

LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL. UNA FORMA DE PARTICIPACIÓN DEL CIUDADANO EN LA JUSTICIA.

(Trabajo publicado en **Bajo Estrados** Revista del Colegio de Abogados de Jaén)

Cristóbal Fco. Fábrega Ruiz.

Fiscal de Jaén.

Secretario General GEMME España¹.

Mercedes Heredia Puente.

Fiscal de Jaén.

Coordinadora Fiscalía del Proyecto Mediación Penal de Adultos.

1.- Presentación.-

Nos piden de Bajo Estrados que realicemos un artículo sobre los fundamentos de la mediación en los conflictos jurídicos. Son varios los trabajos que se han publicado ya en esta revista sobre todo sobre la mediación penal y, sin dejar de lado esta como Fiscal que somos, lo que nos interesa es ubicar la mediación como un método alternativo de resolución de conflictos (ADR) que no tiene porque ser opuesto a la Administración de Justicia. Por ello, hace ya algún tiempo que la mediación se configura como un instrumento auxiliar y complementario de la Administración de Justicia. No se trata de que los ADR sustituyan a los Tribunales de Justicia en la resolución de los conflictos, si no que utilizan una metodología distinta para la resolución de los mismos, metodología que no se encuentra reñida con el control de la legalidad por el Juez, por lo que no existe inconveniente ninguno en que se aplique en asuntos teñidos de interés público como ocurre con los penales, los de Familia y, como novedad en Europa, asuntos contenciosos-administrativos. Pienso que, como establecen los estatutos de GEMME España, una justicia efectiva y pacificadora implica, entre otras exigencias, la promoción y el desarrollo de estos métodos alternativos, complementarios y, más concretamente, de la metodología de la mediación, en los ámbitos jurisdiccionales de familia, civil, comercial y societario, social, justicia de menores, justicia penal de adultos y justicia contencioso-administrativa.

En materia civil se pueden resolver por mediación, entre otros, herencias, conflictos vecinales, división de patrimonios, conflictos relacionales surgidos en el ámbito de las asociaciones y fundaciones, tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, asuntos relativos a arrendamientos urbanos o rústicos de bienes

¹ El Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME) es una asociación que tiene por finalidad promover y difundir, desde el ámbito de los propios tribunales de Justicia, y mediante la participación democrática de los ciudadanos, los sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR) y especialmente, la mediación. Se creó en Francia en el año 2004. Hoy está presente en 18 países, existen secciones en Alemania, Bélgica, Holanda, Italia, Noruega, Portugal, Eslovenia y Suiza y existen miembros asociados en gran Bretaña, Grecia, Hungría, Polonia y Lituania. La sección española se constituyó en el año 2007 y en la actualidad tiene más de 100 miembros, jueces, magistrados, fiscales, secretarios y mediadores siendo la sección más importante por número de afiliados. Sus principales actividades se centra en la formación, la difusión y la aportación de su capital humano en la elaboración de estudios y proyectos legislativos. Más información puede verse en www.gemme.eu.

inmuebles, responsabilidad civil, solicitud de alimentos, conflictos de familia, conflictos intergeneracionales, etc.

En materia penal supone una forma de hacer participar a la víctima en la solución del conflicto frente al Derecho penal clásico y facilitar la reparación del daño en el marco de la llamada justicia restaurativa. El principio general consiste en permitir la mediación en todos los delitos en que existan dos partes identificables: una víctima y una persona acusada. Aquella tiene derecho a recibir una explicación, a encontrarse en un espacio de seguridad con el acusado y a dialogar con él; en suma, a satisfacer sus necesidades relacionadas con el daño sufrido. En principio, ningún delito puede quedar descartado de la mediación, salvo aquellos que den lugar a determinadas situaciones de desequilibrio de poder o desigualdad. En cuanto a la controversia relativa a la aplicación de la mediación a los delitos de violencia doméstica y de género creemos que la prohibición de esta en estos últimos que prevé el art. 44.5 LO 1/2004 es un error. En primer lugar, es significativo que se prohíba lo que ni siquiera está previsto en la ley. El legislador en aquel momento no podía pensar en prohibir la mediación penal, que era una institución que no estaba –ni está– regulada. Por ello, es posible que el legislador estuviera pensando exclusivamente en la mediación civil, toda vez que dicha prohibición recae en un artículo referido al proceso civil.

