Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal

José-Pascual Ortuño Muñoz
Javier Hernández García

Documento de trabajo 110/2007

José-Pascual Ortuño Muñoz

Es director general de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña.
En la carrera judicial ha ejercido desde el año 1990 en juzgados de primera instancia e instrucción, especializándose en Derecho de la persona, protección de menores y familia. Intervino activamente en los años noventa en el desarrollo de una de las primeras experiencias piloto de mediación intrajudicial, en los juzgados de familia de Barcelona. Además de su docencia universitaria en el ámbito del Derecho civil, en las universidades de Murcia y Pompeu Fabra, de Barcelona, ha intervenido en cursos de las escuelas judiciales de España, Francia, Portugal, Colombia y Guatemala, y en el programa de la AECI para el fortalecimiento del poder judicial en el Reino de Marruecos. Forma parte del Comité de Derecho Civil del Consejo de la Unión Europea, en la negociación del proyecto de Directiva Europea sobre la mediación y los ADR.

Javier Hernández García

En 1989 accedió a la carrera judicial y en la actualidad preside la Sección Cuarta, penal, especializada en violencia contra la mujer, de la Audiencia Provincial de Tarragona. De 1999 a 2003 fue profesor ordinario del área de Instrucción de la Escuela Judicial. Es asimismo profesor de Derecho procesal de la Facultad de Derecho de la Universitat Rovira i Virgili y profesor visitante de ESADE, Universitat Ramon Llull, y del Observatorio de Bioética de la Universidad de Barcelona.
Ha participado en numerosos seminarios y cursos relacionados con el proceso penal y es autor de diversos artículos y libros relacionados con esta materia. Es miembro del Comité Consultivo de Bioética de Catalunya, de la Asociación Catalana de Victimología y del European Network Sciences Life Court (ENSLC). Ha formado parte del Grupo de Investigación sobre la reforma del proceso penal del Consejo General del Poder Judicial.

Ninguna parte ni la totalidad de este documento puede ser reproducida, grabada o transmitida en forma alguna ni por cualquier procedimiento, ya sea electrónico, mecánico, reprográfico, magnético o cualquier otro, sin autorización previa y por escrito de la Fundación Alternativas

© Fundación Alternativas

© José-Pascual Ortuño Muñoz y Javier Hernández García

ISBN: 978-84-96653-57-3

Depósito Legal: M-23342-2007

Contenido

Resumen ejecutivo **7**

Primera parte. La mediación en la jurisdicción civil **9**

1. Introducción **9**
1.1 La tutela judicial efectiva y los métodos alternativos de resolución de controversias 9
1.2 Insuficiencia de la controversia judicial clásica y la búsqueda de una justicia de calidad 10

2. La mediación: una metodología innovadora para la Administración de justicia **11**
2.1 El rechazo de lo desconocido, un freno para las ADR 11
2.2 La mediación: la pacificación de la vida social como objetivo metodológico 11
2.3 La inadecuación del proceso contencioso para determinados conflictos 12
2.4 La mediación y otros métodos alternativos: el arbitraje, la negociación y la conciliación 13

3. Crisis de la justicia frente a crisis del derecho **15**
3.1 La valoración negativa del servicio público 15
3.2 El derrumbe del mito de la justicia 15
3.3 Del derecho como ideal colectivo, a la justicia como sentimiento individual 16
3.4 De la justicia decisionista, a la justicia solucionadora de conflictos 17

4. La reforma del modelo de Administración de justicia heredado de la Ilustración **19**
4.1 Los sistemas continental europeo y anglosajón en sus diferentes orígenes 19
4.2 El positivismo como muestra de la desconfianza social en los jueces 20
4.3 Del Estado legal de Derecho, al Estado constitucional y democrático de Derecho 21
4.4 Los retos de la Administración de justicia ante la nueva realidad social multicultural 21
4.5 La generación de fuentes normativas internacionales en la perspectiva de la mediación 23
4.6 La necesidad de preservar el proceso judicial contencioso para lo que es necesario 24
4.7 Una dimensión más racional de la tutela efectiva 30
4.8 Los mecanismos ADR 31

5. Elementos a ponderar ante un eventual proyecto de implantación de métodos alternativos (ADR) en el ámbito de la jurisdicción civil ... 38
5.1 La carencia de referentes en la tradición jurídica ... 38
5.2 Los ámbitos susceptibles de implementación de la mediación ... 39
5.3 Los modelos de mediación ... 40
5.4 La mediación privada o contractualista ... 41
5.5 Requisitos y condiciones exigibles en la mediación privada ... 42
5.6 Mediación pública ... 43
5.7 Requisitos y condiciones de la mediación pública ... 44
5.8 La mediación intrajudicial: las experiencias piloto ... 45
5.9 Requisitos y condiciones de la mediación intrajudicial ... 46
5.10 Ámbitos y materias que pueden ser objeto de regulación mediante la mediación ... 48
5.11 La perspectiva de una ley general de mediación: problemas de ubicación sistemática ... 48
5.12 La opción por introducir la mediación mediante la reforma y complemento de leyes ya vigentes ... 50

6. Las referencias a la mediación en el derecho interno español ... 52

7. El desarrollo de la mediación como tarea común de la UE ... 53
7.1 La política común de la Comisión Europea para impulsar la mediación y los ADR ... 53
7.2 Los precedentes del proyecto de Directiva: el Libro Verde ... 53
7.3 El horizonte de la promulgación del Proyecto de Directiva sobre la mediación y los ADR en el 2007 ... 54

Segunda parte. La mediación en la jurisdicción penal ... 59

8. Las razones de la mediación penal y las razones para la mediación penal: algunas reflexiones introductorias ... 59

9. Las contrarrazones de la mediación penal ... 65

10. La mediación como proceso: exigencias prescriptivas y comunicacionales ... 68
10.1 La "igualdad de armas" como igualdad moral ... 69
10.2 La imparcialidad del mediador ... 70
10.3 Independencia entre los mediadores y la autoridad judicial que realiza el envío o propicia la apertura del proceso de mediación ... 70
10.4 El derecho de las partes a la información ... 71
10.5 El derecho de las partes a la defensa técnica ... 72
10.6 La necesidad de un marco objetivo para el desarrollo del proceso de mediación convenido por las partes: el reconocimiento de los hechos básicos *(basic facts)* ... 73
10.7 La necesidad de desarrollo en un plazo razonable ... 74
10.8 La eficacia vinculatoria de los acuerdos alcanzados en el proceso de mediación ... 75

11. La articulación del modelo de mediación en el sistema de justicia penal **76**
11.1 El marco actual de la mediación penal en España: la necesidad de identificar espacios operativos 77
11.2 Las necesidades regulativas de articulación: hacia un modelo legal de mediación 81
11.3 La necesidad de otras reformas estructurales 87

Bibliografía **89**

Siglas

ADR	Sistemas alternativos de resolución de conflictos *(Alternative Dispute Resolution)*
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
DOC	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRJAP-PAC	Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
UE	Unión Europea

resumen ejecutivo

Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal

Javier Hernández García
Magistrado de la Audiencia Provincial de Tarragona
José-Pascual Ortuño Muñoz
Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona

En el ámbito de la justicia civil y comercial, desde mediados de los años ochenta se utiliza la mediación (y otros ADR) como instrumento auxiliar y complementario de la Administración de justicia. Esta metodología largamente experimentada en los países de tradición de *Common Law* ofrece una mejor respuesta a los intereses en juego que subyacen en determinados tipos de conflictos, en los que las partes implicadas necesitan mantener una relación posterior viable y requieren de una metodología interdisciplinar, en especial cuando los aspectos legales son únicamente una parte del problema.

Para determinados litigios la mediación ofrece soluciones más rentables, prácticas y efectivas que la metodología de controversia judicial clásica. Es especialmente útil en aquéllos que tienen componente internacional, tanto en el mundo de los negocios como en el de las relaciones interpersonales, familiares o sociales. La mediación está científicamente construida en torno a la intervención de un profesional neutral, experto en comunicación, 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.

En el ámbito de la justicia penal, la mediación responde a una nueva concepción de racionalidad comunicativa, en el sentido defendido por Habermas. El nuevo paradigma bascula sobre la reformulación del sentido del conflicto en sus diversas dimensiones y sobre la nueva atribución de roles de participación de las personas que lo sufren. La particular lógica funcional se proyecta en que, a diferencia de la justicia institucionalizada, la mediación no tiene como objetivo primario la determinación de las responsabilidades derivadas del conflicto, sino la construcción de nuevas relaciones capaces de generar soluciones superadoras. La clave es otorgar a las propias partes el poder de gestionar su crisis para que, fuera de estructuras formalizadas, identifiquen las soluciones más equitativas.

La mediación, por tanto, se desarrolla sobre tres ejes: a) la deslegalización, puesto que la ley ocupa un papel menos central en el desenvolvimiento de un dispositivo que debe favorecer la negociación y la discusión; b) la desjudicialización, toda vez que la solución del conflicto no pasa necesariamente por la decisión de los órganos judiciales; y c) la desjuridificación, ya que el derecho, como sistema cerrado de normas, no determina de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio.

España está en la cola de los países de su entorno en el diseño de mecanismos de mediación. La situación resulta injustificable si atendemos a los compromisos asumidos en virtud de normas comunitarias de imperativa transposición. La necesidad de abordar la introducción de estas metodologías viene impuesta por el insoportable e inadecuado nivel de judicialización de la conflictividad social. Se postula, en consecuencia, una pronta y sistemática reacción regulativa, que comprenda:

- La introducción en la LOPJ, y en las normas reguladoras del proceso, tanto civil como penal, la facultad de los tribunales de reenviar a las partes a la mediación en aquellos casos en los que se aprecie, motivadamente, que es conveniente y posible facilitar una solución de consenso.
- Promover la regulación específica de la confidencialidad, la voluntariedad y el reconocimiento y ejecución de los acuerdos de mediación, para garantizar las relaciones de esta metodología con el proceso judicial.
- Fomentar el uso de la mediación en los conflictos civiles más habituales, especialmente en los que se producen entre miembros de comunidades de propietarios, relaciones arrendaticias, pequeñas empresas, colectivos profesionales, responsabilidad civil, conflictos de familia (separaciones, conflictos intergeneracionales, sucesiones), etc.
- Fomentar la metodología de la mediación en la justicia de menores, y en la justicia penal de adultos desde el punto de vista de la justicia reparadora, rehabilitadora y preventiva, y regular su ejercicio, puesto que la situación actual cabe definirla de una cuasi anomia generadora de prácticas inestables, por difusas y poco sistemáticas, que dependen, en la gran mayoría de casos, del impulso y la sensibilización sobre la materia de los operadores jurídicos que conocen del caso concreto.
- Establecer como criterio de política judicial, en especial ante las reformas que se están proyectando, el uso de la mediación para reducir la sobrecarga de trabajo que soportan los tribunales de justicia, que tiene una de sus causas más importantes en la utilización impropia de la vía contenciosa.
- Promover la información y la formación (con criterios de calidad) de los operadores jurídicos y agentes sociales, especialmente de la abogacía, a fin de que se conozcan las nuevas metodologías de la gestión de conflictos y se adapten las prácticas profesionales a las exigencias de una utilización adecuada de la controversia judicial contenciosa para los casos en los que realmente proceda.

Primera parte.
La mediación en la jurisdicción civil

1. Introducción

1.1 La tutela judicial efectiva y los métodos alternativos de resolución de controversias

Una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la de garantizar la tutela judicial efectiva, es decir, la de facilitar a los ciudadanos los mecanismos necesarios para que sus derechos individuales o colectivos sean reconocidos y respetados. Para tal fin tradicionalmente se emplea la metodología basada en la controversia judicial, que consiste en que un tercero, revestido de la *auctoritas* que le otorga la sociedad, decide la controversia, bien sea con base en leyes predeterminadas, o bien sea basándose en precedentes jurisprudenciales y, en cualquier caso, con la utilización de la argumentación jurídica y técnica característica de cada modelo de impartir justicia.

Junto a este sistema, que está monopolizado por los Estados modernos como una de las manifestaciones esenciales de su soberanía, se han desarrollado otros mecanismos paralelos de resolución de controversias, como ha sido el arbitraje, el *minitrial* o la conciliación. Mas frente a los referidos mecanismos de heterocomposición, como se conocen en la doctrina clásica, también en la propia sociedad han permanecido y se han desarrollado métodos menos artificiales de autocomposición de las diferencias, como la transacción, fruto de la actividad negociadora de las propias partes o de sus representantes, de contenido más elaborado, o la intervención de amigables componedores u hombres buenos que en algunas culturas, como en la antigua China, o en pueblos indígenas que han vivido bajo estructuras colonialistas, han desarrollado todo un sistema tradicional de arreglo pacífico de conflictos que, cuantitativa y cualitativamente, han jugado un importante papel en la pacificación de la vida social.

1.2 Insuficiencia de la controversia judicial clásica y la búsqueda de una justicia de calidad

La complejidad de la vida social en las sociedades modernas, así como la multiplicación geométrica de los conflictos como consecuencia de diversos factores sociológicos, han mostrado la insuficiencia de los métodos clásicos de decisión basados en metodologías heterocompositivas. Desde hace más de un siglo es recurrente la afirmación de que el sistema judicial está en crisis, y ninguno de los medios que se han ensayado para superarla ha conseguido solucionar este grave problema social.

La implantación de una justicia de calidad representa un enorme reto para el Estado de Derecho, que se muestra impotente para garantizar la tutela judicial efectiva que preconizan los textos constitucionales. Por esta razón, desde el principio de la década de los ochenta del pasado siglo se ha ido consolidando la mediación como verdadera ciencia en el ámbito de las relaciones políticas y jurídicas internacionales, precisamente en un espacio en el que la ausencia de ley común o de tribunales de jurisdicción universal requiere la superación de los principios tradicionales de administración de la justicia.

Este auge de los denominados "métodos alternativos" ha coincidido con el desarrollo de la formulación técnica de los métodos de negociación y de gestión de conflictos que, con el avance de la psicología, ha hecho que se revise la función de la justicia en determinados casos en los que las controversias no necesitan una decisión impuesta –con la secuela de un ganador y un perdedor, propio de la estrategia bélica clásica–, sino de una real y efectiva solución de los conflictos que permita la pacificación de las relaciones sociales, especialmente cuando su naturaleza impone que las partes en litigio deban seguir manteniendo una relación personal y directa en el futuro, como es el caso de las relaciones de familia.

Esta estrategia se ha de basar en la búsqueda de acuerdos justos en cuanto a la percepción subjetiva de los individuos que sufren el conflicto, útiles, prácticos, que aseguren una relación viable de futuro entre las partes, que faciliten el cumplimiento voluntario de los pactos y que preserven la salud mental de las personas que tienen la controversia de intereses y la de las personas de su entorno que, secundariamente, se convierten en víctimas secundarias de aquella estrategia de ganadores y perdedores de la metodología judicial tradicional.

2. La mediación: una metodología innovadora para la Administración de justicia

2.1 El rechazo de lo desconocido, un freno para las ADR

El interés que ha despertado en Europa la introducción, en los últimos veinte años, de métodos alternativos a la vía judicial clásica para la resolución de controversias (los denominados MARC o ADR, según se utilice la terminología francesa o inglesa), no se ha correspondido hasta ahora con una implantación efectiva de estos sistemas. A pesar de que su utilidad está acreditada y ha sido contrastada, en especial en países de tradición de *Common Law*, los juristas del viejo continente mantienen un escepticismo benevolente sobre el tema, cuando no un radical posicionamiento contrario a la viabilidad de su inserción en las estructuras del enjuiciamiento contencioso, heredado de la Ilustración.

En algunos casos el déficit de comprensión de lo que son estas metodologías está en el origen del rechazo inicial que suscitan. Se suele temer a lo desconocido, especialmente cuando se ostenta una situación de privilegio en el sistema que se pretende modificar. No me refiero al rechazo visceral de la mediación de una parte de la abogacía, que lo encuentro en parte justificado, sino principalmente al desprecio con el que desde la academia, desde la universidad, y desde la propia judicatura, se suele despachar, con frecuencia, toda innovación metodológica que suponga un cambio respecto de los cánones establecidos.

2.2 La mediación: la pacificación de la vida social como objetivo metodológico

Por otra parte, la suspicacia que genera oír hablar de técnicas de "pacificación de conflictos" es una de las causas principales que ha frenado la implantación de la mediación en países como España, de honda tradición litigiosa. En la perspectiva histórica, el propio término conflicto no suscita adeptos, se prefiere hablar de litigios y de pleitos, y en el recto entendimiento de las cosas éstos se han solventado siempre ante los tribunales. Para muchos, las palabras sentencia y justicia son sinónimas, aun cuando paradójicamente se admite que puedan ser injustas, mientras que cualquier otra forma de terminación de los litigios permanece minusvalorada. Para la opinión común, una transacción o un acuerdo de conciliación son

formas dulcificadas de derrota, son el acta fehaciente de que no se ha podido salir victorioso del pleito.

En definitiva, hay sociedades como la nuestra en las que está instalada la dicotomía victoria o derrota como única salida de un conflicto. Es la estrategia de ganar o perder, en la que el pleito no es más que el campo de batalla, y el sistema judicial la representación taumatúrgica del destino. Por ello es difícil para muchos juristas atender a razones como la que expresa Andrea Graciosi, de que "la mediación ha nacido como alternativa a la lucha por la victoria".

En el plano conceptual, la mediación es una metodología de resolución de controversias, que gira en torno a la dialéctica de la racionalización del conflicto por parte de los propios ciudadanos que están inmersos en él[1]. Frente a la imposición de una decisión por un tercero, basada en una referencia autoritaria y coactiva, que es lo que representa en definitiva la sentencia judicial o el laudo arbitral, la mediación ofrece un producto totalmente diferente, puesto que el mediador, el tercero, no debe ni siquiera expresar su opinión personal o técnica, 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 el nudo gordiano 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. Ya no estaremos en la clave de vencer o ser vencido, ni siquiera en la de ganar o perder, sino en otra perspectiva diferente que es la de dar solución a los problemas que, indudablemente, es positiva para las personas que los padecen.

La presentación de la metodología puede ser tachada de ingenua, de ajena a la realidad y al mundo competitivo en el que se vive hoy[2], pero existen razones para sostener no sólo su utilidad, sino, más aún, la necesidad de su implantación en las sociedades contemporáneas, como forma superior de la realización de la justicia.

2.3 La inadecuación del proceso contencioso para determinados conflictos

Ciertamente, la mediación no es ninguna panacea, ni es la solución a los males de la justicia. Para empezar, únicamente está indicada su utilización en los casos en los que los ciudadanos implicados en un litigio han de seguir manteniendo en el futuro una relación personal. Si circulamos por una carretera y un energúmeno comete una infracción, no

1 Muchos mediadores prefieren utilizar el término de "gestión del conflicto".
2 Se retorna siempre al *homo lupus homini* de Hobbes, frente al "contrato social" de Rousseau.

tenemos por qué perder un solo minuto en clarificar lo acaecido, pues no nos volveremos a encontrar con él en la vida, y si está a nuestro alcance lo denunciaremos para que caiga sobre él el peso de la ley. Pero si el conflicto lo tenemos con un compañero de trabajo o de profesión, con un socio de la empresa, con el vecino del rellano de la escalera, con el mecánico del taller, con el médico que nos ha operado o con un miembro de la familia, un hermano, un hijo, un cliente o un proveedor habitual del negocio, el problema no lo va a solucionar el peso de la ley, ni el castigo, ni la multa impuesta por un tribunal (suponiendo que se dicte sentencia en un plazo razonable).

Es posible que para algunos de estos casos no exista solución (en el sentido propio al que nos referimos), y que deba ser el juez el que ponga orden con su sentencia, pero el conflicto no desaparecerá por ello. La imposición de una decisión por la autoridad judicial competente otorgará a unos y a otros el estatus de vencedor y de vencido (el tribunal no siempre acertará), pero la espiral del rencor no habrá hecho más que comenzar. La mediación ofrece en estos casos una oportunidad razonable de recomponer la situación sin vencedores ni vencidos, es un medio para que los unos escuchen las razones de los otros y para que, en lo posible, pacten razonablemente una salida viable al problema en el que se encuentran.

2.4 La mediación y otros métodos alternativos: el arbitraje, la negociación y la conciliación

Finalmente, para concluir con la introducción del tema, debe remarcarse la diferencia entre otras técnicas o figuras conceptualmente afines, pero muy diferentes metodológicamente, como lo son el arbitraje, la negociación y la conciliación. La confusión de estas tres instituciones genera muchos problemas, y conviene precisar qué función tiene cada una.

El árbitro es un juez privado, que decide externamente (heterocomposición) en derecho o en equidad, pero sin que las partes realicen ninguna función de racionalización ni tengan protagonismo en el proceso. La negociación es un medio de evitación del pleito en el que los implicados intervienen directamente, o asistidos por sus respectivos abogados y asesores (autocomposición), pero sin que intervenga un tercero neutral, imparcial y experto en técnicas de comunicación, que es lo que distingue a la mediación de otras metodologías. La conciliación (heterocomposición) es el intento de aproximación de posiciones que propicia el juez, con mejor voluntad que eficacia, y siempre con absoluta irregularidad, mas su fracaso histórico ha sido consecuencia de graves errores de planteamiento inicial, puesto que ni las partes pueden sincerarse ante quien después ha de juzgarlas (y, como es lógico, mostrarán ante el tribunal únicamente lo que les interese), ni el juez puede proponer soluciones sin el riesgo de prejuzgar con ligereza, comprometiendo su función social. La mediación se encuentra dentro de la autocomposición, pero tiene como característica fundamental que interviene un tercero que no juzga (arbitraje), ni concilia (juez o conciliador judicial), que

no negocia (abogado), sino que es un experto en comunicación y su función es la de ayudar a las partes a que racionalicen el conflicto que les enfrenta, y busquen, por ellas mismas, la solución y la recomposición del sentimiento recíproco de injusticia que originó el problema.

3. Crisis de la justicia frente a crisis del derecho

3.1 La valoración negativa del servicio público

Durante todo el siglo XX se ha venido hablando de la crisis de la justicia, hasta llegar a ser un lugar común comenzar cualquier discurso sobre este tema con una invocación a las profundas reformas que se necesitan para optimizar el sistema. Lo cierto es que los estudios sociológicos invariablemente colocan el ejercicio de este poder del Estado entre los peor gestionados y peor valorados por la ciudadanía.

A pesar de que las concepciones sacralizadas de la justicia y el derecho se han superado, y de que hasta los programas políticos más conservadores hablan de la justicia como un servicio público (concepción condenada como anatema hace muy pocos años), existen elementos que sitúan a la Administración de Justicia en una esfera ajena al quehacer cotidiano de los ciudadanos, incluso ajena a la función que desarrollan los políticos. Es, ciertamente, una paradoja la relación de amor-odio que los ciudadanos mantienen hacia esta superestructura de poder: reniegan de los jueces y de la justicia, a la que atribuyen grandes culpas respecto de los males del país y de la sociedad (no se distingue entre el derecho, que es obra de los políticos que hacen la ley, y su aplicación por los jueces), pero se mitifica su intervención en otros muchos casos, y se apela con profesiones de fe a lo que digan los jueces en los casos más insólitos, desde la política y las finanzas hasta los deportes, incluyendo los ámbitos más íntimos y privados de las personas.

3.2 El derrumbe del mito de la justicia

El acercamiento hacia los ADR implica que se debe comenzar hablando del derrumbe de algunos mitos que, respecto de la justicia, están enraizados en nuestra idiosincrasia. Con su idea de *Let the clients decide,* Folberg considera que el ciudadano debe recuperar la capacidad de gestión de sus propios problemas, como facultad que el Estado feudal le arrebató hace siglos, y que el Estado de la "razón", de la Ilustración, no terminó nunca de devolverle[3]. En

3 Folberg (1999).

ambos casos por razones distintas, pero con el mismo efecto. El mensaje que se ha transmitido de generación en generación es que, ante un conflicto, el camino adecuado es acudir a los tribunales, pues únicamente de esta forma se restablecerá el derecho lesionado, el orden jurídico. La civilización occidental, especialmente en los países de tradición napoleónica, no ha potenciado las capacidades de la propia sociedad de resolver, sin intervención del aparato del Estado, los problemas privados, antes al contrario, ha potenciado el mito de la justicia como único mecanismo idóneo que puede reportar una solución beneficiosa.

Otro pensador norteamericano, de la saga de los políticamente incorrectos, como Ambrose Bierce, definió la justicia (1914) como "mercancía más o menos adulterada, que el Estado vende al ciudadano, como premio a su obediencia, impuestos y a su obligación de hacer el servicio militar". Fue en su obra despiadada y satírica El Diccionario del Diablo, pero ofrece un punto de vista singular, el de la justicia como función que es ajena a los ciudadanos, y como poder, que es monopolio del Estado que lo ejerce de manera exclusiva y excluyente[4]. Tanto si la justificación de esta entelequia es por que el poder emana de Dios –él lo ha transferido al rey gobernante y éste a sus jueces o comendadores (absolutismo)–, como si lo es por que el poder emana del pueblo –que también lo ha transferido a quien ostenta el poder en la república y ésta lo ha delegado a unos funcionarios de élite, superdotados y omniscientes, que lo administran en su nombre, como consecuencia de la plasmación de la división de poderes (democracia)–. En todo caso, el ciudadano se queda al margen, y su papel es el de ser sujeto activo o pasivo en un proceso en el que unas terceras personas decidirán sobre sus intereses, o lo que consideren que son sus intereses, basándose en unos criterios de racionalidad preestablecidos en la ley por otras personas.

Hablar de métodos alternativos, hablar de mediación, supone asumir desde el punto de vista crítico la realidad del sistema de la Administración de justicia en su conjunto, para llegar a la conclusión de que la respuesta judicial emanada de un proceso contencioso debe estar basada en el principio de intervención mínima, cuando no sea posible por otros medios dirimir un conflicto de intereses o cuando la naturaleza de los hechos no admita otra salida que la de una decisión de un tribunal impuesta coactivamente. Para otros muchos casos, el propio Estado debe propiciar la devolución a los ciudadanos de la capacidad de encontrar la solución adecuada.

3.3 Del derecho como ideal colectivo, a la justicia como sentimiento individual

La psicología jurídica ha puesto, sin embargo, el énfasis en que la justicia es, entre otras cosas, un sentimiento que se imbrica en la esfera de la ética social, pero también en la moral

4 Bierce (1996).

individual. Al mismo tiempo que es el legislador, con las leyes, quien define y da contenido a lo que es justo o injusto, el individuo también tiene la sensación precisa de lo que es justo o no lo es en el caso en el que está involucrado, que en muchas ocasiones no es coincidente con la fórmula genérica que contempló el legislador.

Además, el presupuesto ideal normativo (que tantas veces difiere en algún aspecto del caso concreto en el que ha de ser realizada la norma) se plasma en una sentencia tras la incidencia en el proceso de muchos condicionantes de diverso signo, como la calidad del trabajo de los abogados de una y otra parte, la facilidad o dificultad probatoria, los anclajes y prejuicios de los jueces (analizados por Arce en sus trabajos en este campo), o los errores en la transmisión o recepción de la información, por no citar el deficiente funcionamiento, en general, del sistema de la justicia en su conjunto. Los estudios sobre psicología del testimonio –tanto en lo que se refiere a las enormes discrepancias entre lo que los testigos creen haber visto, lo que vieron y lo que cuentan que vieron, como en la percepción de tales manifestaciones por los jueces y jurados, y la influenciabilidad de los tribunales por la opinión pública, por la presión social o por la propia ideología del juez– nos muestran con toda evidencia que lo que hacemos servir como ideal de justicia es muchas veces un auténtico mito.

De esta forma, Muñoz Sabaté manifiesta desconocer, en su dilatada experiencia profesional, un solo caso en el que la persona que ha obtenido una sentencia en contra haya experimentado la sensación de que, realmente, él estaba confundido, y que con los razonamientos jurídicos de la sentencia ha visto por fin la luz. (Como juez, doy fe de que en más de treinta años de ejercicio en los tribunales, jamás he recibido un mensaje en este sentido, ni me ha llegado noticia en contrario de ningún compañero.) Al contrario, la sensación que generalmente se tiene es que se ha consumado una mayor injusticia con ellos, y se imputa la responsabilidad a los testigos, a la poca habilidad de su propio letrado, a la mayor capacidad de influencia del abogado de la otra parte, a la actuación de los peritos o, directamente, a la incapacidad o venalidad del tribunal.

