no discrecionalidad. Estado que no debe afectar en ningún caso a los derechos a la vida, a la inte-

gridad personal, principios del derecho penal como legalidad e irretroactividad y el debido proceso, entre otros. Y el Gobierno y sus agentes deberán responder de su aplicación ante el Congreso, que conserva sus funciones de control político y frente al Poder Judicial que juzga su aplicación.

El Estado constitucional de derecho moderno es un sistema de garantías para el respeto de la dignidad humana, que opera mediante la supremacía del D constitucional y sus mecanismos de control, en protección de los derechos individuales que no pueden ser vistos de forma aislada sino como parte de una función social.

Hoy se ha planteado un debate sobre su impacto en algunas garantías como la libertad de circulación y de residencia; el derecho a la protección de datos, de manifestación y libertad de expresión.

Además, se debe repensar cuál es la autoridad más adecuada para enfrentar y decidir sobre las medidas de una pandemia, y si es necesario que el Presidente de la República delegue facultades en los Jefes de la Defensa Nacional y el papel de las Fuerzas Armadas. Ya que aquí no se trata de preservar el orden público, sino un problema de salud pública por lo que deben designarse autoridades de salubridad pública (T. Jordán, 2020). Y eliminar la facultad del Presidente para restringir libertades como las de trabajo, información y opinión.

Esta crisis ha desnudado las graves carencias de nuestro sistema de salud pública, que es insuficiente para garantizar de igual manera a todas las personas el derecho y acceso a una salud de calidad.

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos América es la región más desigual del planeta, caracterizada por profundas brechas sociales en que la pobreza; la contaminación ambiental, la falta de hábitat adecuado, las altas tasas de informalidad laboral e ingresos precarios, impide a millones de personas tomar medidas de prevención contra la enfermedad (OEA, 2020).

Así las dificultades propias de una crisis de salud mundial se ven agravadas en Chile por los altos niveles de desigualdad, agudizándose la situación de los grupos vulnerables como adultos mayores, enfermos crónicos, personas en situación de disca-

pacidad, pobreza, los privados de libertad, migrantes y víctimas de VIF¹.

También esta crisis, sumado al gran estallido social provocado en Chile por motivos de desigualdad social, en octubre del 2019, han afectado gravemente los derechos laborales de los trabajadores; terminando o suspendiéndose muchos contratos, creciendo la informalidad laboral y con esto el incumplimiento pagos de arriendo, dividendos y pago de las pensiones de alimentos entre otros. Otro efecto es que se ha acrecentado la brecha en educación, dejando a sectores de la población sin un proceso educativo, por no tener medios informáticos producto del aislamiento.

La población manifiesta la sensación de que las decisiones de las autoridades de Gobierno están motivadas, por intereses económicos y la protección de ciertos sectores, en desmedro del bienestar de toda la población. La poca claridad en las decisiones, la lentitud de las medidas preventivas, la asimetría regional en las medidas, han mostrado una crisis de la institucionalidad democrática que ya se manifestó en el estallido social. Por lo que se hace necesario aplicar en Chile mecanismos eficaces para controlar a las autoridades y canales de participación desde la sociedad civil que eviten implementar políticas regresivas en materia de DDHH.

2. La violencia de pareja y género durante la pandemia. – Como la región, se caracteriza además por altos índices de violencia generalizada y por razones de género, de raza o etnia; flagelos como la corrupción y la impunidad en un contexto de represión con uso desproporcionado de la fuerza, actos de violencia y vandalismo; crisis penitenciarias; y la extensión del fenómeno de la migración, la pandemia ha supuesto desafíos de orden político, sanitarios y económicas acordes con el D° Internacional (OEA, 2020). Como: garantizar condiciones de vida dignas a la población; Evitar la impunidad respecto de violaciones de DDHH; Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las

¹ <https://www.uchile.cl/162182/violencia-intrafamiliar-otra-de-las-desigualdades-en-la-pandemia>.

unidades carcelarias, con penas alternativas a la privación de libertad y; tomar medidas contra la Violencia intrafamiliar en época de pandemia (S. Arensburg, 2020).

Ante el contagio mundial del COVID-19, noventa países entraron en situación de confinamiento, cuatro mil millones de personas se refugian en su hogar como espacio que debiese otorgarles mayor seguridad y protección, sin embargo, esta medida trae consigo un peligro aún peor que el virus, una pandemia en la sombra: la violencia contra la pareja y género.

Durante la crisis sanitaria del COVID-19, se ha incrementado en el mundo un 30% las denuncias, llamadas a líneas de atención y solicitud de refugios para la violencia de pareja y género, especialmente contra las mujeres, porcentaje que es alto considerando que solo el 40 % de las mujeres en tiempos normales buscan ayuda o denuncian el delito.

Escalada en la intensidad de la violencia que es producida por el confinamiento, el que aumenta la tensión y el estrés generado por preocupaciones relacionadas con la seguridad, la salud, la falta de dinero, el hacinamiento y más tiempo de convivencia de las parejas, con nuevas funciones domésticas.

El confinamiento, produce aislamiento de pareja más débil, que tienen compañeros violentos, separándolas de las personas y los recursos que las protegen. Circunstancia que facilita un comportamiento controlador y violento en el hogar. Afectando la salud especialmente de las mujeres, tanto sexual, reproductiva, mental, con efectos en la economía del país, comenzando incluso manifestaciones de violencia donde antes no existían (G. Jiménez, 2020), las que, pasada la pandemia, quedarán como herencia.

Las circunstancias del confinamiento complican más la posibilidad de denuncia, atención y apoyo frente a esta amenaza, limitando a las mujeres acceder confidencialmente a teléfonos y líneas de atención y alterando servicios públicos como la policía, la justicia y los servicios sociales y fortaleciendo la impunidad de los agresores, con un probable aumento de los femicidios o feminicidios.

Entendemos la violencia como una práctica orientada, aprendida y legitimada de quienes se sienten con más poder y derechos que otros/as de controlar e intimidar. Sentimiento que

se enmarca en sistemas de valores, leyes, símbolos y representaciones dentro de una estructura social (OMS², 2002).

Las diferencias de sexo condicionan el tipo de violencia experimentada. Así, cuando un hombre sufre una agresión, esta tiene lugar habitualmente en la calle y está asociada a un robo, una pelea, ajuste de cuentas o un problema de celos. Las mujeres, por el contrario, cuando son víctimas de actos violentos, suelen sufrirlos en el hogar y a manos de su pareja y motivados por celos (N. Baviera, 2016). Así el 38% de los asesinatos de mujeres, a nivel mundial son cometidos por sus parejas (R E C y P³, 2018).

La violencia ejercida en razón de género, normalmente se asocia a la mujer, por los roles que la cultura da a lo femenino y masculino, que entrega al hombre el poder de castigar emocional y físicamente a la mujer, cuando no responde a los cánones sociales (Olavarria, 2001). Por esto, la cultura del maltrato de que es parte la víctima (Rioseco, 1999), le impide reaccionar ante el ciclo de la violencia, condicionada por el síndrome de mujer maltratada, el desamparo aprendido, y la dependencia. Prácticas violentas son aprendidas y legitimadas en la pareja, instalándose un patrón de miedo, abuso sistemático y aislamiento social de la víctima.

El término femicidio difundido por Diana E.H. Russell (1992). Y el feminicidio neologismo introducido al debate político por (Lagarde, 2003), son manifestaciones extremas de violencia de género sufridas por las mujeres, por el hecho de ser tales, que incorpora no solo la violencia física y sexual, sino también toda forma de violencia psicológica, económica, laboral, educativa e institucional.

3. *El femicidio en América Latina.* – La incorporación del término femicidio en Chile no contiene modificaciones trascendentales respecto del parricidio, a diferencia de otros países como Guatemala (Corn, 2014). Donde se aplica este delito representando el fin de un continuum de terror anti-femenino que incluye

² Organización Mundial de la Salud, OMS.

³ Revista de estudios criminológicos y penitenciarios, Gendarmería de Chile.

abusos, como: violación, tortura, esclavitud sexual, prostitución, abuso sexual infantil incestuoso, golpizas, mutilación genital, operaciones ginecológicas innecesarias (histerectomías), esterilización y maternidad forzada, el aborto a fetos de sexo femenino, infanticidio femenino, asesinato “de honor”, “por dote” y trata de blancas, negación de comida y de educación para niñas, la cirugía plástica y otras mutilaciones cuando de ellas resulta la muerte (Russell, 2014).

Lo que Zaffaroni define como una “masacre por goteo” (R. Zaffaroni, 1998).

Podemos ver como en algunos países se usa el término femicidio y en otros feminicidios.

Estudios de la Cepal (2019), en 15 países de América Latina, muestra que al menos 3.287 mujeres han sido víctimas de femicidio o femicidio en 2018.

Las últimas investigación Esther Pineda (2019) y un muestreo en Chile de casos de femicidio consumado muestran que las víctimas de femicidio suelen ser:

– Mujeres, con edades entre los 18 y 49 años.

Entre los agresores destacan: aquellos con quien la víctima mantuvo alguna relación sexo-afectiva.

El lugar de los hechos: en la vivienda de la víctima o la que compartía con el agresor.

Las armas y modalidades empleadas son diversas.

Además, que existe mayor riesgo de femicidio en las zonas urbanas.

Altos índices de impunidad en estos delitos.

Las víctimas son de distintas regiones y con y sin hijos.

Con y sin denuncias y 30% de las medidas cautelares decretadas antes del femicidio.

Y con muchos casos de suicidio del agresor tras el crimen.

En Chile, la Subsecretaría de Prevención del Delito informa que en la Encuesta Nacional de VIF, 2018, el principal motivo por el que no denuncian las víctimas de violencia física (46,8%), sexual (41,8%) y psicológica (48,9%), son: Porque no lo consideran algo necesario, Ya que tuvieron miedo, No creen que sirva denunciar, denunció previamente y no pasó nada

Si comparamos la situación procesal de alguno de los países de la zona, podemos sostener que la comisión de muchos femi-

dios ocurrió cuando existía denuncia previa y medida cautelar vigente, mostrando altos índices de indiferencia, impunidad y negligencia de las instituciones de justicia.

4. *El abordaje jurídico de la violencia de pareja y género en Chile.* – Se consigna en la Ley n° 20.066 de 2005 de VIF, introdujo el delito de maltrato habitual

La Ley n° 20.480 tipifica el delito como femicidio en el Código Penal el año 2010. El que se modificó el año 2020, con la ley Gabriela, amplia este delito a actores de relaciones menos formales como las del pololeo y noviazgo, endureciendo sus penas. Existiendo el año 2020, a propósito de la pandemia un proyecto de ley que modifica la ley n° 20.066, sanciona como delito de maltrato habitual todo acto de VIF cometido durante la vigencia de la pandemia, agrava las penas. Propone Medidas cautelares como la tobillera electrónica.

Sin embargo, en este tipo de delitos la legitimidad del derecho se encuentra plagada de incertidumbre y de una crisis de desconfianza en las instituciones (Aguilar, 2007: 2). Existen frustradas expectativas del ciudadano frente al sistema jurídico, ya que este conflicto que vincula aspectos íntimos relacionales y de naturaleza sistémica entre hombres y mujeres que es el más complejo de nuestra humanidad, que es considerado irrelevante para el derecho, que se limita a tratar solo sus aspectos protectores (Damaska, 2000: 336).

Operando solo algunos acuerdos poco sustentables entre las partes, fuera del marco de la ley, o dentro de esta como salidas alternativas, sin un proceso eficiente para el resguardo de la vida y salud en riesgo, y con bajo porcentaje de sentencias condenatorias, aplicándose una baja pena cumplida en libertad.

5. *Tratamiento de la violencia de pareja y género durante épocas de pandemia.* – Ante la magnitud y gravedad del femicidio y el feminicidio en América Latina, se hace necesario la implementación de nuevas estrategias para abordar este fenómeno en forma integral, en articulación con los diferentes actores e instituciones sociales involucradas. Así trascender a la judicializa-

ción como mecanismo único de atención de estos delitos para prevenirlo y diseñar políticas públicas dirigidas a la prevención y reparación de sus víctimas primarias y secundaria.

En base a los inoperantes resultados que el tratamiento jurídico le ha dado a este fenómeno en Chile en períodos normales, parece necesario otorgar un trato más ágil, integral y sistémico, en periodos de pandemia, que evite la escalada de violencia y adoptar buenas prácticas de otros países, como: Reformular y fortalecer los mecanismos tradicionales de respuesta en el contexto de confinamiento, adoptando nuevos canales de comunicación, fortaleciendo las redes comunitarias, para ampliar los medios de denuncia y medidas de protección. Así como fortalecer la capacidad de los agentes de seguridad y actores de la justicia, involucrados en la acogida, investigación y sanción de estos hechos, orientándolos con protocolos detallados sobre el manejo de estos casos y otorgarles mayor prioridad a estos incidentes de violencia. La comunidad cercana tiene un rol fundamental, entregando información, alertando sobre hechos de violencia, acoger y fomentar iniciativas creativas de defensa en red en los barrios, botón de pánico.

Promover mecanismos de cooperación técnica para acciones conjuntas entre la comunidad con el Estado, en articulación con los actores e instituciones sociales.

Ampliando la metodología de intervención, abordándola desde sus más incipientes manifestaciones, en forma integral. Ocupando medidas de apoyo económico y psicosocial, a los planes de prevención y de gestión, fortaleciendo: las organizaciones de primera línea en defensa de las víctimas, los refugios para ellas, líneas de atención, la difusión de procedimientos protectores, mejorando soluciones tecnológicas y redes digitales creativas para el acceso de las víctimas. Pero sobre todo cambiando la cultura y fortaleciendo la educación desde edades muy tempranas.

Es así como, en esta época de una pandemia, que promete reiterarse en otras formas de epidemia mundial, con el confinamiento como una práctica futura habitual, se requiere evaluar la aplicación de disciplinas como la justicia restaurativa que no ha sido considerada formalmente por el ordenamiento jurídico penal chileno. Esto dado que las experiencias nacionales e interna-

cionales muestran que un enfoque solo punitivo de castigo a los agresores puede conducir a una escalada de violencia, y muchas veces terminar en femicidio. Por lo que es necesario plantearnos ¿Qué mecanismos alternativos pueden usarse en el ámbito jurídico para abordar y mitigar la violencia de pareja y de género en Chile, especialmente en tiempos de pandemia?

Ahora bien, si en lugar de un proceso judicial punitivo que enfrenta a las partes a un sistema represivo e impersonal, que no desean, que le provoca confusión y deseos de venganza al agresor, con un desenlace que puede costarle la vida a la víctima (González, 2016), la que generalmente se queda inmovilizada, esperando protección de la justicia, la que solo aplicara una medida cautelar de prohibición de acercamiento, que el ofensor generalmente no obedece, se acogiera a la víctima con un proceso de mediación restaurativa e integral, que opere frente a la primera manifestación de violencia de parte del ofensor, ofreciendo protección y contención a ambas partes, poniendo límites al agresor y logrando un cambio de actitud en éste, mediante un trabajo que aborde sus emociones e impulsos, la violencia no escalaría a delitos mayores.

Dicho lo anterior, parece necesario identificar si la mediación, especialmente la penal, es un mecanismo colaborativo, que, complementado con acciones de participación activa de la comunidad cercana de las partes, puede ser adecuado para tratar estos conflictos, propiciando responsabilización y participación de los involucrados en su resolución, de tal forma que se refuerce la justicia penal, sin afectar algunas funciones especiales de control social formal de las que el sistema no puede prescindir (Zaffaroni, 1998).

Si entendemos que las parejas superarían sus problemas con mayor facilidad si reconocieran que muchas de sus frustraciones surgen de la incorrecta interpretación de lo que buscan comunicar (Palacios y Rodrigo, 2004: 33), podríamos sostener que las técnicas de mediación son las indicadas para abordar la violencia en la pareja.

6. *Conclusiones.* – Uno de los elementos esenciales para evitar la violencia de pareja y género, es la educación, la que debe

comenzar desde la temprana infancia, para cambiar los estereotipos de género, sus roles tradicionales y las manifestaciones de la violencia, especialmente frente a futuras pandemias, las que dan muestras de ser cíclicas en nuestra sociedad, donde la víctima se encuentra desamparada, especialmente en Chile, país en que subsisten muchas situaciones de desigualdad para las mujeres en situación de vulnerabilidad.

Adicionalmente, las reflexiones expuestas, nos permiten concluir, que las soluciones que ofrece hoy la justicia tradicional en este país, son insuficientes para otorgar las respuestas que necesitan los conflictos de violencia de pareja y género, los que muchas veces terminan en feminicidio, frente a lo que se ha evaluado ampliar la metodología de intervención de los delitos como amenazas, lesiones y femicidios tentados y frustrados a mecanismos restaurativos como la mediación penal, desde sus más incipientes manifestaciones, previniendo así futuras escaladas de violencia y relevando los factores protectores y resilientes con que cuenta este mecanismo.

La Mediación Penal, hoy se puede plantear como una solución sustitutiva al sistema penal para delitos de violencia de pareja y género, con un tratamiento que reemplaza el juicio por un proceso restaurativo y a la pena por un reconocimiento, responsabilización y reparación del delito, especialmente en las escaladas iniciales de violencia, dependiendo de la vulnerabilidad de la víctima y el reconocimiento e intención de reparar del infractor, más que de la gravedad del delito y complementario cuando se considere necesario un juicio previo y sentencia condenatoria como en los casos de femicidio, donde la familia no esté en condiciones de mediar, pudiendo usarse un proceso restaurativo no solo bilateral sino mayormente comunitario.

La implementación de este sistema colaborativo requiere de una política pública con enfoque de género, con un presupuesto, regulación normativa, de numerosas redes sociales y de formación de sus operadores, otorgando una respuesta integral a estos conflictos violentos, que aporte contención y ponga límite a la acción violenta mediante acuerdos complementados con acciones cautelares del Estado, que debe facilitar opciones para una adecuada reparación y tratamiento de salud mental a las partes y víctimas indirectas.

Bibliografía

- AGUILAR (2018), *Estudio exploratorio sobre tendencias del marco legal contra la violencia intrafamiliar en América Latina, Contribuciones a las Ciencias Sociales*. Available at: www.eumed.net/rev/cccss/07/daa6.html.
- ASAMBLEA MUNDIAL DE LA SALUD, GÉNERO Y SALUD (2018), https://www.who.int/gender/violence/who_multicountry_study/summary_report/chapter2/es/index2.html, última visita septiembre 2020.
- N. BAVIERA (2016), *Tender la mano a la mediación: el caso concreto de los delitos de violencia de género en España*. Universitat Jaume I., Departament de Dret Públic: 14. Repositori Universitat Jaume I. <http://hdl.handle.net/10234/161230>.
- J. BRAITHWAITE (2017), *Criminal Justice that revives Republican Democracy*, *Northwestern University Law Review* 111(6): pp. 1507-1524.
- M.E. BRENES PEÑA (2009), *La agresividad verbal y sus mecanismos de expresión en el español actual* (Tesis Doctoral Inédita). Universidad Sevilla, <https://idus.us.es/handle/11441/15333>.
- BOLETIN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE, 2005: 18.
- R. CARNEVALI (2019), *Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal en Chile*. Una propuesta de lege ferenda, *Revista Ius et Praxis*, Año 25, n° 1 415 2019, pp. 415-438.
- CIRCUITO INTERSECTORIAL DE FEMICIDIO INFORME ANUAL (2015), <http://www.minmujeryeg.gob.cl/wp-content/uploads/2015/11/Informe-CIF-2015.pdf>.
- S. COBB (1993), *Empowerment and Mediation: A Narrative Perspective*. *Negotiation Journal*, 9(3), pp. 245-259. <https://doi.org/10.1111/j.1571-9979.1993.tb00706.x>.
- M. CORCOY BIDASOLO (2010), *Problemática jurídico-penal y político-criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica*. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, 34(1), pp. 305-347. <http://doi.org/10.4067/S0718-68512010000100009>
- M. DAMASKA (2005), *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago.
- J. FOLBERG, A. TAYLOR (2003), *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, Limusa, México.

- I. GONZÁLEZ CANO (2009), *La Mediación Penal en España*, en S. BARONA, *La Mediación Penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- I. GONZÁLEZ RAMÍREZ (2013a), *Justicia Restaurativa en violencia intrafamiliar y de género*, Revista SCOPUS, de Derecho Universidad Austral de Chile, Volumen XXVI, n° 2.
- I. GONZÁLEZ, M.S. FUENTEALBA (2013b), *Mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa en Chile*. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política 4(3): pp. 175-210.
- I. GONZÁLEZ (2014), *El aporte de la Justicia Restaurativa a los conflictos de violencia intrafamiliar y de género en el ámbito familiar*, Publicia, Berlin.
- I. GONZÁLEZ RAMÍREZ (2016), *Algunas consideraciones sobre la aplicación de la Justicia Restaurativa a conflictos de violencia intrafamiliar y de género*, Mecanismos Alternativos de solución de conflictos, Universidad de Talca, Proyecto Anillo, Editorial Jurídica, XXVI(2): pp 219-243.
- I. GONZÁLEZ RAMÍREZ (2019), *Los Alcances de Regular Normativamente la Mediación Penal en Chile*. En: Pensamiento Jurídico Central, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 119-153.
- J. HABERMAS (1987), *Teoría de la acción comunicativa I y II*, Editorial Taurus, Barcelona, España.
- INFORME UNIVERSIDAD DE CHILE (2020), <https://www.uchile.cl/noticias/162182/violencia-intrafamiliar-otra-de-las-desigualdades-en-la-pandemia>, última visita septiembre 2020.
- T. JORDÁN DÍAZ (2020), *El Camino hacia una nueva constitución en Chile*, Revista Mensaje, Editorial Universidad Alberto Hurtado, <https://www.mensaje.cl/edicion-impres/mensaje-692/el-camino-hacia-una-nueva-constitucion-para-chile/>, ultima visita sept. 2020.
- L. DE LOS RÍOS (2005), *Los cautiverios de las mujeres: madres esposas, monjas, putas, presas y locas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- E. LARRAURÍ (2007), *Criminología Crítica y Violencia de Género*, Editorial Trotta, Madrid.
- A. MÁRQUEZ CÁRDENAS (2007), *La víctima en el sistema acusatorio y los mecanismos de justicia restaurativa*, Revista Derechos y Valores, Universidad Nueva Granada, Colombia.

- J. OLAVARRÍA (2001), *Hombres, identidades y violencia de género*, Revista de La Academia, Universidad Academia de Humanismo Cristiano 6: 118, Santiago, Chile.
- ONU MUJERES (2020), Informe anual ONU Mujeres 2020, <https://www.unwomen.org/es/digital-library/annual-report>, última visita septiembre 2020.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (WHO) (2018), *Género y Salud de la Mujer: Violencia contra la mujer infligida por su pareja*. https://www.who.int/gender/violence/who_multicountry_study/summary_report/chapter2/es/index2.html.
- OEA, COMISIÓN INTERAMERICANA DE MUJERES (2020), *COVID-19 en la vida de las mujeres*, <http://www.oas.org/es/cim/docs/ArgumentarioCOVID19-ES.pdf>, Última visita septiembre 2020.
- P. ESTER (2019), *Morir por ser mujer*, Iberoamerica Social, Venezuela.
- R.D.J. RADFORD (2017), *Femicide, The Politics of Woman Killing*. Available at: <http://www.dianarussell.com/f/femicide%28small%29.pdf>.
- C. Saccomano (2017), *El femicidio en América Latina ¿vacío legal o déficit del Estado de Derecho?* Revista CIDOB d' Afers Internacionals, 117, 51-78. <http://doi.org/10.24241/rcai.2017.117.3.51>
- S. ARENSBURG (2020), <https://www.uchile.cl/noticias/162182/violencia-intrafamiliar-otra-de-las-desigualdades-en-la-pandemia>, última visita septiembre 2020.
- SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER (2013), *Orientaciones técnicas para elaborar programa de trabajo 2015*. Área de gestión y control de coordinación intersectorial y desarrollo regional.
- SUBSECRETARIA DE PREVENCIÓN DEL DELITO (2016), *Estudio de Género y factores de riesgo socio delictual, Chile*, http://seguridadpublica.cl/media/2015/04/Informe-Final_Estudio-G%C3%A9nero-PAIF-24-horas_VCF_12Abril-1.pdf.
- C. VILLACAMPA (2020), *Justicia restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal*. Polít. crim. [online], vol.15, n. 29 pp. 47-75. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992020000100047&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3399. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992020000100047>, citado 2020-09-19.
- R. ZAFFARONI (1998), *En busca de las penas perdidas*, Editorial Ediar S.A., Buenos Aires, Argentina.

MARÍA CRISTINA DI PIETRO*

IMPACTO DEL COVID-19 EN EL DERECHO: VIRTUALIDAD, MEDIACIÓN Y NUEVA PRAXIS DEL ABOGADO

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Pensando en el alcance de los principios del Derecho ante los nuevos desafíos. - 3. Las Nuevas Formas Jurídicas. - 3.1. Mediación Jurídica. - 3.2. Mediación en línea y presencia virtual. Mecanismos tecnológicos. - 4. Abogados en el sistema de autocomposición. 4.1. Nuevas perspectivas probatorias en la praxis del abogado. - 5. El consenso superador: La protección de los Derechos.

1. *Introducción.* – Se aborda el análisis del acelerado cambio producido en las formas jurídicas a partir del impacto de la crisis mundial en curso, que obliga a plantear la relatividad de los principios jurídicos, replantear la praxis del Derecho, sobre todo con foco en su principal operador jurídico: el abogado.

Poniendo en crisis también, la escasa participación del actor del conflicto y la inercia en la práctica del Derecho reducida solo a los tribunales. Incluyendo en la propuesta de investigación, el papel de la prueba como recurso de poder negociable entre partes.

De allí la postulación de la mediación jurídica-judicial como plataforma para el abordaje de conflictos con efectos jurídicos. Cuanto más ahora desde la virtualidad, ya que como método autocompositivo regulado, permite hoy en pandemia, el ejercicio extrajudicial de los derechos casi como único recurso judicial disponible para el justiciable.

Toda multiplicación de epidemias a lo largo de la historia se encuentra atravesada por un patrón común: el eclipse del esta-

* Prof. Dra. María Cristina Di Pietro. Córdoba. Argentina. Doctora en Derecho y Cs. Sociales. Prof. Titular Solución de Conflictos UCC (Univ. Católica de Córdoba). Prof. Adjunta Teorías del Conflicto, de la Decisión. Métodos RAC. Facultad de Derecho UNC (Univ. Nacional de Córdoba). Coordinadora de Extensión Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales – CIJS – Facultad de Derecho UNC. Mail: mediario@hotmail.com.

do en directa relación con el combate de la peste, provocando el surgimiento de organizaciones civiles, como nuevos actores. Este siglo desde una etapa pandémica que afecta al Derecho en plena modernidad tecnológica, nos desafía a replantear la praxis del rol secular del abogado.

Que demanda redimensionar y redefinir qué alcance tiene la tutela extrajudicial de los derechos. Qué alcance le otorgan las partes y los abogados que pretendemos tutelarlos. Porque las reformas estructurales ya están planteadas; de allí nuestra presentación en este Congreso.

La magnitud y la oportunidad del cambio en el escenario jurídico nos impone considerar si después de esta histórica experiencia de vulnerabilidad, desde todo aspecto: salud, libertad, derechos, encontraremos una variable sustancial en la praxis jurídica, que faculte la entrada de nuevas valoraciones y reglas que permitan compartirse globalmente.

Para que haya una nueva visión del Derecho necesitamos una nueva visión de abogado. Un renovado enfoque en su perfil y función. Para posibilitar que sea artífice de la efectivización autónoma de los derechos en tiempos de autocomposición, es decir de creación de la norma particular, desde los propios involucrados dentro de los derechos disponibles y con los alcances que la legislación local determine, para que no vuelvan a permanecer suspendidos, teóricos e indefensos en situaciones de shock jurídico judicial.

Necesitamos también revisar con valentía el alcance y la ubicación, el orden satisfactorio en la escala de algunos principios de Derecho que acompañan a las formas efectivas de acceder a la defensa de los derechos y en los que se sostienen las pretensiones/posiciones de los actores del conflicto.

El Derecho de una determinada sociedad es, en parte, lo que los juristas creen que es. Esta aseveración puede parecer tan provocativa como el paradigma que vivimos. Es que, más ahora que nunca el Derecho será el artífice de soluciones integrales. Entendido desde la complejidad y la incertidumbre como elemento desestabilizante pero también comprensivo de la oportunidad de participación de los propios involucrados sujetos de derecho. Porque si todos ellos argumentan tener razón, es lógico pensar que entonces, están de acuerdo; pudiendo buscar así,

la forma particular de efectivizarlo; y para ello nada mejor que las formas jurídicas integrales diseñadas por los abogados.

La tendencia doctrinaria para la construcción de modelos y sistemas de justicia, considera que debe insistirse en el logro de consensos mínimos aún durante el juicio e incluso luego de la decisión judicial.

Esta concepción central y opuesta a la regente en el siglo XX, es la reflejada en los programas de administración de justicia de estados modernos: el ciudadano como formador de decisión, con nuevas obligaciones instrumentales y procesales; teniendo a su cargo la solución primaria, la propuesta de solución del problema que plantea; sin perjuicio de la ulterior posibilidad de intervención del juez natural¹. Ya que replicando el mundo jurídico en su multidimensión resulta “más importante que el derecho vigente, el derecho viviente. Es decir, la mentalidad de los operadores jurídicos que tienen que aplicar el derecho vigente”.

2. Pensando en el alcance de los principios del Derecho ante los nuevos desafíos. – La pandemia nos coloca en situaciones de urgencias socio-jurídicas impostergables, que nos habilitan a generar remedios nuevos para conflictos nuevos y también viejos. Ya que no se percibió protección judicial en muchas jurisdicciones y en otras el servicio no proveyó eficacia suficiente.

Sin embargo, el planteo exclusivamente jurídico interpersonal o intergrupar resultaría un análisis parcial; apenas un recorte de la realidad surgente que no parece ya tener sentido. Porque, entre otros privilegios, somos partícipes de la aparición drástica de otro paradigma: del que emerge con claridad que, en cada caso particular, la comunidad pasó de ser involucrada genérica a actor principal. Y que detrás de este paradigma emergente ya hay otro que no alcanzamos a ver, pero existe.

¹ Percorsi Mediterranei di Mediazione per la Pace. Le tutele stragiudiziali dei diritti durante la pandemia Covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali? svoltosi il 24.4.2020. Y Le riforme della giustizia post Covid-19, 30 settembre, 1 e 2 ottobre 2020. Entrambi dalla Università degli studi di Cagliari Facoltà di scienze economiche, giuridiche e politiche Dipartimento di Giurisprudenza Italia – Mediterranei Mediatori – ONLUS – Cuemyc, España.

En este contexto y ante la vivencia de derechos sin tutelar, suspensión de tutelas efectivas, pálidas soluciones de emergencia y difusas, la praxis jurídica se observa dubitativa, posicionada ante el rigor y exigencia de la seguridad jurídica – principio base en el entrecruce de defensas de derecho –, que va cediendo ahora su prioritario lugar en el ranking. Proponemos analizar el cambio en el alcance de los principios jurídicos seculares (los que sin perder vigencia pueden reordenarse), por ej. posicionando y analizando la conjunción entre los principios de seguridad jurídica, la buena fe, la confiabilidad y la confidencialidad, como asimismo el de solidaridad, que jugará en este nuevo marco con el de ética y el de colaboración. Para posibilitar esa adecuación es necesario hacer extensiva y aplicable esa renovada escala de principios al ejercicio de la profesión; aplicación principista prioritaria que debiera sostenerse más allá de las fronteras.

3. *Las Nuevas Formas Jurídicas.* – O su renovado abordaje, requieren de un requisito sustancial con antecedente secular: el cambio de mentalidad o como bien lo define Entelman, los cambios y adaptaciones...más que un problema de leyes son un problema de hombres².

No se trata de presentar a los medios autocompositivos como una competencia de los heterocompositivos, sino integrarlos como dos medios interdependientes que cumplen un papel relevante en la protección de los derechos, donde el éxito de uno depende de la eficacia del otro. En la autocomposición estando las partes, titulares de derechos frente a frente, lo pueden todo. Aunque proceso judicial y mediación (también la negociación y la conciliación) suelen ponerse como dos mecanismos contrapuestos o en competencia, existe entre ellos una relación de dependencia mutua. La mejor forma de generar un incentivo para que las partes lleguen a un acuerdo sobre su conflicto es promoviéndolo a través del dise-

² Sobre el tema M.C. DI PIETRO, *Mediación y la Eficacia en la protección extrajudicial de los derechos. La Mediación en Argentina.* En *Mediaciones Sociales. Revista de Ciencias Sociales y de la Comunicación.* Grupo de Investigación Identidades Sociales y Comunicación. N° 18. 2019. ISSN-e: 1989-0494. Universidad Complutense de Madrid (España) Web: <http://revistas.ucm.es/index.php/MESO>.

ño de un proceso que sea un medio efectivo y real de realización de derechos a través de acuerdos que serán ley para ellas. La legislación y la orientación doctrinaria, van imponiendo el cambio de perfiles en el abogado de parte y en los terceros neutrales.

En los procesos autocompositivos hay litigio pero no rol de litigantes. Abogados y terceros neutrales intercambian posiciones, motivaciones, preferencias y conveniencias de los conflictuantes. A simple vista puede creerse que en los modos y métodos para resolver conflictos se pergeñan probables soluciones. En realidad se trazan estrategias de impacto exitoso; probables cursos de acción según decisiones encadenadas hacia distintos objetivos, los que, si se reúnen o convergen culminan en acuerdo como norma especial, co-construida para las partes; convención surgida así de procesos ágiles. Caso contrario, continúan hacia otra vía de superación, generalmente heterocompositiva.

La elección estratégica es del abogado, quien traza y analiza el mapa de conflicto a efectos de elegir el método adecuado de superación. Examina actores – sujetos de derechos –, sus objetivos y para alcanzarlos, la medición de poder; su cálculo – cantidad de recursos que cada actor tiene o cree tener para lograr su meta – para llegar concatenados a sus objetivos iniciales, medios y finales. Estos recursos son en el caso de defenderse derechos e intereses, por ejemplo, las pruebas y su alcance para obtener la cosa o derecho reclamados. Estos recursos probatorios pueden negociarse en cuanto a su producción, tiempo y posibilidades, importancia o mera dilación, valoración en función a lo que se pretende, etc. Abriendo caminos a procesos ágiles y satisfactorios de superación de controversias articulados estratégicamente, por los que no necesariamente el abogado deberá recurrir a tribunales para obtener la realización de los derechos de sus clientes.

3.1. *Mediación Jurídica*. – Uno de los métodos que se anticipó en tiempos de Covid-19 a la defensa extrajudicial de los derechos, es la mediación jurídica³. Entendemos por mediación ju-

³ En Argentina: Resolución 121/2020 y Disposición 7/2020 Ministerio Justicia de la Nación Argentina; Córdoba, Resolución 02/2020-Dimed. Ministerio de Justicia de la Prov. de Córdoba, Acordada AR1625 “A”, 10/5/2020, Tribunal Superior de Justicia de la Prov. de Córdoba.

rídica al proceso de negociación desarrollado con la asistencia y orientación de un tercero experto en leyes carente de *iurisdictio*, estando las partes asistidas por sus abogados, con manifiesta intención y voluntad de enmarcar y subsumir la posible solución dentro de parámetros jurídicos, a efectos de lograr en su caso, la conformidad y validación judicial. Convirtiéndose así esta especie de mediación, en un verdadero equivalente o concurrente jurisdiccional, tal como lo refiriera Carnelutti⁴.

La mediación jurídica puede ser judicial o extrajudicial⁵, dependiendo de la judicialización previa del conflicto y del ámbito en donde se desarrolle. Es convocada cuando las partes enmarcan a su conflicto dentro del Derecho, eligiendo a la par del proceso de solución – mediación, conciliación o al mixto medconc –, al neutral abogado conforme el tipo de solución acordada que requieren para ellas.

La mediación jurídica extrajudicial puede realizarse en dependencias públicas o privadas (centros privados de mediación), a veces fuera del espacio jurisdiccional y no conectado a él, constituyéndose así, en el ámbito crucial para la defensa extrajudicial de los derechos. La mediación jurídica judicial en cambio, es convocada y se desarrolla en centros judiciales de mediación⁶.

El mediador judicial o con orientación jurídica, – previsto en las leyes de mediación conectadas a los tribunales – es un tercero neutral con intereses precisos, – multiparcialidad –. No es ajeno al juego litigioso ni al probatorio. Conduce el proceso de

⁴ F. CARNELUTTI, *Instituciones del Proceso Civil*, Vol. I, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956.

⁵ Leyes 8858 y 10543 Prov. de Córdoba. Ley Nacional 26589

⁶ M.C. DI PIETRO, *Impacto del Covid-19 en el Derecho. Sistema de autocomposición y prueba*, Disertación/Ponencia: En *Percorsi Mediterranei di Mediazione per la Pace. Le tutele stragiudiziali dei diritti durante la pandemia Covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?* svolto il 24.4.2020. Università degli studi di Cagliari Facoltà di scienze economiche, giuridiche e politiche Dipartimento di Giurisprudenza. Todas las grabaciones en video de las contribuciones están disponibles en las siguientes direcciones web de la Universidad de Cagliari https://www.unica.it/unica/page/it/le_tutele_stragiudiziali_dei_diritti_durante_la_pandemia_covid_soluzioni_emergistici_o_riforme_strutturali?con2ltrutturali?coni (<https://www.mediatorimediterranei.com/video-convegno-internazionale-a-distanza-del-24-04-2020/>).

mediación con parámetros de Derecho y de ley. Su tarea y rol es dirigir el modo distinto de ver el conflicto con el abordaje jurídico de solución; propender a su re-significación sin perjuicio de su contextualización y encuadre adecuado a la experiencia general, a los usos de cada persona y a las costumbres y reglas de su grupo de pertenencia.

El mediador detenta poder jurisdiccional en inversa proporción a su dominio en técnicas conciliadoras ya que, por la tipicidad de su función, logra alto nivel de comunicación – y por ende de confianza – en contextos de confidencialidad, asumiendo mayor autoridad autocomponedora vs. ningún poder jurisdiccional.

3.2. Mediación en línea y presencia virtual. Mecanismos tecnológicos. – Para abundar sobre el impacto del COVID-19 en el Derecho argentino, diremos que aceleró la probabilidad de realizar procesos autocompositivos a través de la virtualidad por medio de plataformas que proveen presencia virtual. Porque ése es uno de los costados que el paradigma emergente estaba marcando y no podíamos ver: el arrollador impulso de la virtualidad mundializada a la par de la brecha en el acceso y uso tecnológico y el efecto que ello produce en la protección de los derechos.

Nuevas formas vendrán para reemplazar a las anteriores al C-19. Lo seguro: estas últimas ya empiezan a colorearse como material en desuso...

Para que aquellos renovados procesos compositivos transiten un camino con un mínimo de seguridad jurídica, se ensayan a nivel mundial, a velocidades inusitadas y como escoltas del principio de buena fe, pautas y protocolos que permitan la efectiva identificación de los participantes y letrados; perfilando reglas de actuación y praxis; de inscripción de acuerdos ejecutables; firmas digitales; además de normas de actuación e intervención para mediadores.

4. Abogados en el sistema de autocomposición. – Los hechos se traducen en narrativa diferente o divergente según quien los relata; adquiriendo máxima diferencia en boca de los abogados.

Entonces en cómo se los plantea y cómo se buscan modo y método de solución, insistimos, redundará en la mentalidad del letrado, ya que – según vimos – más que un problema de leyes la cuestión de cómo enfocar la solución, es un problema de hombres y su elección de formas jurídicas. En tiempos pandémicos – de cualquier índole – y en lo que queda después, el trabajo y rol del abogado presentan cambios ostensibles, por ejemplo, en el manejo y aplicación de aquella escala de principios jurídicos en punto a su verdadera realización en la que vemos ceder lugar, decíamos, al de seguridad jurídica ante el de colaboración, solidaridad en tándem con la confiabilidad y confidencialidad. Esta es la praxis que caracteriza al abogado que persiga hoy la satisfacción de los derechos e intereses de su cliente que incluye, por paradójico que suene, a los del adversario... Así esta época pos...

Porque el foco desde el interés y el foco desde el derecho componen el cálculo costo-beneficio de estrategia ganadora. Porque lo que subyace al derecho es el interés y en éste subyace el costo-beneficio que inclina a la parte a decidir y también a su abogado. Son tiempos de intensificar al abogado como artífice del Derecho y co-constructor social.

Lejos de proteger al débil, la prolongación del debate judicial y la lucha jurídica como hábito profesional ahondarán beneficios para el deudor consuetudinario y falaz – de cualquier orden y nivel –, perdiendo el abogado su rol de referente social, al recalitrarse desigualdades que volverán como boomerang contra la sociedad.

Claramente existe una marcada diferencia entre la misión del abogado litigante, la del abogado negociador y la del abogado mediador. Y los tres coadyuvan al proceso ágil contemporáneo⁷.

El abogado litigante, letrado de parte, perfila su rol como luchador a ultranza porque su escenario es el litigio. El abogado negociador, es también letrado parcial, pero su función es obtener a través del intercambio negociador el mayor beneficio para su cliente – incluyendo preservar las relaciones – a través de

⁷ C. PILIA. *La sperimentazione delle tutele agili dei diritti durante la pandemia Covid-19, Percorsi Mediterranei di Mediazione per la Pace. Le tutele stragiudiziali dei diritti durante la pandemia Covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?* svoltosi il 24.4.2020, cit. nota 15.

modelos de estrategias de negociación tomando al derecho y a las consecuencias del juicio (o a la imposibilidad de litigar) como parámetros. El negociador más duro como experto litigante en el campo de la negociación y en la mediación, ocupa un escenario de genuina negociación, es decir, de intercambio productivo. Viendo en el conflicto una oportunidad de negociación. Para el abogado es ésta una renovada forma de estrategia jurídica, en la que descubre o redimensiona las trampas que aguardan en los pasillos de los tribunales, por ejemplo: creer que se negociará de la misma manera en mediación que como se negocia en el ámbito de tribunales; o considerar que mediar es atravesar un proceso menos legal, con un tercero neutral que aunque abogado, no debe invocar ni respaldarse en la ley; perdiendo así, la oportunidad de evidenciar el conflicto desde otra perspectiva; perdiendo la posibilidad de resolverlo jurídicamente con técnicas menos invasivas que las obligadamente aplicables en los procesos judiciales, de vía única ganar-perder o perder-perder que es la ecuación en la que se convirtió el litigio. Resulta conveniente en materia jurídica cobrar conciencia de la controversia, adoptar una actitud respecto de ella y, sobre todo, apreciar lealmente las razones (¿los motivos? ¿las causas?) que nos conduzcan a adoptarla. Para que esta apreciación se produzca en el sujeto-parte, es necesario asociarlo como decisor junto al abogado y al tercero. Ya que desafiando únicamente en opuestos no se producen resultados operativos y satisfactorios para el ciudadano-actor del conflicto, sino frustrantes.

4.1. *Nuevas perspectivas probatorias en la praxis del abogado.* – Entonces estos procesos autónomos, más aún la mediación, son juegos de reparto distintos en el que las partes no tienen como foco primario la verdad o la razón; fincándose en las narraciones, armando y desarmando posibilidades que permitan coincidir; más que en una prueba puntual, en el todo que arroje conveniencia de acordar. En este contexto, la prueba como recurso de poder que sostiene la tarea del abogado, hace a la confianza, no a la verdad. Al abandonar el costado meramente litigioso de la disputa (verdad-razón) la prueba puede enfocarse con alcance diferente. Tiene importancia fundante pero otra significación. Otro valor estratégico: cuánto vale para parte y contraparte.

te; es o no un recurso de poder; cómo impacta en los intereses y derechos de cada uno y del conjunto (desde los principios de buena fe y de colaboración); cuánto hace variar el escenario de decisión, etc. Porque en estos escenarios la prueba abre diferentes probabilidades, eligiendo las partes entre ellas la que más se acerque a su máxima satisfacción o preferencia. Es que la preferencia en definitiva proveerá a la decisión biparte.

Para el abogado negociador, las pruebas son también, advertencias que le permiten administrar el caso y su solución sin necesidad de pérdidas imprevistas. Constituyen oportunidades de negociación procesal a través del intercambio de pruebas que puedan neutralizarse entre sí, evitando costos innecesarios. Para el mediador y conciliador, son parámetros que clarifican las posiciones de las partes; son fuente de hipótesis y de aval de una tercera vía que permita acceder a una solución viable.

Anticipar el cálculo costo-beneficio de los recursos probatorios, proporciona una aproximación a la conveniencia de solución consensuada o heterocompuesta.

La relevancia del aporte de la prueba en contextos de auto-composición, radica entonces en actuar para que los agentes decisores encaminados por sus abogados, lleguen al convencimiento del mejor camino a elegir. La decisión de las partes resulta así en estos procesos, un apasionante torneo de elecciones basado en pruebas e información jurídica, probabilidades e incertidumbre. Intercambios de conveniencia o de preferencia. Negociación y proceso litigioso como incentivos para fomentar acuerdos.

El rol del abogado, su experticia en negociación y estrategia probatoria autocompositiva definen la suerte de la causa. Siendo que la estrategia probatoria en un diferendo no se agota hoy con la prueba que se tiene o se cree tener; se guarda o exhibe; sino que su mayor trascendencia focaliza en la que procesalmente se negocia en punto de producción y oportunidad. En consecuencia el sujeto con mayor fortaleza en estos procesos es el abogado de parte, artífice de las formas jurídicas quien diagrama la estrategia como negociador en este ámbito y como litigante después, trazando sin embargo caminos de ida y vuelta. Sin perder de vista que es extremadamente más difícil cooperar – autocomponer a medida – que competir.

Porque en lo que vendrá, creemos advertir además, una propensión hacia las etapas pre: preparación con el cliente – no del cliente – pre-negociación, pre-mediación. Y estas etapas serán mediadas por recursos tecnológicos para la presencialidad virtual, para las diversas comunicaciones entre partes, abogados y terceros, etc. Es ésta y se incrementará, la tarea relevante y sustancial del abogado con su cliente: el asesoramiento puntual y manejo razonable de probabilidades y expectativas realistas. La praxis en la participación virtual, el hábito en el manejo de la conjunción de las razones de cada parte; la diferencia surgida desde la comparación probatoria, generando acuerdos procesales, negociando la prueba. En síntesis, entrenándolo para la toma de decisión final. Ya que habiendo parámetros jurídicos es probable acercarse al resultado por sentencia, conformando ello la base de la negociación – de fondo – operativa bilateral, sin abandonar – aunque morigerando – las preferencias subjetivas, que se trabajan con el cliente en la etapa de pre-negociación.

En suma, todo ello hará a la nueva perspectiva de la responsabilidad profesional del abogado y a su principal función: la defensa extrajudicial de los Derecho, el Derecho viviente – más que vigente – como justicia sostenible.

5. El consenso superador: La protección de los Derechos. – Sobresalen aspectos sustanciales en esta pandemia:

1. Ante situaciones de urgencias socio-jurídicas impostergables, se habilitan y generan remedios nuevos para conflictos nuevos y también viejos. Por esta necesidad de adecuación, se posibilita repensar el orden satisfactorio en la aplicación de algunos principios de Derecho que acompañan las formas efectivas de acceder a la defensa de los derechos. Reclaman reubicación por su rigor y exigencia teórica, el de seguridad jurídica que se analiza hoy, matizado en conjunción con los de la buena fe, confiabilidad y confidencialidad. Dando paso en ascenso al principio de solidaridad que jugará en este nuevo marco, con el de ética y el de colaboración, todos de vital aplicación al ejercicio profesional, que debiera hacerse extensivo y sostenerse más allá de las fronteras.

2. El acceso a la justicia a través de formas jurídicas autocompositivas que pueden coadyuvar con procesos litigiosos pero dinámicos, ya que comparten los mismos sujetos, objeto, causa y pruebas que permitan calcular resultados en base a precedentes jurídicos.
3. La visibilización de la mediación jurídica como garante del ejercicio de los derechos y del tratamiento adecuado de los conflictos.
4. La virtualidad como herramienta que posibilita salvar urgencias jurídicas, dinamizar soluciones, permitiendo renovar las formas jurídicas y revisar el hábito de invocar teóricamente al principio de seguridad jurídica, sin otros principios de acompañamiento equilibrantes (buena fe, confidencialidad, cooperación).
5. El punto de mayor significancia está indiscutiblemente en manos del abogado: los remedios de protección de los Derechos, en tanto su proyección social; por su necesario renovado protagonismo; por la responsabilidad que le cabe en el proyecto social del que es referente prioritario; porque es la voz ante la impotencia del desprotegido, de la desigualdad ante la ley; porque articula los Derechos de la comunidad en hora de consensos normativos autoconstruidos.

Porque son momentos de co-construir responsabilidad social desde la individual. El abogado es – no será – su artífice de mayor rango en la construcción de ese enfoque de responsabilidad en el orden jurídico que aparece para la renovada y efectiva protección de los Derechos.

CLEITON LIXIESKI SELL*

REFLEJOS Y DESAFIOS DE LOS MEDIADORES EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES DURANTE Y DESPUÉS DE UNA PANDEMIA

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Marco teórico de la mediación en línea. - 3. Mediación en plataformas digitales durante y después de la pandemia. - 4. Desafíos futuros de los mediadores virtuales en el entorno virtual. - 5. Conclusiones.

1. *Introducción.* – Como marco teórico del abordaje de la mediación en plataformas digitales, a partir de un análisis de la Antigüedad, atravesando la Edad Media, Moderna y Contemporánea, el Estado fue y seguirá siendo el sistematizador de la función jurisdiccional del Estado, por lo que tiene una dependencia estatal para asegurar el cumplimiento de una decisión. Desde una lectura más atenta sobre este tema, tanto filosófico como jurídico, el objetivo del uso de herramientas digitales se sustenta en los siguientes contrapesos: Primero, la reducción de la burocracia en el poder judicial, tanto en términos de trabajo para recursos humanos como de eficiencia de resultados a través de decisiones con plazo aceptable, sin considerar los méritos de las discusiones sobre cuál sería una duración razonable del proceso; En segundo lugar, promover la desjudicialización, es decir, buscar medios alternativos que no apunten únicamente a la vía del Poder Judicial; En tercer lugar, racionalizar y adecuar la disposición legal (y aquí es donde entran las herramientas digitales), en el contexto de las pandemias y reflejos pospandémicos, ya que se están produciendo cambios que se están redimensionando a un contexto desafiante para los operadores legales.

Con estas tres premisas o antecedentes, el problema se caracteriza por los beneficios e inconvenientes del uso de plata-

* Doctorando en derecho por la Universidad de Burgos.

formas digitales como vía adecuada con el supuesto caracterizado por una pandemia que ha implicado y sigue afectando el sistema judicial de los países cuyas restricciones de movilidad se han establecido. Este aspecto es consistente con la definición de mediación, que objetivamente constituye el procedimiento en el que un tercero imparcial asiste en la búsqueda de la resolución del conflicto, sin embargo, como bien lo recuerdan los adoctrinadores a nivel nacional e internacional, este tercero no fue Se confiere poder de decisión, ya que este atributo se ajustará a las partes en todos los aspectos de la mediación.

La construcción de la investigación está compuesta por la teoría básica y enfoque, procedimiento y técnica. Optamos por el método hipotético deductivo, considerando que el objetivo es presentar aspectos positivos y negativos del uso de la mediación en plataformas digitales. En cuanto a los métodos procedimentales, se utilizarán los métodos monográficos y comparativos, razón que se sostiene, en primer lugar, porque existen análisis que sustentan la tesis del uso de plataformas digitales, así como los factores externos que influyeron en el caso de los reflejos en el ámbito jurídico debido a la pandemia. En cuanto a la comparativa, se utiliza para establecer parámetros sobre las divergencias en cuanto a las posibilidades beneficiosas o dificultades de utilizar mecanismos como plataformas de mediación online. Como técnica se utilizó una construcción documental como subvención de las teorías desarrolladas.

2. *Marco teórico de la mediación en línea.* – En este estado del arte, la mediación en línea ha sido una herramienta que ha atravesado un camino desafiante en términos de realidad social, tanto en países del sistema Civil Law como de Common Law, porque como dijo Warat, cuando los individuos buscan otros aspectos además de un acuerdo, el conflicto permanece, incluso sin formalidad en el ámbito legal. De hecho, son varias las preguntas que se podrían plantear como el rol del Poder Legislativo en la contención de los juicios, o sobre la existencia de compatibilidad de los sistemas de justicia adecuados debido a la diversidad económica, social y cultural, la mediación virtual es capaz de servir a todos los ciudadanos, un aumento de la po-

blación y, en consecuencia, un aumento de los conflictos individuales y colectivos, ¿es la ley el único y primer mecanismo que se utiliza para resolver los conflictos? Pues bien, este estudio se limitará a analizar el uso de tecnologías como un medio, no el único, sino un uso necesario en el contexto de una pandemia.

En esta segunda década del siglo XXI, ya hay un fuerte impulso sobre la mediación realizada por robots, en la que la Inteligencia Artificial (IA) se ha convertido en una realidad en el ámbito jurídico de la mediación de conflictos. Un ejemplo fue el especialista en comercio electrónico *iCan Systems*, una plataforma que se convirtió en la primera empresa en resolver conflictos en un Tribunal Público utilizando un robot como mediador. Lo que se puede analizar es que para una gran cantidad de datos, el uso de un robot puede traer agilidad en la documentación, sin embargo, aún hay un paso detrás de una conclusión sobre los beneficios que este tipo de tecnología puede traer como mediador. basado, además, en casos repetitivos, sólo¹.

En cualquier caso, la mediación online (realizada por seres humanos en el entorno virtual) trae innovaciones en cuanto a la estructura que se viene realizando desde hace décadas, ya que los medios de información y comunicación que propone la tecnología de redes abren un abanico gigantesco para realizar funciones esenciales para garantía del derecho a los ciudadanos. Una normalización de la mediación viene desde hace algún tiempo en los tribunales, donde se inició en Estados Unidos con un enfoque en las minorías y los programas judiciales con los ca-

¹ K. BEIOLEY, *¿Superarán los robots a los abogados en la mediación?.* *Expansión, Economía digital*. Acessado em: <https://www.expansion.com/economia-digital/innovacion/2019/08/17/5d582c38468aeb19508b45b1.html>. Sobre ODR, vid. E. VÁZQUEZ DE CASTRO, *La mediación electrónica y los medios disponibles aún a explorar: estado de la cuestión*, en I. BARRAL VIÑALS (Coord.), *La resolución de conflictos con consumidores: de la mediación a las ODR*, Madrid, Editorial Reus, 2018, pp. 131-158; Sobre a comparativa entre mediadores humanos e mediadores robots (IA) vid. N. BELLOSO MARTÍN, *Las dificultades de replicar la mediación humana: inteligencia artificial y mediadores robots*, en H. DALLA BERNARDINA DE PINHO, A. MOURA DA FONSECA PINTO, M.M. GARCIA DUARTE, N. BELLOSO MARTÍN (Coordinadores), *Coletânea Estudos sobre mediação no Brasil e no Exterior*, Observatórios de mediação, Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá, Volume I.

tos más simples². La institucionalización de la mediación se hizo evidente, pues se convirtió, por regla general, en una resolución en la perspectiva extrajudicial, a iniciativa de las partes, o vía intrajudicial, sin embargo, esta última se convirtió en una obligación, ya que la cultura del proceso y la búsqueda del poder judicial se ha convertido en lo que Oscar Chase llama “[...] una conexión reflexiva entre cultura y procesos de disputa”³, en la que es reconocida por Taruffo como una cultura extremadamente exigente, percibida principalmente en países del sistema *Civil Law*⁴.

El uso de tecnologías ya no es una opción para facilitar los medios de comunicación, se ha convertido en una necesidad para mantener las relaciones sociales y laborales. En el contexto de la mediación en plataformas virtuales, el uso de internet como red ha contribuido a una mayor integración de las herramientas disponibles, así como de los requisitos intrínsecos en el nuevo contexto de resolución de conflictos⁵. El llamado proceso electrónico existe en el sistema brasileño desde 2006, con la Ley 11.416/06, así como el Nuevo Código Procesal Civil (NCPC/2015), mediante la Ley 13.105/15, que prevé los actos procesales por vía electrónica (arts. 193 y ss), Así como los medios válidos establecidos como las videoconferencias u otros medios de transmisión de imágenes y sonidos (art. 236, §3). De esta forma, se incluyen electrónicamente documentos como citaciones y citaciones, así como la NCPC prevé que los trámites en la fase de audiencia de conciliación y mediación se realicen de forma electrónica (art. 344, § 7º), según el art. 46, de la Ley 13.140 / 15, conocida como Ley de Mediación.

² S. PRESS, *Court-Connected Mediation and Minorities: A Report Card*. *Capital University Law Review* (39), 819. Acessado em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1954896.

³ Tradução própria. “[...] reflexive connection between culture and disputing process”. O.G.L. CHASE, *Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cultural Context*. New York, University Press, 2.

⁴ M. TARUFFO, *Cultura e processo*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Giuffrè Editore, 63.

⁵ H.D.B. DE PINHO, M. MAZZOLA, *Manual de Mediação e Arbitragem*. Saraivajur, São Paulo, 179.

3. *Mediación en plataformas digitales durante y después de la pandemia.* – El uso de plataformas online ha impulsado ampliamente el uso de plataformas para la resolución de conflictos, tomando como ejemplo las cámaras privadas de mediación y conciliación que ya está siendo una herramienta utilizada para impulsar la mediación digital, teniendo como uno de los casos de resolución online de conflictos o *Modria*⁶. O *Modria* es un software desarrollado para resolver conflictos en plataformas de compras como Ebay y PayPal, sin embargo, también se ha vuelto muy utilizado para la resolución de divorcios y otros trámites familiares.

