

ENTORNO DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

JOSEP REDORTA

Es abogado-mediador y Dr. en Psicología Social

Árbitro del Tribunal Laboral de Catalunya

Miembro de la Corte Europea de Arbitraje

e-mail: josepredorta@eresmas.net

1.- La crisis de los sistemas judiciales clásicos

Luego de largos años de práctica de la abogacía en su sentido más puro de abogado litigante ante los tribunales de justicia, el primer contacto del ponente con la mediación ocurrió a través de una conferencia pronunciada por D. Luis Muñoz Sabaté, reconocido procesalista catalán, en el marco del IV Congreso Europeo de Ley y Psicología, celebrado en Barcelona en abril de 1.994.

De acuerdo a las notas tomadas, la afirmación literal del conferenciante fue que: "el modelo judicial español era agónico de cara al siglo XXI." En su opinión, presentar la Justicia sólo como un combate pasaría a no tener ningún sentido y que era preciso retornar "a las fuentes naturales de resolución de los conflictos". Una de esas fuentes era la mediación.

A esta afirmación rotunda siguió una profunda exploración del tema por parte de quien expone y no sólo en España sino en otros países.

Aparecieron entonces afirmaciones tan rotundas como esta de Norman Brand¹, abogado norteamericano:

“La mediación está a punto de cambiar la práctica del Derecho. Es la forma más económica, con menor riesgo y menos utilizada para resolución alternativa de litigios, encontrándose su demanda en continuo crecimiento.”

En Argentina, Silvio Lerer, también abogado, afirmaba: “Está ocurriendo una revolución copernicana en la profesión legal.”² Mientras en Francia Jean François Six trataba de responderse a la pregunta ¿Porque es esencial la mediación hoy y lo será mañana? y su respuesta era: nuestra sociedad ha entrado en una era de inmediatez y de incertidumbre³. Corría el año 1995.

Hoy, con unos diez años de perspectiva histórica, luego de haber abandonado el litigio como único sistema de resolución de conflictos y a plena dedicación en el campo de los MARC, parece oportuno compartir algunas reflexiones que venimos haciendo.

Lo primero que encuentro en esta reflexión es una situación altamente paradójica que se compone de varios elementos:

a) AUMENTAN LOS CONFLICTOS DE FORMA EXPONENCIAL MIENTRAS QUE LAS PERSONAS VINCULADAS A LA RESOLUCIÓN DE LOS MISMOS SE HALLAN EN PARO, O FRUSTRADAS O PROFUNDAMENTE INSATISFECHAS.

¹ BRAND, N. Learning to use de mediation process: a guide for lawyers. Arbitration journal, december 1992

² Lerer, S. (1996). La mediación y los abogados. en *La mediación una transformación en la cultura*. Gottheil, J y Schiffrin, A. compiladores. Buenos Aires: Paidós

³ SIX, J.F. (1997) Dinámica de la mediación. Barcelona: Paidós

Trátese de policías, trabajadores sociales, jueces, abogados, psicólogos, etc. no es fácil desestimar las dificultades que perciben en su trabajo de ayuda. La pregunta pertinente es: ¿No estaremos haciendo algo mal?

b) EL CONFLICTO ES UNA REALIDAD MUY MULTIDISCIPLINAR Y COMPLEJA, SIN EMBARGO TRATAMOS DE RESOLVERLO DESDE UNA ÚNICA VISIÓN DISCIPLINAR, LA NUESTRA.

Ya sea la visión jurídica del conflicto, la económica, la pura psicológica, etc. la pregunta pertinente es: ¿No estaremos privados por formación (o deformación) de puntos de vista relevantes para la comprensión de los ocurre?

c) HEMOS APRENDIDO A RESOLVER LOS CONFLICTOS DESDE LA CONFRONTACIÓN, PERO NO ES SEGURO QUE LOS RESOLVAMOS.

Lo que en un momento fue un medio para equilibrar derechos y establecer justicia tiende a convertirse en un conflicto de poder, en una competición inacabable que desgasta a todos. La pregunta pertinente es: ¿Estamos convencidos de que sólo desde la confrontación puede resolverse un conflicto?

d) AUNQUE SABEMOS QUE IR A LA RAÍZ DE UN PROBLEMA ES MÁS EFECTIVO, NOS ENCANTA TRATAR CON LAS CONSECUENCIAS DE LOS PROBLEMAS.