3.4 De la justicia decisionista, a la justicia solucionadora de conflictos

Desde el año 1983, en el que tuve la ocasión de actuar en el Colegio de Abogados de Murcia como moderador en una mesa redonda en la que un psicólogo judicial, con formación norteamericana, expuso la metodología de la mediación (se trataba de Antonio Coy, psicólogo de los juzgados de familia), he profundizado en el estudio de este tema, he participado en experiencias piloto en las que se ha ensayado su implantación, y he conocido la experiencia internacional con una cierta exhaustividad, especialmente al haber representado a España en el comité de expertos del Consejo de la Unión Europea que está discutiendo la propuesta de Directiva sobre la mediación presentada por la Comisión. La conclusión alcanzada es que en nuestro sistema únicamente se ha trabajado en la línea de la Administración de justicia como productora de decisiones judiciales, y que se desconoce la otra faceta o la otra función

que puede desempeñar la administración de justicia, como instrumento útil y necesario para dar solución a los conflictos jurídicos en los que se ven involucrados los ciudadanos.

Como reitera uno de los grandes mediadores españoles, Josep Redorta, la opción a realizar cuando se apuesta por el desarrollo de los ADR es ideológica[5]. Se trata de una especie de cambio de chip, de cambio en la mentalidad o, cuando menos, de la forma de entender la función de la justicia en una sociedad democrática avanzada. Por esta razón hay juristas de mentalidad tradicional, grandes conocedores de la ley y de los avatares de su aplicación, que se niegan a dar cabida a la mediación en el ámbito de la Administración de justicia, con la apreciación de que con estos métodos se está haciendo "caridad", y ello cuando no aconsejan que se encargue de estos asuntos a una ONG o a los asistentes sociales del barrio. Pero también pueden encontrarse drásticos detractores jacobinos, para quienes la mediación supone la quiebra del principio de igualdad ante la ley que garantiza el sistema establecido, con pactos (ley entre las partes), que otorguen soluciones desiguales a similares conflictos. Sin entrar en la polémica con unos ni con otros (aun cuando en este terreno es mucho lo que desde la filosofía del derecho se puede decir), basta constatar en cualquier ámbito de incidencia del sistema judicial que los conflictos no encuentran solución con la sentencia que pone fin al proceso. Ni siquiera puede hablarse de que los litigios terminan. Con frecuencia la sentencia lo que hace es agudizar y agrandar más el conflicto y ser fuente de más controversias. La industria del litigio se multiplica geométricamente, dice Folberg, y lo podemos comprobar estadísticamente en nuestro propio país.

Cuando hablamos de que la mediación ha nacido como alternativa a la lucha por la victoria, se está remarcando uno de los objetivos de esta metodología, que es el de poner fin a los conflictos por medio de intentar encontrarles una solución que pueda ser razonable para las dos partes. Generalmente es una solución constructiva, y ello contribuye también a una mayor cohesión social, a una consolidación y fortalecimiento de los vínculos en la sociedad civil, y no hay que olvidarlo, a una mayor calidad del producto de la justicia.

5 Redorta (2004).

4. La reforma del modelo de Administración de justicia heredado de la Ilustración

4.1 Los sistemas continental europeo y anglosajón en sus diferentes orígenes

Para entender las razones históricas de la hiperjudicialización de la vida social que padecemos, es útil reflexionar sobre el origen del sistema actual de la Administración de justicia en España, consolidado con el proceso de la codificación. El impulso de la Revolución Francesa supuso la consolidación de las bases del moderno Estado de Derecho, en el que el poder judicial juega un papel equilibrador del sistema. En su implantación práctica inicial, el poder judicial emanado de la Revolución fue un vehículo para la implantación de las ideas liberales por medio de la aplicación imperativa de la ley emanada de la Asamblea Legislativa. El peso de la tradición y el orden social del absolutismo era una amenaza enorme contra las reformas revolucionarias, por lo que se precisaban jueces entrenados en la aplicación rígida de la ley, igual para todos, y de carácter iterativo. No se podía permitir ningún tipo de flexibilidad en la aplicación individual del derecho. El individuo debía ser tutelado por la ley y por los jueces, sin preguntarle al efecto su opinión, para convertirlo en ciudadano libre e igual. Lamentablemente, con el paso del tiempo la burocratización del sistema puso todo en su sitio, basta recordar la actualidad de El Proceso, de Kafka.

En el mundo anglosajón la experiencia fue distinta, puesto que la pérdida de los privilegios de la aristocracia con la Revolución de Cromwell, cien años antes de la francesa, la gestación de la Commonwealth, y el desarrollo del impulso democrático en las colonias inglesas, fortalecieron un sistema popular de justicia muy distinto, que hasta hoy conserva sus peculiaridades respecto al sistema continental europeo. La extracción popular y democrática de los jueces (frente a los que imponía la Corona), y su prestigio profesional y social, determinó que no existiera una dependencia tan rigurosa de la ley escrita como en el modelo denominado de "código civil". La norma es consuetudinaria en muchos ámbitos, y el sistema ha generado medios más variados de realización del derecho (como el *minitrial,* las audiencias previas y el arbitraje), reservando para el proceso judicial, en la forma en la que lo entendemos nosotros, únicamente lo imprescindible, la intervención mínima.

4.2 El positivismo como muestra de la desconfianza social en los jueces

Mientras tanto, el sistema del imperio de la ley escrita, con jueces férreamente sujetos a ella (muestra de desconfianza social en ellos), ha desarrollado el positivismo y su exacerbación. La pirámide de Kelsen mostraba cómo cualquier conflicto de intereses tenía la respuesta legal adecuada dentro de la red normativa[6]. Giovanni Papini ha ironizado sobre ello en su "cuento negro" La Máquina de la Justicia[7]. De hecho, el sistema fue puesto en entredicho por la actitud servil del sistema judicial en la Alemania nazi, en la Italia de Mussolini, en la Rusia de Stalin, o en la España de Franco. La ley era la que estaba publicada en el boletín oficial y ningún individuo podía sustraerse a ella. Unos jueces desprovistos de toda capacidad de crítica hacen cumplir la norma, como garantía de que el sistema tenga una implantación efectiva. La opinión del ciudadano que resulte perjudicado, y ni siquiera de la víctima, no tiene aquí ninguna relevancia. La eficiencia de la Administración de justicia pasa a medirse por el número de asuntos que tramita y decide.

Al margen de las profundas reflexiones que desde el ámbito de la justificación ética de la función judicial, y de lo que la filosofía del derecho ha de aportar a este debate –necesariamente ideológico, de futuro– no hemos de olvidar que la maquinaria de la justicia de la que nos valemos no ha realizado, en países como el nuestro, una verdadera transición a la democracia, en el sentido de repensar su estructura. De nuevo el orden público nacional, la idiosincrasia y los valores propios de la cultura patria, han impedido durante muchos años que los ciudadanos pudieran desarrollar un sistema de justicia más cercano, más próximo a sus intereses. Nótese que, salvo en lo cuantitativo y en la introducción del modelo de consejo para el gobierno de los jueces, el sistema de acceso a la función judicial, las provisiones de vacantes por el sistema de antigüedad y, sobre todo, los métodos de trabajo, no han cambiado prácticamente nada. Las nuevas leyes surgidas en la democracia son aplicadas por la misma maquinaria, que se ha rejuvenecido, ciertamente, pero que adolece del dinamismo, de la implicación en la construcción y defensa de los vínculos sociales, y en la realización de la justicia que la sociedad moderna y dinámica de hoy necesita.

6 Kelsen (1949) defendió una visión iuspositivista, que llamó teoría pura del derecho, como fenómeno autónomo y ajeno a consideraciones ideológicas y morales, del que se excluye cualquier idea de derecho natural.

7 Papini (1990) narra el mayor estadio imaginable de la justicia con la aplicación de la cibernética, con un ordenador en el que se haya introducido toda la legislación y toda la jurisprudencia, que indagaría, mediante unos cátodos, en el cerebro del justiciable, hasta averiguar si es inocente o culpable. En este caso, la propia máquina se encargaría de electrocutarlo (incinerarlo y entregar las cenizas a la viuda).

4.3 Del Estado legal de Derecho, al Estado constitucional y democrático de Derecho

Jürgen Habermas es el filósofo actual que de forma más precisa ha indagado en la justificación de la ley en el Estado democrático, el papel del derecho en la sociedad y la Administración de justicia[8]. Al acercarse al mundo de la justicia, él mismo narra como punto de partida la paradoja del Juicio de Nüremberg, que él escuchaba siendo muy joven desde la radio, y no entendía la discusión sobre el principio de legalidad que los juristas que sirvieron al régimen nazi alegaban en sus defensas, frente a la realidad de su familia en los campos de exterminio. Habermas critica los métodos que implantó en la Administración de justicia la democracia tradicional, como insuficientes para las necesidades de la sociedad actual, y destaca la importancia de la participación ciudadana en la sociedad civil, en general, y en la Administración de justicia, en particular.

El desarrollo social, la profundización de la democracia, el éxito de la economía occidental, y la nueva sociedad de hombres y mujeres libres, han evidenciado la crisis del sistema judicial de la Europa continental. En España se ha multiplicado por cuatro el número de juzgados, se modernizan las leyes, se quintuplica el número de jueces (en los treinta últimos años), y el sistema judicial sigue sin funcionar[9]. Sin embargo, parece que nadie se para a pensar que en el Reino Unido, sólo con 1.200 jueces se ofrece, al doble de los ciudadanos de España (que cuenta ya con 5.000 jueces), una justicia de mayor calidad que la media de la Europa continental o, cuando menos, una justicia mucho mejor valorada entre la ciudadanía. Igual ocurre en otros muchos Estados de *Common Law,* fundamentalmente Nueva Zelanda y Australia, y de forma más significativa en Canadá. Curiosamente es en estos países en los que se desarrollaron los métodos alternativos de resolución de controversias en el último siglo, y en los que, en los últimos veinte años, se ha implantado y desarrollado la mediación.

4.4 Los retos de la Administración de justicia ante la nueva realidad social multicultural

La globalización ha dado un impulso singular a la forma de entender el derecho que se ha impartido desde la cátedra. La noción de "relativismo cultural extremo" desarrollada

8 Habermas (1966).

9 En la política de lucha contra la violencia de género se está pagando con la ineficacia la opción por hacer gravitar todo el sistema en la superestructura que representa el binomio ley especial y multiplicación de juzgados especiales, cuando es en la sociedad civil donde tienen que implantarse los mecanismos de transformación de la conciencia y del espíritu machista.

por Agnes Heller para justificar la noción de lo justo en las distintas culturas y condiciones sociales de los ciudadanos, y racionalizar así la aplicación de diferentes estándares a grupos sociales totalmente diferentes[10], pone en entredicho el postulado universal que sirve de base al concepto formal de justicia, especialmente con su conclusión de que el buen obrar, éticamente justo, es un estadio superior al de la justicia formal y tiene mucho que ver con la acción de los individuos.

Señala Heller que "si cometemos alguna forma de injusticia con otro, y la compensamos dando nuestra mano a la víctima, no vamos más allá de la justicia, sino que, más bien, restauramos la justicia". De alguna forma, la búsqueda de una norma universal nos conduce curiosamente, de nuevo, a entender la moralidad como vínculo humano interiorizado, y es en esta esfera psicológica donde los instrumentos legales y judiciales con los que contamos son insuficientes, puesto que en relación con una buena parte de conflictos humanos fracasan. La sociedad amplia, plural y diversa en la que vivimos necesita que, junto con un núcleo normativo rígido, posibilitador de la convivencia (imprescindiblemente necesario, decía Dusi), se facilite que los ciudadanos gestionen sus propios problemas y contribuyan a restituir el orden ético que en sus propias relaciones se haya visto alterado, sin perjuicio de la intervención subsidiaria del Estado, garantizadora, en todo caso, del principio universal del derecho a la tutela efectiva por los tribunales.

Para los españoles que aprendimos derecho antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la transformación del ordenamiento jurídico que representó la transición de la dictadura a la democracia nos volvió escépticos respecto a lo que nos habían enseñado que era el "deber ser". Para otros muchos europeos, también (pensemos en el carácter legal de la legislación que perseguía a los judíos o a los masones).

Como ejemplo baste reseñar cómo en un ámbito tan susceptible para determinados planteamientos ideológicos como es el derecho de familia se ha pasado del modelo normativo del matrimonio canónico impuesto a la general ciudadanía, a la "unión libre matrimonial" que ha representado la reforma de la Ley 15/2005[11], con la inclusión del matrimonio entre personas homosexuales, y las familias de "diverso talante" que encuentran protección en los fundamentos constitucionales del Estado, como destacó Díez Picazo[12].

Cuando todavía la Transición no había culminado, y el principio de legalidad se sometía al principio de constitucionalidad, el impulso modernizador de la integración europea, en todos los ámbitos jurídicos, nos hizo comprender que en el sistema legal tiene una gran importancia la coyuntura concreta en la que se crea y se desarrolla la ley.

10 Heller (1990:390-407).
11 Ortuño (2006).
12 Díez Picazo (1962:771-92).

De forma simultánea a este esfuerzo de construcción de la Unión Europea y su repercusión en el sistema normativo, con la llamada mundialización tenemos que confrontar nuestros instrumentos legales con los de los múltiples Estados de todo el mundo con los que nos relacionamos, bien por el fenómeno de las migraciones, bien por el comercio, por la facilidad de intercambios o por la movilidad general. Esta "cohabitación" de sistemas normativos se hace más patente en el ámbito del Derecho civil. Los mecanismos clásicos del Derecho internacional privado se han visto desbordados ante las nuevas necesidades, puesto que conceptos como el del orden público de la tradición jurídica nacional en determinadas materias ha adquirido un relativismo que hace necesario buscar soluciones eficaces en el marco de un orden público internacional todavía por construir. Para los conflictos de ley aplicable en los negocios y en las relaciones internacionales se han de buscar soluciones eficaces, aceptables, rápidas y, además, justas, puesto que de lo contrario se instauraría una especie de barbarie internacional, incompatible con las necesidades del propio mercado.

La nueva realidad exige que la administración de justicia ponga al servicio de los ciudadanos métodos de resolución de controversias útiles. En este terreno, los ADR tienen un papel importante que jugar, puesto que tanto por la vía de la modernización del arbitraje, como de la mejora en los métodos de la negociación, muchos problemas pueden encontrar una solución razonable. Junto a tales métodos, ha de jugar un papel de primer orden la implantación de la mediación, pues con el proceso de razonabilidad que la caracteriza puede contribuir a que una gran parte de estos problemas, aparentemente insolubles, encuentren una respuesta efectiva, viable y útil. Para ello es necesario que, desde la Administración de justicia, se dote al ejercicio de la mediación de un mínimo de garantías de seriedad, calidad y reconocimiento.

4.5 La generación de fuentes normativas internacionales en la perspectiva de la mediación

En la medida en que el ámbito de aplicación territorial y personal de las normas es más reducido, el legislador plasma en el Derecho positivo las reglas y las normas reguladoras de los conflictos jurídicos que, eventual y previsiblemente, pueden surgir en una comunidad determinada. Cuanto más amplio es el ámbito de aplicación, especialmente cuando la soberanía de un Estado concreto no alcanza a regular todas las condiciones de aplicación, los principios generales cumplen una función integradora de las normas, y suponen, con frecuencia, un factor importante para la evolución del derecho y para la homogenización, en el ámbito internacional, de determinadas instituciones.

El sistema de fuentes de estos principios es doble: a) por una parte emanan de los instrumentos internacionales, especialmente los relativos a los derechos humanos, entre los que se encuentra la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de las Naciones

Unidas, el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos y Políticos de 1966, el Convenio de Roma, las Recomendaciones del Consejo de Europa, determinadas fuentes normativas de la Comunidad Europea, y la jurisprudencia, fundamentalmente la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en menor dimensión, la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; b) por otra parte, existen también unas fuentes denominadas "informales", que vendrían representadas por lo que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia define genéricamente como "principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas", o las "tradiciones constitucionales comunes" a las que se refirió la sentencia del TJCE de 17.12.1979 (Handelsgezellschaft).

Una aproximación a los principios generales del derecho que tienen una proyección universal debe realizarse con metodología inductiva, es decir, extrayendo de la casuística la solución dada por los tribunales de justicia a puntuales discrepancias, en las que ha prevalecido una interpretación de las normas más acorde a tales formulaciones generales. Pero hemos de partir de la base de que algunos de estos principios se han plasmado de alguna forma en normas concretas, y otros no. Por lo que se refiere al sistema de ley aplicable, las normas reguladoras de los conflictos de ley del Derecho interno de cada Estado conviven con otras internacionales de superior rango, como pueden ser los reglamentos comunitarios, o con tratados internacionales multilaterales o bilaterales. La complejidad en hallar la norma aplicable complica la resolución de los conflictos transfronterizos, lo que pugna con el dinamismo que reclama la estructura económica moderna. Otros elementos de incertidumbre se generan con los problemas de elección de foro, juez competente, emplazamientos y notificaciones en el extranjero, práctica de pruebas y, finalmente, idoneidad de la resolución para que pueda ser reconocida y ejecutada en otro Estado.

Todas las razones apuntadas (sin el necesario detenimiento) en los párrafos precedentes ponen de manifiesto las ventajas de los ADR en las relaciones privadas internacionales (en los conflictos políticos entramos en otra dimensión). El perfeccionamiento del arbitraje internacional, que no se ha acometido todavía desde perspectivas de eficacia, podría evitar muchos problemas y, sobre todo, puede ser útil, efectivo, rápido y satisfactorio, siempre que se den unas condiciones mínimas que el Estado garantice respecto a la calidad de la mediación, las condiciones de prestación de los servicios, y la facilitación del reconocimiento y ejecución de los acuerdos.

4.6 La necesidad de preservar el proceso judicial contencioso para lo que es necesario

- **La invasión de la jurisdicción por falsos litigios**

Existen varios condicionantes estructurales que propician la invasión, masiva e impropia, de los tribunales, por litigios que se someten a la decisión del juez cuando, en realidad,

no presentan problemas ni en cuanto a la apreciación de los hechos, ni en cuanto a la determinación o interpretación del derecho aplicable. Imaginemos que para la instalación de un congelador doméstico se exigiera la intervención de un ingeniero industrial de forma absolutamente injustificada, con toda una infraestructura técnica que le acompañase. Necesitaríamos una plantilla enorme de estos profesionales que, además, estarían infrautilizados explicando al usuario lo que ya dice el libro de instrucciones. El ejemplo puede no ser afortunado, pero no es tan extravagante.

Si examinamos la estadística (tanto en la justicia civil como en la social, como en la penal e incluso en la contencioso-administrativa), las resoluciones judiciales que de una u otra forma tienen su fundamento en la conformidad de las partes, expresa o tácita, es muy numerosa, por lo que en realidad se realiza un trabajo de intendencia innecesario para organizar la puesta en escena de un proceso que, la mayor parte de las veces, se suspende o no llega a celebrarse por la conformidad de las partes; mientras, el trabajo de los jueces se devalúa al no estar dedicado al estudio y la reflexión de los asuntos que realmente necesitan de su atención profesional, de lo que proviene, en parte, la inmensa carga de trabajo (ocupación) a la que se ven sometidos, y la implantación absurda de criterios de productividad numérica para fijar, incluso, su retribución.

Ante ello cabe preguntarse si no sería útil que se intentara indagar, con carácter previo, la razonable existencia de la posibilidad de acuerdos, sin necesidad de montar desde el principio la compleja representación teatral en que deviene todo juicio contencioso que después, en numerosos casos –como pone de relieve la estadística judicial–, no llega ni siquiera al momento de levantar el telón; sin embargo, para ello se ha empleado mucho dinero, mucha actividad y muchas energías.

En la Tabla 1, que procede de las estadísticas oficiales del CGPJ (a disposición libre en la página web http://www.poderjudicial.es), podemos observar la diferencia entre los asuntos “resueltos” en el año 2005 y las “sentencias dictadas”.

Las dos consecuencias más evidentes de esta realidad son: a) la masificación de litigios, por una parte; y b) el menoscabo de la calidad, por otra. La primera debe ser abordada con protocolos de eficacia en métodos de trabajo, tratando de evitar la intervención judicial en los casos que no la necesitan; y la segunda, reservando para los jueces los procesos realmente contradictorios, que es lo que realmente les pertenece, lo que permitiría fomentar la excelencia en el trabajo que se les encomienda.

- **Sobrecarga de trabajo impropia en la jurisdicción civil**

En la jurisdicción civil las sentencias dictadas (423.849 en 2005) representan aproximadamente un tercio de los procesos incoados en todos los juzgados del Estado (1.302.961 en 2005), lo que quiere decir que, de cada tres procesos iniciados, dos han finalizado con resoluciones en las que no ha existido controversia, o ha habido desistimiento, transac-

Tabla 1. Resumen de todas las jurisdicciones

	Movimientos de asuntos			
	Ingresados	Resueltos	En trámite al final del año	Sentencias
Civil	1.302.961	1.233.074	804.882	423.849
Penal	5.861.017	5.850.266	918.973	625.435
Contencioso-administrativa	221.610	218.646	295.497	138.569
Social	342.779	325.690	159.456	218.311
Militar	250	333	117	238
Salas especiales del T. Supremo	82	58	31	9
Total	**7.728.699**	**7.628.067**	**2.178.956**	**1.407.623**

	Ejecución de sentencias		
	Registradas	Resueltas	En trámite al final del año
Civil	371.337	314.187	898.535
Penal	371.169	435.721	432.537
Contencioso-administrativa	16.680	13.694	13.426
Social	61.344	63.041	46.577
Militar	0	0	0
Salas especiales del T. Supremo	3	3	3
Total	**820.533**	**826.646**	**1.391.078**

Fuente: Datos del Consejo General del Poder Judicial

ción o allanamiento. Los datos hablan por sí solos. A ello se ha de añadir, además, que en la jurisdicción civil hay muchas sentencias sin contradicción real, bien porque han sido dictadas en rebeldía, porque se trata de juicios monitorios de reclamación de cantidad, o porque son litigios en los que se ha producido allanamiento.

Un dato revelador en la jurisdicción de familia es que las sentencias de separación o divorcio dictadas por mutuo acuerdo superan ya el 55%, aun cuando de ello no debe extraerse que el propio sistema, mediante la negociación entre las propias partes o por medio de los abogados, ya genera un importante nivel de acuerdos, puesto que es necesario distinguir –desde perspectivas de calidad y de satisfacción de los justiciables– que los acuerdos alcanzados en mediación ofrecen superiores garantías de eficacia y de cumplimiento que los que son fruto de un proceso de negociación sin intervención de profesionales especializados en técnicas de mediación. En el estudio estadístico que se realizó en los juzgados de familia de Barcelona sobre la ejecución de sentencias de familia respecto a los regímenes de visitas (recogido por el profesor Rivero) se pone de manifiesto que las ejecuciones forzosas provienen en el 72% de los casos de procesos tramitados de mutuo

acuerdo, y con convenios reguladores, lo que significa que los acuerdos se alcanzan en muchas ocasiones como consecuencia de negociaciones muy coyunturales, sin la debida profundización respecto de las circunstancias y problemas de fondo que tiene la familia, y condicionadas por sentimientos de culpa o vindicativos, los cuales no se producen cuando el acuerdo se alcanza después de un proceso de mediación correctamente desarrollado. La calidad de la justicia (en tanto que solución justa para las partes) también se incrementa, con lo que el nivel de aceptación es más alto, y significativamente menor la problemática en ejecución forzosa.

Regresando al análisis del volumen real de trabajo, merecen una reflexión especial los datos estadísticos relativos a la ejecución de sentencias que se incluyen en la anterior estadística. Por una parte, observamos que el número de resoluciones civiles que generan problemática en la ejecución es significativamente reducido si lo comparamos con el total de litigios incoados. Mas es preciso tener en cuenta que el papel del juez en la ejecución es, generalmente, muy reducido, hasta el punto de que en otros países de nuestro entorno, como es el caso de Francia o de Alemania (no hablemos ya del mundo anglosajón), la ejecución está atribuida a órganos externos al juzgado, y únicamente se acude al tribunal cuando surge nueva controversia en la forma en la que la ejecución es realizada, porque alguna de las partes entienda que la forma en la que se está ejecutando no es conforme a las previsiones de la sentencia. La oportunidad de organizar adecuadamente la ejecución que se ofrece con el actual reto emprendido con la reestructuración de la oficina judicial también puede situar en la esfera del proceso contencioso lo que, realmente, debe ser objeto del trabajo de los jueces, sin menospreciar la incidencia que en los conflictos surgidos en ejecución pueden tener también los métodos alternativos.

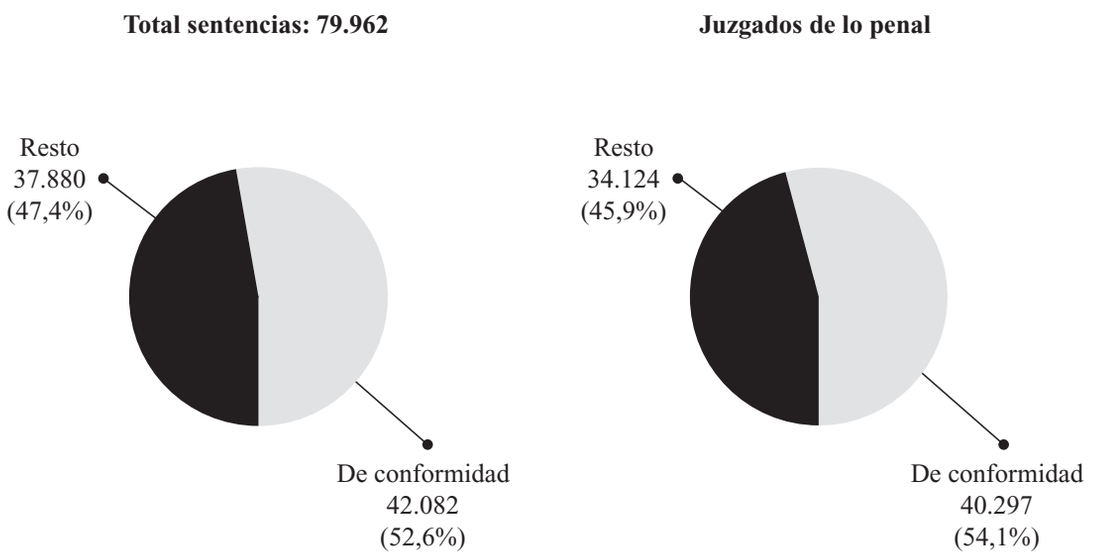
No es materia de este trabajo extraer conclusiones de estos datos estadísticos, pero un análisis detallado sería muy revelador, y probablemente nos llevaría a la conclusión de que la capacidad profesional de muchos profesionales (jueces, secretarios, fiscales y abogados) está infrautilizada, que su esfuerzo se diluye en un maremagno burocrático que en gran parte no es necesario y podría evitarse con la implantación de los ADR, mientras que los procesos que requieren una dedicación profunda, que son un porcentaje significativamente reducido del total de los que ingresan cada año en los juzgados, no pueden ser atendidos con el sosiego necesario.

- **Sobrecarga de trabajo impropia en la jurisdicción penal**

En la jurisdicción penal, la Tabla 1 pone de relieve que las sentencias dictadas cada año (625.435 en 2005) casi no alcanzan, ni siquiera, una décima parte de los asuntos incoados (5.850.266 en 2005). Los sobreseimientos por denuncias o noticias de hechos que pudieran revestir carácter delictivo que se archivan en su fase inicial representan una carga burocrática para los juzgados, que ponen de manifiesto que el sistema ha quedado obsoleto. De los 625.435 procesos penales finalizados por sentencia en 2005, un 56% lo fue por conformidad del acusado con la pena solicitada por el Ministerio

Fiscal, y el resto, las causas en las que verdaderamente el juez ha de realizar su tarea de enjuiciar, analizar los hechos y aplicar la ley, representa un 44% del total (que en al año 2006 ha presentado porcentajes similares, del 52,6% y del 47,4%, respectivamente, según el trabajo de investigación periodística realizada por Mónica C. Belaza[13]) (Gráfico 1).