En este mismo contexto, la legislación brasileña, a través del Decreto n° 10.197 / 20, que modificó la disposición prevista en el Decreto n° 8.573/15, estableció la plataforma *consumidor.gov.br*⁷. Esta plataforma tiene los siguientes objetivos: ampliar el servicio a los consumidores, fomentar la competencia para mejorar la oferta de productos a los consumidores, mejorar las políticas de prevención de conductas nocivas y fortalecer la promoción de la transparencia en las relaciones con los consumidores.

En todo caso, la mediación online aporta ventajas y desventajas en relación a la relación conflictiva, ya que los aspectos positivos son el menor costo del tiempo de viaje, flexibilidad de horarios, acceso a cualquier microcomputadora con acceso a internet y disponibilidad de herramientas que permiten diálogo durante la sesión virtual, facilidades ante el escenario de la pandemia Covid-19. Por otro lado, trae desventajas como el contacto personal, que dificulta que las partes involucradas perciban los sentimientos del mediador, intereses ocultos involucrados, observando las reacciones y perspectivas discutidas en el conflicto.

⁶ D.R.M. MARTIS, C. BUTORI, N.S. DE REZENDE, Resolução de conflitos online e o case do Modria. *Camesbrasil*. Disponível em: <https://www.camesbrasil.com.br/resolucao-conflitos-online-case-modria/>.

⁷ A plataforma possui uma operacionalização simples, em que o primeiro passo o consumidor verifica se a empresa reclamada possui cadastro no sistema para registrar a reclamação. Em seguida, no prazo de 20 dias, o consumidor poderá verificar se sua reclamação foi resolvida ou não resolvida. Caso tenha sido resolvida, o usuário emitirá um nível de satisfação, e no caso de insucesso, será proposta outra via de resolução conflito.

4. *Desafíos futuros de los mediadores virtuales en el entorno virtual.* – La formación de mediadores online se convierte en un aspecto relevante en este contexto de resolución de conflictos, desde la formación técnica y las habilidades para operacionalizar el entorno virtual. En particular, las tecnologías contribuyen a la autocomposición de los conflictos con el acceso a la justicia, previsto en el texto constitucional y en el Código de Procedimiento Civil⁸. Esta tendencia al uso de entornos virtuales también fue contemplada por la Ley 13.994/20, que permite la conciliación de los no presenciales en el ámbito de los Tribunales Civiles Especiales, como se establece en el § 2, del art. 22: “Es posible la conciliación no presencial realizada por la Corte mediante el uso de los recursos tecnológicos disponibles para transmitir sonidos e imágenes en tiempo real, y el resultado del intento de conciliación debe reducirse a escrito con los anexos correspondientes”. El legislador contempló la posibilidad de realizar audiencias conciliatorias en ambientes virtuales e incluso permitió que se decretara una sanción, pronunciando la sentencia, en caso de no concurrir al ambiente virtual (art. 23), del mismo dispositivo.

La mediación en línea se utiliza para conflictos que involucran negocios, banca, financieros, civiles, contractuales, educativos, laborales, entre otras áreas. Así, de acuerdo con la Ley 13.140/15, las cuestiones de derechos disponibles o no disponibles pueden ser sometidas a mediación, sin embargo, en este último caso deben admitir una transacción, siempre que sea ratificada en la corte y sea conocida por el Ministerio Público. Además, la mediación online, dependiendo de la complejidad, puede realizarse en tantas sesiones como sea necesario, teniendo su regulación en la Resolución n° 125/2015, del CNJ, en la NCPC/15 y en la Ley de Mediación.

5. *Conclusiones.* – El perfectivo de la resolución de conflictos en línea durante y después de la pandemia, inevitablemente, ha pasado a una perspectiva diferente al rito tradicional de siglos de existencia, ya que las iniciativas en plataformas digitales se

⁸ H.D.B. PINHO, *Jurisdição e Pacificação*. CRV, Curitiba, 232.

han incrementado debido a las restricciones impuestas a la salud. Con el uso limitado a los Tribunales de todas las instancias en Brasil, el uso de plataformas digitales se ha convertido exponencialmente en una alternativa a través de la videoconferencia en la que se puede realizar la mediación en el ámbito del Poder Judicial.

El Consejo Nacional de Justicia une esfuerzos para crear una plataforma digital para implementar en los Tribunales brasileños como métodos ODR. Asimismo, para que el uso de plataformas virtuales sea beneficioso para los involucrados, debe existir la colaboración de las autoridades jurisdiccionales, ya que es necesario el uso moderado y ético de estas herramientas de manera participativa, democrática y eficiente para lograr consensos. Ante estos supuestos y proyecciones en relación a la mediación en entornos virtuales, no se puede perder que el objetivo es el uso de herramientas adecuadas para la solución consensuada del conflicto, por lo que, si esto no es posible de esta manera, su uso no será adecuado.

El legislador brasileño parece haber dado un paso importante en el sentido de que, si no se asiste a la audiencia obligatoria, en un entorno virtual y sin justificación, incurre en sanción. En ese caso, se introdujo un sistema intermediario, optando por la mediación opcional y obligatoria, estimulando el uso de mecanismos de composición de conflictos y en línea con la idea de acceso a la justicia, así como la alineación de instrumentos de racionalización de máquinas. procesal a través de ODRs.

Referencias

- N. BELLOSO MARTÍN (2020), *Las dificultades de replicar la mediación humana: inteligencia artificial y mediadores robots*, en H. Dalla Bernardina de Pinho, A.M. DA FONSECA PINTO, M. MICHELE GARCIA DUARTE, N. BELLOSO MARTÍN (Coordinadores), *Coletânea Estudos sobre mediação no Brasil e no Exterior*, Observatórios de mediação, Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá, Volume I.
- K. BEIOLEY (2019). *¿Superarán los robots a los abogados en la mediación?*. Expansión, Economía digital. Acessado em: <https://>

www.expansion.com/economia-digital/innovacion/2019/08/17/5d582c38468aeb19508b45b1.html.

- O.G.L. Chase (2005), *Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cultural Context*. New York, University Press.
- D.R.M. MARTIS, C. BUTORI, N.S. REZENDE (2019), *Resolução de conflitos online e o case do Modria*. Camesbrasil. Disponível em: <https://www.camesbrasil.com.br/resolucao-conflitos-online-case-modria/>.
- H.D.B. PINHO (2017), *Jurisdição e Pacificação*. CRV, Curitiba.
- H.D.B. DE PINHO, M. MAZZOLA (2019), *Manual de Mediação e Arbitragem*. Saraivajur, São Paulo.
- S. PRESS (2011), *Court-Connected Mediation and Minorities: A Report Card*. *Capital University Law Review* (39), pp. 819-851.
- M. TARUFFO (2009), *Cultura e processo*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano, Giuffrè Editore.
- E. VÁZQUEZ DE CASTRO (2018), *La mediación electrónica y los medios disponibles aún a explorar: estado de la cuestión*, en I. BARRAL VIÑALS (Coord.), *La resolución de conflictos con consumidores: de la mediación a las ODR*, Madrid, Editorial Reus, pp. 131-158.
- L.A. WARAT (2001), *O ofício do mediador*. v. 1. Florianópolis, Habitus.

JULIO CABRERA DIRCIO*

LA MEDIACIÓN Y EL COVID 19 EN MEXICO, UN CAMINO PARA LA COSTRUCCIÓN DE UNA SOCIEDAD RESPONSABLE

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Situación actual. - 3. Positivismo en México. - 4. Como construir una sociedad responsable. - 5. Los derechos humanos. - 6. Los valores. - 7. Proceso cultural. - 8. Principales retos. - 9. Propuesta. - 10. Bibliografía.

1. *Introducción.* – Sin duda ante los nuevos sucesos que se han ido generando en nuestra sociedad y que han afectado al mundo y que están dando nacimiento a nuevas formas de comportamiento y de costumbres, el derecho colaborativo es una herramienta que al ser implementada pueda darnos resultados eficaces que nos van a ayudar a abordar los nuevos conflictos que conlleva estos cambios tan vertiginosos que estamos viviendo.

El conflicto es importante verlo como el reencuentro con uno mismo, el ser interno con el externo del ser humano en el interactuar, tal parece que el COVID-19 lo logro, aunque sea de manera temporal, el ser humano se está dando cuenta la importancia de que las personas actuemos de manera racional y ética, es la única forma en la que podemos contener este virus y hacerlo de forma colaborativa donde también los gobiernos de los países juegan un factor fundamental.

El ser humano como lo establece platón¹ en la república, por naturaleza es injusto, pues cada día que pasa quiere tener más, pues la pasión conduce al justo a seguir al injusto y el resultado es una sociedad convulsionada por el conflicto, pues las conductas de unos y otros tendrían el mismo fin y esto probaría que na-

* Jefe del Departamento de Mediación en Justicia Alternativa de la Facultad de Derechos y C.S. De la UAEM.

¹ PLATÓN, *La república o el estado*, Espasa libros, Barcelona, España, sexta impresión, 2019, p. 101.

die es justo por voluntad sino por necesidad, pues los partidarios de la injusticia concluyen pues todo hombre cree que en el fondo de su alma y con razón que es más ventajosa que la justicia.

Estas acciones han hecho que el materialismo en el que estamos inmersos de un giro y nos ubique cuando menos en buscar la forma de subsistir pues la persona para Rousseau², tiene un sentimiento natural que es la piedad y esta se encarga de moderar en cada individuo la actividad del amor en sí mismo, que conlleva a la conservación mutua de toda la especie, naciendo una máxima de justicia razonada, "haz a los demás lo que tu quisieras para ti".

El ser humano por su propia naturaleza no puede vivir como ermitaño, pues necesita de una serie de satisfactores para poder llevar a cabo una vida donde sobrelleve por sí mismo gran parte de sus necesidades y poder sobrevivir, de esta manera se encuentra supeditado a poder establecer pactum con otros seres humanos para poder llevar a cabo trueques o intercambios de elementos necesarios para su subsistencia.

La mediación es de gran utilidad para lograr estos objetivos pues sin duda sus principios rectores como la voluntariedad, confianza, la buena fé, la colaboración y el compromiso nos van a ayudar a generar a que una relación entre actores del proceso colaborativo a establecer un marco de comunicación efectiva, con base en la forma de abordar el conflicto siguiendo como siempre los principios básicos de la mediación.

2. *Situación actual.* – Sin duda el COVID-19, ha generado en nuestra sociedad impotencia al ver la fragilidad del ser humano ante estas nuevas formas de contraer enfermedades y ello nos lleva a ver que la única manera de resolverlos es mediante la cooperación, la colaboración y la ayuda mutua que como seres humanos tenemos como obligación moral que darnos para lograr buscar una forma de poder neutralizar esta pandemia, pero solo mediante estos elementos en la sociedad podemos lograrlo.

En estados unidos a fines de la década de 1980 y principios de la década de 1990, muchas personas al ver que el método tradi-

² J.-J. ROUSSEAU, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Biblioteca Nueva Minerva, Madrid, España, 2014, p. 107.

cional implementado para resolver a través de un litigio convencional no cumplía ya con los parámetros de eficiencia y eficacia al ser demasiado costoso, demasiado lento y demasiado engorroso para la práctica procesal y así fueron buscando elementos que ayudaran a resolver los conflictos para resolver disputas. Estos otros métodos se conocen en la actualidad como resolución alternativa de disputas (ADR)³.

En México y en Latino América es una figura que hasta el momento no ha sido aprovechada y el grado de ineficiencia se ve desde el momento en que las partes no encuentran otro modo de resolver sus diferencias, optan por hacer del litigio una lucha en el que las partes, se salen del ámbito jurídico y entran al lado emocional y de esta forma agotan todas las instancias procesales de los órganos de procuración y administración de justicia.

Así encontramos que la mediación es un proceso alternativo voluntario de resolución de disputas basado en pactos para las partes que buscan negociar una resolución de su asunto en lugar de que un tercero que en lo más mínimo le interesa resolver los problemas derivados del conflicto pues sigue pensando que la ley es la única que tiene que aplicar y por lo tanto no alcanza a distinguir que también se tiene que pensar en la persona, pues las partes deben participar de manera activa en las alternativas de solución

Los abogados y los clientes acuerdan llevar las negociaciones de buena fe, compartir información relevante, el uso de expertos conjuntos (si se necesitan expertos), la participación del cliente en las negociaciones, comunicaciones respetuosas y la confidencialidad del proceso de negociación⁴.

Esta es una nueva forma donde los pactos entre las personas nacen de la misma necesidad de buscar elementos que nos ayuden a poder solucionar los conflictos dependiendo de nosotros mismos y para ello tendremos que actuar de manera responsable proponiendo alternativas de solución basados en un modo de vivir ético y de manera racional.

³ <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/alternative+dispute+resolution>, 11/04/2020.

⁴ <https://www.uniformlaws.org/search?s=adr&l=1>, 11/04/2020.

3. *Positivismismo en México.* – El positivismo mexicano también establece en la Constitución Federal en su artículo 25, en los párrafos III y IV, una forma de colaboración en la planeación democrática, “El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

(Reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 03 de febrero de 1983. Modificado por la reimpresión de la Constitución, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de octubre de 1986).

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

(Reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 03 de febrero de 1983)”.

La concurrencia de los tres sectores más importantes que aglutina la sociedad como son el público, el privado y el social, buscan una colaboración muy cercana con la finalidad de llevar a cabo la planeación para una buena conducción del país y que da como resultado un documento que es de suma importancia, el plan nacional de desarrollo a nivel federal el plan estatal de desarrollo en ámbito estatal y el plan municipal de desarrollo en su esfera de competencia.

Pero tampoco hay una colaboración real en el ámbito federal encontramos la mayoría de los recursos que se perciben como impuestos y eso genera una subordinación en el ámbito económico y lo mismo sucede con los 32 estados que conforma el país y esto se repite en los 2464 municipios, el resultado una falta total de coordinación para encontrar la colaboración en el ámbito nacional.

Incluso se han realizado algunas reformas que pudieran impactar de manera directa en estos cambios y con motivo de la reforma publicada el 15 de mayo del 2019 al artículo tercero constitucional, nace el 30 de septiembre del 2019, la Ley General de Educación, Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación.

En su capítulo V Del fomento de la investigación, la ciencia, las humanidades, la tecnología y la innovación en su artículo 52. Establece que el Estado garantizará el derecho de toda persona

a gozar de los beneficios del desarrollo científico, humanístico, tecnológico y de la innovación, considerados como elementos fundamentales de la educación y la cultura.

En su artículo 53, Las autoridades educativas, en el ámbito de sus competencias, impulsarán en todas las regiones del país, el desarrollo de la investigación, la ciencia, las humanidades, la tecnología y la innovación, de conformidad con lo siguiente: I. Promoción del diseño y aplicación de métodos y programas para la enseñanza, el aprendizaje y el fomento de la ciencia, las humanidades, la tecnología e innovación en todos los niveles de la educación.

Sin duda las humanidades hacen que volteemos al ser humano y la única forma de avanzar en este sentido es buscando la colaboración de quienes integramos esta sociedad pues no es posible pensar en resolver los conflictos que van a nacer a partir de la pandemia del COVID-19 por sí solos, aquí se puede ver cómo es indispensable de la colaboración de la sociedad para que el estado pueda hacer frente a tan grave contingencia.

4. *Como construir una sociedad responsable.* – Trabajar en la construcción de una sociedad responsable va a jugar un elemento importante y trascendente para las tomas de decisiones que en el futuro se tengan que tomar, de ahí la importancia para empezar a trabajar en un proceso de culturización que nazca de la educación formal con el objetivo primordial de formar estudiantes que den nacimiento a esta nueva visión, donde seamos conscientes de ejercitar nuestros derechos pero que también cumplir con nuestras obligaciones.

La educación tendrá que generar en el educando para que adquiera las competencias que le permitan analizar, reconocer y criticar la estructura social y el sistema ético que favorecen y justifican el poder instrumentarlo en la población y por otra parte realizar acciones que sean eficaces para su realización y transformación, de esta manera será capaz de establecer un juicio moral a las actividades que pretenda realizar⁵.

⁵ T. YURÉN, *Ciudadanía y educación, ideales, dilemas y posibilidades de la formación ético-política*, México, Juan Pablos Editor, UAEM, 2013, p. 46.

Las universidades y quienes estamos vinculados a ellas tenemos una gran responsabilidad para que este proceso cultural que deba culminar en formar una sociedad responsable, los planes y programas de estudio tienen que partir del ser humano y su medio ambiente y trabajar en la elaboración de ellos donde exista una vinculación con todos los sectores de la población, para que sus necesidades se vean articuladas con su participación.

El ser humano a través de la historia ha buscado siempre satisfactores necesarios para lograr su supervivencia y esto ha hecho que gran parte de la sociedad se haya vuelto muy materialista a tal grado que cualquier degradación moral es mínima con tal de lograr tener mejores bienes y servicios aunque no de la mejor manera o aunque no sea bien visto por la sociedad y esto ha generado una cultura de corrupción e impunidad y aunque se han creado organismos que de manera específica se encarguen de vigilar su buen cumplimiento no han funcionado.

Para Häberle⁶, la constitución de la libertad requiere contenidos de educación pues la sociedad y la constitución pueden sostenerse mediante la educación y la cultura y ambos se condicionan mutuamente, los fines educativos son fundamentales para orientarlos a los derechos humanos, la tolerancia, la solidaridad, la responsabilidad, la humanidad, el trabajo y no van a poder funcionar si solo son constituidos jurídicamente en sentido tradicional y desde el punto de vista pedagógico deben generar la profundidad y amplitud necesaria y que impacten en su trasfondo cultural.

No se debe perder de vista que el rompimiento de la enseñanza tradicional del derecho no puede darse de la noche a la mañana, más cuando palpamos la apatía y la poca motivación de nuestros estudiantes a nivel licenciatura, tendremos que generar las condiciones necesarias para lograr que se interesen en poder participar en la solución de sus propios problemas con actividades que sean propuestas por ellos y encauzadas por el profesor, con base en la planeación del programa de la materia implementada.

⁶ P. HÄBERLE, *El estado constitucional*, editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 313.

Los seres humanos son entes que buscan maximizar sus satisfacciones y buscan siempre decisiones eficaces, la libertad resulta un principio eficaz de organización de intercambios y por lo tanto el estado queda fuera de utilizar su poder coercitivo, el argumento de la eficacia de la libertad es el resultado de las satisfacciones de los hombres ya maximizadas, demostrar la eficacia de la libertad, consiste en demostrar que el mundo es el mejor de los mundos posibles⁷.

El liberalismo en todas sus facetas lo que busca es encontrar una respuesta favorable para que el ser humano pueda realizar sus actividades cuando menos de una manera libre, aunque también es importante que todos los conceptos como este para poder funcionar necesitan que sea respetado, nuestro derecho a la libertad depende que también con quien interactuamos lo respeten y esto es parte de la cooperación y colaboración que debe de existir.

5. *Los derechos humanos.* – Para Häberle⁸, tenemos que trabajar en una sistemática, en la que los derechos humanos internacionales estén por encima de los derechos humanos nacionales, lo cual puede llevarse a cabo en la medida de las garantías internacionales a través de la interpretación. Esta cadena del razonamiento va del estatus *naturalis* al estatus *civilis* y de ahí al estatus *culturalis*, aplicando la Declaración Universal de los Derechos Humanos que dispone que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Esta nueva forma de entender los derechos humanos nos lleva a buscar las mejores acciones educativas para rescatar de esta sociedad disfuncional elementos basados en los valores, en el reconocimiento de la dignidad, en los derechos de igualdad, en la instauración de la paz en el mundo y en cada uno de los países, buscando un sistema racional de las determinaciones basadas en la voluntad, donde el proceso cultural pueda permear en los programas educativos y de manera directa en las personas.

⁷ J. GATTY, *Principios de una nueva teoría del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 2005, pp. 39-40.

⁸ P. HÄBERLE, *El estado constitucional*, cit., pp. 305-307.

Para Kant⁹, para desarrollar un concepto de buena voluntad tal y como se encuentra en el sano entendimiento natural que necesita ser ilustrado es parte de nuestras acciones y es la condición del concepto de deber que contiene el de una voluntad buena, aunque ciertas restricciones y obstáculos subjetivos que lo hacen resaltar en el conocimiento del medio por contraste y así aparece con mayor claridad, su inclinación lo empuja a ello.

Esta concepción del deber en el ser humano nos ilustra en el comportamiento que debemos de seguir, aunque si bien es cierto que la herencia del derecho en México es de violencia, la supervivencia nos lleva a buscar nuevas formas de alternativas para solucionar los conflictos graves por los que estamos pasando y de esta manera generar los cambios en la forma de pensar y actuar de manera solidaria buscando hasta donde sea posible el bien común.

La autonomía de la voluntad, la razón práctica y el comportamiento ético en la práctica colaborativa, les permite a las partes resolver sus disputas legales sin que jueces, magistrados o personal de la corte tomen decisiones por usted, buscando a alcanzar acuerdos equilibrados, respetuosos y duraderos y esto nos lleva a un entorno seguro y digno para reducir el conflicto y minimizar su impacto en una sociedad conflictiva como lo es la nuestra¹⁰.

6. *Los valores.* – Los valores en el comportamiento de la sociedad nos llevan a actuar de una manera más solidaria, el respeto, la libertad, la tolerancia, la prudencia, la honestidad son sin duda el marco ciudadano que nos va a llevar la armonía que todos buscamos y deseamos para poder vivir de mejor manera en una sociedad que cada día se vuelve más materialista pues cada día queremos más y lo mejor desde el ámbito individual y menos humanizada en el ámbito colectivo dejando a un lado al prójimo.

⁹ I. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa libros, Barcelona, España, pp. 58-59.

¹⁰ www.collaborativepractice.com/, 17/04/2020.

La dignidad humana requiere anclarse en valores de grupo y remite por tanto a un status social, por lo que el ser humano digno lo es sólo en un entorno de reconocimiento y auto reconocimiento de un status que hasta hoy sólo se ha hecho posible en el estado constitucional de derecho. Pero ésta no es una forma jurídico-política espontánea sino, muy al contrario, producto de la voluntad política de un grupo de cierta homogeneidad en un entorno cambiante¹¹.

En lo particular considero que la aplicación práctica de los derechos humanos lo encontramos en los procesos de justicia alternativa como la mediación porque para participar es necesario actuar de manera racional y ética, sin estos elementos sería muy difícil poder llegar a tener negociaciones exitosas y un primer elemento de los derechos humanos lo vemos con la aplicación de la dignidad humana y que no es más que el reconocimiento mutuo de las personas y su participación en la solución de sus problemas.

En los procesos de la justicia alternativa la dignidad humana es esencial porque parte del respeto y cuando se respeta no hay más que el reconocimiento de un individuo a otro y esto hace que nuestra visión de la realidad sea otra, pues de esta manera aprendemos a ser más tolerantes con nosotros mismos y con los demás, más reflexivos en la toma de decisiones, más prudentes con nuestros semejantes y más honestos en nuestro interactuar diario.

Cualquier ordenamiento jurídico la libertad depende de que se trabajen de manera ordinaria los contenidos de educación pues su trasfondo nos lleva a un proceso de culturización y es que ambos se condicionan mutuamente y es un soporte interno a través de fines educativos que se orientan al ser humano y de ahí a la solidaridad, la responsabilidad, la humanidad, el trabajo y que desde el punto de vista pedagógico se dé una amplitud a estos contenidos¹².

¹¹ R. CHUECA, *La marginalidad jurídica de la dignidad humana*, en dignidad humana y derecho. fundamental, Madrid, centro de estudios políticos y constitucionales, 2015, p. 38.

¹² P. HÄBERLE, *El estado constitucional*, editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 312.

7. *Proceso cultural.* – Los procesos culturales de la sociedad siempre han tenido como principal impulsor la educación basada en sus tradiciones y costumbres porque muchas de ellas se fundamentan en un actuar ético donde los valores son su principal impulsor y que se van heredando de generación tras generación dejando un legado de acciones que generan dentro de la sociedad colaboración y buenos ejemplos que se transforman en buenas costumbres.

O bien como lo maneja Habermas, la interpretación no se contrapone a los fines normativos de la justicia política, y de un cambio de mentalidad producido de una manera consciente a los imperativos funcionales que generen una estabilidad social, buscando acciones favorables de mejora continua de las condiciones de vida donde impacte en la población transformando y generando confianza y una mentalidad liberal¹³.

En este sentido la enseñanza que hemos recibidos de la pandemia del coronavirus 19, es que la cooperación y colaboración se da por canales de la sociedad civil donde el funcionamiento espontáneo de la interacción social se ve reflejada en la vida colectiva partiendo de la vida personal, generando una vocación pública de quienes participan y donde incluso arriesgan su propia vida con la finalidad de salvar a quienes los necesitan.

Este conflicto nos da la oportunidad de visualizar que necesitamos un nuevo modelo de gobernanza relacional, fortaleciendo el tejido organizativo de la sociedad, pues gobernar en una sociedad compleja como la que estamos viviendo se debe organizar el desorden, promover la cooperación, planear adecuadamente el conocimiento, como lo vemos este modelo ha generado una verdadera participación ciudadana, por su realización espontánea y su actitud altruista¹⁴.

Estos elementos nos llevan a comprender la gran necesidad de que los planes y programas de estudios de todas las universi-

¹³ J. HABERMAS, *Más allá del estado nacional*, México, Fondo de cultura económica, 2000, p. 71.

¹⁴ J.R. DE PARAMO, *Derecho, confianza y vulnerabilidad estratégica*, en *Derecho, confianza y democracia*, Jerónimo Betegón y De Paramo Guan Ramón, coordinadores, Albacete, España, Ed. Bomarzo, 2013, p. 47.

dades fijen principios de cooperación y colaboración vinculados a acciones prácticas, romper el paradigma en la formación y preparación de los alumnos es de gran importancia pues solo de esta forma podremos encaminarlos hacia la cultura de la paz, pensando en primera instancia en lo más elemental como es la subsistencia y de ahí ordenar nuestro comportamiento de acuerdo a la realidad imperante.

Los fines de la educación encierran elementos que son de suma importancia como el pluralismo y sus libertades vía la tolerancia, donde se transmiten los valores, los derechos y deberes que dan a la dignidad un mayor fortalecimiento con la enseñanza de la libertad y la igualdad, además de la honestidad, la legalidad y la responsabilidad para generar bienes de cultura que puedan implementarse en su propio beneficio¹⁵.

8. *Principales retos.* – Formar profesionistas donde el avance de la ciencia vaya de la mano con los valores como signo inequívoco de que vamos por una sociedad plural y responsable, es una acción que necesariamente debemos de aprender no nada más desde el punto de vista teórico si no también práctico y esto ayuda a romper con el esquema tradicionalista en el aula de enseñanza donde toda vía en la mayor de las instituciones de educación superior de México y latinoamerica se les enseña a pelear en lugar de resolver, donde su participación es más emocional que racional.

Para Häberle, hay fines de la educación y valores orientadores y tienen una función específica a desarrollar en un ordenamiento jurídico, que constituyen un fragmento de su identidad cultural y su vida pública, y los divide en cinco y estos son:

1. Como elementos formadores. – y aquí encontramos la tolerancia, la dignidad humana, también la imagen del ser humano, la legalidad, la honestidad y la aceptación de la responsabilidad, el cumplimiento de obligaciones y esto se refleja en la ética social, donde se consideran las bases para la libertad y el pluralismo interpretados y realizados a través de

¹⁵ P. HÄBERLE, *El estado constitucional*, editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 317.

la escuela, la educación es una especie de (profesión de fé) cultural del estado.

Sin duda en la formación de una sociedad responsable, actuar de manera racional nos hace comportarnos de manera más tolerante y reflexiva y en el ámbito profesional seguimos pensando que nuestros alumnos hay que formarlos en como regular la conducta externa sin pensar que es importante de como se encuentra en su conducta interna y muchas veces son mas graves los problemas internos que los externos y esto se ve reflejado entre otras en la apatía por aprender.

2. Los fines de la educación como condiciones de base de la constitución del pluralismo. – la libertad depende de que se pongan al descubierto los contenidos de la educación y la cultura, los fines educativos fundamentales se orientan por los derechos humanos y es importante llevarlos a la práctica pedagógica de manera amplia y profunda sus contenidos más importantes, las contribuciones educativas en la escuela deben contar con un mínimo de conocimientos cívicos y sus criterios de valoración.

La mediación debe ser el conducto en el reconocimiento de los derechos humanos, pues considero que ver de forma practica a los derechos humanos es en los procesos en materia de mediación, porque partimos de la dignidad como su columna vertebral pues solo con el reconocimiento como persona reflejada en la voluntad para poder o no obligarse y realizar pactos y que su cumplimiento genere una nueva visión de cómo abordar los conflictos para tener la posibilidad de resolverlos.

3. Como medio de pedagogía constitucional. – la trasmisión de conocimiento jurídicos teóricos pues los ideales de la constitución en la escuela forman un proceso cultural pues su relevancia es importante buscando una eficacia a largo plazo, la enseñanza hace que se adquieran habilidades y destrezas para su mejor comprensión que lleve a un sentido amplio como característica de una sociedad abierta y de sus funciones de ética social.

En el proceso enseñanza aprendizaje, aunque los procesos culturales siempre son un poco lentos, es importante recalcar estos cambios, pues solo de esta manera podremos ver como

la comunicación por medio del mensaje es fundamental para generar nuevas forma de convivencia, la pandemia nos ha llevado a tener una necesidad de colaboración, al tener a la vista lo frágil que como seres humanos somos ante estas nuevas enfermedades, pues solos no lograríamos tener un buen avance.

4. La educación de la juventud: un mandato de la “Constitución como un contrato”. – los fines educativos llevan internamente acciones que deben perdurar con los que se lleva a cabo el proceso enseñanza aprendizaje garantizando en la sucesión de las generaciones su propia permanencia y donde debe ser posible un entendimiento mutuo y siempre renovado y buscar en la adaptación de la educación como fin educativo la trasmisión de los valores.

En gran parte de latinoamerica todavía nuestros representantes populares creen que van a resolver los problemas mediante el decreto de leyes lo que ha generado que la aplicación de la justicia sea elitista, pues solo los que cuentan con recursos económicos pueden tener acceso a ella y con un proceso cultural en materia de justicia alternativa, por eso es importante generar políticas publicas que nos lleven a resolver acciones a corto, mediano y largo plazo.

5. Valores orientadores. – son concepciones morales que cada una de las estructuras secundarias de la sociedad y donde el estado trasmite valores en un objetivo plural de aprendizaje donde lo empieza a hacer partícipe de su responsabilidad social como los problemas como la protección al medio ambiente, la apertura al mundo y a la creación de la paz¹⁶.

Los valores orientadores en la educación pasan a formar parte de ese elemento esencial que es necesario para poder llevar al cabo un proceso educativo donde el bien común permean en todos los estratos de la sociedad y que juntos desde las diversas actividades que realizamos podamos compartir una responsabilidad social que sea sensible en las actividades que son imprescindibles para lograrlo donde el común denominador sea la cooperación.

¹⁶ P. HÄBERLE, *El estado constitucional*, cit., pp. 311-317.

9. *Propuesta.* – Pero para que esto pueda tener una aplicación práctica es importante construir una nueva ciudadanía y esto depende de una revolución cultural que asegure la civilidad, la disponibilidad de los ciudadanos a comprometerse en la cosa pública, pues solo se puede construir con la cooperación de la comunidad al sacrificarse por el bien común cuando sea necesario fortaleciendo actividades necesarias con este fin¹⁷.

Como podemos colaborar para reconstruir la confianza del ciudadano en la justicia, partiendo de que ningún sistema va a ser perfecto y en el cual el ciudadano de una manera responsable tendrá que aportar elementos para poder encontrar una solución pacífica a los conflictos que enfrenta y puedan ser resueltos de fondo, encontrando un equilibrio entre las pretensiones de una parte y la posibilidad de la otra, aplicando el principio ganar-ganar.

Para Rawls¹⁸, la participación implica condiciones justas de cooperación de cada uno de los integrantes y que este lo pueda aceptar razonablemente, siempre y cuando quienes participen también lo hagan, estos términos reflejan cierta idea de reciprocidad pues quienes cooperan y cumplen su parte se van a ver beneficiados de manera apropiada conforme un patrón de comparación, pues esta concepción de justicia política se ve reflejada en términos justos de cooperación.

El derecho hoy más que nunca requiere convertirse en el vehículo eficaz que conduzca al ciudadano de a pie a la solución de sus problemas, sin importar lo cotidiano y simple que parezcan, o bien, se trate de los más complejos en donde su interés legítimo se diluye entre la comunidad a la que pertenece y, en ellos, pudieran estar en colisión derechos fundamentales de la misma o mayor envergadura que los de otros individuos.

Tal parece que la sociedad tenía ese falso concepto de la felicidad al vincularla de manera directa con el dinero y nos volvimos máquinas para hacer de esto lo más importante y ahora que vemos que un virus nos ha enseñado lo débiles que somos

¹⁷ A. CORTINA, *Ciudadanos del mundo*, Madrid, España, ed. Alianza, 1997, p. 20.

¹⁸ J. RAWLS, *Liberalismo Político*, México, Fondo de cultura económica, 2003, p. 40.

ante lo impredecible en todos los aspectos, volvemos a reencontrarnos nuestro ser interno con el externo y vemos que tan importante es lo material como lo moral y que con base en la ayuda mutua y la colaboración podremos salir adelante como personas.

Varios estudios al analizar los principales problemas para que el derecho pueda cumplir con la función de generar la armonía social nos llevan a la falta de confianza en el derecho y en los operadores jurídicos y este es un elemento esencial para que pueda cumplir con las expectativas de la sociedad la justicia colaborativa, busca encontrar en los principios rectores que se aplican en la mediación que se cumpla con esta finalidad.

Principios como la confidencialidad que se debe guardar al participar en un proceso colaborativo es de suma importancia pues el ser humano es desconfiado por naturaleza, pero si trabajamos de manera que podamos participar sin estar pensando que lo que manifestemos va a ser utilizado para otros fines genera tranquilidad y al mismo tiempo nos da la posibilidad de hacerlo con cierta libertad buscando aportar más y mejores elementos y así poder llevar a cabo una negociación un poco más abierta.

Los fines educativos y los valores orientadores tienen como función específica en sentido amplio generar acciones concertadas con el estado para formar la identidad cultural, aprendiendo a respetar la dignidad humana, tratando de generar una forma racional y ética de comportamiento, a ser tolerantes respetuosos, a actuar con valores, dentro del marco jurídico y con honestidad, ejercitando sus derechos y cumpliendo con sus obligaciones¹⁹.

Un gran elemento de formación educativa radica en dos momentos fundamentales del conflicto cuando inician el procedimiento y que cada uno cuenta su historia y piensan que con eso tienen la razón y el otro desde que las sesiones inician porque ambos siguen pensando en triunfar para derrotar y aquí es donde el proceso cultural de la educación nos lleva a reflexionar y buscar una alternativa que nos lleve a ganar-ganar y de esta manera generar un cambio en la conducta con base en hábitos que fortalezcan la necesidad de trabajar donde la ayuda

¹⁹ P. HÄBERLE, *El estado constitucional*, cit., p. 311.

mutua y la reconciliación empiece a fortalecer la cohesión de la sociedad.

La disyuntiva de triunfo-derrota por solución conjunta juega un elemento esencial en el ámbito de la sociedad pues en el proceso enseñanza aprendizaje, se aprende más por el error que por el acierto, rompiendo el paradigma de nuestra población como la nuestra que todos los días se amanece con noticias amarillistas de la prensa y que hace pensar que todos los conflictos son negativos, sin formar el pensamiento crítico de la sociedad para verlo desde el punto de vista positivo.

Para Niklas Luhmann, vivimos en una sociedad moderna y por lo tanto es una sociedad conflictiva donde el problema principal es la comunicación y de la comunicación es el mensaje, por lo tanto, si el mensaje que le mandamos a las nuevas generaciones es de violencia, lo que van a aprender es a comportarse de esta manera y así encontramos que al menos en latinoamérica ningún ordenamiento jurídico funciona partiendo de su constitución federal.

El reto principal radica en que los procesos culturales no se realizan de la noche a la mañana, se tiene que trabajar para generar la necesidad de una nueva forma de articular la vida del ser humano y que todas sus acciones vayan de la mano con su participación para resolver sus propias necesidades, sobre todo de manera colaborativa, donde la felicidad individual nos lleve a la felicidad colectiva y donde la armonía sea el resultado de esas buenas acciones.

10. Bibliografía

- R. CHUECA (2015), *La marginalidad jurídica de la dignidad humana, en dignidad humana y derecho fundamental*, Madrid, centro de estudios políticos y constitucionales.
- A. CORTINA (1997), *Ciudadanos del mundo*, Madrid, España, ed. Alianza, p. 20
- J.R. DE PARAMO (2013), *Derecho, confianza y vulnerabilidad estratégica*, en *Derecho, confianza democracia*, Jerónimo Betegón y de paramo juan Ramón, coordinadores, Albacete, España, Ed. Bomarzo.

La mediación y el covid 19 en mexico, un camino para la construcción de ...

- J. GATTY (2007), *Principios de una nueva teoría del Estado*, Buenos Aires, Eudeba.
- P. HÄBERLE (2007), *El estado constitucional*, editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina.
- J. HABERMAS (2000), *Más allá del estado nacional*, México, Fondo de cultura económica.
- I. KANT (2019), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa libros, Barcelona, España, PLATÓN, *La república o el estado*, Espasa libros, Barcelona, España, sexta impresión,
- J. RAWLS (2003), *Liberalismo Político*, México, Fondo de cultura económica, 2003
- J. ROUSSEAU (2014), *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Biblioteca Nueva Minerva, Madrid, España.
- T. YURÉN (2013), *Ciudadanía y educación, ideales, dilemas y posibilidades de la formación ético política*, México, Juan Pablos Editor, UAEM.

Paginas electronicas:

- <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/alternative+dispute+resolution>, 11/04/2020.
- <https://www.uniformlaws.org/search?s=adr&l=1>, 11/04/2020.
- www.collaborativepractice.com/, 17/04/2020.

LURDES VARREGOSO MESQUITA*, CÁTIA MARQUES CEBOLA**

LA CONVENCIÓN DE SINGAPUR Y LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL COMERCIO INTERNACIONAL - EL COVID-19 COMO UNA POTENCIA MOTRIZ

SUMARIO: 1. Presentación. - 2. Litigios transfronterizos en el comercio internacional - necesidad de mecanismos eficaces de protección judicial. - 3. Las Naciones Unidas y el desarrollo del comercio internacional.- 4. Ley Modelo sobre Mediación Comercial Internacional. - 5. Convención de Singapur. - 6. Ventajas y dificultades de la Convención de Singapur. - 7. El impacto de la Convención de Singapur sobre la institucionalización de la mediación. ¿El punto de inflexión? - 8. El Covid-19 como potencia motriz. Consideraciones finales.

1. *Presentación.* – La Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, conocida (y referenciada en este trabajo) como la “Convención de Singapur” constituye un hito en la armonización de los mecanismos consensuales de solución de controversias internacionales, en materia comercial, porque permite el reconocimiento y la ejecución de acuerdos internacionales de mediación en los Estados signatarios. Esta Convención fue aprobada por la Asamblea General de la ONU del 20 de diciembre y se abrió a la firma el 7 de agosto de 2019, vigorando desde el 12 de septiembre de 2020. Sin embargo, sólo se aplicará a los acuerdos de transacción celebrados después de la fecha de entrada en vigor para la parte en la Convención de que se trate (art. 9 Convención de Singapur).

Hasta este momento, ningún Estado Miembro de la Unión Europea ha todavía adherido a la Convención. Esto se debe al

* Profesora Auxiliar UPT Portuguesa - Profesora Adjunta ESTG-IPPorto Investigadora en IJP.

** Profesora Adjunta ESTG-IPLEIRIA and Investigadora en IJP-IPLEiria..

hecho de que se está considerando la adhesión conjunta a través de la propia Unión Europea.

Se considera en general que la Convención hará posible la creación de centros mundiales de solución de controversias, que ofrecerán a las empresas un conjunto de opciones para la solución de sus controversias transfronterizas, centradas en el usuario, ya sea mediante el litigio, el arbitraje o la mediación.

La Convención es un verdadero paso adelante para la mediación en el escenario internacional. Proporciona el mecanismo necesario para hacer cumplir los acuerdos de resolución en las mediaciones internacionales, pues que asegura a los posibles participantes en la mediación que cualquier acuerdo al que lleguen será ejecutable. Se trata por eso de un paso fundamental para el crecimiento y el desarrollo de la mediación en todo el mundo.

Este instrumento jurídico preverá el reconocimiento y la aplicabilidad de un acuerdo de mediación mediante un procedimiento simplificado, lo que garantiza que la mediación refuerce su función como método alternativo y eficaz de resolver las controversias comerciales internacionales y mejore el acceso a la justicia y el estado de derecho.

2. Litigios transfronterizos en el comercio internacional - necesidad de mecanismos eficaces de protección judicial. – El comercio se realiza cada vez más a una escala mundial. Cada día se realizan numerosas transacciones comerciales entre entidades de diferentes estados, con presencia física u online, en un mercado globalizado, que es innegablemente más inmediato, generando riqueza e impulsando la economía mundial. Y esto es una fuente inevitable de conflictos.

Estos movimientos de negocios también implican movimientos de capital y decisiones de reubicación de inversiones. Pero las empresas sólo se verán motivadas a internacionalizarse en la medida en que confíen en la satisfacción de sus derechos cuando surjan posibles conflictos futuros. Por consiguiente, el desarrollo del comercio internacional, que es esencial para la economía mundial, necesita incentivos para la seguridad jurídica y la protección jurídica efectiva.

3. *Las Naciones Unidas y el desarrollo del comercio internacional.* – Las Naciones Unidas también actúan en pro del desarrollo económico. Al aceptar la Carta de las Naciones Unidas, los Estados se comprometen a emplear mecanismos internacionales para promover el progreso económico y social de todos los pueblos. Esta organización internacional tiene por objeto realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, promoviendo y fomentando el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión (Art. 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945). A este respecto, es particularmente importante desarrollar el comercio internacional y, en consecuencia, crear condiciones de estabilidad y armonización del derecho mercantil internacional, precisamente para facilitar el comercio y reunir las condiciones deseadas de eficacia y seguridad jurídica.

La CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) es un órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas que actúa en el ámbito del derecho mercantil internacional. Su objetivo es ayudar a crear soluciones para superar los obstáculos jurídicos al comercio internacional y modernizar y armonizar progresivamente el derecho comercial. El ámbito de trabajo e intervención de esta entidad es: la solución de controversias comerciales internacionales, el comercio electrónico, la insolvencia, los pagos internacionales, la venta de bienes, el derecho del transporte, la contratación pública y el desarrollo de la infraestructura. Su labor incluye la redacción de textos jurídicos en la respectiva esfera de actividad, el asesoramiento técnico a las actividades de reforma legislativa, así como la asistencia a los Estados Miembros en la revisión y evaluación de sus necesidades de reforma legislativa, y el apoyo a los Estados en la aplicación de los textos de la CNUDMI.

La mediación asume una importante función en el comercio internacional, reconocida recientemente por las Naciones Unidas a través de dos hitos importantes: la aprobación, en la Asamblea General del 20 de diciembre de 2018, de enmiendas a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Inter-

nacional y Acuerdos Internacionales resultantes de la mediación, y la aprobación de la Convención sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, conocida como la “Convención de Singapur”, como hemos señalado.

La aprobación de estos instrumentos fue el resultado de una larga e intensa labor de la CNUDMI, en un debate en el que participaron 85 Estados y 35 organizaciones intergubernamentales, en un claro reconocimiento de la importancia de la mediación en la solución de controversias de carácter internacional.

4. *Ley Modelo sobre Mediación Comercial Internacional*. – En 2002, a través de la Resolución 57/18, de 19 de noviembre, la CNUDMI aprobó la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional reconociendo *“el valor para el comercio internacional de los métodos de solución de las controversias comerciales en los que las partes en litigio solicitan a un tercero o terceros que les ayuden en su intento de resolver la controversia de manera amistosa”* (Preámbulo de la Resolución 57/18).

Estando en debate la ejecución de los acuerdos de mediación y la aprobación del texto de la Convención de Singapur, la CNUDMI ha aprobado también modificaciones a la Ley Modelo que pasa a designarse en 2018 por “Ley Modelo sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación” (texto final aprobado por la Resolución de la Asamblea General 73/198, de 20 de diciembre de 2018).

En la nueva versión de la Ley Modelo, así como en la Convención de Singapur, se utiliza ahora el término “mediación” en lugar de “conciliación”, a fin de adaptarse mejor a la práctica comercial y promover el uso de la mediación propiamente dicha. Sin embargo, este cambio terminológico no ha introducido modificaciones conceptuales significativas. En efecto se mantiene un concepto amplio de mediación que abarca todo el *“procedimiento, ya sea que se designe con el término mediación, conciliación u otro de sentido equivalente, en que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el mediador”) que les presten asistencia en su intento de llegar a un arreglo amistoso de una controversia derivada de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o vinculada a ellas. El me-*

diador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia” (art. 1, párrafo 3, de la Ley Modelo).

La Ley Modelo “establece normas uniformes para el procedimiento de mediación”, pretendiendo constituirse como un estándar para los Estados, respecto a cuestiones como la designación de los mediadores, el inicio y la terminación del procedimiento de mediación, la sustanciación de la mediación o el principio de la confidencialidad.

Con las modificaciones de 2018 se ha agregado una nueva sección sobre los acuerdos de transacción internacionales y su ejecución en coherencia con la Convención de Singapur.

5. *Convención de Singapur.* – Este instrumento jurídico al establecer la uniformidad de los requisitos de ejecución y de los motivos de denegación de esta medida garantiza el equilibrio y la armonización de los sistemas jurídicos.

Según su artículo 1 *“la Convención será aplicable a todo acuerdo resultante de la mediación que haya sido celebrado por escrito por las partes con el fin de resolver una controversia comercial (“acuerdo de transacción”) y que, en el momento de celebrarse, sea internacional debido a que: a) al menos dos de las partes en el acuerdo de transacción tienen sus establecimientos en Estados diferentes; o, b) el Estado en que las partes en el acuerdo de transacción tienen sus establecimientos no es: i) el Estado en que se cumple una parte sustancial de las obligaciones derivadas del acuerdo de transacción; o, ii) el Estado que está más estrechamente vinculado al objeto del acuerdo de transacción”*.

Es decir, o bien la controversia es internacional o bien la solución tiene un carácter internacional.

Asimismo, la Convención no será aplicable a los acuerdos de conciliación que son ejecutables como sentencia o como laudo arbitral; tampoco a los acuerdos de conciliación celebrados con fines personales, familiares o domésticos, o relacionados con el derecho de familia, de sucesiones o de derecho laboral (art. 1.º, párrafos 2 y 3, Convención de Singapur).

Los efectos de la adhesión a la convención (art. 3.º Convención de Singapur) son los siguientes:

- Reconocimiento y ejecutabilidad: promueve la ejecutabilidad de los acuerdos de solución comercial internacional alcanzados a través de la mediación, de la misma manera que la Convención de Nueva York facilita el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales internacionales.
- Salvaguarda la soberanía del Estado: hace cumplir un acuerdo de transacción de conformidad con su ordenamiento jurídico y en las condiciones establecidas en la Convención.
- Invocación como excepción de defensa: si surge una controversia sobre un asunto que una parte reclama que ya ha sido resuelto mediante un acuerdo de solución, se permitirá a dicha parte invocar el acuerdo de solución de conformidad con su reglamento y en las condiciones establecidas en el presente Convenio, a fin de demostrar en la defensa que el asunto ya ha sido resuelto.

No obstante los efectos señalados, la autoridad competente de la Parte en la Convención en que se soliciten medidas podrá negarse a otorgarlas a instancia de la parte contra la cual se solicitan, por los motivos previstos en la Convención (art. 5). Por ejemplo, si esa parte suministra a la autoridad competente prueba de que:

- una de las partes en el acuerdo de conciliación estaba incapacitada;
- el acuerdo de conciliación no es vinculante, nulo, inoperante o incapaz de ser ejecutado con arreglo a la ley a la que está sujeto;
- hubo un incumplimiento grave por parte del mediador de las normas aplicables al mediador, sin el cual dicho incumplimiento no habría sido posible para esa parte;
- la concesión de la reparación fuera contraria al orden público de la parte contratante.

6. *Ventajas y dificultades de la Convención de Singapur.* – La Convención de Singapur tiene aspectos positivos que aportan ventajas a su aplicación:

- el concepto amplio de la mediación;
- flexibilidad en cuanto a la forma escrita del acuerdo de mediación, pero una clara definición de los requisitos del acuerdo de mediación que se aceptará;

- aceptación de los procedimientos nacionales de ejecución de los acuerdos de mediación;
- especifica los motivos de la denegación de la ejecución.

Sin embargo, se pueden señalar algunas dificultades que plantearán algunos problemas de interpretación y aplicación de la Convención:

- A pesar de las ventajas asociadas a la informalidad en la redacción del acuerdo de mediación, es prudente reforzar y aplicar algunos procedimientos que certifiquen la autenticidad del acuerdo y su conformidad con la libre voluntad de las partes. En otras palabras, no debería ser suficiente la firma del mediador. Se debe redactar por lo menos una declaración de autenticidad y conformidad de la voluntad de las partes con el contenido, así como una declaración sobre el cumplimiento del deber de información. Todo esto aumentaría la confianza y la seguridad de las partes.
- Los diferentes procedimientos de aplicación del acuerdo pondrán de manifiesto las desigualdades del sistema;
- La falta de armonización del proceso de mediación hará que los sistemas de reconocimiento y ejecución a nivel internacional sean frágiles, aunque puede favorecer su normalización e institucionalización;
- La falta de un “mínimo” ético universal causa incertidumbre en la viabilidad de reconocer y hacer cumplir el acuerdo de mediación;
- Habrá un impacto en la confidencialidad del acuerdo, que deberá ser medido por las partes;
- Puede haber dificultades en la aplicación de algunos acuerdos, ya que el acuerdo no es claro en cuanto al objeto del acuerdo ejecutorio (especialmente en el caso de las obligaciones no monetarias).

7. El impacto de la Convención de Singapur sobre la institucionalización de la mediación. ¿El punto de inflexión? – Igual que la Convención de Nueva York de 1958, que promovió el arbitraje internacional, la Convención de Singapur será el instrumento capaz de incitar a las partes contratantes a proporcionar cláusulas de mediación o de med-arb, creando condiciones favorables

para la institucionalización de la mediación en los distintos Estados signatarios de la Convención.

La institucionalización es una forma de dar credibilidad y estructura organizativa a la mediación, así como de promover la armonización de procedimientos y garantías en la redacción de los acuerdos de mediación, por ejemplo, mediante la parametrización de las formalidades a aplicar.

Así pues, la Convención de Singapur tendrá como efecto natural la percepción de la necesidad de crear normas éticas universales, aceptadas mutuamente entre los signatarios de la Convención. Los Estados, por su parte, deberán tratar de aplicar prácticas de mediación uniformes en sus sistemas internos.

Por todas estas razones, la mediación llevada a cabo en instituciones reconocidas, reguladas y supervisadas es una realidad más adecuada para los efectos que se pretenden con la aplicación de esta Convención. Las garantías de los ciudadanos estarán así más protegidas.

En este contexto, la Convención de Singapur es un catalizador para la institucionalización de la mediación, especialmente en los países europeos, donde esta práctica no está arraigada.

8. El Covid-19 como potencia motriz. Consideraciones finales. –

La Convención entra en vigor en un momento en que el entorno es favorable al crecimiento de la mediación como opción para la solución de controversias, en particular como resultado de la pandemia del Covid-19. Se trata, pues, de mostrar los signos, a nivel mundial, que demuestran este movimiento, en un camino de consolidación de la mediación internacional. En efecto, el impacto de la pandemia de Covid en el sistema de justicia civil ha animado ampliamente a las partes a buscar medios alternativos para resolver las controversias.

Con la pandemia del Covid-19 y especialmente al nivel internacional, la elección del método de resolución de una controversia tuvo que adaptarse al nuevo contexto. En consecuencia se ha verificado una mayor utilización de la mediación online. Con las restricciones de circulación, habría que elegir un método que permitiese la resolución de los conflictos con recurso a las tecnologías. Como algunas ventajas de la mediación online se puede indicar:

- La inexistencia de restricciones geográficas ya que las partes y el mediador participan en la mediación desde sus casas o de su local de trabajo a través de un ordenador;
- La reducción de las pérdidas de tiempo, cuando comparamos con los retrasos de los tribunales (que incluso han estado cerrados en muchos países durante la pandemia);
- La reducción de los costos, ya que la mediación podrá ser menos costosa que un proceso en tribunal;
- La conveniencia, pues que las fechas de las sesiones de mediación podrán ser pactadas de acuerdo con la disponibilidad de todas las partes.

Teniendo en vista las ventajas de la mediación, en particular en actual contexto, la importancia de la Convención de Singapur es innegable pues que permitirá la solución de los conflictos en términos mundiales y, en caso de incumplimiento, su ejecución en el Estado donde debería producir efectos.

En verdad, la Convención se basa en varios valores importantes: eficiencia, colaboración, desarrollo de la mediación en el plano internacional y uniformidad de los requisitos para la ejecutoriedad de los acuerdos de mediación.

El futuro dictará un mejor camino para la mediación internacional en asuntos comerciales. Más países se unirán, más instituciones se organizarán para crear procedimientos de mediación uniformes, más profesionales forenses comprometidos con este mecanismo que creen que será más seguro y eficaz. En consecuencia, los contratos internacionales considerarán ciertamente la mediación como un medio de resolver las controversias derivadas de ese acto.

Referencias

- N. ALEXANDER (2018), *Singapore convention on mediation*. Research Collection School of Law. Disponible en: https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/2775.
- N. ALEXANDER (2020), *International Mediation and Covid-19 - the new normal?*, disponible en <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/21/international-mediation-and-covid-19-the-new-normal/> [accedido el 12/11/2020].

- C. ESPLUGES (2020), *La Convención de Singapur de 2018 sobre mediación y la creación de un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva: una apuesta novedosa, y un mal relato*. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 72.1, pp. 53-80, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3504128> [accedido el 12/11/2020].
- C.G. HIOUREAS (2019), *The Singapore Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation: A New Way Forward?*, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 37, nº 2, pp. 215-224.
- J. LEWIS (2020), *Mediation and Access to Justice During a Pandemic*, disponible en https://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/dispute_resolution/mediation-week-2020/mediation-and-access-to-justice-during-a-pandemic.pdf [accedido el 12/11/2020].
- C. MONTINERI (2019), *The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) and the Significance of the Singapore Convention on Mediation*, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 20, nº 4, pp. 1023-1036.
- T. SCHABEL (2018), *The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements* (September 18, 2018), Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3239527>.
- H. SENTIES (2019), *Grounds to Refuse the Enforcement of Settlement Agreements Under the Singapore Convention on Mediation: Purpose, Scope, and Their Importance for the Success of the Convention*. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 20, nº 4, pp. 1235-1258.
- E. SILVESTRI (2019), *The Singapore Convention on Mediated Settlement Agreements: a New String to the Bow of International Mediation?*, *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Ano 13, vol. 20, Num. 2, pp. 189-200.
- S.I. STRONG (2014), *Use and Perception of International Commercial Mediation and Conciliation: A Preliminary Report on Issues Relating to the Proposed UNCITRAL Convention on International Commercial Mediation and Conciliation*. University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper No. pp. 2014-28. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2526302>.
- S.I. STRONG.2014b), *Beyond International Commercial Arbitration? The Promise of International Commercial Mediation*, Washington

La convención de singapur y la institucionalización de la mediación en el ...

University Journal of Law & Policy, n° 45, DISPONIBLE EN: [HTTPS://OPENSCHOLARSHIP.WUSTL.EDU/LAW_JOURNAL_LAW_POLICY/VOL45/ISS1/7](https://openscholarship.wustl.edu/law_journal_law_policy/vol45/iss1/7).

- D.S. WEISS, M.R. GRIFFITH (2019), *Report on Empirical Study of Business Users Regarding International Mediation and Enforcement Mechanisms*, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 20, n° 4, pp. 1133-1148.

MARIA JOSÉ VÁZQUEZ*, YUREMA GANCEDO**, JESSICA SANMARCO**

OPTIMISMO DISPOSICIONAL Y MEDIACIÓN PENAL

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Método. - 3. Resultados. - 4. Conclusión y discusión

1. *Introducción.* – El Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 16 de la Agenda 2030, pone el foco de atención en la promoción de sociedades pacíficas. En él se consideran temas importantes a abordar para lograr la construcción de instituciones efectivas y responsables, la búsqueda de soluciones que, además de reducir la violencia, resulten justas e inclusivas para toda la ciudadanía. En este sentido, y ateniéndonos a la fundamentación teórica de los métodos de resolución de conflictos, la mediación puede ser considerada una herramienta idónea para la consecución del tal fin, tanto por su metodología como por su capacidad de transformación de las personas y por ende de la sociedad. Así lo consideran los jueces cuando la aplican, en tanto que la entienden como un espacio de encuentro seguro y ordenado que permite rebajar la tensión y pacificar los conflictos existentes (Butts y Guilarte, 2015, p.18). Así, cuando se habla de justicia social se alude indefectiblemente a la mediación (De Paredes, 2015; Valiño, 2020), ya sea por los beneficios psicoemocionales y sociales que reporta (Soria, Armadans, Viñas, y Manzano, 2008), ya sea por el enfoque educativo y reparador que está presente en todo su proceso (Heredía, 2009); lo cual hace posible, en palabras de Novo, Fariña, y Vázquez (2020), que de la aplicación de la Justicia se derive una función eminente terapéutica.

Dada la viabilidad e idoneidad de la mediación para la resolución de los conflictos, queda averiguar qué variables la pue-

* Profesora en la Universidad de Vigo.

** Profesoras en la Universidad de Santiago de Compostela.

den facilitar. Si nos atenemos a las variables que la literatura señala como influyentes en el proceso de resolución de conflictos, encontramos que el optimismo tiene un impacto positivo, por las expectativas positivas que genera y por su facilitación en la búsqueda de alternativas (López y García, 2011). Y, dado que el optimismo puede ser modelado (Seligman, 1991) y, por consiguiente, objeto de intervención; nos planteamos como objetivo comprobar si existe relación entre la aceptación de la mediación y el optimismo.