Hay miles o millones de problemas reiterativos de raíz común, pero optamos por resolver el mismo problema de forma persistente desde las consecuencias del mismo, sin que afrontemos las causas. La pregunta pertinente es: ¿Estamos seguros de qué esto es efectivo?

e) MIENTRAS LAS ADMINISTRACIONES JUDICIALES SE VAN PERCIBIENDO CADA VEZ MÁS COMO MÁS DESLEGITIMADAS, NUESTRA RESPUESTA ES LA INFLACIÓN LEGISLATIVA.

La cantidad de leyes y disposiciones legales crece exponencialmente en todos los países y con ellas las contradicciones en la aplicación de la justicia formal. La pregunta pertinente es: ¿No será que lo que nos falta son otros mecanismos de respuesta a los problemas? y también: ¿Hay que repensar el modelo de Justicia?

Estas paradojas nos inducen a pensar que no estamos en el buen camino. Y, si nos permitimos echar una mirada amplia a lo que ocurre alrededor nuestro, observaremos fenómenos de alto interés:

1) ESTAMOS ANTE PROCESOS DE GRAN INCERTIDUMBRE

Ya se trate de procesos amplios tipo Unión Europea, Mercosur, etc., ya se trate de la emergencia de nuevos valores (islamismo, interculturalidad, aportaciones de la genética, etc.), el mundo ha cambiado mientras no lo ha hecho suficientemente nuestra forma de afrontar estos cambios. Mucho menos han cambiado los sistemas judiciales, que como toda institución tienden a ser conservadores.

2) ESTAMOS ANTE PROCESOS MUY ACELERADOS

Lo que caracteriza el cambio social actual ya no es el cambio en sí mismo, sino la velocidad que conlleva. Por ejemplo, las empresas del sector de la informática no pueden permitirse acudir a los juzgados. La necesaria velocidad de respuesta ha obligado a grandes productores y clientes a establecer un sistema rápido y autónomo de solución de conflictos, pues por el sistema clásico la sentencia judicial llegaría probablemente cuando el hardware y el software ya

estuvieran obsoletos. Aquí el sistema judicial ha pasado a ser la alternativa de lo extrajudicial.

3) ESTAMOS ANTE PROCESOS DE GRAN AMPLITUD

Las nuevas tecnologías están cambiando literalmente los cimientos de la vida, del tiempo y del espacio.⁴ La eclosión de los teléfonos celulares nos ubica en una cultura de la inmediatez, internet y el correo electrónico nos permiten estar a “dos clics” de cualquier lugar del mundo. La ingeniería genética está cambiando las bases de lo conocido. Lo diverso y lo complejo nos inundan por doquier, el sistema judicial está articulado sobre bases de una sociedad que hoy ya casi no existe, o si existe puede pensarse su desaparición con el tiempo.

4) ESTAMOS ANTE PROCESOS MUY PROFUNDOS

El cambio social está cambiando nuestras identidades, nuestros valores y los esquemas aprendidos. Es un proceso insidioso y contradictorio que asumimos en general con poca reflexión, frente al que a veces se presentan fuertes actitudes de rechazo. El sistema judicial también está formado por personas que están cambiando, aunque a veces no sean conscientes de ello.

Todo este marco macrosocial va a tener consecuencias trascendentes que van a afectar con toda seguridad al rol de las instituciones. Permítaseme que recoja ahora algunas afirmaciones que ya se están configurando desde los estudios de sociología y política. Veamos:

⁴ CASTELLS, M. (1997). La era de la información. Vol. 1, *La sociedad red*. Madrid: Alianza Editorial. – Se trata de una obra importantísima para conocer el alcance de los grandes cambios sociales a que estamos sometidos globalmente.