Gráfico 1. Sentencias condenatorias en juzgados de lo penal



Fuente: muestra recogida por la investigación de El País

El problema de mayor trascendencia que reflejan estos datos en relación con la sobrecarga de trabajo es que para llegar a esa sentencia de conformidad se ha tenido que cumplimentar el atestado en sede policial, después se ha instruido el proceso en el juzgado de instrucción, con intervención de jueces, fiscales, secretarios, abogados, y declaración de imputados, testigos y peritos, para posteriormente formalizar los preparativos del juicio con el señalamiento de la fecha, citaciones de todos los que han de intervenir en el proceso, y preparación de la infraestructura necesaria, para que, en el día señalado, se alcance un acuerdo, generalmente en los pasillos de los tribunales, con gran desconcierto de las víctimas, testigos y peritos, que tienen la sensación de que alguien les ha tomado el pelo, y de hecho está repercutiendo de forma muy negativa en la imagen de la justicia.

13 Belaza (2007:33).

Es evidente que una intervención inicial en mediación, en los procesos en los que ello sea posible técnicamente, al igual que ocurre en la justicia de menores, podría aportar una gran cantidad de conformidades en esta fase inicial. Cuando menos, tales acuerdos podrían dejar solucionados los aspectos civiles accesorios, desplegando una mayor eficacia y credibilidad en el sistema, al tiempo que se incrementaría el grado de satisfacción de la víctima, que sería escuchada inmediatamente, otorgándole el papel que se merece en el proceso. Tales acuerdos, por otra parte, estarían garantizados por la intervención de un mediador profesional y técnicamente habilitado para ello, puesto que el sistema de conformidades de pasillo que se ha impuesto deja mucho que desear. Para empezar, la víctima no suele recibir explicación alguna. Tras una espera muy larga y diversas declaraciones indagatorias previas, llega el día del juicio –con todo el trauma que representa volver a revivir la nefasta historia que la ha llevado hasta el tribunal– y allí es citada (si tiene suerte y antes no se ha suspendido) por primera vez, y tras horas de espera un agente judicial le comunica que ya puede irse, porque los abogados y el fiscal han llegado a un acuerdo. La sensación de que se ha jugado con su mayor o menor desgracia es muy frecuente. No digamos ya los peritos y testigos que han tenido que dejar sus ocupaciones para acudir al juicio, y que son despedidos de la misma forma expeditiva.

La imagen de la justicia recibe un duro golpe, también la sensación de inseguridad jurídica, como ha analizado Jacques Faget[14], pero también la economía del país, la de las empresas y la de la función pública (nótese que cada agente de policía que acude a un juicio a declarar, libra de servicio ese día, y otro más en compensación por el trabajo extraordinario realizado). Aquí tiene mucho que decir la mediación, como expresión de la nueva política penal, en la que adquiere una singular dimensión la reparación de la víctima, aun cuando su puesta en marcha requiera un gran esfuerzo de reflexión y planificación, puesto que no es fácil trasladar los principios y exigencias de los postulados democráticos a unas instituciones, como la de la justicia, minadas por lógicas burocráticas, y menos aún cuando, para mediar la productividad de los jueces, se han introducido las leyes del mercado.

Por otra parte, cuando se sostiene desde el ámbito purista de la ciencia penal clásica que, pese a los costes sociales y de medios que ello representa, es necesario formalizar el proceso completo, hasta las puertas de la celebración del juicio, para garantizar la función de la justicia, proteger los derechos fundamentales del acusado y preparar la respuesta social a la infracción cometida, no se tiene en cuenta que el tipo de justicia que está resultando, en la práctica, es de muy escasa calidad también para el acusado. Son muchos los juristas que denuncian que el sistema generado en torno a las conformidades es un verdadero mercadeo, y que da lugar a que no se juzgue seriamente. También se atribuye a este sistema la desviación producida porque los fiscales se arrogan las facultades de los jueces, como señaló Garapon[15] cuando se instauró el

14 Faget (1997).
15 Garapon (1996).

sistema de conformidades en Francia, y que la realidad demuestra que tienden a conformarse los imputados más desprotegidos, mientras que los más poderosos prefieren la continuación del proceso cuando sus abogados han comprobado la existencia de resquicios legales.

4.7 Una dimensión más racional de la tutela efectiva

De lo analizado en el párrafo precedente, en resumidas cuentas, se concluye que la función judicial en nuestro país se ha devaluado hasta extremos increíbles. El sistema absorbe impropiamente conflictos que no le corresponden, como consecuencia de una errónea concepción del principio de tutela efectiva. Alguien debería realizar una medición de los tiempos empleados en estos trabajos por funcionarios bien cualificados, que emplean horas y horas en el montaje y formalización del proceso, en tramitar, emplazar, citar, resolver incidencias, nombrar abogados y procuradores (en su caso, previa tramitación del expediente de justicia gratuita), para que, al fin, no sirva para otra cosa que para que los ciudadanos implicados se pongan de acuerdo en algo que, posiblemente, podrían haber hecho al principio si hubieran alcanzado un cauce idóneo. Como expresa la expresión castellana, "para este viaje no hacían falta tantas alforjas".

Por lo que se refiere a otros muchos casos en los que, aparentemente, existe controversia real, puede comprobarse que la disputa es notoriamente infundada y tiene su causa en posiciones subjetivas (o sentimientos) de ofuscación, o a malos entendidos, como después suele quedar de manifiesto cuando ya han desarrollado una batalla judicial, y la propia existencia del litigio se ha convertido en el principal problema. Aquí los jueces tenemos reiteradamente la impresión, tanto en la primera instancia como en la apelación, de que hubiera bastado un mínimo esfuerzo negociador para que los litigantes hubiesen aclarado el problema que les originó la situación de conflicto. Prueba de ello es que es muy elevado el número de casos en los que ante el juez que intenta conciliar, los litigantes reconocen que no habían hablado antes de acudir al juzgado ni habían intentado un acuerdo.

Sócrates, tal como lo recoge Platón en el Diálogo Eutifrón, le dice a éste que "si tú y yo somos de diferentes pareceres sobre el número de huevos que hay en una cesta, o en el ancho que tiene una pieza de paño, o sobre el peso de una pala de trigo, no discutiremos sobre ello ni entablaremos ningún tipo de litigio, puesto que bastará con contar, con medir o con pesar, y el litigio se habrá resuelto". Es decir, que lo que se precisa es la accesibilidad a los instrumentos de medida, y que éstos sean útiles y efectivos. Desde luego, es notoriamente desproporcionado seguir un pleito con esta finalidad, puesto que, al final, el perjuicio para una y otra parte es siempre superior, incluso, al que provocaba la diferencia de criterio, y no se ha obtenido ningún mayor beneficio con el empecinamiento y la prolongación de la discusión.

Destaca Perelman[16], a propósito de estas enseñanzas socráticas, que este ejemplo nos ayuda a ver cómo aparece el carácter central de la noción de acuerdo, tan descuidado en las filosofías racionalistas o positivistas, en las que lo que importa es la verdad de una proposición (y el acuerdo viene por añadidura una vez que se ha establecido mediante el recurso a la deducción o a la prueba). Sin embargo, la noción de acuerdo se transforma en una noción central cuando faltan los medios de prueba o éstos son insuficientes y, sobre todo, cuando el objeto del debate no es la verdad de una proposición, sino el valor de una decisión, de una opción o de una acción, consideradas como justas, equitativas, razonables, oportunas, honorables o conformes a derecho.

4.8 Los mecanismos ADR

Con estas consideraciones se pone de manifiesto que es necesario buscar instrumentos para evitar que se judicialicen conflictos de forma innecesaria. Se ha dicho que es, incluso, una medida de higiene social, desde el punto de vista de la salud mental de muchas personas, puesto que la generación y multiplicación de pleitos innecesarios produce trastornos psíquicos, y deriva en la querulancia, u obsesión por el pleito, que como un fetiche siniestro se convierte en el centro de la vida de muchas personas.

Aquí es donde los ADR pueden jugar un extraordinario papel, no sólo en la descarga de trabajo para los jueces, con la filtración de lo que realmente deba resolverse por una decisión de autoridad impuesta coactivamente (la sentencia judicial), sino en la pacificación de muchos conflictos sociales.

- **La “opinión” de expertos independientes**

Entre los ADR se menciona, en primer lugar, la implantación de mecanismos de sujeción a la opinión de expertos independientes, que en litigios de trasfondo técnico es la forma más lógica y racional de resolver las controversias. No se trata propiamente de un arbitraje, sino de la emisión de una opinión científica encargada por las dos partes que, además, no es vinculante, por lo que tiene la ventaja de que si una de las partes considera que el experto ha emitido el dictamen con base en algún error, no está obligada a someterse a él ni a aceptar la solución ofrecida, sino que puede acudir a la vía judicial para exponer sus razones, ante la que ya se partirá de un trabajo previamente hecho. En estos casos la diferencia sujeta a decisión, sometida a la consideración de otros peritos, estará muy concreta y precisada.

16 Perelman (1979:137 y ss.).

Como es lógico, el empecinamiento de quien injustificadamente mantenga la disputa tendrá después su consecuencia en las costas judiciales y en el pago de los perjuicios, si el tribunal, finalmente, no le otorga la razón. Este mecanismo, de general utilización en el mundo anglosajón, soluciona muchos asuntos y evita que se planteen litigios de una complejidad técnica extrema ante los tribunales de justicia (imaginemos litigios en los que la causa sean defectos de componentes de alta tecnología, o muchos de los que se presentan en reclamación de responsabilidades médicas o profesionales). Su implantación no es costosa, puesto que se basa en el fomento de la introducción de cláusulas en los contratos de sometimiento a estas opiniones de expertos, antes de acudir a la vía judicial, y a la promoción de este sistema desde las propias facultades de derecho, en los colegios profesionales y, especialmente, en la práctica de la abogacía.

- **El arbitraje**

El arbitraje es otro de los clásicos ADR, muy distinto a la mediación, por tratarse de la designación privada de juez por las partes. La evolución legal ha sido positiva, pero no ha terminado de implantarse en nuestro país, si se dejan al margen los mecanismos de arbitraje laboral o de consumo, y los arbitrajes sectoriales en actividades profesionales que los prevén y los regulan, que tienen otra consideración. Todavía es pronto para evaluar el impacto modernizador de la institución por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, que ha corregido importantes carencias de la Ley de 1988. Se necesita aquí una acción decidida de los poderes públicos para fomentar la cultura arbitral y prestigiar este sistema. Si dejamos aparte las manifestaciones del arbitraje institucional, el arbitraje civil propiamente dicho tiene tres importantes escollos que dificultan su implantación.

Se dice que no existe el arbitraje sin el prestigio de buenos árbitros. El primero de los obstáculos del sistema, en consecuencia, es el de designación de los árbitros, respecto al que existe mucha desconfianza (se prefiere al juez). Ello se debe a que no existe una práctica consolidada, como la que hay en el Derecho comparado, de acudir a profesores universitarios, abogados de gran experiencia que han transformado sus despachos y se ofrecen como árbitros, jueces jubilados, o consultores de diversas disciplinas con un peso profesional específico y una reputación ética muy sólida. Algunos servicios de los que se prestan por los colegios profesionales, o por institutos de arbitraje internacional, son excelentes y tienen gran prestigio, pero se ha de resaltar, en otros muchos casos, que se desconfía del corporativismo, del amiguismo en la designación, de la falta de preparación, y de la vulnerabilidad en cuanto a la imparcialidad en el ejercicio de la función. El segundo de los problemas radica en el coste que representa la intervención de un árbitro, que generalmente no está fijado de antemano, sino que se establece en proporción a la estimación económica de los intereses que se ventilan en el conflicto, y que suele ser mucho más caro que el del proceso judicial.

Por último, también influye negativamente la mala praxis que representa la concertación de arbitrajes a realizar por varios árbitros, los denominados colegios arbitrales, que en

casos de mucha complejidad técnica pueden estar justificados, pero que se han deformado en la práctica con la inclusión, como árbitros, de los propios abogados de las partes, más un tercero independiente, lo que dificulta la tarea de éste, introduce la desconfianza y deteriora en gran manera el sistema.

- **La conciliación judicial**

Ya hemos mencionado antes la conciliación como un gran instrumento de enorme utilidad para la resolución de controversias. Francia ha realizado una apuesta muy importante en este sentido con la introducción de los "conciliadores judiciales", insertos en el propio sistema funcional de la Administración de justicia. Como también se ha demostrado en Portugal, la conciliación puede desempeñar un importante papel en la futura justicia de proximidad e incluso en la justicia de paz.

Mediación y conciliación tienen muchos elementos comunes. En ocasiones se confunden estas metodologías, cuando se utiliza el término conciliación como resultado, y el de mediación como procedimiento. Mas en el Derecho comparado se reserva la palabra conciliación para cuando el procedimiento empleado para alcanzar un acuerdo es dirigido por un juez u otra persona del entorno del tribunal, y se denomina mediador cuando quien dirige el proceso es un tercero neutral, independiente del tribunal (aun cuando pueda estar vinculado a él).

A pesar de que la conciliación judicial es aconsejada por la Recomendación nº 12/1986 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, esta práctica no ha sido interiorizada por los jueces españoles como una tarea propia, cuya importancia es de primer orden, como ha puesto de manifiesto Alastruey en la guía práctica que ha preparado para los alumnos de la Escuela Judicial, en los cursos sobre esta materia allí realizados[17]. La experiencia demuestra que, incluso en aquellas materias que nos parecen innegociables, es posible un acuerdo amistoso, como recoge el artículo 38 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y a diario se pone de manifiesto en multitud de litigios en los que se alcanzan acuerdos parciales o totales. Existe una especie de prurito profesional por dedicar los esfuerzos a la sentencia contenciosa, y cualquier actividad realizada en sede del proceso judicial que tienda a la conciliación de los intereses de las partes se percibe como pérdida de tiempo, como una función impropia.

La LOPJ confiere competencia para la realización de funciones de conciliación al secretario judicial, y el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (del que el Gobierno ha suprimido finalmente una regulación autónoma de la mediación con el propósito de dedicar una ley especial a esta materia) incluye una regulación de la conciliación y viene a cubrir el vacío de su exclusión de la LEC 2000, con su asignación a los secretarios judiciales y a los jueces de paz.

17 Alastruey (2005).

En la práctica de nuestros tribunales, y salvando algunas puntuales excepciones, no es frecuente que los jueces intenten conciliar, puesto que no puede calificarse así la pregunta retórica que suele formularse antes de las audiencias previas, o en los litigios de carácter laboral. Mas, aun cuando quisieran hacerlo, tampoco los jueces poseen preparación técnica ni formación en las habilidades mínimas para que tales intentos conciliatorios puedan alcanzar un mínimo grado de éxito. Se actúa de forma intuitiva, irregular, con grandes diferencias entre los juzgados de una misma población, y sin incentivos de ningún género. En ocasiones, las llamadas a la conciliación se transforman en presiones a los letrados y a las partes, para que la secuencia de los señalamientos diarios vaya más rápida, o para que "partan" las diferencias económicas y no se complique la resolución con cálculos complejos. Precisamente la técnica conciliatoria es todo lo contrario, pues presupone un profundo estudio previo del asunto por el juez, que somete a consideración de las partes determinados aspectos que considera relevantes, sin ningún tipo de prisa, pues de lo que se trata es de fomentar la reflexión conjunta de las partes.

Ahora bien, la conciliación tiene como dificultad su falta de credibilidad entre los ciudadanos (y los abogados), por cuanto es una institución que ya se conoció con carácter obligatorio en nuestro sistema desde la codificación, en el siglo XIX (la LEC de 1881 la impuso como requisito de procedibilidad para la admisión a trámite de las demandas), y se convirtió en un trámite burocrático carente de toda efectividad y que alargaba y encarecía el proceso, o en un medio para que algunos jueces pretendieran hacer una justicia rápida imponiendo el parecer que, prejuzgando y a primera vista, hubiesen obtenido como primera impresión, antes de comenzar a profundizar en el debate litigioso.

En honor a la verdad y a la justicia, se debe destacar el ejemplar papel que han desempeñado y realizan muchos jueces en este campo, lo que no impide que deba reformularse la práctica de la conciliación para que, con carácter general, pueda ser un instrumento eficaz. En primer lugar, hay que potenciar la preparación técnica de los conciliadores (sean los jueces de paz, los jueces de proximidad, los secretarios judiciales o los jueces de cualesquiera órganos), con la implantación de metodologías contrastadas. En segundo lugar, hay que procurar que, en su principal desarrollo, sea encomendada a jueces o secretarios que posteriormente no van a participar en el enjuiciamiento del litigio si éste prosigue por la vía contenciosa, como pueden ser los jueces de proximidad, a la nueva figura que se prevé de los secretarios judiciales conciliadores, y a conciliadores judiciales autónomos[18].

Una vez que la controversia judicial está formalizada, e incluso después de que hayan fracasado otros mecanismos de autocomposición de los conflictos, si el juez aprecia que

18 En Francia se ha ensayado la intervención de conciliadores que han sido reclutados entre personas jubiladas de gran experiencia, personas representativas de movimientos sociales o de los movimientos vecinales, o de comunidades específicas, magrebí, china, etc., que reciben formación, y que después actúan como delegados del juez o del fiscal para estas funciones conciliatorias.

todavía es posible el acuerdo, y que se está en el caso en el que los litigantes han de seguir manteniendo relación entre ellos en el futuro, se ha de valorar nuevamente la posibilidad de encauzar la resolución de estos conflictos a través de la mediación, para que intervenga un profesional experto en las técnicas metodológicas comunicacionales que pueda evitar la contienda judicial y la sentencia impuesta coactivamente.

- **La mediación**

Puede ser definida la mediación como un proceso especialmente indicado cuando las dos partes que litigan han de seguir manteniendo relaciones en el futuro, dotado de una estructura formal flexible, por el cual un tercero neutral, objetivo e imparcial, intenta que los ciudadanos enfrentados en un conflicto encuentren por sí mismos una solución razonable, satisfactoria para ambos, mediante encuentros en los que, con la ayuda del mediador, se racionalicen las causas de sus diferencias.

Frente al proceso judicial, la mediación es mucho menos rígida, en el sentido de que no existen reglas preestablecidas a las que deban someterse las partes ni en el ámbito formal o procesal, ni tampoco en cuanto al derecho material, es decir, en cuanto a la ley aplicable a la controversia, con la única excepción, como es lógico en uno y otro ámbito, de los principios constitucionales que previenen la indefensión, y de las materias de orden público. El principio de autonomía de la voluntad de las partes es el eje sobre el que gravita la esencia de la mediación, que se potencia con la intervención profesional del tercero mediador como facilitador de la comunicación, de la racionalización de los problemas, y como garantía de que la formación de la voluntad no va a estar condicionada por ningún tipo de elemento extraño a lo que realmente son los verdaderos intereses de las partes.

La participación en un proceso de mediación es siempre voluntaria. No se puede imponer forzosamente a ninguna persona que colabore en la "reconstrucción" de una relación viable de futuro, como destaca la definición de mediación que hemos adoptado, si no está dispuesta a participar de forma activa en el proceso de racionalización del conflicto y en la búsqueda de soluciones a los problemas que dificultan una salida digna y positiva a la crisis que lo ha originado. La articulación de esa relación de futuro supone la voluntad de cooperación entre las personas que, en principio, están enfrentadas.

Esta característica de la mediación sitúa a la persona, al individuo, como gestor de su propio problema, y contrasta con los métodos clásicos, en los que la actitud del individuo es pasiva. En la vía judicial son los abogados los que actúan y el juez el que decide, al igual que en el arbitraje. En la negociación se tiende a pactar un mal menor, y se suele preferir que sean los abogados o representantes quienes se pongan de acuerdo, incluso se les contrata con este fin.

Tal vez la intervención de un tercero neutral, imparcial, objetivo y profesional es la característica de mayor importancia de esta metodología, hasta el punto de que se ha

repetido que no existe un buen modelo de mediación, sino que existen buenos o malos mediadores.

Pero, ¿quién es el mediador? Ya hemos analizado que el mediador no es un árbitro, pues no ha de decidir, ni es un asesor legal ni un terapeuta, ya que no debe aconsejar, ni es un conciliador, puesto que en el origen de la mediación se desechó este término por su concomitancia con la "reconciliación". Su intervención en el conflicto es indirecta, no puede participar con su opinión en la búsqueda de los acuerdos, pues sería otorgarle un poder que pugna con la función que le es propia, la de restaurar el diálogo entre los propios interesados[19]. Tampoco es un asesor del juez ni un perito, pues si se le dota de la capacidad de informar al juez de los pormenores de las conversaciones y de la pugna subyacente, la comunicación que debe propiciar entre las partes no sería sincera. Tampoco puede ser un fedatario, ya que su actuación está sujeta a la regla de la más estricta confidencialidad.

En su actuación el mediador debe abstenerse incluso de participar en la redacción de los acuerdos en el sentido legal, que es el papel que corresponde a los abogados. No es ni siquiera un testigo, debe permanecer como extranjero, desarmado en medio de los contendientes, como aconseja Yves Cumunel en su trabajo À chacun son rôle en mediation judiciaire[20]. Tampoco puede intervenir como abogado, éste es un auxiliar de la justicia que desempeña otra función, pues garantiza con el juez la aplicación de la ley y el asesoramiento jurídico y la defensa de su cliente.

La más importante característica de la mediación es la neutralidad. Es "neutral" quien no es de uno ni de otro, quien no toma parte en una guerra movida por otros[21]. "Neutralizar" es debilitar o compensar el efecto de una causa, por la concurrencia de otra. El alcance semántico de este principio no es unívoco y, de forma unánime, es mencionado entre los vértices de la mediación. Así, la disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, lo remarca como principio esencial, junto con la voluntariedad, la imparcialidad y la confidencialidad. Sin embargo, hay que notar que neutralidad e imparcialidad no son términos sinónimos, sino que cada uno tiene un significado diferente y una nota distintiva propia en la construcción de la mediación.

Las líneas de la intervención del mediador deben partir del reconocimiento profundo de la legitimidad de todas las posiciones que puedan mantener las partes, de todas las opciones vitales ante un problema, pues únicamente así podrá intentar que cada parte comprenda el punto de vista de la otra. Para ello, el mediador debe saber escuchar, inspirar confianza, analizar la personalidad de las partes, estudiar la estructura del conflicto, para poder encontrar un nivel de comunicación viable y común, que les permita encontrar la

19 Ripoll Millet (2001:73-87).
20 Cumunel (1999:13-6).
21 Diccionario Ideológico de la Lengua, de Julio Casares.

solución por sí mismas. Por esta razón, entre las habilidades del mediador destaca la tarea de ayudar a las partes a diferenciar entre las posiciones y los intereses reales que subyacen tras ellas.

Para distinguir la mediación de otras figuras afines, la importancia de este significado de neutralidad es muy ilustrativa, puesto que en el proceso judicial y en el arbitraje, el tercero dirimente adopta una posición pasiva frente a la situación de las partes, ya que son sus abogados, en todo caso, los que suplen las deficiencias de sus clientes, limitándose la exigencia legal a la imparcialidad y a la igualdad de armas en el proceso, principios que tienen un alcance más limitado al ámbito puramente formal. Al igual que la voluntariedad, la neutralidad debe predicarse desde el principio del proceso de mediación, y ha de perdurar durante todo su desarrollo. Para ello el mediador dispone de recursos que la aseguran y, si en algún momento se quiebra o no puede recomponerse, se debe suspender la entrevista e incluso el proceso se ha de dar por finalizado si no se consigue una superación pronta del desequilibrio surgido. Así se prevé, por ejemplo, en el artículo 87 ter 5 de la LOPJ, reformado por LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que prohíbe la mediación en contextos de violencia, puesto que difícilmente puede aceptar un acuerdo no viciado quien está sufriendo los efectos psicológicos de un amedrantamiento por violencia física o psíquica.

5. Elementos a ponderar ante un eventual proyecto de implantación de métodos alternativos (ADR) en el ámbito de la jurisdicción civil

5.1 La carencia de referentes en la tradición jurídica

La peculiaridad del proceso normativo sobre la "mediación", institución que representa el principal instrumento de resolución alternativa de conflictos (ADR) que ha de desarrollarse en los próximos años (junto con la conciliación y el arbitraje), es que no existe una tradición relevante en la práctica de esta metodología en España, ni tampoco tradición jurídica ni doctrinal desde la que extraer análisis, enseñanzas o conclusiones, pese a que en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001 se acordó impulsar fórmulas eficaces de mediación. Esta circunstancia se ha puesto de manifiesto en dos hechos recientes relevantes: por una parte, la proliferación de leyes sobre mediación propiciadas por la mayor parte de las comunidades autónomas, generalmente en materia de derecho de familia[22]; y, por otra parte, la peculiaridad que presenta la redacción de final de la Ley 15/2005, de 8 de julio, en cuya disposición final tercera se establece el mandato al Ejecutivo de presentar un proyecto de ley sobre mediación, basado "en las disposiciones de la Unión Europea", que en realidad todavía no existen y que, precisamente, en su actual estado es el proyecto de Directiva que como norma marco *in fieri* pretende unificar y acercar las legislaciones nacionales en la materia en el ámbito civil.

Esta ausencia de un "*corpus* jurídico" ya consolidado en el ámbito estatal es un elemento común, coincidente con la mayor parte de los países de la Unión Europea, puesto que únicamente Austria y Bélgica disponen de una Ley de Mediación general[23]. La más antigua

22 Tal como se desprende del Libro Verde de la Comisión Europea para la regulación de la mediación en conflictos transfronterizos, el ámbito del derecho de familia no es el más importante ni cualitativa ni cuantitativamente en cuanto a la implantación de la mediación, como metodología alternativa para la resolución de conflictos. Incluso en las discusiones habidas hasta ahora, tanto en el Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE como en el Parlamento, se planteó inicialmente, aun cuando fue rechazada, excluir esta materia del ámbito de la mediación. No obstante, el hecho de que el desarrollo inicial de las iniciativas legales autonómicas se haya centrado en estas materias puede hacer pensar al profano que es una cuestión propia del derecho de familia, y nada más lejos de la realidad, aun cuando la importancia que puede tener para la pacificación de los conflictos familiares es, desde luego, enorme.

legislación positiva en el ámbito UE, de carácter general, sobre mediación es la francesa, que data de 1995, al reformar el Código de Procedimiento Civil para facultar a los tribunales para suspender de oficio el curso del proceso y remitir a las partes a un proceso de mediación, cuando advirtieran que era aconsejable propiciar un acuerdo amigable. El resto de los Estados miembros disponen de normas parciales y experiencias irregulares, por lo que en España se está a un nivel muy similar, si bien los países nórdicos y el Reino Unido disponen de una mayor tradición en su cultura jurídica, especialmente en el ámbito contractual, en la esfera prejudicial con la institución consolidada de los *minitrials* y las opiniones de expertos semivinculantes, que en España no existen, y con la importante experiencia de la *Act Family* inglesa de 1986, que introdujo la sesión informativa previa obligatoria en todos los litigios de familia.

5.2 Los ámbitos susceptibles de implementación de la mediación

Son frecuentes los equívocos al hablar de la mediación, porque este término, al tiempo que se refiere a una concreta metodología singular de resolución de controversias que dispone de unos principios básicos comunes, se utiliza en ámbitos, contextos e incluso utilidades diferentes[24]. Existe mediación en el ámbito del Derecho penal[25], en el ámbito institucional, en el Derecho internacional público, en el ámbito social[26], e incluso en el ámbito político, pero de la que nos ocupamos ahora es de la mediación en el ámbito civil y mercantil, que necesita, en determinados aspectos, de una específica regulación, y es a la que se refiere el Proyecto de Directiva que se encuentra actualmente en discusión en la Unión Europea, y que previsiblemente verá la luz a final del presente año 2007.

En este sentido también se ha de precisar que la mediación, como metodología, es en buena parte ajena al derecho. Muchos de sus principios, de sus fundamentos, de su acervo científico, son extrajurídicos, lo que supone un elemento de innovación importantísimo. Pero no hay que olvidar que el derecho pertenece a la esfera de las ciencias sociales, junto con la filosofía (la

23 Precisamente, la Ley austriaca ha introducido la mediación obligatoria, como requisito de procedibilidad para cualquier litigio civil, perspectiva que también es auspiciada por los Estados de nueva incorporación a la UE, que han visto en el desarrollo de la mediación en EE UU y Canadá, especialmente, una posible vía que facilite la modernización de sus sistemas judiciales. La Ley belga, por el contrario, establece la mediación voluntaria, si bien con una fuerte promoción pública.

24 Una de las primeras cuestiones que se planteó el Libro Verde fue si se realizaba en la futura Directiva una síntesis común o si se desarrollaba un catálogo para cada una de las modalidades.