2. .Método.

Participantes

En el estudio participaron 50 funcionarios, concretamente el 24% trabajaban en centros penitenciarios, el 46% en juzgados de 1º instancia e instrucción y el 30% en las fuerzas de seguridad del estado. La edad media de estos profesionales se sitúa en torno a los 43,58 años (DT=7,481). De éstos, el 36% son mujeres y el 64% hombres. Su formación, atendiendo a lo informado, es diversa; así, el 36% tiene Bachillerato, el 4% ESO; el 2% formación profesional; el 10% graduado; el 10% estudios medios; el 4% COU y selectividad; el 6% estudios superiores y el 28% estudios universitarios.

Procedimiento

Se llevó a cabo un muestro incidental. La recogida de datos se efectuó, de forma individual, en el centro de trabajo de los participantes, colaborando de forma voluntaria y anónima. El tratamiento de los datos se realizó exclusivamente con fines de investigación y cumplió con lo establecido en la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales.

Instrumentos de evaluación

Se aplicó un cuestionario sociodemográfico, en el que debían concretar la edad, el sexo, la ocupación, además del conocimiento que tenían sobre el procedimiento de la mediación.

Seguidamente, debían cumplimentar el test de orientación vital revisado LOT-R (Scheier, Carver y Bridges, 1994), en la versión española de Otero, Luengo, Romero, Gómez y Castro

(1998). Compuesto por 10 ítems, en una escala Likert de 5 puntos. Seis de los ítems pretenden medir la dimensión de optimismo disposicional, mientras que los 4 restantes son ítems *de relleno*, por lo que no se valoran para la corrección final. Con respecto a los seis ítems que miden optimismo, tres de ellos están redactados en sentido positivo (dirección optimismo) y los otros en sentido negativo (dirección pesimismo). Estos tres ítems se revierten para obtener una puntuación total orientada hacia el polo de optimismo (Ferrando, Chico y Tous, 2002). En el estudio normativo sobre el LOT-R Scheier et al. (1994) se obtiene una fiabilidad de las puntuaciones aceptable con un alfa de Crobach de 0.78.

Por último, se les presenta un supuesto ficticio de un conflicto penal sobre el que deben responder si, tratándose de una parte inmersa en el mismo, recurrirían a la mediación para solucionarlo. Dicho supuesto describe un conflicto producido por el ruido que se genera en un inmueble, que ocasiona malestar a la persona que habita en un apartamento colindante. Esta persona se presenta, en ese ruidoso inmueble, para llamarles la atención y; ante la pasividad de sus habitantes, acaba agrediendo físicamente a la persona que abrió la puerta. En respuesta a este acto, los acompañantes del agredido propinan una paliza al reclamante. Esta disputa finaliza con una denuncia por ambas partes, por agresiones físicas.

Análisis de datos

Se abordó el cálculo de análisis descriptivos para estimar la prevalencia. Para las variables continuas se llevaron a cabo comparaciones de medias entre grupos mediante la prueba *t* de Student para muestras independientes. El tamaño del efecto, en este caso, se computó mediante *d* de Cohen para medir la magnitud de las diferencias encontradas, considerándose pequeña si $d=0.20$; moderada, si $d=0.50$ y grande si $d > 0.80$ (Cohen, 1988). Para el análisis de datos se empleó el paquete estadístico SPSS24.0.

3. Resultados. – Sobre el conocimiento y uso de la mediación en un proceso penal.

Del análisis descriptivo se desprende, que el 8% de los profesionales encuestados no conocen el procedimiento de la me-

diación, frente al 92% que sí la conocen (véase Tabla 1). Atendiendo al testimonio de este último grupo, el medio y la forma en que se ha adquirido este conocimiento puede considerarse diverso, en tanto que el 52% lo ha obtenido a través de los medios de comunicación, las redes sociales y otras fuentes, mientras que el 24% lo consiguió por medio de la titulación o el programa académico y el 16% por la formación complementaria (véase, Tabla 2). En otras palabras, confluyen en el acceso al conocimiento de la mediación medios tanto formales como informales, obteniendo mayor prevalencia estos últimos.

Tabla 1.

En cuanto a la actitud que mantienen en torno al uso de la mediación como método de resolución de conflictos ante un supuesto simulado de mediación penal, el 72% indica que sí recurriría a este método de resolución de problemas, mientras que el 28% refiere que no lo haría.

De la relación entre optimismo y la aceptación de la mediación penal.

Se llevó a cabo una prueba *t* para muestras independientes para analizar si el optimismo establece diferencias en la predisposición a aceptar o no a acudir a mediación en el caso penal que se les propuso, encontrándose que el factor optimismo disposicional sí afecta a la aceptación de la mediación como método de resolución de conflictos, con un tamaño del efecto bajo-medio (véase, Tabla 3). En concreto, se comprueba que aquellos que tienden a aceptar a acudir a mediación muestran niveles más elevados de optimismo ($M=16,1944$), en comparación con los que no acudirían a la mediación ($M=13,5000$).

4. *Conclusión y discusión.* – En este estudio se ha obtenido que un porcentaje muy alto de participantes (92%) saben lo que es la mediación, lo cual contribuye a evidenciar su presencia y, por consiguiente, considerar la posibilidad de aplicarla en la resolución de conflictos (Herranz, Lorenzo, y Borges, 2011). No obstante, los datos nos advierten, a este respecto, que debemos ser cautelosos, ya sea porque la mayoría de los encuestados admite que la adquisición de este conocimiento procede de fuen-

tes informales (52%), ya sea porque un nada desdeñable porcentaje ha rechazado el uso de la mediación penal (28%). Para Herranz et al (2011), la formación es un factor clave para la consolidación de la mediación; es más, si ésta es insuficiente o no garantiza la capacitación del profesional difícilmente se generalizará su uso en lo penal (Butts y Guillarte-Gutiérrez, 2015). No en vano, los expertos recomiendan que el conocimiento específico en este campo sea adquirido a través de la enseñanza formal reglada (Herranz et al., 2011).

Por otra parte, se ha confirmado que existe relación entre el factor optimismo disposicional y la aceptación de la mediación penal, siendo más proclives a usar este método aquellas personas que tienen un nivel más alto de optimismo. Por lo tanto, estos resultados apoyan lo señalado en estudios previos (i.e., Vera y Guerrero, 2003), donde se pone de manifiesto que las personas optimistas presentan mayores habilidades de resolución racional de problemas, así como una orientación positiva hacia los mismos, evaluándose a sí mismos como capacitados para resolver los problemas a los que se enfrentan.

De lo mentado se puede asumir que la disposición para aceptar la mediación no sólo depende de los conocimientos específicos en la materia, sino también de cómo se percibe, formula y afronta el futuro, bien sea en positivo o en negativo. Por consiguiente, la incorporación de la mediación como instrumento de resolución de conflictos en el ámbito penal podría requerir no sólo instrucción o labor pedagógica sobre la misma, sino también una adecuada preparación psicoemocional (Pena, Extremera, y Rey, 2011).

Referencias

- TH. BUTTS, P. GUILLARTE GUTIÉRREZ (2015), *Proyecto Plan formativo para la derivación a mediación penal en la jurisdicción penal de adultos*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- C. DE PAREDES (2015), *La mediación penal: especial atención a los extranjeros*. Revista de Mediación, 8(1), pp. 50-60
- P. FERRANDO, E. CHICO, J. TOUS (2002), *Propiedades psicométricas del test de optimismo Life Orientation Test*. Psicothema, 14, pp. 673-680.

- M. HEREDIA (2009), *Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos una visión desde el ministerio fiscal*. Diario La Ley, 7257. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es>.
- N. HERRANZ, M. LORENZO, A. BORGES (2011), *Conocimientos sobre la mediación familiar en el alumnado de la universidad de la Laguna*. Revista de Investigación y Divulgación en Psicología y Logopedia, 1(2), pp. 50-55.
- J. LÓPEZ, J. GARCÍA (2011), *Optimismo, pesimismo y realismo disposicional en emprendedores potenciales de base tecnológica*. Psicothema, 23(4), pp. 611-616.
- S. MIGUEL-ÁNGEL, I. ARMADANS, M.R VIÑAS, J.J. MANZANO (2008) *Mediación penal adulta y reincidencia. El grado de satisfacción de los infractores y las víctimas*. Revista de Psicología Social, 23(2), pp. 163-169, DOI: 10.1174/021347408784135850
- M. NOVO, F. FARIÑA, M.J. VÁZQUEZ (2020), *Justicia terapéutica en procesos penales con personas menores de edad como víctimas y testigos*. En F. Fariña, M.S. Oyhamburu, D. Wexler (Eds.), *Justicia terapéutica en Iberoamérica* (pp. 189-208), Barcelona: Wolters Kluwe
- J.M. OTERO, A. LUENGO, E. ROMERO, J.A. GÓMEZ, C. CASTRO (1998), *Psicología de la personalidad. Manual de prácticas*. Barcelona: Ariel Practicum.
- M. PEÑA, N. EXTREMERA, L. REY (2011), *El papel de la inteligencia emocional percibida en la resolución de problemas sociales en estudiantes adolescentes*. Revista Española de Orientación y Psicopedagogía, 22(11), pp. 69-79.
- M.F. Scheier, C. Carver, M.W. Bridges (1994), *Distinguishing optimism from neuroticism (and trait anxiety, self-mastery, and self-esteem): A reevaluation of the Life Orientation Test*. Journal of Personality and Social Psychology, 67, pp. 1063-1078.
- M. SELIGMAN (1991), *Learned optimism*. New York: Knopf.
- A. VALIÑO (2020), *Reflexiones acerca de la viabilidad de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos en los centros penitenciarios españoles*. Revista Ius et Praxis, 26(2), pp. 219-231.
- P.E. VERA, A. GUERRERO (2003), *Diferencias en habilidades de resolución de problemas sociales en sujetos optimistas y pesimistas*. Universitas Psychologica, 2(1), pp. 21-26.

CARMINE VOLPE*

IL COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO. UN ISTITUTO ANCORA DAGLI INCERTI CONFINI¹

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. I precedenti normativi. - 3. Il nuovo Collegio consultivo tecnico (CCT). - 4. Le tre tipologie di CCT. - 5. Natura del CCT. - 6. Problemi conseguenti: a) natura del lodo contrattuale nell'arbitrato irrituale. - 7. *Segue*: b) la composizione del CCT. 8. *Segue*: c) gli ambiti di competenza del CCT nella fase antecedente l'esecuzione. - 9. Considerazioni. - 10. Epilogo.

1. *Premessa*. – Uno degli istituti più interessanti previsto dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120 (dal titolo “*Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale*”), così detto d.l. semplificazioni, è senza dubbio il Collegio consultivo tecnico (d’ora in poi CCT), disciplinato all’art. 6, con richiamo dell’art. 5.

Esso viene configurato come un ulteriore strumento di prevenzione e risoluzione delle controversie e delle dispute tecniche che possono sorgere in materia di opere pubbliche. Si aggiunge così agli strumenti già previsti dal codice dei contratti pubblici: accordo bonario, transazione, arbitrato e pareri di precontenzioso dell’Anac. Ma in via transitoria e al di fuori del *corpus* normativo costituito dal codice dei contratti pubblici, che mai come in questo momento di emergenza, data la pandemia da COVID-19, tende ad allontanarsi dal suo connotato di organicità, proprio di un momento caratterizzato dall’ordinarietà.

* Presidente della sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato.

¹ Lo scritto consegue alla relazione svolta, in maniera sintetica, nel webinar su “Decreto Semplificazioni: riflessioni e prospettive”, organizzato dall’Associazione italiana giuristi d’impresa e Grimaldi Studio Legale il 13 novembre 2020.

2. *I precedenti normativi.* – Non si tratta di una novità.

L'istituto era stato previsto per la prima volta dal codice dei contratti pubblici (art. 207 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) e aveva rappresentato novità assoluta nel panorama della normazione di settore. Si trattava di un istituto, a carattere facoltativo, facente parte degli strumenti precontenziosi in fase di esecuzione del contratto. Era, infatti, inserito nel capo II della parte VI del codice, dal titolo *“Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale”*.

Si dava così attuazione alla legge delega (l. 28 gennaio 2016, n. 11), che aveva previsto [all'art. 1, comma 1, lett. aaa)], tra i principi e i criteri direttivi specifici, quello della *“razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto,...”*².

Scopo del CCT era quello di prevenire le controversie che potrebbero sorgere in sede di esecuzione del contratto, *“con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle dispute di ogni natura...”*.

Sulla previsione del CCT aveva sollevato una serie di dubbi il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di decreto legislativo poi divenuto il d.lgs. n. 50/2016³, proponendo la soppressione dell'art. 207. Ciò per un triplice ordine di ragioni:

- a) *“il presupposto non risulta espresso in modo chiaro, non essendo agevolmente definibili i casi di dispute (espressione atecnica) che si prevede possano nascere”*;
- b) *“la norma...non chiarisce se ricorso al collegio consultivo costituisca un sistema alternativo all'accordo bonario e come i due istituti si rapportino tra loro”*;
- c) *“la previsione potrebbe influire sui compiti della Camera arbitrale e pone problemi di compatibilità con il criterio di delega di cui alla lett. aaa), art. 1...l. 11/2016”*.

Il Governo non si conformava alle osservazioni del Consiglio di Stato. Ma un anno dopo l'entrata in vigore del codice dei con-

² Si rimanda a R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, 1994, Bologna, 2020.

³ Parere reso dalla Commissione speciale nell'adunanza del 21 marzo 2016, n. 855 in data 1 aprile 2016, in www-giustizia-amministrativa.it.

tratti pubblici, l'istituto veniva soppresso dal correttivo di cui al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (art. 121, comma 1, che ha abrogato l'art. 207 del d.lgs. n. 50/2016).

Due anni dopo l'istituto rinasce, con la l. 14 giugno 2019, n. 55, di conversione, con modificazioni, del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, così detto decreto sblocca cantieri. L'art. 1, commi da 11 a 14, ne prevede la costituzione facoltativa su accordo delle parti, con le medesime funzioni di cui al codice dei contratti pubblici (questa volta non parlando più di "dispute" ma di "controversie"), ma in via temporanea, ossia fino alla data di entrata in vigore del regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del codice dei contratti pubblici, di cui all'art. 216, comma 27-octies, del codice stesso.

A differenza di quanto stabilito dal codice dei contratti pubblici (art. 207, comma 6) – secondo cui "se le parti accettano la soluzione offerta dal collegio consultivo...l'accordo sottoscritto vale come transazione" – il decreto sblocca cantieri prevedeva che "L'eventuale accordo delle parti che accolga la proposta di soluzione indicata dal collegio consultivo non ha natura transattiva, salva diversa volontà delle parti stesse" (art. 1, comma 13, terzo periodo, del d.l. n. 32/2019).

Ne conseguiva l'incertezza del valore da dare ad un accordo di tale tipo, visto che non avendo natura transattiva non può risolvere la lite, e dell'utilità pratica del ricorso al CCT.

3. *Il nuovo Collegio consultivo tecnico (CCT)*. – Le disposizioni del d.l. sblocca cantieri sul CCT (art. 1, commi da 11 a 14, del d.l. n. 32/2019) sono state abrogate dall'art. 6, comma 9, del d.l. n. 76/2020, che ne ha previsto la nuova disciplina.

Di seguito in sintesi la descrizione del nuovo CCT⁴.

La legge prevede, fino al 31 dicembre 2021, l'obbligatorietà della costituzione di un CCT presso ogni stazione appaltante, per la realizzazione di lavori pari o superiori alle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'art. 35 del codice dei contratti pubblici (attualmente 5.350.000 euro per gli appalti pubblici di la-

⁴ Si veda *Gli affidamenti di lavori, servizi e forniture a seguito del d.l. semplificazioni n. 76/2020 (l. n. 120/2020)*, a cura dell'Anci, ottobre 2020.

vori e per le concessioni), prima dell'avvio dell'esecuzione dell'opera o comunque non oltre dieci giorni da tale data.

L'obbligatorietà della nomina del CCT è stabilita anche per i contratti già in esecuzione alla data di entrata in vigore del d.l. n. 76/2020 (ossia al 17 luglio 2020), entro trenta giorni da quest'ultima data.

Il CCT obbligatorio per la fase dell'esecuzione è formato, a scelta della stazione appaltante, da tre componenti, o da cinque in caso di motivata complessità dell'opera e di eterogeneità delle professionalità richieste. La norma indica i criteri di individuazione dei componenti e di scelta del presidente, nonché i casi di mancato accordo delle parti sulla figura del presidente. Fra i requisiti per i membri del collegio consultivo è stata specificata la possibilità di dimostrare un'esperienza pratica e professionale di almeno dieci anni.

I componenti devono comunque avere *“esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera ... anche in relazione allo specifico oggetto del contratto”*. La qualificazione di tipo tecnico per almeno per uno dei componenti è essenziale soprattutto perché *“non è ammessa la nomina di consulenti tecnici d'ufficio”* (art. 6, commi 2 e 7, del d.l. n. 76/2020).

Per le opere di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria la nomina è facoltativa, su accordo delle parti.

Il CCT può essere costituito in via facoltativa anche con riguardo alla fase antecedente l'esecuzione del contratto. In questo caso il collegio è formato solo da tre componenti, le cui modalità di nomina sono previste dalla norma; la quale precisa, al comma 5, che le funzioni di componente del CCT pre-esecuzione non sono incompatibili con quelle di componente del collegio obbligatorio.

Alcune funzioni specifiche del collegio sono individuate facendo riferimento all'art. 5 del d.l. n. 76/2020 e si sostanziano, nell'ambito della sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica per i seguenti motivi:

- a) cause previste da disposizioni di legge penale, dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea;
- b) gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere;

- c) gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, quando non vi è accordo tra le parti;
- d) gravi ragioni di pubblico interesse.

Nel caso di cui alla lett. a), quando la prosecuzione dei lavori non sia possibile con il soggetto designato, la stazione appaltante, previo parere del CCT, dichiara senza indugio la risoluzione del contratto, che opera di diritto, e individua un'alternativa alla prosecuzione dell'appalto tra quelle individuate dal citato art. 5, comma 4.

Nei casi di cui alle lett. b) e d), su determinazione del CCT, le stazioni appaltanti autorizzano la prosecuzione dei lavori salvo ipotesi di assoluta e motivata incompatibilità tra causa della sospensione e prosecuzione medesima.

Nel caso di cui alla lett. c), il CCT adotta una determinazione con cui accerta l'esistenza di una causa tecnica di legittima sospensione dei lavori e indica le modalità con cui proseguire i lavori.

Oltre ai compiti previsti nell'ambito della sospensione dei lavori, le funzioni tipiche del CCT consistono nell'assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione contrattuale.

Compiti particolari può avere il CCT costituito per le opere sotto soglia. Infatti le parti possono stabilire che esso abbia solo parte (e non tutti) dei compiti descritti dall'art. 6, commi da 1 a 3, del d.l. n. 76/2020 e che si applicano non tutte ma solo parte delle disposizioni di cui al precedente art. 5 sulla sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica (si veda l'art. 6, comma 4, del d.l. n. 76/2020).

Compiti del tutto peculiari ha il CCT facoltativo costituito nella fase anteriore l'esecuzione del contratto. Si tratta della risoluzione di *"problematiche tecniche o giuridiche di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla esecuzione del contratto, ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell'invito, nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, e dei criteri di selezione e di aggiudicazione"* (art. 6, comma 5, del d.l. n. 76/2020).

Le determinazioni del CCT sono adottate con atto sottoscritto dalla maggioranza dei componenti, entro quindici giorni dalla data della comunicazione dei quesiti, con succinta motivazione. In casi complessi le decisioni sono adottate entro 20 giorni dalla comunicazione dei quesiti.

Le determinazioni del CCT hanno la natura del lodo contrattuale previsto dall'art. 808-ter c.p.c., salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti. L'art. 808-ter c.p.c. prevede che, con espressa disposizione scritta, le parti possono stabilire, in deroga a quanto disposto dall'art. 824 bis c.p.c.⁵ in tema di efficacia del lodo (con effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria), che la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. L'art. 808-ter, comma secondo, c.p.c. stabilisce, inoltre, che il lodo contrattuale è annullabile dal giudice competente solo in presenza delle condizioni dettate dallo stesso articolo.

L'inosservanza delle determinazioni del CCT viene valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali. Diversamente, l'osservanza delle determinazioni del CCT è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo (art. 6, comma 3, del d.l. n. 76/2020).

I componenti del CCT hanno diritto a un compenso a carico delle parti e proporzionato al valore dell'intervento, al numero, alla qualità e alla tempestività delle determinazioni assunte (art. 6, comma 7, del d.l. n. 76/2020).

Il CCT è sciolto al termine dell'esecuzione del contratto ovvero, nelle ipotesi in cui non è obbligatoria la costituzione, in data anteriore su accordo delle parti. Nelle ipotesi di collegio obbligatorio, lo stesso può essere sciolto dal 31 dicembre 2021 in qualsiasi momento, su accordo tra le parti (art. 6, comma 6, del d.l. n. 76/2020).

⁵ Secondo cui *“Salvo quanto disposto dall'articolo 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria”*.

4. *Le tre tipologie di CCT.* – È evidente, da quanto esposto, che la legge prevede tre tipologie di CCT, con composizione e compiti in parte diversi e diversa natura degli atti.

- a) Il CCT obbligatorio nelle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria.
- b) Il CCT facoltativo nelle opere pubbliche di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria (art. 6, comma 4, del d.l. n. 76/2020).

Qui il collegio trova fonte nella volontà delle parti, le quali ne prevedono i compiti, che possono essere tutti o solo parte di quelli descritti ai commi da 1 a 3 dell'art. 6 del d.l. n. 76/2020, e l'applicabilità di tutte o parte delle disposizioni in tema di sospensione dell'esecuzione dei lavori di cui all'art. 5; chiaramente con riguardo alle funzioni attribuite al CCT da quest'ultimo articolo.

Per il resto non ci dovrebbero essere differenze con il CCT obbligatorio, poiché la legge consente alle parti di determinare in maniera diversa da quanto previsto dall'art. 6, commi 1, 2 e 3, del d.l. n. 76/2020 solo i compiti del CCT. E quindi resta invariato quant'altro stabilito dall'art. 6 del d.l. n. 76/2020, compreso il comma 3, secondo cui le determinazioni del CCT *“hanno la natura del lodo contrattuale previsto dall'articolo 808 ter del codice di procedura civile, salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse”*. Ma il CCT facoltativo trova fonte nella volontà delle parti ed è plausibile che le stesse si accorderanno, se intendono dare luogo al collegio, sul valore da dare alle relative determinazioni; lodo contrattuale nell'arbitrato irrituale o meno, ad esempio, valore di proposta che se accettata dalle parti ha effetto transattivo, o di negozio di accertamento.

- c) Il CCT facoltativo nella fase antecedente l'esecuzione del contratto (art. 6, comma 5, del d.l. n. 76/2020).

In questa ipotesi si prescinde dall'accordo delle parti. Il collegio è costituito solo dalla stazione appaltante, tramite il responsabile del procedimento (RUP) ed è composto, sempre e solo, di tre membri, due nominati dalla stazione appaltante e uno dall'amministrazione interessata (Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, regioni, province autonome di Trento e Bolzano o città metropo-

litane per le opere di interesse locale). La presenza di un componente di nomina dell'impresa è solo eventuale, ed è prevista qualora sia necessario sostituire uno dei componenti designato dalla stazione appaltante con uno di nomina privata. Quando tale necessità possa verificarsi non è facilmente comprensibile. Potrebbe essere, ad esempio, quando la stazione appaltante è la stessa amministrazione a cui spetta la nomina del terzo componente, per evitare che tutti i tre componenti siano nominati dalla stazione appaltante. Ma la legge parla di sostituzione di un componente già designato e non di nuova nomina.

In questa tipologia i compiti del CCT sono del tutto peculiari e diversi dal collegio che opera nella fase dell'esecuzione contrattuale: *“risolvere problematiche tecniche o giuridiche di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla esecuzione del contratto, ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell'invito, nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, e dei criteri di selezione e di aggiudicazione”*.

Prescindendo la nomina del collegio dall'accordo delle parti, i suoi compiti non possono essere che quelli consultivi di assistenza della stazione appaltante, nell'applicazione delle clausole del bando o dell'invito, nonché nella partecipazione alla gara (conseguenti ammissioni ed esclusioni) e nella scelta del contraente. La sua attività si dovrebbe manifestare nell'emanazione di pareri non vincolanti, non potendosi in alcun modo configurare un arbitrato irrituale.

Quanto alle professionalità richieste per i componenti, l'art. 6, comma 5, del d.l. n. 76/2020 non dice alcunché. Nel silenzio della legge non si dovrebbe uscire al di fuori dei requisiti prescritti al precedente comma 2. Come anche vanno applicate le altre disposizioni in tema di compensi e di limiti agli incarichi dei componenti del collegio, di cui all'art. 6, commi 7 e 8, del d.l. n. 76/2020.

5. *Natura del CCT.* – Come visto, l'attività del CCT non è limitata a una controversia in atto ma, innanzitutto, è finalizzata a impedire, in via anticipata e preventiva, che una qualunque controversia possa insorgere tra le parti. Si estende poi alla riso-

luzione delle controversie e delle dispute tecniche una volta insorte. Si tratta, comunque, di funzioni deflattive del contenzioso in supporto al RUP, con riguardo sia alla fase dell'esecuzione che a quella di svolgimento della gara.

La sua volontà si manifesta attraverso determinazioni, pareri e a seguito di quesiti posti dalle parti.

Il CCT può configurare un metodo alternativo di risoluzione delle controversie, ovvero una forma di ADR (*Alternative Dispute Resolution*)⁶?

Forse sì, ma i compiti del CCT sono più ampi, fornendo assistenza alla stazione appaltante durante tutta la fase dell'esecuzione e anche in quella antecedente, affinché non vi siano ritardi o intoppi e si possa giungere alla realizzazione dell'opera nei tempi e nei modi previsti. Ci si avvicina di più, quindi, a una sorta di *dispute board* o *advisory board*⁷ della stazione appaltante, con il principale scopo di prevenzione del contenzioso. Ne è evidente la disposizione di cui all'art. 6, comma 3, del d.l. n. 76/2020, secondo cui, *"Nell'adozione delle proprie determinazioni, il collegio consultivo può operare anche in videoconferenza o con qualsiasi altro collegamento da remoto e può procedere ad audizioni informali delle parti per favorire, nella risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche eventualmente insorte, la scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte"*.

6. *Problemi conseguenti: a) natura del lodo contrattuale nell'arbitrato irrituale.* – Secondo il codice dei contratti pubblici e la legge di conversione del decreto legge sblocca cantieri, la fonte della costituzione del CCT era l'accordo delle parti. O meglio un duplice accordo; uno a monte della costituzione e l'altro a valle, necessario quest'ultimo se, a seguito delle controversie insorte, le parti intendevano accettare la proposta di soluzione del collegio.

Ora la legge stabilisce che le determinazioni del CCT obbligatorio *"hanno la natura del lodo contrattuale previsto dall'arti-*

⁶ Al riguardo si rimanda a C. VOLPE, *Mediazione e giudizio amministrativo*, in www.giustamm.it, n. 10/2018.

colo 808 ter del codice di procedura civile, salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse" (art. 6, comma 3, quarto periodo, del d.l. n. 76/2020).

Quindi la legge equipara le determinazioni del CCT al lodo contrattuale dell'arbitrato irrituale, a meno che le parti non dispongano, motivatamente e per iscritto, in senso diverso. Mentre l'accordo delle parti è previsto solo con riguardo alla nomina dei componenti del collegio e al fine di sciogliere il collegio dopo il 31 dicembre 2021 (art. 6, commi 2 e 6, del d.l. n. 76/2020).

Le decisioni adottate dal CCT, quindi, hanno per legge natura contrattuale (di lodo contrattuale) e scontano, di conseguenza, una limitata impugnabilità rispetto ai lodi rituali o ai provvedimenti giurisdizionali⁸.

Secondo la giurisprudenza della Cassazione, l'arbitrato irrituale si configura come uno strumento negoziale di risoluzione

⁷ Di interesse, con riguardo al possibile trapianto, nella specie, dell'istituto del *Dispute Board* internazionale all'interno del nostro sistema giuridico, si veda M. LUCHETTI, *Appalti: prospettive di prevenzione e risoluzione delle controversie con il collegio consultivo tecnico previsto dal Decreto Legge semplificazioni*, in <https://www.filodiritto.com/appalti-prospettive-di-prevenzione-e-risoluzione-delle-controversie-con-il-collegio-consultivo-tecnico-previsto-dal-decreto-legge-semplificazioni>.

In particolare, la giurisprudenza del Consiglio di Stato riconosce a se stesso il ruolo di *advisory board* delle istituzioni del Paese nell'esercizio delle funzioni consultive – di cui all'art. 100, comma primo, della Cost. – sugli atti normativi e di regolazione (Cons. Stato: sez. consultiva per gli atti normativi, 20 ottobre 2020, n. 1612; Comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767). Da ultimo, nello stesso senso, con riguardo a tutte le funzioni consultive del Consiglio di Stato, Cons. Stato, sez. I, 13 novembre 2020, n. 1807.

⁸ Ai sensi dell'art. 808-ter, comma secondo: "*Il lodo contrattuale è annullabile dal giudice competente secondo le disposizioni del libro I:*

- 1) *se la convenzione dell'arbitrato è invalida, o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti e la relativa eccezione è stata sollevata nel procedimento arbitrale;*
- 2) *se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dalla convenzione arbitrale;*
- 3) *se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812;*
- 4) *se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo;*
- 5) *se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio. Al lodo contrattuale non si applica l'articolo 825".*

delle controversie, imperniato sull'affidamento a terzi arbitri del compito di ricercare una composizione amichevole della controversia attraverso lo strumento negoziale. Il relativo lodo è impugnabile esclusivamente per vizi della volontà (dolo, violenza o errore) o per incapacità delle parti o degli arbitri; quindi, senza poter dedurre gli *errores in iudicando* ovvero l'erronea interpretazione del contratto oggetto dell'arbitrato⁹. In sostanza la qualificazione legale come arbitrato irrituale incide sull'impugnazione della decisione arbitrale; impugnazione limitata rispetto a quella del lodo nell'arbitrato rituale (ai sensi degli artt. 827 e seguenti del c.p.c.)¹⁰.

Tanto è vero che la stessa giurisprudenza della Cassazione ha escluso la possibilità per l'amministrazione di avvalersi dello strumento dell'arbitrato irrituale o libero per la risoluzione delle controversie derivanti da contratti conclusi con privati, soprattutto perché viene limitata la possibilità della tutela giurisdizionale¹¹.

In questo modo la legge ha previsto un arbitrato obbligatorio, di natura contrattuale, sottraendo le relative vicende alla giurisdizione.

Tuttavia la Corte costituzionale¹² ha affermato da tempo, e ribadito di recente, che, poiché la Costituzione garantisce a ogni soggetto il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, «il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti: perché solo la scelta dei soggetti (intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24, comma primo, Cost.) può derogare al precetto contenuto nell'art. 102, comma primo, Cost. [...], sicché la "fonte" dell'arbitrato non può più ricercarsi e porsi in una legge ordinaria o, più generalmente, in una volontà autoritativa».

La previsione di un arbitrato obbligatorio da parte della legge solleva non pochi dubbi di costituzionalità. Ma, visto che nell'applicazione della legge, o meglio nell'interpretazione della

⁹ Da ultimo, Cass. civ., sez. I, 19 maggio 2020, n. 9142.

¹⁰ Cass. civ., sez. I, 13 marzo 2019, n. 7198.

¹¹ Cass. civ., sez. III, 8 aprile 2020, n. 7759.

¹² Corte Cost. 13 giugno 2018, n. 123 e 8 giugno 2005, n. 221.

stessa, va seguita una soluzione che possa essere conforme alla Costituzione, diviene necessario l'accordo delle parti, se non già nel contratto di appalto, quanto meno a valle della costituzione del CCT. Altrimenti l'attività svolta dal collegio stesso, una volta costituito, è a rischio di legittimità.

È chiaro però che così viene messa in discussione l'intera impalcatura della legge, che ha previsto come obbligatoria la costituzione del CCT nel sopra soglia anche per i contratti la cui esecuzione è già in corso alla data di entrata in vigore del d.l. n. 76/2020; ed entro un termine¹³ che, anche se non perentorio, è già scaduto da tempo. Questa forse è la ragione per cui, per quanto è dato sapere, il nuovo istituto stenta a decollare.

Tuttavia, come visto, la legge consente alle parti di convenire che le determinazioni del collegio non abbiano natura del lodo contrattuale. Ma a questo punto non si comprende più quale utilità possa avere il collegio.

Va ulteriormente ricordato che le conseguenze dell'inosservanza delle determinazioni del CCT sono rilevanti, potendo comportare la responsabilità per danno erariale e costituendo, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali (art. 6, comma 3, del d.l. n. 76/2020), con la conseguente risoluzione del contratto. E non è irrilevante l'avere limitato, da parte della legge, la possibilità di tutela giurisdizionale nei confronti delle determinazioni del CCT.

7. Segue: b) *la composizione del CCT*. – Al comma 2, terzo periodo, dell'art. 6 del d.l. n. 76/2020 si prevede che, *“Nel caso in cui le parti non trovino un accordo sulla nomina del presidente entro il termine indicato al comma 1, questo è designato entro i successivi cinque giorni dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano o dalle città metropolitane per le opere di rispettivo interesse”*.

Da ciò consegue una possibile violazione dei principi di imparzialità e terzietà nella composizione del collegio. In sostanza, il fatto che, in caso di mancato accordo tra le parti, il presi-

¹³ 16 agosto 2020, ossia trenta giorni dal 17 luglio 2020.

dente viene designato dall'amministrazione interessata alla realizzazione delle opere potrebbe far venire meno il requisito di indipendenza che dovrebbe connotare quanto meno la persona del presidente.

In questo caso però i dubbi sembrano superabili.

La giurisprudenza della Cassazione¹⁴, proprio perché riconosce natura privata all'arbitrato libero o irrituale, trattandosi di mandato con il quale le parti affidano a uno o più terzi la soluzione di controversie mediante lo strumento negoziale, una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibili alla loro volontà, impegnandosi a considerare vincolante la decisione degli arbitri quale espressione di tale volontà, afferma che, in difetto di connotato pubblicistico, non sussiste un principio di ordine pubblico di imparzialità dell'arbitro. Si tratta infatti di principio proprio della giurisdizione, di ordine generale e di rango costituzionale, valido in relazione ad ogni tipo di giudizio, mentre nell'arbitrato rituale si è in presenza di attività negoziale.

Così che non trova applicazione l'istituto della ricusazione – previsto dall'art. 815, comma 1, c.p.c. solo per l'arbitrato rituale ed esclusivamente nei confronti dell'arbitro non nominato dal ricusante – configurandosi viceversa una questione di esatto adempimento del mandato da parte degli arbitri, che della relativa non imparziale esecuzione rispondono nei confronti della parte danneggiata. Inoltre, l'assenza di "terzietà" dell'arbitro irrituale designato con mandato collettivo deve necessariamente essere proposta e dedotta attraverso l'azione di cui all'art. 1726 c.c., ossia prospettando una giusta causa di revoca, nonché la conseguente nullità della determinazione che sia stata adottata.

Tuttavia, una volta che la costituzione del collegio viene ad essere imposta dalla legge nei contratti di lavori pubblici sopra soglia, assumendo connotazione pubblicistica, il problema connesso alla nomina del presidente in mancanza di accordo delle parti, con le conseguenti esigenze di imparzialità e terzietà dello stesso, acquista una diversa angolazione. E comunque il problema sussiste nell'ipotesi in cui la stazione appaltante è la stes-

¹⁴ Cass. civ.: sez. II, 25 giugno 2005, n. 13701; sez. I, 29 maggio 2000, n. 7045.

sa amministrazione a cui la legge demanda la nomina del presidente, potendovi in questo modo essere due (nel collegio a tre) o tre componenti (nel collegio a cinque) di nomina della stessa stazione appaltante i quali, costituendo maggioranza, possono determinare l'adozione delle determinazioni del collegio.

8. Segue: c) *gli ambiti di competenza del CCT nella fase antecedente l'esecuzione.* – Come si è già visto, compiti peculiari vengono previsti per il CCT facoltativo costituito nella fase antecedente l'esecuzione contrattuale.

Si tratta della risoluzione di *“problematiche tecniche o giuridiche di ogni natura..., ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell'invito, nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, e dei criteri di selezione e di aggiudicazione”*.

Qui le competenze attribuite al collegio investono a 360 gradi la fase antecedente l'esecuzione contrattuale. Ma alcune di queste competenze, con riguardo ad esempio alla valutazione delle offerte, sono tipiche della commissione giudicatrice¹⁵.

Per cui, dato per scontato che questa tipologia di CCT si discosta, per competenze, funzioni e valore delle relative determinazioni, dal collegio deputato alla fase dell'esecuzione contrattuale, appaiono incerti i confini tra il collegio stesso e la commissione giudicatrice. E ne consegue anche un'ulteriore domanda: il collegio è organo consultivo solo della sanzione appaltante o anche della commissione giudicatrice?

I pareri emessi dal collegio non vincolano la stazione appaltante. Non è chiaro però se essi sono anche obbligatori, nel senso che, una volta costituito il CCT, il suo intervento è previsto sempre e comunque per tutta la durata del contratto in ogni caso in cui si può presentare o si presenta una problematica di tipo tecnico o giuridico, oppure può essere anche limitato a

¹⁵ Si veda l'art. 77, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui, *“Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto”*.

specifiche problematiche individuate *ex ante* in sede di costituzione. E comunque nemmeno è chiaro se, una volta costituito il collegio, la sua attività si svolge d'ufficio o solo a seguito di richiesta della stazione appaltante. Forse regole di buona amministrazione richiedono che, perché il collegio possa rendere il proprio parere, occorra sempre un'apposita richiesta, documentata e motivata, da parte della stazione appaltante; ad esempio con la formulazione di quesiti.

9. *Considerazioni.* – Tre sono le finalità del decreto semplificazioni:

- a) incentivare gli investimenti pubblici;
- b) far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19;
- c) accelerare e semplificare le procedure di gara.

Ma due sono le anime della riforma di cui al decreto semplificazioni: quella semplificatoria e quella emergenziale pura. Tuttavia l'anima semplificatoria prescinde da quella emergenziale, dovendo rientrare nell'ordinario. È chiaro però che nell'emergenza le esigenze di semplificazione si fanno ancora più sentire.

L'emergenza, dovuta alla pandemia, comporta l'uscita dall'ordinario e la previsione di regole eccezionali, in deroga e a tempo. Così che, in un momento eccezionale e di emergenza, può venire meno la funzione stessa di un codice.

Quanto è stato disposto dal d.l. n. 76/2020 in materia di contratti pubblici rientra nella logica dell'emergenza. Altro problema è poi vedere se le nuove regole, eccezionali e in deroga, siano in grado di realizzare le finalità prefissate. O meglio, tutto questo serve a *“realizzare un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture”* (che è uno degli obiettivi enunciati nel preambolo del d.l. n. 76/2020)? Ma qui entriamo in un ambito diverso.

Il fatto è che la normativa nella materia dei contratti pubblici, anche a causa della pluralità e dei diversi livelli delle fonti, è diventato un campo minato, di difficile e complessa percorribilità; campo già messo a dura prova dalle numerose modifiche subite

dal codice dei contratti pubblici e dal recente d.l. n. 32/2019, così detto decreto sblocca cantieri, che aveva già sospeso alcune norme del codice e inserite altre a tempo, nonché limitato il ricorso alle linee guide dell'Anac.

Nella materia dei contratti pubblici si sente ancora più quella che è una carenza endemica della legislazione italiana, ossia la mancanza di una valutazione *ex ante* ed *ex post* dell'impatto della regolazione. Quasi sempre manca una seria verifica su quelli che sono gli obiettivi che si vogliono raggiungere con la normazione e poi, una volta emanate le norme, manca un reale accertamento degli impatti conseguenti; soprattutto ai fini degli interventi successivi.

L'instabilità delle regole è diventata una costante della legislazione nella materia in questi ultimi anni, assieme alla diminuzione della qualità della regolazione, fenomeno quest'ultimo ormai in aumento.

La disciplina, precedente e attuale, del CCT è figlia di questa situazione. Dalle esposte criticità consegue evidente l'incertezza dell'operatività dell'istituto e dei suoi confini, che non risultano ben delineati, con non pochi problemi. Siffatta incertezza potrebbe avere ripercussioni nell'applicazione pratica della normativa, con influenze sia sulle stazioni appaltanti che sulle imprese¹⁶.

Traspare la fretta del legislatore nella redazione dell'art. 6 del d.l. n. 76/2020. Si veda, ad esempio, la disposizione sulle incompatibilità, laddove si prevede che *"Ogni componente del collegio consultivo tecnico non può ricoprire più di cinque incarichi contemporaneamente e comunque non può svolgere più di dieci incarichi ogni due anni"* (comma 8, primo periodo, del d.l. n. 76/2020). Ma la costituzione del CCT non è prevista sino al 31 dicembre 2021?

L'idea alla base del CCT è condivisibile. Si vogliono evitare situazioni di stallo nell'esecuzione contrattuale e si intende accelerare verso la realizzazione dell'opera, creando uno stru-

¹⁶ Notevoli criticità, subito dopo l'emanazione del d.l. n. 76/2020, sono state esposte da S. VALAGUZZA, *Collegio consultivo tecnico: rischia il flop, urge restyling in sede di conversione*, in <https://www.studiovalaguzza.it/collegio-consultivo-tecnico-rischia-il-flop-urge-restyling-in-sede-di-conversione/>.

mento stabile che ricerchi soluzioni tra stazione appaltante e appaltatore per tutta la durata dell'esecuzione.

Si tratta di un intervento strutturale e organico in deroga alla legislazione ordinaria in materia di contratti pubblici e al codice relativo. Per cui una delle domande che bisogna porsi è se istituti previsti in via eccezionale e derogatoria possano essere utili anche nell'ordinario. E potrebbero esserlo, poiché accelerare verso la realizzazione dell'opera a regola d'arte non è esigenza solo di un momento emergenziale.

Senza dubbio il CCT può avere una funzione anche nel regime ordinario e al di là di quanto previsto, ad esempio nell'ambito dei lavori sotto soglia, il cui numero è maggioritario rispetto a quelli sopra soglia. Ma se i confini dell'istituto non sono ben delineati e appaiono incerti – con riguardo alle funzioni, ai compiti, al valore da dare alle relative determinazioni, ai rapporti con gli altri soggetti che si muovono nella fase dell'esecuzione contrattuale, all'istituto dell'accordo bonario operante nell'ambito delle riserve ai sensi dell'art. 205 del codice dei contratti pubblici – si rischia di fare il classico buco nell'acqua. Dando vita a un istituto che o non può funzionare o funziona solo a "scartamento ridotto" e con problemi.

10. *Epilogo.* – Rimane sullo sfondo un altro tema non meno rilevante, di grande attualità anche con riguardo ai rapporti tra i diversi livelli istituzionali. Fino a che punto la legislazione dell'emergenza può abbassare le garanzie e fino a che punto possono essere limitati i diritti e le garanzie previste dall'ordinamento e tutelati a livello costituzionale?

Emblematico è l'art. 27, comma 1, ultimo periodo, del così detto decreto rilancio (d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni, dalla l. 17 luglio 2020, n. 77), dal titolo "*Patrimonio destinato*", secondo cui "*Le disposizioni del presente articolo non attribuiscono alle imprese diritti o interessi legittimi rispetto all'intervento del Patrimonio Destinato in loro favore*"¹⁷.

¹⁷ L'incipit dell'art. 27, comma 1, del d.l. n. 34/2020 prevede che, "*Al fine di attuare interventi e operazioni di sostegno e rilancio del sistema economico-pro-*

Carmine Volpe

A questo punto ogni commento sulla qualità della legislazione appare superfluo, anzi lo lascio a chi, arrivando alla fine, ha dimostrato interesse a leggere questo scritto.

duttivo italiano in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da "Covid-19", CDP S.p.A. è autorizzata a costituire un patrimonio destinato denominato "Patrimonio Rilancio", (di seguito il "Patrimonio Destinato") a cui sono apportati beni e rapporti giuridici dal Ministero dell'economia e delle finanze". Poi il comma 4, terzo periodo, del medesimo articolo dispone che "Gli interventi del Patrimonio Destinato hanno ad oggetto società per azioni, anche con azioni quotate in mercati regolamentati, comprese quelle costituite in forma cooperativa...".

SILVIA LILLIU*

LA MEDIAZIONE FAMILIARE A DISTANZA

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. L'interesse superiore del minore. - 3. La scoperta di Internet durante la pandemia da Covid-19. - 4. Il delicato equilibrio tra il diritto del minore alla bigenitorialità e il diritto alla salute. - 5. La riorganizzazione digitale.

1. *Introduzione.* – La mediazione familiare, intesa come strumento di gestione alternativa dei conflitti nel quale i membri della famiglia chiedono o accettano l'intervento amichevole di un soggetto terzo, il mediatore familiare¹, nasce da un'esigenza comune in tutti i Paesi europei, ossia quella di tutelare le relazioni familiari con particolare riguardo all'interesse superiore del fanciullo. Sebbene in Europa si parli di mediazione familiare sin dagli anni 70, essa si sviluppa maggiormente a seguito della riforma del diritto di famiglia, come risposta alla conflittualità coniugale/genitoriale derivante dalla disgregazione della famiglia tradizionale. Il contesto attuale è infatti caratterizzato da un numero sempre maggiore di divorzi e separazioni, spesso in presenza di minori, che divengono il fulcro privilegiato di tale conflitto.

Dunque, la mediazione familiare è un percorso volto a ripristinare il dialogo tra genitori separati o conviventi la cui relazione è entrata in crisi, con l'obiettivo di facilitare il raggiungimen-

* Dottoressa in giurisprudenza presso l'Università di Cagliari.

¹ Definizione adottata dall'APMF (*Association pour la médiation familiale*), secondo la quale *“la médiation familiale, notamment en matière de séparation et de divorce, est un processus de gestion des conflits dans lesquels les membres de la famille demandent ou acceptent l'intervention confidentielle et impartiale d'une tierce personne, le médiateur familial. Son rôle est de les amener à trouver par eux-mêmes les bases d'un accord durable et mutuellement acceptable, tenant compte des besoins de chacun, et particulièrement de ceux des enfants, dans un esprit de coresponsabilité parentale”*.

² Cit. Bruno Ferrero, scrittore e pedagoga

to dell'accordo per la riorganizzazione della vita familiare, prestando attenzione all'interesse morale e materiale dei figli e alla condivisione delle responsabilità genitoriali. Dopo la crisi infatti, la mediazione rappresenta un valido strumento di sostegno alla condivisione genitoriale, perché "Questo mondo è pieno di ex mogli ed ex mariti. Ma non esistono ex figli"². Il minore è così posto al centro della mediazione, diventa il cuore della stessa in quanto è colui che costringe le parti a superare il conflitto al fine di ritrovare un dialogo poiché la separazione e il divorzio comportano necessariamente un cambiamento, di cui l'esercizio della genitorialità deve tener conto³.

La mediazione è adatta ai conflitti familiari in quanto si tratta di dispute particolari, coinvolgenti soggetti che avranno dei rapporti interdipendenti e continui; dal momento che la separazione e il divorzio hanno un impatto su tutti i membri della famiglia, occorre promuovere e potenziare la mediazione attraverso l'opera di un terzo imparziale e neutrale, il mediatore familiare appunto, che aiuti le parti a raggiungere un accordo comune⁴. Secondo la raccomandazione del 1998, è fondamentale garantire la tutela all'interesse del minore, al suo benessere, incentivando l'utilizzo di metodi alternativi, alla promozione della mediazione familiare all'interno delle strutture pubbliche. Inoltre, la Convenzione sulle relazioni personali che riguardano i fanciulli stabilisce che *"Quando bisogna risolvere delle controversie in materia di relazioni personali, le autorità giudiziarie devono adottare tutte le misure appropriate per incoraggiare i genitori e le altre persone che hanno dei legami familiari con il fanciullo a raggiungere degli accordi amichevoli a proposito delle relazioni personali con quest'ultimo, in particolare facendo ricorso alla mediazione familiare e ad altri metodi di risoluzione delle controversie"*⁵.

³ A. DE LARA, P. DE LARA, *L'enfant objet transitionnel de la médiation familiale*, in *Cairn.info*, 2003, p. 3 ss.

⁴ Raccomandazione n. 98 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla mediazione familiare adottata dal Comitato dei Ministri il 21 gennaio 1998 al 616° incontro dei Delegati dei Ministri.

⁵ La Convenzione sulle relazioni personali riguardanti i fanciulli, entrata in vigore il 1° settembre 2005, ha l'obiettivo di rafforzare il diritto fondamentale del bambino e dei genitori a mantenere contatti regolarmente.

In definitiva, si può affermare che la mediazione familiare svolga tre funzioni: preventiva, curativa e educativa; agisce dunque prima, durante e dopo la situazione in esame. In particolare, essa risulta efficace quando le parti sono ancora potenzialmente in grado di gestire l'aggressività che può condurre alla separazione. Inoltre, proprio allo scopo di facilitare il raggiungimento di un'intesa tra i genitori, la mediazione si avvale di tecniche specifiche volte a facilitare la comunicazione tra le parti che devono essere stimulate dal mediatore al fine di assumere decisioni condivise che tengano conto primariamente dell'interesse e dei bisogni dei figli.

2. L'interesse superiore del minore. – La mediazione familiare è dominata dal principio del superiore interesse del minore. Secondo la dottrina, l'interesse superiore del minore trae origine nel XIX secolo nel diritto anglosassone quando i tribunali inglesi iniziano a concedere, nell'ambito di un divorzio, l'affidamento non al padre bensì alla madre. Tuttavia, i diritti del fanciullo trovano protezione, inizialmente, con la Dichiarazione di Ginevra del 1924 e successivamente con la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959, testo in cui appare per la prima volta l'espressione "Interesse superiore del minore".

Nel diritto attuale, non solo è contemplato l'interesse superiore del minore e i suoi diritti, ma il minore è considerato il soggetto più degno di protezione, ciò significa che i suoi interessi prevalgono sopra ogni altro interesse legittimo; si costruisce così un sistema normativo che consacra il principio del superiore interesse del minore. Quest'ultimo è un concetto giuridico indeterminato in quanto il significato da attribuirvi deve essere determinato secondo le circostanze del caso concreto.

Anche in relazione alla bi genitorialità, emerge il principio del superiore interesse del minore. Quello alla bi genitorialità si configura come vero e proprio diritto, ossia il diritto a mantenere una relazione equilibrata e continuativa con la propria madre e con il proprio padre, anche dopo la separazione e il divorzio. In tale ipotesi il mediatore risulta figura preziosa. Infatti la bi genitorialità è considerata come il mezzo migliore per soddisfare l'interesse del minore poiché coinvolge entrambi i genitori po-

nendo in capo al minore un diritto nei confronti di entrambi i genitori e correlativamente in capo a questi ultimi un obbligo di ciascuno nei riguardi del minore. In tal senso, il principio di superiore interesse del minore assume due valenze fondamentali nell'ordinamento giuridico, da un lato si pone quale principio ispiratore della legislazione e dall'altro quale concetto indeterminato suscettibile di determinazione nell'applicazione di alcune discipline normative. Dunque l'interesse superiore del minore cessa di costituire criterio di scelta di un genitore a scapito dell'altro e opera direttamente a favore del minore sollecitando la responsabilità genitoriale di entrambi⁶.

Dunque, nella concezione attuale, la bigenitorialità non è più semplice diritto del minore, ma un concetto ben più ampio che necessita di essere retto dalle scienze sociali e giuridiche. Infatti, quando si parla di minore, il bambino è sempre destinatario indiretto di ciò che si dice; proprio per tale motivo è a lui che bisogna volgere lo sguardo. Preme la necessità di rimettere i minori al centro, al centro della coppia unita e di quella separata, ma soprattutto al centro della prassi giudiziaria⁷.

3. *La scoperta di Internet.* – Tale strumento alternativo di risoluzione dei conflitti ha scoperto Internet per far fronte alle problematiche familiari durante l'emergenza sanitaria. Infatti, in molti Paesi, il confinamento dovuto alla pandemia non ha impedito ai mediatori familiari di perseguire il proprio lavoro. Anzi, al fine di trovare un rimedio a tale situazione, l'A.E.Me.F.⁸ (Associazione Europea Mediatori Familiari), ha dato il proprio contributo offrendo disponibilità attraverso incontri gratuiti erogati in modalità a distanza da parte dei Mediatori Familiari Professionisti iscritti nel Registro Nazionale.

⁶ Osservazione generale n. 14 della Convenzione dei diritti del fanciullo.

⁷ P.MAZZAMUTO, *Mediazione familiare e affidamento condiviso*, in *Giureta*, vol. XI, 2013, p. 12.

⁸ L'A.E.Me.F. È un'associazione senza fini di lucro la cui azione è sempre centrata sulla famiglia, sulla risoluzione dei conflitti, la salvaguardia del benessere dei figli e soprattutto sull'acquisizione, da parte dei genitori, di una genitorialità responsabile e condivisa.

Tuttavia, la mediazione familiare ha subito un'innovazione inedita grazie all'uso di Internet.

Nelle riunioni a distanza, rese possibili attraverso l'utilizzo delle varie piattaforme tecnologiche, i mediatori si impegnano a codificare le varie espressioni: la voce, il cambiamento di tono, l'importanza del silenzio in una conversazione. Il dialogo a distanza rende le persone più libere di superare le proprie emozioni e di trovare risorse sconosciute: questo nuovo modo di comunicare può generare situazioni propizie per le relazioni che si credevano distrutte.

Al di là dei numerosi benefici, l'utilizzo di internet comporta anche dei rischi, legati soprattutto alla riservatezza. Tale problema sussiste quando le parti devono raccontare le proprie emozioni intime. A tal fine, i mediatori chiedono ai loro assistiti di trovare un luogo appartato, di allontanare i bambini e di non registrare le sedute. Il rischio sarebbe di vedere utilizzato il colloquio con il mediatore familiare contro l'ex congiunto nel quadro di una procedura di separazione o divorzio, tutto il contrario dello scopo della mediazione che consiste nel tentativo di appianare i contrasti e rinnovare il dialogo in un clima di fiducia ed equilibrio.

La mediazione familiare non può e non deve abbandonare le famiglie in crisi, ancor più se hanno figli, che si sono trovate improvvisamente, a causa della pandemia, a dover permanere sotto lo stesso tetto. Pertanto, i mediatori devono essere flessibili e pragmatici, in quanto il confinamento può essere un catalizzatore di opportunità in questo clima di insicurezza collettiva⁹.

4. Il delicato equilibrio tra il diritto del minore alla bigenitorialità e il diritto alla salute. – Le limitazioni poste alla libertà di circolazione hanno comportato ripercussioni anche su altri diritti individuali, tra i quali il diritto alla bigenitorialità, quale diritto di ciascun bambino a intrattenere stabili rapporti con entrambi i genitori, anche nel caso in cui questi non vivano più insieme. In

⁹ M. OLIVIERI, *La mediazione familiare scopre internet per risolvere i conflitti*, in *Italia Oggi*, n. 101, p. 12.

questo caso il genitore non collocatario ha il diritto-dovere di vedere e tenere con sé il minore esercitando il proprio diritto di visita, secondo le modalità imposte dal tribunale o concordate con l'altro genitore. Tuttavia, a causa della grave pandemia che ha colpito il mondo intero, le visite tra genitore e minore non sempre sono attuabili stante le limitazioni imposte per tutelare un altro diritto fondamentale, il diritto alla salute¹⁰.

In particolare, in Italia, allo scopo di contrastare e contenere la diffusione del virus COVID-19, con vari provvedimenti del Presidente del Consiglio, è stato imposto a tutte le persone fisiche il divieto di spostamento, salvo che sia motivato da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità o salute¹¹. A fronte di tale divieto, in molti si sono chiesti che cosa accadesse ai genitori separati che vivono in comuni differenti, e se tale divieto potesse limitare il diritto di visita dei genitori e il diritto dei figli alla bigenitorialità. In realtà, lo stesso decreto prevede che *“gli spostamenti per raggiungere figli minorenni presso l'altro genitore o comunque presso l'affidatario oppure per condurli presso di sé sono consentiti, in ogni caso, secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio”*¹². Sulla portata di un tale limite dunque non sono poche le incertezze in ambito di diritto di famiglia. Proprio in tale contesto di incertezze normative, costituiscono un valido aiuto le linee guida desumibili dalle ultime pronunce giurisprudenziali.

¹⁰ Il diritto alla salute è garantito all'articolo 32 della Costituzione e deve intendersi non solo come diritto spettante al singolo individuo bensì all'intera comunità. *“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti nel rispetto della persona umana”*.

¹¹ Con il decreto del Presidente del Consiglio “Iorestoacasa” del 9 marzo 2020 il divieto è stato esteso a tutta l'Italia.

¹² Vedi Trib. Milano 11.03.2020. Con provvedimento reso immediatamente dopo l'entrata in vigore del DPCM 09.03.2020, a seguito di ricorso d'urgenza di una madre che chiedeva il rientro immediato del figlio presso di sé ed una limitazione del diritto di visita dell'altro genitore in conseguenza della restrizione imposta dal Governo, il Tribunale di Milano ha rilevato come il Decreto Iorestoacasa, non vietando il rientro a domicilio o residenza, non potesse dirsi preclusivo delle disposizioni di affido e collocamento del minore.

ziali¹³ e dai Protocolli adottati da molti Tribunali al fine di regolamentare le singole fattispecie.

È infatti necessario equilibrare due interessi: il benessere psicofisico del minore, il cosiddetto *best interest of the child*¹⁴, e il diritto alla salute, che spetta sia al singolo individuo sia alla comunità. Se da un lato, dunque, è fondamentale garantire al minore il diritto a mantenere rapporti continuativi ed equilibrati con entrambi i genitori, anche e soprattutto in tale contesto emergenziale, è altresì di primaria importanza tutelare la salute fisica del minore, dei genitori, e più in generale, dell'intera comunità.