Precisamente, el ámbito doméstico es un medio indicado para la aplicación de esta forma de solución. Por tanto, esta norma prohibitiva debe ser suprimida, pues la limitación que impone no tiene justificación, siempre que la mediación se desarrolle correctamente teniendo en cuenta la asimetría y desigualdad de poder que pueden existir en la relación entre víctima y persona acusada y que debe comprobarse caso por caso y ser especialmente vigilada por el mediador. La mediadora inglesa Lisa Parkinson divide el maltrato doméstico en 35 grados y solo en los 5 últimos grados esta desaconsejada la mediación.

En el campo social son susceptibles de ser mediados el acoso laboral, las sanciones, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, la clasificación profesional, las reducciones de jornada para conciliación laboral y familiar y determinadas demandas de cantidad.

Por último la experiencia alemana en Munich ha demostrado la posibilidad de resolver por mediación el 90% de los asuntos tributarios y urbanísticos.

El actual sistema de justicia se basa en la solución por un tercero de los diferentes conflictos sociales que se originan en la sociedad. Las partes depositan en un tercero la responsabilidad de resolver y eso supone que ellas no participan de forma directa en la resolución del conflicto por lo que la solución, que solo puede basarse en un esquema de vencedores y vencidos, no supone un acercamiento entre las partes si no una nueva fuente de resentimientos y de perpetuación del conflicto. La mediación trata de romper esa dinámica sobre la base de una cultura de diálogo y mecanismos de autocomposición, situando la génesis de la solución en el acercamiento de las partes, y buscando una solución que convenza a las dos partes y solucione definitivamente el conflicto al ganar todos y no uno solo. Esto es esencial en conflictos en los que las partes implicadas necesitan mantener una relación posterior viable y permanente. Se trata de restaurar el orden jurídico perturbado con el conflicto y por eso hablamos de la mediación como Justicia Restaurativa.

Frente a la imposición de una decisión por un tercero, en la mediación el tercero, no debe ni siquiera expresar su opinión personal, sino que su intervención se centra en restaurar la comunicación entre las partes, y en propiciar que sean ellas mismas, en un entorno confidencial y seguro, las que descubran dónde está la base del problema, y pongan los medios para superarlo con un acuerdo que, realmente, puede ser la solución del conflicto, que deja de existir porque se supera de una forma definitiva. A pesar de lo dicho lo importante de la mediación no es la obtención de resultados o acuerdos, si no que lo importante es el efecto pedagógico que tiene sobre las partes en conflicto. Lo importante de la medición es el medio no el fin. Es como el Viaje a Itaca de Constantino Kavafis en que lo importante es el viaje en si y no la isla a la que se llega. Por ejemplo, en la mediación familiar la experiencia demuestra que muchas mediaciones que han sido intentadas sin efecto pero que han seguido el proceso luego se transforman voluntariamente por las partes en mutuo acuerdo precisamente por el efecto vivido a lo largo de la mediación.

Como vemos la mediación no solo puede ofrecer, en determinadas controversias, soluciones más rentables, prácticas y efectivas que la metodología judicial clásica, sino que, además, es una forma de cumplir el precepto constitucional por el que se establece el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en la Administración de Justicia, y que mejor forma de participar cuando el conflicto nos afecta directamente.

2.- Concepto de mediación.-

La mediación se basa en la intervención de un profesional neutral que se limita a facilitar la racionalización de la solución del conflicto por las propias partes. No puede ser confundida con las actividades de negociación que realizan los abogados, ni con la conciliación judicial o el arbitraje, puesto que el mediador no propone, no aconseja y no decide si no que se limita a dotar a las partes de mecanismos de acercamiento y de dialogo para que las mismas logren sus propias soluciones. VINYAMATA CAMP la define como el proceso de comunicación entre partes en conflicto con la ayuda de un mediador imparcial, que procurará que las personas implicadas en una disputa puedan llegar, por ellas mismas, a establecer un acuerdo que permita recomponer la buena relación y dar por acabado, o al menos mitigado, el conflicto, que actúe preventivamente o de cara a mejorar las relaciones con los demás. A nosotros nos gusta especialmente la definición de ZIEGLER ya que refleja la mediación como un proceso en el cual las partes en conflicto se comunican con la ayuda de un mediador neutral con el objeto de finalizar su conflicto. Según esto la mediación se configura como un camino, un proceso y no solo como un acuerdo estratégico. De la misma forma el mediador no asume capacidad de decisión alguna, sino que simplemente orienta a las partes para que estas lleguen a un acuerdo conjunto.