25 La mediación penal que más se ha desarrollado, en especial en España, es en el ámbito de la jurisdicción de menores, puesto que específicamente la contempló la LO 5/2000, de Responsabilidad Penal del Menor. En cuanto a la mediación penal de adultos existen recomendaciones del Consejo de Europa e instrumentos comunitarios que tienden a su desarrollo y que se están ensayando también en España como "experiencias piloto", generalmente vinculadas a la victimología.

26 La mediación intercultural, entre comunidades, en la gestión de conflictos vecinales, de problemas de convivencia interétnicos, en el ámbito escolar, etc., tiene una gran implantación en toda Europa.

ética) y la psicología. Tal rama de las ciencias alberga una dicotomía esencial, y es que, por una parte, intenta dar una explicación coherente a los comportamientos sociales de los individuos y, por otra, pretende modificar las conductas que pueden ser generadoras de conflictos en la vida social. En este sentido, la metodología clásica del contencioso jurídico únicamente ha explorado y utilizado los métodos de autoridad, los métodos coercitivos ajenos al propio proceso de racionalización interna, para restaurar el orden social, en los casos en los que éste se había alterado, es decir, cuando alguien no se ajustaba al deber ser de la conducta socialmente esperada. Lo que la mediación aporta es la apertura de la justicia hacia otras metodologías que, en cierta forma, son de superior rango cultural, puesto que se sustituye la coerción por la racionalización. Para ello se han de incorporar métodos y conocimientos de otras ciencias, como es la psicología, para la gestión de litigios que reúnan unas determinadas peculiaridades.

La reforma de la justicia necesita diversificar sus métodos, y cualquier intento de modernización de la justicia que olvide completar el sistema clásico con las nuevas metodologías está abocado al fracaso, puesto que no hará más que reproducir las carencias estructurales. Es una realidad que nuestra sociedad ha cambiado, que ya no hay una masa de personas incultas y una élite de intelectuales que tienen el monopolio del poder y la clave para dar las respuestas precisas en derecho. Los conceptos de autodeterminación y usos participativos en la toma de decisiones están implantados en todas las esferas, y es natural que también sean recibidos por el sistema de administración de justicia[27].

5.3 Los modelos de mediación

Existen, por otra parte, modelos muy diferentes y escuelas que han desarrollado métodos muy distintos de aprendizaje y entrenamiento de los mediadores, como ha ocurrido con muchas otras ciencias sociales[28]. Las tres escuelas más conocidas son: a) la de Harvard, que parte de la base de que el conflicto es consecuencia de un problema anterior, que es necesario resolver previamente, y propugna la "gestión cooperativa" del problema con la ayuda de un mediador experimentado; es la tendencia más psicológica; b) junto a ella en importancia, se distingue la escuela de la transformación, que no pone el acento sobre el análisis y tratamiento del problema anterior, sino en la actitud de los individuos ante él, por lo que considera de primordial importancia la necesidad de superar la visión unilateral del conflicto, mediante la revalorización de las personas y el reconocimiento del otro a través de una relación mutua que propugna la comprensión, y la modificación con ello de los propios sentimientos; y c) el tercer modelo es el denominado "narrativo", cuya característica esencial es que centra la metodología en la oportunidad que se les da a las partes

27 Melano (1995).

28 Como tal disciplina de las "ciencias sociales", la mediación pretende analizar la realidad social, e incidir en su modificación para la superación del conflicto.

de transmitir la vivencia de la historia común, desde la perspectiva personal de cada parte, con lo que el subjetivismo, los condicionantes externos que cada persona tiene, sus valores, pueden contribuir a la mejor comprensión de la génesis del conflicto y, en consecuencia, a mostrar el camino para solucionarlo[29].

La investigación sobre técnicas y modelos está experimentando en la actualidad un enorme desarrollo, en la medida que la implantación de la metodología está permitiendo conocer las ventajas e inconvenientes de cada uno de ellos. Como denominador común, y como señala Leticia García en su tesis doctoral, el punto de partida no ha de ser en ningún caso el de llegar a cerrar los acuerdos, pues si se impone esta meta puede ser que lo relacional pase a un segundo plano, y se cae fácilmente en el error de concluir acuerdos no queridos y, por lo tanto, susceptibles de ser incumplidos a corto o medio plazo, con lo que el conflicto no habrá quedado resuelto[30].

En un plano ontológico, la mediación participa también del mismo fundamento que la ética social, por lo que asimismo ha interesado a la filosofía del derecho, especialmente al preguntarse por el sentido de la justicia y por la aparente dicotomía entre el sentimiento subjetivo e individual de la justicia que se destaca más en la resolución de los conflictos por la mediación, y el sentido social de la igualdad de la ley, extremos estos a los que ya me he referido, y que precisan, lógicamente, de un desarrollo científico más profundo.

Mas estas cuestiones se han de dejar para que sean analizadas desde otras perspectivas. Lo que es relevante, a los efectos de qué se ha de regular de la mediación en el ámbito civil y mercantil, son cuestiones mucho más concretas para lo que se ha de tener claro en primer lugar, que hay una mediación privada y otra pública, y que la regulación de determinadas materias atañe a diversos campos del derecho.

5.4 La mediación privada o contractualista

Nos referimos con ello a la utilización de la metodología por diversos profesionales, en el ámbito del ejercicio libre de su profesión, y como conjunto de técnicas de resolución extrajudicial de controversias. La mediación privada se asemeja en este sentido a la práctica de la negociación que, desde siempre, se ha empleado en la sociedad para resolver la mayoría de sus conflictos, y que ha sido empleada de forma intuitiva por la abogacía. Puede decirse que el análisis sistemático de las técnicas de negociación que de forma natural han sido utilizadas por los agentes sociales y su traducción en principios científicos, tras su constatación empírica, es precisamente la mediación, si bien aquí el mediador no negocia para sí mismo, ni para su cliente, ni para obtener una ventaja sobre la otra parte, sino que desde el ámbito

29 Jolger (1997).
30 García Villaluenga (2007).

de la neutralidad más escrupulosa pone a disposición de las dos partes las técnicas y habilidades aprendidas. Este tipo de mediación no precisa de regulación legal alguna, aun cuando presupone una eficaz preparación teórica y práctica.

Como ADR, es decir, como mecanismo que pueda sustituir en muchos casos la excesiva afición de la ciudadanía a acudir a los tribunales, puede precisar una mínima regulación el tratamiento de los efectos del eventual acuerdo que se alcance, pero ni siquiera el tema de la "confidencialidad", que es el eje de la metodología de la mediación, precisa ser regulado, por cuanto esta cuestión podrá ser objeto de negociación entre las partes. Aquí se enmarca la tendencia que propugna una visión puramente contractualista de la mediación. Se habla incluso de un "contrato de mediación" con autonomía propia, y de que los efectos del acuerdo tendrán el mismo régimen jurídico que la ley otorga a los contratos.

5.5 Requisitos y condiciones exigibles en la mediación privada

En este punto es necesario adoptar una posición de partida, que condicionará el eventual desarrollo normativo, puesto que puede optarse por no regular nada o por introducir algún principio singular, que diferencie a la mediación de cualquier otro contrato. Se trata de tener claro qué modelo de mediación se pretende, y en este sentido se han de tener en cuenta las diversas opciones.

- Por lo que se refiere a la profesionalidad del mediador, ante la eventualidad de que se desarrolle y articule una norma legal, se ha de optar entre si la Administración va a exigir algún tipo de preparación profesional especial para garantizar una calidad estándar en la prestación de los servicios o si cualquier persona va a poder intervenir en este papel de mediador. Es importante, según se pretenda o no potenciar esta metodología, puesto que aun cuando nos referimos al ámbito puramente privado –en el que no es posible impedir que cualquier ciudadano conozca y emplee estas técnicas–, sí que puede tener trascendencia que la sociedad reconozca de algún modo la profesionalidad que se deriva de una preparación específica (por ejemplo, no se puede reglamentar la función del "entrenador" físico personal, pero sí puede resultar justificado imponer que, para ejercer esta tarea en un gimnasio, se disponga de un título oficial que garantice a los ciudadanos que no están en una situación de riesgo, y que la persona que les dirige cuenta con la preparación adecuada para ello).

- En relación con la confidencialidad, se ha de prever por una eventual ley si el mediador, incluso en la esfera privada, vendrá obligado a comparecer como eventual perito o testigo en un caso determinado, cuando sea citado por una de las partes o por el juez, o si va a poder acogerse al secreto profesional si es llamado después de intervenir en una mediación, cuando menos en las mismas condiciones que un abogado o un médico. Un aspecto complementario de esta cuestión es regular el deber de abstención y el derecho de las partes a formular recusación, para el caso de que sea nombrado perito.

- Por lo que se refiere al eventual acuerdo que pueda ser alcanzado tras un proceso de mediación, la ley debe contemplar si va a tener la misma consideración que un contrato privado, o si se debe incluir alguna especialidad propia, como el plazo de "revocabilidad", similar al que existe en los contratos de compraventa de mercancías fuera de establecimiento mercantil. La revocabilidad del acuerdo es una de las características que más pueden diferenciar el pacto alcanzado en mediación del puro contrato privado. Su fundamento, como hemos visto al analizar los diferentes modelos metodológicos, es que en mediación no se fomenta el "pactismo", sino la profunda y completa solución del conflicto, lo que implica un periodo de reflexión, de consultas, de renegociación de flecos y de resolución de problemas legales. En el Libro Verde de la Comisión Europea se planteó llevar esta cuestión a la Directiva, pero se decidió dejarla para que cada Estado miembro regulara lo que considerara más conveniente al respecto. La cuestión adquiere una especial relevancia, puesto que, si el acuerdo de mediación tiene la condición de un acto preliminar y preparatorio de la contratación posterior, las partes dispondrán de mayor libertad para hacer propuestas, contrastarlas y debatirlas. Si no se aclara esto, ya existen litigios en los que se pretende ante un tribunal que dote de carácter obligatorio, similar al contrato, al acuerdo de mediación.

- En orden a la eficacia, la opción es similar, es decir, se ha decidir si se va a dotar de una especial eficacia al acuerdo de mediación o si va a tener el mismo régimen de los contratos. Es importante aquí la incidencia del orden público en las materias objeto de regulación, puesto que, si se opta por no dotar de ninguna eficacia al acuerdo sobre materias que atañen al orden público, o si en todo caso la homologación del acuerdo va a ser elemento indispensable para su eficacia, implica ya la introducción de un plazo de reflexión (con revocación automática por la no ratificación), y una inmediata elevación a público del documento privado, al hacer intervenir a una autoridad para la aprobación del acuerdo.

5.6 Mediación pública

Desde el momento en el que la mediación se sitúa en un contexto público, el carácter de ADR se convierte en auténtica vía alternativa a la judicial para resolver conflictos, pero también, al igual que aquélla, de carácter más o menos público[31], es decir, que la Administración

31 En este sentido, la mediación se diferencia de la vía judicial contenciosa, en que aquélla es aformal, libre, sin otra eficacia que la que las partes le quieran dar y exenta de regulación legal, mientras que ésta es rígida y sometida a un procedimiento preestablecido público. No es la mediación tampoco un sustitutivo de la Administración de justicia de segunda categoría. Es sencillamente un sistema que utiliza una metodología diferente, pero que, al incidir en el mismo objeto que la justicia contenciosa, la resolución de conflictos necesita también un reconocimiento social y un reconocimiento de su eficacia.

ha de garantizar unas mínimas y determinadas condiciones de prestación de los servicios, puesto que no sólo compromete en ello su prestigio, sino que también es responsable de las eventuales consecuencias negativas de una mala praxis profesional.

Dentro del ámbito de lo público, tanto la administración central[32], como la autonómica o la local pueden propiciar los ADR de diversas formas[33]. También determinadas corporaciones de derecho público, como colegios de abogados, o de psicólogos, e incluso instituciones sanitarias[34], ofrecen a los ciudadanos servicios de mediación. Al contrario que la mediación en el ámbito privado, el ciudadano no sólo va a acudir al mediador en estos casos por el prestigio del mediador o porque el abogado que ha contratado se lo recomienda, sino fundamentalmente porque confía en que la Administración garantiza la calidad del servicio y vela por que se desarrolle en condiciones óptimas.

5.7 Requisitos y condiciones de la mediación pública

Los acuerdos alcanzados en este contexto han de tener una eficacia peculiar, de alguna forma de superior rango que los pactos contractuales. En ningún caso puede dejarse al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del acuerdo alcanzado en mediación, pero también el régimen jurídico de su impugnación y de su eficacia ha de ser cualitativamente distinto al de la vía contractual, puesto que de otra forma no tiene sentido apostar por la mediación como alternativa a la vía judicial, ya que sería innecesaria (ya están regulados los contratos, sus condiciones y su eficacia). La mediación ha de ser un *tertium genus,* que goce de determinados privilegios en el momento de ser homologado el acuerdo o de ser reconocido en el caso de una eventual ejecución.

La mediación ofertada por instituciones públicas exige, en consecuencia: a) velar por la cualificación y profesionalización del mediador; b) apostar por la calidad del acuerdo, con el posible periodo de reflexión (o plazo de revocabilidad), y la necesaria intervención de abogados para que se responsabilicen de la redacción y consejo jurídico a las partes; y c) dotar de un régimen jurídico autónomo para la eficacia, exigibilidad y ejecutoriedad de los acuerdos.

32 El más claro ejemplo es el del Reglamento (CE) 2201/2003, sobre responsabilidad parental, que impone a las autoridades centrales el uso de la mediación para resolver los conflictos derivados de la responsabilidad parental, reclamaciones de alimentos, sustracción o desplazamiento ilícito de menores, etc.

33 La realidad nos muestra la implantación de servicios de mediación de muy diversos ámbitos, como política de bienestar social. Son muy frecuentes en el ámbito del Derecho social.

34 Me refiero a servicios de mediación en centros de terapia familiar de la Seguridad Social, del que fue pionero el centro de mediación del Hospital de San Pablo de Barcelona, dentro de la unidad de terapia familiar.

5.8 La mediación intrajudicial: las experiencias piloto

Sin perjuicio de las modalidades a las que nos hemos referido anteriormente, lo que determina la necesidad de regulación legal de la mediación es su relación con el proceso judicial. No se trata de "judicializar la mediación", pues en este caso nada se habría adelantado con las ADR, ni se podría afirmar que estamos ante una metodología alternativa, pero tampoco de ignorar que el sistema judicial es el referente último del Estado de Derecho y que, por lo tanto, también ha de ser la imprescindible garantía de que los acuerdos alcanzados por vía de la mediación van a ser reconocidos por quien tiene la capacidad de disponer su ejecución forzosa y de garantizar en último extremo el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva[35].

Entre las diferentes clases de mediación, pública o privada, abierta o cerrada, total o parcial, nos interesa aquí destacar las características de la mediación intrajudicial frente a la que no está vinculada al proceso judicial. Dicho de otra forma, este tipo de mediación se suscita y comienza después de que el litigio ya esté en sede de un tribunal de justicia, lo cual significa que tiene unas características que la diferencian del resto de los procesos de negociación, aun cuando, por lo que se refiere a la metodología que debe ser utilizada, comparte muchos elementos comunes con la mediación que se practica antes de que el litigio esté residenciado en sede judicial.

Algunas de las notas definitorias que marcan estos litigios son las siguientes: a) la comunicación entre las partes está interrumpida, puesto que el hecho de haberse decidido a acudir a los tribunales significa que se han agotado las vías amistosas tradicionales. Por estas razones la derivación hacia un proceso mediador va a chocar con el ambiente de confrontación que ya existe; b) las partes ya han encargado la defensa de sus intereses a sus respectivos abogados, lo que significa que han recibido un refuerzo psicológico importante, pues la estrategia profesional de la abogacía es, lógicamente, infundir confianza en su cliente de que le puede ganar el pleito.

En resumidas cuentas, cuando desde el ámbito de los tribunales se hace llegar a las partes la conveniencia de que acudan a un proceso de mediación, la disposición a la colaboración va a ser absolutamente nula. Es como al principio de una guerra, hasta que no em-

35 Es lo mismo que cuando se trata de articular la relación entre el arbitraje y la jurisdicción, o entre la transacción y su ejecución forzosa. Como se trata de instituciones con desarrollo histórico, se comprende fácilmente que no se podría hablar ni de conciliación ni de arbitraje, si no estuviera la garantía jurisdiccional detrás de estos institutos jurídicos. Sin embargo, con la mediación se suelen plantear reticencias en la relación con la jurisdicción, en el sentido de que el contacto con ella desnaturalizaría el método. Pero no es así. ¿Queda desnaturalizado el laudo arbitral por que se pueda solicitar su ejecución en la vía jurisdiccional? ¿Queda desnaturalizada la avenencia en conciliación por que se pueda impugnar el acuerdo ante la jurisdicción?

piecen a venir las primeras catástrofes, la moral de victoria provoca la ceguera para comprender la trascendencia del riesgo que se está corriendo.

En las experiencias piloto que se han desarrollado para la implantación de la promoción de la mediación desde los tribunales, invariablemente se ha experimentado una enorme frustración, porque la primera reacción de los ciudadanos es la de rechazar esta metodología, y mucho más si los abogados desconocen o desconfían del sistema y les inculcan que opten por oponerse a la mediación que les es ofrecida por el juez. Es lógico que este rechazo se produzca, y las razones son evidentes. Por una parte, acudir a la mediación significa interrumpir el juicio, y con ello la frustración de las expectativas de victoria. También existe un gran temor ante un nuevo retraso judicial, es decir, si se ha tardado mucho en ser llamado a juicio, intentar ahora un "arreglo" que de antemano ya se sabe que no va fructificar, porque ya lo han intentado con los abogados, va a significar retrasar el juicio y lo que esperan que sea la solución definitiva. Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de agosto, en materia de divorcio, y de la Recomendación 19/1999 del Consejo de Europa y la Decisión Marco 220/2001 del Consejo de la Unión Europea en materia de mediación penal, se han puesto en marcha por el CGPJ diversas experiencias piloto de mediación, promovidas por juzgados de familia, juzgados de instrucción y juzgados de lo penal, que han recibido un enorme impulso desde Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME), en el que actualmente hay más de 300 jueces y magistrados asociados y otros cien juristas o profesionales relevantes en el mundo de la mediación, y existen secciones nacionales en Alemania, Bélgica, Eslovenia, Holanda, Italia, Portugal, Suiza, Reino Unido, Suecia, Noruega y, recientemente, también ha sido constituida en España.

Los resultados de estas experiencias piloto, en las que han intervenido jueces, fiscales, secretarios, mediadores y técnicos de seis comunidades autónomas con competencias en materia de justicia, han sido analizados en diciembre de 2006, en un curso de jueces y fiscales celebrado en la Escuela Judicial. Como resultado se han elaborado unas conclusiones que son importantes a la hora de plantear cualquier tipo de regulación de esta metodología en nuestro país.

5.9 Requisitos y condiciones de la mediación intrajudicial

Esta relación de la mediación con el proceso judicial reviste una gran problemática y necesitan ser reguladas por las leyes procesales algunas cuestiones mínimas, pero esenciales: a) los supuestos de derivación judicial y el alcance de las facultades del juez para propiciar la mediación[36], sin vulnerar el principio de voluntariedad ni el derecho del ciudadano a la

36 Se podría optar entre tres alternativas: a) la derivación facultativa del juez, obligatoria para las partes; b) la posición pasiva del juez, dejando toda la iniciativa a la solicitud de ambas partes; y c) el establecimiento de una vía intermedia, con la derivación a una sesión informativa obligatoria.

tutela judicial efectiva; b) las consecuencias en el curso del proceso jurisdiccional, de la interrupción del mismo por la apertura de un proceso de mediación paralelo, con las consiguientes consecuencias en cuanto a la caducidad y a la prescripción; c) las garantías de la confidencialidad en los supuestos en los que la mediación no llega a buen término y se pretende que el mediador sea llamado como testigo para suplir deficiencias probatorias; d) la cualificación profesional del mediador al que se ha derivado por el tribunal[37]; e) la eficacia de los acuerdos de mediación[38]; f) el régimen de designación de mediadores por el juzgado, en su caso[39], y responsabilidad de los mismos ante el juzgado; y g) la regulación de la abstención y recusación.

Se ha de tener presente la previsión legal de que la derivación a la mediación puede ser realizada por los órganos jurisdiccionales de todos los órdenes, y en todas las categorías funcionales. En el Derecho comparado (Holanda y Canadá) se ha mostrado su utilidad en la fase de apelación, pues determinados conflictos ya llegan a la segunda instancia muy focalizados, y si bien algunos de ellos necesitan de la decisión judicial dirimente impuesta coactivamente –porque sería inútil intentar otros caminos–, en otros litigios es útil dar una oportunidad al acuerdo después de que todos los argumentos hayan sido expuestos y los ciudadanos se hayan librado ya del mito de la justicia y del mito del abogado infalible. Obviamente, durante la primera instancia hay muchos momentos en los que la derivación a la mediación puede ser útil.

Pero donde puede jugar un papel más importante cuantitativamente es en el grado preliminar, es decir, en la justicia de proximidad, donde pueden administrarse muy eficazmente los recursos públicos de la mediación en muy diversas materias generadoras de una enorme litigiosidad, la mayor parte de las veces irresoluble, como las relaciones de vecindad, las relaciones de propiedad horizontal, los arrendamientos urbanos y rústicos, los conflictos de consumo, las diferencias entre socios de pequeñas empresas, los problemas de familia relacionados con la tercera edad, las disputas entre hermanos por los cuidados que necesitan las personas mayores o que padezcan de un mayor o menor grado de discapacidad y, obviamente, las separaciones y divorcios.

37 Es evidente que el mediador al que se acude por "sugerencia" del tribunal, o el mediador que presta sus servicios en un centro de mediación que colabora con el Tribunal (pensemos en Québec, donde en el mismo edifico están los "servicios de mediación de los juzgados de Québec").

38 Hay que distinguir, otra vez, entre los que necesitan la homologación judicial, por afectar a materias de orden público, de los puramente de Derecho dispositivo y, en este caso, si se dota de similar rango que la transacción.

39 Algunas leyes autonómicas, por ejemplo, en Cataluña, prevén la designación de mediador a requerimiento del tribunal, de entre los que figuran en un listado previo, con un sistema similar al de designación de abogados por el turno de oficio. Este no es el único sistema; en Francia se modificó este sistema, y son los tribunales los que escogen y acreditan a mediadores de su confianza, con un sistema similar al de la designación de los administradores del concurso.

5.10 Ámbitos y materias que pueden ser objeto de regulación mediante la mediación

Se puede hablar de una ley de mediación general o de leyes de mediación parciales para cada ámbito (obviamente, la mediación penal, penitenciaria y en la justicia de menores, que no es objeto de este bloque), mediación familiar, mediación en asuntos financieros (Directiva FINET), mediación empresarial, mediación en relaciones de vecindad (propiedad horizontal y relaciones arrendaticias), mediación laboral, e incluso en el Derecho administrativo la metodología es aplicable, tal como estamos viendo en la experiencia de otros muchos Estados, puesto que la mediación puede descargar una enorme carga de la litigiosidad actual. Ya está superado en el Derecho comparado el rígido principio de que la Administración no puede negociar con los particulares, como expresión del rechazo a cualquier clase de desviación de poder, de trato no igualitario o de componendas contrarias al interés general. Existen esferas de poder de ejercicio reglado, pero con importantes factores discrecionales, en las que puede ser utilizada la mediación como mecanismo facilitador de la propia acción administrativa. El artículo 88 de la LRJAP-PAC prevé la terminación convencional de los conflictos, estableciendo que las administraciones públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas, tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado. Me remito en este campo, tal vez el que menos se ha experimentado en nuestro país, a los trabajos realizados por el doctor Delgado Piqueras para la Fundación Alternativas[40].

5.11 La perspectiva de una ley general de mediación: problemas de ubicación sistemática

- **Una metodología interdisciplinar, incluso dentro del ámbito del derecho**

Al igual que ocurre con otros ADR, como por ejemplo el arbitraje, si el legislador opta por una ley general de mediación, se ha de tener en cuenta que la regulación de su ejercicio es también interdisciplinar, en cuanto afecta a diversas ramas del derecho. No podría ser únicamente una ley civil, ni administrativa, ni procesal.

Pero con independencia de las normas metodológicas, que pertenecen más bien a la esfera de lo formativo, una ley de esta naturaleza, si se sigue el modelo austriaco o belga, debe contener normas administrativas, normas civiles y normas procesales.

40 Delgado Piqueras (2006).

- **La administración de la mediación**

Por lo que se refiere al funcionamiento de la mediación, al Derecho administrativo compete, en su caso, regular lo que se ha venido en llamar la "administración de la mediación" y, entre otros aspectos: a) la profesionalidad del mediador, con la opción entre la exigencia de una titulación académica propia o una especialización de posgrado[41] a la que se pueda acceder desde otras titulaciones previas (derecho, psicología, economía, trabajo social, educación social, etc.); b) la configuración del mediador dentro de las profesiones tituladas, con la consiguiente repercusión en relación con los colegios profesionales[42], es decir, si se optara por darle consideración de profesión autónoma, debería también preverse un colegio de mediadores propio, y si no es así, debe procurarse que en cada una de las profesiones desde las que se tenga acceso se regulen las normas para su ejercicio; c) la creación del "registro de mediadores"[43], si se opta por la exigencia de un título como condición previa para el ejercicio como mediador; d) el régimen de exigencia de responsabilidad disciplinaria[44] por actuaciones dolosas, culposas o por mala praxis; y e) las condiciones del ejercicio de la función o supervisión de los centros de mediación.

- **El Derecho civil de la mediación**

Pertenece al ámbito del Derecho civil: a) la definición de la mediación y su proyección en la teoría de las fuentes de las obligaciones; b) la naturaleza jurídica específica del acuerdo de mediación[45] como un negocio jurídico típico; c) la diferenciación de figuras afines, como el acuerdo conciliatorio y el laudo arbitral; d) los requisitos del acuerdo, tanto de forma como de condiciones para su concertación: si se opta por el plazo de reflexión con una fórmula de revocabilidad o no, o se impone preceptivamente la redacción del acuerdo con asesoramiento letrado[46]; e) la incidencia en la prescripción y en la caducidad de derechos y

41 Tal vez de entre las cuestiones más urgentes que existen a este respecto está la de configurar el contenido mínimo de las enseñanzas exigibles y la expedición de títulos.

42 En algunos Estados, por ejemplo en Argentina, se ha restringido la posibilidad de ser mediador sólo a los abogados en ejercicio, sin perjuicio de que éstos puedan valerse de comediadores de otras disciplinas, atendiendo al objeto de la mediación.

43 Aquí las leyes autonómicas están adoptando soluciones diferentes: o un registro único independiente de las profesiones de las que provengan los mediadores o un registro de mediadores por cada uno de los colegios profesionales que realicen formación en mediación y cuyos colegiados puedan actuar como mediadores.

44 Sin perjuicio de la civil y penal que proceda.

45 Ya ha quedado anteriormente apuntado: se puede optar por otorgarle el mismo régimen jurídico que a los contratos o dotarlo de un régimen *sui generis,* lo que requeriría su tipificación. La primera opción no aporta nada nuevo, la segunda significa potenciar la mediación propiamente como ADR, una especie de *tertium genus* entre lo puramente convencional y la decisión judicial o el laudo arbitral.

46 Desde luego, la intervención preceptiva de letrado, además de garantizar en gran medida la claridad expositiva, de eliminar las dudas interpretativas que surgirían de una redacción no técnica y, sobre todo, de garantizar plenamente los derechos de las partes (con similar eficacia que la vía judicial), supondría la eliminación de los obstáculos que una parte de la abogacía presenta respecto a la mediación.

acciones; f) el régimen jurídico de la eficacia, la nulidad, la anulabilidad y rescisión de los acuerdos de mediación; g) el desarrollo de los principios básicos de la mediación: la voluntariedad, la imparcialidad, la neutralidad del mediador y la confidencialidad; h) la proyección en la mediación del principio de la autonomía de la voluntad; i) naturaleza del contrato de mediación; y j) la teoría del negocio jurídico mediado[47].