In definitiva, in questa fase emergenziale, la sospensione o limitazione del diritto di visita non può essere frutto della decisione assunta arbitrariamente da uno dei genitori a danno dell'altro, non potendo costituire un pretesto per allontanare il minore dall'altra figura genitoriale. È infatti fondamentale ricordare che il diritto di visita, prima di essere un diritto dei genitori, è un diritto del figlio, il quale, per poter crescere serenamente necessita di coltivare e mantenere rapporti continuativi ed equilibrati con entrambi i genitori¹⁵.

¹³ Di seguito alcune tra le pronunce giurisprudenziali più rilevanti in materia: il Tribunale di Napoli con decreto del 26 marzo 2020 ha disposto che *"la frequentazione sia assicurata al padre con colloqui da remoto anche a mezzo di videochiamata con i figli a cadenza quotidiana secondo orario che i genitori concorderanno"*; il Tribunale di Matera con provvedimento del 12 marzo 2020 ha disposto la sospensione degli incontri protetti padre-figlio ritenendo che *"nell'ottica del bilanciamento tra l'interesse del minore a mantenere un rapporto significativo con il padre e quello di restare a casa per evitare il rischio del contagio da COVID-19, debba prevalere quest'ultimo funzionale alla tutela del superiore interesse del minore"*; la Corte d'Appello di Bari, con provvedimento del 16 marzo 2020 ha rigettato l'istanza con la quale una coppia di genitori, entrambi decaduti dalla responsabilità genitoriale, chiedevano che le minori venissero autorizzate a lasciare la comunità dove erano collocate per fare rientro presso la casa familiare, ritenendo che in famiglia il pericolo del contagio fosse meno elevato.

¹⁴ Articolo 3 Convenzione ONU: *"In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse del fanciullo deve essere una considerazione preminente"*.

¹⁵ S. MAFFICINI, *Il delicato equilibrio tra diritto alla bigenitorialità e diritto alla salute ai tempi del Covid-19*, in *Famiglia*, 28 aprile 2020.

Dunque, l'emergenza sanitaria non deve far venir meno la maternità e la paternità. Si resta genitori, auspicabilmente responsabili ed attenti, nel perseguimento dell'interesse del minore, che è il bene supremo da salvaguardare in ogni tempo¹⁶.

5. *La riorganizzazione digitale.* – La ripresa da tale situazione avverrà soprattutto grazie alla tecnologia: è infatti necessaria una riorganizzazione digitale che consenta di mettere in contatto diverse persone da diversi luoghi¹⁷. In questo contesto, dunque, è necessario sfruttare al meglio il potenziale delle tecnologie. Infatti, soprattutto con una maggiore diffusione ed un uso più efficace delle tecnologie digitali, il mondo intero potrà affrontare le principali sfide a cui è chiamato. L'uso intelligente della tecnologia e lo sfruttamento delle informazioni ci aiuteranno a superare gli ostacoli che attendono la nostra società, quale quella attualmente in corso della pandemia da Covid-19¹⁸.

Le attuali esperienze con la digitalizzazione della mediazione familiare rilevano che lo strumento informatico rende più semplice ricorrere ad un mediatore formulando una richiesta online, nonché la gestione dematerializzata del processo nel contesto di uno spazio di discussione online privato, che può essere accompagnato da videoconferenza. Gli scambi sono sicuri e avvengono in maniera protetta. Ecco come numerosi professionisti hanno creato piattaforme di mediazione, al fine di consentire la risoluzione delle controversie nonostante la cessazione dell'attività giurisdizionale.

In numero Paesi, come abbiamo visto, sono state adottate soluzioni alternative: emblematico è il caso della Francia, in cui non sono di certo mancate iniziative volte a promuovere la mediazione. In particolare, occorre menzionare l'iniziativa dell'Ordine degli Avvocati di Parigi che ha creato una piattaforma

¹⁶ M. CAROLA, *Covid-19: distanziamento sociale, diritto alla bigenitorialità e coabitazione tra i coniugi*, in *Ilquotidianogiuridico.it*.

¹⁷ "è importante investire in tecnologie che permettano di mettere in contatto diverse persone da differenti luoghi". Si veda S. PIERONI, *La ripresa passa anche dal digitale*, in *MondoADR*.

¹⁸ M. IASELLI, *L'importanza del digitale ai tempi del Coronavirus*, in *Altalex*.

con i mediatori che si impegnano a svolgere attività di mediazione in situazioni di emergenza per controversie tra genitori relative ai metodi di esercizio della responsabilità genitoriale (residenza alternata, spostamento da una residenza all'altra)¹⁹. Il gruppo di mediazione di emergenza familiare è composto da avvocati mediatori volontari. In tal senso, alla luce dell'urgenza delle situazioni e dell'impossibilità di ottenere una soluzione giurisdizionale, il mediatore offre un colloquio individuale entro 24/48 ore dalla sua nomina. Per garantire i diritti della difesa, è assicurata la presenza degli avvocati durante la mediazione, e i contendenti che non sono assistiti da un avvocato sono incoraggiati a consultare la piattaforma degli avvocati istituita dal Consiglio nazionale degli avvocati al fine di trovarne uno²⁰.

La mediazione, a differenza della giustizia tradizionale, è direttamente influenzata dalle nuove modalità di regolamentazione sociale costituite da strumenti e algoritmi digitali. Vi sono infatti numerose piattaforme di mediazione online, sviluppate da professionisti legali²¹.

In conclusione, la mediazione rappresenta una soluzione per il post-pandemia. Infatti, al fine di fronteggiare l'immensa sfida a cui saranno chiamati i tribunali, è necessario rilanciare la me-

¹⁹ Si tratta di una mediazione regolata dal diritto comune (articoli 1532 e seguenti del codice di procedura civile francese). Tra le varie proposte, si menziona quella degli ufficiali giudiziari che hanno lanciato un servizio di risoluzione delle controversie (urgency-mediation.fr) attraverso la loro piattaforma di mediazione. Il processo consente a privati e professionisti di utilizzare un processo di mediazione per trovare una soluzione ai loro conflitti (ad esempio canoni di locazione non pagati). Il servizio è gratuito e verrà fornito durante tutto il periodo di confinamento per una controversia insorta nel medesimo periodo. La piattaforma consente l'archiviazione del file che specifica la natura della controversia e l'importo del reclamo, con i documenti necessari.

²⁰ N. FRICERO, *Médiation en période de crise sanitaire: maintenir le lien social, résoudre les conflits, envers et contre tout*, in *Le club des juristes*.

²¹ Già da qualche in Francia nasce l'obiettivo di porre il servizio pubblico al centro della giustizia alternativa, per consentire allo Stato di diritto di adempiere ai suoi compiti sovrani e di adattarli ai cambiamenti importanti. Dopo il diritto di accesso ad un tribunale, potrebbe emergere un nuovo diritto umano, un diritto ad un equo accordo digitale. Vedi N. FRICERO, F. VERT, *La médiation face aux enjeux du numérique et du service public de la justice: quelles perspectives?* In Dalloz Actualité.

diazione. *“Dovremo trovare il modo di gestire i casi insieme per cercare di recuperare il più possibile il tempo perso. Dovremo necessariamente accettare i reciproci compromessi per permetterci di prendere piede in un clima in cui parlare con sicurezza per cercare di avere successo insieme”*²². Tuttavia, questi adattamenti temporali non impediranno un difficile rientro e la gestione del tempo sarà comunque pericolosa. Tale è il motivo per cui l’uso di metodi alternativi di risoluzione dei conflitti diventa un’opportunità capace di trovare una soluzione adatta ad una situazione senza precedenti. In questo scenario, l’accordo amichevole consentirà di creare soluzioni innovative su misura nel rispetto delle norme di ordine pubblico²³.

In molti Paesi dunque, il Covid-19 ha avuto un impatto positivo sui metodi amichevoli di risoluzione dei conflitti. La trasformazione digitale è stata di conseguenza accelerata dal virus: *“Nell’era degli strumenti digitali, questo processo fa un nuovo passo consentendo di tenere sessioni in videoconferenza con tutte le garanzie di riservatezza”*²⁴.

Infine, in questo periodo di crisi in cui l’essere umano ritorna al centro delle nostre preoccupazioni, la mediazione diventa un momento d’umanità.

²² Nella sua intervista del 31 marzo pubblicata sul blog del Coronavirus del Club of Jurists, il primo presidente della Corte d’Appello di Parigi, Jean-Michel Hayat, non nasconde le enormi difficoltà che attendono i tribunali e propone alcune strade per affrontare la situazione: rafforzare il servizio di rinvio e l’unità familiare, rilanciare la mediazione.

²³ M-A. GALLOT LE LORIER, *La médiation: une voie pour l’après-crise sanitaire*, in *Le Club des Juristes*. *“C’est la raison pour laquelle le recours à des modes amiables de résolution des différents devient une opportunité. Ils permettront de trouver une solution adaptée à une situation économique inédite qui rappelle que l’application stricte de la règle de droit n’est pas toujours la meilleure solution. On peut être juridiquement gagnant mais économiquement perdant. L’amiable permettra de créer des solutions innovantes sur mesure dans le respect des règles d’ordre public”*.

²⁴ C. Féral-Schuhl, avvocato-mediatore, presidente del Consiglio Nazionale Avvocati in una colonna pubblicata su *Le monde du droit*, il 16 aprile 2020.

FRANCESCO USALA*

LE COMPETENZE TECNOLOGICHE: L'UTILIZZO DELLA PIATTAFORMA ODR

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il regolamento ODR. - 3. La piattaforma ODR.

1. *Introduzione.* – Internet e la tecnologia, al giorno d’oggi, hanno modificato totalmente le abitudini della maggior parte dei consumatori. La ragione per cui il mondo del consumo sta cambiando è subordinata alla velocità di trasmissione dei dati, e conseguentemente degli acquisti online, rendendo di fatto le transazioni più dinamiche, competitive e istantanee. Il commercio elettronico, in un periodo caratterizzato dalla crisi economica, in particolare dall’attuale crisi sanitaria e dalla necessità di distanziamento sociale, determinato dalla diffusione di contagio covid-19¹, costituisce una sorta di “isola felice” nella quale non è solo possibile acquistare beni e servizi da professionisti, dislocati in paesi diversi, ma ottenere un ventaglio più ampio di proposte, a prezzi più competitivi². La maggior parte degli acquisti si svolgono nel mondo virtuale ed è proprio lì che le persone hanno necessità di ottenere una tutela dei diritti, in modo semplice, veloce ed economico. La mediazione, l’arbitrato, la negoziazione e le ADR possono facilitare la risoluzione dei conflitti, ma questo non basta occorre qualcosa di più. Pertanto, si rende sempre più ne-

* Dottore in giurisprudenza presso l’Università di Cagliari.

¹ L’emergenza sanitaria provocata dalla diffusione del coronavirus ha determinato la chiusura di gran parte delle attività commerciali. Si registra infatti una vera e propria impennata delle vendite online, con i consumatori costretti a riversarsi sui canali digitali per poter comprare i beni di prima necessità, ottemperando al tempo stesso alla richiesta degli organi pubblici di restare nelle proprie abitazioni.

² A. BUSACCA, *ODR tra passato e futuro: le incertezze del presente in Scienze e ricerche, procedimento di mediazione e accordo di conciliazione*, 2016, p. 17.

cessario che il mediatore europeo abbia delle buone conoscenze tecniche digitali, adatte per operare anche virtualmente con l'ausilio delle più moderne piattaforme quali Zoom, Skype, Google Meet, Microsoft Teams, per poter gestire il procedimento a distanza e poterlo condurre efficacemente. Il buon utilizzo delle piattaforme online consentirebbe di migliorare la gestione delle mediazioni, innalzando la qualità, abbattendo le distanze e rendendo così le procedure più veloci e al passo coi tempi. In un mondo dove le transazioni online viaggiano a velocità incontrollabili, l'Unione europea nel 2013 emanando il regolamento 524 del 2013³, introduce una nuova disciplina relativa alla risoluzione delle controversie online dei consumatori⁴. Gli stati membri, per effetto della direttiva ADR, la numero 11 del 2013⁵, direttamente

³ Regolamento 2013/524/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori.

⁴ Sul Regolamento ODR, C. PILIA, *Il registro europeo dei mediatori online. Verso una piattaforma tecno-democratica per la giustizia alternativa* in Quaderni di conciliazione, 2018; A. SARDU, *La Piattaforma Europea per la risoluzione delle controversie online*, 2016, pp. 1-11; G. GIOIA, *L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori* in *Revista Italo-Española de Derecho Procesal*, vol. 1, 2018, pp. 1-42; M. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR* in *Rassegna Forense*, 2011, pp. 324-325, F. MANOLITA, *Dalle ADR offline alle procedure di online dispute resolution* in *judicium.it*; L. ANSALDI, *Mercato europeo, E-commerce, mediazione e consumatori: le novità legislative in arrivo*, 2013; M. MARIANELLO, *Le ODR nel settore dell'energia in Persona e Mercato*, 2015, pp. 77-84; *La Piattaforma Europea per la risoluzione delle controversie online* in *www.dimt.it*; E.M. APPIANO, *ADR e ODR per le liti consumeristiche nel diritto UE* in *Contratto e impresa/Europa*, 2013, pp. 965-983; *Risoluzione delle controversie online dei consumatori: nuovo Regolamento (UE) n. 524/2013* in *diritto.it*, 2013; S. CASU, *Online Dispute Resolution: il futuro della giustizia?* In *iusinitinere.it*, 2018; C. VICARELLI, *ODR: la nuova piattaforma europea*, pp. 1-4, 2016.

⁵ La direttiva 2013/11/UE, emanata dal Parlamento Europeo e dal Consiglio, focalizza la sua attenzione sui cittadini comunitari in qualità di consumatori, rispetto ai quali, ex art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, ci si deve adoperare per garantirne un elevato livello di protezione. A tal fine, questa nuova fonte del 2013, come viene indicato dall'art. 2, introduce standard minimi di qualità per tutti i meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie, anche per quelli già esistenti, sia nazionali che transfrontalieri. Pertanto, le procedure, ai sensi della direttiva ADR dovranno essere: indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque. Inoltre, nell'adottare la direttiva 2013/11/UE il legislatore comunitario segue un approc-

connessa con tale regolamento, devono assicurare che, tutte le controversie aventi ad oggetto la vendita di beni o la fornitura di servizi tra consumatori e professionisti, stabiliti o residenti presso l'Unione, possano essere presentate davanti ad organismo ADR che risponde ai principali requisiti di qualità, definiti dalla stessa⁶. Tuttavia, era necessario anche tenere conto in modo speciale, se si voleva davvero raggiungere un obiettivo di qualità omogenea di tutte le liti gestite dagli organismi ADR, dell'esplosione delle transazioni commerciali nel mondo di Internet. L'unica via possibile, dando per scontato che un mercato in Rete con volumi sempre più elevati genera, fisiologicamente, anche un maggior numero di liti, era quella di introdurre un qualche congegno che costituisse un unico punto unificatore in cui accedere facilmente agli organismi ADR in caso di controversia. Detto in altri termini, questo strumento unificatore di tutti gli strumenti stragiudiziali delle liti che sorgono in rete, viene identificato in uno spazio virtuale comune. L'Unione Europea, con il regolamento 524 del 2013, ha istituito una piattaforma online unica per tutti gli Stati comunitari, gestita direttamente dalla Commissione⁷, al fine di risolvere rapidamente e velocemente, grazie ad un agevole ricorso agli ADR, tutte le controversie sorgenti nel mondo di Internet e concernenti obbligazioni contrattuali tra professionisti e consumatori⁸. Tale piattaforma consiste in un sito web interattivo, accessibile gratuitamente in tutte le lingue ufficiali dell'unione europea, che offre un unico punto di accesso per consumatori e professionisti che desiderano risolvere in ambito stragiudiziale le controversie derivanti da operazioni online⁹.

cio ad armonizzazione minima, lasciando ampi spazi di discrezionalità agli stati membri che potranno essere eventualmente innalzati in sede nazionale di recepimento.

⁶ Considerando 24, Direttiva 2013/11/UE.

⁷ La Commissione europea è responsabile del funzionamento della piattaforma ODR, sia per quanto riguarda la manutenzione che per la sicurezza dei dati. Art. 5, Regolamento 524/2013.

⁸ La piattaforma ODR è facilmente accessibile al seguente link: <http://ec.europa.eu/consumers/odr> e collega tutti gli organismi ADR che sono stati notificati dagli Stati membri alla Commissione europea, in ottemperanza alla direttiva 2013/11/UE.

⁹ Art. 5, Par. 2, Regolamento 524/2013.

2. *Il regolamento ODR*. – L'area di applicazione del regolamento, a differenza della direttiva ADR, inizia e finisce con il mondo di Internet, non riguardando i tradizionali contratti stipulati offline. Più nel dettaglio, il regolamento trova applicazione nelle controversie instaurate dai consumatori verso i professionisti e in alcuni casi anche dai professionisti nei confronti dei consumatori, qualora la legislazione dello stato in cui il consumatore risiede lo consenta¹⁰ ma in nessun caso alle controversie "B2B", cioè tra professionisti¹¹. Il sito *web*, per rispondere all'esigenza perseguita, è di facile utilizzo e "guida il consumatore nei passi da compiere", garantendo la possibilità d'accesso gratuito in tutte le lingue ufficiali dell'unione Europea rendendolo, di fatto, accessibile a tutti i cittadini degli Stati membri¹².

L'obiettivo principale, così come per tutte le fonti del diritto in materia di strumenti stragiudiziali, è quello di ingenerare fiducia in capo ai consumatori e ai professionisti nello scambio di beni e servizi, stavolta via Internet, all'interno dell'Unione Europea¹³. Attraverso questo spazio virtuale, è possibile evitare le lungaggini processuali che potrebbero scoraggiare gli utenti di Internet dall'acquisto di beni e servizi *online*, sia quelli che vengono effettuati tra Stati diversi, che quelli all'interno dei confini di uno Stato membro¹⁴. L'ODR non è "intesa a sostituire le procedure

¹⁰ Soltanto Belgio, Germania, Lussemburgo e Polonia hanno comunicato alla Commissione che la loro legislazione ammette la risoluzione delle controversie avviate da un professionista nei confronti di un consumatore.

¹¹ Nel rispetto del principio della libertà d'azione degli Stati membri nel recepimento delle fonti comunitarie, il regolamento 524 del 2013, ex art. 2, dispone che questi possano introdurre, in un rapporto inverso di azionabilità di questi congegni, anche la possibilità, per i professionisti, di avviare una procedura ADR contro un consumatore. Unico onere per lo Stato è quello di comunicare alla Commissione Europea della sussistenza, nel diritto interno di un organismo che prevede questa peculiarità, anche perché quest'ultima, come dispone il regolamento, è responsabile della piattaforma sia per quanto riguarda la sua manutenzione che per quanto riguarda la sicurezza dei dati. Considerando 19 e Art. 5 par.1, Regolamento 524/2013.

¹² *La risoluzione stragiudiziale delle controversie con i consumatori e l'Arbitro per le controversie finanziarie della Consob*, 2018, p. 32.

¹³ Considerando 6, Regolamento 524/2013.

¹⁴ Considerando 11, Regolamento 524/2013.

giudiziali o a privare i consumatori o i professionisti del loro diritto di rivolgersi ai tribunali, né può farlo"¹⁵.

L'Unione Europea, con l'istituzione della Piattaforma ODR, vuole rendere più agevole la risoluzione delle controversie che nascono *online*, con un occhio di particolare sensibilità soprattutto per quelle rese più complesse dalla distanza, ovvero quelle sussistenti fra consumatori e professionisti non residenti nello stesso Stato.

L'esigenza di creare questo mondo virtuale comune degli ADR, per la risoluzione direttamente *online* delle controversie sorte su transazioni compiute via Internet, è ancora più intensa per la peculiarità che caratterizza questi contratti. Nel mondo virtuale, il cosiddetto scambio di cosa contro prezzo non avviene in modo istantaneo, come accade nel mondo reale ma, solitamente, è previsto il pagamento anticipato del prodotto¹⁶. Questo comporta la sussistenza di maggiori probabilità che, in relazione ad un bene acquistato, possano più facilmente presentarsi dei problemi di diversa entità. Si pensi, solo a titolo di esempio, alla maggiore facilità della non conformità del prodotto rispetto a quanto atteso dal consumatore, soprattutto se la transazione viene compiuta presso aziende che non hanno un elevato grado di affidabilità. Queste problematiche, nonostante le reti informatiche abbiano sotto molti profili azzerato le distanze tra persone fisicamente distanti, sono al momento ineliminabili e la loro risoluzione è ancor più difficile se lo scambio di beni o servizi è avvenuto con un'azienda che si trova fisicamente molto distante dal compratore.

3. *La piattaforma ODR.* – Per queste buone ragioni, l'Unione Europea, con l'istituzione della Piattaforma ODR, vuole rendere più agevole la risoluzione di queste liti che nascono *online*, con un occhio di particolare sensibilità soprattutto per quelle rese più complesse dalla distanza, ovvero quelle sussistenti fra consumatori e professionisti non residenti nello stesso Stato.

¹⁵ Considerando 26, Regolamento 524/2013.

¹⁶ E. RUGGERI, *I contratti telematici nel Codice del Consumo: in particolare, la conclusione*, 2015, p.1-25.

Le procedure offerte dall'ODR, pertanto, non possono che offrire soluzioni extragiudiziali "facili, efficaci, rapide e a basso costo"¹⁷.

In definitiva, questa piattaforma realizza una sorta di rapporto di continuità virtuale, che prima mancava, tra il momento della stipulazione dei contratti telematici di beni o servizi e quello successivo della composizione delle eventuali controversie, il tutto rimanendo in Rete e avvalendosi di strumenti extraprocessuali.

Questo spazio virtuale, avendo l'ambizione di consentire di esaurire tutto l'*iter* della gestione di una lite che avviene *online* nel solo mondo *online*, non si limita, né potrebbe essere altrimenti, a fornire semplici informazioni generali sulla risoluzione extragiudiziale delle controversie, ma consente, anche e soprattutto, di presentare direttamente *online* tutti i reclami inerenti queste obbligazioni contrattuali mediante una semplice compilazione di moduli elettronici tradotti nelle varie lingue dell'Unione Europea, dando alle parti anche la possibilità di riversare nella piattaforma tutti documenti pertinenti al caso concreto.

La procedura, che si attiva ovviamente mediante un accesso a questo spazio virtuale, si articola in due fasi distinte, o, se si preferisce, si sviluppa in due "luoghi virtuali" distinti¹⁸ che consentono ai consumatori e ai professionisti di poter risolvere la loro lite senza spostamenti fisici e con notevole risparmio di costi e di tempi¹⁹.

La prima fase, preliminare all'instaurazione del procedimento vero e proprio, viene gestita direttamente dalla piattaforma stessa. Solo con la seconda fase, che è meramente eventuale e dipende dall'esito della prima, entrano in azione gli organismi ADR designati dalle parti di comune accordo²⁰.

L'*iter* viene avviato con la presentazione del reclamo dalla parte istante. Il ricorrente compila il modulo online in tutte le sue parti, con la possibilità di allegare documenti e files a sostegno

¹⁷ Considerando 8, Regolamento 524/2013.

¹⁸ A. SARDU, *La Piattaforma Europea per la risoluzione delle controversie online*, 2016, p. 2-3.

¹⁹ L. ANSALDI, *Mercato europeo, E-commerce, mediazione e consumatori: le novità legislative in arrivo*, 2013

²⁰ *La Piattaforma Europea per la risoluzione delle controversie online*, in *dimt.it*, 2016.

della propria domanda²¹. Nel reclamo dovranno essere indicati il nome, l'indirizzo mail, geografico, se lo stesso è un consumatore o professionista, il tipo di bene o servizio a cui il reclamo fa riferimento, con l'indicazione del prezzo, la data di acquisto e tutte le informazioni utili ai fini della determinazione dell'organismo competente²². Una volta ricevuto il reclamo, debitamente compilato in tutte le sue parti, la piattaforma lo trasmette in automatico alla controparte²³, che viene chiamata a decidere sulla scelta dell'organismo ADR. Se le parti raggiungono un accordo sull'organismo ADR, la piattaforma trasmette i dettagli della controversia all'organismo prescelto. Tale organismo ADR, scelto di comune accordo tra le parti e dichiarato competente entro il termine di 30 giorni²⁴, diventerà il gestore della procedura di risoluzione, aprendo così la seconda fase del procedimento, avendo il compito di guidare le parti nella risoluzione bonaria della lite attraverso procedimenti di qualità ai sensi della direttiva 2013/11/UE²⁵.

Il legislatore comunitario, pur avendo ben presente l'obiettivo di voler incentivare l'uso di questi congegni, al tempo stesso tenta di evitarne l'abuso, ben consapevole che quella deflazione del contenzioso che vuole perseguire per il giudice ordinario

²¹ Il ricorrente, nel momento in cui compila il modulo elettronico di reclamo, predisposto dalla piattaforma e facilmente accessibile, dà effettivamente avvio all'instaurazione della procedura di risoluzione. Art. 8, par. 1, Regolamento 524/2013.

²² Art. 8, Regolamento 524/2013 e allegato del regolamento 524/2013 contenente le informazioni da fornire per la presentazione del reclamo.

²³ Una volta esaurito il momento della compilazione, la piattaforma provvede a trasmettere il reclamo al convenuto, debitamente tradotto in una delle 24 lingue ufficiali dell'Unione Europea. Art. 9, par. 3, Regolamento 524/2013.

²⁴ Nel caso in cui le parti non riuscissero a trovare un accordo sulla scelta dell'organismo ADR entro 30 giorni di calendario dalla presentazione del modulo di reclamo o se l'organismo ADR si dovesse rifiutare di trattare la controversia, il reclamo non sarà trattato ma la parte ricorrente sarà informata della possibilità di contattare un assistente ODR per ottenere informazioni generali su altre forme di ricorso. Art. 9, par. 8, Regolamento 524/2013.

²⁵ Si tratta, in buona sostanza, di procedure molto rapide che devono terminare entro il termine di 90 giorni dalla data del ricevimento del fascicolo completo dell'istanza da parte dell'organismo ADR. Pertanto, l'organismo ADR, individuato dalle parti entro il termine di 30 giorni, avrà 90 giorni di tempo per concludere la procedura di risoluzione alternativa della lite.

rischierebbe di tradursi, altrimenti, in un congestionamento degli stessi ADR. Il risultato finale, senza un qualche filtro, rischierebbe di essere solo un'anticipazione di questo sovraccarico nel momento stragiudiziale. Per scongiurare questo rischio, il regolamento dispone anche che, prima di presentare un reclamo ad un organismo ADR, i consumatori, su invito degli Stati membri, dovrebbero mettersi in contatto preventivamente col professionista²⁶, tramite qualsiasi mezzo, al fine di raggiungere una composizione amichevole della controversia²⁷. Questo nell'ulteriore consapevolezza che, il più delle volte le controversie potrebbero essere facilmente risolvibili tra le parti senza alcuna necessità di arrivare a dover utilizzare le procedure ADR *online*.

Alla ricerca di un miglior coordinamento in questo settore, il regolamento richiede a ciascuno Stato membro di designare un punto di contatto che contenga almeno due assistenti ODR, che nella maggior parte dei casi sono membri dei centri nazionali dei consumatori europei, in quanto hanno già esperienza in materia di controversie transfrontaliere.

I punti di contatto hanno il compito di aiutare le parti per queste liti, fornendo assistenza nella compilazione del reclamo e nell'invio dei documenti, ma questo non esclude che questi possano fornire assistenza per le controversie interne²⁸. Le loro funzioni principali sono: l'assistenza nella presentazione dei reclami, fornire informazioni generali sui diritti dei consumatori, sul funzionamento della piattaforma sulle procedure ADR e informare le parti sugli altri mezzi di ricorso²⁹. Inoltre, sono tenuti a redigere una relazione annuale sulle esperienze pratiche delle loro funzioni, da trasmettere

²⁶ Il reclamo diretto, sul piano temporale, si colloca in una fase iniziale del contatto tra il consumatore ed il professionista, e consiste in una rimostranza che il consumatore presenta direttamente al professionista. L'obiettivo, a cui è preordinato il reclamo iniziale, è quello di decongestionare il numero di eventuali liti davanti agli stessi ADR. Questo perché il primo contatto consente di gestire eventuali problematiche relative allo scambio di beni e servizi direttamente dallo stesso professionista, nel momento in cui le questioni sorgono, ovvero ancor prima che queste possano tramutarsi in ragioni di disputa avanzabili presso gli ADR. Considerando 17 e Considerando 50, Direttiva 2013/11/UE.

²⁷ Considerando 17, Regolamento 524/2013.

²⁸ Art.7, Par. 4, Regolamento 524/2013.

²⁹ Art. 7, Par. 2, Regolamento 524/2013.

re alla Commissione, in qualità di supervisore della piattaforma, e agli Stati membri.³⁰ Quest'ultima si cura di convocare due volte all'anno le persone fisiche responsabili dei punti di contatto dei singoli Stati membri per discutere sulle problematiche sussistenti e sulle migliori pratiche da utilizzarsi per garantire un efficiente utilizzo di questo spazio virtuale relativo agli ODR³¹.

In ossequio, poi, al perseguimento dell'obiettivo di standard di qualità di funzionamento elevati ed omogenei di tutti gli ADR, indifferentemente dal fatto che questi operino nel mondo virtuale o in quello reale, le parti, dopo aver usato la piattaforma, hanno la possibilità di esprimere il proprio "feedback" sia sul suo funzionamento che sull'operato dello stesso ADR che gestisce la procedura di risoluzione del caso concreto³². Questa opzione è di rilievo non trascurabile perché consente a costoro, segnalando eventuali difficoltà d'uso o disfunzioni, di collaborare attivamente per contribuire a migliorarne la qualità nel rispetto dei requisiti espressamente domandati dalla direttiva 2013/11/UE.

Inoltre, per fare in modo che la piattaforma possa produrre pienamente i suoi effetti è necessario sensibilizzare i consumatori sull'esistenza della stessa³³. A tal fine, il regolamento impone un vero e proprio obbligo d'informazione in capo ai professionisti stabiliti nell'Unione che operano online³⁴, stabilendo che questi debbano fornire sui loro siti web un link elettronico alla piattaforma ODR e l'indirizzo mail che possa essere utilizzato dai consumatori come primo punto di contatto³⁵. L'obietti-

³⁰ Il ruolo dei punti di contatto ODR è senza dubbio di importanza pratica per garantire il rispetto del regime normativo del regolamento ODR e della direttiva ADR e per migliorare l'efficienza dell'ODR. Per questo motivo, "è evidente che ogni punto di contatto ODR deve avere una precedente esperienza in materia di ODR o ADR". F. TEPERESZKIEWICZ, *The EU Online Dispute Resolution Platform for Consumer Disputes: a step towards an EU Digital Single Market*, 2016, p. 8.

³¹ Art. 7, par. 6, Regolamento 524/2013.

³² Art. 5, par. 4, lett. g), Regolamento 524/2013.

³³ *La Piattaforma Europea per la risoluzione delle controversie online* in dimt.it, 2016.

³⁴ Art. 14, par. 1 e 2, Regolamento 524/2013.

³⁵ Considerando 30, Regolamento 524/2013.

vo della sensibilizzazione del consumatore non si raggiunge soltanto adempiendo quest'ultimo obbligo d'informazione, ma deve attuarsi anche tramite una attenta diffusione della cultura delle ADR e delle ODR che risultano, soprattutto in questo periodo di pandemia, di fondamentale importanza per far fronte alle richieste sempre più numerose di tutela dei diritti.

Bibliografia

- A. BUSACCA, *ODR tra passato e futuro: le incertezze del presente in Scienze e ricerche, procedimento di mediazione e accordo di conciliazione*, 2016, p. 17.
- C. PILIA, *Il registro europeo dei mediatori online. Verso una piattaforma tecno-democratica per la giustizia alternativa in Quaderni di conciliazione*, 2018.
- A. SARDU, *La Piattaforma Europea per la risoluzione delle controversie online*, 2016.
- M. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR in Rassegna Forense*, 2011.
- L. ANSALDI, *Mercato europeo, E-commerce, mediazione e consumatori: le novità legislative in arrivo*, 2013.
- M. MARIANELLO, *Le ODR nel settore dell'energia in Persona e Mercato*, 2015.
- E.M. APPIANO, *ADR e ODR per le liti consumeristiche nel diritto UE in Contratto e impresa/Europa*, 2013, p. 965-983.
- F. MANOLITA, *Dalle ADR offline alle procedure di online dispute resolution in judicium.it*.
- E. RUGGERI, *I contratti telematici nel Codice del Consumo: in particolare, la conclusione*, 2015.

FADI BARBÁRA*, ANDREA GANGEMI**, GIULIO STEFANO RAVOT***

OVERCOMING THE LEGAL CHALLENGES OF SMART CONTRACTS THROUGH A “SMART” COMMERCIAL MEDIATION

SUMMARY: 1. Introduction. - 2. An autonomous smart mediation clause based on ML algorithm. - 3. Overcoming the legal challenges of smart contracts through the maintenance of win-win relationships. - 4. Conclusion.

1. *Introduction.* – Although the existing legal literature has focused on the regulatory framework of distributed ledgers “one particular aspect remains largely unexplored: the effects of distributed ledgers (and the devices associated with them, such as smart contracts) on dispute resolution”¹. Blockchain and Artificial Intelligence (AI) represent the cornerstones of the Fourth Industrial Revolution and are completely changing the digital contest. Blockchains were first described by Satoshi Nakamoto in 2008², when he introduced Bitcoin, a decentralized currency. At a high level, a blockchain is a distributed ledger: each block contains some transactions and it is linked to the previous one thanks to the use of cryptography, mainly hash functions. The use of cryptography guarantees that the content of a block cannot be modified, i.e. a blockchain creates a tamper-proof chain of data. The usage of addresses guarantees also some pseudoanonymity for the blockchain users³. However, the programming language of Bit-

* PhD Student, Department of Computer Science, University of Turin.

** PhD Student, Department of Mathematical Sciences, Polytechnic of Turin.

*** Research Assistant, University of Cagliari School of Law.

¹ P. ORTOLANI (2019), *The impact of blockchain technologies and smart contracts on dispute resolution: arbitration and court litigation at the crossroads*. *Uniform Law Review*, vol. 24, Issue 2, pp. 430-448.

² S. NAKAMOTO (2008), *Bitcoin: A peer-to-peer electronic cash system*, pp. 1-9.

³ A. ANTONOPOULOS (2017), “Mastering Bitcoin: Unlocking Digital Cryptocurrencies”, O’Reilly, pp. 15-30.

coin is limited, since it is not Turing complete: for this reason, it is difficult to build complex applications other than transactions. To overcome to this problem, in 2013 Vitalik Buterin published a paper where he described the Ethereum blockchain⁴. Ethereum is a decentralized computing infrastructure which is able to execute programs called smart contracts, immutable pieces of code that run deterministically on every computer⁵. Ethereum is not simply a payment network, and for this reason its currency, called ether, is intended as an utility currency and it is used to pay for a service on the blockchain, e.g. to deploy a contract on the network.

AI is the branch of computer science that studies the theoretical frameworks and techniques that allow the design of hardware and software systems capable of providing the computer with a performance that resembles the human intelligence. Artificial Intelligence applications are improving year after year, thanks to the continuous technologic growth. An example of an AI program is the chatbot, a computer program which is designed to simulate human conversations. Usually, users communicate with these tools using their voice or a chat: chatbots interpret the words given to them and provide a pre-set answer to the user. An important subset of AI is the Machine Learning (ML), which instead refers to the development of algorithms that improve automatically, starting from a dataset provided by a user. When talking about ML algorithms, there is not a standard approach, but there are some guidelines that should be followed⁶. In particular, the dataset should be divided into train set and test set: the algorithm builds a statistical model starting from the data saved into the train set, and then it is used to predict a variable on the test set. If the experiment goes well, the algorithm is ready to face new, unknown data.

Over the past few years, scientists started working in various directions to connect Machine Learning and blockchain. An in-

⁴ V. BUTERIN (2013), *Ethereum: A Next-Generation Smart Contract and Decentralized Application Platform*, pp. 1-36.

⁵ A. ANTONOPOULOS, G. WOOD (2018), *Mastering Ethereum, Building Smart Contracts and Dapps*, O'Reilly, pp. 127-131.

⁶ T. HASTIE, R. TIBSHIRANI, G. JAMES, D. WITTEN (2013), "An Introduction to Statistical Learning with applications in R", Springer, pp. 15-29.

teresting result has been obtained in 2019⁷, when some researchers had the idea to use the Ethereum ledger to save Machine Learning datasets, in order to avoid the centralization problem typical in some companies. The main limitation of this approach is the space on a block, which is usually not enough to save reliably a dataset. For this reason, their idea also uses the InterPlanetary File System (IPFS)⁸, a peer-to-peer network for saving and sharing data in a distributed file system. In this way, the dataset is saved into the IPFS server, while on the blockchain we just memorize the hash of the dataset. Given the cryptographic properties of these functions, we can be sure no one will maliciously modify the dataset: in that case, a user can simply calculate again the hash and verify it is different from the one memorized on the ledger.

It is generally recognized that the use of smart contracts as a tool to represent the contractual will has given rise to new types of legal disputes⁹. Specifically, “the adoption of blockchain-based smart contracts will require courts and other forms of dispute resolution bodies to grapple with several difficulties when smart contract disputes arise, including the interpretation of code, jurisdictional issues, and the application of traditional contract law principles”¹⁰.

The disputes arising from smart contracts have been regulated so far only by some states. For this reason, the “general lack of specific blockchain laws”¹¹ has led the private sector of legal technology companies to gain a leading position in smart contract online dispute resolution. Currently, there are various ODR start-ups, *inter alia* (Sagewise, OpenBazaar Dispute Resolution,

⁷ W. XIONG, L. XIONG (2019), *Smart Contract Based Data Trading Mode Using Blockchain and Machine Learning*, pp. 1-14.

⁸ <https://ipfs.io/>

⁹ D. ALLEN, A. LANE, M. POBLET (2020), *The Governance of Blockchain Dispute Resolution*. *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 25. pp. 75-101.

¹⁰ A. WRIGHT, P. DE FILIPPI (2018), *Blockchain and the Law. The Rule of Code*. Harvard University Press, pp.74-75.

¹¹ R. HERIAN (2018), *Legal Recognition of Blockchain Registries and Smart Contracts*. EU Blockchain Observatory and Forum. The Open University, p. 5.

Kleros, Aragon, Jur.io, “Bot” Resolutions)¹². The aim of this work is the proposal of an alternative approach to the resolution of these “smart-disputes”. Specifically, in the following paragraphs, we discuss the jurisprudential challenges that lie behind this “new” type of online disputes and we present an automated model of Alternative Dispute Resolution (ADR) clause based on a combined use of ML algorithms and blockchain technology.

2. *An autonomous smart mediation clause based on ML algorithm.* – Professor Schmitz of the University of Missouri School of Law underlines that “Courts and traditional processes simply do not work for resolving smart contract disputes, making it imperative to invent the future”¹³, and this is exactly the purpose of the following clause. The combined use of ML Algorithms and blockchain can be used to constitute an intelligent contractual clause capable of resolving commercial disputes in an automated manner. This type of ADR clause could be inserted in a Ethereum smart contract. Specifically, this clause has been designed in consideration of the fact that in the near future, a combined use of AI and blockchain could be used to optimize conflict resolution. “Both system could work together as a whole for the benefit of solving disputes faster and in a safer way as they could both complement each other”¹⁴.

Suppose two parties, A and B, have a trade transaction through a smart contract. B is the buyer, while A is the owner of the contract. B starts a first transaction, sending an amount of ether to the contract in exchange of a service provided by A. However, the buyer, after having paid, is not satisfied by the service. B can interact again with the original contract through a second transaction, activating a specific function which starts the mediation clause, implemented in a second smart contract. The clause process can be divided into four steps:

¹² A.J. SCHMITZ, R. COLIN (2019), *Online Dispute Resolution for Smart Contracts*, *Journal of Dispute Resolution* 103, pp. 104-125.

¹³ *Op. ult. cit.*

¹⁴ A.D. Negruzti (2019), *Artificial Intelligence and Blockchain usage for dispute resolution*, Faculty of Law Lund University. p. 28.

Capital Freeze: once the clause contract has been activated, it automatically “steals” from both users a sum, which represents a fraction of the value of the first transaction. A and B can’t put their hands on this sum until the end of the dispute. This step is necessary because it avoids the seller A to escape with the quantity of ether sent by B, and at the same time B will have to think twice before activating the clause, since it also blocks part of its balance.

Chatbot Communication: after the first step has been performed, chatbots, and so Artificial Intelligence, come into play. Chatbots have been already implemented together with the Ethereum blockchain and they can be used to perform a list of predetermined questions to the two parts, in order to acquire more information about the dispute. More advanced chatbots also could be programmed with the ability to learn over time. This means that the more they interact with humans, so the higher the number of disputes, the smarter they become.

Preparation of the dataset: the chatbot sends the collected information to a database. Of course, the size of the dataset is expected to grow over time, as the number of disputes will certainly goes up. This dataset will then be saved on the blockchain, so that it can be accessed by anyone in a decentralized fashion. However, the size of a dataset is certainly too big to be saved reliably on an Ethereum block. To prevent this problem, we propose to save this dataset on the IPFS. In this way, on the blockchain we save the digest of the dataset, which can be easily inserted in a block. Every time the chatbot acquires informations about a new dispute, the hash is saved again on the blockchain, in order to provide in any moment the latest version to all the interested users.

Use of ML algorithms to provide a negotiation agreement: in the last step, ML algorithms could be performed on the informations previously collected on the dataset, in order to define “*ad hoc*” an agreement for the parties that is highly likely to be accepted. However, at least at first, we have to be careful, since blockchain data are not enough to build a reliable algorithm. We could train the algorithm on older data, collected by previous disputes which are not blockchain related. Of course, it is expected to get better negotiation agreements as the time passes, since ML algorithms perform better when the number of data is higher. After a while, when the network is sufficiently big, the

starting dataset could be discarded and the ML methods could be performed only on blockchain disputes. The algorithm can be put available online as an open source program, so that everyone can adjust the code, if necessary. When the negotiation is concluded and the dispute is resolved, the frozen funds are sent back to the two users.

3. *Overcoming the legal challenges of smart contracts through the maintenance of win-win relationships.* – As previously mentioned, the underlying problem that characterizes this specific type of disputes is the lack of a clear system of rules for smart contracts. This “grey area” of law opens up problems of a jurisprudential nature. It is possible to recognize how the intrinsic characteristics of mediation make this tool express its full potential in the blockchain context characterized by many legal aspects still uncertain. For this reason there is a strong need to invest in forms of virtual mediation.

In adjudicative methods there is a third person (Arbitrator or a judge) who impartially proposes a solution to the conflict. However, it is well known that very often one of the parties does not agree with the decision imposed on him and is therefore inclined to not respect it. Only at this moment a series of jurisprudential questions arise on how to keep intact the rule of the law ensuring that no one can escape the Impositive Power in a discretionary manner.

Only when a party decides to evade a decision, problems arise with the anonymity of the parties, identification of jurisdiction and enforcement of agreements born in the world of blockchain¹⁵.

However, if we give priority to non adjudicative methods such as facilitative mediation, where the solution is not imposed by a third party but the conflict parties jointly reach a meeting point, we would postpone the problems of legal certainty through the maintenance of win-win relationships. Fisher and Ury¹⁶ demonstrated

¹⁵ See J. GRIMMELMANN (2019), *All smart contracts are ambiguous*. *Journal of Law & Innovation*.

¹⁶ See R. FISHER, W. URY (1981), *Getting to Yes: How To Negotiate Without Giving In*. Houghton Mifflin, Boston, Massachusetts, Penguin Group.

how “win-win” agreements were optimal for maintaining connections between commercial parties. Especially in an environment still as legally uncertain as the blockchain, mediation should be promoted to guarantee the highest possible number of win-win relations and to preserve the safety of smart contracts growing market pending an uniform and generalized legal regulation.

The use of an intelligent mediation clause would overcome the legal problem of users’ anonymity on blockchain. Specifically, “smart contracts on a blockchain are generally anonymous, and become even more anonymous when they use cryptocurrencies that make it nearly impossible to discover identities of the parties or their computers”¹⁷. Smart contracts operate in a so-called “no trust environment” where the parties meet virtually without exposing their identity. The legal incompatibility of anonymity in this type of contract lies in the fact that in some jurisdictions, in order to make a contract, it is necessary to have an identity.

Considering that “traditional litigation fails to address smart contracts’ need for remedies that preserve anonymity and fit within the blockchain”¹⁸, and also considering that “courts and traditional processes simply will not work for resolving smart contract disputes”, mediation (in virtual format) is a tool that allows to reach an agreement even between subjects who do not know their identity, obviously within the limits in which they respect the reached mediation agreement, but clearly it is much easier to respect something chosen by mutual agreement rather than an imposition of a judge.

The anonymity issue is directly related to a second problem of jurisdiction and applicable governing law¹⁹, in fact “without knowing the identity and domicile of the parties, courts are una-

¹⁷ A.J. SCHMITZ, R. COLIN (2019), “Online Dispute Resolution for Smart Contracts”, *Journal of Dispute Resolution* 103, pp. 104-125.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ J. ROGERS, H. JONES-FENLEIGH, A. SANITT (2017), *Arbitrating Smart Contract disputes. Negotiation and drafting considerations*. Available at: <https://www.nortonrosefulbright.com/-/media/files/nrf/nrfweb/imported/20170925—international-arbitration-report—issue-9.pdf?la=en-fr&revision=>. last accessed [21.03.2020].

ble to establish jurisdiction using traditional rules based on minimum contacts or physical presence²⁰. This problem is rising “jurisdictional questions, especially in light of the difficulty of reconciling the decentralized nature of the blockchain with the territorial approach whereby jurisdiction is typically allocated among national courts”²¹. In this case, mediation is also a tool specifically established to settle disputes between parties from different jurisdictions. The *Directive 2008/52/EC* is the representation of how mediation is useful for cross-border disputes.

A further problem is that the enforcement of the contract cannot be guaranteed²². Although some states have begun to provide regulations for the execution of this type of agreement, the international scene is lacking in regulations. However, even if it were possible to bring the case in front of a judge to make the contract enforceable, “it would be difficult for a court to interpret a smart contract, because the code is written to be understood by programmers, not lawyers and judges”²³. Adapting the judiciary to these requirements will take considerable time, while mediation could make smart contracts extremely effective regardless of these issues. Pending common legislation in this area, the application of artificial intelligence would make up for the lack of a generalized enforcement system by providing an efficient conflict resolution service that could lead to the use of smart contracts on a large scale regardless of the individual national regulations.

4. *Conclusion.* – An automated conflict resolution structure with the help of artificial intelligence would be an element that would allow to highlight the full potential of smart contracts as

²⁰ A.J. SCHMITZ, R. COLIN (2019), *Online Dispute Resolution for Smart Contracts*, *Journal of Dispute Resolution* 103. pp. 104-125.

²¹ P. ORTOLANI (2019), *The impact of blockchain technologies and smart contracts on dispute resolution: arbitration and court litigation at the crossroads*. *Uniform Law Review*, vol. 24, Issue 2, pp. 430-448.

²² L. PAROLA, P. MERATI, G. GAVOTTI (2018), *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte. I contratti: rivista di dottrina e giurisprudenza*, A. 26 n. 6, pp. 681-688.

²³ A.J. SCHMITZ, R. COLIN (2019), *Online Dispute Resolution for Smart Contracts*, *Journal of Dispute Resolution* 103. pp. 104-125.

tools for fast and secure business transactions. But above all, it would allow to give “credibility” to this instrument not yet widely used, guaranteeing in any case an alternative way to assert parties’ rights through the use of ODR.

The caseload of disputes arising from smart contracts will necessarily be much higher than those of traditional contracts. The reason for this is that the cause of the dispute may concern (in addition to the simple non contractual performance of one of the two parties) the coding and content of smart contracts. Specifically, a study carried out in 2018 showed that the “analysis of nearly one million contracts flags, 34,200 (2,365 distinct) contracts [were] vulnerable, in 10 seconds per contract”²⁴. The dissatisfaction of the parties is due to the fact that the smart contract not only does what it is intended to do (assuming a correct codification and therefore a faithful transposition of the will of the parties in the form of a computer code) but also does something unexpected by the parties: “a party will seek redress when an adverse outcome they subjectively ascribe a low (or no) probability of occurring actually happens, and the outcome has a large negative effect on the stock of that party’s tangible assets”²⁵.

Such a large number of disputes will require tools that can adapt to these numbers. Taking up the concept of Professor Sander of Harvard University, mediation is certainly an excellent “screening process” that allows a quick solution in all those cases where the conflict arises from an error in the code despite the will of the parties is correct. In these cases, mediation would immediately allow remedies to occasional errors of form and programming, without having to clog the courts with minor cases.

²⁴ N. IVICA, K. AASHISH, S. ILYA, S. PRATEEK, H. AQUINAS (2018), *Finding The Greedy, Prodigal, and Suicidal Contracts at Scale*. In *Proceedings of the 34th Annual Computer Security Applications Conference (ACSAC '18)*. Association for Computing Machinery, New York, NY, USA, pp. 653-663.

²⁵ J. SHORISH (2017), *Enabling Trust on the Blockchain*. Shorishresearch, available at: https://shorishresearch.com/wp-content/uploads/2017/11/shorish_research_wp_2017b.pdf, last accessed [22.11.2019]?

ARMANDO CASTANEDO ABAY*

PERSPECTIVA DE CAPACITACIÓN A LAS NUEVAS GENERACIONES DE PROFESIONALES EN MEDIACIÓN Y CULTURA DE PAZ

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Contextualización del escenario. Orientación de las propuestas. 3. La pertinencia de la necesidad de modificación de paradigmas en la gestión de los conflictos de la sociedad. - 4. La tríada básica y el condimento esencial. - 5. El nuevo pacto social: la educación en mediación, por la cultura de la paz. - 6. El cambio subjetivo en los capacitados en mediación. el ajuste de paradigmas y conceptos a través del prisma de los valores. - 7. La lógica de los paradigmas dialécticos propuestos, desde la perspectiva de la enseñanza de la mediación. - 8. Desde la escuela de negociación harvariana hasta Sherlock Holmes. - 9. Conclusiones.

1. *Introducción.* – Llega su hijo a casa, luego de un día de escuela y le comenta: “Pepito me dio una bofetada, en medio del parque, delante de todos y me dejó esta marca en la cara”. Diga: ¿cuál es su primera reacción?; ¿qué le domina, la pasión o la razón?; ¿qué proverbio le serviría para “educar a su hijo” en esa especial circunstancia?; ¿sería algo así como la Ley del Talión (diente por diente y ojo por ojo?; ¿se recordaría de Gandhi cuando mencionó que de esa forma nos quedaríamos ciegos todos y no podría masticar ninguno? Si responde a esta pregunta con los consabidos paradigmas, con lo que “todos sabemos”, con la “reacción normal”, como “debe hacer todo padre con su hijo en similar situación”, pues entonces lea este artículo, quizás modifique algo su percepción del tema; si ofrece respuestas distintas, también hágalo y, entonces, considérese coautor de lo que crea adecuado en el mismo, de hecho, está a bordo de la cruzada por el cambio de paradigmas en la solución de conflictos humanos en el siglo XXI. Luego de una primera reacción del

* Profesor en la Universidad de la Habana.

caso mencionado, cuando la razón se impone, muchos veremos con claridad que pueden existir otras alternativas que enviar a nuestro hijo a “la guerra” y que “la guerra”, frente a “la guerra”, lo que genera es más “guerra”. En consecuencia, nos percatamos que hemos vivido veinte siglos intentando cambiar los paradigmas que se convierten en ideales imaginarios reactivos – como la respuesta del padre al niño – sin ocuparnos en diseñar un vehículo que entronice los valores necesarios de la tolerancia y la comprensión humana. La presente proposición, presenta el conjunto de valores que se transmiten por el docente e incorporan por el capacitado en el proceso de enseñanza aprendizaje de la mediación – por demás un método autocompositivo de prevención, gestión y solución de conflictos – como el eslabón perdido que, a través de un deuteroprendizaje, podría conducir al cambio de paradigmas en el tratamiento de las controversias personales, familiares, laborales, comerciales, gerenciales, laborales y otras – en el contexto de la aldea global en que habitamos – desde la perspectiva de la cultura de la paz.

2. Contextualización del escenario. Orientación de las propuestas. – La capacitación a los estudiantes universitarios en cursos de mediación de conflictos parte de la necesidad de las condiciones preexistentes en cualquier sociedad en la cual sus conflictos se diriman a través de métodos adversariales como son los que se adscriben al sistema de tribunales como inveterado sistema de gestionar las contradicciones que se producen en las relaciones sociales de un determinado país. Generalmente esos métodos adversariales de solución de controversias funcionan bajo el mando de la fórmula ganar perder, es decir, una de las partes interesadas en la gestión de su conflicto sale perdiendo y la otra ganando. La idea con la capacitación de las nuevas generaciones de profesionales es que en su formación añadan el componente de solución pacífica de conflictos y en donde quiera que se encuentren, puedan ejercer una influencia positiva en tal sentido, tengan herramientas para lidiar con la conflictividad que les rodea convirtiéndose en integrales gestores de solución de problemas que retardan, en el mejor de los casos, su quehacer profesional y el de los otros que le rodean. Las propuestas van orientadas a la formación

de los estudiantes universitarios los cuales oscilan entre 19 y 26 años de edad por el correlato de esta etapa con la madurez interrelacional y la proyección de futuro que maneja desde lo profesional. Por supuesto que no es sólo la Universidad o escuela en sentido general el único vórtice de contenido de estas propuestas, pero en este caso lo hemos analizado desde este ámbito debido a la cercanía con el mundo profesional de los jóvenes.

3. La pertinencia de la necesidad de modificación de paradigmas en la gestión de los conflictos de la sociedad. – Los paradigmas, esos metaconceptos que preconiben nuestra conducta, han llegado a instalarse en nuestra vida diaria por una multiplicidad de canales, pero la vía más efectiva ha sido la educación como sistema, desde la cuna, la familia, la comunidad, el contexto, las circunstancias, las experiencias, la cultura y, evidentemente, han determinado en mucho los valores que acompañan el desarrollo humano. Desde el construccionismo social sistémico – una de las teorías que han tenido mayor difusión y de aceptación en los últimos tiempos por la amplia gama de mecanismos demostrativos con los que cuenta – se fundamenta, en primer orden, la necesidad de modificar los paradigmas y conceptualizaciones que impiden adaptar la conducta humana a nuevas realidades desde nuevas certezas. En segundo orden, la modificación se apoya en lo imprescindible que resulta encontrar un equilibrio en la incertidumbre generada por un mundo evolucionando de modo emergente y, por tanto, caldo de cultivo de un nuevo tipo de conflictividad que, en todo caso, resulta de mayor complejidad. La nueva conflictividad en la era de la revolución tecnológica, requiere de un repensar los itinerarios a seguir en la prevención, gestión y solución de los conflictos desde una nueva perspectiva: su productividad relacional. En este escenario se coloca la mediación y sus valores movilizadores, pues manejar creativamente el abordaje y gestión de los conflictos genera recursos de inteligibilidad que permiten un pensamiento amplio en su horizontalidad en el que las alternativas resultan ser lo común y lo natural. La referida transformación conduce a desplegar en toda su capacidad la herramienta de lo metacognitivo por el mediador. De esta manera se le prepara para utilizar “modelos no lineales que privilegien,

la creatividad, el aprendizaje, la oportunidad y las posibilidades emergentes por sobre la discusión, el poder y la competencia o la negociación centrada solo en intereses. Un profesional con formación metacognitiva, no está limitado por su experiencia previa, sino que opera apoyándose más en principios que en reglas y eludiendo los modelos rigurosamente lineales de la práctica” (Fried Schnitman, 2000: 15-16). Por este camino, el capacitado en mediación, llega a incorporar un nuevo enfoque del conflicto, que construye el nuevo paradigma de enfocar “no sólo las emociones, intenciones y creencias de los participantes (en el proceso de mediación o en un sistema dialógico de la vida diaria) – o sus intereses –, sino los dominios simbólicos, narrativos y dialógicos como el medio en que se construyen y transforman significados y prácticas y surgen identidades, mundos sociales y relaciones emergentes” (Fried Schnitman, 2000: 15-16).

