

MEDIACIÓN JUDICIAL

ALFADELTAPI (15-17 DE ABRIL, CENTRO SOCIAL EL ALBIR)

(resumen de Daniel Patiño)

Comienza la intervención Franco Conforti, vivida su experiencia en Argentina en 1.992 con la entrada en vigor de la Ley de Mediación, así como en España la Ley 5/2012 de 7 de Julio.

Diferencia en ésta 3 niveles:

- 1- La Mediación Judicial es entendida como *alternativa* al proceso judicial, o *complementaria* a éste. En el primer nivel, parte de la premisa de “rescatar las personas del conflicto”, con un objetivo de transformar los conflictos y las personas que forman parte. En la segunda concepción, se trata de resolver el litigio. Señala que estas dos concepciones son exclusivas e incompatibles. En la redacción de la ley no queda resuelta esta cuestión dejándola ambigua y si en algunos espacios expresamente señala la alternatividad, en otros, la complementariedad.
- 2- La Mediación Judicial supone un método de resolución del conflicto más *económico* (tanto en términos monetarios como de recursos), *flexible* y *rápido*. Esto puede suponer una mejora a la tutela judicial efectiva, hecho el cual la vincularía con la percepción de un sistema complementario, o no.
- 3- Una de los mayores deficiencias de la aplicación de la Ley es la *Formación* de todos los operadores Jurídicos intervinientes (Jueces, Magistrados, Secretarios Judiciales, Fiscales, etc.).

Asimismo, apunta la dicotomía de la preceptividad o no de acudir a la Mediación una vez presentada la demanda judicial, y los límites que pueda tener esta mediación, es decir, si la obligatoriedad se circunscribe a acudir a la sesión informativa sin someterse a la mediación con la finalidad de conocer el sistema de mediación (Consentimiento informado), o si se va

más allá y esta obligatoriedad alcanza al sometimiento de la herramienta de mediación.

En todo caso, enuncia someramente la diferenciación en el tratamiento de la Mediación Judicial según la Common Law de la Civil Law en lo referente a la posible producción de prueba en un proceso de mediación que luego pueda ser incorporado a un proceso judicial y las distintas cuestiones en materia penal, el derecho a no declarar, a no confesarse culpable y la presunción de inocencia que al ser hechos probados en mediación y/o exigirse como requisito para el acceso a ciertos programas como ser en Justicia Juvenil podrían incorporarse (por vía indirecta) al proceso judicial, por lo que el tratamiento de la mediación sería diferente en cuanto a requisitos y garantías¹.

La intervención de Fernando Montiel relata la aplicación de la reforma legislativa y la introducción del sistema de Mediación Judicial (en el orden jurisdiccional penal) en México en el año 2.008. Alcanzando rango constitucional, regulado en el art. 17², es consecuencia de unas causas tales como el colapso del sistema judicial que viene acompañada de la incapacidad de la justicia para resolver el litigio prolongándose éstos durante años (mientras en muchos casos, la pena privativa de libertad se mantiene sin ser juzgada) y la creciente militarización del problema.

Los motivos que alienta el Estado para la utilización de la ley son la posibilidad de resolución del litigio de una forma rápida y económica, así como la regulación de acudir a la vía de la mediación judicial de forma obligatoria en “delitos bajos” (Faltas), ya que la posibilidad de acuerdo en este mecanismo tiene la consideración procesal de cosa juzgada, y el acuerdo tiene la consideración de título ejecutivo en los mismos términos que el fallo de una sentencia judicial.

Tras 8 años de la implantación de la Ley, se observan diversas características:

- La Mediación Judicial efectivamente es una herramienta económica en tres vías: una primera vía en términos financieros puesto que la gratuidad de la misma, y la no presencia de profesionales liberales (abogados, procuradores, etc.) conllevan esto. Una segunda vía en términos emocionales puesto que la mediación judicial puede suponer una herramienta de resolución de conflictos exitosa. Finalmente, una tercera vía, en recursos del Estado puesto

¹ http://www.lawyerpress.com/news/2014_09/0509_14_010.html (Fecha de Consulta: 17/04/2016).