- **Los aspectos procesales de la mediación**

La mediación en el ámbito del Derecho procesal debe prever la relación entre mediación y jurisdicción. Requiere de muy pocos extremos que regular, pero algunos de ellos son fundamentales, hasta el punto de que en el Derecho comparado Francia únicamente reguló este aspecto en 1995, cuando se introdujo la metodología en su ordenamiento jurídico; los aspectos que necesariamente deben quedar resueltos son: a) la opción por conferir al tribunal la facultad de sugerir a las partes, cuando las circunstancias del caso lo aconsejen, la suspensión del curso de los autos para someterse a un proceso de mediación[48], con la opción de la sesión informativa obligatoria[49]; b) la proyección del principio de confidencialidad en el proceso judicial, mediante la declaración de inhabilidad como testigos o peritos de los mediadores o comediadores, y de la inadmisibilidad como pruebas de documentos, testimonios ni ninguna otra fuente de conocimiento que haya sido fruto del proceso de mediación, al objeto de que éste no sea utilizado fraudulentamente; c) régimen de constatación procesal de los acuerdos; d) sistemas de homologación judicial de los acuerdos que tengan por objeto materias de orden público; y e) eficacia de los acuerdos en orden a la ejecución forzosa y a la excepción de cosa juzgada.

5.12 La opción por introducir la mediación mediante la reforma y complemento de leyes ya vigentes

Ya hemos visto que las opciones, básicamente, son dos: a) redactar una ley de mediación específica para regular de forma integral el sistema, que sea comprensiva de cuestiones

47 Son muy interesantes las aportaciones de la profesora titular de Derecho civil de la Universidad Complutense, Leticia García Villaluenga, en su obra (tesis doctoral) La Mediación Familiar en el Derecho de Familia Español, Editorial Reus, en imprenta.

48 La realidad en el Derecho comparado es muy dispar: en sede de los tribunales existe implantada la mediación como requisito previo de procedibilidad (Austria, Argentina, Canadá y muchos Estados de los EE UU), o como facultad del juez en la primera instancia (Francia), o como facultad del tribunal en la apelación (Holanda).

49 Esta sesión informativa, ya implantada en muchos países, e incluso en el Derecho autonómico español, como es el caso de Cataluña, que ha instalado oficinas informativas en las sedes de los juzgados de familia, se ha revelado en la práctica como un excelente medio de impulsión de los acuerdos. Con ello se pretende que la aceptación voluntaria del sistema por las partes sea plenamente informado, y no sea rechazada la mediación por prejuicios, falsas creencias o rechazos viscerales de los abogados.

civiles, administrativas y procesales; y b) modificar la LEC en aspectos puntuales, introducir la referencia, como norma marco, en la LOPJ, e incluir referencias a la mediación en el texto articulado de diversas disposiciones legales, Código Civil, Código de Comercio, Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley de Propiedad Horizontal, etc.

También se ha barajado la posibilidad de incluir la mediación en la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria, e incluso en el borrador del anteproyecto de la reforma anunciada se le dedicaba un capítulo, que ha sido suprimido a la espera de la adopción de una solución más meditada.

Mas lo cierto es que determinados aspectos de la mediación requieren un marco legal con apremiante urgencia, puesto que un factor de extraordinaria trascendencia, a la vista del estado de los trabajos realizados hasta ahora en el proyecto de directiva, es que los Estados miembros garanticen un determinado nivel o calidad mínima a la mediación, lo que significa que el sistema de formación debe ser supervisado por el Estado y es conveniente decidir si se incluye dentro de los planes de estudio de las enseñanzas universitarias y si se regula algún tipo de titulación exigible (lo que también determinaría, en vía penal, la protección contra el intrusismo).

6. Las referencias a la mediación en el Derecho interno español

Las referencias a la mediación son ya relativamente frecuentes en normas de Derecho interno en España. En el Derecho social la mediación se practica desde antiguo, aun cuando los institutos de mediación y arbitraje, de preceptiva intervención antes de la acción contenciosa, son estructuras burocráticas que necesitan de importantes medidas de modernización. En la justicia de menores la previsión legal data de 1992, aunque desde entonces se ha desarrollado muy irregularmente, puesto que las funciones de los equipos técnicos han sido orientadas hacia este fin y con la metodología propia de la mediación en algunas demarcaciones, y en otras se han limitado a la presentación de informes psicosociales. Tal vez la referencia legal más relevante sea la mención que a la mediación realiza la Ley 15/2005, sobre reforma del divorcio, a las que precedieron el Código de Familia de Cataluña y las leyes de Mediación Familiar de Galicia, Valencia, Canarias, Cataluña y Castilla-La Mancha, así como los proyectos que se debaten en la actualidad en Madrid, Islas Baleares y Asturias, o las leyes de contenido general de Andalucía. También en la Ley de Transporte Terrestre, en la de Colegios Profesionales y otras, se hace referencia a la mediación como instituto distinto del arbitraje o de la conciliación, y como vía alternativa al método clásico jurisdiccional.

No obstante lo anterior, es necesario advertir: a) que existen ámbitos de regulación que sí que corresponden a las atribuciones competenciales de las comunidades autónomas, como los relativos a la política de bienestar social y protección a la infancia y a la familia; b) que otros ámbitos son de naturaleza propiamente civil, por lo que únicamente algunas comunidades disponen de competencia específica para legislar sobre ellas, y es el Estado el que debe regular estas materias en sede del Derecho civil común; c) que la disparidad legislativa necesita normas de Derecho civil interregional; y d) que la competencia en materia de Derecho procesal está reservada íntegra e indelegablemente al Estado, por lo que la necesaria inserción de los principios procesales que posibiliten la mediación debe ser desarrollada por ley estatal.

7. El desarrollo de la mediación como tarea común de la UE

7.1 La política común de la Comisión Europea para impulsar la mediación y los ADR

La razón principal para una regulación común en el ámbito de la Unión Europea radica en la existencia de lo que se denomina espacio común europeo de seguridad y justicia. La desaparición de las fronteras interiores entre los Estados miembros supone que los ciudadanos pueden establecerse libremente en cualquier lugar de la Unión, y desarrollar en él su entramado de relaciones sociales. De dichas relaciones surgen conflictos que necesitan ser resueltos extendiendo su eficacia a todo el territorio, por lo que una de las líneas fundamentales de actuación desde el Tratado de Ámsterdam hasta la Constitución Europea que la consolida es la de garantizar la libre circulación de las resoluciones judiciales y el mutuo reconocimiento de los derechos, como si se tratase de un único país, en la visión tradicional de la soberanía que siempre ha preservado la Administración de justicia como una competencia exclusiva y excluyente de cada Estado para ser ejercida dentro de sus fronteras. Si se ha optado como política propia de la UE por configurar la mediación como un sistema autónomo, complementario y alternativo a la vez, respecto al sistema judicial clásico para la resolución de controversias, es lógico que se procure un mínimo homologable de carácter común para toda Europa, con la finalidad de que se garantice de forma igual la vigencia de unos principios comunes, que permita reconocer la efectividad de los acuerdos sin ulteriores dificultades, en cualquier Estado miembro. Con ello se pretende que exista una línea de actuación de convergencia legislativa en la materia, precisamente en una fase en la que la mediación está en un proceso de desarrollo todavía muy incipiente en la mayor parte de los Estados miembros para que, sin menoscabo de las competencias internas, se pueda disponer de legislaciones estatales con rasgos mínimos uniformes, evitando con ello los problemas que se plantean en otras esferas del derecho, en las que la consolidación de leyes históricas diferentes dificulta en gran medida la implantación de unas instituciones similares en el ámbito comunitario.

7.2 Los precedentes del Proyecto de Directiva: el Libro Verde

Desde la Comisión de la Unión Europea, y con la perspectiva de un espacio judicial común, se pretende que la implantación de los ADR sea un signo de identidad de la

nueva Europa, a la vez que un medio para abordar la crisis de la Administración de justicia, que no es únicamente un problema nacional, sino que representa un grave problema común de todos los Estados miembros. En esta línea se encuentra la Recomendación 98/257/CE sobre procedimientos extrajudiciales, en la que propugna la intervención de un sistema alternativo al judicial para la resolución de conflictos basado en la intervención de un tercero mediador, ante la desproporción de los costes económicos del juicio contencioso y la peculiaridad de los intereses ventilados en determinados litigios.

Como desarrollo de este interés deben citarse las conclusiones de la Presidencia del Consejo de Viena de diciembre de 1998 (apartado 83), que destaca la necesidad de desarrollar la mediación en los conflictos familiares transnacionales y el Acuerdo de la Comisión de 9 de abril de 2001 sobre mediación y Derecho de consumo. La Recomendación de 29 de mayo de 2000 recoge el Acuerdo de los ministros de Justicia para la búsqueda y desarrollo de métodos alternativos en el ámbito civil y comercial, convencidos de su eficacia. En el Acuerdo de 15 de marzo de 2001, la Comisión analiza la conveniencia de implantar la mediación en el ámbito penal para salvaguardar los derechos de las víctimas. El Acuerdo de 7 de mayo de 2001 promueve la creación de la red FINNET, para la resolución de los conflictos en el ámbito financiero. Finalmente, en cuanto a las relaciones laborales, el Consejo Europeo de Bruselas, Laeken, de diciembre de 2001, insistió en la importancia de prevenir y resolver los conflictos sociales, y muy especialmente los de carácter transnacional, mediante mecanismos voluntarios de mediación.

En cuanto al tema que nos ocupa, el Consejo de la Unión Europea, en sus conclusiones de 29 de mayo de 2000, pidió a la Comisión que elaborara un Libro Verde, o estudio legislativo preliminar, sobre los ADR y, tras la "encuesta" de 30 de marzo de 2001, la Comisión presentó en Bruselas el día 19 de abril de 2002 el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil.

Con este texto se inició la reflexión y el diálogo entre los Estados miembros sobre las ventajas e inconvenientes de esta metodología, al tiempo que promovió el análisis de los problemas jurídicos que planteaba. Desde esta perspectiva se recabó la opinión de expertos de la forma más abierta posible, con una audiencia pública sobre el tema que se celebró el 21 de febrero de 2003.

7.3 El horizonte de la promulgación del Proyecto de Directiva sobre la mediación y los ADR en el 2007

El 22 de octubre de 2004 fue publicado en el Diario Oficial de la CE el Proyecto de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos

civiles y mercantiles[50]. Este proyecto legislativo está en la actualidad en fase de discusión por el Comité de Derecho Civil del Consejo Europeo, así como por el Parlamento Europeo.

Tras observaciones de los Estados miembros, y al tratarse de una norma que ha de elaborarse por el sistema de codecisión (Comisión y Parlamento), el proyecto, con las modificaciones ya realizadas, se encuentra en fase de discusión parlamentaria, respecto a las modificaciones introducidas por el Comité de Derecho Civil, que paso a especificar.

En cuanto a los objetivos y campo de aplicación, al primitivo artículo primero del Proyecto de Directiva se ha añadido, como objetivo, el de "promover el arreglo amigable de los litigios"; esta matización es trascendente, puesto que no sólo se pretende con la Directiva implantar un instrumento propio del Derecho internacional privado comunitario, sino también la "promoción" o "fomento" de la mediación, lo que significa una apuesta por el desarrollo de esta metodología desde instancias públicas y, singularmente, comunitarias.

La segunda inclusión, entre los objetivos, es la instauración de una relación "equilibrada" entre mediación y proceso judicial, es decir, que el interés de la Directiva no es tanto la mediación global, sino la relación de la misma con el proceso judicial.

Se mencionan específicamente como ámbitos excluidos las materias fiscales, aduaneras o administrativas, así como el estado y capacidad de las personas físicas, los concursos y quiebras y la seguridad social.

Los principales objetivos, según el dictamen de los servicios jurídicos del Consejo, se circunscriben a cuatro: a) mejorar la calidad de los servicios de mediación (especialmente respecto de los elementos transfronterizos); b) facilitar la ejecución internacional de los acuerdos de mediación; c) dar protección eficaz a la confidencialidad; y d) aclarar la suspensión de los plazos de prescripción.

Subsiste la discrepancia inicial, respecto a la que se pide a los Estados miembros opinión y respaldo para una de las dos opciones, en cuanto a la base jurídica competencial del Tratado CE: mientras la Comisión propugna que ha de fundarse en el artículo 95 (de mayor calado, puesto que significaría la adopción de medidas legislativas, reglamentarias y administrativas que tendiesen a armonizar las legislaciones internas de cara al buen funcionamiento del mercado interior), los servicios jurídicos del Consejo propugnan que sean los artículos 61.c) y 67.5 del Tratado CE, y se limite su finalidad a aquellas situaciones o litigios con trascendencia transfronteriza.

50 El DOC 0251 de 2004 contiene el texto íntegro, que puede consultarse en la página web de la Red Judicial Europea. También puede obtenerse el texto del Proyecto de Directiva, así como los trabajos previos del Libro Verde, en la página web de la Red Judicial Europea: http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/index_es.htm.

En el artículo 2 se ha propuesto mayoritariamente en los trabajos realizados hasta ahora que no se deje tan abierta la definición de mediación, como cualquier procedimiento en el que interviene un tercero mediador, sino que se concrete que este proceso debe ser "estructurado técnicamente", para que quede mejor precisado. En cuanto a la definición de "mediador", se propone que se introduzcan los calificativos de "independiente, imparcial y competente", en el sentido de que quede claro que es obligación de cada Estado garantizar una formación seria, que imponga criterios de competencia.

También se propone introducir aquí las obligaciones de los Estados miembros de: a) promover códigos voluntarios deontológicos, tanto para los mediadores como las organizaciones intermedias que ofrezcan servicios de mediación; b) introducir mecanismos de control eficaces; y c) afrontar el tema de la formación de los mediadores en orden a asegurar su capacidad y eficacia, que cada Estados miembros concretará: 1) con unos requisitos mínimos de carácter técnico (formación), para ejercer como mediador; 2) con un régimen jurídico de responsabilidad de los mediadores; y 3) con unos criterios académicos para homologar la enseñanza que deben recibir los mediadores.

La derivación o reenvío a la mediación por los tribunales está prevista en el artículo 3, y lo que es objeto de discusión es, si teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, los jueces pueden: a) invitar o sugerir a las partes que recurran a la mediación; y b) requerir a las partes para que asistan a una reunión informativa en todo momento, durante la tramitación del litigio, con carácter obligatorio (siempre que existan servicios de mediación accesibles).

Se prevé, asimismo, que haya Estados miembros que puedan optar en su Derecho interno por implantar la obligatoriedad de la mediación prejudicial, o imponer sanciones a la parte que se niegue a asistir a ella, directamente (multas) o indirectamente (en la condena en costas, si en el litigio contencioso judicial no se da la razón a quien se negó a ir a la mediación).

Se parte de la idea de fomentar la mayor calidad y el mayor rango posible del acuerdo de mediación respecto al contrato privado, de cara a su eficacia transfronteriza, pero, lógicamente, lo que se decida sobre esta cuestión también tiene su repercusión en el Derecho interno. Con la homologación se pretende la "equiparación con la decisión judicial"[51].

El régimen jurídico, tanto de la propuesta de la Comisión como del texto resultante de la primera lectura, dispensaba mejor trato a los acuerdos de mediación que a las sentencias ju-

51 Ya ha quedado anteriormente apuntado: se puede optar por otorgarle el mismo régimen jurídico que los contratos o dotarlo de un régimen *sui generis,* lo que requeriría su tipificación. La primera opción no aporta nada nuevo, la segunda significa potenciar la mediación propiamente como ADR, una especie de *tertium genus* entre lo puramente convencional y la decisión judicial o el laudo arbitral.

diciales, por lo que fue motivo de críticas y de muchas horas de debate. Puede ser que éste sea uno de los artículos de mayor trascendencia para el objeto de la Directiva, que es el reconocimiento transfronterizo de los acuerdos, con una dimensión importante de Derecho internacional privado.

El artículo 6 se refiere a la confidencialidad. En la discusión de la propuesta se parte de la base de que la confidencialidad es "el corazón" de la mediación[52]. Los puntos de vista discrepantes giran en torno a: a) si se deja al Derecho interno de cada Estado miembro o se fijan unos criterios mínimos comunes; b) si se establece un catálogo o listado de actos o documentos dimanantes del proceso de mediación, que quedarían vedados para hacerlos valer en un ulterior proceso judicial; c) si se deja a criterio del juez que decida en cada caso, atendiendo las circunstancias, si la prueba es admisible o no; d) si se excluye de la confidencialidad por completo el ámbito del derecho penal; y e) si se regula el secreto profesional del mediador. En este punto cabe concluir que "la intervención de los mediadores es reservada, por lo que quedan sujetos a las obligaciones derivadas del secreto profesional. En los casos en los que el proceso de mediación no concluya con acuerdo, las partes no pueden utilizar los documentos ni las informaciones obtenidas en el ámbito de la mediación".

El carácter confidencial, en relación con el principio de publicidad que caracteriza el proceso judicial, es una de las piezas esenciales de la metodología de la mediación. Se propicia que las partes en conflicto colaboren entre sí para buscar la solución más razonable y la mejor ajustada y conveniente a las circunstancias que concurren. Mas la presencia de otro de los principios esenciales, el de la voluntariedad, puede determinar que el proceso de mediación quede interrumpido sin que se haya alcanzado un acuerdo, y que cualquiera de las partes pueda activar la vía judicial. En este caso, la eventualidad de que se utilice ante los tribunales la información obtenida en el ámbito de lo confidencial implica la desactivación de la característica esencial del sistema de mediación. Ninguna persona expondría todas sus cartas ante el adversario si tuviera el temor de que posteriormente van a ser utilizadas en contra de él. En consecuencia, y para reforzar el carácter confidencial, es necesario establecer con absoluta claridad que el mediador no podrá ser llamado ante los tribunales en calidad de testigo ni como perito y que las partes no podrán utilizar la información obtenida en un ulterior proceso judicial contradictorio.

Respecto a la suspensión de la prescripción y la caducidad, no presenta grandes discrepancias buscar una fórmula para que quien acuda a un proceso de mediación, en el que no se alcance un acuerdo posteriormente, no vea perjudicados sus derechos sustantivos o procesales. Si acaso, es la conjunción de las diversas, que no divergentes, legislaciones nacionales la que presenta alguna dificultad técnica.

52 Así ha sido definida por una propuesta de la delegación francesa, que pretende corregir este artículo en la forma en la que viene redactado.

Finalmente, tampoco presenta problemas especiales la ejecución, que con alguna especialidad ya analizada a propósito del artículo 5 se ajustaría a la ley del Estado en el que se hace valer el acuerdo para ejecutarlo forzosamente. Se trataría aquí de hallar una fórmula que garantizase el principio de seguridad jurídica a la persona que ha optado por acudir a la mediación y ha convenido un acuerdo en la confianza de que después será respetado, o de que la autoridad judicial lo hará respetar mediante la ejecución forzosa, en su caso.

Segunda parte. La mediación en la jurisdicción penal

8. Las razones de la mediación penal y las razones para la mediación penal: algunas reflexiones introductorias

La reflexión sobre la necesidad de modelos alternativos a la justicia penal, iniciada hace apenas treinta años, se inserta como un contenido más de un nuevo paradigma de análisis de las diversas relaciones cruzadas entre Estado, sociedad, ciudadanos y fenómenos de desviación social. El desarrollo de la mediación, como sistema teórico, traduce la emergencia de un nuevo modelo de regulación social, de una nueva fórmula de acción que no se limite simplemente a la gestión de los conflictos, sino que contribuya, también, a recrear espacios de comunicación y nuevos instrumentos de socialización[53].

La mediación responde, por tanto, a una nueva concepción de racionalidad comunicativa, en el sentido defendido por Habermas[54]. El nuevo paradigma bascula sobre la reformulación del sentido y el alcance del conflicto social y una nueva atribución de roles de participación en la que el infractor merece una respuesta de reintegración y la víctima un papel protagónico en la búsqueda de soluciones que comporten, por un lado, su reparación y, por otro, restaurar las consecuencias perjudiciales del delito sobre la sociedad. Aquí radica la esencial diferencia con el modelo de respuesta judicial. En el proceso penal la solución aparece como un mecanismo de heterocomposición en el que las partes, particularmente la víctima, juegan, con excesiva frecuencia, un rol marginal. Las partes son despojadas de su conflicto. Durante el desarrollo del proceso son representadas por sus abogados, las audiencias son vacia-

53 Bonafé-Schmitt (2003:17 y ss.).
54 Habermas (1981:393).

das de todo componente emocional que se neutraliza mediante el rito judicial-procedimental, que se desarrolla mediante el uso de un lenguaje codificado, de clasificaciones legales. En un buen número de supuestos, la decisión y su publicidad se convierten en instrumentos que refuerzan el carácter ejemplar de la sanción con la finalidad, por encima de los intereses particulares de los titulares del conflicto, de disuadir a potenciales infractores de cometer trasgresiones del orden público. La diferente funcionalidad entre el modelo de justicia penal y el modelo de mediación como alternativa se patentiza de forma evidente en las preconcepciones que de forma trasversal empapan la actuación de los agentes llamados a la gestión de cada uno de aquéllos. Para los profesionales del modelo de justicia procesal-penal los conceptos de violación del orden público, de derechos, de penas… determinan su actuación, mientras que para los que intervienen en el modelo de mediación priman, sobre todo, las categorías de sufrimiento, de reinserción, de reparación, de nuevas relaciones sociales. El procedimiento judicial tradicional focaliza sus objetivos en la identificación de los hechos típicos que alteran el orden público, que producen atentados a los bienes jurídicos, individuales o colectivos merecedores de protección, concibiéndose la reparación como una simple indemnización, como una consecuencia periférica, no tomando en cuenta la dimensión psicológica y social que dichas infracciones causan a la víctima y de forma más general a la propia sociedad.

La diferente lógica funcional se proyecta en que, a diferencia de la justicia penal, la mediación no tiene como objetivo primario la determinación de las responsabilidades ni la identificación de los tipos ni la graduación de la respuesta sancionatoria, sino la construcción de nuevas relaciones capaces de generar soluciones superadoras del conflicto. A diferencia de la justicia penal clásica, la mediación otorga a las partes el poder de gestionar su crisis, favoreciendo que la expresión directa de los sentimientos, el intercambio sobre las causas del conflicto intrapersonal y social permita, a la postre, fuera de estructuras formalizadas, la identificación de soluciones más equitativas.

La justicia restaurativa, para cuyo desarrollo la mediación constituye un instrumento fundamental, se presenta como una respuesta a la crisis de las finalidades tradicionales del *ius puniendi* del Estado, posibilitando el retorno de la víctima, mediante la atribución de un rol protagónico, al escenario penal.

La mediación, por tanto, se desarrolla sobre tres ejes: la deslegalización –la ley ocupa un papel menos central en el desenvolvimiento de un dispositivo que debe favorecer la negociación y la discusión–; la desjudicialización –la solución del conflicto no pasa necesariamente por la decisión de los órganos estatales de justicia centralizada–; la desjuridificación –el derecho, como sistema cerrado de normas, no determina de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio–[55].

55 Cartuyvels (2003:52 y ss.).

Como resume de forma muy sugerente Tamarit Sumalla, tomando en cuenta las aportaciones de Highton/Álvarez/Gregorio, las razones de la mediación serían[56]:

- El delito es una ruptura de las relaciones humanas antes que una infracción de ley.

- La realización del hecho delictivo crea una situación en la que se abre una serie de riesgos y de oportunidades para enmendar el estado de cosas que había podido favorecer el delito y para reparar las consecuencias del mismo.

- Una intervención reparadora debe abordar como prioridad la atención a la víctima primaria y, en segundo lugar, a las víctimas secundarias. Para el ofensor se abre la oportunidad de mejorar su intervención con la comunidad.

- La respuesta reparadora ante el delito tiene como principios la mínima coerción, la cooperación y el restablecimiento de las relaciones humanas.

- La justicia reparadora trata de establecer una estructura cooperativa que favorezca la asunción de responsabilidades.

- La participación de las personas interesadas en los procesos reparadores exige que se asegure estrictamente su libertad de intervención y el carácter voluntario en la producción de acuerdos.

- El proceso reparador exige una conducción tutelada y profesionalizada. Para ello resulta clave la figura del facilitador, alguien ajeno al hecho y a las partes que debe preparar con éstas el escenario del posible diálogo, explorar su capacidad y disponibilidad para tomar parte en él y adoptar estrategias que permitan una comunicación que pueda resultar satisfactoria para todas ellas.

- El acuerdo reparador que pone término a un proceso de mediación debe contener compromisos razonables y proporcionados, respetuosos, en todo caso, con la dignidad humana.

- Son necesarias estructuras de seguimiento y responsabilización que se sirvan, en la medida de lo posible, de la comunicación natural.

Los postulados de la mediación posibilitan identificar su filosofía fundacional, pero no permiten, sin embargo, institucionalizar un modelo unitario de desarrollo aplicable a cualquier país o sociedad con indiferencia del sistema social y político donde debe operar. Aquí reside una de las cuestiones de mayor relevancia. El modelo de la justicia restaurativa opera de for-

56 Tamarit Sumalla (2006).

ma diferente en función de la realidad donde se desarrolla, generando submodelos operativos diversos.

En este punto, cabe identificar notables diferencias entre el modelo restaurativo originario, de raíz anglosajona, y los modelos desarrollados en los países continentales europeos.

El factor diferencial más importante reside en el grado de interacción, de articulación, entre el modelo alternativo y el sistema de justicia penal. En los países anglosajones el modelo alternativo se nutre de concepciones comunitaristas en las que la intervención mediadora nace y se desarrolla en el seno de la sociedad civil en condiciones de una cuasi absoluta independencia del sistema institucionalizado de justicia. Mientras que en los países europeos, en particular Francia, Alemania e Italia, el sistema de mediación se desenvuelve a la sombra de aquél[57]. Se reconoce, en efecto, un grado de autonomía funcional, pero al mismo tiempo su desarrollo y, sobre todo, su eficacia se condiciona a mecanismos de articulación y de marcado control.

Ello pone de relieve, por un lado, el diferente papel que juega el Estado en cada una de las realidades políticas y, por otro, el diferente alcance que se otorga al proceso penal como cauce primario de intervención en los conflictos sociales graves. Mientras en el paradigma anglosajón el Estado se sitúa en una posición de observador que permite el libre desarrollo de las relaciones sociales, en los modelos europeos el Estado asume un tradicional rol de mediador providencial, catalizador de todos los mecanismos de control social. De igual modo, la estructura fuertemente acusatoria del proceso penal anglosajón contrasta con el cariz inquisitorial de los procesos penales en Europa, al menos en sus inicios, donde incluso se consagra constitucionalmente, como en el caso italiano, la obligatoriedad de la acción penal y se proscribe o se limita a una posición del todo apendicular o secundaria al principio de oportunidad.

El culto al principio de legalidad propio de los países europeos continentales frente a la praxis consensual y negociadora de los países anglosajones marca de forma muy sensible el desarrollo de los modelos de mediación, dificultando en los primeros fórmulas de acción comunitaria, muy activas, sin embargo, en el ámbito de los segundos.

Una aproximación realista al desarrollo de la mediación en Europa, y de forma particular en nuestro país, obliga a diseñar buenos mecanismos de articulación entre el proceso de mediación y el proceso judicial, partiendo de la necesidad de reconocer al primero un espacio de autonomía funcional, pero que al tiempo sea compatible con las exigencias de control y eficacia de los acuerdos restaurativos que se alcancen dentro del espacio reservado para el segundo.

57 Bonafé-Schmitt (2003:47).

El paradigma comunitarista que parte de la idea de que la criminalidad es sobre todo un problema de la comunidad que debe ser regulado en su interior, choca en los sistemas europeos continentales, y en particular en el nuestro, con la ausencia de un tejido social independizado de la acción pública para la gestión de conflictos graves y la falta de conciencia comunitarista que posibilite trasladar al seno de la sociedad la grave responsabilidad de hacer efectiva, por un lado, la reparación y, por otro, la reinserción del infractor.

El modelo de mediación retenida que caracteriza a las regulaciones europeas constituye una vía, tal vez, no alternativa en un sentido fuerte a la justicia penal estatalizada de corte retribucionista. Pero ello, a nuestro parecer, no permite negar su intrínseco valor como un mecanismo transformador del sistema de justicia, mediante el que pueden obtenerse objetivos de mejora de la respuesta al conflicto y de redistribución dignificadora de los roles de las partes.

De alguna manera, el desarrollo de la justicia restaurativa en Europa, debido a los déficit culturales-ideológicos de los que adolece, debe someterse a un método de retroalimentación. Su introducción a la sombra del sistema tradicional de justicia constituye un paso necesario, por indispensable, que no supone cerrar el círculo de su expansión ni las posibilidades futuras de aproximación a prácticas más comunitaristas y, por tanto, menos estatalizadas.