4. *La tríada básica y el condimento esencial.* – La tríada que guía la lógica de la presente propuesta, a saber: el medio o herramienta, el vehículo y la finalidad, se refiere al proceso de mediación de conflictos como el primero – el medio o herramienta –, al proceso enseñanza-aprendizaje-apropiación como el segundo – el vehículo –, y a la interacción con nuevos paradigmas en relación con los que han gobernado la conducta humana hasta hoy, como la tercera: la finalidad. La cualidad de endémicas y propulsoras del desarrollo social, en última instancia, de las controversias que se producen bajo los cánones de la existencia humana, conduce inexorablemente, a la búsqueda del equilibrio de la relación social, a partir de una perspectiva nueva acerca del conflicto que se despega de sus consabidas “cualidades desbastadoras y lo analiza como una oportunidad de crecimiento, desarrollo y profundización de la relación interpersonal consustancial al mismo. Más allá de las diferencias de los principales representantes en la sistemática doctrinal de la mediación como herramienta que opera en la construcción día a día de cultura de la paz, hay algo en común en ellos. La generalidad de los autores coincide en que “las orientaciones de los mediadores, sus concepciones explícitas o implícitas del conflicto, la justicia y la moral (Little John, Shailor y Pearce), su inclinación ideológica subyacente y sus creencias so-

bre la naturaleza y el uso de la resolución de problemas (Folger y Bush), sus ideas acerca de cuáles son los relatos creíbles (Cobb), la selección del lenguaje para influir en las percepciones de su propia credibilidad y orientación (Tracy y Spradlin) son factores que contribuyen a determinar de qué modo se despliega en última instancia el conflicto dentro de la mediación (Folger y Jones, 1997: 305). Afirma la sabiduría popular que la vida no es compleja, sino que la convertimos en tal los propios seres humanos generadores de los conflictos en medio de nuestro contexto social. Todo lo de cierto que pueda tener tal categórica afirmación, funciona cual paradoja, pues poco tiene de determinante la simple y circunstancial voluntad humana en la aparición de tal complejidad como sustrato fértil de la conflictividad, sino que está determinada por las combinaciones binarias promovidas por los paradigmas que hoy nos movilizan y determinan nuestra conducta. Las paridades y equidistancia de conceptos como blanco-negro; claro-oscuro; bueno-malo, conducen a la percepción humana a entrar en el camino lineal “de túnel” y la alejan del pensamiento lateral y complejo de la diversidad en la unidad que es realmente lo que necesita el enfoque de la sociedad para analizar sus contradicciones y conflictos. Se trata, con toda claridad, de un paradigma; él determina los conceptos soberanos y prescribe la acción lógica: la disyunción. La no obediencia a esta disyunción sólo puede ser clandestina, marginada, desviada” (Morin Edgar, 1999: 29-30). Lejos de lo ilusorio y falaz que pudiese resultar sanear el nivel de conflictividad con que ha nacido el siglo XXI, con los mismos paradigmas programáticos de los veinte siglos anteriores, estamos proponiendo un nuevo “pacto social” que genere novedosos paradigmas desde los cuales el ser humano pueda extraer lo inédito de lo emergente que invade a las nuevas relaciones sociales en cualquiera de sus campos y lo haga percibir la complejidad como un amplio abanico de opciones a partir del desarrollo de su pensamiento lateral, frente al acotado pensamiento de túnel que ha gobernado un alto por ciento de relaciones humanas e interrelaciones sociales hasta hoy.

5. El nuevo pacto social: la educación en mediación, por la cultura de la paz. – Lo natural en la dinámica y la dialéctica de la

especie humana frente al cambio, que se ha convertido también en un paradigma, en este caso desmovilizador, es el recelo y la resistencia; por ello necesita de un instrumento eficaz que allane al camino para poderse producir. La educación juega ese rol en el tema al cual nos estamos refiriendo y, dentro de ella, la enseñanza de los métodos autocompositivos de resolución de conflictos, fundamentalmente la mediación. La gran variedad, la cosmovisión, la interdisciplinariedad y la transdisciplinariedad que componen y reflejan los valores que se aprehenden en el proceso enseñanza-aprendizaje de los procesos de mediación de conflictos demuestran su elevada utilidad y eficacia para el capacitado, de tal forma que los hace suyos para toda la vida convirtiéndose, de hecho, en un vector y factor de crecimiento de la cultura de la paz de incidencia directa en la sociedad en general. La vía del convencimiento teórico y doctrinal acerca de la necesidad de modificar los patrones paradigmáticos de la manera que tenemos de resolver nuestras diferencias probablemente, en el mejor de los casos, sea un buen intento. Sin embargo, el sistema de gestión de nuestros conflictos que seamos capaces de crear, que demuestre de manera fehaciente la utilidad y eficacia para las diferentes perspectivas de vida en sociedad, se podría convertir en catalizador de la convivencia pacífica de la especie humana.

6. El cambio subjetivo en los capacitados en mediación. el ajuste de paradigmas y conceptos a través del prisma de los valores.
– En conversaciones con muchos de los que se matriculan en las diferentes capacitaciones en mediación, es posible percatarse de que, generalmente, se acercan a sus diversas materias a partir de una frustración no solucionada hasta el momento. Dicen haberlo intentado todo en varias “mediaciones” familiares, laborales, gerenciales o alguna otra y creen mucho más en la imposibilidad que en la posibilidad de un alto por ciento de efectividad del proceso que están a punto de comenzar a aprender. El docente, instructor o entrenador debe entonces reconstruir esa formación gnoseológica desde la mayéutica socrática haciendo preguntas circulares para que se vayan construyendo nuevas construcciones que den al traste con lo que se

puede haber convertido en registros inconscientes de tales pasadas experiencias y no sean trasladadas a las nuevas. Para que se percaten de ello, en la práctica, al enseñar mediación, desde la perspectiva planteada, es muy efectivo el juego didáctico del espejo. Ponemos un espejo frente a la persona, le preguntamos ¿qué ves?; luego le decimos que considere el espejo como un cristal y le volvemos a preguntar ¿qué ves? En un alto por ciento de los casos, le resulta más sencillo decir lo que ve a través del espejo que lo que ve a través del cristal. De esta manera analizamos la percepción personal del mediador desde el “yo” y desde “el otro” para enseñar algunas técnicas como asertividad, empatía y legitimación. Como parte esencial del proceso, queda como resultado un traslado de la prioridad de la proyección de la conducta personal autorregulada, por una regulación bipartita, en la cual la prioridad pasa a ser la comprensión del interlocutor. Es decir, se dice o se hace para hacerlo comprender y que se comprenda, o lo que es lo mismo, aprender a ubicarnos en los zapatos del otro.

7. La lógica de los paradigmas dialécticos propuestos, desde la perspectiva de la enseñanza de la mediación. – Nacidos en el contexto de los valores que propugna la mediación y su enseñanza para irlos anclando, no sólo en los mediadores, sino en todas las personas y las sociedades, los paradigmas dialécticos y las conceptualizaciones a los cuales nos referíamos al mencionar la necesaria capacidad de los mismos de adaptarse a las circunstancias y convertirse en pertinentes horizontes de la conducta y la acción humana, y que constituyen el objeto que transita por la tríada esencial de la presente propuesta¹, pueden ser esbozados de la siguiente manera:

- La diferencia como multiplicidad.
- Lo complejo como abanico de opciones.
- El diálogo como intercambio significativo.

¹ Recordemos que la tríada se refiere al proceso de mediación de conflictos como el primero – el medio o herramienta –; al proceso enseñanza-aprendizaje-apropiación como el segundo – el vehículo –; y a la interacción con nuevos paradigmas en relación con los que han gobernado la conducta humana hasta hoy, como la tercera – la finalidad –.

- El enfoque del discurso desde lo metacognitivo.
- La contradicción como oportunidad de tolerancia.
- La pertinencia de la conceptualización.
- Sentidos y significados co-construidos.
- El lenguaje construye al mundo, no lo representa.
- Encontrar lo inédito en el discurso emergente.
- Neutralidad como multipartialidad.
- Lo alternativo que sea la confrontación judicial.
- La asertividad como presupuesto del diálogo.

8. *Desde la escuela de negociación harvariana hasta Sherlock Holmes.* – Distinguidos también de la estructura e influencia de los tradicionales paradigmas, estos, que hemos dado en llamar los paradigmas dialécticos de la mediación, se insertan en una especie de mezcla de los modelos asociativo cognitivo², transformativo³, circular narrativo⁴, estratégico⁵, bajo las directrices generales del modelo generativo⁶. “Nosotros debemos cultivar la intuición para anticipar cambios antes que ellos ocurran; empatía para entender lo que no puede ser claramente aceptado; sabiduría para ver las conexiones de los hechos que aparentemente no están relacionados, y creatividad para descubrir nuevas formas de definir problemas, y manejar nuevas reglas que permitan adaptarse a lo inesperado” (Csikszentmihai, 1996: 17). Las enormes posibilidades generativas del diálogo en un proceso de mediación, organizado sobre la base de los referidos paradigmas dialécticos, sus valores emergentes y su rol como constructor de realidades, ofrecen las herramientas para alcanzar avances desde lo real hacia lo posible en la relación conflictual de que se trate. Para alcanzar un paso más de lo posible y convertirse en lo po-

² De la escuela de Sonora con sus figuras exponentes: Jorge Pesqueira y Silvia Sallard

³ De Joseph Folger y Barusch Busch, desarrollado en su obra “The promise of mediation”.

⁴ De Sara Cobb y Carlos Slutzky, con su tratamiento esencial de los espacios liminales en mediación

⁵ De Rubén Calcaterra.

⁶ De Dora Fried Scnitman y Jorge Scnitman.

sible real, el sistema utiliza el valor de la *comprensión* en el diálogo a través de cuatro movimientos en el mismo:

1. Al crear posibilidades inéditas en la exploración activa de las zonas de contacto y los enlaces como nuevos territorios en el diálogo. Es decir, cuando se llega a la llamada instancia dialógica de acción coordinada.
2. Al incrementar las habilidades de los participantes para trabajar con lo emergente.
3. Al facilitar la creación dialógica con estructuras cognitivas y constructivas aptas para organizar nuevos significados, relaciones y prácticas para trabajar con las posibilidades emergentes y co-construir lo inédito.
4. Al construirse en los participantes, de cómo proactivo y co-participativo, futuros posibles incluyentes (Schnitman, Fried, Schnitman, Jorge, 2000: 37).

¿Cuál es la modificación del paradigma?; ¿Cuál es, en este caso, el paradigma dialéctico nuevo?

Pues dar un paso más allá del sistema de resolución directa de problemas, para entronizar la *indagación apreciativa*.

Esta indagación apreciativa tiende a ir desvaneciendo el paradigma de lo controversial en los conflictos y traslada a estos a una mirada más de reto y de despliegue de resortes que ayudan a la vida en sociedad a tratar sus controversias de un modo más civilizado que la confrontación y a encontrar en la conflictividad una oportunidad de crecimiento en las relaciones interpersonales. Desde este escenario se busca un nuevo entretejido social que desarrolle las habilidades de dialogar bajo la fórmula de ganar-ganar en vez de contender bajo la fórmula de ganar-perder.

A la perspectiva generativa se le podría añadir, como complemento, el concepto de *abducción* para llegar a generar el de *inferencia explicativa* de la generación de lo inédito en el discurso emergente que es, en definitiva, su sustancia y representa el núcleo duro de su construcción. O lo que es lo mismo, obtener nuevos significados emergidos de la mediación, entrelazarlos y abrir el abanico de opciones a partir de la intrínseca complejidad del proceso. Charles S. Pearce, el padre de la semiótica moderna, llama abducción a la operación que se emplea en aquellos ca-

sos en que se persiguen los orígenes o motivos ocultos de unos resultados que tenemos a la vista y que por cualquier motivo llaman nuestra atención, y la que incluye dentro de las operaciones lógicas junto con la deducción y la inducción. Sólo que es la única de las tres que deriva en una *creación o idea nueva*, no contenida en las premisas (Aréchaga, Brandoni y Finkelstein, 2004: 146). Para Umberto Eco y Thomas Sebeok en *El signo de los tres*, la habilidad de la abducción fue lo que hizo famoso al gran personaje de todos los tiempos, Sherlock Holmes. “Lo que hace Sherlock Holmes en sus llamadas deducciones no es tanto sacar inferencias explícitas de premisas explícitas. Con frecuencia extrae de una masa enorme de información de fondo no asimilada, las premisas adicionales pertinentes, por encima y al margen de las que se hubieran anunciado como tales... la tarea crucial de un lógico holmesiano no es tanto realizar deducciones lógicas, como extraer o hacer explícita la información tácita; tarea ignorada por casi todas las exposiciones filosóficas del razonamiento lógico, de la heurística deductiva y de la metodología de la lógica y de la matemática” (Eco, Humberto y Sebeok, 1989: 34). Por tanto, el nuevo pacto social nos podría conducir a sociedades más uniformes en la forma en que estas tratan sus conflictos y controversias, a una donde el tejido social sea más sólido gracias a que cuenta con herramientas de diálogo importantes para salvar sus inconsistencias como sociedad y, por otro lado, una sociedad que tienda a crecer cada día más en su dimensión de civilidad.

9. *Conclusiones.* – La enseñanza de la mediación hacia la cultura de la paz, como modo de nuevo pacto social por el cual la sociedad encarga la resolución pacífica de las controversias que en ella se generan, pasa por un itinerario donde encuentra la modificación de los paradigmas generadores de enfrentamientos apasionados por unos nuevos con las características de ser dialécticos y ajustables a la resolución de controversias de donde emergen valores humanos contextualizados en una realidad compleja llena de opciones y pensamiento lateral donde emerge lo inédito como alternativa de futuro. Evidentemente, insertar la resolución alternativa de conflictos, el traslado de su

perspectiva de productividad bajo los cánones de la comprensión y la confraternidad construidas en solidaridad humana en los sistemas educacionales, potenciará lo emergente de los valores humanos en toda la sociedad como parte integrante de una misma especie, superándose la desigualdad con la equidad. El sistema al cual nos hemos referido y que conjuga las inferencias explicativas generando resignificación dialógica y abducción debeladora y creativa de nuevas ideas, coloca al conflicto en un nivel de productividad y oportunidad y lo enmarca en lo pertinente desde la perspectiva de desarrollo de la relación interpersonal en la cual se generó y por tanto sana las relaciones interpersonales a nivel social. La modificación de los paradigmas que hasta el momento han encausado la conducta humana y, especialmente, aquellos referidos a la prevención, gestión y solución de conflictos, preparan el terreno para a través de metodologías novedosas cultivar la pacificación de las sociedades modernas. Esta manera de repensar la conflictividad humana desde sus potencialidades intrínsecas, se inserta en la multidiversidad y en lo especialmente rica de la realidad a escala social; por ello representa una magnífica oportunidad de construir, a través de ella, la cultura de la paz.

Bibliografía

- P. ARÉCHAGA, F. BRANDONI, A. FINKELSTEIN (2004), *Acerca de la clínica de Mediación*, colección Visión compartida, librería histórica, Emilio J. Perrot.
- T. BECKER (1986), *Conflict and paradox in the new american mediation movement: status quo and social transformation*. The family advocate, ABA, California.
- B. BLAUSTONE (1992), *Training the modern lawyer: incorporating the study of mediation into regular law school courses*, CUNY.
- A. CALCATARRA, RUBÉN (2003), *El modelo estratégico de mediación. Supuestos y fundamentos*. Mediadores en Red. @ Revista, Año 1, n° 3.
- A. CASTANEDO ABAY (2001), *Mediación. Una alternativa para la solución de conflictos*. Colegio Nacional de Ciencias Jurídicas y Sociales, Título n° 1 de la colección, Sonora, México.

Armando Castanedo Abay

- K. CLOKE (1987), *La mediación y la sociedad socialista*. Centro de solución de conflictos. Santa Mónica, California.
- M. CSIKSZENTMIHALYI (1996), *Creativity: Flow and the Psychology of Discovery and Invention*, New York, Harper Collins.
- B. FOLGER JOSEPH, P AND ROBERT (1994), *The promise of mediation. Responding to conflict through empowerment and recognition*, Jossey Blass Publishers, San Francisco, pp. 59-91.
- T. FOLGER, J. JONES (1997), *Nuevas direcciones en Mediación. Investigación y perspectivas comunicacionales*, Paidós, Buenos Aires.
- S.D. FRIED (2000), *Prefacio de la obra: Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos, perspectivas y prácticas*, Granica.
- P. LEDERACH JOHN (1989), *Beyond prescription. New lenses for conflict resolution. Training across cultures*, CUNY.
- E. MORÍN (1999), *Los 7 saberes necesarios para la educación del futuro*, UNESCO.
- B. MULDOON (1998), *El corazón del conflicto*. 1ra edición, editorial Paidós Ibérica S.A. España.
- J. NARRO ROBLES, J. Moctezuma barragán (1992), *La seguridad social y el Estado moderno*, compilación, México.
- V. NICOLAEVICHK (1980), *Introducción a la psicología social marxista*, Editora política, La Habana.

EUGENIO PIZARRO MORENO*

EL GASTO EXTRAORDINARIO EN LA PENSIÓN DE ALIMENTOS: JURISPRUDENCIA Y SUSCEPTIBILIDAD DE MEDIACIÓN

SUMARIO: 1. Introducción. Ideas básicas. - 2. Debate universal: la sombra del gasto extraordinario es alargada. - 2.1. Viabilidad del establecimiento de un *numerus clausus*. - 2.2. Procedimiento para su reclamación. - 3. La mediación entra en escena. - 4. Conclusiones, *de lege ferenda*.

1. *Introducción. Ideas básicas.* – En no pocas ocasiones, el arte de resolver los problemas es el arte de delimitarlos. Algo así podría decirse de los gastos extraordinarios; hay pocas dudas jurídicas sobre ellos, como no sean las que se derivan del debate previo sobre qué concepto tiene o no la consideración de alimento extraordinario.

Suele ser un asunto conflictivo en su origen, desde su nacimiento, ya que la eventualidad del propio gasto es generada por un conflicto anterior: la ruptura de las parejas y los consecuentes problemas económico-familiares. La delicadeza de este asunto nace de su propia naturaleza, el *ámbito familiar*. Incluso el Tribunal Constitucional¹ ha entendido y contemplado el conflicto que nace entre los progenitores al respecto². En definitiva,

* Profesor de derecho en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

¹ La CE de 1978, en concreto, su art. 39.3 dice así: “*Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*”.

² Sentencia nº 185/2012 de Tribunal Constitucional, Pleno, 17 de Octubre de 2012: “...entiende el órgano judicial que el trasfondo del conflicto entre los progenitores puede tener su origen en la pretensión de uno de ellos de administrar las cantidades que aporta el otro, en lugar de asumir directamente ambos las cargas y gastos de sostenimiento del menor en tiempo compartido y de buscar soluciones de cooperación, y no de imposición, para los gastos extraordinarios u ordinarios de mayor importancia como los escolares”.

se trata de acordar o consensuar aquellas cantidades económicas cuyo fin es el de cubrir los gastos de los hijos que no entran en la clasificación de gastos ordinarios y que como se mantiene generalmente por la jurisprudencia, son considerados estos últimos incluidos en los llamados alimentos.

El CC en su art. 142, párrafo 1º, concreta la obligación alimenticia de los padres hacia los hijos en *“todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, cuidados sanitarios y asistencia médica...educación e instrucción”*, así como en afrontar *“los gastos de embarazo y parto”* (art. 142, párrafos 2º y 3º CC). Se observa por lo tanto que se parte de una obligación de los padres para con los hijos. Obligación que afecta a la economía familiar: gastos obligados y por tanto exigibles.

El problema, y su viabilidad para ser resuelto por la vía de las ADRs, se encuentra en el difícil encaje del conflicto con el momento procesal en que se produce: es decir, cuando la discusión sobre la necesidad – no suele cuestionarse que el pago deba hacerlo uno u otro excónyuge, sino si es oportuno realizarlo –, se plantea, es más que probable que nos encontremos ya en una fase donde el procedimiento de familia esté *“precluido”*, con lo que ello significa. Lo entrecomillamos precisamente porque a veces se trata de una quimera pensar que un conflicto de familia tiene fin reconocible. Por otra parte, se da una casuística tan extensa en Derecho de familia que suelen resolverse casos muy similares de manera antagónica³.

Es habitual que el progenitor custodio considere necesario cubrir además de las necesidades básicas otro tipo de necesidades para su desarrollo y crecimiento con independencia de que sean o no fundamentales. Nace aquí una escala de valores y de necesidades en la que las partes van a discrepar especialmente cuando entienden que los gastos que tienen obligación de abo-

³ Según la SAP de Guipúzcoa, de 5 de junio 1988, no puede jamás un gasto de ortodoncia ser clasificado como *“gasto ordinario”*. Sin embargo, la misma Audiencia, en sentencia de 16 de abril de 1998 (AC 1998, 495) considera el gasto en ortodoncia una auténtica necesidad que se impone, no ya por motivos estéticos sino por consideraciones sanitarias. Llegando ésta a legitimar a la madre de manera unilateral para – sin el consentimiento del padre –, adoptar la medida de su implantación con la obligación de contribución del padre para con estos gastos.

nar son superfluos o innecesarios. Ante el desacuerdo de las partes es jurisprudencia reiterada que sean los juzgados y tribunales los que diriman qué gasto debe ser considerado extraordinario y cuál no. Por ejemplo, una excursión del colegio a un zoológico puede ser considerado gasto necesario por uno de los cónyuges y por el otro ser considerado gasto innecesario o superfluo, tras la comparación con otros gastos más necesarios⁴.

Este conflicto parece tener un recorrido que, por más de ser conocido, no para de producirse en prácticamente todas las situaciones de custodia asistencial. Por ello, se haría necesario:

1. informar qué es y qué no es un gasto extraordinario, con carácter previo a la redacción del convenio;
2. introducirlo obligatoriamente y no obviarlo, ya que es más que seguro que aparezca;
3. sería recomendable, *de lege ferenda*, regular el concepto del propio gasto extraordinario y justificar su necesidad;
4. diferenciarlo del resto de gastos;
5. conocer el momento en el que el gasto se extingue o pasa a ser recurrente o en concepto similar – mutación del gasto –; etc.

Jurídicamente no es un término definido. Hay división de opiniones sobre su existencia y virtualidad: destaca la consideración de su no previsibilidad⁵. Otra jurisprudencia considera que son una parte de los alimentos sin más, sin mayor mención a que se trate de gastos independientes⁶.

Ello nos lleva a resaltar sus tres principales características: que sea necesario o imprescindible, que sea cuantificable por la naturaleza propia del gasto, que no sea periódico y a su vez, que sea imprevisible⁷.

⁴ I. APARICIO CAROL, *Análisis práctico de la pensión alimenticia de los hijos en el actual Código civil español: posibles soluciones para los pleitos de familia*, tesis doctoral presentada en Madrid, bajo la dirección de A. HERNÁNDEZ-DÍAZ, 2018.

⁵ SAP de Asturias de 24 de julio de 2009.

⁶ SAP nº 302/2011 de AP Granada, Sección 5ª, 8 de julio de julio.

⁷ Valga, por todas, la SAP nº 528/2013 de AP Cádiz, Sección 5ª, 23 de octubre, que manifiesta: *“En cuanto a los gastos extraordinarios entiende la Sala que su concreción, in genere, es imposible dada la riqueza lingüística tan in-*

2. *Debate universal: la sombra del gasto extraordinario es alargada.* – He escrito ya en muchas ocasiones que el Derecho es más una ciencia que de soluciones, que el conflicto sobre cómo repartir los bienes del finado se da en cualquier parte del *universus ius*, no así la solución, que presenta características propias en función del tipo de ordenamiento jurídico en el que nos encontremos. Pues bien, el debate en torno a los alimentos extra no escapa a esta consideración.

2.1. *Viabilidad del establecimiento de un numerus clausus.* – Como bien dice CAMPO IZQUIERDO⁸ se ha podido corroborar que en muchos convenios reguladores y en sentencias de procesos contenciosos se fija una relación, mediante una lista no cerrada, de qué gastos se pueden considerar como gastos extraordinarios por acuerdo de las partes o decisión judicial. No obstante, la mayoría de las Audiencias Provinciales son reacias a estas prácticas, y algunos jueces de instancia también... Esta controversia lleva a examinar cuáles pueden ser las razones que logren justificar una u otra postura:

1º Razones de economía procesal, pues hacer una relación ad exemplum de qué gastos se consideran como extraordinarios, sin necesidad de iniciar y tramitar un proceso o pieza separada al efecto, ayuda a pacificar las relaciones personales entre los progenitores que han dejado de convivir, y además abarata costes económicos y emocionales, no solo para las partes, sino también para el erario público. Hacer esa relación abierta evita que las partes litiguen sobre si el gasto es extraordinario o no (art. 766.4 LEC), pero no evita que se den y se puedan exigir los demás requisitos formales necesarios para poder reclamar al otro su participación, es decir: la notificación, el consentimiento tácito o expreso y la autorización judicial subsidiaria, alegando al efecto ante una

gente que encierra y las peculiares circunstancias de cada caso, imposibles de prever con carácter general. No obstante, sí pueden establecerse unos criterios mínimos, ad exemplum, de gastos extraordinarios no suntuarios que por no ser ordinarios (alimentación, vestido, gastos escolares mensuales), pueden servir de orientación...”.

⁸ Á.L. CAMPO IZQUIERDO, *Los gastos extraordinarios*, Tribuna, consultado online a fecha de 10.09.2018.

demanda ejecutiva abuso de derecho (Sentencia de AP Girona de 3 de septiembre de 2008; EDJ 2008/267409, y el Auto de AP Madrid de 1 de junio de 2007; EDJ 2007/170693).

2º Principio de autonomía de la voluntad. ...Es imposible predecir de antemano qué gastos van a poder ser considerados como extraordinarios o no, en base a que entre sus características está la imprevisibilidad y su no periodicidad..., pues ello choca contra la posibilidad de los progenitores de llegar a acuerdos en beneficio de los menores.

3º Por último, resulta paradójico que muchos jueces o Audiencias que son contrarios a realizar esa lista a título de ejemplo, sobre la base de que estos gastos están integrados por conceptos muy variados por lo que se debe resolver el caso concreto sin que sea bueno hacer una lista cerrada de los mismos, ni siquiera a título de ejemplo, en cambio no ponen trabas a que los convenios y resoluciones judiciales califiquen inicialmente como extraordinarios aquellos gastos sanitarios, intervenciones quirúrgicas, tratamientos dentales u ópticos no cubiertos por la Seguridad social o seguros privados, lo cual no deja de ser una forma de hacer una especie de lista o enumeración de gastos (Sentencias de AP Madrid de 25 de marzo de 2011; EDJ 2011/72476, y de AP Barcelona de 15 de febrero de 2011; EDJ 2011/89130). Pueden verse también al respecto las Sentencias de AP Granada de 27 de enero de 2012 (EDJ 2012/16564), de AP Madrid de 13 de octubre de 2011 (EDJ 2011/249994), entre otras muchas.

Por todo ello, y como conclusión – termina diciendo CAMPO IZQUIERDO, cit. – entiendo que no se debe poner trabas a los progenitores para que, de mutuo acuerdo, fijen mediante una lista abierta qué gastos en abstracto se deben considerar como extraordinarios y cuáles no. Y ello sin perjuicio de que, a la hora de reclamar al otro su participación, se deban valorar si concurren los demás requisitos formales que generan la obligación de su pago, dejando abierta la puerta para la reclamación de aquellos gastos extraordinarios que puedan surgir en el futuro y que no hayan sido previstos en esa lista.

2.2. *Procedimiento para su reclamación.* – De capital importancia para hacerlos efectivos, son el pago y la reclamación de los

gastos extraordinario. Se ha establecido, en la práctica, un sistema de sostenimiento compartido, aquí sí, por mitades⁹.

En este sentido, hacemos nuestra gran parte de las ideas y argumentos que manifiesta CRESPO HERGUETA¹⁰: “Respecto a su reclamación, presentan dos problemáticas muy frecuentes: el desembolso y la acreditación. En primer lugar, surge la siguiente duda: ¿el gasto en cuestión debe realizarse de antemano o puede requerirse antes de realizar el pago? Sobre esta cuestión, caben ambas opciones dependiendo del caso concreto, así como el grado de inmediatez y necesidad. No es lo mismo un gasto ya reconocido a priori como extraordinario, bien por sentencia o convenio, que uno en el que no esté tan claro que cumpla las notas de necesidad, imprevisibilidad y no periodicidad. En segundo lugar, la petición debe ir acompañada de justificación, bien para declarar su carácter extraordinario como para requerir su pago mediante medios de prueba como el recibo o factura. También deberemos fijar la cuantía”.

En nuestro ordenamiento existen varias formas de iniciar el procedimiento de reclamación por vía judicial, a la que se suman otras no judiciales (mediación, conciliación...), dependiendo de si el gasto extraordinario en cuestión está incluido o no como tal en sentencia o convenio. Si nos centramos en la vía judicial, recomendamos dos formas:

Por un lado, en caso de estar incluido, es conveniente enviar previamente un burofax a la parte deudora pidiendo que se abonen dichos gastos. Debemos tener en cuenta si ese gasto ha sido consentido o no por el otro progenitor, o si era conocido por él o si se le comunicó, de lo que podría derivarse en un consentimiento tácito. En caso de, aun así, no realizarse el pago, podríamos iniciar el procedimiento de ejecución forzosa o demanda ejecutiva del art. 776 LEC, sin la tramitación del incidente pre-

⁹ Hacemos este matiz porque, como sin duda no desconocen, nuestro Tribunal Supremo ha dicho varias veces en su reciente jurisprudencia que la custodia compartida no implica un reparto igualitario de tiempo de custodia con los meros. En resumen, que puede haber custodia compartida al 60 y 40% respectivamente para madre y padre, por ejemplo.

¹⁰ C. CRESPO HERGUETA, “Los gastos extraordinarios y procedimientos para su reclamación: la demanda ejecutiva”, *Blog Jurídico Sepín*, consultado a fecha de 01.12.2020.

vio de reconocimiento (AAP Barcelona, Sec. 18^a, 33/2018, de 22 de enero -SP/AUTRJ/940422-; AAP Granada, Sec. 5^a, 126/2017, de 27 de julio -SP/AUTRJ/923867-)¹¹.

Es interesante mencionar el interés de mora procesal del art. 576 LEC, aplicables a los casos de impago o retraso en el pago de gastos extraordinarios y al procedimiento de ejecución forzosa. La mora procesal suele materializarse en aquellos gastos que ya están previamente previstos en convenio o sentencia. Así, el interés de mora exigible sería *“el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley”*. Por lo tanto, tiene efectos retroactivos en cómputo temporal hasta el momento en el que se realizó el desembolso total del importe del gasto reclamado.

Por otro lado, en caso de no estar incluido, la Reforma procesal 13/2009 del art. 776.4 LEC introduce este mismo supuesto en caso de no estar tampoco previsto en la sentencia de medidas definitivas o en el auto de medidas provisionales, de manera que se otorga mayor protección y garantía procesal al reclamante. En primer lugar, el ejecutante deberá instar la tramitación del incidente previo al despacho de ejecución del art. 776.4 LEC para que el juzgado le acredite dicho gasto, en caso de serlo, como extraordinario (AAP Asturias, Oviedo, Sec. 6.^a, 66/2018, de 29 de junio -SP/AUTRJ/972817-). Acreditado el mismo, presentaremos el escrito de demanda de ejecución forzosa y, en caso de oposición dentro de los cinco días siguientes, el Tribunal convocará a las partes a una vista que resolverá mediante auto”.

A ello añade CAMPO IZQUIERDO – cit.¹² – que “Ante una reclamación de gastos extraordinarios, una de las preguntas que se suelen hacer las partes y los profesionales del derecho, es si se puede hacer esta reclamación cuando la Sentencia no recoge ningún pronunciamiento al respecto. En este punto, la respuesta de las Audiencias ha sido muy dispar, y así se puede ver:

1º Las Sentencias de AP Valencia de 2 de febrero de 2005 (EDJ 2005/23147) y de 27 de enero de 2005 (EDJ 2005/23152)

¹¹ Resaltado del propio autor.

¹² La cita es extensa, pero merece la pena mantenerla por lo clarificadora y estructurada que se nos presenta.

consideran que, aunque nada diga la Sentencia, se deben abonar los gastos extraordinarios al 50 %. Criterio que mantiene la Sentencia de AP Zaragoza de 26 de julio de 2011 (EDJ 2011/220027).

- 2º El auto de AP Madrid de 4 de febrero de 2003 (EDJ 2003/10288), si bien sigue la postura de la AP Valencia, entiende que, si son debidos o no estos gastos, es una cuestión para dilucidar en ejecución, donde el ejecutado podrá realizar las alegaciones que considere oportunos en relación con si se deben o no considerar como extraordinarios esos gastos.
- 3º La Sentencia de AP Asturias de 22 de abril de 2004 (EDJ 2004/28747) entiende que es difícil fijar la diferencias entre gastos ordinarios y extraordinarios y, por tanto, solo se puede pedir la ejecución de aquellos pronunciamientos que se recogen expresamente en Sentencia.
- 4º Según la Sentencia de AP Almería de 29 de noviembre de 2006 (EDJ 2006/452532) no se puede conceder más de lo que fija expresamente la Sentencia.
- 5º Los jueces de familia, reunidos en mayo de 2004 (EDO 2004/92498), consideran factible la introducción en la Sentencia que pone término a un procedimiento, de un seguimiento de lo en ella acordado, poniendo de evidencia la inexistencia de un tramite procedimental concreto para las adaptaciones de esa Sentencia o auto, a las modificaciones de escasa entidad que se van produciendo, derivadas el propio carácter coyuntural de lo acordado en la misma, evitando así tener que acudir a un proceso de modificación de medidas en tales supuestos”.

Como resumen, entiendo que los gastos extraordinarios tienen naturaleza alimenticia y como tal se pueden considerar cuando hablamos de hijos menores de edad, medidas de “ius cogens” que pueden y deben ser fijada de oficio por el juez (Sentencias de AP Barcelona de 14 de mayo de 2010; EDJ 2010/153916), de AP Málaga de 16 de septiembre de 2009; EDJ 2009/357988, y de AP Girona de 3 de septiembre de 2008; EDJ 2008/267409), y como tales deben ser abonados por ambos progenitores al 50 %, salvo que el juez dictamine otra proporción, aunque la Sentencia no contenga pronunciamiento sobre ellos (Sentencias de AP Madrid de 25 de marzo de 2011; EDJ

2011/72476) y de 12 de febrero de 2010 (EDJ 2010/41768), de AP Asturias de 29 de noviembre de 2010 (EDJ 2010/311152) y de AP Cáceres de 25 de octubre de 2010 (EDJ 2010/291063).

Otra de las cuestiones que se ven a menudo en los juzgados de familia es la reclamación que un progenitor hace al otro para que éste abone su participación en esta clase de gastos. Y la cuestión que se plantea es: ¿Cuándo se puede hacer realmente esta reclamación?

Es evidente que, en beneficio e interés del menor, cualquier progenitor puede hacer aquellos gastos que considere oportunos. No obstante, a fin de poder ejercer un derecho de repetición frente al otro progenitor, en reclamación de la parte que corresponde a éste de ese gasto, es necesario que se den una serie de requisitos:

1º El primero y fundamental es que ese gasto se haga con conocimiento y consentimiento del progenitor a quien se reclama ese pago parcial o, en su defecto, se haga con autorización judicial, salvo en casos de urgencia (Sentencias de AP Madrid de 4 de abril de 2008; EDJ 2008/80277, de AP Barcelona de 14 de octubre de 2010; EDJ 2010/236004, y de 8 de octubre de 2010; EDJ 2010/235999).

No obstante, existe una línea jurisprudencial (Sentencia de AP Valencia de 20 de julio de 2011; EDJ 2011/200750, y Auto de AP Valencia de 13 de abril de 2011; EDJ 2011/117885, entre otras), que considera que ese consentimiento mutuo o autorización judicial previa es bueno y conveniente, pero que, en caso de que no exista, no se puede castigar al cónyuge que ha hecho ese gasto en beneficio del menor, siempre y cuando se acredite que era un gasto realmente extraordinario y necesario. Consentimiento que puede ser expreso o tácito. En relación con este último, es de agradecer la redacción del actual art. 236-11 del nuevo Código Civil catalán (EDL 2010/149454) que lo regula expresamente y que viene a sustituir al anterior art. 139.4 del Código de Familia (EDL 1998/45031).

Por el contrario, según la Sentencia de AP Madrid de 22 de abril de 2010 (EDJ 2010/183122) no puede considerarse como consentimiento tácito el pago de los primeros meses de guardería, si siempre manifestó el padre/madre su oposición a ese pago.

Es relevante la Sentencia de AP Soria de 18 de octubre de 2010 (EDJ 2010/244967) donde diferencia entre unos gastos extraordinarios necesarios y otros no, a la hora de exigir el consentimiento o no del otro progenitor; aunque en ambos casos sí es necesario que este progenitor tenga conocimiento previo del gasto. Criterio que sigue la AP Valencia de 20 de julio de 2011 (EDJ 2011/200750), que no exige el acuerdo para los gastos extraordinarios necesarios y sí para los no necesarios como los extraescolares.

- 2º Que ese gasto se pueda llevar a cabo en función de los ingresos económicos de uno y otro progenitor.
- 3º Que ese gasto no esté cubierto por otras vías, como pueden ser seguros privados o becas.

No sería la primera vez que, ante una reclamación de gastos extraordinarios, el progenitor a quien se reclama acredite y pruebe que:

- 1º Que nunca se le solicitó su consentimiento para ese gasto; y
- 2º Que él tenía vías a su alcance para que esa actuación fuese gratuita o por un importe sustancialmente inferior al que se pagó (seguro privado de asistencia médica, amigos, etc.). En estos supuestos, es evidente que quien hizo el gasto de forma unilateral debe abonarlo al 100 % o bien el otro progenitor solo debe abonar el porcentaje que le corresponde, pero del coste inferior por el que se pudo hacer esa intervención o gasto.

Al efecto, se debe tener presente que entre las conclusiones a que se llegaron en el IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia” celebrado en Valencia en octubre de 2009 (EDO 2010/487), se recoge que “...En particular, quedan sometidas al régimen de patria potestad (responsabilidad parental) y no podrán ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio, las decisiones relativas (...) en general (...) que constituyan gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores”.

Hasta la última reforma del art. 776 LEC, donde se incluye un apartado específico para regular la ejecución forzosa de los gastos extraordinarios, la cuestión de determinar a través de qué

procedimiento se podría hacer la reclamación de los mismos era discutida entre los profesionales del derecho, y los jueces venían aplicando hasta tres vías posibles:

- 1ª La mayoría, aplicando el criterio de la analogía, acudía al art. 712 LEC, y bien en pieza separada, bien en el procedimiento principal, resolvía, previa audiencia de las partes y la práctica de las pruebas pertinentes, mediante auto, si el gasto en sí era extraordinario y si debía ser abonado o no por ambos progenitores, en función del porcentaje fijado en Sentencia; así se recogió como conclusión en el III Encuentro de Magistrado, Jueces y abogados de familia celebrado en Madrid en octubre de 2008 (EDO 2009/7629), y en las Sentencias de AP Córdoba de 15 de septiembre de 2005 (EDJ 2005/233038), y de AP Zaragoza de 15 de noviembre de 2006, y los autos de AP Las Palmas de 15 de junio de 2004 (EDJ 2004/80856) y de AP A Coruña de 22 de mayo de 2007 (EDJ 2007/154777);
- 2ª Otra vía era hacer en la propia pieza de ejecución, pero con carácter previo a despachar ejecución y acordar las medidas de apremio, la determinación de si era o no gasto extraordinario y si debía abonarlo o no el ejecutado;
- 3ª Por último, estaban los que resolvían la cuestión en el incidente de oposición, previo despacho de ejecución por las cantidades reclamadas.

Tras la entrada en vigor del actual art. 776.4 LEC, la cuestión parecía inicialmente clara, pero en la práctica se ven aún dos posturas:

- 1ª La mayoritaria, que entiende, por aplicación literal del citado artículo, cuando dice "...deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución la declaración...", que se debe hacer en el proceso principal y antes de dictar la orden general de ejecución mediante auto, ya sea o no mediante pieza separada, la determinación de si es gasto extraordinario o no;
- 2ª La otra postura es la de hacer esa determinación, y así se hacía en algunos juzgados al menos de Madrid, en el propio proceso de ejecución. En el último Encuentro de abogados y jueces de familia donde se trató esta materia, se asumió por mayoría la primera postura".

3. *La mediación entra en escena.* – Decía con anterioridad que el problema que planteamos en relación con los gastos extraordinarios, y su viabilidad para ser resuelto por la vía de las ADRs, se encuentra en el difícil encaje del conflicto con el momento procesal en que se produce: es decir, cuando la discusión sobre la necesidad – no suele cuestionarse que el pago deba hacerlo uno u otro excónyuge, sino sí es oportuno realizarlo –, se plantea, es más que probable que nos encontremos ya en una fase donde el procedimiento de familia “haya concluido”. Lo entrecomillamos precisamente porque a veces se trata de una quimera pensar que un conflicto de familia tiene fin reconocible.

Ahora bien, aunque llegar hasta la vía judicial es indicativo de que no ha podido existir un acuerdo previo, nuestro sistema jurídico nos permite la posibilidad de que *en cualquier momento procesal pueda solicitarse la suspensión del proceso para intentar llegar a un acuerdo.* Así apreciamos la regla especial que se aplica en procedimientos de familia de *reconducción a mutuo acuerdo.* Según el art. 770 párrafo 5º de la LEC en cualquier momento del proceso las partes podrán solicitar que el procedimiento contencioso se derive o continúe por los trámites del mutuo acuerdo, siempre que se aporte la propuesta del Convenio Regulador suscrita por ambas partes, en los términos que se prevén en el art. 777 de la LEC y 90 del CC. Igualmente encontramos en nuestro sistema jurídico otra regla especial aplicable en estos casos como lo es la *suspensión del proceso contencioso para someterse a mediación.* En base al art. 770 párrafo 7º de la LEC “*las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación*”. Esta suspensión será acordada por el Secretario Judicial siempre que no perjudique el interés general o a tercero, y siempre que el plazo de suspensión no supere los 60 días (art. 19 párrafo 4º de la LEC).

En este sentido, no encuentro sentencia más clarificadora que la que emanó de la sección 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de febrero de 2012 (EDJ 2012/42717), sobre lo que se llegaron a clasificar como «situaciones abusivas en estas reclamaciones» y la conveniencia de acudir antes que al incidente judicial, a otras soluciones alternativas como la mediación.

Un muy buen trabajo de investigación¹³, en el que participé activamente, se llegó a una adecuada sistematización del binomio mediación-alimentos extraordinarios, que resumimos como sigue:

– A. *Conflicto latente: prevención y mediación*

En el caso de que el conflicto sea latente respecto a los gastos extraordinarios, se aconseja por los expertos¹⁴ aplicar una mediación preventiva. ¿Por qué? Porque, aunque el problema o la previsión no sea efectivo – no ha dado lugar hasta el momento –, ambas partes reconocen que es un punto conflictivo y que se repite en las Salas y Audiencias. Por ello, antes de que nazca y empeore se propone su solución. Para ello las partes han de tener *predisposición hacia un acercamiento y una solución*.

Este es un momento en el que a pesar de que se prevé el conflicto – está latente de hecho –, aún no ha comenzado. Por ello es tan importante en esta fase el *diálogo, la comunicación entre las partes, y la predisposición para llegar a un acuerdo*.

Los gastos extraordinarios con total seguridad no van a ser el motivo principal o único motivo del conflicto entre las partes, pero sí va a ser una pieza de peso en el mismo, ya que como se ha comentado afecta a la economía de las partes, y la reticencia al pago – a pesar de la obligación – se va a manifestar. Por ello es el momento ideal para comenzar una mediación en la que no solo se vea el conflicto económico, sino que se haga el esfuerzo por limar las posibles asperezas u otros conflictos latentes que en este momento inicial existen, evitando con ello que el conflicto se mantenga en el tiempo y sea más complicado de solucionar llegados hasta el punto de tener incluso en algunos casos que *reparar*.

– B. *Conflicto manifiesto: mediación-gestión*

Es evidente que cuando el conflicto es manifiesto las únicas posibilidades son la vía Jurisdiccional y la de la mediación a través de su gestión.

¹³ P. CRAVIOTTO VALLE, *Los gastos extraordinarios en las Audiencias provinciales*, Trabajo fin de Máster, dirigido por por el dr. E. PIZARRO.

¹⁴ Especialmente indicado por los jueces de familia y los magistrados de las AAPP.

En el caso de los gastos extraordinarios es lo más común: el conflicto pasa la fase de latente y se hace efectivo. Se presenta como tal y lo que viene a ocurrir es que las partes – posicionadas cada una en un estado diferente –, no ceden. En estos momentos es cuando se suele acudir a la vía jurisdiccional dado el estancamiento de las partes, las cuales no ven solución a su problema y prefieren que un juez resuelva, sin conocer en la mayoría de los casos la vía de la mediación en la cual ellos son los que deciden cómo solucionar su conflicto y cómo continuarán sin que se repita el mismo problema o parecido.

En el caso de que un asunto llegue a mediación en este estado, es evidente que el conflicto ya está haciendo efectos. Es decir, en el caso de los gastos extraordinarios ya hay algunos que no han sido abonados o incluso se ha dejado en pausa alguna actividad de los hijos a la espera del reconocimiento del pago obligado para las partes.

– *C. Reconciliación y rehabilitación: mediación restaurativa*

Habremos de considerar que es apta una mediación restaurativa desde el momento en el que a una o a ambas partes haya que resarcir de alguna manera. En el ámbito jurisdiccional esto se traduce en el momento en el que a raíz de una sentencia se procede a la ejecución del pago de atrasos de gastos extraordinarios, etc. Observamos que tiene un carácter meramente económico.

En el caso de la mediación restaurativa no tiene que ocurrir exactamente lo mismo dado que no siempre el daño es cuantitativo, líquido, o en definitiva económico. En muchas ocasiones el daño también es moral y la mediación restaurativa no solo debe encontrar el consenso entre las partes, sino que su objetivo es el resarcimiento, por ejemplo, a través de la petición de perdón. Ese perdón que no se encuentra en las Salas de Vistas de los Juzgados en asuntos tan sensibles como lo son los de *familia*, en numerables ocasiones es lo único que se pretende: el reconocimiento de un error – en este caso el impago de los gastos extraordinarios – y la promesa de no repetir el impago llegados a un acuerdo mutuo – que puede ser diferente al que un Juez o Magistrado dictamine, lógicamente –.

Lo positivo de la mediación restaurativa en estos casos es que la persona que ha sufrido el daño – económico principal-

mente en cuanto a gastos extraordinarios hacemos referencia –, se siente *aliviada* con el acuerdo. Siente que no solo han llegado a un consenso respecto a estos gastos para el funcionamiento futuro, sino que además se le ha reconocido – por la otra parte – la asunción del daño emitido, con la intención de no repetirse. Esto en vías jurisdiccionales como hemos visto no es posible. El resarcimiento es única y exclusivamente económico y se llega a través de un proceso de ejecución que no hace más que sumar conflictos, tiempo y dinero al problema que ya existía: un impago de los gastos extraordinarios.

4. *Conclusiones*, de lege ferenda. – Después de lo manifestado, creemos encontrarnos en condiciones de realizar una serie de propuestas *de lege ferenda* sobre la mediación en materia de gasto extras, que podemos resumir en las siguientes manifestaciones:

- En primer lugar, abogamos, como mantiene el profesor Carlo Pilia, por una necesaria *desregulación* de la materia, pues la mediación es, por principio, un mecanismo de resolución de conflictos que emana directamente de la voluntad no condicionada de las partes. Esa relajación de las normas que ejercen presión sobre los movimientos regulatorios tendría, precisamente, el efecto de volver a situar la mediación en el lugar que se merece: el centro del conflicto para, una vez allí, resolverlo.
- En segundo lugar, hemos manifestado en otras ocasiones – lo que es perfectamente defendible en la sede de los gastos extraordinarios – que la mediación debe de una vez por todas apartarse de los prejuicios que pesan sobre ella, porque su virtualidad se hace más patente en la medida en que, con independencia de que contribuya al desatascó judicial, lo que ofrece es, en definitiva, una solución de calidad que evite el recidivante debate que se abre entre los excónyuges por cualquier motivo.
- En tercer lugar, de haber nuevas propuestas de regulación y reformas legislativas, sean de ámbito nacional o internacional, es imprescindible que se pierdan el temor a hablar y abogar por mediaciones obligatorias mitigadas, uno de cuyos supuestos a incluir en el amplio espectro de los conflictos que han de pasar por el tamiz de la mediación, podría ser uno tan recurrente como el de los gastos extraordinarios.

ELENA KOLTSAKI*

MEDIATION LEGAL FRAMEWORK IN GREECE A NEW LAW “ON HOLD”

SUMMARY: 1. Introduction. - 2. The mediation process. - 3. Conclusion.

1. *Introduction.* – Even the failure of all previous legislative frameworks on mediation to improve the use of mediation and following a long political debate, a new Law regulating mediation entered into force on 1 December 2019 and introduced mandatory mediation in Greece. Greece presented the first national law on mediation in late 2010, following the implementation of the European Mediation Directive (Dir 2008/52).

For a period of almost 8 years, many steps were taken to introduce mediation to the legal community and the wider public as an alternative way of resolving disputes, nevertheless, not much progress had been achieved in increasing the number of cases that were actually resolved through this process.

What was achieved from 2010 to 2017?

In 2013, there was a new code of conduct for lawyers which imposed on the latter the obligation to inform their clients on ADR processes, including mediation. Mediation Training Institutes were set up, which resulted in the number of mediators to grow enormously. In 5 years, almost 1800 mediators were trained and accredited by the Greek Ministry of Justice, following both a written and an oral assessment, while a newly formed public body, the Mediators’ Accreditation Committee, was entrusted with the supervision of the mediation practice.

At the same time, mediation started to become progressively known, as a number of events and conferences were held both on a national and international level by professionals of the field

* Attorney at law in Greece.

– mostly non for profit entities – who aimed to attract public’s attention to the advantages of mediation.

Still, one could easily see that despite the steps taken by the government and the scattered initiatives of private professionals, mediation was blatantly “underused”, while the problems that the national justice system was facing were far from properly addressed.

According to EU Justice Scoreboard (2015), in Greece, 1580 days are needed on average for a case to be resolved in court while 250.000 cases were pending in Courts of First Instance and Courts of Appeal. 150.000 of those were counted only in Athens. Same statistics showed that every year around 167.000 decisions are issued while the total number of judges is only limited to 3000. Courts remain overloaded and cases still face incredibly long delays before a final decision can be issued.

At the same time, in a set of time of 5 years, CFI reported only 316 cases that were actually settled through judicial mediation.

These eye-opening statistics reveal that the «*balanced relationship*» between judicial proceeding and mediation, which the EU Mediation Directive has set as one of its primary goals, still remained a challenge clearly NOT met in Greece.

In 2016, a Law Drafting Committee was set up by the Minister of Justice with a mandate to work on the reform of the mediation law: and it was in June 2017 that for the first time, this mandate clearly indicated the need to explore whether a mandatory form of mediation could – or better should – be introduced into the Greek legal system.

It was in January 2018 that a new Law on Mediation was finally passed by the Greek Parliament (Law 4518/2018) replacing all previous legislation on mediation. According to the new provisions, lawyers were under a legal obligation to inform their clients in writing of the possibility to resolve their case through mediation, while in certain types of disputes a required first meeting on Mediation was prescribed as a mandatory pre-step before the hearing of the case in the court.

The provisions of this new mandatory mediation model – very similar to the Italian model – were far from welcomed by the legal community, with those opposing to them basically stating that

it constitutes a violation of the right of free access to justice, invoking the costs associated with the process as well as the types of cases it applied to. The fierce reaction of lawyers and judges, the lobbying by "stakeholders" and last minute changes in the draft ended up affecting negatively the cohesion of the text that was finally adopted, allowing, therefore, for gaps in interpretation, ambiguities and further criticism.

In March 2018, the Bar Associations filed a request in order for an opinion to be issued by the judges of the Supreme Court (Areios Pagos) and asked them to advise on whether mandatory mediation constitutes a violation of the free access to justice. In June 2018, and despite the marginal majority achieved (counting 21 vs 17) the judges of the Supreme Court opinioned that the way the new provisions were drafted resulted in excessive costs that would potentially unreasonably burden Greek citizens. The publication of this Opinion inevitably raised concerns on the constitutionality of the required first mediation meeting as this was prescribed in the legislative text.

Those developments resulted in the relevant provisions on required first meeting to be suspended until September 2019, and in the meantime, the Ministry of Justice created a new Working Group with a mandate this time to review what appeared to contradict with the Opinion of the Judges. After a rather too long period of time, it was late in 2019, on November 30th, 2019 that another Law on Mediation (4640/2019) was finally adopted.

Almost 10 years have passed since the implementation of the Mediation Directive into the Greek legal system. Unlike the Mediation Act voted in 2010, which provided only for voluntary mediation, Law 4640/2019 now clearly provides for both voluntary and mandatory mediation, which is without doubt one of really important and breakthrough change.

The new law on mediation now provides that the first mandatory meeting is applicable to family disputes plus a large majority of cases falling under the provisions of what the Greek Code of Civil Procedure prescribes as "ordinary proceedings" before the Court of First Instance (Single and Multi Member), which includes, inter alia, a wide range of commercial disputes. As the new report of the law clearly states, this is considered necessary to improve the use of mediation as an alternative dispute resolu-

tion method, in order to alleviate the judicial burden and ensure a balanced relationship for both judicial and extrajudicial proceedings.

2. *The mediation process.* – There are many other reforms that are introduced in the new law which aim to further reinforce the use of mediation. These include detailed provisions governing the training and accreditation process of mediators, a Code of Conduct and a disciplinary law and further supervision of mediation practice by a body established by the Ministry of Justice, now called the Central Mediation Committee.

The quality of the process is guaranteed through the stipulation of strict confidentiality rules and rules that safeguard the voluntary nature of mediation. The mediation process is regulated by law and the mediators are bound by professional secrecy, and it is the free will of the parties to decide whether or not they wish to reach an amicable settlement of their dispute. According to Article 6 of the new Law, in principle, none of the participants may testify in court and no court may accept as evidence any information disclosed during the process (any admissions, proposals, acknowledgements, offers, opinions, etc.). To ensure the quality of mediation services, the law further foresees (articles 12-16) that mediators are required to undertake mediation cases only if they can meet the requirements and challenges of a specific case and can perform their role in accordance with their professional qualifications, skills and experience.

Although scholars have demonstrated a growing interest in publishing articles about mediation, particularly after the introduction of the new law, in so far that the use of mediation by the stakeholders (lawyers and their clients) remained extremely low, there has been no jurisprudence or case law that would provide further guidance on the application and interpretation of the law.

However, the few cases that have been monitored, only recently, show a very encouraging success rate, which remains to be confirmed when volumes increase. The lack of cases, rather than the lack of success, was not without reason. Mediation had been received very reluctantly by the legal community.

3. *Conclusion.* – The pandemic challenge has obviously impacted mediation as has been the case with every other activity. It has further obstructed the collection of reliable statistical data that would allow for any evaluation of the application of the law so far.

One thing is for sure though. Mediators are now required to enhance their skills on mediating online. It has become a necessity for them to adapt the provision of their professional services to the digital world as now they seem to be needed more than ever before.

This unprecedented health challenge that the world is facing seems to have put once again the application of the Greek mediation law "on hold". Yet, and especially in dealing with this challenge for an unknown period of time, the society should "hold on" to mediation and take full advantage of its numerous benefits.

CARLO PILIA*

LE OBBLIGATORIETÀ DELLA MEDIAZIONE AL TEMPO DEL COVID-19

Sommario: 1. I due prismi dell'obbligatorietà nella mediazione. - 2. L'obbligatorietà della mediazione in base alla disciplina antecedente il Covid-19. - 3. Le misure emergenziali di sospensione dei termini processuali e della mediazione obbligatoria. - 4. La possibilità di gestire la mediazione a distanza durante la pandemia Covid-19. - 5. Le disposizioni privatistiche che escludono la responsabilità in caso di osservanza delle prescrizioni sanitarie anticovid. - 6. L'obbligatorietà della mediazione per le controversie contrattuali conseguenti alla pandemia. - 7. I principi generali di solidarietà e buona fede per la gestione delle sopravvenienze. - 8. Oltre l'imposizione dell'obbligatorietà.

1. *I due prismi dell'obbligatorietà nella mediazione.* – La pandemia Covid-19 sta avendo un impatto devastante sulle società e gli ordinamenti giuridici sia interni che internazionali. Per contrastare la diffusione dei contagi e salvaguardare la salute pubblica e degli individui, infatti, le autorità hanno dovuto dichiarare lo stato di emergenza e imporre una serie di misure sanitarie restrittive della circolazione e del normale svolgimento delle attività relazionali¹.

La fase emergenziale si caratterizza per l'approvazione di soluzioni straordinarie che, nei momenti più acuti di picco nei contagi, hanno imposto l'isolamento domestico delle persone, con la

* Professore di diritto civile e Tutela dei diritti dell'Università di Cagliari.

¹ In Italia lo stato di emergenza sanitaria per il Covid-19 è stato deliberato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 31 gennaio 2020 e poi prorogato nella riunione del 29 luglio 2020 fino al 15 ottobre 2020 e nella riunione del 7 ottobre 2020 fino al 31 gennaio 2021. Con riferimento alle misure straordinarie di contrasto alla pandemia approvate dal Governo, v. *Coronavirus, le misure adottate dal Governo* | www.governo.it.

serrata della maggior parte delle attività produttive, sia in ambito pubblico che in quello privato, ad eccezione di quelle ritenute essenziali. La chiusura generalizzata delle attività (c.d. *lockdown*) e, comunque, l'applicazione delle altre misure sanitarie restrittive dettate a tutela del preminente valore della salute hanno costretto all'urgente introduzione di disposizioni emergenziali che garantissero la coesione economica e sociale del Paese.

La normativa straordinaria ha dovuto considerare, tra gli altri aspetti, l'impossibilità e, comunque, l'estrema difficoltà di fare fronte ai pregressi impegni giuridici. Si è perciò resa necessaria l'introduzione di meccanismi di sospensione e differimento delle scadenze, oltre che di esenzione o almeno limitazione della responsabilità. In tal senso, sono state introdotte disposizioni di carattere sia procedimentale, che sostanziale che hanno avuto un notevole impatto sulla gestione del sistema delle tutele dei diritti².

Nello scenario emergenziale, pertanto, la questione dell'obbligatorietà della mediazione ai tempi del Covid è di grande interesse sistematico e forte impatto pratico³. Nell'obbligatorietà,

² Sull'emergenza pandemica nell'ordinamento giuridico italiano, AA.VV., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, 2 e 3, in *Giustizia civile.com*, in <http://giustiziacivile.com/>; AA.VV., *Fascicolo speciale 2020. Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19, 2020*, in <https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-fascicoli/1544-fascicolo-speciale-2020/file>.