3.- Ventajas de la mediación.-

El protocolo sobre Mediación Familiar desarrollado en el seno del Consejo General del Poder Judicial establece el siguiente cuadro en el que se resumen las ventajas de las soluciones de autocomposición o consensuales alcanzadas a través de la mediación frente a los efectos que generalmente provoca el proceso contencioso en el grupo familiar y que nos puede servir para valorar las ventajas de la misma de forma general:

VÍA CONSENSUAL	VÍA CONTENCIOSA
1.- Construye relaciones. Favorece la comunicación.	1.- Aumenta distanciamiento. Favorece la incomunicación
2.- Disminuye tensiones. Aumenta comportamiento pacífico	2.- Aumentan las tensiones. Favorece comportamientos conflictivos.
3.- Se alienta la cooperación.	3.- Aumenta la competición. Se hacen víctimas y desfiguran la realidad.
4.- Se limitan las consecuencias negativas y posibles secuelas en hijos. - Favorece su ajuste personal - No se les somete a elección. - No se sienten culpables. - Les proporcionan información coherente, según su edad - No se les hace protagonistas.	4.- Probabilidad alta de consecuencias negativas en los hijos. - Desajuste emocional. - Conflicto de lealtades. - Sentimientos de culpa. - Inseguridad / Desinformación. - Manipulación / Objeto reivindicación.
5.- Eleva la satisfacción psicológica y personal. Aceptación mejor de su situación futura.	5.- Probabilidad de alteración emocional psicológica.
6.- Asumen responsabilidades los propios participantes. Retoman su protagonismo.	6.- Disminuye protagonismo delegando la toma de decisión en el Juez.
7.- Se ajustan los acuerdos u opciones a sus necesidades reales.	7.- Actitud negativa, a la defensiva
8.- Aumenta su información general e información coherente a hijos.	8.- Están más desinformados. Dan información contradictoria a hijos.
9.- Empieza a desaparecer sentimiento ganador / perdedor	9.- Luchan por ser ganadores a costa del otro.
10.- Mira al futuro	10.- Se centran en el pasado.
11.- Favorece la flexibilidad, colaboración ante posibles cambios, incidencias.	11.- Inflexibilidad ante posibles cambios.
12.- Disminuye el coste: - afectivo - económico - temporal	12.- Aumenta el coste:- afectivo - económico - temporal.
13.- Probabilidad alta de cumplimientos de resolución judicial	13.- Disminuye probabilidad del cumplimiento de la resolución judicial.

Si bien a nivel procesal la mediación no es diferente de un procedimiento de mutuo acuerdo (incluso su duración y necesidad de trabajo es mayor), los verdaderos efectos positivos se observan en la ejecución del acuerdo adoptado judicializado a través de la sentencia. El resto de los beneficios, que son muchos, se mueven en un terreno ajeno al proceso pero que, a la larga, supone una mejor solución del conflicto planteado.

4.- Diferencias de la mediación con otras instituciones afines.-

Es necesario diferenciar la mediación de otros medios alternativos de solucionar conflictos diferentes de la misma. Así la mediación no es una negociación en que las partes, directamente o a través de representantes, tratan de llegar a un acuerdo sin la participación de tercero alguno. Tampoco es un arbitraje en que la tercera parte o arbitro tiene el poder de decidir una solución si las partes, que previamente han acordado someterse al criterio del árbitro, no llegan a un acuerdo. El árbitro tiene poder para imponer soluciones, el mediador no. Tampoco estamos ante una conciliación, institución recogida en el proceso de familia y en el social, y muy extendida en toda Hispanoamérica. Esta es una negociación en presencia del conciliador que se encarga de reunir a las partes y proponerles llegar a un acuerdo. En la conciliación no existe un proceso estructurado como en la mediación en que el mediador diseña el proceso, enseña habilidades a los participantes y ayuda a estos a generar alternativas individuales. El mediador es activo, mientras que el conciliador realiza un papel pasivo en la negociación.

5.- Clases de mediación.-

Son muchas las clasificaciones que se pueden hacer de la mediación. Así podemos distinguir:

a.- Por la materia: penal, civil, familiar, escolar, intergeneracional, social, etc.

b.- Por el alcance de la misma: Global (resuelve todos los puntos del conflicto) o Parcial (resuelve solo parte.

c.- Por el grado de confidencialidad: Abierta (hay permiso para transmitir información sobre la misma) o Cerrada (existe confidencialidad).

d.- Puede ser también obligatoria o voluntaria. Digamos que existe un cierto consenso en la voluntariedad del proceso, si bien con una sesión informativa inicial de carácter obligatorio.

e.- Por su carácter puede ser pública (dependiente de un organismo público), privada (con coste a cargo de los interesados) o subvencionada (con un carácter mixto: privada pero gratuita).