- a) EL PODER CADA VEZ SE VA A BASAR MÁS EN LA CAPACIDAD DE RELACIÓN QUE EN LA CAPACIDAD DE IMPOSICIÓN.
- b) LOS ACTORES SOCIALES SE VAN A FRAGMENTAR. EL ROL DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS COMO ÚNICOS REPRESENTANTES DEL INTERÉS GENERAL SE VA A RELATIVIZAR.
- c) PERDERÁN PROTAGONISMOS LAS INSTITUCIONES PUBLICAS COMO REFERENTES MÁS IMPORTANTES EN LA REGULACIÓN DE LOS CONFLICTOS.
- d) LAS INSTITUCIONES PUBLICAS SERÁN MÁS BIEN PERCIBIDAS COMO CATALIZADORAS Y SINTETIZADAS DE SOLUCIONES DEBATIDAS Y CONSENSUADAS CON AGENTES SOCIALES DE TODA ÍNDOLE.

Todo este cuadro que estamos perfilando a grandes rasgos y con visión multinacional, nos induce a pensar que debemos hallar nuevas vías y recursos para hacer frente a la conflictividad social de este milenio. Que la estructura judicial de los diferentes países está ya sometida a fuertes tensiones de fondo que no le permiten rescatar los valores en que se apoya y adaptarse rápidamente a los nuevos tiempos y aires que corren. Que estamos llegando tarde.

2.- Las resistencias al cambio

Esta necesidad de cambio se enfrenta a grandes resistencia de los operadores jurídicos. En primer lugar, los abogados.

Por cuestiones de cultura profesional los abogados somos poco proclives al cambio y nos adherimos a lo conocido. Uno de nuestros principales esfuerzos en conocer la jurisprudencia. Pero,

permítasenos que hagamos notar que el ejercicio diario de buscar la jurisprudencia relevante, es un ejercicio de practicar la analogía al caso presente a partir de premisas inscritas en el pasado. El abogado tiende a mirar hacia atrás, busca la respuesta en el pasado. También lo hace el juez y eso es una búsqueda de seguridad.

A veces hasta somos capaces de mirar en el derecho comparado y eso es cuando más nos arriesgamos. Es como mirar hacia al lado, para verificar nuestros criterios interpretativos. Sin embargo, en general, las profesiones jurídicas no miran hacia adelante. Ahí está el vacío. No hay norma. Y, claro está, los profesionales del Derecho nos defendemos muy mal cuando la norma no existe. Así pues cuando hablamos de los MARC, más allá del arbitraje o la negociación el miedo a lo desconocido bloquea a los operadores jurídicos quienes han hecho aprendizajes basados principalmente en la mirada hacia atrás y en la norma.

Además, puede que exista cierto conflicto de intereses, si los casos se resuelven por otras vías y de forma más económica, el abogado puede vivir esto como una pérdida presunta de ingresos. Es cierto que el abogado quiere lo mejor para sus clientes, en términos generales. Pero, ¿en que forma benefician al abogado los MARC?.

Naturalmente, las resistencias no están sólo del lado de los abogados. Muchos jueces piensan que impartir justicia es repartir sentencias y este es un rol al que no quieren renunciar. Y, siendo cierto que la judicatura es capaz de resolver conflictos muy delicados en los que las partes han sido incapaces de encontrar la solución, la generalización a todas las situaciones puede ser un error. La articulación adecuada entre proceso judicial y MARC ofrece un marco mucho más apropiado para encontrar soluciones a problemáticas cada vez más diversas.

Otras veces las resistencias están de parte de los justiciables. El mito de la Justicia tiene mucho peso tal y como lo venimos recibiendo sobre todo de los films estadounidenses. Tendemos a pensar que tenemos la razón, toda ella y que es muy obvio que un juez investido de toda su autoridad no puede hacer otra cosa que darnos la razón. El mito de la Justicia en mayúscula y el peso de lo togado se unen al desconocimiento de los MARC, por lo se prefiere el juzgado que otras vías alternativas.

Entendemos que cualquier política que afronte los mejores medios para resolver los conflictos tiene que tener en cuenta, no sólo el marco general sino las resistencias específicas al cambio y permitir a todos los sectores que hoy administran la Justicia sentirse cómodos, recuperar el sentimiento de que se está administrando justicia y resolviendo problemas y tener la valoración y consideración social debida que les corresponde.