Pero, como apuntábamos, en estos momentos incipientes el pragmatismo en la regulación del modelo de mediación en el ámbito penal constituye la mejor garantía para su adecuado progreso.

En todo caso, la aparición de nuevas fuentes de conflictos sociales muy vinculados a una organización social cada vez más marcada por elementos culturales de corte comunitarista, al modo anglosajón, en el seno de las sociedades europeas continentales (conflictos en barrios –*les banlieues* franceses–, los grupos de jóvenes organizados bajo esquemas grupales por razón del origen migratorio, las disputas interculturales en el seno de las escuelas) sugieren intervenciones muy diferentes a las hasta ahora desarrolladas por los Estados, muchas veces limitadas a una respuesta penal generalizante de corte represivo. Los Estados deben asumir la alta responsabilidad de permitir la entrada en juego de nuevas soluciones, algunas próximas a la noción de la *community mediation* y la creación de servicios de mediación intercultural que no tengan que pasar, de forma necesaria, por la estrecha e inútil puerta del proceso penal. Pero para ello no sólo bastan soluciones de tipo normativo. Se hace imprescindible la apertura de un debate social horizontal al que estén llamados a participar todos los agentes sociales implicados. Nuestro país se enfrenta a la realidad multicultural con una evidente desventaja, como es la ausencia de un modelo de gestión de los conflictos y de bases conceptuales de análisis, pero ello, paradójicamente, ofrece también una ventaja, y es la posibilidad de búsqueda de vías de gestión novedosas que no arrastren preconcepciones sobre la organización social.

Con ello no pretendemos propugnar como única solución frente a los nuevos conflictos los modelos comunitaristas, sino apuntar la necesidad de tomarlos en cuenta y valorar algunas de las soluciones que operan con éxito en las sociedades donde se aplican.

La mediación comunitaria, con todas las implicaciones transformadoras y emancipadoras que conlleva, no es en estos momentos una vía realista para la gestión de los conflictos penales que se suscitan en contextos de interculturalidad, pero ello no debe suponer su definitiva exclusión al rincón de los trastos inútiles.

9. Las contrarrazones de la mediación penal

Para el análisis de un modelo de regulación de conflictos como la mediación no debe prescindirse, como contrapunto dialéctico, de las razones que se le oponen. Algunas de ellas cuestionan los presupuestos ideológicos, pero otras nacen desde posiciones de franca defensa del modelo restaurativo, aunque advirtiendo de los riesgos de su inadecuado desarrollo institucional[58]. Unas y otras son importantes para poder valorar mejor los costes y beneficios del modelo, y todas ellas deben ser escuchadas por un legislador que no puede seguir de forma indefinida mirando a otro lado, permitiendo que la mediación penal siga transitando por territorios de absoluta incerteza.

Una crítica fuerte a la *restaurative justice* se basa en el riesgo de ocultación de los conflictos sociales que puede decantarse de la ideología de la armonía que sustenta dicho modelo de gestión. Muy influenciados por las tesis de Michael Foucault[59], los críticos sostienen (Finnemann, Abel, Pavlich) que mediante la mediación sólo se pretenden abordar los efectos o manifestaciones del conflicto, pero no las causas. La contraposición del proceso judicial como un espacio de alienación, de hostilidad y de costes excesivos frente al proceso de mediación como espacio de reforzamiento de las responsabilidades cívicas y comunitarias, trasforma los conflictos desde una lucha por los valores e intereses a un problema de comunicación. En una palabra, los conflictos sobre los hechos y los derechos se trasforman en diferencias relacionales y emocionales.

La ideología de la armonía partiría de la presunción de que todas las personas comparten los mismos valores y objetivos, buscando la solución mediante la autoculpabilización y la necesidad de modificar los concretos modos de vida sin recabar sobre las necesidades de reformas estructurales y sociales. Pavlich[60] pone como ejemplo las relaciones conflictivas entre vecinos. La mediación busca el canon de convivencia armónica, soslayando, por ejemplo, los factores propiciatorios estructurales del conflicto que pueden concurrir, como pueden ser los modelos de urbanización y de construcción de viviendas que prescinden por criterios puramente económicos de medidas que garanticen el aislamiento acústico o visual. El componente restaurativo, para esta corriente crítica, no tendría como

58 Un excelente resumen cabe encontrarlo en el trabajo de Larrauri (2004).
59 Foucault (1999).
60 Pavlich (2000).

objetivo la reforma social, sino restaurar el orden establecido, resituando a las partes en su posición original, perpetuando las normas y valores de un orden dominante.

Otra interesante crítica centra su objetivo en los efectos indeseables que sobre la estructura del proceso penal puede generar una hipertrófica ideología reparadora de la víctima (movimientos de reacción social) como fundamento exclusivo del modelo de mediación. Las formulaciones extremas por las que se reivindica un rol protagónico y central de la víctima en el sistema de justicia penal pueden comprometer los fines sociales que deben caracterizar un modelo de gestión de los conflictos penales estimulando el individualismo, la multiplicación de expectativas de derecho al resarcimiento –el fenómeno de la legal explosión que describe Friedmann–, el crecimiento del sentimiento subjetivo de inseguridad y el aumento del número de víctimas no indemnizadas.

Tal componente inflacionario del conflicto, al no poder ser asumido por los mecanismos de mediación, puede estimular, de forma paradójica, una revalorización del proceso penal clásico con una consiguiente demanda de endurecimiento de la respuesta penal como único factor compensatorio. El riesgo de lo que se ha denominado integrismo victimario[61] puede arrastrar una desnaturalización del proceso como respuesta garantizadora de los derechos de los presuntos infractores.

Otros argumentos críticos hacen referencia a la instrumentalización de la víctima para la obtención de fines descomprensivos del modelo tradicional de justicia, siendo obligada a exponerse a un escenario como el de la mediación que comporta, por el contacto directo con el victimario, altos riesgos de victimización, mediante la reproducción de situaciones de dominación, sin las garantías victimológicas fuertes que ofrece el modelo de justicia penal. El sometimiento del componente emocional a las fórmulas rituales que caracterizan al modelo clásico se compensa por la protección que se ofrece a la víctima, que no se ve obligada, por tanto, a exponerse a una regresión en su proceso de recuperación postraumática[62].

También se ha opuesto al componente reparatorio de la mediación la posible vulneración del principio de igualdad y el efecto perverso de privatización del conflicto penal. La renuncia a la acción penal o a la sanción por el simple dato de la reparación del daño causado puede suponer, primero, que aquéllos que no dispongan de medios económicos no puedan beneficiarse del modelo alternativo y, segundo, que no se satisfagan los fines es-

61 Cartuyvels (2003:70).

62 Dicha razón parece que ha determinado la opción legislativa contenida en la Ley 1/2004, de Protección integral contra la violencia de género, por la que se prohíbe la mediación en delitos de violencia contra las mujeres, siguiendo en este punto la regulación luxemburguesa contenida en la Ley de 8 de septiembre de 2003, de violence domestique, la cual, sin embargo, ha levantado severas críticas tanto en el Consejo de Estado como en la autoridades judiciales de aquel país, señalando que una exclusión sistemática de la mediación en estos casos puede convertirse en una medida demasiado severa, sin que una política criminal de fuerte cariz retribucionista pueda siempre identificarse como beneficiosa para la víctima.

pecíficos e irrenunciables a los que debe tender todo sistema penal, como son el de desaliento de conductas delictivas futuras por el infractor y el de prevención general de los comportamientos delictivos[63].

De alcance más pragmático se han formulado críticas que ponen el acento en la eficacia limitada del modelo de mediación y su aplicabilidad sólo a delitos bagatela, lo que puede resultar incluso contraproducente, pues la asunción de la responsabilidad y la reparación en estos casos, al no comportar consecuencias que impliquen un excesivo esfuerzo o sacrificio, puede banalizar el modelo, vaciando su sentido profundo como método restaurativo de la dignidad tanto del infractor como de la víctima[64].

La relevancia dialéctica de algunas de estas críticas resulta evidente. Y obliga a activar las alarmas. Desde luego, una orientación exclusivamente reparadora, bajo criterios cuantitativos, del modelo de mediación puede comprometer su razón de ser. La mediación no debe renunciar, desde luego, a procurar la reparación económica de la víctima, pero tampoco puede renunciar a posibilitar objetivos restaurativos de las propias causas del conflicto, de las condiciones sociales o personales del infractor o de los concretos objetivos que mueven a la víctima a participar de forma voluntaria en el proceso. Un modelo o un desarrollo del modelo de mediación economicista puede favorecer, por un lado, la hiperinflación y consiguiente crisis por ineficacia y, por otro, lo que es aún más grave, reducir las estrategias de mediación a simples fórmulas conciliatorias que busquen la descompresión del sistema tradicional de justicia, reservadas a infractores y víctimas con un nivel adecuado de recursos económicos y sociales, orillando toda finalidad de prevalecimiento de los fines del derecho y de restañar el conflicto en su perspectiva social y psico-individual.

63 Silva Sánchez (1997:183 y ss.).

64 Tamarit Sumalla (2006), donde el autor recoge la crítica, al tiempo que introduce agudas consideraciones sobre la potencial utilización de técnicas de mediación en delitos de especial gravedad, aun cuando advierte de las precauciones metodológicas que deberían activarse, siguiendo las conclusiones derivadas de los trabajos de campo de Umbreit/Vos/Coates/Brown (2003). Entre aquéllas: la iniciación del proceso desde la víctima, la conducción del proceso por un mediador con larga experiencia y con un apoyo adecuado, un proceso largo de preparación (un mínimo de seis meses), un estudio escrupuloso de las condiciones de la víctima antes de valorar la oportunidad de un encuentro cara a cara y una involucración en el proceso de los profesionales de los servicios de atención a las víctimas, del personal penitenciario y de personas familiarizadas con procesos de diálogo reparador en supuestos graves.

10. La mediación como proceso: exigencias prescriptivas y comunicacionales

Aun cuando los fundamentos ideológicos del modelo de justicia restaurativa permiten presentarlo como una respuesta alternativa a la justicia estatalizada, que somete al conflicto a reglas prefijadas de solución marcadas por el rigor y la estandarización, ello no supone que el proceso de mediación deba desarrollarse prescindiendo de determinadas exigencias de tipo ritual o procedimental en un sentido amplio. Toda forma de justicia, todo modelo de gestión de conflictos, reclama el respeto a un cierto grado de formalismo por razones estrictamente funcionales. Las partes del conflicto deben percibir que el mecanismo reúne notas distintivas respecto a la mera conciliación o de la solución intraindividual por la vía del acuerdo. Los partícipes deben identificar el componente heterointegrativo. Y ello con la finalidad esencial de poder valorar, precisamente, el componente alternativo a la judicialización en términos de costes y beneficios.

La confianza de los partícipes en la eficacia reparadora/restaurativa/comunicacional del proceso de mediación constituye una precondición esencial del éxito perseguido y, para ello, no cabe cuestionar la necesidad de determinados niveles de institucionalización que permitan identificar que el riesgo, la incerteza que genera el mecanismo alternativo, ha merecido la pena. La ritualidad no debe entenderse como una reproducción del esquema jerarquizado y procedimental del modelo de justicia, sino como un instrumento al servicio, por un lado, de la comunicación y, por otro, de la obtención de los fines. Sin rito ni el proceso mediador puede desarrollarse ni los intervinientes pueden reconocer en el instrumento las notas que deben caracterizarlo como un verdadero mecanismo de solución del conflicto que puede desplazar, incluso, al siempre acechante interés del Estado en ejercitar el *ius puniendi.*

En este sentido, el preámbulo del texto *Basic Principles on the use of restaurative justice programmes in criminal matters,* aprobado en 2002 por la *Commission on Crime Prevention and Criminal Justice* de las Naciones Unidas, contiene una no matizada llamada a que en los programas de justicia restaurativa que se diseñen por cada uno de los Estados deba garantizarse de forma suficiente estándares del "justo proceso" que asisten al presunto autor del hecho delictivo y a la víctima, lo que también contempla, en esencia, el artículo 8 de la Recomendación R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, cuando se refiere a la necesidad de salvaguarda de los principios fundamentales del proceso en los modelos de mediación. Los principios que hay que salvaguardar se exponen en los apartados siguientes.

10.1 La "igualdad de armas" como igualdad moral

Dentro del catálogo de garantías debe destacarse, en primer término, aquélla que atañe al principio de igualdad de armas. Su traducción operativa en el proceso de mediación desde su tradicional rol en el proceso penal supone la necesidad de salvaguardar, como se refiere en el parágrafo 15 de los *Basic Principles,* que las disparidades de partida entre las partes, susceptibles de producir desequilibrios, así como las diferencias culturales, sean tomadas en consideración tanto en la decisión de envío o derivación del conflicto hacia el proceso de mediación como en la forma de conducir o dirigir por los mediadores dicho proceso. Dicha exigencia resulta, a nuestro parecer, básica. La esencia del proceso restaurativo radica en su dimensión comunicacional. En la apuesta por las palabras en lugar de por las fórmulas de alegación formalizadas que caracterizan al proceso penal clásico. Pero es evidente que dicho espacio comunicacional reclama exigentes condiciones de desarrollo. Una de ellas es la necesidad de que las partes sean entendidas en sus sufrimientos o en la reivindicación de sus derechos. El mediador asume la alta responsabilidad de permitir satisfacer dicha necesidad. Para ello, además de una indispensable actitud de escucha activa, debe realizar una continua labor de reformulación y, en ocasiones, de traducción tendente a calificar los propósitos a veces explícitos, otras veces implícitos, de las partes, a resumir y delimitar los elementos de hecho que sirven de base al proceso de intercambio, a precisar las posiciones de las partes sobre cada uno de los puntos en conflicto, a identificar sus necesidades y sus prioridades en la búsqueda de una eventual solución.

El proceso comunicacional igualitario debe tomar muy en cuenta los factores de lenguaje, los niveles de competencia lingüística de cada uno de los intervinientes, evitando que el proceso de mediación se convierta en una nueva etapa del conflicto. Ello, desde luego, sin desconocer o despreciar los deseos de venganza o de represalia por parte de la persona ofendida que pueden marcar el inicio del proceso. La clave radica en metabolizar los elementos emocionales que actúan de forma inevitable como preconcepciones sobre el otro y de lo que el otro debe hacer para reparar el mal causado.

Las condiciones comunicacionales igualitarias deben permitir descubrirse, reconocerse, a las partes como iguales morales, en la expresiva fórmula dworkiniana. Para ello el respeto, la consideración en el tratamiento, la escucha, una cierta distancia escénica son condiciones indispensables. Además, el mediador debe procurar la confianza entre las partes que permita analizar todos los aspectos que cada uno de los intervinientes considera que aparecen relacionados con el conflicto.

Lo anterior no supone que el proceso comunicacional se limite a un intercambio aséptico de información entre los partícipes sobre las razones del comportamiento dañoso, las consecuencias de éste y las posibilidades de reparación. En no pocas ocasiones, la eficacia restaurativa del proceso de mediación radicará, precisamente, en la intensidad de la dinámica emocional. En el favorecimiento de que el agresor pueda enfrentarse emocio-

nalmente al daño causado, sintiendo compasión hacia la víctima, lo que sólo podrá producirse cuando ésta sienta, a su vez, respeto hacia el victimario.

Las condiciones "igualitarias" pueden permitir que el causante del daño pueda trasformar su sentimiento de vergüenza desintegradora o autodestructiva por una vergüenza restauradora, entendida como remordimiento por lo realizado, pero que gracias al respeto comunicacional que le profiere la víctima le sirve, a su vez, como mecanismo de reintegración social. La autohumillación derivada del reconocimiento de la culpa y del pedir perdón compensa la humillación a la que fue sometida la víctima, abriendo la vía a los fundamentos de una solución que restaure intrasubjetiva y comunitariamente el conflicto[65].

10.2 La imparcialidad del mediador

Es evidente la necesidad de asegurar que el mediador se sitúe como tercero (parágrafo 18 *Basic Principles*) respecto al conflicto, pero dicha *terzietá* no se corresponde ni debe corresponderse con la imparcialidad con la que debe actuar el juez en el proceso por delito. Éste debe aparecer, y comportarse, como un agente neutral y equidistante de las partes (*nec ultrum,* ni con uno ni con otro), mientras que el mediador, si bien debe situarse como tercero al conflicto que gestiona, debe aparecer, a la vez, equipróximo a las partes (con uno y con otro)[66]. La imparcialidad del mediador se convierte, por tanto, en un mecanismo de obtención de las condiciones comunicativas necesarias, la situación ideal para la palabra, a la que se refiere Habermas. Imparcialidad y gestión cercana del conflicto son dos caras de una misma moneda, actuando como precondición ritual y como instrumento de desarrollo.

10.3 Independencia entre los mediadores y la autoridad judicial que realiza el envío o propicia la apertura del proceso de mediación

Lo anterior coliga con uno de los puntos más importantes y de difícil solución, el nivel de independencia exigible a los mediadores en los modelos de mediación en los que ésta debe articularse de forma necesaria con el proceso judicial penal. En efecto, frente a modelos de tipo comunitarista, la mediación penal en este lado del Atlántico se inserta como un espacio paraprocesal, pero dentro del sistema de justicia, a la sombra de los tribunales.

65 Esquinas Valverde (2006).
66 Di Chiara (2004:501 y ss.).

La independencia, por tanto, no equivale a inexistencia de lazos o ausencia de niveles de control. Lejos de ello, el modelo que se decanta de la Recomendación nº R (99) 19 del Consejo de Europa sugiere la oportunidad de que la autoridad judicial actúe como un verdadero *gatekeeper* que controle no sólo los efectos del reenvío del resultado del proceso de mediación, sino también que las condiciones procedimentales de su desarrollo no colisionen de forma incompatible con valores constitucionales. No obstante, el control debe ser externo al proceso de mediación. Un exceso de intervención por parte de las autoridades judiciales de envío, o destinatarias del reenvío, del mecanismo de mediación o del resultado alcanzado introduciría un alto riesgo de "neutralizar" el espacio comunicacional, frustrando las finalidades restaurativas que se pretenden. Las partes del proceso de mediación no pueden percibir que éste constituye una suerte de *longa manu* del proceso judicial y que los mediadores son simples agentes comisionados del juez. El proceso de mediación, sin perjuicio de los mecanismos de articulación con el proceso penal-judicial en curso, debe desarrollarse en condiciones de gran autonomía. Articulación y control no significan confusión de funciones ni dependencia orgánica. De ahí la importancia de la autonomía funcional de los servicios de mediación y que los mecanismos de articulación mediante las fórmulas de envío y reenvío eviten trasladar una imagen del proceso de mediación como espacio apendicular del proceso penal con el que comparte fines e intereses. La actividad de mediación debe ocupar un claro espacio paraprocesal en el que el equipo de mediación se sitúe en una posición marcadamente diferenciada del juez y del Ministerio Fiscal. Para ello parece muy conveniente que el lugar donde deba desarrollarse el proceso de mediación se sitúe fuera del espacio físico donde se encuentren los órganos de la justicia penal, y que los servicios de mediación no se organicen como órganos objetivamente dependientes de la jurisdicción.

10.4 El derecho de las partes a la información

La libre decisión de las partes a participar en un proceso de mediación constituye la sustancia, el principio base, la regla de oro, sin la cual no puede pensarse ni diseñarse un programa restaurativo. La importancia fundacional del derecho a la información se refleja tanto en los *Basic Principles* de la ONU como en la Recomendación (99) del Consejo de Europa.

El consentimiento, la libre adhesión, reclama como precondiciones la competencia para prestarlo y la información de por qué y para qué se presta. Dicha información, como todas las que puedan o deban producirse en el seno de un proceso penal, debe procurar ajustarse a la competencia técnica y lingüística de sus destinatarios y debe extenderse tanto a los derechos de los que se es titular como a las obligaciones que pueden derivarse del proceso de mediación. En todo caso, en dicha información debe procurar trasladarse también no sólo los costes y beneficios del proceso, tanto desde la perspectiva de la persona responsable del daño como de la víctima, sino también las razones del proceso, "la filosofía pública" que lo inspira y las condiciones rituales de desarrollo. La información debe actuali-

zarse a lo largo del todo el proceso judicial, pues en cada fase debería garantizarse la entrada en juego del mecanismo de mediación cuyos objetivos restaurativos vendrán, en lógica consecuencia, determinados por el grado de desarrollo alcanzado en el proceso judicial con el que debe articularse.

10.5 El derecho de las partes a la defensa técnica

La necesidad de que los procesos de mediación incorporen determinados niveles de adecuación a las exigencias derivadas del proceso justo sitúa la cuestión de la asistencia letrada en un primer plano de importancia y de dificultad de articulación. Si el sentido y la función del proceso de mediación es propiciar un espacio comunicacional a las partes del conflicto en el que pueda gestionarse las emociones de forma racional, favoreciendo la búsqueda compartida y personal de un proyecto restaurativo, puede parecer poco apropiada la presencia de abogados en dicho espacio.

No obstante, las fuentes supranacionales más significativas, los *Basic Principles* y la Recomendación (99) nº 19 (parágrafos 13 y 8, respectivamente), previenen el derecho a la asistencia legal en el curso del procedimiento de mediación como garantía específica. En todo caso, la compatibilidad de dicha asistencia con las singularidades comunicacionales del proceso restaurativo reclama establecer momentos de intervención que permitan preservar espacios en los que sólo estén presentes las partes materiales del conflicto y los mediadores. Un desarrollo del proceso de mediación en condiciones de defensa técnica desigualitaria puede generar un inevitable sentimiento de sospecha para la parte, víctima o infractor, que no participa asistida de abogado. Por otro lado, una intervención excesiva de los abogados en el desarrollo del proceso de mediación puede comportar una fuerte tecnificación y una reproducción de ritos, roles y prejuicios propios del proceso penal ordinario.

De ahí la conveniencia de establecer momentos de intervención. Uno puede ser, sin duda, el de envío a la instancia mediadora, donde el abogado puede coadyuvar a que la información trasmitida sea la adecuada a las partes. Otro, el relativo a la formalización, en su caso, de acuerdos restaurativos o reparadores, permitiendo un control endoprocedimental de su compatibilidad con los límites del proceso de mediación, con el valor de la dignidad y con las reglas de articulación con el proceso penal en curso. De igual modo, en acuerdos de contenido económico, la presencia de los abogados de las partes puede también servir para matizar o formular de manera técnicamente adecuada el alcance del acuerdo y las condiciones de cumplimiento.

En todo caso, la presencia de abogados en el proceso de mediación no debe privar ni a las partes del conflicto ni a los mediadores de su sustancial y personal protagonismo en aquél. Para ello, resulta esencial que los abogados que participen en el proceso compartan un cierto grado de compromiso ideológico con las razones del proceso y las finalidades res-

taurativas. En un modelo de mediación como servicio público, la formación de los abogados en esta materia debe constituir un objetivo prioritario de las corporaciones profesionales, previendo, además, la creación de turnos de asistencia de oficio especializados en procesos de mediación.

10.6 La necesidad de un marco objetivo para el desarrollo del proceso de mediación convenido por las partes: el reconocimiento de los hechos básicos *(basic facts)*

La cuestión se presenta extremadamente delicada. Es obvio que el consentimiento para la participación en el proceso de mediación debe hacerse tomando en cuenta una realidad fáctica que delimite su desarrollo. Uno de los primeros objetivos del proceso comunicacional que se abra pasa, precisamente, por la fijación de unos hechos base que permitan identificar los roles de cada uno de los intervinientes y las pretensiones restaurativas que puedan manifestar. La verdad histórica no resulta indiferente para el proceso de mediación. La reconstrucción consensuada de dicha realidad constituye, en un buen número de casos, el primer objetivo y la primera consecuencia restaurativa tanto en términos emocionales-individuales como sociales. El mediador, por tanto, debe poder intervenir con la certeza sustancial de que el hecho generador del conflicto existe y que el autor se ha declarado, virtualmente, responsable porque sólo con estas condiciones puede desarrollar su labor de construcción de un espacio de consenso en el encuentro de las partes.

Ahora bien, la fijación de los hechos base debe realizarse en condiciones de absoluta impermeabilización, de tal modo que se excluya, desde el primer momento, su traspaso o acceso colateral o directo al proceso judicial.

Ello constituye una de las piezas basilares del modelo alternativo. La creación de condiciones comunicativas pasa por la generación de un clima de confianza no sólo entre las partes, sino entre éstas y los mediadores. Las partes, en particular el causante del daño, deben confiar en que la información que trasmitan sobre los hechos o su propia aceptación de responsabilidad no pueden salir del ámbito de la mediación, y que su derecho fundamental a la no autoincriminación en el ámbito del proceso penal será respetado. Los mediadores, por tanto, deben actuar bajo cláusula de estricta confidencialidad que deber ser respetada por todos los poderes implicados en el proceso penal. El parágrafo 32 de la Recomendación (99) nº 19 establece que el mediador no debe revelar los contenidos de los encuentros ni expresar ningún juicio sobre el comportamiento de las partes durante el proceso de mediación seguido. De ahí que la comunicación que se dirija a la autoridad judicial dando cuenta del resultado del proceso deba limitarse a precisar de forma muy sintética el acuerdo alcanzado o la imposibilidad de alcanzarlo. Debe evitarse de la forma más eficaz posible todo influjo cognitivo en el juez de los contenidos elaborados o adquiridos en el curso de la práctica mediadora. Para ello han de prevenirse rígidas reglas de inutilizabilidad de la información derivada

del proceso de mediación que pueda acceder al proceso judicial o de atribución de valor indiciario de culpabilidad al simple dato de la participación del acusado en el proceso de mediación [parágrafo 14 Recomendación (99) nº 19; parágrafo 8 *Basic Principles*]. La única excepción a las reglas de inutilizabilidad procesal de los datos obtenidos en el curso de la actividad de mediación debe ser el expreso consentimiento de las partes intervinientes[67].

10.7 La necesidad de desarrollo en un plazo razonable

La duración razonable de ambos procesos, el judicial y el de mediación, constituye una garantía básica tanto de la persona que aparece como presunta responsable como de la presunta víctima.

Ahora bien, no cabe negar un diferente sentido de la temporalidad en uno u otro espacio. En efecto, el contenido esencial de la mediación como un proceso comunicacional obliga a reelaborar el valor del elemento temporal respecto a cómo opera en el curso de un proceso judicial. En éste, el elemento temporal aparece íntimamente vinculado al desarrollo de las diferentes fases del procedimiento. Aquél se concibe de forma lineal e instrumental. La acción judicial se estructura alrededor de una lógica racional-legal en la que ocupa un puesto destacado el tiempo de producción de los diferentes actos que la integran. El incumplimiento de los plazos puede provocar, incluso, la extinción de la acción o, en todo caso, pérdida de expectativas de alegación y defensa.

De contrario, en el proceso de mediación, el tiempo aparece como condición de la comunicación, por lo que se convierte en un instrumento dúctil, que las partes pueden, en buena medida, gestionar de forma autónoma. Los plazos del proceso de mediación no preexisten, sino que se pactan por los propios intervinientes. El mediador, no obstante, debe dinamizar el desarrollo de las sesiones, procurando que el tiempo no se convierta, tampoco, en un impedimento para alcanzar acuerdos restaurativos. En todo caso, por las propias características de la actividad mediadora la aparición de factores no previstos, como reacciones emocionales agudas o graves, puede hacer modificar los tiempos pactados del proceso, ajustándolos a las nuevas circunstancias y exigencias comunicacionales.

Ahora bien, lo anterior no excluye la necesidad de que los plazos del proceso de mediación deban articularse con las exigencias de que el proceso judicial se desarrolle en un tiempo razonable. La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (99) nº 19, previene, en su parágrafo 16, que la decisión por la que se remite un asunto penal al procedimiento de mediación deberá contener una referencia sobre el plazo que

67 Desde una posición muy crítica respecto a la compatibilidad de la mediación y las garantías fundamentales del proceso penal, Ubertis (2005:1320 y ss.).

se considera razonable para su desarrollo, debiendo informar los mediadores de las incidencias que se produzcan que impidan o dificulten su terminación en dicho término. El plazo señalado en la decisión judicial de envío no puede interpretarse preclusivo, en su sentido procesal ordinario. El control judicial mediato sobre el desarrollo del proceso de mediación puede justificar que, en efecto, en un supuesto de prolongación excesiva el juez ordene su clausura y la consiguiente reactivación del proceso judicial, pero, en todo caso, deberá identificarse una ausencia notable de razones que justifiquen la demora, un riesgo de que la acción penal pueda extinguirse por prescripción o un pronóstico cierto de que la continuación del proceso de mediación no comportará la obtención de acuerdos razonables.