³ G. FINOCCHIARO, *Tutte in mediazione obbligatoria le cause per gli inadempimenti COVID-19*, in *Quotidiano giuridico*, martedì 7 luglio 2020, in <https://www.quotidianogiuridico.it/documents/2020/07/07/tutte-in-mediazione-obbligatoria-le-cause-per-gli-inadempimenti-covid-19>; R. NARDONE, *La nuova ipotesi di mediazione obbligatoria: le cause per inadempimento da COVID-19 e le procedure di sfratto*, in *Il processo civile*, 9 Settembre 2020, in <http://ilprocessocivile.it/articoli/focus/la-nuova-ipotesi-di-mediazione-obbligatoria-le-cause-inadempimento-da-covid-19-e-le>; F. VALERINI, *Nuova ipotesi di mediazione obbligatoria: le controversie contrattuali da rispetto delle misure COVID-19*, in *Diritto e giustizia. Il quotidiano di informazione giuridica*, 26 Giugno 2020, in http://www.dirittoegiustizia.it/news/23/0000099251/Nuova_ipotesi_di_mediazione_obbligatoria_le_controversie_contrattuali_da_rispetto_delle_misure_COVID_19.html; A. SPEDICATO, *Mediazione obbligatoria nelle controversie causate dal covid-19. Sì, ma restano i dubbi sui casi concreti*, in *Consulenza*, mercoledì, 1 luglio 2020, in <https://www.consulenza.it/Contenuti/News/News/5409/mediazione-obbligatoria-nelle-controversie-ca>.

infatti, almeno due sono i prismi dell'analisi, distinti e concorrenti, che corrispondono ad altrettante fonti normative dettate per rispondere ad esigenze di tutela, apparentemente confliggenti, che si sono manifestate nel tempo. Benché sollecitate, quasi imposte, dalle situazioni di crisi strutturali ed emergenziali, le prescrizioni sull'obbligtorietà della mediazione hanno una comune carica riformatrice della giustizia e, più in generale, della società civile.

Anzitutto, occorre muovere dalla considerazione che nell'ordinamento italiano già esisteva una disciplina che conteneva delle ipotesi di obbligtorietà della mediazione, sia imposta dalla legge che ordinata dal giudice, in relazione a numerose controversie civili e commerciali⁴. Per queste ipotesi, il problema pratico dell'emergenza pandemica riguarda la difficoltà, se non addirittura l'impossibilità durante il *lockdown*, di promuovere la mediazione prima o durante il processo giudiziale. Si sono incontrate, in pratica, le medesime restrizioni che hanno impedito o, quantomeno, rallentato lo svolgimento dell'attività giurisdizionale.

In secondo luogo, bisogna pure tenere in conto che proprio per fronteggiare l'enorme conflittualità originata dalla pandemia, non gestibile in sede giudiziale, si è reso necessario attivare le tutele extragiudiziali e, in particolare, la mediazione⁵. A tal fine, la legi-

⁴ Sull'obbligtorietà della mediazione ex art. 5, decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, tra i numerosissimi contributi, v. G. IMPAGNATIELLO, *La mediazione civile in Italia*, in *judicium.it*, pp. 174 ss.; L. GAROFALO, *ADR e diritto di accesso alla giustizia: il difficile raccordo tra modello europeo e modello italiano di media-conciliazione obbligatoria* in *Studi sull'integrazione europea*, 2014 n. 2, pp. 247 ss.; G. SPINA, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del Fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)* a cura di G. Falco, G. Spina, Milano, 2014, pp. 235 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale, Composizione della lite e processo nel d.lgs n. 23/2010 e nel D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pp. 109 ss.; E. MINERVINI, *La "storia infinita" della mediazione obbligatoria*, in *Contratti*, 2013, pp. 1153 ss.

⁵ Sull'esperimento della mediazione e delle tutele extragiudiziali ai tempi del Covid-19, v. S. ORTIS, *Le conciliazioni da remoto: un nuovo modello di dialogo conciliativo fra interventi normativi e prassi nell'emergenza sanitaria*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2020, 20 ottobre 2020, in <https://www.lavorodirittieuropa.it/dottrina/processo-del-lavoro/552-le-conciliazioni-da-remoto-un-nuovo-modello->

slazione emergenziale ha permesso di superare alcune difficoltà organizzative che limitavano l'utilizzazione della mediazione e, infine, l'ha imposta come obbligatoria per le controversie contrattuali scaturenti dalla crisi pandemica. L'obbligatorietà della mediazione, pertanto, allenta la pressione del contenzioso sui tribunali, permettendo di trovare soluzioni consensuali più rapide.

In tal senso, l'obbligatorietà della mediazione costituisce una soluzione normativa che percorre le fasi che precedono, accompagnano e seguono l'emergenza pandemica, con la finalità di ovviare sia alle criticità della giurisdizione, che soffre cronicamente limiti strutturali, e sia per garantire la coesione economica e sociale della comunità, soprattutto nei momenti di più accentuata crisi. In entrambi i momenti, le prescrizioni dell'obbligatorietà della mediazione contribuiscono a innescare importanti processi di riforma del sistema in crisi delle tutele.

2. *L'obbligatorietà della mediazione in base alla disciplina antecedente il Covid-19.* – La disciplina italiana sulla mediazione nelle controversie civili e commerciali⁶ adottata in attuazione della direttiva 2008/52/CE⁷ prevede una pluralità di modalità di accesso

di-dialogo-conciliativo-fra-interventi-normativi-e-prassi-nell-emergenza-sanitaria; S.A. CERRATO, F. DE SANTIS, *L'arbitrato fra lockdown e fase due: una proposta di intervento normativo*, in AA.Vv., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., pp. 13 ss.

⁶ Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 recante "Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali". Sulla disciplina italiana, tra gli altri, v. AA.Vv., "La nuova mediazione civile e commerciale" a cura di T. Galletto, Editore Aracne, Roma, 2014; AA.Vv., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali* a cura di M. Bove, Padova, 2011; AA.Vv., *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile. Commento organico al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali* a cura di B. Sassani, F. Santagata, Roma, 2010; AA.Vv., *La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, a cura di A. Bandini, N. Soldati, Milano, 2010; AA.Vv., in *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, Cagliari, 2010-2020.

⁷ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e

che salvaguardano il diritto fondamentale di rivolgersi all'autorità giudiziaria⁸. Più precisamente, la direttiva ammette che la mediazione, quale procedimento strutturato con il quale le parti tentano su base volontaria e con l'assistenza del mediatore di comporre consensualmente le controversie⁹, sia compatibile con varie modalità di accesso: per iniziativa delle parti, sollecitazione del giudice o prescrizione normativa¹⁰, secondo le scelte di politica del diritto rimesse alle legislazioni attuative degli Stati membri¹¹.

Nell'attuare la direttiva europea, il legislatore italiano ha dovuto considerare le criticità sia del sistema giudiziario, colpito da disfunzioni croniche e da un enorme carico di arretrati, e sia del sistema extragiudiziale delle tutele, che non aveva ancora una disciplina organica della mediazione, né delle altre misure compositive consensuali. Perciò, la scelta politica è stata quella di adottare un

commerciale. Con riferimento allo statuto europeo della mediazione, v. AA.VV., *Mediación, Justicia y Unión Europea* a cura di I.C. Iglesias Canle, Valencia, 2014; AA.VV., *Proceso civil y mediación. Su análisis en la ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* diretto da A. Bonet Navarro, Thomson Reuters Aranzadi, 2013; AA.VV., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012* diretto da L. García Villaluenga, C. Rogel Vide, coordinato da C. Fernández Canales, Reus, Madrid, 2012; AA.VV., *ADR e mediazione* a cura di C. Sticchi Damiani, Torino, 2012; AA.VV., *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Rimini, 2011, pp. 11 ss.; AA.VV., *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del Notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010* a cura di M.L. Cenni, E. Fabiani, M. Leo, Napoli, 2012; G. ESPLUGUES, G.L. IGLESIAS, G. PALAO, *Civil and commercial Mediation in Europe*, vol. I, *National Mediation Rules and Procedures*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013.

⁸ Art. 5, par. 1, Direttiva 2008/52/CE.

⁹ Art. 3, lett. a), direttiva 2008/52/CE.

¹⁰ Art. 5 direttiva 2008/52/CE.

¹¹ Sui sistemi di accesso alla mediazione previsti dalla direttiva 2008/52/CE, v. D. DALFINO, "Accesso alla giustizia" e "Mediazione", nel quadro normativo europeo. *El marco regulatorio de la mediación en la Unión Europea*, in *Mediación, Justicia y Unión Europea*, cit., pp. 125 ss.; G. SPINA, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del Fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)* a cura di G. Falco, G. Spina, cit., pp. 235 ss.; C.P. DELL'ANNA, E. GASBARRINI, M. LEO, I. PAGANELLI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., pp. 212 ss.; C. BESSO, *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, cit., pp. 873 ss.

modello fortemente costrittivo di mediazione¹², nelle modalità di accesso¹³ e di conduzione¹⁴, oltre che nelle conseguenze negative per la mancata partecipazione¹⁵ e collaborazione¹⁶ delle parti nel procedimento finalizzato al raggiungimento dell'accordo.

Più precisamente, l'esperimento della mediazione è stato imposto normativamente come condizione legale di procedibilità dell'azione giudiziale nella maggior parte di controversie civili e commerciali¹⁷. In tali casi, l'esperimento della mediazione è obbligatorio prima dell'attivazione del giudizio (cd. mediazione obbligatoria).

Inoltre, in tutte le controversie civili e commerciali aventi per oggetto diritti disponibili è attribuito al giudice il potere di ordinare alle parti di accedere alla mediazione, a pena di ulteriore improcedibilità dell'azione giudiziale¹⁸. Nei giudizi pendenti, fino al grado d'appello, il giudice può imporre la mediazione quando, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, risulti probabile il raggiungimento di un accordo compositivo (cd. mediazione delegata).

L'esperimento della mediazione, ancora, può trovare fondamento in una clausola inserita negli atti costitutivi o statuti degli enti e nei contratti¹⁹. In tal modo, si assume convenzionalmente l'obbligo di attivare la mediazione, magari scegliendo pure l'organismo incaricato di gestire il procedimento compositivo, prima di attivare l'azione giudiziale (cd. mediazione concordata).

¹² Cfr. C. PILIA, *Il modello italiano di mediazione: obbligatorietà e volontarietà*, in AA.VV., *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, 11, Cagliari, 2019, pp. 77 ss.

¹³ Art. 5 d.lgs. n. 28/2010.

¹⁴ Art. 1, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁵ Art. 8 d.lgs. n. 28/2010.

¹⁶ Art. 13 d.lgs. n. 28/2010.

¹⁷ Art. 5, comma 1-bis, d.lgs. 28/2010, che si riferisce alle controversie in materia di "condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari".

¹⁸ Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁹ Art. 5, comma 5, d.lgs. n. 28/2010.

Infine, fuori dalle predette ipotesi, la mediazione può essere sempre promossa volontariamente da ciascuna delle parti nelle controversie civili e commerciali vertenti su diritti disponibili²⁰. Il procedimento di mediazione, pertanto, può essere promosso sia prima dell'esperimento dell'azione giudiziale, che pendente il giudizio (cd. mediazione facoltativa).

Dalle rilevazioni dei dati statistici, pubblicati semestralmente dal Ministero della Giustizia²¹, risulta l'assoluta preminenza delle mediazioni obbligatorie, che per circa l'ottanta per cento sono imposte per legge e per il dieci per cento ordinate dal giudice, mentre meno del due per cento sono quelle derivanti dalle clausole di mediazione. Le mediazioni facoltative, infine, coprono circa il dieci per cento dei procedimenti. L'utilizzazione della mediazione, peraltro, non è sostenuta solamente dalla previsione della condizione di procedibilità legale, giudiziale e convenzionale dell'azione, ma anche dall'applicazione di altre misure sia coercitive che premiali. Tra le prime, vi sono le sanzioni processuali ed economiche a carico della parte che senza giustificato motivo non partecipi alla mediazione²² ovvero rifiuti di aderire alla proposta risolutiva scritta formulata dal mediatore²³, allorquando il giudice adotti una sentenza di contenuto corrispondente²⁴. Tra le seconde, possono menzionarsi le agevolazioni fiscali riconosciute in mediazione²⁵ e le esenzioni dai costi di mediazione per le parti non abbienti²⁶.

²⁰ Art. 2, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

²¹ I raccolti dal Ministero della Giustizia, ai sensi dell'art. 11, Decreto Ministero della Giustizia 18 ottobre 2010 n. 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. 28, sono pubblicati ogni semestre e resi disponibili all'indirizzo web istituzionale: *Presentazione standard di PowerPoint (giustizia.it)*

²² Art. 8, comma 4-bis, d.lgs. n. 28/2010.

²³ Art. 11, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

²⁴ Art. 13, commi 1 e 2, d.lgs. 28/2010.

²⁵ Artt. 17 e 20, d.lgs. n. 28/2010

²⁶ Art. 17, comma 5-bis, d.lgs. n. 28/2010

Sostanzialmente, grazie all'applicazione della principale misura dell'obbligatorietà si è registrato il dato consolidato di oltre centocinquantamila mediazioni civili e commerciali annue. Senza l'obbligatorietà, in particolare, il sistema della mediazione non sarebbe riuscito a partire, né sarebbe a tutt'oggi capace di sostenersi solo con quelle volontarie. Il successo del modello obbligatorio italiano ha assunto una primaria rilevanza nello scenario europeo, tanto da essere studiato²⁷ e, per certi versi, ripreso anche in altre realtà nazionali²⁸.

Durante l'ultimo decennio, anche nell'esperienza italiana si sono diffuse altre procedure compositive extragiudiziali, alcune imposte obbligatoriamente quali condizioni di procedibilità dell'azione. Le principali fattispecie riguardano le controversie in materia di consumo²⁹, con riferimento alle ADR nei settori delle comunicazioni elettroniche³⁰, dell'energia, del gas e del servizio idrico integrato³¹, oltre che le mediazioni di consumo³². Parimenti rilevante è l'imposizione dell'obbligatorietà della negoziazione assistita nelle controversie civili e commerciali avente ad oggetto

²⁷ C. PILIA, *Modelos de mediación en Europa*, in AA.Vv., *Mediación y tutela judicial efectiva: La Justicia del siglo XXI* a cura di J.L. Argudo Pérez, Madrid, 2019, pp. 175 ss.

²⁸ Sulla riforma greca dell'obbligatorietà della mediazione (legge 30 novembre 2019 n. 4640), v. VASSILIKI KOUMPLI, *Greece: Institutionalizing Mediation Through Mandatory Initial Mediation Session (Law 4640/2019)*, in *Kluwer Mediation Blog*, January 20, 2020, in <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/20/greece-institutionalizing-mediation-through-mandatory-initial-mediation-session-law-4640>; MARINA PERRAKI, *Mandatory mediation in Greece – the saga continuous*, *ivi*, December 3, 2019.

²⁹ Art. 141, comma 6, cod. cons.

³⁰ Art. 1, comma 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249, che prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione nel settore delle comunicazioni elettroniche.

³¹ Art. 2, comma 24, lettera b), della legge 14 novembre 1995, n. 481, che prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle materie di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, e le cui modalità di svolgimento sono regolamentate dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico con propri provvedimenti.

³² Art. 5, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, che disciplina i casi di condizione di procedibilità con riferimento alla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

le domande di pagamento, a qualsiasi titolo, di somme non eccedenti i cinquantamila euro e per il risarcimento danni da circolazione di veicoli e natanti³³. Anche in questi casi, l'obbligtorietà delle procedure compositive consensuali non ha contribuito solo ad alleviare l'enorme carico del contenzioso giudiziario civile e commerciale, ma ha pure permesso di avviare subito l'infrastrutturazione del nuovo sistema delle tutele consensuali che si dovrebbe sviluppare pienamente anche su base volontaria.

3. *Le misure emergenziali di sospensione dei termini processuali e della mediazione obbligtoria.* – Le prescrizioni sanitarie di contrasto ai contagi hanno provocato un generalizzato rallentamento e, nelle fasi acute di *lockdown*, persino una serrata delle attività lavorative, tanto in ambito pubblico quanto in quello privato. Di conseguenza, le autorità sono dovute intervenire mediante una serie di misure emergenziali di tipo giuridico, economico e sociale per limitare gli effetti negativi della crisi pandemica e dell'applicazione delle prescrizioni sanitarie.

Sul piano giuridico, l'approvazione di norme emergenziali è stata accompagnata dalla complessiva riorganizzazione in maniera agile dei processi produttivi (cd. *smart working*), mediante l'utilizzazione massiva di tecnologie e modalità di lavoro a distanza³⁴. Sul piano normativo, anzitutto, è stata disposta la temporanea so-

³³ Art. 3, decreto legge 12 settembre 2014, n. 132 recante "*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*", convertito con modificazioni dalla legge 10 novembre 2014, n. 162.

³⁴ Sullo *smartworking* durante la crisi pandemica, v. AA.VV., *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Roma, 2020; M. Russo, *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 55 ss.; S. BINI, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, *ivi*, pp. 67 ss.; S. CAIROLI, *L'incentivo del lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al COVID19: prime osservazioni*, *ivi*, pp. 87 ss.; I. SENATORI, *Attivazione del lavoro agile e dei poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, *ivi*, pp. 169 ss.; I. ALVINO, *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., pp. 101 ss.; C. MACCHIONE, *Il lavoro agile ai tempi del Coronavirus*, *ivi*, pp. 107 ss.; M. FREDIANI, *Il pubblico impiego in regime di*

sospensione dei termini processuali e sostanziali per l'esercizio dei diritti³⁵. Basti solo considerare che durante il *lockdown* anche gli uffici giudiziari, oltre che le amministrazioni pubbliche e gli studi professionali sono rimasti per mesi chiusi al pubblico.

La gran parte dei processi è stata rinviata nel tempo per l'impossibilità di celebrarli in maniera presenziale. Solo i casi urgenti e indifferibili sono stati trattati con modalità telematiche, rese possibili mediante la riorganizzazione agile dei servizi e l'utilizzazione delle tecnologie, anche per lo svolgimento delle udienze in videoconferenza³⁶. Solo in minima misura e median-

coronavirus tra modifica d'imperio del luogo della prestazione e lavoro a domicilio, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2020, pp. 511 ss.; C. DI CARLUCCIO, *Emergenza epidemiologica e lavoro agile. Legislazione in materia di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del Lavoro*, 1, 2020, pp. 1 ss.

³⁵ Sulle disposizioni emergenziali in materia di processo civile e procedure ADR, v. E. DALMOTTO, *I termini sostanziali e processuali civili nello sperabile crepuscolo del coronavirus. Tecniche della sospensione e altri rimedi*, in *Il caso.it*, 4/5/20, in https://blog.ilcaso.it/news_937; A. PANZAROLA, M. FARINA, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 3 ss.; F.M. GIORGI, *Emergenza COVID-19 e prime osservazioni in ordine agli effetti sulle controversie di lavoro*, *ivi*, pp. 133 ss.; F. DANOVÌ, *Procedimenti separativi su intesa e comparizione personale delle parti al tempo del Covid-19: la linea del Tribunale di Torino*, in *Famiglia e diritto*, 5/2020, pp. 431 ss.; G. BENEDETTI, *La giustizia nel condominio in epoca di Covid-19*, in *Immobili & proprietà*, 6/2020, pp. 391 ss.; A. CELESTE, *Riunioni condominiali (inopportune) e sospensione dei termini (necessaria) per l'impugnazione delle delibere ... all'epoca del coronavirus*, in *Immobili & proprietà*, 6/2020, pp. 364 ss.; M. TARANTINO, *Il condominio ai tempi del coronavirus: assemblea in videoconferenza*, in *Condominioelocazione.it*, 13 marzo 2020; G.P. MACAGNO, *La legislazione d'emergenza e i processi fallimentari*, in *Fallimento*, 5/2020, pp. 697 ss.; F. DE SANTIS, *La giustizia concorsuale ai tempi della pandemia*, *ivi*, 2020, pp. 612 ss.; R. BROGI, *L'insolvenza all'epoca del Covid-19*, *ivi*, pp. 737 ss.

³⁶ E. DALMOTTO, *La sospensione straordinaria dei termini e il rinvio delle udienze nella prima e nella seconda fase del COVID-19*, in *Il caso.it*, 24/06/20, in https://blog.ilcaso.it/news_970F; F. RICCIULLI, *Il contraddittorio e il principio di oralità nel processo "emergenziale"*, nota a Consiglio di Stato 21 aprile 2020, n. 2539, sez. VI, in *Il processocivile.it*; A. STERLICCHIO DE CARLI, *Giusto processo e oralità: il "contraddittorio cartolare coatto" nell'emergenza da COVID-19*, nota a T.A.R. Napoli, 29 maggio 2020, n. 2074, sez. I, in *Ilprocessotelematico.it*; REDAZIONE SCIENTIFICA, *Separazioni e divorzi: prosegue anche a Brescia la trattazione a distanza*, nota al decreto 17 aprile 2020 del Presidente del Tribunale di Brescia, in *Il familatista.it*.

te l'utilizzazione di innovative modalità derogatorie rispetto a quelle presenziali ordinarie, quindi, si è riusciti a garantire una provvisoria tutela giudiziale dei diritti durante l'emergenza della crisi pandemica.

La medesima vicenda si è riproposta con riguardo alle tutele extragiudiziali e, in particolare, alla mediazione nelle controversie civili e commerciali. La legislazione emergenziale, infatti, come accaduto per i termini processuali³⁷, ha sospeso temporaneamente anche quelli della mediazione³⁸. Successivamente sono state introdotte delle altre disposizioni emergenziali che hanno disciplinato alcuni aspetti della gestione a distanza del procedimento di mediazione³⁹.

Più precisamente, l'iniziale disposizione emergenziale si riferisce alla mediazione obbligatoria e agli altri procedimenti compositivi imposti come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale⁴⁰. Il loro mancato esperimento, infatti, avrebbe finito per compromettere l'accesso alla stessa tutela giudiziale dei diritti. Al

³⁷ Art. 83 (*Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare*), Decreto Legge 17 marzo 2020, n. 18 *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27.

³⁸ Art. 83, comma 20, d.l. n. 18/2020.

³⁹ Art. 83 (*Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare*), Decreto Legge 17 marzo 2020, n. 18 *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27.

⁴⁰ Art. 83, comma 20, d.l. n. 18/2020, «*Per il periodo di cui al comma 1 (dal 9 marzo al 15 Aprile 2020) sono altresì sospesi i termini per lo svolgimento di qualunque attività nei procedimenti di mediazione ai sensi del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, nei procedimenti di negoziazione assistita ai sensi del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, nonché in tutti i procedimenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie regolati dalle disposizioni vigenti, quando i predetti procedimenti siano stati promossi entro il 9 marzo 2020 e quando costituiscono condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Sono conseguentemente sospesi i termini di durata massima dei medesimi procedimenti*».

fine di garantire l'esercizio dei diritti, perciò, durante la prima fase acuta di emergenza pandemica, è stata temporaneamente sospesa la durata dei termini delle tutele giudiziali e di quelle presupposte extragiudiziali. Lo stretto collegamento con il giudizio, in sostanza, ha giustificato l'applicazione della sospensione temporanea dei termini, tanto processuali, quanto della mediazione e dei procedimenti compositivi obbligatori.

Le più rigorose misure sanitarie restrittive, quantomeno per il periodo di *lockdown*, imponevano l'isolamento domiciliare e, comunque, vietavano gli assembramenti di persone. Tanto impediva la gestione presenziale anche delle attività inerenti sia ai processi, che alla mediazione e agli altri procedimenti compositivi che coinvolgono più persone, giudice o mediatore, avvocati, parti, periti, consulenti, testimoni, personale di cancelleria e segreteria.

Tuttavia, bisogna evidenziare come la gestione presenziale del processo costituiva, quantomeno fino all'introduzione delle disposizioni emergenziali sulle udienze in videoconferenza o mediante scambio di memorie difensive, l'unica modalità contemplata dal codice di rito per lo svolgimento dei giudizi. Solo con le norme emergenziali, infatti, sono state introdotte per la prima volta e in via provvisoria le modalità di gestione a distanza delle udienze giudiziali, per i diversi ambiti di contenzioso sia pubblico, penale, amministrativo, contabile e tributario, che privato, civile, commerciale e familiare⁴¹.

Per la mediazione e gli altri meccanismi stragiudiziali di composizione dei conflitti, in realtà, la disciplina previgente già contemplava le modalità di gestione a distanza dei procedimenti, senza la necessità della riunione fisica delle persone. Questi meccanismi, infatti, si caratterizzano per la semplicità e l'informalità che sono realizzate anche attraverso gli strumenti di comunicazione a distanza impiegati per l'avvio, lo svolgimento e la definizione dei procedimenti compositivi. Malgrado la disciplina normativa ammettesse la gestione a distanza delle tutele extragiudiziali, nella pratica applicativa la mediazione e, tendenzialmente, le altre procedure stragiudiziali compositive continuavano a svolgersi prevalentemente in maniera presenziale. Si seguiva un

⁴¹ Artt. 83 ss., d.l. n. 18/2020.

approccio molto tradizionale e conservatore in tutti i sistemi di gestione dei conflitti che, sostanzialmente, riproponevano l'impostazione presenziale coltivata dai giuristi nelle aule giudiziarie.

Del resto, quanto meno per la maggioranza dei giuristi, prima dell'emergenza pandemica era mancata l'effettiva frequenza di percorsi formativi teorici e pratici sulle piattaforme elettroniche per apprendere l'integrale gestione a distanza, anche con la videoconferenza, delle tutele giudiziali ed extragiudiziali. Si scontava, in definitiva, un'arretratezza e un'impreparazione culturale, professionale e tecnologica del sistema della giustizia nel suo insieme, anche dal punto di vista delle capacità di gestione agile del lavoro.

4. *La possibilità di gestire la mediazione a distanza durante la pandemia Covid-19.* – La legislazione emergenziale, come accennato, ha espressamente previsto che anche i procedimenti di mediazione potessero essere gestiti a distanza, con l'accordo delle parti, nelle fasi del *lockdown*⁴². La gestione a distanza, infatti, non presupponendo la riunione nello stesso luogo del mediatore, degli avvocati e delle parti, non richiede spostamenti, né contatti fisici e, quindi, non importa tra i partecipanti alcun rischio di contagio del virus⁴³.

⁴² Art. 83, d.l. n. 18/2020, comma 20-bis: *“Nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020, gli incontri di mediazione in ogni caso possono svolgersi in via telematica con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento. Anche successivamente a tale periodo gli incontri potranno essere svolti, con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento, in via telematica, ai sensi dell'articolo 3, comma 4, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, mediante sistemi di videoconferenza. In caso di procedura telematica l'avvocato, che sottoscrive con firma digitale, può dichiarare autografa la sottoscrizione del proprio cliente collegato da remoto ed apposta in calce al verbale ed all'accordo di conciliazione. Il verbale relativo al procedimento di mediazione svoltosi in modalità telematica è sottoscritto dal mediatore e dagli avvocati delle parti con firma digitale ai fini dell'esecutività dell'accordo prevista dall'articolo 12 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28”.*

⁴³ E. DALMOTTO, *L'arbitrato, la mediazione, la negoziazione assistita e gli altri ADR durante il COVID-19*, in *Il caso.it*, 29/07/2020, in https://blog.ilcaso.it/news_980/29-07-20/L%E2%80%99arbitrato_la_mediazione_la_negoziazione_assistita_e_gli_altri_ADR_durante_il_COVID-19.

L'utilizzazione delle tecniche di comunicazione a distanza, tuttavia, soddisfa plurime esigenze che non si esauriscono in quelle straordinarie insorte con la crisi pandemica, ma più in generale comprendono anche quelle ordinarie funzionali a semplificare, velocizzare e favorire la gestione agile della mediazione e dei procedimenti di tutela, sia extragiudiziali che giudiziali. Per queste ragioni funzionali, già la direttiva 2008/52/CE ha contemplato la possibilità di gestione a distanza della mediazione attraverso i mezzi elettronici⁴⁴, che sono utili per garantire la semplicità, rapidità, economicità e facilità di accesso e utilizzo della mediazione, soprattutto nelle controversie transfrontaliere⁴⁵.

La disciplina attuativa italiana, peraltro, ha previsto espressamente la possibilità di gestione a distanza della mediazione⁴⁶, con l'applicazione di alcune garanzie dirette a favorire l'accessibilità e la sicurezza del servizio compositivo. Sono gli organismi di mediazione, infatti, che fissano le regole di funzionamento mediante proprio regolamento⁴⁷ che, in ogni caso, deve permettere di presentare le istanze anche *offline*⁴⁸ e, inoltre, contenere anche specifiche regole per la gestione a distanza dei procedimenti⁴⁹, nel rispetto della riservatezza dei dati trattati⁵⁰.

Nella materia del consumo, il legislatore europeo ha approvato un pacchetto legislativo che, per un verso, con la direttiva 2013/11/UE⁵¹ disciplina il diritto dei consumatori di accedere ai sistemi

⁴⁴ Considerando n. 9, direttiva 2008/52/CE: "La presente direttiva non dovrebbe minimamente impedire l'utilizzazione di tecnologie moderne di comunicazione nei procedimenti di mediazione".

⁴⁵ Art. 2, direttiva 2008/52/CE.

⁴⁶ Art. 3, comma 4, d.lgs. n. 28/2010.

⁴⁷ Art. 3, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

⁴⁸ Art. 7, comma 4, d.m. n. 180/2010 ss.mm.

⁴⁹ Art. 3, comma 4, d.lgs. n. 28/2010.

⁵⁰ Artt. 3 e 9, d.lgs. 28/2010 e art. 7, comma 7, d.m. n. 180/2010.

⁵¹ Direttiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori). Al riguardo, v. Aa.Vv., *The new regulatory framework for consumer dispute resolution* a cura di P. Cortés, Oxford,

di risoluzione extragiudiziale delle controversie nei confronti dei professionisti⁵², imponendo requisiti di qualità armonizzati sia per gli organismi e sia per le procedure ADR⁵³. Tali requisiti, tra l'altro, impongono l'accessibilità sia *online* che *offline* degli organismi⁵⁴ e delle procedure⁵⁵, che devono essere gestibili anche a distanza⁵⁶ senza la necessità della presenza fisica delle parti⁵⁷.

Per altro verso, con il collegato regolamento (UE) 524/2013⁵⁸ è stata istituita la piattaforma elettronica ODR⁵⁹ che costituisce

2016; AA.Vv., *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo. Perfiles hispano-italianos* diretto da J.L. Tomillo Urbina, Granada, 2016; AA.Vv., *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018; AA.Vv., *ADR. Una giustizia complementare* a cura di F. Danovi, F. Ferraris, Milano 2018; AA.Vv., *Mediación, arbitraje y juriscicción en el actual paradigma de justicia* coordinato da S. Barona Vilar, Thomson Reuters-Civitas, 2016; AA.Vv., *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo* diretto da J.L. Tomillo Urbina, coordinato da I. ALVAREZ VEGA e G. Capilli, Comares, 2016; AA.Vv., *Estudios sobre Justicia online* diretto da E. VÁZQUEZ DE CASTRO, coordinato da C. FERNÁNDEZ CANALES, Comares, 2013; AA.Vv., *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law* a cura di D.C. Dragos, B.Neamtu, Springer Berlino-Heidelberg, 2014; AA.Vv., *Fordertics II: hacia una justicia 2.0* coordinato da F. BUENO DE MATA, Ratio Legis, 2014; AA.Vv., *Le online dispute resolution (ODR)* a cura di E. Minervini, Napoli, 2016; AA.Vv., *Consumer ADR in Europe* a cura di C. HODGE, I. BENÖHR, N. CREUZFELDT-BANDA, Oxford, 2012; AA.Vv., *ODR e tentativo obbligatorio di mediazione*, in *Le Corti salernitane*, n. 1, Napoli, 2015.

⁵² Artt. 1 e 5, Direttiva 2013/11/UE.

⁵³ Capo II Accesso e requisiti applicabili agli organismi e alle procedure ADR, artt. 5-12, direttiva 2013/11/UE.

⁵⁴ Art. 5, direttiva 2013/11/UE.

⁵⁵ Art. 8, direttiva 2013/11/UE.

⁵⁶ Art. 8, lett. a), direttiva 2013/11/UE.

⁵⁷ Art. 20, par. 2, lett. f), direttiva 2013/11/UE.

⁵⁸ Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (*regolamento sull'ODR per i consumatori*). Sulla fonte regolamentare, v. AA.Vv., *La resolución de conflictos con consumidores de la mediación a las ODR* coordinata da I. Barral Viñals, Editorial Reus, 2018; AA.Vv., *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo* diretto da M.J. Ariza Colmenarejo, M.J. Fernández-Figares Morales, Thomson Reuters Aranzadi,

il punto unico di accesso⁶⁰ per la proposizione delle procedure ADR relative al mercato digitale del consumo europeo. Sulla piattaforma ODR, infatti, è disponibile il modulo elettronico da compilare per la presentazione dell'istanza⁶¹ che viene comunicata alle parti⁶² e agli organismi ADR competenti⁶³ che devono essere registrati sulla stessa piattaforma⁶⁴. Le parti e l'organismo, inoltre, possono decidere di avvalersi della piattaforma ODR, che è gratuita e multilingue⁶⁵, anche per la gestione della procedura ADR di consumo⁶⁶.

Le disposizioni comunitarie sulle ADR in materia di consumo, comprese quelle sull'accessibilità a distanza, sono state recepite dal legislatore italiano⁶⁷ mediante una novellazione del codice del consumo⁶⁸. Come accennato, seppur di regola vo-

2018; AA.VV., *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América, Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado* diretto da F. Esteban de la Losa, P. Cortés, Tirant lo Blanch, 2015.

⁵⁹ Art. 5, regolamento (UE) n. 524/2013.

⁶⁰ Art. 5, par. 2, regolamento (UE) n. 524/2013.

⁶¹ Art. 8, regolamento (UE) n. 524/2013.

⁶² Art. 9, par. 2, regolamento (UE) n. 524/2013.

⁶³ Art. 9, par. 6, regolamento (UE) n. 524/2013.

⁶⁴ Art. 5, par. 6, regolamento (UE) n. 524/2013.

⁶⁵ Art. 5, par. 2, regolamento (UE) n. 524/2013.

⁶⁶ Art. 10, lett. d), regolamento (UE) n. 524/2013.

⁶⁷ Decreto legislativo 6 agosto 2015, n. 130 *“Attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori)”*.

⁶⁸ Artt. 141-141-decies, costituenti il «Titolo II-bis - Risoluzione extragiudiziale delle controversie», della parte V (Associazioni dei consumatori e accesso alla giustizia) del codice del consumo. Sulla disciplina codicistica italiana, v. AA.VV., *Le online dispute resolution (ODR)* a cura di E. MINERVINI, Napoli, 2016; AA.VV., *ODR e tentativo obbligatorio di mediazione*, in *Le Corti salernitane*, n. 1, Napoli, 2015; C. PILIA, *L'attuazione in Italia della direttiva 2013/11/UE sulle ADR per i consumatori*, in *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, n. 5, Cagliari, 2017, pp. 153 ss.; A.M. MANCALEONI, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori dopo la direttiva 2013/11/UE*, in *Europa e Diritto Privato*, n. 3, 2017, pp. 1064 ss.; V. MIRRA, *I sistemi di alternative dispute resolution trovano nuovo vigore: il recepimento della direttiva ADR e l'introduzio-*

lontario⁶⁹, l'esperienza della procedura ADR costituisce condizione di procedibilità dell'azione giudiziale⁷⁰ con riferimento alle controversie relative ai settori delle comunicazioni elettroniche⁷¹ e dell'energia, gas e servizio idrico integrato⁷², oltre che per le mediazioni obbligatorie di consumo⁷³.

Con modalità di comunicazione a distanza, inoltre, si gestisce la procedura di negoziazione assistita tramite avvocati introdotta nell'ambito del processo di degiurisdizionalizzazione del contenzioso⁷⁴, di regola su base volontaria⁷⁵, per le controversie civili, commerciali e delle crisi familiari⁷⁶. In tali, casi, infatti, il negoziato è condotto dagli avvocati, che si scambiano gli atti della procedura a distanza⁷⁷, anche nei casi in cui essa costituisce condizione di procedibilità dell'azione giudiziale⁷⁸.

Rispetto a un siffatto quadro normativo oramai consolidato, pertanto, è intervenuta la legislazione emergenziale che, dopo la temporanea sospensione della mediazione e delle altre pro-

ne del nuovo "arbitro per le controversie finanziarie", in Riv. dell'arbitrato, n. 4, 2016, pp. 693 ss.; F. MANOLITA, Dalle ADR offline alle procedure di online dispute resolution, in <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/646/M.%20Francesca.pdf>, 2015, pp. 1 ss.

⁶⁹ Art. 141, comma 4, cod. consumo.

⁷⁰ Art. 141, comma 6, cod. consumo.

⁷¹ Art. 141, comma 6, lett. b), cod. consumo.

⁷² Art. 141, comma 6, lett. c), cod. consumo.

⁷³ Art. 141, comma 6, lett. a), cod. consumo.

⁷⁴ Decreto legge 12 settembre 2014, n. 132 convertito con modificazioni dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, recante: "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile". Su tale disciplina, tra i tanti, v. F.P. LUISSO, *La negoziazione assistita*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 4/2015, pp. 649 ss.; C. PUNZI, *La c.d. «degiurisdizionalizzazione» della giustizia civile*, in Punzi, *Il processo civile - Le riforme del quinquennio 2010 - 2014*, Torino, 2015, pp. 1 ss.; G. FREZZA, "Degiurisdizionalizzazione", *negoziazione assistita e trascrizione*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 1/2015, pp. 18 ss.

⁷⁵ Art. 2, d.l. n. 132/2014.

⁷⁶ Art. 6, d.l. n. 132/2014.

⁷⁷ Art. 4, d.l. n. 132/2014.

⁷⁸ Art. 3, d.l. n. 132/2014.

cedure compositive obbligatorie, ne ha espressamente ammesso l'esperienza a distanza durante la pandemia, con l'accordo delle parti⁷⁹. In effetti, le disposizioni in vigore già ammettevano la gestione a distanza delle procedure compositive extragiudiziali, ancorché la prevalente prassi fosse incline alle modalità presenziali di gestione. La citata disposizione emergenziale, pertanto, si è limitata a esplicitare e, per certi versi, sollecitare l'applicazione di una disciplina che era già in vigore, ancorché fino ad allora fosse rimasta scarsamente sfruttata.

Sempre per favorirne la gestione a distanza, la legislazione emergenziale ha apportato alla disciplina vigente alcune significative novità normative e organizzative che hanno permesso di superare la necessità dei contatti fisici implicati negli incombeni procedurali iniziali e finali. Più precisamente, le disposizioni emergenziali hanno permesso che la parte possa dare a distanza l'incarico all'avvocato affinché l'assisti in mediazione⁸⁰ e, in caso di accordo conciliativo, che il mediatore, le parti e gli avvocati possano sottoscriverlo a distanza⁸¹.

⁷⁹ M. MARINARO, *Semplificato l'iter per la mediazione, videoconferenza e accordo «a distanza»*, in *Guida al diritto* del 30 maggio 2020, pp. 89 ss.

⁸⁰ Art. 83, comma 20-bis, D.L. 17/2020: *“Nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020, gli incontri di mediazione in ogni caso possono svolgersi in via telematica con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento. Anche successivamente a tale periodo gli incontri potranno essere svolti, con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento, in via telematica, ai sensi dell'articolo 3, comma 4, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, mediante sistemi di videoconferenza. In caso di procedura telematica l'avvocato, che sottoscrive con firma digitale, può dichiarare autografa la sottoscrizione del proprio cliente collegato da remoto ed apposta in calce al verbale ed all'accordo di conciliazione. Il verbale relativo al procedimento di mediazione svoltosi in modalità telematica è sottoscritto dal mediatore e dagli avvocati delle parti con firma digitale ai fini dell'esecutività dell'accordo prevista dall'articolo 12 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28”*.

⁸¹ Art. 83, comma 20-ter, D.L. 18/2020: *“Fino alla cessazione delle misure di distanziamento previste dalla legislazione emergenziale in materia di prevenzione del contagio da COVID-19, nei procedimenti civili la sottoscrizione della procura alle liti può essere apposta dalla parte anche su un documento analogico trasmesso al difensore, anche in copia informatica per immagine, unitamente a copia di un documento di identità in corso di validità, anche a mezzo di strumenti di comunicazione elettronica. In tal caso, l'avvocato certifica l'autografia mediante la sola apposizione della propria firma digitale*

La soluzione innovativa che ammette la certificazione a distanza delle sottoscrizioni, peraltro, non trova applicazione soltanto per la mediazione e le altre procedure compositive extragiudiziali, ma anche per le procedure giudiziali⁸². In tal senso, si è assistito a una decisa innovazione e semplificazione procedimentale che, durante la crisi pandemica, ha permesso di ovviare alle restrizioni sanitarie nella circolazione delle persone e ai divieti di loro assembramenti. Sarebbe auspicabile che siffatte soluzioni procedurali superassero la fase emergenziale, per divenire soluzioni strutturali, di “gestione agile delle tutele” tanto in ambito extragiudiziale, quanto giudiziale⁸³. Tanto si rende necessario per affrontare l'ondata di conflittualità generata dalla crisi pandemica e, più in generale, per ammodernare e dare efficienza al sistema italiano delle tutele per tanti versi ancora troppo arretrato e farraginoso.

5. Le disposizioni privatistiche che escludono la responsabilità in caso di osservanza delle prescrizioni sanitarie anticovid. – La

sulla copia informatica della procura. La procura si considera apposta in calce, ai sensi dell'articolo 83 del codice di procedura civile, se è congiunta all'atto cui si riferisce mediante gli strumenti informatici individuati con decreto del Ministero della giustizia”.

⁸² Il problema della conciliazione giudiziale da remoto è stato risolto con la modifica dell'art. 88, comma 2, disp. att. c.p.c. introdotta con la l. n. 70/2020 di conversione del d.l. n. 28/2020, nel quale è stato inserito un secondo comma così formulato: “Quando il verbale d'udienza, contenente gli accordi di cui al primo comma ovvero un verbale di conciliazione ai sensi degli articoli 185 e 420 del codice, è redatto con strumenti informatici, alla sottoscrizione delle parti, del cancelliere e dei difensori tiene luogo apposita dichiarazione del giudice che tali soggetti, resi pienamente edotti del contenuto degli accordi, li hanno accettati. Il verbale di conciliazione recante tale dichiarazione ha valore di titolo esecutivo e gli stessi effetti della conciliazione sottoscritta in udienza”. A.L. TERZI, *I giudici del lavoro, l'udienza da remoto e la conciliazione giudiziale*, in *Questione giustizia*, 7.7.2020, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/i-giudici-del-lavoro-l-udienza-da-remoto-e-la-conciliazione-giudiziale>.

⁸³ E. DALMOTTO, *La fine anticipata della seconda fase e la ripresa dei processi dopo il COVID-19*, in *Il caso.it*, 27/06/20, in https://blog.ilcaso.it/news_971; M. MARINARO, *La mediazione (telematica) dell'emergenza: un'opportunità per la giustizia civile*, in *www.Judicium.it* del 1° giugno 2020, pp. 1 ss.

legislazione emergenziale ha pure introdotto importanti disposizioni di carattere sostanziale, applicabili ai rapporti privatistici contrattuali e, più in generale, obbligatori che hanno subito gli effetti negativi della crisi pandemica⁸⁴. Il rispetto delle prescrizioni sanitarie di contrasto ai contagi, nel limitare direttamente o indirettamente il normale svolgimento delle attività, ha complicato notevolmente e, in molti casi, reso impossibile l'esecuzione delle prestazioni dovute. L'inattuazione diffusa degli impegni giuridici ha ingenerato una generalizzata criticità, assai pericolosa sul piano della tenuta economica e sociale dell'ordinamento.

Con la più significativa disposizione privatistica di portata più generale, perciò, si è riconosciuto che dell'osservanza delle prescrizioni sanitarie di contrasto ai contagi si deve tenere conto nel valutare la responsabilità del debitore e le altre conse-

⁸⁴ Sulle discipline emergenziali dei rapporti privatistici, tra i tantissimi contributi pubblicati, v. F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 207 ss.; S. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID19*, *ivi*, pp. 213 ss.; A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, *ivi*, pp. 227 ss.; V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, *ivi*, pp. 233 ss.; F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, *ivi*, pp. 237 ss.; P. CHIARELLA, *Solidarietà necessaria: erogazioni liberali nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, *ivi*, pp. 253 ss.; M. RUBINO DE RITIS, *Gli effetti della pandemia sull'economia digitale*, *ivi*, pp. 259 ss.; M. ATELLI, *Privato sociale alla prova della videoconferenza*, *ivi*, pp. 267 ss.; D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., pp. 3 ss.; R.M. MAUGERI, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa*, *ivi*, pp. 11 ss.; A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, *ivi*, pp. 143 ss.; R. DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, *ivi*, pp. 151 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, di Claudio Scognamiglio, *ivi*, pp. 159 ss.; STUDIO BONELLI EREDE, *Incidenza del coronavirus su alcune tipologie contrattuali*, *ivi*, pp. 169 ss.; R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, *ivi*, pp. 225 ss.; U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, *ivi*, pp. 235 ss.; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, *ivi*, pp. 245 ss.

guenze dell'inadempimento⁸⁵. In sostanza, a seconda dei casi, si introduce un'esimente ovvero un'attenuante di responsabilità per coloro che non hanno potuto adempiere in ragione delle prescrizioni sanitarie anticovid. Per l'ampia portata e la formulazione aperta, in effetti, la disposizione non si riferisce alla sola fattispecie codicistica dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, ma abbraccia un ventaglio molto più ampio di situazioni di graduata difficoltà. Inoltre, la disposizione rimane aperta anche sul piano rimediale. La risoluzione del contratto e l'estinzione dell'obbligazione, quali rimedi estintivi, non paiono soddisfare tutte le esigenze protettive, che richiedono anche rimedi correttivi e manutentivi del rapporto giuridico, da adeguare alle sopravvenienze pandemiche⁸⁶.

A tal fine, la legislazione emergenziale comprende numerose altre disposizioni settoriali adottate con la specifica finalità di salvaguardare le relazioni giuridiche⁸⁷. Così, tra gli altri, possono menzionarsi gli interventi privatistici in materia di rapporti di lavoro⁸⁸, bancari⁸⁹, di locazione⁹⁰, dei servizi turistici⁹¹, etc. A tal fine,

⁸⁵ Art. 3, comma 6-bis, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 recante "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19", convertito in legge 5 marzo 2020, n. 13, dispone "6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti".

⁸⁶ Con riferimento a questa disposizione emergenziale, tra gli altri, v. L. GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, in www.giustiziacivile.com; F. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, 1, cit., pp. 213 ss.; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, 2, cit., pp. 245 ss.

⁸⁷ A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in AA.Vv., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., pp. 383 ss.

⁸⁸ M. FATICATO, *Ammortizzatori sociali per Covid-19 e la schizofrenia normativa: dalla conversione del d.l. Cura Italia al d.l. Rilancio*, in AA.Vv., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., pp. 195 ss.; M. VERZARO, *Il divieto di licenziamento nel decreto "Cura Italia"*, *ivi*, pp. 277 ss.; P. IERVOLINO, *Sospensione (rectius nullità) dei licenziamenti economici per il COVID-19 e dubbi di legittimità costituzionale*, *ivi*, pp. 293.

tuttavia, le autorità hanno dovuto adottare massicce politiche pubbliche di sostegno economico e assistenziale, a favore di ampie fasce di popolazione, lavoratori, professionisti e imprese. In tal modo, si sono intesi tutelare i fabbisogni primari delle persone in difficoltà, ma anche preservare il tessuto produttivo del Paese che è stato gravemente pregiudicato dal protrarsi della crisi pandemica⁹².

Le misure economiche, per tanti versi, hanno inteso mitigare gli effetti pregiudizievoli della pandemia, nel tentativo di contenere l'accesa conflittualità che si prospetta sia nei rapporti privatistici, che verso la pubblica amministrazione, soprattutto quella tributaria.

6. *L'obbligatorietà della mediazione per le controversie contrattuali conseguenti alla pandemia.* – La grave crisi pandemica è

⁸⁹ L. SICIGNANO, *La modifica unilaterale dei contratti bancari al tempo del Covid-19. Prime riflessioni*, in AA.Vv., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., pp. 27 ss.; S. GUADAGNO, *La conclusione dei contratti bancari all'epoca del covid-19: tra obblighi di forma e obblighi di comportamento*, *ivi*, pp. 53 ss.; R.M. MAUGERI, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa*, cit., pp. 11 ss.

⁹⁰ L. MASSA, *Oltre la Crisi. Lockdown e locazioni commerciali*, in AA.Vv., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., pp. 309 ss.; F. FERRO LUZZI, *Effetti secondari del Covid-19: la sopravvenuta, momentanea, modifica del dna dell'oggetto del contratto di locazione di esercizio commerciale*, *ivi*, pp. 315 ss.; U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, cit., pp. 235 ss.; V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, cit., pp. 233 ss.

⁹¹ R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, cit., pp. 225 ss.; V. VILLANOVA, *I viaggi e gli spostamenti al tempo del Covid-19: qualche riflessione sullo scioglimento del contratto e sulla tutela di passeggeri e viaggiatori*, in AA.Vv., *Emergenza Covid-19 e questioni di diritto civile*, a cura di E. Lucchini Guastalla, Torino, 2020, pp. 71 ss.; A. PEPE, *L'emergenza sanitaria da Coronavirus tra impossibilità sopravvenuta e impossibilità di utilizzazione della prestazione nei contratti di trasporto, di viaggio e del tempo libero (artt. 88 e 88 bis, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 conv. con modif. dalla l. 24 aprile 2020, n. 27)*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2020, pp. 596 ss.

⁹² G. ILIAS VIGLIOTTI, *Note sulla Cassa integrazione in deroga al tempo del diritto emergenziale*, AA.Vv., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., pp. 251 ss.; M. FALSONE, *Emergenza Covid e benefici dedicati al "settore privato": chi ne resta escluso?*, in AA.Vv., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., pp. 95 ss.

causa del diffondersi di una profonda e generalizzata conflittualità che si insinua in tutti i settori, sia pubblici che privati, dell'ordinamento, minacciando la tenuta della coesione economica e sociale, sia interna che internazionale. Tendenzialmente, tutti i rapporti giuridici sono esposti agli effetti negativi della crisi pandemica e, pertanto, si rende necessario approntare meccanismi rapidi ed efficienti di tutela, anche avvalendosi delle soluzioni tecnologiche che si sono sperimentate nella fase emergenziale.

Si ipotizza, infatti, un'imponente ondata di contenziosi collegati alla crisi pandemica che ha alterato in maniera significativa sia la normalità della dinamica dei rapporti e sia l'equilibrio delle posizioni giuridiche che si avevano prima dell'affacciarsi del Covid. Non è pensabile che con il superamento della fase emergenziale si torni automaticamente, tantomeno in breve tempo, alla situazione precedente. Ne sono conferma le misure finanziarie straordinarie che a livello europeo, nazionale e locale si stanno approvando per garantire la tenuta dell'ordinamento e la graduale ripresa delle attività, con la necessaria approvazione di riforme strutturali che interessano anche la giustizia e il sistema delle tutele giudiziali e stragiudiziali.

L'attuale sistema giurisdizionale, infatti, non appare in grado di reggere l'ondata di conflittualità scatenata dalla crisi pandemica. Per un verso, come accennato, le misure sanitarie anticovid hanno paralizzato e, comunque, rallentato enormemente l'ordinaria attività degli uffici giudiziari, così da provocare l'incremento degli arretrati e, per tanti versi, esasperare le croniche criticità strutturali della giurisdizione italiana. Tantomeno, gli uffici giudiziari sembrano in grado di fare fronte alla nuova conflittualità generata dalla pandemia, soprattutto se non si avviano le attese riforme di sistema che diano finalmente efficienza alla tutela giurisdizionale.

Anzitutto, bisogna intervenire sui meccanismi extragiudiziali di composizione dei conflitti che devono operare in via preventiva rispetto all'avvio del processo. Solo in tal modo, per un verso, si impedisce che si sovraccarichi e, quindi, si paralizzi l'attività giurisdizionale, impaludandola nella miriade di contenziosi che dovrebbero essere definiti con altri e più appropriati mezzi compositivi. Perlomeno, bisognerebbe provare a risolverli in via

pregiudiziale. Per altro verso, in questo modo si eviterebbe che i conflitti si esasperino e finiscano per degenerare in una conflittualità diffusa che costituisce un'insidia temibile per la coesione economica e sociale del Paese.

Tra gli strumenti extragiudiziali, peraltro, sarebbero da favorire quelli finalizzati al raggiungimento di una soluzione amichevole di tipo consensuale e, in specie, la mediazione⁹³. I vantaggi dei meccanismi consensuali, infatti, consistono proprio nella capacità di rinsaldare le relazioni tra le parti in conflitto, accompagnandole verso nuovi assetti reciprocamente vantaggiosi. Soprattutto in questa fase, infatti, la priorità del sistema delle tutele dovrebbe essere quella di tentare in via immediata di comporre amichevolmente i conflitti, con soluzioni che siano condivise dai contendenti.

In tal senso, nella legislazione emergenziale si ravvisa un'altra disposizione significativa che impone la condizione di procedibilità dell'esperimento della mediazione per le controversie contrattuali originate dall'applicazione delle prescrizioni sanitarie anticovid⁹⁴. Una nuova fattispecie di mediazione obbligatoria, quindi, che intende proprio deflazionare il contenzioso giudiziario, ma più in profondità sviluppare una dinamica amichevole di composizione dei conflitti in chiave solidaristica.

Una siffatta lettura teleologica della nuova obbligatorietà della mediazione per le controversie contrattuali Covid, peraltro, è suggerita dalla collocazione sistematica della disposizione emergenziale subito di seguito rispetto a quella sostanziale che ha introdotto l'esimente dalla responsabilità collegata all'osser-

⁹³ Con riferimento agli interventi della legislazione emergenziale sulla mediazione, M. MARINARO, *Obblighi contrattuali: la mediazione per risolvere le liti post-emergenza*, in *Guida al diritto del 25 luglio 2020*, pp. 79 ss.

⁹⁴ L'art. 1, comma 1, della legge 25 giugno 2020, nel convertire con modifiche il d.l. 30 aprile 2020 n. 28, ha disposto che "All'art.3 del d.l. 23.2.20 n. 6 convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020 n.13 dopo il comma 6-bis è inserito il seguente: 6-ter nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali nelle quali il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante l'emergenza epidemiologica da COVID 19 sulla base di disposizioni successive, può essere valutato ai sensi dell'art.6 bis, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del comma 1 bis dell'articolo 5 del Decreto Legislativo 28/10, costituisce condizione di procedibilità della domanda".

vanza delle prescrizioni sanitarie⁹⁵. In pratica, le due disposizioni si collegano funzionalmente nel responsabilizzare le stesse parti a trovare una soluzione amichevole per la crisi del rapporto, anche avvalendosi dell'assistenza del mediatore prima di rivolgersi all'autorità giudiziaria.

Si ravvisano le prime indicazioni che, sul piano sostanziale e procedimentale, tracciano le linee evolutive delle soluzioni amichevoli per la conflittualità pandemica, con il diretto e responsabile coinvolgimento delle parti contendenti. Esse, in primo luogo, devono farsi carico di trovare un componimento bonario, che permetta di superare la crisi mantenendo la relazione. Si tratta, com'è evidente, di disposizioni necessarie, ma ancora non sufficienti, in quanto occorrono riforme strutturali di portata generale improntate al principio solidaristico.

7. I principi generali di solidarietà e buona fede per la gestione delle sopravvenienze. – La crisi pandemica, per tanti versi, ha mostrato alcune criticità strutturali sul piano delle discipline sia sostanziali e sia delle tutele che segnano il nostro ordinamento. Probabilmente, l'emergenza Covid contribuisce al processo di riforma già in atto che, invero, da tempo si sarebbe dovuto avviare e che, comunque, non pare più differibile. All'attuazione delle riforme strutturali, a cominciare da quelle della giustizia, infatti, le istituzioni europee subordinano l'erogazione degli ingenti finanziamenti del *recovery and Resilience fund* per l'Italia⁹⁶.

Evidente appare l'insufficienza delle disposizioni emergenziali rispetto agli ambiziosi obiettivi del Paese di comporre la conflittualità originata dalla pandemia e, in prospettiva, realizzare le

L'art. 91 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, ha introdotto il comma 6-bis, del citato art. 3, del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, che dispone "6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti".

⁹⁵ M. SCARSI, *Mediazione e controversie covid 19*, in *Diritto.it*, 8 luglio 2020, in <https://www.diritto.it/mediazione-e-controversie-covid-19/>.

⁹⁶ Con riferimento ai sistemi di finanziamento della crisi in Europa, v. AA.VV., *Andamento congiunturale*, in *Riv. dott. comm.*, 3, 2020, pp. 525 ss.

attese riforme strutturali della giustizia. Tanto è dimostrato dalla necessità di fare ricorso, in via interpretativa, ai principi generali dell'ordinamento, cominciando da quelli di solidarietà e buona fede per gestire le sopravvenienze del Covid-19.

Da tempo sia la dottrina che la giurisprudenza avevano segnalato i limiti del sistema codicistico delle sopravvenienze contrattuali, tutto incentrato sulla risoluzione per impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta⁹⁷. Da riconsiderare, da un lato, sono gli angusti spazi applicativi delle due tradizionali fattispecie tipizzate nel codice civile, da estendere a una serie di altre situazioni parimenti rilevanti, in quanto idonee ad alterare in maniera significativa l'iniziale equilibrio delle posizioni dei contraenti. Dall'altro, occorre pure ripensare l'apparato rimediabile, ancora tutto incentrato sull'approccio demolitorio, che pone fine alla relazione giuridica alterata, piuttosto che intervenire per la sua conservazione mediante il ripristino dell'equilibrio delle posizioni delle parti coinvolte.