3.- Los MARC o el campo de la gestión de conflictos

No existe tan siquiera un acuerdo unánime en el nombre. Las siglas MARC que responden al conjunto de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, a veces son substituidas por RAC (Resolución Alternativa de Conflictos) o también MESC (Medios Extrajudiciales de Solución de Conflictos). Últimamente la literatura viene hablando de RC para referirse directamente a todo el campo de Resolución de Conflictos.

No estamos ante un cambio semántico irrelevante. Se está partiendo de la configuración de dos bloques (lo judicial y lo extrajudicial) a la visión integrada de un sólo campo: la gestión del conflicto que abarcaría también las soluciones derivadas de los procesos judiciales.

Esta nueva visión se vincula de forma creemos que excesiva a la figura de la mediación. Efectivamente, se puede hablar de Mediación al menos en tres sentidos:

a) La mediación como valor

Este caso es el valor de la pacificación de las relaciones humanas. Es un *desideratum* que tiene sentido poniendo la paz social como eje de la acción.

b) La mediación como gestión del conflicto

Se habla de mediación, pero lo que se pretende es que por algún medio se resuelva un conflicto. Es un sentido muy abarcativo de la mediación que va mucho más allá de los términos técnicos del concepto.

c) La mediación como técnica específica

Decimos ahora mediación para referirnos a un conjunto de procesos estudiados y formalizados que sirven para resolver conflictos a partir de la incorporación de terceros ajenos a ese conflicto con un rol imparcial y neutral.

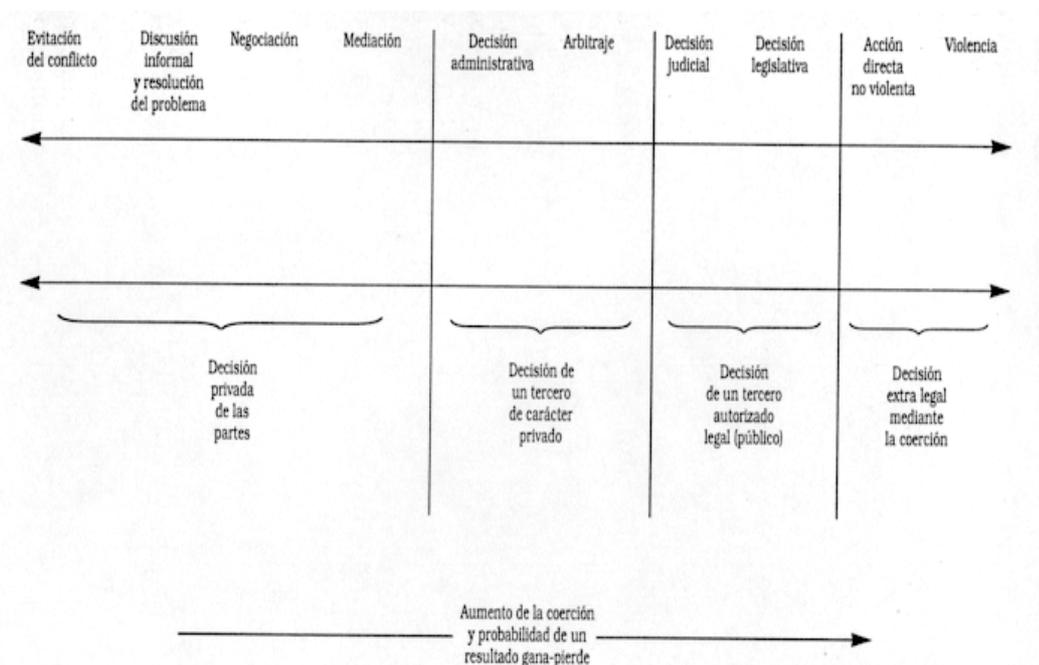
Una mejor comprensión del tema la podemos conseguir a partir de lo que se ha llamado "el continuo de la resolución de conflictos"⁵. Se parte de la idea de que todas las formas de resolución de conflictos caben en un continuo donde en un extremo estaría la EVITACIÓN del mismo y en el otro la VIOLENCIA, considerada ésta como despojada

⁵ REDORTA, J. (2004) en Como analizar los conflictos. Barcelona: Editorial Paidós. En el que se cita este cuadro extraído de Moore, C. (1986) de su obra "El proceso de mediación"

de sus aspectos morales y como un medio extremo de resolver un conflicto con base en la fuerza.