² <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/18.htm?s=> (Fecha de Consulta: 16/04/2016).

que es elevado el coste para las arcas estatales la puesta en marcha de un complejo sistema judicial en todas sus instancias.

- La Formación de los Mediadores en México se ha abierto extensamente a la multidisciplinariedad, de tal forma que existen muchos campos de las ciencias sociales aplicadas, así como de otros campos que pueden acceder a la mediación. Esto conlleva un hándicap que se está considerando como salida profesional y cada año se forman muchos mediadores lo que puede suponer una especie de burbuja perjudicial en el medio plazo.
- Finalmente, en respuesta a la disyuntiva planteada sobre si la mediación es alternativa o complementaria, señala que la mediación, una vez iniciado el procedimiento judicial mediante la interposición de una demanda, las partes intrínsecamente se están sometiendo a la posibilidad de ser mediados sin necesidad de finalizar el procedimiento judicial mediante una sentencia de un juez o magistrado, por lo que en este caso, definiría como complementaria. En términos absolutos, mencionar Mediación en general es considerada por su propia naturaleza como Alternativa al sistema judicial.

Comienza la intervención el profesor Galtung señalando el añadido que le aporta haber tenido una experiencia personal en la cárcel (consecuencia de su objeción de conciencia), en la que pudo comprobar con el resto de reos el fracaso de un sistema de justicia restaurativa en la que se daban notas de ayuda mutua de rechazo de la culpabilidad entre presos, entendida la criminalidad con un carácter de lucha de clases poniendo como ejemplo que los delitos perpetrados por las clases más altas de la sociedad son entendidos como escándalos, mientras que los delitos de las clases más bajas son crímenes, así como las penas de las clases más altas son consideradas como tragedias, mientras que las de las clases más bajas son penas.

Este lenguaje de clases lleva aparejado un componente de violencia estructural debido a su marcado carácter jerárquico en el que el conflicto se prolonga, y acrecienta permanentemente.

Su experiencia la ejemplifica con momentos en los que ha compartido celda con determinados sujetos infractores, que cuando de nuevo estaban en libertad, volvían a reincidir en sus mismas conductas, por lo que la justicia volvía actuar en un círculo vicioso, sin aproximarse a conseguir la reinserción del individuo, que teniendo en su haber estos antecedentes, no encontraba empleo y volvía a reincidir, expulsando al sujeto de la posibilidad de llevar a cabo una vida digna.

En segundo lugar, apunta la visión histórica de la justicia, referido a la Justicia Penal y Civil, entendida esta como “duelo”. En la historia existió una transición del “duelo” (entendido éste como que Dios está detrás del vencedor –por haber dotado al vencedor de las mayores capacidades con la espada), al “duelo-verbal” (en el que el Juez, en un sistema de diferenciación de clases, considera las pruebas en una legislación que favorece a la clase más alta).

Continuando con sus experiencias y ejemplos, apunta determinadas acciones de Mediación Policial llevadas a cabo en la Costa Occidental de la India, y en Japón, en el que, aun teniendo el componente de lucha de clases, ha tenido una resultados interesantes.

De forma similar, expone el resultado del conflicto entre Perú y Ecuador en el que se han caracterizado por dos aspectos:

- Un primer aspecto basado en la cooperación en la búsqueda del beneficio mutuo e igual, a pesar de que existe el riesgo de caer en violencia estructural.
- La Armonía se ha de manifestar a través de la Empatía, basado en el principio “*sufro cuando sufres, me alegro cuando te alegras*”. Consiste el papel del mediador en proponer alternativas que supongan la transformación del conflicto. Estas alternativas, propuestas o visiones son necesarias que se originen desde el mediador, presentando una visión mejor, es decir, una alternativa más apetecible a las partes para trasladarles de nuevo el protagonismo en la resolución del conflicto, retornando al conflicto de carácter privado con esa visión más apetecible. En términos anglosajones este “*compelling vision*”³ (“hágame”) es el esfuerzo más complicado en la tarea de un mediador con la finalidad no solamente de la resolución del conflicto, sino en que esta resolución sea duradera en el tiempo. Para ello, es necesario

³ http://www.peaceinstitute.hawaii.edu/resources/_epubs/The-Public-and-Private-in-Mediation.pdf (Fecha de Consulta: 16/04/2016). Ver más (Geertz 1964; Rosenberg 1974)

no solamente articular propuestas establecidas en la ley o de cualquier otra naturaleza, sino aportar una **CREATIVIDAD** en las propuestas (Esto supone plantear en el marco de la mediación siempre un elemento nuevo para la consecuente transformación del conflicto), aparte de la neutralidad, independencia, etc.