A nosotros nos interesa destacar que la mediación puede hacerse fuera de los Tribunales – mediación extrajudicial- o como una fase o modalidad del proceso de decisión judicial – mediación intrajudicial-, forma esta idónea y típica en los casos en que existen intereses que van más allá de lo privado, por lo que requieren un control institucional que solo los Tribunales de Justicia pueden aportar.

La mediación intrajudicial no es tanto una alternativa al proceso como una nueva forma de actuación en los Tribunales de Justicia que implica el que se trabaje para que, aún dentro de un proceso contencioso, se dé la oportunidad a las partes de llegar a una

solución consensuada por ellos. El objetivo primordial de la mediación no es llegar a un acuerdo, sino ofrecer un proceso en el que las partes puedan resolver sus diferencias y desavenencias para reducir el conflicto. Como hemos dicho, el obtener un acuerdo es lógicamente positivo, pero la decisión de no llegar a un acuerdo es una conclusión igualmente válida. A nivel internacional la experiencia nos indica que la metodología de la mediación mejora la calidad de la respuesta judicial lo que por si solo sería causa suficiente para su implantación tal como se ha solicitado, fundamentalmente, en el campo del Derecho de Familia por jueces, fiscales y abogados especialistas.

6.- Modelos de mediación.-

Existen varios modelos de realizar la mediación. Veámoslos en un cuadro-esquema:

Modelos de Mediación	Lineal o de Harvard	Circular-narrativo o de Sara Cobb	Transformativo o de Bush y Folger
Bases.	<p>Ve la Mediación como una negociación colaborativa asistida por un tercero.</p> <p>El conflicto es entendido como un obstáculo para la satisfacción de necesidades e intereses, siendo el objetivo de la Mediación el que las partes trabajen colaborativamente para resolverlos. Se realiza una búsqueda de opciones que beneficien a ambas partes, las que son seleccionadas en base a criterios entendidos como legítimos u objetivos.</p>	<p>Este modelo pone énfasis en la comunicación y en la interacción de las partes. Focaliza su trabajo en las narraciones de las personas. Se basa en que para llegar a acuerdos las partes necesitan transformar el significado de las historias conflictivas.</p>	<p>Modelo basado en la visión transformadora que tiene el conflicto.</p>
Métodos.	<p>Si bien el procedimiento es estructurado, aunque con la flexibilidad suficiente para lograr el resultado y se desarrolla en sesiones conjuntas y privadas.</p>	<p>Creación de contextos favorables para facilitar las soluciones asumidas por las partes.</p>	<p>Procurar que las partes adquieran conciencia de sus propias capacidades de cambio y de la transformación de sus conflictos.</p>
Objetivos.	<p>Reducir las causas de desacuerdo, aproximar los objetivos de las diferentes partes.</p> <p>Determinar un acuerdo.</p>	<p>Promover la reflexión de las partes con la finalidad de modificar un proceso negativo en positivo.</p>	<p>Se trata de que las partes encuentren formas de cooperación, de reconciliación, al margen de pretender solucionar el conflicto.</p>
Rol del mediador.	<p>Controlar la interacción de las partes en el proceso.</p>	<p>Consiste en ayudar a cambiar los estilos de comunicación, de modo que las partes interactúen de manera diferente y por lo tanto se produzcan cambios que permitan llegar a acuerdos.</p>	<p>Facilitar el proceso de crecimiento sobre el control del proceso de Mediación.</p>

7.- Breve esquema de la derivación a mediación y su repercusión procesal.-

Los aspectos procesales de la mediación intrajudicial requieren de una ley nacional que los regule. De hecho el pasado día 19 de febrero el Gobierno aprobó el anteproyecto de ley de Mediación y Arbitraje cuya misión es la de transponer las líneas generales de la Directiva del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles de fecha 21 de mayo de 2008 (2008/52/CE). A pesar de ello, queremos fijar unas líneas generales y esquemáticas que nos permita hacernos una idea de su funcionamiento en un procedimiento tipo.