10.8 La eficacia vinculatoria de los acuerdos alcanzados en el proceso de mediación

Uno de los elementos esenciales que permite atribuir al proceso de mediación el valor de verdadera alternativa, aun de forma articulada, al proceso penal judicial reside en el reconocimiento de efectos a los acuerdos que elaboren las partes del conflicto. Tanto la Recomendación (99) nº 19 como los *Basic Principles* hacen expresa referencia a tal cuestión, a la que le otorgan el estatuto de verdadero principio configurador, reconociendo expresamente su íntima relación con el principio de *non bis in idem* en su dimensión tanto procesal como sustantiva.

Cuando se adopten decisiones de transposición de acuerdos de mediación, aquéllas tendrán el mismo valor que cualquier otra decisión judicial –vinculación, obligatoriedad, firmeza, ejecutoriedad–. Si éstas implican la no persecución de las infracciones penales que dieron origen al proceso, la consecuencia procesal debe ser la de la imposibilidad futura de persecución. Si la consecuencia supone una reducción de pena, también debe reconocerse a la decisión eficacia definitiva. Si el acuerdo restaurativo implica una decisión de no necesidad de ejecución de la pena o de suspensión de la pena, impuesta en sentencia firme, puede, como instrumento al servicio de la propia eficacia del acuerdo, establecerse condiciones temporales que patenticen la seria voluntad de cumplimiento por las partes, sobre todo, de la persona cuya responsabilidad penal fue declarada en sentencia.

11. La articulación del modelo de mediación en el sistema de justicia penal

Como apuntábamos con anterioridad, el éxito del modelo de mediación como mecanismo de solución de conflictos no reside en su absoluta alternatividad o independencia del proceso penal-judicial, sino en su razonable integración en el sistema de justicia para favorecer fines restaurativos, reparatorios o no. Fines que le dotan de valor como mecanismo de mejora del sistema general de gestión de los conflictos penales. La articulación reclama atender tanto a instrumentos sustantivos como procesales que posibiliten, por un lado, su funcionamiento como espacio paraprocesal autónomo[68] y, por otro, que permitan revertir sus efectos al proceso judicial de forma compatible con las garantías fundamentales.

España se sitúa en la cola de los países de su entorno en el diseño de mecanismos institucionales de articulación[69]. Es más, la situación cabe definirla de una cuasi anomia que ha generado prácticas inestables, por difusas y poco sistemáticas, que dependen, en la gran mayoría de casos, del impulso y la sensibilización sobre la materia de los operadores jurídicos que conocen del caso concreto.

La situación resulta injustificable si atendemos a los compromisos asumidos por nuestro país que traen origen de normas comunitarias de imperativa transposición[70]. La indolente omisión del legislador nacional no ha impedido que, como apuntábamos, de forma fraccionada se hayan realizado esfuerzos de implantación de modelos operativos de me-

68 Vid. Conclusiones del Seminario sobre Mediación Penal organizado, dentro del Plan de Formación Continuada, por el Consejo General del Poder Judicial, en Madrid, los días uno a tres de junio de 2005.

69 A la anterior afirmación cabe oponer una excepción. La regulación contenida en la LO 5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores, ha incorporado valiosos instrumentos que han permitido un notable desarrollo de fórmulas de mediación, sobre todo el juego para determinadas infracciones no violentas del principio de oportunidad

70 Vid. Decisión Marco (2001/220/JAI) del Consejo de Ministros de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, sobre el Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, que previene en su artículo 10 que "1. Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medidas. 2. Los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la medida en las causas penales", estableciendo en su artículo 17 una obligación para los Estados, antes del 22 de marzo de 2006, de puesta en vigor de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que resulten necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en el referido artículo 10.

diación en el ámbito penal donde aquélla resulta posible aprovechando resquicios normativos.

11.1 El marco actual de la mediación penal en España: la necesidad de identificar espacios operativos

En relación con la promoción de servicios de mediación, encontramos una única referencia indirecta en la legislación estatal, en la Ley 35/1995, de asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, donde se previene, en su artículo 16, la posibilidad de que por parte del Ministerio de Justicia, en coordinación o mediante convenios de colaboración con las comunidades autónomas y ayuntamientos, puedan implantarse oficinas públicas de asistencia a las víctimas en cuyo seno se han desarrollado algunos servicios públicos de mediación. Ello ha permitido experiencias singulares como las desarrolladas en Catalunya, impulsada por la Direcció General de Mesures Alternatives i Justicia Juvenil, y en la Comunidad de Madrid, mediante la firma de un convenio de colaboración por parte del Consejo General del Poder Judicial, la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos y la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid[71].

El marco y contenido de actuación posible viene determinado, en la actualidad, atendiendo a dos variables: la primera, el tipo de infracción que genera el conflicto y, la segunda, el momento procesal en el que se produce la intervención.

Ambas variables presentan un alto grado de interacción en cuanto nuestro proceso, una vez iniciado, satisfechas las condiciones de procedibilidad, ofrece escasísimos mecanismos de terminación previa al acto del juicio. Por ello distinguiremos la mediación penal en el espacio preprocesal o procesal, pero condicionado a la producción de la condición de activación, y la mediación penal en el espacio procesal, distinguiendo, a su vez, los particulares niveles de articulación en las diferentes fases del proceso, la previa y preparatoria del juicio oral, la de juicio oral y la de ejecución de sentencia.

- **La mediación preprocesal o en el proceso claudicante por falta de condición de procedibilidad**

En el espacio preprocesal la mediación en puridad se sitúa extramuros al sistema penal. La obtención de un eventual acuerdo restaurativo provocará como efecto principal la

71 Debe destacarse como resultado tangible de la experiencia madrileña la elaboración de un interesante protocolo de actuación, redactado por el magistrado Ramón Sáez, los fiscales Justino Zapatero, Teresa Olavarría, Carmen de la Fuente, María Jesús Raimunda, los abogados Esther Pascual y Alfonso Bibiano y el profesor de Derecho penal Julián Ríos. En Barcelona debe destacarse el impulso de la magistrada Rosa Freire.

evitación de la apertura del proceso en sentido estricto. Su eficacia queda constreñida al conjunto de infracciones para cuya persecución resulta necesaria la denuncia de la parte agraviada o perjudicada por el delito[72]. Esta categoría de infracciones ha sido reducida en las diferentes reformas penales a las faltas de amenazas, coacciones, injurias leves, vejaciones injustas, lesiones por imprudencia; delitos de injurias y calumnias entre particulares; delitos relativos a prácticas inconsentidas de reproducción asistida en una mujer; delitos contra la libertad sexual[73]; descubrimiento y revelación de secretos; delito de abandono de familia; delito de daños por imprudencia grave; delitos relativos al mercado y a los consumidores contenidos en la Sección Tercera del capítulo XI del Código Penal; y delitos societarios.

En estos supuestos los acuerdos restaurativos que se alcancen no acceden al proceso penal[74] y, por tanto, tampoco a una decisión judicial, por lo que carecerán de eficacia oponible o ejecutiva, sin perjuicio de fórmulas civiles de reclamación de lo convenido, siempre que se limiten a fórmulas reparadoras de carácter patrimonial. Ello no significa, sin embargo, que el proceso de mediación en estos casos no satisfaga fines específicos que permitan a las partes obtener objetivos restaurativos de tipo simbólico, como una explicación del porqué de la acción dañosa o el ofrecimiento por el agresor de disculpas a la víctima.

Cabe una mención especial a los supuestos en los que se ordena la incoación de un procedimiento penal, aun cuando la *notitia criminis* procede de una fuente diferente a la de la persona agraviada. Particularmente en los delitos contra la libertad sexual es frecuente que por el órgano judicial receptor de la *notitia* se ordenen medidas "a prevención" de protección a la víctima al amparo del artículo 13 LECrim hasta que se produzca la condición subjetiva de procedibilidad. Dicho grado de jurisdiccionalidad limitada o condicionada no debe impedir, a nuestro parecer, que valoradas las circunstancias del caso, el juez de instrucción pueda activar mecanismos de mediación que contemplen como un contenido posible del acuerdo, precisamente, la manifestación negativa de la víctima a denunciar los hechos, lo que determinará que el juez de instrucción ordene el archivo del proceso por ausencia de condición de prosecución.

---

72 Dentro de este grupo de infracciones cabe distinguir, no obstante, aquéllas que, aun producida la condición de procedibilidad, subsiste la posibilidad del perdón del agraviado como mecanismo de extinción de la acción penal e incluso de la pena (faltas de coacciones, vejaciones e injurias, delitos de injurias y calumnias entre particulares, delitos de revelación de secretos y delitos contra el mercado y los consumidores de la Sección 3ª del capítulo XI del Libro II, del Código Penal). En estos casos, la eficacia del acuerdo restaurativo o reparador sí podrá articularse dentro del proceso cuando éste se haya sustanciado como presupuesto, por ejemplo, de la decisión de archivo del proceso por perdón de la víctima o renuncia a la acción penal.

73 En este tipo de delitos se amplía la legitimación para la interposición de la denuncia a los representantes legales de la víctima cuando sea menor o incapaz, así como al Ministerio Fiscal en este supuesto y en aquéllos en los que la víctima presente especiales marcadores de vulnerabilidad que pueden ser personales o sociales.

74 En puridad, como afirma Ubertis (2005), el efecto es la desprocesalización del conflicto.

- **La mediación en el desarrollo del proceso penal hasta sentencia**

Como adelantábamos, el carácter marcadamente oficialista del proceso penal español impide, casi de forma absoluta, anudar a los acuerdos restaurativos obtenidos en el curso del proceso de mediación efectos sobre la sustanciación del proceso.

El espacio operativo, por tanto, de la mediación, debe centrarse en la búsqueda de acuerdos restaurativos, no siempre de contenido patrimonial, que permitan su articulación con el proceso penal. Los efectos que pueden producir son:

a) el acortamiento del proceso mediante fórmulas de aceptación de hechos en la fase previa, tanto del procedimiento abreviado como del urgente, que determine la entrada en juego del mecanismo de la conformidad premial, en los términos previstos en los artículos 779.5, 798, 800 y 801 LECrim;

b) la operatividad en sentencia de la atenuante de reparación del daño o de disminución de sus efectos contemplada en el artículo 21.5º CP, a la que se le puede otorgar valor muy privilegiado, con la reducción de la pena en dos grados. Eficacia dispositiva que puede venir dada o por la asunción de dicha pretensión por el Ministerio Fiscal en sus escritos de conclusiones, con las consecuencias vinculatorias que se derivan del principio acusatorio, o por la valoración normativa del juez en sentencia en atención a la calidad y efectos restaurativos del acuerdo de mediación.

En todo caso, hay que destacar que la autoridad de envío debe ser el juez de instrucción o, en su caso, el juez de enjuiciamiento en fase de juicio oral, antes del inicio de las sesiones, si bien la intervención consensuada con las partes, el Ministerio Fiscal, acusaciones particulares y defensas constituye un activo muy importante para la consecución de los fines pretendidos. A diferencia del modelo francés o del modelo italiano antes de la reforma de 2002, creemos que el impulso del proceso de mediación no puede quedar en manos del Ministerio Fiscal. Como destaca Cordero[75], la máscara del pacificador no se ajusta a la función que la Ley le encomienda, sin perjuicio, insistimos, de su importante papel como propiciador del proceso. La atribución al fiscal de las competencias de envío puede comprometer la finalidad del proceso de mediación, pues puede proyectarse una imagen de vinculación fuerte con el equipo de mediación que debilite, a su vez, la imagen de *terzietà* de éste.

Es cierto que las referencias que se contienen, tanto en la Recomendación (99) nº 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa como en los *Basic Principles* de Naciones Unidas, sobre qué autoridad debe controlar los mecanismos de articulación del proceso de mediación con el proceso penal en curso son abiertas, pero creemos en la conveniencia

75 Cordero (1992:669).

de que aquélla sea el juez, siempre, claro está, que se garantice de forma adecuada su impermeabilización respecto a los contenidos e informaciones reveladas en las sesiones de mediación. Tanto el infractor como la víctima pueden identificar en dicha actuación externa de control por parte del juez una mayor garantía de sus derechos.

La decisión de envío debe ir acompañada de los antecedentes documentales y datos identificativos de las partes que permitan al equipo de mediación valorar técnicamente las posibilidades de abrir el proceso. Para ello, la interacción con el juez y los demás operadores técnicos del proceso puede resultar una herramienta muy útil.

El reenvío de los resultados del proceso de mediación debe realizarse directamente al juez. El documento elaborado por el equipo de mediación debe limitarse a dar cuenta del acuerdo restaurativo, en caso de que se haya alcanzado, o del resultado negativo, sin extenderse a informaciones sobre los hechos, obtenidas o recabadas durante las sesiones ni a consideraciones sobre responsabilidad o actitudes demostradas durante el desarrollo de aquéllas. El juez deberá, a su vez, dar cuenta a las partes, ofreciendo un plazo para pretender la consecuencia procesal que estimen oportuna derivada del resultado del proceso de mediación.

- **La mediación en la fase de ejecución de la sentencia**

El Código Penal de 1995 y las posteriores reformas de 2002 y 2003 han favorecido, tal vez de forma inconsciente, la activación de fórmulas de mediación con potencial relevancia en las decisiones que comportan la ejecución de sentencia.

La regulación tanto del mecanismo de la suspensión de la pena como de la sustitución de la impuesta en sentencia por penas de menor gravedad contempla, como presupuesto, que el penado haya satisfecho las responsabilidades civiles o haya demostrado un esfuerzo de reparación del daño causado. Fórmulas que, tal vez, en su tenor literal aparecen excesivamente apegadas al contenido reparatorio material, pero que no impiden una interpretación mucho más flexible que tome en cuenta específicos objetivos restaurativos plasmados en acuerdos de mediación[76]. El artículo 49 CP confirma lo anterior cuando previene la posibilidad de que los trabajos en beneficio de la comunidad que se establezcan como pena sustitutiva se concreten en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas.

Por su parte, la previsión tanto en el régimen suspensivo como sustitutivo de una amplia cláusula condicional permite establecer, previa conformidad del penado y el consentimiento de la víctima, como contenido específico de aquélla la participación en un programa de mediación. En estos supuestos, el incumplimiento de la condición puede suponer o el esta-

76 Tamarit Sumalla (2006).

blecimiento de nuevas y más rígidas condiciones o, previa audiencia a las partes, la revocación de la suspensión o de la sustitución de la pena privativa de libertad. Ahora bien, a nuestro parecer, el incumplimiento no puede identificarse con la no obtención de acuerdos reparatorios o restaurativos, sino, exclusivamente, con la inasistencia a las sesiones de mediación que se hubieran programado. El "fracaso" de la mediación por la imposibilidad de concertar acuerdos no siempre puede ser reprochado al penado. La mediación en fase de ejecución de la sentencia debe responder a los mismos principios de bilateralidad, gestión emocional del conflicto y libre voluntad en la formulación del acuerdo restaurativo. Por ello, la condición debe reputarse satisfecha si el penado se somete de forma voluntaria al proceso de mediación, con independencia de sus resultados concretos. En dicho comportamiento puede ya identificarse esfuerzo reparatorio.

También en el espacio de ejecución penitenciaria cabe impulsar y desarrollar estrategias de mediación con fines restaurativos. En efecto, tanto para la calificación del penado en tercer grado (artículo 72.5 LOGP), como para el acceso a la libertad condicional en los términos generales previstos en el artículo 90 CP o por el cauce especial regulado en el artículo 91.2 CP, deberá tomarse en cuenta si el daño causado ha sido reparado o, al menos, si se ha realizado esfuerzo para ello. La concreción de programas de mediación, con tales finalidades, puede tener una evidente relevancia.

11.2 Las necesidades regulativas de articulación: hacia un modelo legal de mediación

La difícilmente explicable situación de cuasi absoluta deslegalización en la que nos encontramos impide, en rigor, hablar de un modelo o de un proceso de mediación en nuestro país. Las prácticas mediadoras que se realizan, muchas de ellas valiosas y eficaces, aparecen, sin embargo, debilitadas por la falta de cobertura normativa, como bajo un manto de clandestinidad o excepcionalidad, generando usos procedimentales y decisionales dispersos e inestables.

No puede aceptarse que el legislador democrático se abstenga de regular una cuestión de tanta trascendencia a lo que, además, está obligado por normas de Derecho supranacional. La mediación, insistimos, no sólo es una técnica articulada de gestión de conflictos. Es un instrumento de comprensión de los conflictos, de superarlos, de apertura del sistema de justicia penal al diálogo y a las emociones. Y como sostiene Sáez Valcárcel, en un sugerente trabajo[77], "la mediación interpela al sistema de enjuiciamiento de los delitos y de sanción de

77 Sáez Valcárcel (2006), pendiente de publicación en *Cuadernos de Derecho Judicial,* correspondiente al curso que sobre mediación se realizó en la Escuela Judicial, dentro del Programa de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial, en noviembre de 2006.

los responsables, nos interroga qué hacemos por las víctimas, qué hacemos con los infractores y cuáles son los resultados de la intervención".

En todo caso, las experiencias habidas, junto a los modelos regulados en Europa, suministran buenas guías de identificación, primero, de objetivos y, segundo, de soluciones normativas para alcanzarlos.

No parece discutible, como apuntábamos en las notas introductorias de este trabajo, que la mediación debe operar como espacio paraprocesal con fuerte autonomía respecto al proceso penal, pero necesariamente vinculado con éste para su desarrollo y, sobre todo, para dotar de eficacia a los acuerdos restaurativos que se alcancen. Dicha tensión relacional entre el proceso de mediación y el proceso judicial reclama refinados, sistemáticos, estables y prefijados mecanismos de articulación que permitan a cada uno cumplir de forma adecuada sus finalidades, salvaguardando las garantías de los que intervengan, ya sean como presunto agresor/agresor o como presunta víctima/víctima[78].

La primera exigencia de articulación pasa por determinar de forma clara el cuándo y el cómo y las consecuencias que se derivan del propio proceso de mediación y de los acuerdos que se alcancen. Resulta indispensable que por el legislador se definan tanto los instrumentos sustantivos como procesales que permitan la entrada en juego del mecanismo de forma ágil.

Las fórmulas sustantivas pueden tener muy diferente alcance[79]. El acuerdo reparatorio al que lleguen las partes tras un proceso de mediación y su efectivo cumplimiento cabría

78 La utilización de la doble condición presunto autor/autor, presunta víctima/víctima pretende llamar la atención sobre el momento en que se produce la intervención mediadora, antes o después de sentencia. Creemos que la utilización de los términos debe tomar en cuenta, sobre todo, las exigencias derivadas del principio de presunción de inocencia como regla de tratamiento. En las conclusiones del Seminario que sobre Mediación Penal, dirigido por el magistrado Juan Pedro Yllanes, se celebró en Madrid los días 1 a 3 de junio de 2005, dentro del Plan de Formación Continuada del CGPJ, se hacía una particular llamada de atención sobre esta cuestión. *Vid.* Conclusión 8ª. El grupo de trabajo también reveló la preocupación relativa a que la consideración, en los estadios previos del proceso, del presunto ofendido por el delito como víctima, puede trasladar al inculpado una imagen de falta de imparcialidad del tribunal. Dicho riesgo obliga a cuidar la asignación de los roles procesales y a valorar tanto el lenguaje como las actitudes que se derivan de la presuntiva atribución de los mismos. Al igual que el inculpado no puede ser tratado como culpable antes de sentencia firme, en cuanto ello comprometería su derecho a la presunción de inocencia en su dimensión como regla de tratamiento procesal, los tribunales tampoco pueden atribuir de forma conclusivamente acrítica la condición de víctima, cuando dicha condición es negada por el inculpado, como núcleo de su defensa. Ello, sin embargo, no implica que el presunto ofendido no pueda ostentar los derechos de información y de participación que deben reconocerse a toda persona por el simple hecho de aparecer probablemente como tal. El equilibrio y ponderación de los jueces en el manejo del conflicto constituyen, por tanto, herramientas decisivas para que cada uno reciba el tratamiento procesal que le corresponde.

79 *Vid.* el espléndido trabajo de Esquinas Valverde (2006).

considerarlo, en relación con determinados delitos[80], como un supuesto de causa de exclusión material de la pena, similar en su alcance a las llamadas excusas absolutorias (artículos 268 y 454 CP), aun cuando las razones normativas que fundamenten la consecuencia, la no punibilidad, puedan ser muy diferentes. En este caso, la reparación actuaría como una suerte de causa *ex post factum* de exculpación que aminora el grado de culpabilidad por el hecho hasta un punto que, en términos político-criminales, hace que la conducta, pese a la desaprobación, no se juzgue necesitada de pena (Roxin) o merecedora de pena (Jescheck)[81].

También, a nuestro parecer, cabría contemplar como atenuante específica la participación comprometida del inculpado en un proceso de mediación, aun cuando no se llegara finalmente a un acuerdo restaurativo.

No menos conveniente se presenta, desde las exigencias de mayor certeza a las que debe aspirar siempre la norma penal, la expresa inclusión de la participación voluntaria en

80 La identificación respecto a en qué delitos sería de aplicación la regla de exclusión de la punibilidad por el cumplimiento del acuerdo restaurativo resulta esencial y, desde luego, no debería hacerse atendiendo a exclusivos criterios cuantitativos. Parece razonable su no aplicación a delitos graves, pero la gravedad no sólo debe hacerse depender de factores de *quantum* de penalidad abstracta o de ubicación. Por ejemplo, un robo mediante el procedimiento de tirón que no haya provocado ningún tipo de lesión a la víctima ni haya venido acompañado de frases o expresiones intimidatorias y que, además, el valor de lo sustraído sea de escasa cuantía, aun cuando la pena *in abstracto* podría ser de cinco años de prisión, no parece que concurrieran muchas razones para no poder aplicar la cláusula de exclusión si el acusado y la víctima por la mediación llegan a un acuerdo restaurativo razonable. Como delitos a los que podría aplicarse la causa de no merecimiento de pena, la experiencia comparada –alemana y francesa– nos sugiere proponer: los delitos de lesiones leves, delitos patrimoniales no violentos o con escasísima violencia comisiva, delitos imprudentes, delitos de falsedad instrumentales para la defraudación, delito de allanamiento de morada y todas las infracciones contravencionales del Libro III del Código Penal. Creo que la regla de prohibición de la mediación en delitos de violencia de género introducida por la Ley Orgánica 1/2004 no está justificada con dicho alcance general. Es cierto que el proceso de mediación, en cuanto proceso comunicacional directo, puede comportar un riesgo de reproducción de la situación de dominación con efectos revictimizadores. Pero ello lo único que justifica es extremar las cautelas y un estudio más riguroso de las posibilidades de mediación por parte del equipo técnico. No creo que pueda negarse, a la luz de la rica experiencia francesa, la importancia restaurativa de proceso de mediación en conflictos violentos entre parejas o ex parejas en los que las emociones y sentimientos ocupan un lugar muy destacado. Presumir siempre la inmadurez de la víctima en este tipo de delitos no se compadece con la idea de la autonomía y la dignidad como valores constitucionales, que el Estado debe respetar. La mediación, desde luego, no debe sustentarse en la finalidad de la reconciliación para reanudar la convivencia, sino en el diálogo restaurativo que pase, por ejemplo, por el reconocimiento de lo injusto del acto violento, por la necesidad de pedir perdón y por la necesidad de la víctima de recibir dicha petición. Además, la prohibición resulta internamente asistemática, pues mientras en el artículo 88 CP se establece como condición de la sustitución de la pena la obligación de someter al reo condenado por un delito de violencia habitual a programas de reeducación y tratamiento psicológico, se le priva de un mecanismo que tiene como objetivo esencial, precisamente, dicha resocialización.

81 Hernández García (2002:132-7).

programas de mediación como condición conductual para la suspensión o sustitución de la pena (artículos 83, 84, 88 CP), y la consideración del acuerdo restauratorio que se alcance y su cumplimiento como esfuerzo de reparación a tales efectos.

Otra necesidad sustantiva de articulación viene dada por la necesidad de establecer una regla precisa que neutralice los riesgos de *bis in idem* o doble incriminación. De tal modo, el cumplimiento del acuerdo restaurativo, en los términos reclamados en los *Basic Principles* y en la Recomendación (99) nº 19, debe impedir establecer en sentencia o en ejecución obligaciones pecuniarias o conductuales que coincidan con el contenido de lo acordado por las partes en el proceso de mediación.

Pero es evidente que las necesidades de articulación sustantiva deben tener, también, un adecuado reflejo en la legislación procesal.

Ello debe conducir a prever reglas específicas que permitan –atendido el alcance del acuerdo restaurativo, el tipo de infracción, objeto del proceso, y las circunstancias personales del infractor– el sobreseimiento de la causa, dando entrada al principio de oportunidad reglada y controlable mediante recursos devolutivos[82]. Fórmula que cuenta ya con un precedente normativo sólido en nuestro sistema de justicia penal mediante la regulación que se contiene en la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores. En ésta se contempla de forma expresa la conciliación o reparación entre el menor y la víctima como motivo de sobreseimiento del expediente. Tal como dispone el artículo 19, el Ministerio Fiscal podrá "desistir de la continuación del expediente", atendiendo para ello, además, a otras variables, como la ausencia de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos y la menor gravedad de éstos, que no debe superar la entidad propia de una falta o de un delito menos grave. Una vez que se hayan satisfecho los compromisos de reparación, si no acontece nin-

82 Dicha solución aparece contemplada en el proceso penal austriaco, estableciéndose en el parágrafo 90 de la Ordenanza Procesal Penal la posibilidad de renuncia del Ministerio Fiscal o del órgano judicial a la persecución penal tras la compensación extrajudicial del hecho. No obstante, a tales efectos será preciso que el acusado esté dispuesto a asumir el hecho delictivo y a confrontarse con sus eventuales consecuencias, o a contribuir de algún modo a equilibrar dicho resultado y que en caso necesario satisfaga determinadas obligaciones por medio de las cuales venga a manifestar que, en el futuro, está dispuesto a omitir aquellos hábitos de comportamiento que le condujeron a perpetrar el delito. La regulación austriaca, por tanto, pretende evitar fórmulas simples de privatización del proceso. La reparación y la prevención especial constituyen presupuestos básicos del ejercicio de la oportunidad en la persecución de infracciones públicas.
Con alcance similar, se previene en la Ordenanza Procesal Penal alemana la renuncia a la elevación de acusación pública –parágrafos 14 b) y 46 a)– siempre que el autor se haya esforzado por reparar el daño ocasionado o compensar por su acto delictivo o, eventualmente, en caso de que dicha reparación del daño le haya exigido importantes prestaciones o renuncias personales, por indemnizar en todo o en parte a su víctima. La decisión de no acusación reclama, además, tomar en cuenta la gravedad de la culpabilidad personal y la ausencia de antecedentes penales. Cuando por el tipo de infracción se estime subsistente un interés público de persecución de la conducta delictiva, la decisión de no acusación por reparación también podrá ir acompañada de determinadas condiciones o deberes.

guna otra eventualidad, el fiscal "podrá dar por concluida la instrucción y solicitará del juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado"[83].

La expresa introducción de mecanismos de crisis anticipada constituye un reflejo procesal indispensable, pero no es, ni mucho menos, la única exigencia regulativa de articulación. Se hace preciso también diseñar el procedimiento, las reglas de desarrollo: la autoridad de envío; las condiciones de éste; los términos; los efectos del desarrollo del proceso de mediación sobre el proceso penal en curso; el alcance de la actividad de control sobre las condiciones de desarrollo de la actividad mediadora por parte de la autoridad de envío; la forma del reenvío; las condiciones de impermeabilización de la información obtenida en el proceso de mediación y su prohibición de valoración directa o indirecta por el tribunal; la forma y alcance de la asistencia letrada tanto al presunto infractor como a la víctima; los métodos de control del cumplimiento de los acuerdos; las reglas que doten de eficacia ejecutiva a lo acordado.

Como cabe apreciar con claridad, la regulación no puede limitarse a trazos o simples fórmulas generales. El detalle y la sistematicidad resultan notas exigibles de las que dependen en buena medida el adecuado funcionamiento del modelo de mediación y su correcta articulación.