La característica de este continuo⁶ es que ilustra como el poder (la coerción) se constituye en un medio de resolución de conflictos y que la comprensión de su uso en función de la situación y de la gradualidad es muy relevante. Veamos:

CONTINUO DE MÉTODOS DE GESTIÓN DE CONFLICTOS



Este gráfico tiene la virtud de integrar el conjunto de soluciones para un conflicto dado y suma lo judicial con lo extrajudicial. Sin duda debiera ser más amplio para recoger el conjunto de mecanismos y las diferentes técnicas para resolver conflictos que existen, pero a nuestros efectos es suficientemente significativo.

⁶ Para comprender mejor esto, veáse "El poder y sus conflictos" REDORTA, J. (2005), también en Editorial Paidós.

Cuando se piensa en los MARC aparecen de inmediato el arbitraje y la mediación como figuras de resolución alternativa de conflictos más consolidadas y conocidas. Pero esto sucede por un desconocimiento de la enorme cantidad de recursos que ofrece este campo. Permítasenos citar algunos ejemplos relevantes:

1) Los Ombudsman

Figura de resolución de conflictos en amplio crecimiento basada en la independencia de quien la ejerce respecto del problema y en su capacidad de resolver casos concretos, generalmente tasados y efectuar recomendaciones generales.

2) La facilitación

Se refiere a técnicas de intervención con uso mínimo del recurso al poder y de gran utilidad en problemáticas grupales. Su crecimiento es continuo y se augura un nuevo campo profesional.

3) El "*fact finding*"

La búsqueda y esclarecimiento de hechos relevantes en un conflicto cambia la naturaleza de ese conflicto al aportar información contrastada y contrastable. Las diligencias previas penales no son otra cosa que la figura del "*fact finding*" incorporadas ya al proceso penal.

4) La evaluación neutral preventiva

Se refiere a un metodología en la que se busca a un tercero que pueda tener opinión formada sobre el conflicto en cuestión para que omita un dictamen no vinculante para las partes.

5) El "conferencing"

Una de las diversas técnicas especializadas para conflictos comunitarios consistente en reunir a todas las partes afectadas marcando los límites legales para formar un consenso desde una figura de autoridad que puede ser la policía.

6) El diálogo apreciativo

Una técnica de construcción de consenso en grupo a partir de los valores positivos presentes fundada en la participación. Es una figura en amplio crecimiento.

Es esta una muestra que pretende situar los MARC más allá de la mediación y el arbitraje como figuras más conocidas. La emergencia del campo es tal que en el año 2000 apareció en Estados Unidos el primer diccionario de resolución de conflictos,⁷ lo que es indicativo de que el campo tiene un lenguaje propio y técnico que conviene usar con la precisión adecuada.

Hace muy pocos años está creciendo con fuerza una nueva figura la ODR (Online Dispute Resolution). Se trata de la adaptación de los MARC a las disputas online que está incidiendo en problemáticas que no tienen origen en la red, pero que pueden soportar bien soluciones desde plataformas adecuadas electrónicas.⁸ Su crecimiento es continuo y muy adaptado a la sociedad virtual que se configura. Un muy documentado estudio hecho por Claro V. Parlade⁹ a partir de los ODR plantea que los MARC deben ser ya pensados no como una

⁷ YARN, D. H. (2000). Dictionary of Conflict Resolution. San Francisco, Ca. : Jasssey Bass Inc.

⁸ PAZ, E. (2000). Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España. Madrid: Aenor

⁹ PARLADE, C. V. (2004) Online Dispute Resolution and Quality of Justice. en la web www.odr.info

alternativa sino como un sistema "apropiado" de resolución de conflictos que más allá de consideraciones de tiempo y coste, puede resultar mucho más adecuado que el proceso judicial, al menos para ciertos tipos de disputas.

En efecto el campo de los MARC puede cubrir tanto los aspectos de prevención de los conflictos, como su gestión o resolución y permite el diseño de programas integrados orientados a un tratamiento completo de gestión de las diferencias sociales.