Prendendo spunto dai numerosi indici normativi contenuti sia nella disciplina codicistica dei contratti in generale e sia in quelle dei contratti speciali, ma soprattutto attraverso un'applicazione diretta dei principi generali di solidarietà e buona fede, autorevole dottrina⁹⁸ ha sostenuto l'esigenza di un complessivo superamento del tradizionale approccio alle sopravvenienze contrattuali. In tal senso, i principi generali permettono sia di dare rilevanza a ulteriori fattispecie sopravvenute, diverse dall'impossibilità e dalla eccessiva onerosità sopravvenuta, che siano capaci di alterare in maniera significativa l'iniziale equilibrio contrattuale delle posizioni. Sempre i principi generali giustifi-

⁹⁷ Sulle varie posizioni sostenute in dottrina e giurisprudenza, G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e mercato*, 2020, 1, pp. 3 ss.; E. TUCCARI, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018; R. SACCO, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 2016, pp. 1708 ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, pp. 63 ss; *Id.*, *Adeguamento e rinegoziare nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

⁹⁸ G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, cit., pp. 5 ss.; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, cit., pp. 207 ss.

cano l'applicazione di rimedi nuovi di tipo conservativo-correttivo, finalizzati al ripristino dell'equilibrio delle posizioni. In tal senso, si afferma l'applicazione generale del rimedio della rinegoziazione attraverso cui le parti sono tenute a tentare una revisione consensuale del rapporto al fine di riportarlo all'iniziale posizione di equilibrio. Nell'esercizio di un siffatto rimedio finalizzato a realizzare una gestione solidale delle sopravvenienze, le parti si devono attenere al principio di buona fede. In mancanza, peraltro, spetta al giudice un intervento correttivo, diversamente atteggiato a seconda dei casi e degli interessi delle parti⁹⁹.

Verso una tale riforma delle sopravvenienze, peraltro da tempo realizzata da altri ordinamenti nazionali sulla scorta di principi internazionali¹⁰⁰, si stava avviando anche l'Italia con il progetto di legge governativa di revisione del codice civile¹⁰¹. L'emergenza pandemica, con ogni probabilità, darà una spinta decisiva

⁹⁹ In proposito, v. L. GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, in AA.VV., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., pp. 345 ss.; R. FRANCO, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, *ivi*, pp. 359 ss.; A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, *ivi*, pp. 383 ss.; A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, *ivi*, pp. 403 ss.; G. SPARANO, *Effetti della pandemia sui contratti. Tesi dell'unitarietà*, *ivi*, pp. 413 ss.; R. MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile*, *ivi*, pp. 417 ss.

¹⁰⁰ F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, cit., pp. 210.

¹⁰¹ Sul disegno di legge governativo per la revisione del codice civile (DDL Senato n. 1151), presentato in Parlamento, v. F. AZZARI, *Ricodificazione del diritto dei contratti: il ruolo della parte generale e l'influenza delle discipline di settore*, in *Contratto e impresa*, 2019, n. 2, pp. 571 ss.; L. BALESTRA, V. CUFFARO, C. SCOGNAMIGLIO, G. VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni*, in *Il Corriere Giuridico*, n. 5/2019, pp. 589 ss.; A. GENTILI, *Il drafting legislativo (per una revisione del codice civile) – Introduzione*; M. AINIS, *Il buon legislatore e il codice civile*; A. BELVEDERE, *Alcuni aspetti del drafting legislativo*; V. ROPPO, *Note minime in tema di drafting legislativo e revisione del codice*; H. SIMONETTI, *Il drafting legislativo e la riforma del codice civile*, contenuti negli *Atti del Convegno "Il Drafting Legislativo (per una revisione del codice civile)"* organizzato dalla Associazione dei Civilisti italiani a Roma il 25 gennaio 2019, resi disponibili online all'indirizzo: <https://www.civilistitaliani.eu/>.

per l'approvazione della riforma sostanziale delle sopravvenienze contrattuali nella disciplina codicistica¹⁰².

Non meno importante, tuttavia, è l'attesa riforma organica dei sistemi di tutela, a cominciare da quelli extragiudiziali di risoluzione consensuale, che si incentrano sul meccanismo della mediazione. Da anni si sollecita una riforma che ha formato oggetto di elaborazione ad opera di autorevoli Commissioni di studio¹⁰³. L'esigenza, infatti, è quella di dare finalmente effettività alle tutele¹⁰⁴ e, quindi, garantire che le parti procedano esse stesse alla rinegoziazione del rapporto, non solo nei casi di sopravvenienze contrattuali, ma ogni qual volta insorga un conflitto, prima di attivare la tutela giudiziale. Al riguardo, le organiche discipline di matrice comunitaria della mediazione e dei sistemi ADR/ODR di consumo offrono un quadro di principi generali, regole di funzionamento e organizzazione dei servizi compositivi che possono utilmente essere impiegati per garantire l'effettività delle tutele dei diritti.

8. *Oltre l'imposizione dell'obbligatorietà.* – L'imposizione dell'obbligo legale della mediazione, oltre che delle altre procedure compositive extragiudiziali, quali condizioni di procedibilità dell'azione giudiziale, in effetti, costituisce una misura costringitiva che, per tanti aspetti, si rende necessaria per sostenere l'indifferibile introduzione di un nuovo sistema di tutele consensuali che sia effettivamente praticato. L'obbligatorietà dell'espe-

¹⁰² Sul documento presentato dall'Associazione dei Civilisti italiani a sostegno della riforma codicistica delle sopravvenienze contrattuali, v. A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, pp. 4 ss.

¹⁰³ In particolare, merita di essere segnalata la proposta di organica riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione formulata dalla Commissione di studio presieduta dal prof. Guido Alpa, nominata dal Ministro della Giustizia con d.m. 7 marzo 2016, Aa.Vv., *Un progetto di riforma delle ADR*, Napoli, 2017; G. ALPA, *Commissione di studio per l'elaborazione di una organica disciplina volta alla «degiurisdizionalizzazione»*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2, 2017, pp. 793 ss.

¹⁰⁴ G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e Mercato, Saggi*, 2020/1, pp. 3 ss.

rimento della mediazione, come pure delle altre procedure compositive, peraltro, costituisce una misura funzionale non solo alla gestione dell'ondata di nuova conflittualità provocata dall'emergenza pandemica, ma più in generale al superamento dell'oramai cronica crisi strutturale del sistema italiano delle tutele, che si avvitano ancora sull'automatismo generalizzato dell'approdo giurisdizionale¹⁰⁵.

L'obbligtorietà della mediazione, trascorsa oramai una decina di anni dalla sua introduzione in Italia, ha cominciato a dare i suoi frutti, permettendo di infrastrutturare il relativo sistema e avviare un nuovo approccio nella gestione consensuale dei conflitti. Il cambiamento è iniziato, ma i tempi di realizzazione sono lunghi e richiedono uno sforzo corale di tutti. Ancora una volta, la crisi pandemica può innescare una necessaria accelerazione dell'avviato processo di cambiamento, con una generalizzazione dell'utilizzo degli strumenti di autocomposizione negoziale dei conflitti sui diritti disponibili.

Invero, l'imposizione dell'obbligtorietà legale e di quella giudiziale costituisce il modello costrittivo resosi necessario in ragione dell'evidente carenza di cultura della mediazione e delle altre ADR/ODR, quali meccanismi complementari alla giurisdizione che concorrono a formare il sistema moderno della giustizia. Si potrebbe e, in prospettiva, si dovrà prescindere dall'imposizione eteronoma della mediazione se il suo esperimento diviene scelta volontaria e responsabile che trovi piena condivisione e valido sostegno da parte di tutta la società¹⁰⁶.

L'approdo della riforma strutturale della giustizia, invero, dovrebbe essere l'assunzione generalizzata dell'impegno verso una gestione sostenibile e responsabile dei conflitti, come proiezione solidaristica del senso più profondo dell'appartenenza alla comunità. Le istituzioni, a cominciare da quelle preposte all'educazione e alla formazione, infatti, dovrebbero assumere un ruolo strategico in questo processo di cambiamento dalla mentalità del liti-

¹⁰⁵ V. MAGLIONE, *Il lockdown toglie spazio alla mediazione. Ma intanto l'arretrato civile cresce*, in *Il Sole24ore*, 23 novembre 2020, in https://www.ilsole24ore.com/art/il-lockdown-toglie-spazio-mediazione-ma-intanto-l-arretrato-civile-cresce-ADwazh1?refresh_ce=1.

¹⁰⁶ In proposito, v. AA.VV., *Mediación, conciliación y arbitraje tras la pandemia*, diretto da G. Cerdeira Bravo de Mansilla, C. Pilia, Santiago, 2020.

gio, verso quella del dialogo e dell'accordo. Ma le stesse amministrazioni pubbliche nella gestione dei conflitti, a cominciare da quelli interni e con altre amministrazioni, dovrebbero seguire un approccio lealmente collaborativo. Lo stesso approccio si dovrebbe diffondere tra le imprese, anche attraverso meccanismi premiali di tipo reputazionale e competitivo da diffondere nelle dinamiche virtuose di mercato. I cittadini, infine, dovrebbero conoscere e sostenere il valore civico ed etico dell'approccio collaborativo, senza necessità che continui ad essere imposto dalla legge o da un ordine del giudice.

Solo in questa prospettiva di evoluzione collaborativa, per tanti aspetti utopica negli attuali scenari italiani di crisi strutturale e pandemica, l'introduzione generalizzata dell'obbligatorietà della mediazione per la gestione dei conflitti costituisce la premessa per il passaggio all'assunzione volontaria dell'impegno responsabile alla gestione collaborativa dei conflitti¹⁰⁷. Almeno questo è l'auspicio di una stagione di riforme e miglioramenti in senso solidaristico per la giustizia e, più in profondità, per l'intera società.

¹⁰⁷ Sul nuovo approccio collaborativo nella gestione dei conflitti, v. E. LAUROBA, *El derecho colaborativo como ADR y herramienta de la abogacía del futuro*, in AA.VV., *Mediación, conciliación y arbitraje tras la pandemia*, diretto da G. Cerdeira Bravo de Mansilla, C. Pilia, cit., pp. 43 ss.

GEMA VALLEJO PÉREZ*

LA MEDIACIÓN COMO RESPUESTA A LA SITUACIÓN JURÍDICA ANTE LA COVID 19 EN ESPAÑA

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La crisis pandémica. – 3. La situación judicial. – 4. Conclusión

1. *Introducción.* – Los sistemas de resolución de controversias alternativos a la jurisdicción, y entre ellos la mediación, se fueron implantando debido a importantes cambios sociales sucedidos en el pasado siglo XX. También, debido a esto, se produjo un cambio de mentalidad en la sociedad, de tal manera que los individuos tomaron conciencia de la importancia de su papel como partes involucradas en sus problemas y como interesados quieren participar en la decisión de las soluciones a adaptar.

2. *La crisis pandémica.* – La aparición del nuevo coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19) tuvo como consecuencia que el día 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declarara la realidad de una pandemia a nivel mundial. Esta pandemia también está provocando importantes cambios en la sociedad, como explicaremos mas adelante.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, fue la primera medida adoptada por el Gobierno para atajar esta grave situación en nuestro país, la cual llevaba aparejada un confinamiento de la población y una paralización casi total de la actividad en todo aquello que no fueran servicios esenciales. Le siguió el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes ex-

* Profesora de derecho de la Universidad de León.

traordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, donde se establecían una serie de medidas para hacer frente a esta crisis sanitaria, económica y social.

Como consecuencia de la implantación del Estado de Alarma, y sus sucesivas prórrogas, supuso una importante ralentización de todas las administraciones, y entre ellas de la Administración de Justicia. Hubo un cese total de la actividad que se reanudó en el mes de mayo cuando se determinó la situación de “nueva normalidad”. (En el momento de escribir estas líneas sigue en vigor el Estado de Alarma).

Se puede asegurar que esta situación tan especial provocó el aumento del número de conflictos y, por lo tanto, se produjo también un aumento del número de asuntos que se ingresaron en todas las jurisdicciones de nuestro país. De esta manera, y comparándolo con una situación no muy lejana en el tiempo, pero también en un escenario de crisis, nos podemos referir a las cifras del año 2009, cuando el número de asuntos ingresados en todas las jurisdicciones de nuestro país era de 9.355.526, frente a los 7.725.120 del año 2005. En el año 2015 había bajado hasta los 8.376.311¹.

Esta crisis sanitaria, no habría hecho más que empezar², y tiene (y tendrá) importantes repercusiones económicas y sociales que, ya en un primer momento, derivaron en numerosos problemas y conflictos, tales como; despidos laborales, expedientes temporales de regulación de empleo, situaciones económicas en las empresas que acabaron con concursos de acreedores, problemas a la hora de realizar las custodias compartidas, quejas de asociaciones de consumidores y usuarios, incumplimientos de pagos de alquileres de viviendas y locales de negocio, violencia de género (mujeres que vieron agravada su situación por el confinamiento), problemas de libertad de circulación durante el confinamiento, incumplimiento de contratos comerciales por imposibilidades diversas y muchísimos más. Además, debemos

¹ FIDE, *Resolución de conflictos en Tiempos del Covid-19: La Mediación*, página web. Disponible en: [https://www.fidefundacion.es/Resolucion-de-Conflictos-en-Tiempos-del-Covid-19-la-Mediacion_a1318.html].

² Nel momento de escribir estas líneas, el día 8 de diciembre de 2020, se están inyectando las primeras dosis de la vacuna de la compañía Pfizer en el Reino Unido. Diario El Mundo. Disponible en: <https://www.elmundo.es/espana/2020/12/08/5fced50afdddff7da38b45a0.html>.

añadir el correspondiente retraso en todos los asuntos producido por la paralización.

Después de las diferentes Órdenes del Ministerio de Justicia se fueron activando Fases de Desescalada para la Administración de Justicia y como consecuencia de su aplicación los juzgados de nuestro país se han ido adaptando a esta “nueva normalidad” que estamos viviendo. Y así, solamente en algunas jurisdicciones (como en algunos casos, la penal), la presencialidad es obligatoria dependiendo de las circunstancias, y, a pesar del esfuerzo efectuado por todos los operadores jurídicos (establecimiento de turnos de tarde, trabajar en agosto, celebración de juicios telemáticos...) parece que no se ha recuperado la esperada “normalidad”³.

Para los abogados la falta de normalidad es un hecho constatado y según palabras de la presidenta del Consejo General de la Abogacía, Doña Victoria Ortega: “La abogacía es quizá un sector de actividad que se puede comparar con el impacto general: unos pocos actores para quien su volumen de trabajo ha desbordado cualquier previsión imaginable, como los laboralistas, y una generalidad fuertemente golpeada por la drástica caída de la demanda de servicios jurídicos”

Y así, debido a la situación expuesta y generada como consecuencia de la pandemia del Covid-19 se espera “una importante entrada de asuntos en los órganos judiciales como consecuencia de este extenso periodo de ralentización estructural de la Administración de Justicia, canalizando el previsible incremento de la litigiosidad”, según reza el Real Decreto 1050/2020, de 1 de diciembre, de creación de treinta y tres unidades judiciales COVID-19 correspondientes a la programación de 2020, el cual crea y constituye, entre otros, 15 juzgados de lo social y 13 juzgados de lo mercantil distribuidos por todo nuestro país.

3. *La situación judicialia.* – Pero no debemos olvidar el enorme coste económico de la Justicia. Sumando los presupuestos de Ministerio de Justicia, de las Comunidades Autónomas y del Conse-

³ Revista del Consejo General de la Abogacía, m-um 124, noviembre 2020. Disponible en: Española <https://www.abogacia.es/revista/revistaabogacia/124/#page=1>.

jo General del Poder Judicial, a 31 de diciembre de 2018, se llegaba a los 4.057.015.422 euros, y la cifra alcanzada en consignaciones es de 4.552.951.714 euros⁴. Este coste se verá incrementado, indudablemente, con el aumento de la litigiosidad.

En cualquier caso, no será nunca responsabilidad de los ciudadanos la saturación de la Administración de Justicia, al igual que la ciudadanía, no ha sido tampoco responsable del colapso hospitalario producido por el coronavirus durante los momentos más duros de la pandemia. Del mismo modo que se operó en la sanidad (y se sigue actuando) tomando medidas excepcionales, incluso ocupando hoteles y construyendo hospitales de campaña, se deberán tomar medidas extraordinarias ante el problema judicial que se avecina⁵.

Algunos autores⁶ hablan ya de una sociedad *post-covid* donde algunos valores sociales han cambiado y donde se ha recuperado la sociabilidad propia de la naturaleza humana, la confianza en

⁴ FIDE, Resolución de conflictos en Tiempos del Covid-19: La Mediación, *op. cit.*

⁵ G. VALLEJO PÉREZ, *Los sistemas de solución de diferencias frente a la crisis del Covid-19, especial referencia a la mediación*, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, 2020, en prensa.

⁶ N. Beloso Martín ha trabajado el impacto de la pandemia en el Derecho, en la sociedad y en las formas de gestionar los conflictos. *Vid.* N. BELLOSO MARTÍN, *¿Hacia un Estado pandémico? Algunas valoraciones a partir del efecto Covid-19* en L.L. PILAU SOBRINHO, C. CALGARO, L. SEVERO ROCHA (Organizadores), *COVID-19 e seus paradoxos*, Vol. I, Universidade de Caxias do Sul-Universidade de Passo Fundo-Universidade do Vale do Itajaí-Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil, 2020, pp. 383-411; también, N. BELLOSO MARTÍN, La sociedad del post-Covid19: oportunidad para impulsar y consolidar la mediación en C. PILIA, G. CERDEIRA (Directores), E. PIZARRO MORENO (Coordinador), *Mediación, conciliación y arbitraje tras la pandemia*, Vol. II, OLENIJK, 2020 (en prensa); N. BELLOSO MARTÍN, *La multidimensionalidad de una pandemia. Sociedad y Derecho en la era del post-coronavirus*, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* nº 43 (diciembre 2020) (inédito); y por último, de la misma autora, "La sociedad del post-covid19: oportunidad para impulsar y consolidar la mediación", 2020 (inédito), texto presentado en el *IV Simposio Mediación y Tribunales, Pulso al impulso de la mediación en el nuevo escenario postpandemia*, organizado por el Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación en España (GEMME España) celebrado entre los días 21 al 25 de septiembre de 2020 y que se publicará en las Actas del Simposio. Agradecemos a la Dra. Beloso que nos haya facilitado sus textos, aún inéditos, y que nos han resultado de gran utilidad para el presente trabajo.

los otros, la solidaridad, la tolerancia, la comprensión, la búsqueda de la comunicación y la búsqueda de la paz y el alejamiento del conflicto, y contemplan la mediación como el medio de solucionar los conflictos más adecuado en estos momentos.

La institución de la Mediación que, cuenta con una regulación específica en España, tanto a nivel autonómico como nacional, puede ser el más adecuado medio de “solución de diferencias” y debe ser tenido muy en cuenta en el Anteproyecto de Ley de medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de solución de diferencias⁷. (El Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, aprobado el 11 de enero de 2019, no ha pasado de ser eso, un anteproyecto, a pesar de haberse creado el Foro para la Mediación del Ministerio de Justicia y de haberse formado cuatro Grupos de Trabajo “para avanzar de forma especializada en dar forma y concretar el citado Anteproyecto”).

Una de las últimas reformas legislativas, en nuestro país, aprobadas ya en una época *post-covid* y relacionadas con la mediación, concretamente en el ámbito familiar, es la Ley 9/2020, de 31 de julio, de modificación del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y de la Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado. La norma introduce modificaciones en la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. De acuerdo con los cambios introducidos en el Código civil, se establece que la sesión previa sobre mediación tiene carácter obligatorio en los supuestos legalmente fijados y que la falta de asistencia no justificada no está sometida a confidencialidad y debe ser comunicada a la autoridad judicial.

Por otra parte, el Consejo general de la Abogacía Española ha realizado una serie de Propuestas para el denominado Plan de Actuación a que se refiere la Disposición Adicional Decimonovena del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que

⁷ Instituciones como GEMME (Grupo Europeo de Magistrados para la Mediación) y CUEMYC (Conferencia Universitaria para el Estudio de la Mediación y el Conflicto), entre otras, han remitido al Ministerio de Justicia sendas alegaciones y respuestas en el período de consultas (del 8 al 26 de junio de 2020) sobre el citado Anteproyecto de Ley de medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de solución de diferencias.

se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

Apuntar también que, en el ámbito de la Jurisdicción Social, en su punto IV, las Medidas del Orden Social se refieren también a diversos aspectos de la conciliación y la mediación previas a la vía judicial tales como la potenciación de la conciliación en la vía administrativa y fomentando la actividad de los Organismos de resolución extrajudicial de conflictos laborales.

Pero volviendo a nuestro tema, debemos señalar que, la Mediación, proveniente de la cultura anglosajona, no ha dejado de expandirse, tanto geográficamente como en los diferentes ámbitos de aplicación de las relaciones humanas, lo cual es debido a que su utilización es muy ventajosa frente a los sistemas contenciosos tradicionales. Algunas de sus ventajas son:

1. Su aplicación generalizada y sistemática libera a los Tribunales de Justicia de asuntos que no necesitan judicialización. Esto no ha de provocar una “privatización de la Justicia”, sino que provee de instrumentos eficientes de tutela a los sujetos que tengan necesidad de ellos, de tal manera que puedan valorar de manera concreta y realista la elección de uno u otro método ADR.
2. Es un instrumento más barato y más rápido que los Tribunales de Justicia.
3. Debido a la confidencialidad de la mediación se convierte en el método más idóneo para la resolución de los conflictos en los que las partes quieren mantener una especial reserva.
4. Se trata de una técnica en la que las partes construyen el proceso a la medida de sus necesidades e intereses para resolver el conflicto.

También debemos apuntar que, en los procesos en los que se pretende llegar a un acuerdo, producido por el consentimiento entre las partes implicadas, se consigue que los acuerdos alcanzados se perpetúen en el tiempo. Además, se obtiene un resultado satisfactorio a la resolución del problema o la gestión positiva del conflicto⁸ y se consigue disminuir o delimitar las cuestiones planteadas, acercando las posturas de las partes y reba-

⁸ I. GARCÍA PRESAS, *La Mediación Familiar desde el ámbito Jurídico*, Ed. Jurua, Portugal, 2010, pp. 30-31. Y así, como ejemplo, podemos citar la experiencia de PRESAS, la cual recogemos textualmente: “Fruto de mi observación

jando las posturas de las mismas⁹. Se puede apreciar como los resultados de aplicar la mediación, que redundan en acuerdos duraderos, pueden reducir la belicosidad entre las partes.

4. *Conclusión.* – Por último, decir que, las bondades de la mediación no deben reducirse a mera enunciación de sus ventajas, ya sabidas y repetidas hasta la saciedad. La lentitud de la Administración de Justicia se está convirtiendo en un verdadero obstáculo para hacer efectivo el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, porque no basta con poder presentar una acción litigiosa sino de tener una respuesta y en un plazo razonable. La pandemia ofrece la oportunidad para que a la mediación se la configure como el método por excelencia de gestión de conflictos cooperativo, negociado, capaz de gestionar con diligencia y economía los conflictos reales de los ciudadanos en una sociedad a la que el virus ha trastocado desde el ámbito de la salud, la economía y la sociedad. La potenciación de la capacidad negociadora de las partes se muestra ineludible. Instituciones como CJPJ (Consejo General del Poder Judicial, GEMME (Grupo de Europeo de Magistrados para la Mediación), MP (Ministerio Público), CUEMYC (Conferencia de Universidades para el Estudio de la Mediación y el Conflicto), CGAE (Consejo General de

del trabajo de los diversos mediadores y mediadoras con los que me he relacionado es que he llegado a valorar altamente su labor. He aprendido muchísimo de su actividad y cada día valoro más la importancia de su trabajo, que es esencial tanto para las personas que se acercan a su actividad como para la sociedad en general. Desde luego, pude comprobar como situaciones de gran complejidad jurídica y humana han tenido una rápida y eficaz solución cuando han intervenido un equipo de mediación, dándose la circunstancia de que los asuntos que se han resuelto con su intervención dan lugar a acuerdos que prácticamente en todos los casos se cumplen sin retenciones por parte de los litigantes. Además, tras el acuerdo mejoran las relaciones interpersonales y desaparece la beligerancia, lo que propicia soluciones transaccionales en otros posibles problemas que puedan surgir en un futuro entre ellos”

⁹ L.A. GONZALEZ MARTÍN *El proyecto de mediación civil en los juzgados de Madrid* en AA.VV. - M^a. E. LAUROBA LACASA, P. ORTUÑO MUÑOZ (Coordinadores), *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de Mediación Civil y Mercantil*, Ed. Huygens, Barcelona, Primera Edición, 2014, pp. 43-44.

la Abogacía Española) y tantas otras, todas concedoras de primera mano de los litigios y acciones judiciales, de los procedimientos de actuación de la Administración de Justicia, coinciden en la necesidad de reforzar la mediación, que hará posible esos acuerdos consensuales para favorecer un dinamismo contractual, económico, paliar los conflictos familiares, y gestionar, en definitiva, de manera cooperativa las diferencias.

Como corolario señalar que debemos transmitir a la sociedad una visión de confianza en la potencialidad de la mediación¹⁰.

¹⁰ G.V. PÉREZ, *Los sistemas de solución de diferencias frente a la crisis del Covid-19, especial referencia a la mediación*, op. cit. Se hace hincapié en las mismas conclusiones.

CARLO PILIA*

PERSONALITÀ E TECNOLOGIA NELLA GIUSTIZIA ALTERNATIVA

SOMMARIO: 1. L'emergenza pandemica e le tutele a distanza. - 2. L'avvicinarsi delle parti alla giustizia. - 3. L'avvicinarsi della giustizia alle parti. - 4. I processi di costruzione partecipata della giustizia alternativa.

1. *L'emergenza pandemica e le tutele a distanza.* – Le prescrizioni sanitarie introdotte per contrastare la pandemia Covid-19 hanno inciso profondamente sul contenuto e l'organizzazione dell'ordinamento giuridico, dispiegando i loro effetti anche sul sistema delle tutele sia giudiziali che extragiudiziali¹. L'impossibilità di svolgere in maniera presenziale le attività processuali, in quanto occasioni di potenziale contagio del virus, infatti, ha costretto alla sostanziale chiusura degli uffici giudiziari, con il differimento nel tempo degli incombeni di rito e delle udienze².

L'interruzione e, comunque, il rallentamento per mesi dello svolgimento dell'attività giudiziaria, pertanto, hanno comportato l'accentuazione dell'enorme contenzioso arretrato che cronicamente colpiva i tribunali. La crisi pandemica Covid-19, inoltre, ingenera un'ulteriore ondata di conflittualità, che pone in pericolo la coesione economica e sociale del Paese.

La pandemia ha messo in evidenza tutte le criticità, sia passate che nuove, del sistema giudiziario, non solo sul piano nor-

* Professore di diritto civile e tutele dei diritti dell'Università di Cagliari.

¹ Con riguardo alle normative emergenziali di contrasto al Covid-19, AA.VV., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, 2 e 3, in *Giustizia civile.com*, in <http://giustiziacivile.com/>.

² Sulla chiusura forzata degli uffici giudiziari, A. PANZAROLA, M. FARINA, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, 1, cit., pp. 3 ss.; A. VILLA, *I termini processuali civili ai tempi del Covid-19*, in *Riv. dir. affari*, 2020.

mativo ma anche organizzativo, costringendo ad adottare misure straordinarie per lo svolgimento delle attività processuali urgenti e indifferibili. Così come accaduto nei sistemi produttivi privati e della pubblica amministrazione³, anche negli uffici giudiziari sono state utilizzate modalità riorganizzative agili e di svolgimento a distanza del lavoro (smartworking)⁴. In tal modo, i magistrati, il personale amministrativo e i collaboratori hanno iniziato a gestire da remoto anche i processi, operando in maniera assai differente rispetto a quella tradizionale in presenza.

La dialettica processuale, pertanto, si è realizzata a distanza tra il giudice e le parti assistite dagli avvocati che hanno potuto interloquire senza necessità di riunirsi nelle aule dei palazzi di giustizia. Sono state utilizzate le nuove tecnologie per lo scambio elettronico di provvedimenti, atti e documenti, oltre che per la celebrazione delle udienze in videoconferenza. Alle modalità a distanza, in particolare, si è dovuto ricorrere per celebrare i processi nei casi urgenti e indifferibili, che richiedono l'immediato accesso alla tutela giudiziale dei diritti⁵.

Le soluzioni emergenziali, per tanti versi, appaiono nuove e derogatorie rispetto a quelle processuali ordinarie. Durante la pandemia tanto i giudici come gli avvocati hanno acquisito di-

³ V. FILI, *Decreto "Cura Italia". Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova "questione sociale"*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 4/2020, pp. 332 ss.; M. RUSSO, *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, in *Giustiziacivile.com.*; M. MARAZZA, F. SCARPELLI, P. SORDI, *I giuslavoristi di fronte all'Emergenza COVID-19*, in *Giustiziacivile.com*.

⁴ In relazione alla diffusione dello *smartworking* durante l'emergenza pandemica, M. BROLLO, *Smart o Emergency Work? - Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 6/2020, pp. 553 ss.; S. BINI, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, in *Giustiziacivile.com.*; C. DI CARLUCCIO, *Emergenza epidemiologica e lavoro agile*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1, 1, 2020, pp. 1 ss.

⁵ Per la gestione a distanza delle attività degli uffici giudiziari, S. CILIEGI, L.A. COSATTINI, *Processo civile e del lavoro al tempo del coronavirus*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 5/2020, pp. 518 ss.; F. DE SANTIS, *La giustizia concorsuale ai tempi della pandemia*, in *Il Fallimento*, n. 5/2020, pp. 609 ss.; A. CRIVELLI, *Legislazione emergenziale e processo esecutivo*, in *Esecuzione forzata*, n. 2/2020, pp. 530 ss.; L. KALB, *Emergenza sanitaria e processo penale. Un'analisi delle misure incidenti sul sistema processuale penale*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 7/2020, pp. 910 ss.; L. GIORDANO, *Il processo penale a distanza ai tempi del coronavirus*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 7/2020, pp. 920 ss.

mestichezza con le soluzioni tecnologiche a distanza, verificando tanto le difficoltà di corretta gestione, quanto i notevoli vantaggi per l'efficiente funzionamento della giurisdizione e, più in generale, della giustizia.

Lo scoppio della pandemia, con l'applicazione delle misure sanitarie restrittive di distanziamento sociale, infatti, ha imposto l'utilizzazione di modalità tecnologiche di gestione a distanza pure nei sistemi extragiudiziali di tutela dei diritti. I procedimenti compositivi c.d. alternativi al processo giudiziale identificati internazionalmente con le locuzioni inglesi Alternative Dispute Resolution (A.D.R.) e Online Dispute Resolution (O.D.R.) sono oramai diffusi nei vari ambiti di contenzioso⁶. I meccanismi A.D.R. e O.D.R. costituiscono modalità complementari di tutela dei diritti, che non si sostituiscono ma si aggiungono a quelle giurisdizionali, con le quali concorrono a realizzare l'articolato sistema della giustizia.

In ambito privatistico, le principali tutele extragiudiziali di matrice comunitaria sono costituite dalla mediazione civile e commerciale⁷, dai sistemi A.D.R. e O.D.R. in materia di consumo⁸. In termini generali, si tratta di procedimenti compositivi consensuali di tipo conciliativo, non aggiudicativo, nei quali sono le parti che tentano di risolvere bonariamente la controversia avvalendosi dell'assistenza prestata da un terzo, il mediatore e la persona incaricata dall'organismo ADR di consumo.

I procedimenti compositivi hanno proprie discipline essenziali che, nell'insieme, differiscono profondamente da quella del processo giudiziale e lasciano ampia autonomia alle parti tanto nel-

⁶ In generale, sui sistemi ADR e ODR, v. AA.VV., *Quaderni di conciliazione* a cura di C. PILIA, Cagliari, 2010-2020.

⁷ Sulla mediazione civile e commerciale, AA.VV., *Mediación y tutela judicial efectiva. La justicia del siglo XXI* dir. J.L. Argudo Pérez, Madrid, 2019; AA.VV., *La mediación. Nuevas investigaciones y aportes desde el derecho comparado*, dir. G. Alpa, M. Córdoba, Santa Fe, 2015.

⁸ Con riguardo a ADR e ODR in materia di consumo, tra i tantissimi contributi collettanei, AA.VV., *Alternative Dispute Resolution*, in *European Administrative Law* a cura di D.C. Dragos, B.Neamtu, Springer Berlino-Heidelberg, 2014; AA.VV., *Fodertics II: hacia una justicia 2.0* coordinato da F. BUENO DE MATA, Ratio Legis, 2014; AA.VV., *Le online dispute resolution (ODR)* a cura di E. Minervini, Napoli, 2016.

l'avvio, quanto nello svolgimento e nella conclusione del tentativo di accordo risolutivo, nel rispetto del quadro normativo di principi legali comuni. Così, se di regola l'avvio del procedimento compositivo è rimesso alla scelta volontaria della parte, per numerose controversie la legge impone l'esperimento della mediazione, della procedura A.D.R di consumo. L'obbligatorietà della mediazione e delle altre procedure compositive, peraltro, si giustifica con un'esigenza deflattiva del contenzioso che, in nessun caso, deve però pregiudicare il diritto fondamentale di rivolgersi all'autorità giudiziaria.

Per questa ragione, la legislazione emergenziale italiana ha espressamente contemplato, accanto alle tutele giudiziali⁹, anche la mediazione e gli altri procedimenti compositivi¹⁰. Anzi tutto, è stata disposta la sospensione dei procedimenti di mediazione obbligatoria pendenti alla data della dichiarazione dello stato di emergenza¹¹. La medesima misura sospensiva è stata

⁹ Art. 83, comma 20, d.l. n. 18/2020. Sulla normativa emergenziale in materia processuale civile e commerciale, v.

¹⁰ Art. 83, d.l. n. 18/2020, comma 20-bis: *“Nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020, gli incontri di mediazione in ogni caso possono svolgersi in via telematica con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento. Anche successivamente a tale periodo gli incontri potranno essere svolti, con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento, in via telematica, ai sensi dell'articolo 3, comma 4, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, mediante sistemi di videoconferenza. In caso di procedura telematica l'avvocato, che sottoscrive con firma digitale, può dichiarare autografa la sottoscrizione del proprio cliente collegato da remoto ed apposta in calce al verbale ed all'accordo di conciliazione. Il verbale relativo al procedimento di mediazione svoltosi in modalità telematica è sottoscritto dal mediatore e dagli avvocati delle parti con firma digitale ai fini dell'esecutività dell'accordo prevista dall'articolo 12 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28”*. Sulle disposizioni emergenziali sulla mediazione e gli altri procedimenti compositivi extragiudiziali, E. DALMOTTO, *L'arbitrato, la mediazione, la negoziazione assistita e gli altri ADR durante il COVID-19*, in *Il caso.it*, 29/07/2020, in https://blog.ilcaso.it/news_980/29-07-20/L%E2%80%99arbitrato_la_mediazione_la_negoziazione_assistita_e_gli_altri_ADR_durante_il_COVID-19.

¹¹ Art. 83, comma 2, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni in legge, ha disposto, per il periodo dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 (termine, quest'ultimo, poi prorogato all'11 maggio 2020 dal decreto legge 8 aprile 2020, n. 23), la sospensione del “decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali”. A. SCARPA,

applicata agli altri procedimenti compositivi che costituiscano condizione di procedibilità dell'azione giudiziale¹². La ratio della norma appare evidente, in quanto intende scongiurare il rischio che per l'impossibilità o difficoltà di esperire la mediazione o gli altri procedimenti compositivi non si riesca ad assolvere la condizione di procedibilità dell'azione e, quindi, sia sacrificata la tutela giudiziale dei diritti.

Il legislatore emergenziale, inoltre, ha precisato che le mediazioni possono comunque svolgersi a distanza con il consenso delle parti¹³. L'indicazione normativa è significativa, in quanto l'utilizzo delle modalità tecnologiche di comunicazione a distanza permette di scongiurare i rischi di contagio collegati alle attività presenziali della mediazione e degli altri procedimenti compositivi. A differenza delle tutele giudiziali nelle quali le udienze telematiche e in videoconferenza costituiscono delle novità introdotte per la prima volta con la legislazione emergenziale, per la mediazione e gli altri procedimenti compositivi extragiudiziali siffatte modalità a distanza erano già previste dalle discipline in vigore¹⁴. L'informalità, la flessibilità, la rapi-

Covid-19 e sospensione dei termini sostanziali, in *Questionegiustizia.it.*; A. MENGALI, *La sospensione speciale dei processi civili nell'emergenza Covid19: (non è) tutto chiaro*, in *Judicium.it*.

¹² Art. 83, comma 20, d.l. n. 18/2020.

¹³ Art. 83, comma 20-bis, d.l. n. 18/2020.

¹⁴ Sulla mediazione a distanza, tra gli altri contributi, v. AA.VV., *Electronic mediation, a comparative perspective* diretto da L.M. BUJOSA VADELL, coordinato da A. GALLARDO RODRÍGUEZ, Comares, 2016; R. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, E. VÁSQUEZ DE CASTRO, *Resolución de disputas en línea. Las claves de la mediación electrónica*, Madrid, 2013; A.E. VILALTA NICUESA, *Análisis crítico del procedimiento simplificado de mediación en línea para reclamaciones de cantidad de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, in *Revista de Internet, derecho y política = revista d'Internet, dret i política*, n. 25, 2017; F. CONFORTI, *Mediación electrónica (e-Mediación)*, in *Diario La Ley*, n. 8519, 2015; A.J. FERNANDEZ, *Online mediations: advantages and pitfalls of new and evolving technologies and why we should embrace them*, in *Defense Counsel Journal*, vol. 81, n. 4, 2014; A. MASCIA, *La composizione stragiudiziale delle dispute e l'utilizzo della tecnologia*, in *Vita notarile*, n. 1, 2009, pp. 489 ss.; K. MANIA, *Online dispute resolution: The future of justice*, in *International comparative jurisprudence*, 1, 2015, pp. 76 ss.; A. FIADJOE, *Alternative dispute resolution: a developing world perspective*, Cavendish Publishing, 2004, pp. 57 ss.

dità e semplicità delle tutele extragiudiziali, infatti, si avvale ampiamente delle tecnologie per abbattere distanze, tempi, costi e avvicinare il servizio compositivo agli utenti.

La legislazione emergenziale, ancora, ha ammesso espressamente lo svolgimento a distanza di alcuni incombenzi iniziali e finali del procedimento compositivo, che in passato erano realizzabili solo in presenza. Così, non è necessario che la sottoscrizione del mandato difensivo all'avvocato sia apposta in presenza dal cliente, ma può essere acquisita a distanza mediante trasmissione di copia fotostatica¹⁵. Per l'attribuzione della forza esecutiva all'accordo di conciliazione, inoltre, la sottoscrizione delle parti, degli avvocati e del mediatore può essere apposta anche a distanza¹⁶.

Le medesime soluzioni a distanza, peraltro, sono state applicate dalla legislazione emergenziale anche alle tutele giudiziali, per la sottoscrizione del mandato difensivo all'avvocato¹⁷ e per la sottoscrizione dell'accordo conciliativo raggiunto davanti al giudice, da trasmettere all'ufficiale giudiziario per l'esecuzione forzata¹⁸.

¹⁵ Art. 83, comma 20-ter, d.l. n. 18/2020.

¹⁶ S. CUSUMANO, *Mediazione on-line e firma digitale: il d.l. "Cura Italia" consente di superare il formalismo di Cass. 8473/2019?*, in *Judicium*, 2020.

¹⁷ Art. 83, comma 20-ter, D.L. 18/2020: *"Fino alla cessazione delle misure di distanziamento previste dalla legislazione emergenziale in materia di prevenzione del contagio da COVID-19, nei procedimenti civili la sottoscrizione della procura alle liti può essere apposta dalla parte anche su un documento analogico trasmesso al difensore, anche in copia informatica per immagine, unitamente a copia di un documento di identità in corso di validità, anche a mezzo di strumenti di comunicazione elettronica. In tal caso, l'avvocato certifica l'autografia mediante la sola apposizione della propria firma digitale sulla copia informatica della procura. La procura si considera apposta in calce, ai sensi dell'articolo 83 del codice di procedura civile, se è congiunta all'atto cui si riferisce mediante gli strumenti informatici individuati con decreto del Ministero della giustizia"*.

¹⁸ Il problema della conciliazione giudiziale da remoto è stato risolto con la modifica dell'art. 88, comma 2, disp. att. c.p.c. introdotta con la l. n. 70/2020 di conversione del d.l. n. 28/2020, nel quale è stato inserito un secondo comma così formulato: *"Quando il verbale d'udienza, contenente gli accordi di cui al primo comma ovvero un verbale di conciliazione ai sensi degli articoli 185 e 420 del codice, è redatto con strumenti informatici, alla sottoscri-*

Le novità normative, seppur introdotte con la legislazione emergenziale, soddisfano esigenze più ampie e durature¹⁹, che non si esauriscono nella sola necessità di ovviare alle prescrizioni sanitarie del distanziamento sociale. Le soluzioni tecnologiche a distanza, infatti, sottendono l'adozione di altrettante riforme strutturali che sono indispensabili per l'ammodernamento del sistema delle tutele che garantisca l'effettività e la partecipazione diretta degli utenti²⁰.

2. *L'avvicinarsi delle parti alla giustizia.* – L'applicazione emergenziale delle soluzioni a distanza nelle tutele dei diritti costituisce un dato oramai acquisito tanto per i giudici, come per gli avvocati e le persone incaricate della gestione delle procedure di composizione extragiudiziale dei conflitti. L'esperienza emergenziale maturata, per un verso, si collega a quella più generale compiuta

zione delle parti, del cancelliere e dei difensori tiene luogo apposita dichiarazione del giudice che tali soggetti, resi pienamente edotti del contenuto degli accordi, li hanno accettati. Il verbale di conciliazione recante tale dichiarazione ha valore di titolo esecutivo e gli stessi effetti della conciliazione sottoscritta in udienza". A.L. TERZI, *I giudici del lavoro, l'udienza da remoto e la conciliazione giudiziale*, in *Questione giustizia*, 7.7.2020, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/i-giudici-del-lavoro-l-udienza-da-remoto-e-la-conciliazione-giudiziale>.

¹⁹ E. DALMOTTO, *La fine anticipata della seconda fase e la ripresa dei processi dopo il COVID-19*, in *Il caso.it*, 27/06/20, in https://blog.ilcaso.it/news_971; M. MARINARO, *La mediazione (telematica) dell'emergenza: un'opportunità per la giustizia civile*, in *www.Judicium.it* del 1° giugno 2020, pp. 1 ss.

²⁰ Sulla proposta di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitratori è stata formulata dalla Commissione di studio presieduta dal prof. Guido Alpa, nominata dal Ministro della Giustizia con d.m. 7 marzo 2016, AA.VV., *Un progetto di riforma delle ADR*, Napoli, 2017; G. ALPA, *Commissione di studio per l'elaborazione di una organica disciplina volta alla «degiurisdizionalizzazione»*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2, 2017, pp. 793 ss.; ID., *Arbitration adr ADR reforms in Italy*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2, 2017, pp. 259 ss.; D. RAVENNA, *ADR: le proposte della Commissione Alpa ed un'analisi dei risultati più recenti*, in *Immobili & proprietà*, 4/2017, pp. 239 ss.; L.T. CERIZZI, *Commenti alla relazione della Commissione di studio Alpa per la riforma della mediazione*, in *Contratti*, 2/2017, pp. 243 ss.

nella riorganizzazione in maniera agile del lavoro e, per altro verso, è entrata nel patrimonio delle conoscenze tecnologiche e professionali degli operatori del diritto. Costoro, infatti, avevano finora avuto scarsa dimestichezza con la gestione a distanza delle tutele, non solo giudiziali ma anche extragiudiziali.

Al riguardo, significativa è la circostanza che le modalità di gestione a distanza fossero già da tempo previste tanto per la mediazione, quanto per le principali altre tutele extragiudiziali, in conformità alle discipline europee e nazionali²¹. Anzitutto, si coglie un atteggiamento d'impronta conservatrice del ceto giuridico che, da un lato, preferisce riproporre anche nelle sedi compositive extragiudiziali le tradizionali prassi della partecipazione di persona all'agone della celebrazione delle udienze nei tribunali, e, dall'altro lato, manifesta una certa ritrosia verso l'utilizzazione degli strumenti tecnologici e di comunicazione a distanza. Le resistenze culturali e professionali al cambiamento, seppur comprensibili, non trovano alcun fondamento nelle fonti normative che, al contrario, promuovono e finanche impongono l'utilizzazione a distanza delle tutele extragiudiziali.

La riprova è stata fornita proprio dalla situazione emergenziale del Covid-19 che ha imposto l'utilizzazione delle tecnologie e della videoconferenza anche nelle tutele giudiziali²². In tal modo, per molti aspetti, tutele giudiziali ed extragiudiziali sono state allineate tanto nel divieto di svolgere incontri personali, quanto nella necessità di avvalersi dei mezzi di comunicazione a distanza. Le preoccupazioni e diffidenze dei più sono state superate grazie proprio all'esperienza emergenziale, nella quale anche in Italia i giuristi si sono dovuti cimentare con gli strumenti tecnologici e le videoconferenze nelle udienze giudiziali e nelle riunioni di mediazione e degli altri meccanismi compositivi extragiudiziali.

²¹ Cfr. AA.VV., *Resolución de disputas en línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica* dir. L. GARCÍA VILLALUENGA, Madrid, 2014.

²² Sulla celebrazione delle udienze in videoconferenza, v. D. FEDERICO, *Le udienze civili in videoconferenza: un futuro ancora da scrivere*, in *Diritto.it*; N. PISANESCHI, *Udienze civili: i sistemi di videoconferenza ai tempi del Coronavirus*, in *Quotidianogiuridico.it*; G. MARINAI, F. SANTINON, *Il dl n. 11 del 2020 e l'udienza in videoconferenza: un'opportunità anche per il futuro*, in *Questionegiustizia.it*.

Piuttosto, l'esperienza emergenziale ha evidenziato altre criticità legate alle infrastrutture e attrezzature tecnologiche, indispensabili per attivare una comunicazione a distanza tra gli uffici giudiziari e, in sede extragiudiziale, gli organismi di mediazione e ADR con le parti della controversia. La mancanza o le difficoltà di connessione alla rete internet, la vetustà degli impianti tecnologici, dei dispositivi e dei programmi elettronici disponibili sono altrettanti limiti all'utilizzazione delle tutele a distanza, ai quali si deve immediatamente ovviare nella riorganizzazione degli uffici giudiziari e dei servizi di composizione extragiudiziale delle controversie.

L'accessibilità a distanza, inoltre, deve essere garantita in condizioni di piena sicurezza. La natura sensibile dei dati personali trattati nei contenziosi, infatti, impone l'osservanza di speciali misure organizzative e di sicurezza. La condivisione a distanza dei dati personali e, comunque, delle informazioni sul processo giudiziale e sui procedimenti compositivi extragiudiziali espone a gravi rischi di intromissioni abusive che devono essere prevenuti e controllati²³.

In tal senso, la direttiva 2008/52/CE²⁴ sulla mediazione civile e commerciale detta uno statuto essenziale dell'istituto giuridi-

²³ Con riguardo ai pericoli per la sicurezza dei dati personali trattati nelle tutele a distanza, v. A. SITZIA, *Coronavirus, controlli e privacy ne contetso del lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 5/2020, pp. 495 ss.

²⁴ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Sulla disciplina comunitaria, v. AA.VV., *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* a cura di L. García Villaluenga, J.L. Tomillo Urbina, E. Vázquez de Castro, C. Fernández Canales, Editorial Reus, 2010; AA.VV., *The variegated landscape of mediation. A comparative Study on Mediation Regulation and Practices in Europe and the World* a cura di M. Schonewille, F. Schonewille, Eleven International Publishing, 2014; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y Sistemas Alternativos de resolución de Conflictos. Una visión Jurídica*, Reus, Madrid, 2009; AA.VV., *Mediación, Justicia y Unión Europea* a cura di I.C. Iglesias Canle, Valencia, 2014; AA.VV., *Proceso civil y mediación. Su analisis en la ley 5/2012, de mediacion en asuntos civiles y mercantiles* diretto da A. Bonet Navarro, Thomson Reuters Aranzadi, 2013; AA.VV., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012* diretto da L. García Villaluenga, C. Rogel Vide, coordinato da C. Fernández Canales, Reus, Madrid, 2012; AA.VV., *Metariales jurídicos del Libro Blanco de la mediación en Catalu?a* a cura di E. Lauroba, I.

co che, sul piano della legalità, impone il rigoroso rispetto della riservatezza dei dati personali trattati e delle informazioni raccolte (art. 7)²⁵. Si prevede, inoltre, l'utilizzazione delle tecnologie nella gestione del procedimento compositivo²⁶, secondo la disciplina legale e i codici di comportamento adottati dai centri di mediazione e dai mediatori²⁷. La disciplina di contenuto parziale e armonizzazione minima dettata dalla direttiva, infatti, lascia ampia autonomia sia legislativa agli Stati membri e sia organizzativa ai centri di mediazione nel declinare lo statuto co-

Barral e I. Viola, Barcellona, 2011; AA.Vv., *Mediation at the crossroad of different legal culture* a cura di A. Miranda, Roma, 2014; AA.Vv., *Mediazione e Conciliazione, diritto interno, comparato ed internazionale* a cura di A. Pera, G.M. Riccio, Padova, 2011; AA.Vv., *La mediazione civile e commerciale* a cura di C. Besso Marcheis, Torino, 2010; AA.Vv., *Mediazione e conciliazione. Profili teorico-pratici* a cura di G. Sciancalepore, S. Sica, Torino, 2010; AA.Vv., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28* a cura di A. Castagnola, F. Delfini, Padova, 2010; AA.Vv., *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, Cagliari, 2010; AA.Vv., *La mediazione civile* a cura di F. Ruschetta, M. Caradonna, F. Novelli, Milano, 2011, AA.Vv., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28* a cura di A. Castagnola e F. Delfini, Padova, 2010; AA.Vv., *Mediazione e conciliazione. Profili teorico-pratici* a cura di G. Sciancalepore e S. Sica, Torino, 2010; AA.Vv., *La mediazione civile e commerciale* a cura di C. Besso Marcheis, Torino, 2010; AA.Vv., *La mediazione nelle liti civili e commerciali - Metodo e regole*, Milano, 2010. V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation*, in *Riv. arb.*, 2009, pp. 1 ss.; M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2007/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 357 ss.; E. MINERVINI, *La direttiva europea sulla mediazione in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impresa - Europa*, 2009, pp. 41 ss.; V. VIGORITI, *Mito e realtà: processo e mediazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2010, pp. 429 ss.; ID., *Europa e mediazione: le sollecitazioni della Commissione*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in www.judicium.it; R. NAZZINI, *Modelli conciliativi interni al processo (analisi comparativa e tests strutturali)*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 3, 2002, pp. 844 ss.

²⁵ Sulla tutela della riservatezza nella mediazione, v. C. PILIA, *Tutela della riservatezza e trattamento dei dati personali in mediazione*, in *Quaderni di conciliazione*, 3, Cagliari, 2012, pp. 183 ss.

²⁶ Considerando n. 9, direttiva 2008/52/CE, La presente direttiva non dovrebbe minimamente impedire l'utilizzazione di tecnologie moderne di comunicazione nei procedimenti di mediazione.

²⁷ Art. 4, par. 1, direttiva 2008/52/CE.

mune, rispettivamente, secondo le specifiche tradizioni giuridiche nazionali e le esigenze degli utenti²⁸. La legislazione attuativa italiana²⁹, sul punto, stabilisce che gli organismi di mediazione si devono dotare di un codice di comportamento che fissa le regole di funzionamento del procedimento compositivo anche per quanto attiene alle modalità di gestione a distanza³⁰, pur dovendosi garantire la presentazione anche offline delle istanze di mediazione³¹.

Le controversie civili e commerciali transfrontaliere costituiscono l'ambito applicativo della direttiva europea³², anche se gli Stati membri possono estenderlo a quelle di diritto interno³³. L'indicazione è rilevante in quanto le tecniche di comunicazione a distanza sono maggiormente utilizzabili nella gestione del-

²⁸ Considerando n. 17, direttiva 2008/52/CE.

²⁹ Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n. 28 "Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali". Sulla disciplina italiana della mediazione, v. AA.VV., *"La nuova mediazione civile e commerciale"* a cura di T. Galletto, Editore Aracne, Roma, 2014; AA.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali* a cura di M. Bove, Padova, 2011; AA.VV., *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile. Commento organico al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali* a cura di B. Sassani, F. Santagata, Roma, 2010; AA.VV., *La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, a cura di A. Bandini, N. Soldati, Milano, 2010; AA.VV., in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del Fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)* a cura di G. Falco, G. Spina, cit.; F. SANTAGADA, *La mediazione*, Torino, 2012; G. IMPAGNATIELLO, *La «mediazione finalizzata alla conciliazione» di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea*, in www.judicium.it; D. DALFINO, *Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. Mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016.

³⁰ Art. 3, comma 3, d.lgs. n. 28/010.

³¹ Art. 7, comma 4, del Decreto del Ministero della Giustizia 18 ottobre 2010, n. 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. 28", ss.mm.

³² Art. 1, par. 2, direttiva 2008/52/CE.

³³ Considerando n. 8, direttiva 2008/52/CE.

le mediazioni transfrontaliere, proprio perché intercorrono tra parti provenienti da due o più Stati diversi dell'Unione europea³⁴. In tal modo, infatti, si agevola l'accesso al servizio compositivo abbattendo le distanze geografiche e anche quelle linguistiche tra le parti, mediante l'utilizzazione degli strumenti elettronici di comunicazione e traduzione a distanza. La direttiva, infatti, individua nella mediazione uno strumento complementare di accesso alla giustizia³⁵ che, rispetto alla giurisdizione, si presenta in termini molto più semplici, rapidi ed economici, favorisce la composizione amichevole delle controversie, ripristinando la coesione economica e sociale tra le parti in conflitto³⁶. Tali vantaggi sono ancora più evidenti nelle relazioni transfrontaliere, che si intendono sviluppare con il processo di costruzione del mercato interno europeo³⁷. A tal riguardo, le relazioni transfrontaliere scaturiscono dallo sviluppo dei canali della mobilità delle persone e delle imprese ovvero dalla contrattazione a distanza. Gli strumenti di comunicazione a distanza, pertanto, favoriscono sia gli accordi contrattuali per lo scambio dei beni e dei servizi nel mercato europeo e sia gli accordi di mediazione per la risoluzione delle conseguenti controversie attraverso il servizio compositivo extragiudiziale.

Lo stretto collegamento tra la contrattazione a distanza e i sistemi ADR e ODR appare ancor più diretto ed evidente con riferimento alla legislazione europea in materia di consumo. La direttiva 2013/11/UE sull'ADR per i consumatori³⁸ e il regolamento

³⁴ Art. 2, direttiva 2008/52/CE.

³⁵ Art. 1, par. 1 e art. 5, par. 2, direttiva 2008/52/CE.

³⁶ Considerando n. 5 e 6, direttiva 2008/52/CE.

³⁷ Considerando n. 6, direttiva 2008/52/CE.

³⁸ Direttiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori). Sulla direttiva europea, v. AA.Vv., *The new regulatory framework for consumer dispute resolution* a cura di P. Cortés, Oxford, 2016; AA.Vv., *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo. Perfiles hispano-italianos* diretto da J.L. Tomillo Urbina, Granada, 2016; AA.Vv., *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018; AA.Vv., *ADR. Una giustizia complementa-*

(UE) 524/2013 sull'ODR per i consumatori³⁹ costituiscono un pacchetto legislativo integrato con il quale è stato riconosciuto il diritto dei consumatori ad accedere ai sistemi extragiudiziali di qualità per la risoluzione delle controversie, transfrontaliere ed interne, derivanti da rapporti contrattuali di compravendita di beni e prestazione di servizi con i professionisti⁴⁰. Più precisamente, la direttiva 2013/11/UE stabilisce requisiti armonizzati di qualità sia per gli organismi e sia per le procedure ADR⁴¹, mediante la formulazione di principi⁴², che gli Stati membri possono anche rafforzare ed estendere⁴³. Per più aspetti, tali requisiti si occupano dell'utilizzazione delle tecnologie a distanza nell'accesso e nella gestione delle informazioni, delle procedure, dell'assistenza, della cooperazione e dei controlli del sistema ADR/ODR⁴⁴.

re a cura di F. Danovi, F. Ferraris, Milano 2018; AA.Vv., *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* coordinato da S. Barona Villar, Thomson Reuters-Civitas, 2016; AA.Vv., *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo* diretto da J.L. Tomillo Urbina, coordinato da I. ALVAREZ VEGA e G. Capilli, Comares, 2016; AA.Vv., *Estudios sobre Justicia online* diretto da E. VÁZQUEZ DE CASTRO, coordinato da C. FERNÁNDEZ CANALES, Comares, 2013; AA.Vv., *Consumer ADR in Europe* a cura di C. HODGE, I. BENÖHR, N. CREUZFELDT-BANDA, Oxford, 2012; AA.Vv., *ODR e tentativo obbligatorio di mediazione*, in *Le Corti salernitane*, n. 1, Napoli, 2015.

³⁹ Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori). Sulla fonte regolamentare, v. AA.Vv., *La resolución de conflictos con consumidores de la mediación a las ODR* coordinata da I. Barral Viñals, Editorial Reus, 2018; AA.Vv., *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo* diretto da M.J. Ariza Colmenarejo, M. J. Fernández-Figares Morales, Thomson Reuters Aranzadi, 2018; AA.Vv., *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América, Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado* diretto da F. Esteban de la Losa, P. Cortés, Tirant lo Blanch, 2015.

⁴⁰ Artt. 1, 2 e 5, direttiva 2013/11/UE.

⁴¹ Art. 2, par. 3, direttiva 2013/11/UE.

⁴² Capo II Accesso e requisiti applicabili agli organismi e alle procedure ADR (art. 5-12), direttiva 2013/11/UE.

⁴³ Art. 2, par. 4, direttiva 2013/11/UE.

⁴⁴ In Italia, il decreto legislativo 6 agosto 2015, n. 130 recante "Attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei

Più precisamente, la direttiva impone l'iscrizione obbligatoria degli organismi ADR in appositi elenchi tenuti dalle autorità nazionali competenti⁴⁵ che verificano e pubblicizzano il possesso dei requisiti di qualità prescritti dalla legislazione europea e nazionale dello Stato in cui si stabiliscono⁴⁶. Anzitutto, in base all'accessibilità e alla trasparenza si impone agli organismi ADR di rendere disponibili al pubblico sui propri siti web e, su richiesta, anche su supporto durevole una serie di informazioni concernenti i contatti, l'organizzazione, il funzionamento e la gestione anche a distanza delle procedure ADR⁴⁷.