a.- En primer lugar, se da la **derivación a mediación** por el Juzgado con el requerimiento a las partes de que asistan a una sesión informativa que, según la doctrina, en determinadas materias (como el caso de conflictos matrimoniales con menores y en beneficio de estos vía artículo 158-4º CC) debe ser obligatoria.

b.- **Fase de sesión informativa.**- En ella se explicará en que consiste y cuales son las ventajas y las reglas del proceso de mediación a las partes que pueden comparecer asistidos por sus abogados y, al final, si desean continuar firmarán un consentimiento informado.

c.- Si se decide continuar el proceso mediador debe **suspenderse** el proceso por el plazo previsto en el artículo 19 de la LEC (sesenta días). Cabe la posibilidad de que se efectúe la derivación a medición sin suspensión de curso de los autos. Por ejemplo porque las partes no deseen paralizar el procedimiento y exista plazo suficiente para practicar las sesiones de medición entre la citación a juicio y la celebración de la vista correspondiente. Si agotado el plazo de suspensión del curso de los autos no hubiesen finalizado las sesiones mediacionales, deben poder las partes solicitar una prórroga del mismo, acreditando mediante certificación del mediador que continua la mediación. El intento de mediación y el tiempo que dure no se computará a efectos de caducidad o prescripción de la acción.

d.- **Fase de comunicación.**- En ella las partes deberán transmitir al mediador su percepción del problema, pudiendo participar la otra parte siempre que no interrumpa y mantenga una posición de escucha activa. Puede estar compuesta de varias sesiones y también puede permitirse la presencia de los Letrados en las mismas.

e.- **Fase de negociación.**- Igualmente puede constar de varias sesiones y esta las partes pueden dirigirse directamente la palabra, incluso discutir bajo el control y la dirección del mediador. Aquí ya se trata de plantear soluciones para el futuro, más que de exponer las quejas del pasado.

f.- **Fase de acuerdo.**- En esta fase ya se adoptan acuerdos concretos que el mediador redacta y que entrega a las partes y a sus abogados para las propuestas y contrapropuestas que consideren pertinentes.

g.- **Fase de ratificación.**- Obtenido ya el acuerdo este se ratifica por separado con el correspondiente periodo de reflexión y consultas.

h.- **Fase de ejecución.-** Cumplimiento voluntario de lo acordado lo que en los casos de mediación se da más que en el resto.

i.- **Fase de seguimiento.-** Para ir adaptando el acuerdo a las distintas circunstancias cambiantes cuando ello sea preciso.

Si no se ha alcanzado acuerdo en la mediación se alzarla la suspensión del proceso a petición de cualquiera de las partes, reanudándose el curso de los autos en el trámite en que se encontraba. Es recomendable que estos asuntos tengan prioridad en los señalamientos a fin de compensar la demora que el intento mediacional haya podido generar.

Si el acuerdo ha sido parcial deberán las partes ponerlo de manifiesto al Juzgado, reanudándose el proceso contencioso respecto a las cuestiones no consensuadas en la forma expuesta en el párrafo anterior. La resolución final que se dicte (auto o sentencia) recogerá el acuerdo alcanzado sobre las medidas que hayan sido consensuadas con el mediador y resolverá sobre las que exista discrepancia.

Si el acuerdo ha sido total el Juez homologara el mismo y le dará el mismo valor que una resolución judicial perfectamente ejecutable por la vía forzosa si no se hace voluntariamente.

8.- Últimas reflexiones.-

Hemos observado como la mediación es una importante forma de llevar a cabo la colaboración de los ciudadanos en la Administración de Justicia y en la solución de sus propios problemas. Pero esto no sería completo sin un plantel de mediadores suficientemente formados (se habla de personas procedentes de diversas titulaciones superiores con un arco de formación complementaria entre las 200-350 horas) y justamente retribuidos para llevar a cabo las labores de la mediación. Si las entidades públicas no entienden esto y continúan dejando las labores de mediación en manos de voluntarios que no pueden dedicar todo el tiempo necesario o utilizan estas labores para recolocar personal sobrante de otros servicios sin que este tenga la formación adecuada, la mediación no dejara de ser un territorio de idealistas y no pasara a formar parte de nuestro sistema de justicia como forma de fomentar una cultura de la paz, la democracia y la tolerancia, una cultura del acuerdo más que de la confrontación, del respeto más que de la imposición. Ese es el objetivo de aquellos que creemos que otra forma de hacer justicia también es posible.