4.- La articulación MARC y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Es rigurosamente históricamente cierto que el Tribunal y el proceso judicial formalizado ha supuesto un enorme avance para la humanidad. Solamente es preciso ver lugares donde no existe o no es independiente, para darse cuenta de la necesidad evidente de tener un sistema judicial que funcione.

El problema consiste en que existe un consenso muy generalizado que trasciende países y sistemas judiciales que denota una alta insatisfacción con el servicio que proporciona la Administración de Justicia tal y como está configurada de forma diversa. Por poner un sólo ejemplo: un informe de 1999 del órgano de gobierno de la magistratura italiana¹⁰ afirmaba: "se puede decir que existe en Italia la convicción de que la justicia civil es sólo una expresión verbal."

Las críticas respecto a la lentitud de la justicia, a su alto coste en determinados supuestos y la baja calidad de determinados standarts pueden darse por generalizadas. Los mismos participantes del

¹⁰ CONSIGLIO SUPERIORE DE LA MAGISTRATURA. Nona Commissione- Tirocinio e Formazioni professionale. Incontro di studio sul tema: "Conciliazione, mediazioni e riparazione", Frascati 11-13 marzo 1999, extraído del material electrónico de las Jornadas GEMME celebradas en Roma marzo de 2006

proceso judicial lo admiten sin ambages. Y es que, ciertamente, tal vez le hayamos pedido a la Administración de Justicia que lo resuelva todo y además bien. Debiéramos reflexionar si no hemos introducido en el sistema judicial cuestiones que pretendemos que nos resuelva un tercero cuando podrían estar en muchos casos en el ámbito de decisión de los participantes.

En otras palabras, entre los dos sistemas básicos en la doctrina jurídica de heterocomposición de los conflictos (el tercero toma la decisión correcta) y autocomposición de los conflictos (las partes adoptan la decisión que les es conveniente) parece que hemos optado por el primero, de forma tan desequilibrada, que nos hemos desresponsabilizado totalmente de la solución de los problemas que nos creamos.

Seguramente conviene iniciar una reflexión sobre todo esto y tenemos la esperanza de que este trabajo contribuya a ello. Desde nuestro punto de vista tiene su interés examinar el caso de Estados Unidos por ser uno de los países donde la reflexión teórica es más importante y la práctica muy extendida. Desde nuestra mirada podemos observar:

a) LOS MARC COMO PROCESO INDEPENDIENTE

En su inicio los MARC y la mediación en particular pertenecen plenamente al ámbito de lo privado y casi podemos decir que se excluyen mutuamente. La desconfianza entre ambos sistemas es total y seguramente podríamos poner el paralelismo entre la medicina oficial y las prácticas alternativas medicinales.

b) LOS MARC Y EL SISTEMA JUDICIAL EN RELACIÓN AMBIGUA

En esta segunda fase, los jueces a veces influenciados por su propia práctica de árbitros privados o mediadores en grandes e importantes procesos, empiezan a pensar que, en determinados casos, los MARC y en particular el arbitraje privado y la mediación ofrecen alternativas apropiadas al sistema judicial.

c) LOS "ANNEXED COURT PROGRAMS"

Un paso más allá lo da el sistema judicial cuando empieza a derivar a mediación casos concretos. Muchos jueces ven en la mediación alternativas eficaces y no contradictorias con el sistema. Entienden que las soluciones negociadas aportan valores propios a la solución de los problemas y pueden controlar el proceso. Se inician muchos programas experimentales de este tipo que terminan consolidándose y se aporta financiación importante a los mismos. Los profesionales del Derecho no sienten la derivación a mediación como una amenaza para sus intereses sino que lo ven como un recurso. Los jueces consideran que sus sentencias deben ser dictadas un poco como excepción y como último y definitivo recurso.

d) LA FLEXIBILIZACIÓN DEL PROCESO JUDICIAL

La doctrina y la práctica anglosajona han tenido siempre muy en cuenta la transacción dentro del proceso judicial. No así en la doctrina europea donde las leyes procesales han visto la transacción como un medio anormal de terminación del proceso. Las técnicas de mediación en esta fase se incorporan a los juzgados y aparecen jueces conciliadores (Francia) o jueces mediadores en la segunda instancia (Holanda) o se dan muchas facilidades de conciliación a lo largo del proceso (Inglaterra). En Estados Unidos la *Uniform Mediation Act* bien reciente, se constituye en ley general de mediación para regular las relaciones cada vez más íntimas entre ambos sistemas.