- Finalmente, ejemplifica en un modelo social de resolución de conflictos muy interesante y en el que todas las partes de la sociedad están involucradas en la aplicación de esa Justicia Restaurativa, esto se lleva a cabo en Hawaii, y tiene como significado “corregir un error o hacer lo correcto”, el “*Ho’ Oponopono*”⁴, con la consabida finalidad de analizar los hechos y conductas del sujeto que ha cometido el hecho, analizando su interior (el **por qué** lo ha hecho), y analizando el papel de la sociedad en su omisión (el **qué** no ha hecho para remediarlo). Se analiza el interior, el exterior, y las contradicciones. Si se logra el reconocimiento de la restauración tanto individual como con el perdón de la comunidad, y ésta se compromete a atender y chequear estas omisiones, es un sistema que complementa la tutela judicial porque con esa resolución se traslada al juez y tiene como consecuencias redimir o minimizar las penas, tratando de reinsertar al sujeto en la comunidad.

En el turno de participantes, se reflexiona sobre el papel de la mediación en su repercusión con la ley, pero mayormente con el compromiso, y se formulan diversas preguntas sobre la forma que hay que darle a este compromiso, y el papel que tiene el conflicto. Aquí se analizan posturas relacionadas con la insuficiencia de la ley como punto de partida para mediar puesto que perdería la mediación ese marcado carácter de creatividad en la propuesta de alternativas a la hora de resolver el conflicto. Asimismo, se apunta si el papel de la mediación incide en la autonomía individual o la social, en la dicotomía de si la mediación tiene un rasgo autocompositivo o heterocompositivo y el papel que ésta mediación ha de jugar desde el punto de vista social. Independientemente, de que se estima como asunto no mediable cualquiera de derecho público.

Por otro lado, se pregunta a los ponentes, la influencia de la mediación judicial sobre los tres componentes del conflicto según el método Trascend, es decir, Actitud-Conducta-Contradicción (ACC); y si la aplicación de la Ley en España en el que prima el papel de los

4 Miura, Steven Y. The mediation of conflict in the traditional Hawaiian family: A collectivistic approach. *Communication Quarterly* 47.4 (Fall 1999): S19-S25.

operadores jurídicos limita esos resultados duraderos al no estar establecido ese carácter multidisciplinar de los mediadores, entre otros factores.

Responde Franco Conforti apuntando los datos del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en mediaciones civiles y mercantiles en los dos primeros años de la ley, suponiendo una tasa muy baja de éxitos en los resultados de la mediación de asuntos.

Sobre el papel de la Mediación Judicial en la ACC, señala Fernando Montiel que ésta, al conocer cómo se llevan a cabo las conductas, hay de profundizar en los componentes interiores. En todo caso, llevaría al fracaso el ceñirse a la modificación de conductas sin entender las contradicciones. La posibilidad de influir en los tres componentes es posible y real, sin perjuicio de afirmar la dificultad que conlleva y habida cuenta los resultados expuestos en sus éxitos.

En la sesión del sábado, se apuntan reflexiones tales como si la Mediación sometida a un proceso institucionalizado deja de ser Mediación o los reparos de la Mediación como alternativa a la tutela judicial efectiva. En este punto, se analizan tres cuestiones de la mediación:

- 1) La Desjudicialización (como objetivo en sí mismo) de la mediación en contraposición a la tutela judicial efectiva.
- 2) La Deslegalización en el sentido de que la ley garantiza el equilibrio entre las partes.
- 3) La Formación de los Mediadores no es la misma que la de los jueces.