Como apuntes sintéticos para un futuro diseño legal, consideramos objetivos importantes:

- Primero: que sea el juez de instrucción o el de garantías, una vez se acometa la reforma del proceso –en las fases previas del mismo–, el que ostente la competencia sobre la decisión de envío o remisión al proceso de mediación y ello sin perjuicio de la necesidad de audiencia a las partes y una adecuada valoración técnica de las condiciones hipotéticas de desarrollo.

- Segundo: la decisión de envío puede venir acompañada de una decisión de suspensión del curso de la causa no relevante a efectos prescriptivos. El juez deberá establecer un

83 En todo caso, los mecanismos de terminación anticipada del proceso por reparación o acuerdo restaurativo ponen sobre la mesa la aporía de la mediación a la que se refiere Ubertis, en su artículo ya citado. Mediante dicho mecanismo se asume, se declara y se hace efectiva la responsabilidad del autor del hecho delictivo sin la sustanciación del proceso con todas las garantías, que constituye el único método enteramente compatible con dichas exigencias, constituyendo la sentencia firme el título del que dispone el Estado para vencer el derecho a la presunción de inocencia del acusado.
A nuestro parecer, como toda aporía, su superación reclama la aplicación de razonamientos sustanciales no sólo lógico-sistemáticos. Aquí entra en juego el valor de la autonomía personal y los efectos que debe reconocerse a decisiones libres de autorresponsabilización. Creemos que el Estado puede anudar a dichas decisiones valor suficiente para que se produzcan los efectos que de otra manera sólo podrían obtenerse mediante un proceso plenario y contradictorio. Autonomía personal, intereses de protección a la víctima y finalidades de preservación del orden público forman un *pack* indisoluble que justifican también constitucionalmente fórmulas modalizadoras de la reacción estatal diferentes a las de la sentencia condenatoria después de un juicio contradictorio.

marco temporal previo sin perjuicio de ampliaciones motivadas por las propias circunstancias de desarrollo del proceso de mediación. En este punto se hace necesario establecer cláusulas de desactivación de trámites de urgencia para el enjuiciamiento que puedan impedir el proceso de mediación. En particular, en supuestos de faltas y delitos susceptibles de enjuiciamiento rápido, sin que ello suponga, en el caso de que no se alcancen acuerdos restaurativos, que el inculpado pierda expectativas de conformidad premial[84].

- Tercero: los mediadores deben informar a la autoridad que ordenó el envío de cualquier vicisitud que pueda comprometer el adecuado desarrollo del proceso, ajena a la voluntad de las partes que intervengan, adoptando el juez las medidas necesarias de apoyo al proceso de mediación[85].

- Cuarto: el derecho de asistencia letrada no debe impedir que las sesiones de contenido comunicacional entre las partes se realicen sin presencia de abogados. Ésta puede preverse al inicio de la mediación, en las entrevistas individualizadas previas para garantizar mejor la libertad y la previa condición de informado del consentimiento que se preste y a la finalización del proceso, en el momento de formalización del acuerdo, para ayudar a comprender mejor su alcance o ajustar las fórmulas restaurativas a los límites permisibles. También cabría prever su asistencia a sesiones complementarias destinadas a determinar el *pretium doloris* o el importe de los daños producidos.

- Quinto: los informes de reenvío no pueden contener informaciones sobre los hechos o valoraciones subjetivas de responsabilización. En el caso de un proceso de mediación que termine sin acuerdo debe limitarse a dar cuenta de ello, ilustrando, no obstante, del tiempo de desarrollo y el número de horas invertidas por cada una de las partes. La participación en el proceso puede, sin perjuicio de su resultado, tomarse en cuenta como presupuesto para la aplicación de circunstancias atenuatorias o adoptar decisiones suspensivas o sustitutivas en fase de ejecución de sentencia.

- Sexto: deben regularse plazos de control del cumplimiento de lo acordado, también sin relevancia prescriptiva cuando impliquen suspensión del curso de la causa.

- Séptimo: han de contemplarse los efectos de la crisis que se ordene por reparación, calificando de forma precisa la naturaleza de la decisión como provisional o libre.

---

84 La excesiva rapidez en el enjuiciamiento de determinadas infracciones por efecto de los nuevos ritos introducidos en la Ley 38/2002, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puede convertirse, y de hecho así está sucediendo, en un mecanismo antivictimológico, pues priva a las víctimas de posibilidades reales de intervención en el curso del proceso y en la gestión de sus propios intereses.

85 Por ejemplo, el presunto infractor es detenido por otra causa e ingresa en prisión provisional. En este caso, el juez responsable del proceso donde se desarrolla la mediación podría ordenar excarcelaciones *ad hoc,* para que el presunto infractor pudiera seguir asistiendo a las sesiones programadas de mediación.

- Octavo: la regulación debe contemplar reglas rígidas de prohibición de acceso a la información obtenida en el proceso de mediación por parte de los órganos judiciales y de valoración, directa o indirecta, mediante contraindicios, de la información que proveniente de dicha fuente puedan pretender introducir las acusaciones en el juicio, salvo consentimiento expreso de las partes, en particular de la persona acusada.

11.3 La necesidad de otras reformas estructurales

Junto a las necesidades de articulación normativa, tanto en el plano sustantivo como procesal, la implantación de un modelo de mediación penal eficaz reclama otras reformas.

Sin duda, una de las más importantes es la que debe regular los servicios de mediación. La Recomendación (99) nº 19 dedica cinco parágrafos a cómo debe diseñarse el funcionamiento de los servicios de mediación. Pero la primera exigencia es que pueda garantizarse el acceso general al proceso de mediación en cualquier parte del territorio. La necesidad de regulación del proceso de mediación y de los instrumentos de articulación con el proceso penal exige, también, el establecimiento de obligaciones positivas a las administraciones competentes para crear y dotar los servicios. Debe diseñarse una verdadera planta de equipos de mediación que puedan atender todo el territorio judicial. La dimensión de la mediación como mecanismo de solución de conflictos que se articula dentro del sistema de justicia penal no puede justificar que, en función del territorio donde se genere el conflicto, las partes tengan o no tengan posibilidad de acceso. Entendemos que el Estado tiene título competencial, *ex* artículo 149 CE, para establecer las bases de la organización de los servicios de mediación penal, sin perjuicio del desarrollo y ejecución autonómica.

A diferencia de los modelos comunitaristas, consideramos necesario, en estos momentos iniciales, un diseño basado en la idea del servicio público y, por tanto, sometido a las condiciones propias de control orgánico y presupuestario. La financiación, por tanto, debe ser pública, sin que puedan establecerse tasas o gastos repercutibles a los que intervengan.

La cooptación de los mediadores debe hacerse con respeto a los principios constitucionales de mérito y capacidad, en condiciones de publicidad, sin perjuicio de las fórmulas contractuales o estatutarias que se determinen, que deberán, en todo caso, garantizar la autonomía en el desarrollo de los procesos de mediación. La norma debería contemplar garantías específicas para el desarrollo de la función de mediador, como la de la cláusula de confidencialidad o secreto profesional. La regulación orgánica de los servicios de mediación debería contener, también, un diseño preciso de los mecanismos de articulación funcional con los órganos de la justicia penal.

Pero, junto a dichas necesidades de tipo normativo, la implantación del modelo de mediación también reclama políticas de formación para todos los operadores jurídicos, especialmente

los jueces, que posibiliten aprehender su dimensión ideológica y funcional como mecanismo de solución de conflictos e instrumento decisivo de mejora del sistema penal.

Como expone de forma muy convincente Tamarit Sumalla[86], el nuevo paradigma que se abre con la mediación "demanda el cultivo de nuevas sensibilidades, un cambio cultural por parte de quienes han sido socializados en una cultura adversarial y de la confrontación y que perciben toda vía de entrada de la emotividad en el espacio intelectual de la justicia casi como una profanación".

La nueva cultura debe permitir identificar la reformulación de la función simbólica del derecho penal que introduce la mediación. Debe, a la postre, servir para que los jueces no identifiquen una demanda de mayor punición en las crecientes necesidades de protección de la sociedad y de las víctimas y superen el escepticismo en la eficacia disuasiva de lo que se ha denominado *soft justice.*

No obstante, el desarrollo de un modelo de mediación reclama también esfuerzos de pedagogía social. Los poderes públicos y los agentes sociales cualificados (medios de comunicación, partidos políticos, movimientos ciudadanos) deben comprometerse en evitar estimular percepciones hipertrofiadas de los fenómenos de delincuencia y formular discursos defensistas, reivindicando una mayor dureza del sistema penal como único instrumento de respuesta.

Vivimos tiempos difíciles para la justicia comprensiva y restaurativa. La percepción subjetiva de inseguridad, muy superior a los niveles objetivos a los que están expuestos los ciudadanos, acrecienta las demandas de sanción y de rigor que muchas veces se soslayan con desnudas exigencias de venganza. Al infractor se le percibe como enemigo y a las garantías fundamentales del proceso como impedimentos innecesarios y disfuncionales de la eficacia en la persecución del delito y en el castigo del delincuente[87]. Además, la creciente identidad de discursos entre las fuerzas políticas conservadoras y progresistas sobre los fines del modelo de intervención penal ha debilitado los muros de contención que impedían que los valores seguridad y retribución terminaran devorando a los valores de libertad y reinserción.

En este escenario ideológico y social es muy posible que la mediación no pueda satisfacer los fines que la justifican. La pendiente ideológica construida por la que puede deslizarse –por la que está ya deslizándose– el paradigma del proceso basado en las garantías y en la humanidad es muy pronunciada, y lo peor es que no a muchos parece importarle.

86 Tamarit Sumalla (2006).
87 Ferrajoli (2006).

Bibliografía

Alastruey, R. (2005), Guía de la conciliación judicial, en materiales del Seminario sobre Conciliación y Mediación, Escuela Judicial española del CGPJ. Barcelona.

Belaza, M. C. (2007), Más de la mitad de las condenas penales se resuelven sin llegar a juicio, *El País,* 27.1.2007, p. 33.

Bierce, A. (1996), El Diccionario del Diablo, Editorial Valdemar, Madrid.

Bonafé-Schmitt, J. P. (2003), Justice réparatrice et médiation pénale: vers de nouveaux modéles de régulation sociale?, en Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?, Director, Mylène Jaccoud, Editorial L'Harmattan.

Cartuyvels,Y. (2003), Comment articuler médiation el justice réparatrice?, en Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?, Director, Mylène Jaccoud, editorial L'Harmattan.

Consejo General del Poder Judicial (1995), La crisis del derecho y sus alternativas. Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

Cordero, F. (1992), Codice di Procedure Penale commentato. Editorial, G. Giappichelli, Torino.

Cumunel, Y. (1999), Qu´est la médiation judiciaire?, *Gazette du Palais* nº 188, 7 julio 1999. Paris.

Delgado Piqueras, F. (2006), La terminación convencional del Procedimiento Administrativo. Cuadernos Laboratorio de Alternativas. Madrid.

Di Chiara, G. (2004), Scenari processuali per l'intervento di mediazione: Una panoramica sulle fonti, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale,* Fascicolo 2, aprile-giugno.

Díez Picazo, L. (1962), El negocio jurídico del derecho de familia, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* XLIV.

Esquinas Valverde, P. (2006), La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿Una posibilidad también viable en España? Revista Penal, nº 18, 2006.

Faget, J. (1997), La médiation. Essai de politique pénale. Colección Trajets. Editions Érès, Ramonville Saint-Agne, Francia.

Ferrajoli, L. (2006), El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho, en *Revista Jueces para la Democracia, Información y Debate* nº 57, Madrid.

Folberg, J. (1999), Resolving Disputes, Edit Unniversity of Sant Francisco School of Law.

Foucault, M. (1999), La verdad y las formas jurídicas, en *Estrategias de Poder,* Barcelona.

Garapon, A. (1996), Le gardien des promesses. Le juge et la démocracie. Odile Jacob, Paris.

García Villaluenga, L. (2007), Mediación en Conflictos Familiares: una construcción desde el Derecho de Familia. Editorial Reus, Madrid, en imprenta.

Habermas, J. (1981), Théorie de l'agir communicationnel. Tome Deuxieme, Editorial Fayard, Paris.

Habermas, J. (1966), Between Facts and Norms. Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy. Polito Press (University of California).

Heller, Á. (1990), Más allá de la justicia. Editorial Crítica, Barcelona.

Hernández García, J. (2002), El encubrimiento, en Delitos contra la Administración de Justicia. Editorial Aranzadi, Pamplona.

Jolger, J. (1997), Nuevas direcciones en mediación. Paidós Mediación nº 7, Buenos Aires.

Kelsen, H. (1949), Teoría General del Derecho y del Estado. Imprenta Universitaria, México D.F.

Larrauri, E. (2004), Tendencias actuales de la Justicia Restauradora, en Serta in memoriam Alexandri Baratta. VV AA; editado por Pérez Álvarez, Fernando, Ediciones Universidad de Salamanca, Colección Aquila-fuente, Salamanca.

Melano, G. (1995), Corrientes del pensamiento contemporáneo para el desarrollo de la justicia participativa, *Cuadernos para el Sector de la Justicia,* nº 3, Conamaj, Costa Rica.

Ortuño Muñoz, P. (2006), El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial. Monografías Civitas. Thomson-Aranzadi, Pamplona.

Papini, G. (1990), El Tribunal Electrónico, en la obra El Libro Negro. Editorial Porrúa, México.

Pavlich, G. (2000), The Power of Community Mediation: Gouvernment and Formation of Self-Identity, en *Law and Society Review,* Vol. 30, nº 4.

Perelman, C. H. (1979), La lógica jurídica y la nueva retórica. Editorial Civitas, Madrid.

Redorta Lorente, J. (2004), Cómo analizar los conflictos, Editorial Paidós, Barcelona.

Ripoll Millet, A. (2001), La evolución de los modelos de mediación familiar, en La Mediacio Familiar, obra colectiva. Colección Justicia i Societat-Centro de Estudios Jurídicos de la Generalitat de Cataluña. Barcelona, mayo 2001.

Sáez Valcárcel, R. (2006), La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia. Pendiente de publicación en *Cuadernos de Derecho Judicial*.

Silva Sánchez, J. M. (1997), Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización del actos de reparación, en *Revista del Poder Judicial,* nº 45.

Tamarit Sumalla, J. M. (2006), La Justicia reparadora: ¿una justicia para la víctima?, en Manual de Victimología, coord. Baca, E., y Echeburúa, E. Editorial, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Ubertis, G. (2005), Riconciliazione, Processo e Mediazione in ambito penale, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale,* Fasc. 4, ottobre-dicembre 2005.

VV AA (2001), La Mediació Familiar. Colección Justicia y Sociedad, nº 23. Centre d´Estudis Juridics i Formació Especialitzada. Generalitat de Catalunya. Barcelona.

VV AA (2000), La Mediación en España (Coordinados por Antonio Coy), *Apuntes de Psicología,* Colegio Oficial de Psicólogos de Andalucía Oriental en colaboración con la Universidad de Sevilla. Número monográfico. Año 2000, nº 2 y 3, volumen 18.

VV AA (1993), *Revista Infancia y Sociedad.* Número del tercer trimestre de 1993. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid.

Documentos de trabajo publicados

1/2003. **Servicios de atención a la infancia en España: estimación de la oferta actual y de las necesidades ante el horizonte 2010.** María José González López.

2/2003. **La formación profesional en España. Principales problemas y alternativas de progreso.** Francisco de Asís de Blas Aritio y Antonio Rueda Serón.

3/2003. **La Responsabilidad Social Corporativa y políticas públicas.** Alberto Lafuente Félez, Víctor Viñuales Edo, Ramón Pueyo Viñuales y Jesús Llaría Aparicio.

4/2003. **V Conferencia Ministerial de la OMC y los países en desarrollo.** Gonzalo Fanjul Suárez.

5/2003. **Nuevas orientaciones de política científica y tecnológica.** Alberto Lafuente Félez.

6/2003. **Repensando los servicios públicos en España.** Alberto Infante Campos.

7/2003. **La televisión pública en la era digital.** Alejandro Perales Albert.

8/2003. **El Consejo Audiovisual en España.** Ángel García Castillejo.

9/2003. **Una propuesta alternativa para la Coordinación del Sistema Nacional de Salud español.** Javier Rey del Castillo.

10/2003. **Regulación para la competencia en el sector eléctrico español.** Luis Atienza Serna y Javier de Quinto Romero.

11/2003. **El fracaso escolar en España.** Álvaro Marchesi Ullastres.

12/2003. **Estructura del sistema de Seguridad Social. Convergencia entre regímenes.** José Luis Tortuero Plaza y José Antonio Panizo Robles.

13/2003. **The Spanish Child Gap: Rationales, Diagnoses, and Proposals for Public Intervention.** Fabrizio Bernardi.

13*/2003. **El déficit de natalidad en España: análisis y propuestas para la intervención pública.** Fabrizio Bernardi.

14/2003. **Nuevas fórmulas de gestión en las organizaciones sanitarias.** José Jesús Martín Martín.

15/2003. **Una propuesta de servicios comunitarios de atención a personas mayores.** Sebastián Sarasa Urdiola.

16/2003. **El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma.** Olga Fuentes Soriano.

17/2003. **Propuestas para una regulación del trabajo autónomo.** Jesús Cruz Villalón.

18/2003. **El Consejo General del Poder Judicial. Evaluación y propuestas.** Luis López Guerra.

19/2003. **Una propuesta de reforma de las prestaciones por desempleo.** Juan López Gandía.

20/2003. **La Transparencia Presupuestaria. Problemas y Soluciones.** Maurici Lucena Betriu.

21/2003. **Análisis y evaluación del gasto social en España.** Jorge Calero Martínez y Mercè Costa Cuberta.

22/2003. **La pérdida de talentos científicos en España.** Vicente E. Larraga Rodríguez de Vera.

23/2003. **La industria española y el Protocolo de Kioto.** Antonio J. Fernández Segura.

24/2003. **La modernización de los Presupuestos Generales del Estado.** Enrique Martínez Robles, Federico Montero Hita y Juan José Puerta Pascual.

25/2003. **Movilidad y transporte. Opciones políticas para la ciudad.** Carme Miralles-Guasch y Àngel Cebollada i Frontera.

26/2003. **La salud laboral en España: propuestas para avanzar.** Fernando G. Benavides.

27/2003. **El papel del científico en la sociedad moderna.** Pere Puigdomènech Rosell.

28/2003. **Tribunal Constitucional y Poder Judicial.** Pablo Pérez Tremps.

29/2003. **La Audiencia Nacional: una visión crítica.** José María Asencio Mellado.

30/2003. **El control político de las misiones militares en el exterior.** Javier García Fernández.

31/2003. **La sanidad en el nuevo modelo de financiación autonómica.** Jesús Ruiz-Huerta Carbonell y Octavio Granado Martínez.

32/2003. **De una escuela de mínimos a una de óptimos: la exigencia de esfuerzo igual en la Enseñanza Básica.** Julio Carabaña Morales.

33/2003. **La difícil integración de los jóvenes en la edad adulta.** Pau Baizán Muñoz.

34/2003. **Políticas de lucha contra la pobreza y la exclusión social en España: una valoración con EspaSim.** Magda Mercader Prats.

35/2003. **El sector del automóvil en la España de 2010.** José Antonio Bueno Oliveros.

36/2003. **Publicidad e infancia.** Purificación Llaquet, Mª Adela Moyano, María Guerrero, Cecilia de la Cueva, Ignacio de Diego.

37/2003. **Mujer y trabajo.** Carmen Sáez Lara.

38/2003. **La inmigración extracomunitaria en la agricultura española.** Emma Martín Díaz.

39/2003. **Telecomunicaciones I: Situación del Sector y Propuestas para un modelo estable.** José Roberto Ramírez Garrido y Juan Vega Esquerrá.

40/2003. **Telecomunicaciones II: Análisis económico del sector.** José Roberto Ramírez Garrido y Álvaro Escribano Sáez.

41/2003. **Telecomunicaciones III: Regulación e Impulso desde las Administraciones Públicas.** José Roberto Ramírez Garrido y Juan Vega Esquerrá.

42/2004. **La Renta Básica. Para una reforma del sistema fiscal y de protección social.** Luis Sanzo González y Rafael Pinilla Pallejà.

43/2004. **Nuevas formas de gestión. Las fundaciones sanitarias en Galicia.** Marciano Sánchez Bayle y Manuel Martín García.

44/2004. **Protección social de la dependencia en España.** Gregorio Rodríguez Cabrero.

45/2004. **Inmigración y políticas de integración social.** Miguel Pajares Alonso.

46/2004. **TV educativo-cultural en España. Bases para un cambio de modelo.** José Manuel Pérez Tornero.

47/2004. **Presente y futuro del sistema público de pensiones: Análisis y propuestas.** José Antonio Griñán Martínez.

48/2004. **Contratación temporal y costes de despido en España: lecciones para el futuro desde la perspectiva del pasado.** Juan J. Dolado y Juan F. Jimeno.

49/2004. **Propuestas de investigación y desarrollo tecnológico en energías renovables.** Emilio Menéndez Pérez.

50/2004. **Propuestas de racionalización y financiación del gasto público en medicamentos.** Jaume Puig-Junoy y Josep Llop Talaverón.

51/2004. **Los derechos en la globalización y el derecho a la ciudad.** Jordi Borja.

52/2004. **Una propuesta para un comité de Bioética de España.** Marco-Antonio Broggi Trias.

53/2004. **Eficacia del gasto en algunas políticas activas en el mercado laboral español.** César Alonso-Borrego, Alfonso Arellano, Juan J. Dolado y Juan F. Jimeno.

54/2004. **Sistema de defensa de la competencia.** Luis Berenguer Fuster.

55/2004. **Regulación y competencia en el sector del gas natural en España. Balance y propuestas de reforma.** Luis Atienza Serna y Javier de Quinto Romero.

56/2004. **Propuesta de reforma del sistema de control de concentraciones de empresas.** José Mª Jiménez Laiglesia.

57/2004. **Análisis y alternativas para el sector farmacéutico español a partir de la experiencia de los EE UU.** Rosa Rodríguez-Monguió y Enrique C. Seoane Vázquez.

58/2004. **El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma.** Germán Fernández Farreres.

59/2004. **Políticas de apoyo a la innovación empresarial.** Xavier Torres.

60/2004. **La televisión local entre el limbo regulatorio y la esperanza digital.** Emili Prado.

61/2004. **La universidad española: soltando amarras.** Andreu Mas-Colell.

62/2005. **Los mecanismos de cohesión territorial en España: un análisis y algunas propuestas.** Ángel de la Fuente.

63/2005. **El libro y la industria editorial.** Gloria Gómez-Escalonilla.

64/2005. **El gobierno de los grupos de sociedades.** José Miguel Embid Irujo, Vicente Salas Fumás.

65(I)/2005. **La gestión de la demanda de electricidad Vol. I.** José Ignacio Pérez Arriaga, Luis Jesús Sánchez de Tembleque, Mercedes Pardo.

65(II)/2005. **La gestión de la demanda de electricidad Vol. II (Anexos).** José Ignacio Pérez Arriaga, Luis Jesús Sánchez de Tembleque, Mercedes Pardo.

66/2005. **Responsabilidad patrimonial por daño ambiental: propuestas de reforma legal.** Ángel Manuel Moreno Molina.

67/2005. **La regeneración de barrios desfavorecidos.** María Bruquetas Callejo, Fco. Javier Moreno Fuentes, Andrés Walliser Martínez.

68/2005. **El aborto en la legislación española: una reforma necesaria.** Patricia Laurenzo Copello.

69/2005. **El problema de los incendios forestales en España.** Fernando Estirado Gómez, Pedro Molina Vicente.

70/2005. **Estatuto de laicidad y Acuerdos con la Santa Sede: dos cuestiones a debate.** José M.ª Contreras Mazarío, Óscar Celador Angón.

71/2005. **Posibilidades de regulación de la eutanasia solicitada.** Carmen Tomás-Valiente Lanuza.

72/2005. **Tiempo de trabajo y flexibilidad laboral.** Gregorio Tudela Cambronero, Yolanda Valdeolivas García.

73/2005. **Capital social y gobierno democrático.** Francisco Herreros Vázquez.

74/2005. **Situación actual y perspectivas de desarrollo del mundo rural en España.** Carlos Tió Saralegui.

75/2005. **Reformas para revitalizar el Parlamento español.** Enrique Guerrero Salom.

76/2005. **Rivalidad y competencia en los mercados de energía en España.** Miguel A. Lasheras.

77/2005. **Los partidos políticos como instrumentos de democracia.** Henar Criado Olmos.

78/2005. **Hacia una deslocalización textil responsable.** Isabel Kreisler.

79/2005. **Conciliar las responsabilidades familiares y laborales: políticas y prácticas sociales.** Juan Antonio Fernández Cordón y Constanza Tobío Soler.

80/2005. **La inmigración en España: características y efectos sobre la situación laboral de los trabajadores nativos.** Raquel Carrasco y Carolina Ortega.

81/2005. **Productividad y nuevas formas de organización del trabajo en la sociedad de la información.** Rocío Sánchez Mangas.

82/2006. **La propiedad intelectual en el entorno digital.** Celeste Gay Fuentes.

83/2006. **Desigualdad tras la educación obligatoria: nuevas evidencias.** Jorge Calero.

84/2006. **I+D+i: selección de experiencias con (relativo) éxito.** José Antonio Bueno Oliveros.

85/2006. **La incapacidad laboral en su contecto médico: problemas clínicos y de gestión.** Juan Gervas, Ángel Ruiz Téllez y Mercedes Pérez Fernández.

86/2006. **La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social.** Francisco Sevilla.

87/2006. **El sistema de servicios sociales español y las necesidades derivadas de la atención a la dependencia.** Pilar Rodríguez Rodríguez.

88/2006. **La desalinización de agua de mar mediante el empleo de energías renovables.** Carlos de la Cruz.

89/2006. **Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico.** Juan José Solozábal Echavarría.

90/2006. **Desigualdades territoriales en el Sistema Nacional de Salud (SNS) de España.** Beatriz González López-Valcárcel y Patricia Barber Pérez.

91/2006. **Agencia de Evaluación: innovación social basada en la evidencia.** Rafael Pinilla Pallejà.

92/2006. **La Situación de la industria cinematográfica española.** José María Álvarez Monzoncillo y Javier López Villanueva.

93/2006. **Intervención médica y buena muerte.** Marc-Antoni Broggi Trias, Clara Llubià Maristany y Jordi Trelis Navarro.

94/2006. **Las prestaciones sociales y la renta familiar.** María Teresa Quílez Félez y José Luis Achurra Aparicio.

95/2006. **Plan integral de apoyo a la música y a la industria discográfica.** Juan C. Calvi.

96/2006. **Justicia de las víctimas y reconciliación en el País Vasco.** Manuel Reyes Mate.

97/2006. **Cuánto saben los ciudadanos de política.** Marta Fraile.

98/2006. **Profesión médica en la encrucijada: hacia un nuevo modelo de gobierno corporativo y de contrato social.** Albert J. Jovell y María D. Navarro.

99/2006. **El papel de la financiación público-privada de los servicios sanitarios.** A. Prieto Orzanco, A. Arbelo López de Letona y E. Mengual García.

100/2006. **La financiación sanitaria autonómica: un problema sin resolver.** Pedro Rey Biel y Javier Rey del Castillo.

101/2006. **Responsabilidad social empresarial en España.** Anuario 2006.

102/2006. **Problemas emergentes en salud laboral: retos y oportunidades.** Fernando G. Benavides y Jordi Delclòs Clanchet.

103/2006. **Sobre el modelo policial español y sus posibles reformas.** Javier Barcelona Llop.

104/2006. **Infraestructuras: más iniciativa privada y mejor sector público.** Ginés de Rus Mendoza.

105/2007. **El teatro en España: decadencia y criterios para su renovación.** Joaquín Vida Arredondo.

106/2007. **Las alternativas al petróleo como combustible para vehículos automóviles.** José Antonio Bueno Oliveros.

107/2007. **Movilidad del factor trabajo en la Unión Europea y coordinación de los sistemas de pensiones.** Jesús Ferreiro Aparicio y Felipe Serrano Pérez.

108/2007. **La reforma de la casación penal.** Jacobo López Barja de Quiroga.

109/2007. **El gobierno electrónico: servicios públicos y participación ciudadana.** Fernando Tricas Lamana.