Con riferimento alle procedure ADR, che possono essere facilitative, valutative e, se ammesse dalla legislazione degli Stati membri, anche aggiudicative⁴⁸, la direttiva europea 2013/11/UE impone l'osservanza di specifici requisiti di qualità⁴⁹. Tra essi, ai fini della gestione a distanza, si segnalano quelli dell'efficacia⁵⁰, che impone che le procedure ADR siano accessibili e gestibili sia online che offline, senza che sia obbligatorio avvalersi

*consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori)", ha novellato il codice del consumo agli artt. 141-141-decies, costituenti il «Titolo II-bis - Risoluzione extragiudiziale delle controversie», della parte V (Associazioni dei consumatori e accesso alla giustizia). Sulla disciplina codicistica italiana, v. AA.VV., *Le online dispute resolution (ODR)* a cura di E. MINERVINI, Napoli, 2016; AA.VV., *ODR e tentativo obbligatorio di mediazione*, in *Le Corti salernitane*, n. 1, Napoli, 2015; C. PILIA, *L'attuazione in Italia della direttiva 2013/11/UE sulle ADR per i consumatori*, in *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, n. 5, Cagliari, 2017, pp. 153 ss.; A.M. MANCALEONI, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori dopo la direttiva 2013/11/UE*, in *Europa e Diritto Privato*, n. 3, 2017, pp. 1064 ss.; V. MIRRA, *I sistemi di alternative dispute resolution trovano nuovo vigore: il recepimento della direttiva ADR e l'introduzione del nuovo "arbitro per le controversie finanziarie"*, in *Riv. dell'arbitrato*, n. 4, 2016, pp. 693 ss.; F. MANOLITA, *Dalle ADR offline alle procedure di online dispute resolution*, in <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/646/M.%20Francesca.pdf>, 2015, pp. 1 ss.*

⁴⁵ Art. 20, par. 2, direttiva 2013/11/UE.

⁴⁶ Art. 20, par. 1, 3, 4 e 5, direttiva 2013/11/UE.

⁴⁷ Art. 5, par. 2, e art. 7, direttiva 2013/11/UE.

⁴⁸ Art. 2, par. 2 e 4, direttiva 2013/11/UE.

⁴⁹ Artt. 8-12, direttiva 2013/11/UE.

⁵⁰ Art. 8, direttiva 2013/11/UE.

dell'assistenza legale, e dell'equità⁵¹ che permette alle parti di interagire dialetticamente a distanza con lo scambio di atti e documenti.

Per favorire l'accesso alle informazioni e alle procedure transfrontaliere, inoltre, si prevede che gli Stati membri designino delle entità per assistere le parti nell'accedere agli organismi ADR competenti all'estero⁵². Più in generale, è previsto che le autorità competenti cooperino tra esse e con la Commissione europea per la costruzione, il controllo e il miglioramento del sistema di risoluzione alternativa delle controversie⁵³. A tale riguardo, sono coinvolte anche le associazioni dei consumatori e dei professionisti⁵⁴. Gli stessi professionisti che offrono beni e servizi sul mercato devono dare informare i consumatori dei sistemi ADR ai quali aderiscono o sono tenuti a partecipare⁵⁵.

Il regolamento (UE) 524/2013, con particolare riferimento al mercato digitale, intende promuovere la gestione a distanza dei meccanismi di composizione extragiudiziale delle controversie nelle controversie di consumo scaturenti da contratti di vendita di beni o prestazione di servizi conclusi online⁵⁶. Con il regolamento è stata istituita la piattaforma europea ODR⁵⁷, che è un sito elettronico interattivo, liberamente accessibile, gratuito e tradotto in tutte le lingue ufficiali dei Paesi dell'Unione europea⁵⁸.

⁵¹ Art. 9, direttiva 2013/11/UE.

⁵² Artt. 14 e 15, direttiva 2013/11/UE.

⁵³ Artt. 17-20, direttiva 2013/11/UE.

⁵⁴ Art. 15, par. 2, direttiva 2013/11/UE.

⁵⁵ Art. 13, direttiva 2013/11/UE.

⁵⁶ Artt. 1 e 2, regolamento (UE) 524/2013.

⁵⁷ Art. 5, regolamento (UE) 524/2013.

⁵⁸ Considerando n. 19, regolamento (UE) 524/2013: *“Il presente regolamento mira a istituire una piattaforma di ODR a livello dell’Unione. La piattaforma ODR dovrebbe essere un sito web interattivo che offre un unico punto di accesso per consumatori e professionisti che desiderano risolvere in ambito extragiudiziale le controversie derivanti da operazioni online. La piattaforma ODR dovrebbe fornire informazioni generali sulla risoluzione extragiudiziale delle controversie contrattuali tra professionisti e consumatori derivanti da contratti di vendita o contratti di servizi online. Essa dovrebbe consentire ai*

La piattaforma ODR svolge più funzioni⁵⁹, a cominciare dall'offrire informazioni sul sistema di risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo. Costituisce il punto unico di accesso per la presentazione delle istanze delle procedure ADR per le controversie di consumo del mercato digitale⁶⁰. Al tal fine, la domanda si presenta mediante la compilazione di un modulo elettronico accessibile sulla piattaforma ODR, che provvede a trasmetterlo alla controparte professionista e all'organismo ADR, in possesso dei requisiti di qualità, che si sia registrato elettronicamente sulla piattaforma stessa⁶¹. Le parti e l'organismo ADR possono anche decidere di svolgere sulla piattaforma ODR l'intera procedura ADR avvalendosi del servizio di traduzione multilingue⁶². La piattaforma, inoltre, permette al consumatore di contattare direttamente il professionista per tentare di risolvere la controversia prima di promuovere la procedura ADR.

La piattaforma ODR costituisce un'infrastruttura elettronica europea costituita e gestita dalla Commissione europea, che è responsabile anche dell'aggiornamento e del trattamento in sicurezza dei dati a distanza⁶³. Ciascuno Stato membro designa uno o più punti di contatto ODR per favorire l'accesso alla piattaforma per le controversie transfrontaliere⁶⁴. I professionisti devono indicare nell'offerta dei beni e dei servizi online il link alla

consumatori e ai professionisti di presentare reclami mediante la compilazione di un modulo elettronico disponibile in tutte le lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione e di accludere i documenti pertinenti. Essa dovrebbe trasmettere i reclami all'organismo ADR competente. La piattaforma ODR dovrebbe inoltre mettere a disposizione gratuitamente uno strumento elettronico di gestione dei casi che consenta agli organismi ADR di condurre online la procedura di risoluzione della controversia con le parti mediante la piattaforma ODR stessa. Gli organismi ADR non dovrebbero essere tenuti a utilizzare lo strumento di gestione dei casi".

⁵⁹ Art. 5, par. 4, regolamento (UE) 524/2013.

⁶⁰ Art. 5, par. 2, regolamento (UE) 524/2013.

⁶¹ Artt. 8, 9 e 10, regolamento (UE) 524/2013.

⁶² Art. 10, lett. d), regolamento (UE) 524/2013.

⁶³ Art. 11, 12 e 13, regolamento (UE) 524/2013.

⁶⁴ Art. 7, regolamento (UE) 524/2013.

piattaforma ODR⁶⁵. La medesima piattaforma, inoltre, si utilizza per riportare i periodici report sul funzionamento del sistema di risoluzione extragiudiziale delle controversie di consumo, evidenziando tanto le criticità quanto le migliori prassi che sono elaborate dagli organismi ADR⁶⁶. In tal senso, si sviluppano processi partecipativi collettivi che permettono di orientare lo sviluppo dell'organizzazione e della disciplina⁶⁷.

A livello europeo, in conclusione, si registra il più avanzato processo di infrastrutturazione normativa, amministrativa e tecnologica della giustizia alternativa in materia di consumo.

3. *L'avvicinarsi della giustizia alle parti.* – La gestione a distanza delle tutele giudiziali ed extragiudiziali, pertanto, non costituisce solamente un'espedito emergenziale per superare le restrizioni sanitarie del Covid-19, ma soddisfa esigenze strutturali di portata più ampia e duratura, già segnalate dalle evocate discipline europee in materia di mediazione e ADR di consumo. Tali indicazioni sono utili in vista dell'elaborazione di una riforma complessiva della giustizia post-Covid, che si incentra proprio sui vantaggi della diffusione delle tutele a distanza⁶⁸.

L'utilizzo delle tecnologie e dei mezzi di comunicazione a distanza soddisfa l'esigenza di avvicinamento della giustizia agli utenti, le parti in conflitto. La vicinanza può intendersi in più significati, tutti funzionali all'ammodernamento e all'effettiva partecipazione alle tutele.

⁶⁵ Art. 14, regolamento (UE) 524/2013.

⁶⁶ Art. 21, regolamento (UE) 524/2013.

⁶⁷ C. PILIA, *Il registro europeo dei mediatori online. Verso una piattaforma tecno-democratica per la giustizia alternativa*, in *Quaderni di conciliazione*, Cagliari, 2018.

⁶⁸ Sul confronto internazionale per una riforma della giustizia post Covid-19, v. AA.Vv., *El renacer de la tecnología tras la pandemia: una justicia alternativa de futuro*, dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla, C. Pilia, Santiago, 2020; AA.Vv., *Mediación, conciliación y arbitraje tras la pandemia*, dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla, C. Pilia, Santiago, 2020; AA.Vv., *Una justicia alternativa para los derechos humanos y la protección familiar en tiempos de crisis*, dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla, C. Pilia, Santiago, 2020; AA.Vv., *Quaderni di conciliazione*, 12, 13 e 14, a cura di C. Pilia, Cagliari, 2020.

Anzitutto, i mezzi di comunicazione a distanza agevolano il diretto contatto degli uffici giudiziari e degli organismi di composizione extragiudiziale con le parti, oltre che tra le parti stesse. Tanto permette di abbattere le distanze geografiche, i costi e i tempi che attualmente limitano la gestione presenziale dei procedimenti e degli incontri. Le comunicazioni a distanza, inoltre, accelerano e semplificano lo svolgimento tanto dei processi giudiziari, quanto dei procedimenti compositivi extragiudiziali.

In particolare, la gestione a distanza favorisce l'accesso alle tutele, essendo più agile avvalersi delle connessioni alla rete internet e alle piattaforme elettroniche telematiche per avviare e sviluppare l'interazione sia con i giudici, i mediatori e le persone incaricate della gestione delle procedure ADR, oltre che tra le stesse parti contendenti. In tal senso, l'immediata e diretta accessibilità delle tutele a distanza attraverso la rete internet permette di avvicinare gli utenti alla giustizia, superando la visione tradizionale della prossimità geografica. L'avvicinamento che si realizza attraverso gli strumenti di comunicazione a distanza, tuttavia, non si limita allo scambio di informazioni, documenti, atti e provvedimenti, oggi già sperimentato anche in sede giudiziale con il processo telematico. La gestione a distanza, infatti, riguarda anche le udienze e, quindi, lo svolgimento della dialettica orale del giudice con le parti, finora riservata alla dimensione presenziale della trattazione nelle aule dei palazzi di giustizia. Senza cancellare le udienze, quindi, le stesse si spostano nelle aule virtuali, che costituiscono uno spazio digitale di incontro e dialettica processuale.

A tal proposito, come anticipato, l'emergenza pandemica ha permesso di sperimentare le udienze a distanza in videoconferenza per quei casi urgenti e indifferibili che non si sono potuti trattare in maniera presenziale⁶⁹. Seppur giustificata dalla ne-

⁶⁹ E. DALMOTTO, *La sospensione straordinaria dei termini e il rinvio delle udienze nella prima e nella seconda fase del COVID-19*, in *Il caso.it*, 24/06/20, in https://blog.ilcaso.it/news_970F; F. RICCIULLI, *Il contraddittorio e il principio di oralità nel processo "emergenziale"*, nota a Consiglio di Stato 21 aprile 2020, n. 2539, sez. VI, in *Il processocivile.it*; A. STERLICCHIO DE CARLI, *Giusto processo e oralità: il "contraddittorio cartolare coatto" nell'emergenza da COVID-19*, nota a T.A.R. Napoli, 29 maggio 2020, n. 2074, sez. I, in *Ilprocessotelematico.it*; REDAZIONE SCIENTIFICA, *Separazioni e divorzi: prosegue*

cessità, si discute se stabilizzare la trattazione a distanza delle udienze, nell'ambito delle riforme strutturali della giustizia post-Covid. L'innovazione non è però condivisa da tutti, in quanto una parte consistente dei giuristi vorrebbe che al termine della pandemia si ritornasse alla gestione presenziale di tutte le udienze, considerata la modalità più garantita di realizzare il contraddittorio processuale. Con riferimento al contenzioso civile e commerciale, si è pure avanzata l'esigenza di distinguere a seconda del tipo di attività da svolgere nelle udienze in modalità presenziale ovvero a distanza. In particolare, dovrebbero conservare le modalità prezionali le udienze più complesse di acquisizione delle prove.

Pur essendo le parti costituite in giudizio attraverso gli avvocati che le rappresentano nelle attività processuali, la celebrazione a distanza delle udienze potrebbe tornare utile per facilitare il raggiungimento delle soluzioni conciliative. Nelle tutele giudiziali, infatti, la tecnica aggiudicativa dell'imposizione della decisione autoritativa della controversia⁷⁰ è affiancata dalla tecnica conciliativa, per la quale il giudice può sollecitare una soluzione concordata tra le parti. In particolare, in termini generali, si richiamano le fattispecie del tentativo di conciliazione delle parti che il giudice può discrezionalmente promuovere in qualsiasi fase del processo⁷¹ e, inoltre, la formulazione della proposta conciliativa che il giudice stesso può rivolgere alle parti per risolvere consensualmente la lite⁷².

I meccanismi conciliativi perseguono soluzioni consensuali che, su impulso del giudice incaricato di gestire il processo, sono direttamente le parti in lite che elaborano e condividono. In quanto titolari dei diritti disponibili oggetto della controversia civile e commerciale, le parti possono porvi termine mediante un accordo conciliativo che sia soddisfacente per entrambe. Nelle sequenze processuali della conciliazione, quindi,

anche a Brescia la trattazione a distanza, nota al decreto 17 aprile 2020 del Presidente del Tribunale di Brescia, in Il familatista.it.

⁷⁰ Art. 275 (*Decisione del collegio*) c.p.c.

⁷¹ Art. 185 (*Tentativo di conciliazione*) c.p.c.

⁷² Art. 185-bis (*Proposta conciliativa del giudice*) c.p.c.

le parti sono tenute personalmente ad esprimersi e verificare, con l'assistenza dei legali e delle altre professionalità tecniche occorrenti, la praticabilità e convenienza della soluzione conciliativa.

In tal senso, l'utilizzo dei mezzi di comunicazione a distanza può risultare di particolare utilità per assicurare l'effettiva partecipazione delle parti al tentativo di conciliazione e, in particolare, per scongiurare che l'incombente processuale si riduca a una mera formalità di rito, senza alcuna effettiva collaborazione nella ricerca dell'accordo. Bisogna incentivare il giudice a non limitarsi a interagire con gli avvocati sugli aspetti giuridici della controversia, ma a rivolgersi direttamente alle parti per spronarle a raggiungere una soluzione amichevole. L'utilizzo delle tecniche di comunicazione a distanza, in tal senso, permette di confrontarsi direttamente sulle esigenze effettive delle parti e, quindi, di trovare i punti di convergenza sui quali costruire soluzioni vantaggiose per entrambe. Le tecniche di comunicazione a distanza, peraltro, possono essere utilizzate anche tra le parti affinché le stesse sostengano il dialogo conciliativo, che oltrepassi lo sterile contraddittorio processuale condotto in maniera avversariale dagli avvocati.

Il comportamento delle parti, peraltro, potrebbe essere valutato dal giudice anche ai fini dell'adozione dell'ordine di promuovere la mediazione⁷³, con il quale impone alle parti di verificare la realizzabilità dell'accordo conciliativo in sede extragiudiziale. Sovente, nella prassi processuale, la proposta conciliativa del giudice prevede che, in mancanza di adesione delle parti, le stesse siano destinatarie dell'ordine di mediazione delegata⁷⁴. Si tratta di percorsi compositivi consensuali che richiedono sempre il diretto coinvolgimento delle parti affinché dialoghino tra di esse e con il giudice e, in caso di mediazione, con il mediatore al fine di tentare di raggiungere una soluzione amichevole del conflitto.

⁷³ Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

⁷⁴ V.A. CELESTE, *La mediazione delegata in appello nei nuovi rapporti di vicinato*, in *Immobili & proprietà*, n. 7/2018, pp. 456 ss.; M. BOVE, *Mediazione disposta dal giudice di secondo grado e improcedibilità dell'appello*, in *Le Società*, n. 3/2017, pp. 345 ss.; E. BENIGNI, *Mediazione - La condizione di procedibilità nella mediazione disposta d'ufficio dal giudice*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 3/2015, pp. 639 ss.

L'incremento e l'exasperazione della conflittualità giudiziale, specie in questa fase emergenziale, sollecitano l'adozione di meccanismi compositivi riferibili alle liti pendenti, da definire rapidamente e con la soddisfazione di tutte le parti. La strategia deflattiva si dovrebbe applicare già in sede pregiudiziale, come stabilito anche dalla recente legislazione che impone l'obbligatorietà dell'esperimento della mediazione per tutti i conflitti contrattuali scaturenti dall'emergenza Covid-19⁷⁵. Tanto la mediazione, quanto le altre procedure ADR possono integralmente gestirsi attraverso i mezzi di comunicazione a distanza, così come ribadito dalla recente legislazione emergenziale.

Più precisamente, la disciplina italiana prevede che in moltissime controversie civili e commerciali sui diritti disponibili, l'esperimento della mediazione costituisca condizione di procedibilità dell'azione giudiziale⁷⁶. Inoltre, anche in grado d'appello, il giudice può ordinare alle parti l'esperimento

⁷⁵ Art. 3, comma 6-ter, D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni in L. 5 marzo 2020, n. 13, che impone la mediazione c.d. "obbligatoria" per la maggior parte del contenzioso nascente dall'emergenza sanitaria. Con riferimento a questa nuova disciplina, cfr. G. FINOCCHIARO, *Tutte in mediazione obbligatoria le cause per gli inadempimenti COVID-19*, in *Quotidiano giuridico*, martedì 7 luglio 2020, in <https://www.quotidianogiuridico.it/documents/2020/07/07/tutte-in-mediazione-obbligatoria-le-cause-per-gli-inadempimenti-covid-19>; R. NARDONE, *La nuova ipotesi di mediazione obbligatoria: le cause per inadempimento da COVID-19 e le procedure di sfratto*, in *Il processo civile*, 9 Settembre 2020, in <http://ilprocessocivile.it/articoli/focus/la-nuova-ipotesi-di-mediazione-obbligatoria-le-cause-inadempimento-da-covid-19-e-le>; F. VALERINI, *Nuova ipotesi di mediazione obbligatoria: le controversie contrattuali da rispetto delle misure COVID-19*, in *Diritto e giustizia. Il quotidiano di informazione giuridica*, 26 Giugno 2020, in http://www.dirittoegustizia.it/news/23/0000099251/Nuova_ipotesi_di_mediazione_obbligatoria_le_controversie_contrattuali_da_rispetto_delle_misure_COVID_19.html; A. SPEDICATO, *Mediazione obbligatoria nelle controversie causate dal covid-19. Sì, ma restano i dubbi sui casi concreti*, in *Consulenza*, mercoledì, 1 luglio 2020, in <https://www.consulenza.it/Contenuti/News/News/5409/mediazione-obbligatoria-nelle-controversie-ca>.

⁷⁶ Art 5, comma 1-bis, d.lgs. n. 28/2010, con riferimento alle controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

della mediazione, come condizione di ulteriore procedibilità della lite⁷⁷. Sotto altro aspetto, la mancata partecipazione senza giustificato motivo della parte alla mediazione la espone all'applicazione di una sanzione pecuniaria⁷⁸ e, al contempo, costituisce elemento di prova contrario che il giudice valuta nella decisione della lite⁷⁹. Del pari, la mancata accettazione della proposta risolutiva formulata dal mediatore, se risulta di contenuto corrispondente alla decisione giudiziale della lite, espone la parte a conseguenze processuali ed economiche di segno negativo⁸⁰.

In ragione di queste peculiarità normative, la disciplina italiana prevede che nella mediazione sia obbligatoria l'assistenza legale degli avvocati⁸¹ che, perciò, affiancano le parti nella gestione dell'intero procedimento davanti al mediatore⁸². Pur essendo evidente la finalità di elevare la tutela delle parti in mediazione, l'imposizione dell'assistenza legale ha sollevato delicate questioni in merito alla necessità della partecipazione personale delle parti al procedimento⁸³.

A tal fine, l'assistenza obbligatoria dell'avvocato, quale professionista che oramai si avvale professionalmente delle tecniche di comunicazione a distanza, avvantaggia nella gestione dei procedimenti di mediazione, ma non è un fattore decisivo. L'utilizzo delle tecniche di comunicazione a distanza, per tanti versi, agevola pure le parti nell'accesso alla mediazione e nella gestione dell'intero procedimento, comprese le sequenze fondamentali del superamento dell'incontro programmatico e del raggiungi-

⁷⁷ Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

⁷⁸ Art. 8, comma 4-bis, d.lgs. n. 28/2010.

⁷⁹ Art. 8, comma 4-bis, d.lgs. n. 28/2010.

⁸⁰ Art. 13, d.lgs. n. 28/2010.

⁸¹ Artt. 5, comma 1-bis, 8, comma 1, e 12, d.lgs. 28/2010.

⁸² C. MENICHIINO, *Il nuovo ruolo e le competenze dell'avvocato in mediazione nell'ambito della giustizia "privata"*, in *I Contratti*, n. 10/2015, pp. 948 ss.

⁸³ C. MOTTIRONI, *Mediazione delegata - Sull'onere di comparizione personale delle parti nel procedimento di mediazione "delegata"*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 8-9/2015, pp. 1885 ss.; F. FERRARIS, *Partecipazione personale - ed effettività del procedimento: due elementi essenziali - per il corretto espletamento - del tentativo "obbligatorio"*, *I Contratti*, n. 7/2015, pp. 273 ss.

mento dell'accordo conciliativo. Sul punto, occorre svolgere alcune considerazioni.

Nella fase iniziale del procedimento di mediazione, si colloca l'incontro programmatico nel quale il mediatore chiarisce alle parti e agli avvocati le finalità e le modalità di svolgimento della mediazione, chiedendo loro se sia possibile mediare e, in caso di risposta positiva, si passa al merito della mediazione⁸⁴. La prassi per la quale si presenta in mediazione solo l'avvocato, in qualità di rappresentante della parte, ha finito per rendere l'incontro programmatico un'inutile formalità, in quanto i legali in prevalenza manifestano l'indisponibilità alla mediazione, che perciò non può avere inizio. Al riguardo, la giurisprudenza ha elaborato un orientamento interpretativo assai rigoroso che impone la presenza personale della parte, oltre che quella dell'avvocato, affinché l'incontro programmatico si consideri correttamente svolto e, perciò, sia assolta la condizione di procedibilità dell'azione giudiziale⁸⁵. Non è sufficiente, in altre parole, che partecipi l'avvocato, ma occorre anche la presenza della parte che si deve esprimere personalmente, ovvero tramite un procuratore speciale, diverso dall'avvocato, sulla possibilità di mediare. La soluzione interpretativa intende dare effettività all'incontro programmatico e alla mediazione, evitando un uso formale del meccanismo compositivo finalizzato unicamente all'assolvimento della condizione di procedibilità dell'azione giudiziale. Sono le parti, infatti, le titolari del potere dispositivo dei diritti oggetto delle controversie e, inoltre, le stesse hanno conoscenza delle rispettive esigenze, da portare al confronto

⁸⁴ Art. 8, comma 1, d.lgs. 28/2010. G. RAITI, *Primo incontro in mediazione e condizione di procedibilità della domanda ai sensi del novellato art. 5, comma 2° bis, d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28*, in *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2/2015, pp. 558 ss.

⁸⁵ Cass. n. 18068/2019 e Cass. n. 8473/2019, in M. RUVOLO, *La Cassazione sulla presenza effettiva delle parti in mediazione - e sull'effettività del tentativo di conciliazione: - considerazioni critiche*, in *Il Corriere Giuridico*, n. 12/2019, pp. 1533 ss.; A. MELUCCO, *Partecipazione personale, rappresentanza e assolvimento - della condizione di procedibilità nella mediazione*, in *Rivista di Diritto Processuale*, n. 1/2020, pp. 434 ss.; F. LUISO, *La mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 10/2019, pp. 2128 ss.; F. FERRARIS, *Mediazione obbligatoria. Partecipazione personale ed effettività del procedimento: - verso una eterogenesi dei fini?*, in *I Contratti*, n. 3/2019, pp. 273 ss.

con il mediatore per trovare una soluzione che risulti soddisfacente per tutte. La conduzione del tentativo di conciliazione e l'esito dello stesso, per tanti versi, presentano numerosi aspetti discrezionali che esigono un diretto coinvolgimento personale delle parti nel negoziato guidato dal mediatore.

L'utilizzazione delle tecniche di comunicazione a distanza, quindi, agevola la partecipazione personale delle parti alla mediazione, superando le difficoltà inerenti alla mobilità. Con la mediazione a distanza, in pratica, è più facile che il mediatore riesca a comunicare con le parti, in sessioni sia congiunte e sia separate⁸⁶, e inoltre che anche le parti possano dialogare direttamente tra di loro. Le potenzialità della mediazione a distanza, peraltro, non sono condivise da tutti, in quanto non pochi sono coloro che ritengono che la mediazione debba essere presenziale, l'unica che permette un effettivo dialogo e la piena valutazione del linguaggio non verbale del corpo. È obiettabile che le tecniche di comunicazione si utilizzano anche a distanza e, pertanto, la formazione teorica e pratica del mediatore si deve sviluppare verso la dimensione digitale della mediazione.

Le tecniche di comunicazione a distanza, peraltro, si diffondono complessivamente nelle relazioni interpersonali, familiari, economiche e sociali secondo una tendenza generale, che la crisi pandemica ha accentuato. Non deve spaventare, pertanto, che le medesime tecniche si applichino anche nelle tutele giudiziali ed extragiudiziali, comprese quelle in materia di famiglia⁸⁷, così contribuendo ad avvicinare la giustizia agli utenti.

4. *I processi di costruzione partecipata della giustizia alternativa.* – L'utilizzo delle tecniche di comunicazione a distanza nelle soluzioni conciliative, sia giudiziali e sia extragiudiziali, contribuisce non solo ad avvicinare la giustizia agli utenti, ma anche a costruire una giustizia più partecipata e condivisa. A dif-

⁸⁶ Art. 9, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

⁸⁷ Sulla gestione a distanza del contenzioso familiare durante la crisi pandemica, v. F. DANOVÌ, *Procedimenti separativi su intesa e comparizione personale - delle parti al tempo del Covid-19: la linea del Tribunale di Torino*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2020, pp. 429 ss.

ferenza delle soluzioni aggiudicative imposte dal giudice, le soluzioni conciliative condivise dalle parti, infatti, costituiscono una forma di giustizia che risponde direttamente alle loro esigenze. In tal senso, può parlarsi di una giustizia più vicina alle parti, in quanto sono esse che concorrono a realizzarla in sede sia giudiziale che extragiudiziale. Le tecniche di comunicazione a distanza, pertanto, non si limitano a favorire l'accesso alle tutele, ma anche la gestione delle stesse e, soprattutto, la costruzione partecipata delle soluzioni conciliative.

Il raggiungimento di una soluzione conciliativa è positivo sia perché previene o pone termine a una controversia, ma anche perché rinsalda la coesione personale, economica e sociale delle comunità. In tal senso, lo sviluppo delle conciliazioni a distanza contribuisce alla pacificazione dei contesti economici e sociali conflittuali, ulteriormente esasperati dall'emergenza pandemica. L'utilizzo delle tecniche di comunicazione a distanza, quindi, avvicina le parti ai meccanismi auto-compositivi extragiudiziali e giudiziali, responsabilizzandole nella costruzione di soluzioni che rispettino le esigenze effettive di tutela immediata delle comunità.

La dialettica di composizione amichevole tra le parti delle singole controversie, peraltro, alimenta processi partecipativi più ampi e complessi nell'esercizio di un'autonomia organizzativa e regolamentare della giustizia collaborativa. In tal senso, l'organizzazione del servizio compositivo tende a soddisfare le richieste delle parti e, pertanto, a configurarsi nella maniera più funzionale all'ottenimento della maggiore condivisione tra gli utenti. Le modalità organizzative, quindi, si atteggeranno in funzione del gradimento degli utenti del servizio compositivo e, perciò, secondo crescenti standard qualitativi. A differenza delle tutele aggiudicative, rigide e strutturate, quelle conciliative, sia in sede giudiziale che extragiudiziale, sono governate da principi generali che lasciano ampi margini di autonomia. In tal senso, l'utilizzo delle tecniche di comunicazione a distanza favorisce l'esercizio dell'autonomia in quanto permette di compiere migliori scelte comparative che alimentano i processi di elevazione degli standard qualitativi.

Le migliori prassi applicative, infine, divengono la base esperienziale sulla quale costruire la stessa disciplina delle tutele col-

laborative. In luogo di normative eteronome dettagliate e rigide, si affermano strumenti di soft law, quali codici di condotta, protocolli di intesa, linee guida e principi generali, che sono il risultato dell'analisi dell'esperienza maturata nella gestione delle tutele collaborative. La gestione a distanza delle tutele, a tal fine, semplifica la raccolta delle informazioni rilevanti ed estende il numero dei soggetti coinvolti nei processi partecipativi collettivi di costruzione della giustizia alternativa su base democratica⁸⁸.

⁸⁸ C. PILIA, *Aspectos de la mediación en el ámbito europeo*, Madrid, 2019.

PIOTR F. PIESIEWICZ*

EL ROL DEL ABOGACÍA DURANTE LA PANDEMIA COVID-19: LA PERSPECTIVA POLACA

SUMMARY: 1. Introduction. - 2. Restrictions in force in Poland in connection with the emergence of the SARS-CoV-2 virus and the possibility of using legal assistance. - 3. The role of the Bar in administering justice. - 4. On-line mediation as proposed by the bar association (Polish solutions). - 5. Conclusions.

1. *Introducción.* – The emergence of the SARS-CoV-2 virus in Poland caused the state to take a number of steps to reduce the spread of the virus and, consequently, to introduce a number of restrictions, including the limitation of economic and professional activities (among others, legal ones) in Poland. Thus, the Covid-19 pandemic influenced not only the state's economy, but also the functioning of the judiciary, of which the Bar, with its statutory role, is a part of. Along with the introduction of the state of epidemiological emergency, and then the state of epidemic, a number of restrictions related to the possibility of free movement were introduced, and the activity of courts was also subsequently limited. This influenced the manner of practicing legal professions. The courts did not completely cease their activities (apart from special individual cases)¹, but limited their activities

* Profesor Asistente en Instituto de Derecho, SWPS Universidad de Sociales y Humanidades de Varsovia, abogado, miembro de la asociación internacional de profesores de derecho (*The Association of Law Teachers*); publicación sobre invitación a la cooperación del prof. Carlo Pilia - la Universidad de Cagliari.

¹ The suspension of the court's activities took place in the District Court in Janów Podlaski, where, as a result of a virus finding in one of the employees, all court employees were quarantined. As a result, the entire court ceased to function (A. PARTYK, *Epidemia (Covid-19) a tok postępowań cywilnych i sądownoadministracyjnych*, *Przegląd Prawa Publicznego* 2020, n° 5, p. 47).

only to the cases that were considered the most urgent. As a rule, those were sessions on pre-trial detention, cases with a statute of limitations on criminal offences, while the examination of civil cases was, in principle, suspended; courts are no longer open to citizens (this makes it impossible to e.g. view case files). These circumstances undoubtedly affected the situation of the parties to the pending proceedings. At the same time, it can be noticed that there has been an increase in the number of cases (especially actions for payment) because due to the economic crisis many entrepreneurs lost their financial liquidity. Currently, it is signaled that Polish courts are more overloaded with work than before the pandemic – the number of cases has increased, and the time of examination of already pending cases has also increased. The above leads to a longer waiting time for the court's decision.

The role of the Bar is not only to provide legal assistance to people in need, but also to cooperate in creating and applying the law. These obligations arise both from the provisions of the statute (primarily the Act of 26 May, 1982, Attorneys' Profession Act)², but also from the principles of Professional Code of Conduct for Attorneys³. Due to a number of restrictions introduced by subsequent regulations, the ability of attorneys to perform the statutory role entrusted to them has been limited. As a result, a question arose about the attitude that lawyers should adopt towards this extraordinary situation – first of all, with regard to their role in the administration of justice and the duties that result from it. Secondly, it remains to be determined how to protect the interests of clients vis-a-vis numerous changes also introduced to procedural law which may potentially be considered to violate the right of a party to a fair trial. In this context, it is worth considering whether an attorney's ethical duty should not be to inform about the possibility of resolving the dispute through mediation⁴. The chapter discusses these issues taking

² Journal of Laws 2019, issue 1513.

³ Resolution of the National Bar Council n° 2 / XVIII / 98 - Collection of the principles of Professional Code of Conduct for Attorneys.

⁴ Proposals for such a provision had already appeared in the opinions of the attorney community before the Covid-19 pandemic.

into account the legal solutions introduced by the Polish authorities to proceedings (especially civil ones), the doubts they raise as well as the statutory role of attorneys as entities cooperating within the proper administration of justice.

2. *Restrictions in force in Poland in connection with the emergence of the SARS-CoV-2 virus and the possibility of using a legal assistance.* – Pursuant to § 1 of the Regulation of the Minister of Health of 13 March, 2020 on the announcement of an epidemic threat in the territory of the Republic of Poland⁵ “in the period from 14 March, 2020 until further notice, the state of epidemic threat in connection with SARS-CoV-2 virus infections is announced in the territory of the Republic of Poland”. This regulation was repealed by another regulation of the Minister of Health of 20 March, 2020 on recalling the state of epidemic threat in the territory of the Republic of Poland. On the same day, the Minister of Health issued another regulation introducing no longer an epidemic threat, but an epidemic. Pursuant to § 1 of the Regulation of the Minister of Health of 20 March, 2020 on the announcement of an epidemic in the territory of the Republic of Poland, “in the period from 20 March, 2020 until further notice, an epidemic in the territory of the Republic of Poland is announced in connection with SARS-2-CoV virus infections. The above means that from the that date to the present day, in accordance with the regulation of the Minister of Health, the SARS-CoV-2 epidemic continues in the territory of the Republic of Poland. This regulation has been amended many times since it entered into force. On the one hand, it significantly limited the free movement of citizens, and on the other hand, the possibility of running a business and professional activity. There is no doubt that this situation also affected the ability to provide legal assistance by attorneys. On the one hand, in the period from 25 March, 2020 to 11 April, 2020, mobility of citizens staying in this area was prohibited in the territory of the Republic of Poland. However, there were some exceptions. One of them was the movement of a given person in order to, among

⁵ Journal of Laws, item 433, 441, 461 and 478.

other things, perform professional activities or official tasks, which included the attorney's practice. On the other hand, however, the mobility of "ordinary" citizens has been limited to the current matters of everyday life. The use of this expression raised a number of doubts as to the scope of permissibility of movement. The concept of "current matters of everyday life" seemed to exclude the possibility of seeking legal assistance. The above is due to the fact that this legal term has long functioned in Polish civil law. It is used by the legislator in Art. 14, 20, 384 of the Civil Code⁶. The position on how this concept should be understood was also expressed in the literature on the subject in the context of the issue of contracts "in current matters of everyday life". It was noted that "the classification of a contract as falling under the category of contracts in petty, current matters of everyday life may be determined not only by the value of the subject of the contract, but also by the typical nature of a given legal action in the applicable social relations, as well as by simple procedures of its conclusion or performance.

One should also take into account the commonality of the contracts in question concluded in order to meet the current consumption needs of an average family, and consider whether they require some greater understanding of the broadly defined domain of trading⁷. The use of the term "current matters" also implies the inadmissibility of qualifying the use of legal assistance during this period as such "current matters". The term indicates some typical, everyday matters – one of which the use of legal assistance is not. As a consequence, in the period from 25 March, 2020 to 11 April, 2020, the possibility of direct contact with lawyers was significantly limited. It should be noted that currently (at the time of writing this chapter) such restrictions do not apply, but due to the fact that the SARS-CoV-2 epidemic is not over yet, the reintroduction of the restrictions is still possible at any given time.

⁶ Act of 23 April 1964 Civil Code, consolidated text: Journal of Laws 2019, issue 1145.

⁷ S. KLAUS, *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna (art. 1-125)*, M. FRAS (ed.), M. HABDAS (ed.), Lex/el. 2020.

One should distinguish restrictions related to the lack of free movement from restrictions directly affecting the functioning of the judiciary. On 2 March 2020, the Parliament adopted new legislation: the Act on specific solutions related to the prevention and combating Covid-19 and other infectious diseases and crises they caused (hereinafter: Covid Act)⁸. This act introduced the changes to the functioning of the judiciary. Depending on the pandemic situation, The Covid Act has been amended many times and it introduced various restrictions. It authorised the suspension of the activities of the courts. In the case of a complete suspension of the judiciary due to Covid-19, the president of the court of appeal, and in relation to military garrison courts-martial, the president of the military district court may designate another equivalent court, located within the same appeal area, as competent to hear urgent cases within the jurisdiction of the court who has ceased to act – with a view to ensuring the right to a fair trial and taking into consideration the organizational resources of courts. The authorisation specified in this Act made it possible to appoint another court for a specified period of time stemming from the expected period of suspension of judiciary. The above means that the actions of the court could be limited only to the so-called “urgent matters”. It should be noted that Art. 14a para. 4 and 5 of the The Covid Act specifies what should be understood by this term, indicating 22 types of cases. Examples include the following cases: application, extension, modification and revocation of pre-trial detention, questioning of a witness in criminal preparatory proceedings by a court when the suspect is arrested, or if the prosecutor requested that the hearing be conducted in the manner provided for examining urgent cases. The following cases are also urgent: in the subject of the European arrest warrant, in ordering a break in the execution of a sentence in the electronic supervision system, in taking away a person subject to parental authority or being under guardianship, in relation to placing or extending the stay of a minor in a shelter for minors, in relation to placing a minor foreigner in a care and educational institution, to determine the disability or degree of disability. There is no doubt that most cases brought to court are not “urgent” in light of The Covid Act. However, it does not mean that they are not ur-

⁸ Journal of Law 2020, issue 374, hereinafter: The Covid Act.

gent for parties to the trial, victims or defendants. It is worth noting that according to Article 6 of European Convention of Human Rights⁹ in the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against them, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. The right to a fair trial includes the right to be heard by the court within a reasonable time.

In the Polish legal system, the problem of excessive length of proceedings is regulated by the Act of 17 June on complaints about breaching parties' rights to have their cases heard without undue delay¹⁰.

This regulation is the actual implementation of the provisions of the Convention. A complaint about the so-called excessive length of proceedings is a legal instrument introduced into the Polish legal system as a result of the judgment of the European Court of Human Rights of 26 October, 2000 in case n°. 30210/96 Kudła v. Poland¹¹, in which the Court, finding the incompatibility of the domestic legal system as regards the minimum standard of hearing a case within a reasonable time¹². According to article 2 of this Act a party may file a complaint for a declaration that in the proceedings to which the complaint relates, there has been a breach of their right to have the case examined without undue delay, if the proceedings aimed at issuing a decision concluding the proceedings in the case last longer than necessary to clarify the relevant factual and legal circumstances, or longer than necessary to settle an enforcement case, or another case related to the enforcement of a court decision (excessive length of proceedings). There is no doubt that due to the occurrence of a pandemic in the territory in Poland, the suspension of some actions of judiciary cannot be treated as a premise justi-

⁹ Journal of Laws 1993, N° 61, issue 284.

¹⁰ Journal of Laws 2004, n° 179, issue 1843.

¹¹ Judgment on 26 October 2000, case of Kudła v. Poland, application n° 30210/96, HUDOC.

¹² A. PIASECZNY, *Art. 1. W: Ustawa o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki. Komentarz*, Lex/el.

fyng a complaint about excessive length of proceedings. This means that as a result of the Covid-19 epidemic, on the one hand, the rights of an individual guaranteed by Art. 6 of the Convention, and on the other hand, the attorney representing the party cannot take measures to counteract this situation.

Irrespective of the above, it should be noted that the subsequent act introduced a special provision regulating the possibility of holding sessions and court hearings. This is the Act dated 14 May 2020 on changing various laws as protective measures due to the spread of Covid-19¹³ which entered into force on 16 May 2020 (hereinafter: "The Third Law"). According to Article 15zzs (1) pkt 1 The Third Covid Act during the period of the state of epidemic threat or state of epidemic announced due to Covid-19 and within one year from the recall of the last of them, in cases examined pursuant to the provisions of the Act of 17 November 1964 – Code of Civil Procedure, hereinafter referred to as the "Code of Civil Procedure" (all civil cases) a hearing or a public hearing is carried out with the use of technical devices that enable it to be held remotely with the simultaneous direct transmission of image and sound (in the form of video conference), except that the persons participating in them do not have to be in the court building, unless conducting a hearing or a public hearing without the use of the above devices does not trigger excessive risk to the health of people participating in it. From the provision of this Article, it should be concluded that at present the rule is to conduct hearings with the use of specialized devices for remote communication, and conducting hearings in a traditional form is an exception. It should be noted that both the implementation of the aforementioned statutory solutions related to on-line hearings as well as related to conducting them in the traditional form with restrictions raises a number of constitutional doubts.

These doubts were raised both by the Ombudsman¹⁴, and the Court Watch Foundation in Poland. On 18 May, 2020, the Ministry of Justice presented recommendations enabling the functio-

¹³ Journal of Laws of 2020, issue 875.

¹⁴ Koronawirus a sądy. Publiczność ma prawo do udziału w rozprawach, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/koronawirus-rpo-publicznosc-ma-prawo-udzialu-w-rozprawach-sadowych>.

ning of the justice system during the SARS-CoV-2 epidemic. According to these recommendations, access to the courts for persons other than those summoned to participate in the hearing or showing another necessary need is prohibited. The ministry recommends that court presidents issue orders preventing or restricting public access to courtrooms. In the opinion of the Ombudsman the above constitutes a restriction of public hearings and open court sessions. Such a limitation is a breach of Art. 45 sec. 1 and 1 of the Constitution¹⁵. According to this Article, everyone shall have the right to a fair and public hearing of their case, without undue delay, before a competent, impartial and independent court. On the other hand, exceptions to the public nature of hearings may be made for reasons of protecting morality, State security, public order or the protection of the private life of a party, or other important private interest. Judgments shall be announced publicly.

In addition, the report on compliance with the principle of open court sessions in Poland and the public announcement of the judgment in June 2020 prepared by the Court Watch Foundation in Poland shows that the vast majority of court presidents (94%) issued orders changing the rules of access to court buildings. Most courts' orders (88%) contain provisions restricting public access. In more than one third of cases (35%), the participation of the public in public hearings and open court sessions was explicitly excluded¹⁶. According to the recommendation of the Foundation, it is also justified to promote public access to public hearings and open court sessions by means of remote communication and to issue new instructions to security staff so that there are no cases of unjustified refusal of access to open court sessions. However, in a letter sent to one of the courts, the Ombudsman questioned whether the technical and

¹⁵ The Constitution of the Republic of Poland of 2nd April, 1997 as published in Dziennik Ustaw No. 78, issue 483.

¹⁶ B. PILITOWSKI, B. KOCIOŁOWICZ-WIŚNIEWSKA, *Raport z przestrzegania w Polsce zasady jawnego procesu i publicznego ogłoszenia wyroku w czerwcu 2020*, Fundacja Court Watch Polska, Toruń 2020, s. 15; <https://courtwatch.pl/wp-content/uploads/2020/06/FCWP-Monitoring-jawno%C5%9Bci-2020-06-25.pdf>.

procedural solutions were designed in such a way as to eliminate the threat to the privacy of participants in the proceedings¹⁷.

Summarizing the above, it should be stated that an attorney should decide whether it is in the client's interest to enter into a dispute before a court in a situation where there is a risk of non-fulfillment of the basic constitutional guarantees. The answer to this question seems obvious.

It should be noted here that the provision of Art. 15zys1 point 2 of The Third Covid Act provides for one more solution that raises constitutional doubts. According to the Art. 15zys1 point 2) the Third Covid Act the judge may order a closed court session if he or she considers the examination of the case necessary, and conducting a hearing or a public hearing required by law could pose an excessive threat to the health of the participants and cannot be carried out at a distance with the simultaneous direct transmission of image and sound (in the form of a video conference), and neither of the parties objected to the holding of a closed session within 7 days from the date of delivery of the notification of the matter being sent to a closed court session; in the notification sent, the party not represented by an attorney, legal advisor, patent attorney or the advisor of the General Counsel to the Republic of Poland should be instructed about the right and time limit for submitting an objection.

It should be noted that the term used in this provision implies that the chairman of the court may arbitrarily exclude the public, and a party may only object to this. The form of expressing consent itself raises considerable doubts, that is to say, lack of objections from the parties submitted within 7 days from the date of receipt of the notification (taciturn consent). In addition, it is not clear what circumstances should be raised in the "objection". The legislator does not specify whether it is sufficient to just express the lack of consent, or whether the party must prove that there are no substantive reasons for conducting the case in closed court sessions. Notwithstanding the foregoing, advising the client

¹⁷ Koronawirus. RPO pyta o prawo do prywatności, gdy publiczność bierze udział w transmitowanych rozprawach, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/koronawirus-rpo-pyta-o-prawo-do-prywatnosci-gdy-publicznosc-uczestniczy-w-transmitowanych-sprawach>.

to agree to a closed court session, the attorney should present an alternative when each solution is unfavorable for the client.

The consent to conduct a case in closed court sessions is undoubtedly a breach of Art. 6 of the European Convention of Human Rights as well as Art. 45 sec. 2 of the Constitution.

According to the statement expressed by the Human Rights Committee in case n° CCPR / C / 39 / D / 215/1986 van Meurs vs. The Netherlands, the state has the duty to make the trial open to the public, whether or not the parties wish so. Both national legislation and judicial practice must provide for the participation of members of the public if they wish so. It should be additionally mentioned that the closed court sessions as a form of conducting civil cases violates the principle of the adversarial nature of the proceedings. A civil trial is no longer a dispute between two parties. It becomes a “problem” resolved on the basis of the documents provided by the parties in the privacy of the judge’s office. On the other hand, failure to consent to this form of trial and, consequently, the judgment, may harm the material or non-material interests of the parties.

3. *The role of the Bar in administering justice.* – The political position of the bar and its role in the administration of justice is regulated, as already mentioned in the introduction, by the Act of 26 May, 1982, Attorneys’ Profession Act. Moreover, attorneys are obliged to follow the rules of Professional Code of Conduct for Attorneys, including numerous resolutions adopted by the National Bar Council. For the purpose of the current considerations, Art. 1 Attorneys’ Profession Act is especially important. Pursuant to the term used in this provision, the Bar is established to provide legal assistance, cooperate in the protection of civil rights and freedoms, and in creating and applying the law¹⁸. The forms in which these duties are performed do not raise any doubts. Legal assistance is provided by attorneys as part

¹⁸ A. MALICKI *Adwokat ogólny czy tylko specjalista? Uwagi praktyczne w kontekście potrzeb wymiaru sprawiedliwości*, *Palestra* 2016, n° 10, pp. 102-107; F. RYMARZ, *Idea powołania adwokackiego i misji adwokatury (Głos w dyskusji na 100-lecie samorządu adwokackiego)*, *Palestra* 2017, n° 12, pp. 15-22.

of their profession. In this respect, they are obliged to look after the interests of the client (para. 43 of the Professional Code of Conduct for Attorneys). And concerning participation in creating the law, it means the right to participate in the law-making process, among others by issuing opinions on draft legal acts¹⁹. The bar performed these duties by submitting comments to individual acts concerning the Covid-19 pandemic.

Nonetheless, from the point of view of these considerations, the first obligation, i.e. providing legal assistance and taking care of the client's interests (paragraph 6 of the Professional Code of Conduct for Attorneys) is significant. It should be noted that the shape of the current model of proceedings (the wide possibility of hearing a case in a closed court session) directly affects the exercise of the party's rights, since, as indicated above, these provisions raise fundamental doubts in the light of the exercise of the right to a fair trial, which in turn translates into the fulfillment of the lawyer's basic duties. There is no doubt, of course, that the solutions adopted in the civil procedure are exceptional and are to remain valid only for a limited period (one year from the end of the epidemic or the threat of an epidemic). However, during this time the principle of the adversarial nature of the proceedings may be limited. Therefore, it affects the interests of the attorney's client. The question therefore arises whether the possibility of resolving the dispute through mediation or other alternative form of dispute resolution should not be considered, if it is in the interest of the client.

It should be noted the provision of para. 44 of the Professional Code of Conduct for Attorneys. According to this paragraph the attorney is obliged to strive for solutions that save costs to the client and advise on an amicable settlement of the case when it is justified by the client's interest. The obligation expressed in this provision is a substantiation of the obligation expressed in para. 6 of the Professional Code of Conduct for Attorneys²⁰.

¹⁹ J. TRELA, *Art. 1, Prawo o adwokaturze. Komentarz*, P. KRUSZYŃSKI (ed.), *Lex/el*, 2016.

²⁰ According to the couple. 6 of the Professional Code of Conduct for Attorneys, the purpose of professional activities undertaken by attorneys is to protect the interests of the client.

Regardless of the obligation to care for the economic interests of the client (long processes are usually also expensive ones), it should be considered how the second of the obligations listed in this provision, i.e. advising on an amicable settlement of a case, can now be carried out. It is worth emphasizing that the provision uses the term “advising”, unlike, for example, the provisions of the Code of Civil Procedure, which refer to the obligation to “strive to reach a settlement”. Such a construction results from the attorney’s basic role, which is to be the personal representative of the client’s interests and defend their rights in the proceedings. Therefore, an attorney is not primarily a conciliator or arbitrator, but a personal representative of the interests of one of the parties. For this reason, he or she can only “advise”, and therefore propose to the party to undertake settlement discussions, if he or she considers it beneficial for the client’s interests in a specific case. Therefore, in the light of the current situation and the limitations of procedural regulations, is it reasonable to advise the client on the possibility of resolving the dispute through mediation – especially that – when the restrictions are reinstated – mediation can be conducted online?

It seems that the answer to this question should be in the positive. In order to protect the interests of the party, the attorney is obliged to present all the risks and threats that may potentially arise in a specific case. In the current situation, apart from the issues related to the potential chances of success of the case, the procedural provisions of the Third Covid Act in force at the moment should also be included in the risks and threats. This is because they lead to certain limitations of a party’s procedural rights, and thus affect the implementation of the guarantee of the right to a fair trial. It is worth noting that the Polish government has not decided to introduce a state of emergency or state of epidemic threat. Meanwhile, according to the Constitution, limitation of human and civil freedoms and rights during individual states of emergency may occur after their introduction and are then determined by law. At the moment, we are dealing with an emergency situation, but a state of emergency that would justify restrictions on the right has not been introduced. In this context, it is also the duty of the attorneys to identify alternative forms of dispute resolution, under which, despite the

exceptional situation, the rights and guarantees of the parties are maintained. Mediation seems to be such a form.

4. *On-line mediation as proposed by the bar association (Polish solutions)*. – Mediation as an alternative form of dispute resolution has been functioning in the Polish civil proceedings since 2005. The basic principle of mediation in the model adopted in the Code of Civil Procedure is the voluntary nature of the mediation. Mediation can be conducted at any stage of the proceeding; depending on this, there may simply be different procedural consequences. Mediation may take place both on the initiative of the parties and on court referral – with the prior consent of the parties. The provisions of the Code of Civil Procedure do not explicitly provide for the possibility of conducting on-line mediation; at the same time, however, such mediation is not prohibited. The only provision that relates to the method of mediation is Art. 183^{3a} of the Code of Civil Procedure. According to this Article a mediator shall conduct mediation using various methods with the aim of an amicable settlement of dispute, including the provision of support to the parties in the elaboration of settlement proposals. At a common request of the parties, the mediator may also indicate manners for settling the dispute which shall not be binding for the parties.

On-line mediation is becoming more and more popular. There are also more and more platforms enabling it to be run²¹, although there is no doubt that on-line mediation can also be conducted using generally available telecommunications tools (Skype, Google hangout, Google meets). It is important for them, however, to ensure the implementation of basic guarante-

²¹ R. REGAZZONI, *RisoltiOnline: Online Mediation from a Very Practical Point of View*, En: *ODR Workshop 08. Expanding the Horizons of ODR. Proceedings of the 5th International Workshop on Online Dispute Resolution, in conjunction with the 21st International Conference on Legal Knowledge and Information Systems (JURIX 2008)*. Florencia, Italia, diciembre 2008, pp. 32; P. NORIEGA LÓPEZ, *Towards a Platform for Online Mediation*, in M. POBLET, U. SHIELD, J. ZELEZNIKOW (Eds.), *Proceedings of the Workshop on Legal and Negotiation Support Systems 2009*, in conjunction with the 12th International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAIL 2009), Barcelona, 12 June (2009), IDT Series 5, pp. 67-75 <http://www.huygens.es/site/service4.html>.

es which are inextricably linked with mediation confidentiality²².

The National Bar Council in Poland has also taken steps to popularize mediation as a form of dispute resolution, including on-line mediation. By resolution of 19 November, 2011, the Mediation Center at the National Bar Council was established, which is an independent organizational unit within the self-government. The aim of the Center is to conduct mediation (mediators are only attorneys), promote the idea of mediation and protect the rights of attorneys – mediators. Mediation by the attorneys is of great importance here. It is worth noting that to conduct mediation in Poland, it is not required to be a law school graduate.

The result of this solution is the fact that the settlement prepared by the mediator will not always be accepted by the court (Art. 183¹⁴ Code of Civil Proceedings)²³⁻²⁴. Therefore, the possibility of using the services of a professional mediator who is an attorney seems to be of great importance for the parties. Although the attorney cannot guarantee the result meaning the concluding of and then approving a settlement by the parties, yet using their services does guarantee that the mediator's duties will be

²² According to Article Article 183⁴ of Code of Civil Procedures - § 1. Mediation shall not be open to the public. § 2. A mediator, the parties and other persons participating in mediation proceedings shall keep confidential any facts disclosed to them in connection with the mediation. The parties may release the mediator and other persons participating in the mediation proceedings from the foregoing obligation. The obligation of confidentiality and closed to the public nature of mediation must also be maintained in the case of online mediation.

²³ According to Article 183¹⁴ § 1. If a settlement is reached before a mediator, the court as referred to in Article 183¹³ shall, at the request of a party, take prompt actions to validate the settlement reached before the mediator. § 2. If a settlement is subject to execution by enforcement, the court shall validate it by issuing a writ of execution; otherwise, the court shall validate the settlement by means of a decision. § 3. The court shall refuse to declare a settlement enforceable or validate a settlement reached before a mediator in whole or in part, if the settlement is contrary to the law or social norms, or intends to circumvent the law, or where it is incomprehensible or contradictory.

²⁴ O.L. PIASKOWSKA, *Zarys odpowiedzialności kontraktowej mediatora*, Przegąd Prawa Handlowego 2018, N° 12, pp. 27-29.

duly performed, including the preparation of a settlement in accordance with applicable law. Therefore, it should be concluded that from the point of view of the parties to the dispute (or a trial), mediation conducted by an attorney seems an attractive option. The question then remains whether, at the moment, the above-mentioned para. 44 of the Professional Code of Conduct for Attorneys assumes a new meaning and if it will be applied more often. The answer seems to be affirmative.

At present, mediation, which is usually an informal procedure, also allows the parties to exercise these rights and guarantees which as a rule should be implemented in a civil trial. It is primarily an opportunity for both parties to comment on the subject of the dispute. The parties are actively involved in mediation and, with the participation of an impartial mediator, can decide for themselves how the dispute should end and when. Although it cannot be compared in this respect with an oral hearing by a court (under the right to a fair trial), the admissibility of hearing a case in a closed court session also excludes such a possibility. Mediation therefore seems to be an attractive form of dispute resolution for the parties, if compared with a judgment issued without their participation. It also seems that currently, due to the workload of the courts, mediation is also a faster and sometimes also cheaper way to end a dispute. So it seems that currently under the obligation under para. 44 of the Professional Code of Conduct for Attorneys, an attorney should advise a party to use this form of dispute resolution in a civil case.

5. *Conclusions.* – The legal solutions adopted by the Polish legislator which currently allow for extensive examination of cases in closed court session raise serious doubts. Their purpose is to ensure the safety of the parties and employees of the judiciary, and indirectly also to speed up the examination of cases. However, these goals should not be achieved at the expense of the parties' basic procedural rights. Meanwhile, the special provisions currently in force limit the principle of public hearings and open court sessions and affect the implementation of the principle of the adversarial nature of the proceedings. Due to the fact that it is the duty of an attorney to take care of the client's

interests and defend them, he or she should present to the client the current risks and threats that the adopted procedural solutions pose in the light of Art. 6 of the ECHR. As a consequence, the attorney should also consider the legitimacy of advising the client on the possibility of using mediation, pointing to the advantages that such a solution brings at the moment. At present, mediation seems to be a natural alternative to court proceedings, which may not only be pending at present without maintaining one of the basic guarantees of the parties, but which are also lengthy. Therefore, it seems that, despite a number of negative consequences, the Covid-19 pandemic may contribute to the promotion of the use of mediation in Poland.

Finito di comporre nel mese di dicembre 2020
dalle Edizioni AV di Antonino Valveri
Via Pasubio, 22/A – 09122 Cagliari

€ 22,00

ISBN 978-88-8374-106-7