Señala Franco Conforti, que la tutela judicial efectiva en el sentido de que la aplicación de la ley es garante de la parte menos “favorecida” puede suponer una contraposición a la mediación. Así como la consideración de la Mediación como Alternativa al sistema judicial puede menoscabar la calidad del sistema judicial. En su opinión, la Mediación ha de tener la consideración de Complementaria al poder judicial, independientemente que no esté implícita un matiz de alternativa poniendo como ejemplo que la necesidad del acuerdo, sin transformación del conflicto ni la modificación de las relaciones entre las partes, modelo de influencia de la escuela de Harvard, en lo que acaba desvirtuando la consideración de la mediación en una transformación hacia la negociación. Esto viene dado

por la implantación en las escuelas de conocimiento de estos autores, no siendo tan conocidos ni implantados las tesis de autores como Lederach o Bernard Meyer, y el papel que implica un cambio de paradigma ejemplificándolo en los “acuerdos alegales”. Esto implica un paradigma dentro del sistema judicial, puesto que son acuerdos alegales, al margen de las disposiciones de la ley, y alcanzado en sede judicial y ratificado por un Juez.

A continuación, señala el rol del mediador, en el que afirma que el mediador ha de proponer, pero no propuestas directas, sino mediante el uso del subjuntivo, dejando autonomía a las partes en la toma de decisiones, en lo que muchas veces diferencia la conciliación de la mediación, a veces una línea tan débil y en muchas ocasiones más, mal utilizada en su semántica.

Respecto a la Formación en Mediación, afirma que ésta es cuestionable, habida cuenta de los reparos del Poder Judicial en la confianza que poseen sobre la Mediación.

Respecto a la Mediación Policial, considera ésta como un oxímoron (“algo que se contradice a sí mismo y es falso”), puesto que se da la circunstancia que quien ha de observar la aplicación de la ley en su totalidad, no puede ser garante de una mediación en el sentido de que ésta pueda contravenir la ley.

Se reflexiona, por parte de los asistentes, en la trasposición de la Directiva 2008/52 que desemboca en la Ley 5/2012 en el que tanto en el Preámbulo como en el marco de la propia Directiva se establece por parte del legislador la conveniencia de la Mediación y, en general de los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos, basados en la agilidad, y en el bajo coste económico que supone, desvirtuando completamente los estudios y trabajos de las diferentes escuelas de mediación. Se pone como ejemplo, que en el orden jurisdiccional social, el primer acuerdo de solución extrajudicial de conflictos data del año 1.996 (BOE 11 de Marzo), y en el que la línea de separación entre conciliación y mediación es escasa cuando no confundida. La evolución que ha llevado a cabo en estos 20 años viene determinada por la obligatoriedad de estos procedimientos para llevar a cabo cualquier acción judicial, por lo que se ha convertido en un mero trámite dispositivo para ejecutar el papel de la tutela judicial efectiva. La tasa de éxito de estos procedimientos es aún más baja si cabe. Se pregunta, además, la consideración del concepto resolución de conflictos en su contraposición con el concepto de ley y justicia, y la consideración de los mediadores de

estos conceptos.

En otro orden de cosas, se formula pregunta acerca de la Mediación Penal Juvenil. Aquí se expone la práctica que se ha venido dando en los tribunales de Cataluña poniendo como supuesto el de un menor que comete una infracción, para acceder a la mediación, ha de asumir la culpabilidad de la infracción. El juez, al sentenciar, ha de valorar esta asunción de la culpabilidad en lo que puede suponer una violación de la tutela judicial efectiva y de otros derechos como la presunción de inocencia o la confidencialidad. En muchas partes del territorio nacional, esto tiene un efecto similar al de “extorsión” al menor a la hora de que éste asuma la mediación. Pues bien, en el caso de los tribunales de Cataluña, la práctica a través de los equipos técnicos, y la búsqueda de una resolución satisfactoria tiene como consecuencia jurídica el archivo del caso, en lo que supone un ejercicio de práctica Restaurativa de la Justicia.

Tras estas reflexiones y preguntas, se procede a una ronda de intervenciones de los participantes en el que se propongan vías de solución a los problemas planteados.

Estas Soluciones se agrupan en 3 bloques:

1. **Protocolo**, una vez analizado la heterogeneización de los protocolos de derivación hacia la mediación en los diferentes juzgados, provincias, asociaciones, etc., se manifiesta la necesidad encarecida de actuar sobre una homogeneización de los mismos. Se explica el modelo en Argentina, en el que la Mediación tiene carácter preceptivo, están tasados los asuntos mediables, se establecen equipos técnicos multidisciplinares, y el grado de éxito de la Provincia de Buenos Aires es muy elevado en comparación con el de España, o con el de Capital Federal –en este caso, sujeto a otras causas-. Aquí se encuadran también supuestos de limitaciones a la hora de llevar a cabo mediaciones judiciales debido a las líneas rojas existentes que limitan cuando no contraponen haciendo incompatible en algunos casos la mediación con la tutela judicial efectiva y viceversa.
2. **Alfabetización**. Una vez analizado la situación en diversas áreas como la del periodismo y la forma de utilizar el lenguaje, o la carga de violencia en los diferentes medios de

comunicación; el papel de la educación en materia de resolución de conflictos tanto en la escuela como en casa; la falta de pedagogía y trabajo en la gestión de emociones, y la falta de cultura en educación para la paz se pone de manifiesto un esfuerzo social, de las instituciones, y de todos los agentes sociales en la dirección de dar a conocer los sistemas de resolución de conflictos y educar para la paz. En este apartado, resalta el profesor Galtung dos cuestiones:

- La paradoja de las experiencias que se vienen dando cuando se implanta este sistema, en el que por una parte, se da una EXPERIENCIA POSITIVA, sobre todo, para los políticos que “venden” el sistema como un avance de la sociedad, mientras que por otro lado, tiene una EXPERIENCIA NEGATIVA para los académicos e intelectuales que ponen de manifiesto en mayor medida las deficiencias del sistema (debido en muchos casos a otro tipo de factores) en lo que define como un “apetito para los fracasos”.
- Educar para la paz en muchos casos tiene una concepción moralista, mediante la que los hechos enturbian la visión de paz. Pone como ejemplos el concepto de PAZ POSITIVA de Japón. No únicamente se tiene una consideración de paz como ausencia de guerra, sino aporta un carácter de cooperación entre las partes en la resolución de conflictos. El segundo ejemplo, se sitúa en las escuelas infantiles de Noruega en las que se dedica la última hora del viernes a realizar actividades de resolución de conflictos, así como de las cinco salidas del conflicto, se llevan a cabo actividades para identificar los alumnos que tienen un perfil más orientado a la colaboración (win-to-win), para trabajar en la formación de esas aptitudes.

3. **Profesionalización.**

En este apartado se ponen de manifiesto muchas de las intervenciones de los participantes, en los que se analizan deficiencias formativas, de acceso a llevar a cabo actividades de mediación (carnets identificativos, acreditación de la formación recibida, si es necesario título universitario y cuál, etc.), combatir la impostura, no únicamente en la formación sino en el perfil y asuntos, trabajando sobre las incompatibilidades entre asuntos y roles, etc.

Aquí se emiten propuestas como las de reconocimiento del papel de los jueces de paz, el mayor peso de los colegios profesionales, la efectividad de la certificación profesional o establecer mecanismos de control ante intrusismo o malas praxis.

Para finalizar el seminario, el profesor Galtung reflexiona sobre alguno de los papeles de las ciencias sociales, puesto que “no son ciencias, son sectas: quieren monopolizar la paz cuando en muchos casos solamente buscan dinero y prestigio”.

Y mientras en Occidente existen “*dilemas*” (2 puntos de vista en la disputa), el Budismo posee “*tetralemas*” (4 puntos de vista), mientras que en Occidente solamente hay las posturas Verdadero-Falso, el Budismo aporta 4, y mientras en Occidente existen “*limitaciones*”, en el Budismo hay “*exposiciones*”.

Señala que “*la violencia no es innata al ser humano, sólo es innato a éste el hambre y la sexualidad*”, ejemplificando el celibato como forma de violencia estructural al eliminar ciertas relaciones. Las causas fundamentales de la violencia, entonces, son dos: Cultura y Estructura (económica).