Este proceso creemos que es el que va seguirse, probablemente quemándose etapas en el tiempo. La influencia internacional juega a favor de un mayor reconocimiento de los MARC cada vez más por los propios valores que aporta. En este momento existe un proyecto de directiva europea¹¹ en fase muy avanzada. Y, en Latinoamérica en general va existiendo cada vez más conciencia de la importancia de los MARC, en este sentido la experiencia mexicana es de referencia por la amplitud que está tomando el movimiento de implantación de la mediación. También los países asiáticos se están sumando a este movimiento y es que en un mundo cada vez más transnacionalizado y con más conflictos, la adaptación debe ser urgente. Sin embargo, los modelos vinculados a los procesos judiciales tienen menor capacidad de adaptación y cambio que aquellos vinculados a los MARC, como hemos visto en el caso de las disputas online.

En última instancia hay una razón de mucho peso para pensar que el sistema judicial va a tener que adaptarse a nuevas realidades. Se trata de su misma esencia: la contradicción. La psicología social ha puesto muy de manifiesto que las causas de los conflictos, las partes se las atribuyen de distinta manera¹². La física cuántica ha puesto muy de manifiesto como en la vida causas y efectos se confunden. La biología ha demostrado que el reto de la vida está más en la

¹¹ La propuesta de directiva la presentó la Comisión de las Comunidades Europeas 22.10.04 como resultado de los trabajos que siguieron al Libro Verde sobre esta materia de 2002. Durante 2005 el Comité de Derecho Civil del Consejo de la Unión Europea ha mantenido diversas sesiones de trabajo. Actualmente, existen importantes tensiones al parecer derivadas de acción de lobby que pretenden reducir el ámbito de aplicación de esta directiva. Para información de primera mano del estado de este debate es conveniente acudir a D. PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ, magistrado en la Sección 12ª de la Audiencia de Barcelona (España) quien ha sido miembro de la representación técnica española y uno de los principales introductores de la mediación en el estado español.

¹² Es de alto interés la Teoría de la Atribución que desde la psicología social esclarece de forma importante las razones de nuestros errores de imputación de responsabilidad. Ver por ejemplo HEWSTONE, M. (1992). La atribución causal. Barcelona: Paidós

cooperación que en la competición. Nuevos paradigmas amenazan el principio de que de la contradicción nace la verdad y es un hecho que la justicia material se aleja cada vez más de la equidad. Al final dictar sentencia en Derecho con una norma que las partes no perciben como propia puede ir erosionando el sistema desde sus propias entrañas.

Resumiendo propugnamos que procede una enorme revisión en profundidad del sistema judicial muy anclado en parámetros hoy discutibles desde la ciencia para adaptarlo a la realidad de hoy¹³, que el proceso judicial y la Administración de Justicia tienen un rol importante que jugar debiendo mantenerse el sistema preferentemente para supuestos en los que son precisos pronunciamientos públicos de trascendencia social (situaciones de discriminación, sentar precedentes, fracaso de otros medios, garantías individuales, etc.). O también, para aquellos supuestos en los que el arbitraje público y formalizado de un juicio pueda tener sentido.

Los MARC van a seguir desarrollándose de forma amplia con características de movimiento social silencioso y cada vez más presentes en las propias instituciones que deberán regularlos.

Los operadores jurídicos y sociales debieran ser capaces de liderar estos procesos de cambio tanto por su propia trascendencia social como por la propia satisfacción personal de los participantes.

5.- La regulación de los MARC

¹³ Este punto de vista es compartido por el grupo de magistrados europeos de reciente constitución denominado GEMME en su reciente reunión de Roma en marzo de 2006.

A la vista de todo lo anterior parece evidente que las distintas instancias administrativas debieran plantearse con mucha seriedad y profundidad como sacar el mejor partido posible de los MARC. Y, esto siempre es un verdadero reto al menos por dos razones:

a) Toda regulación es en sí misma limitadora

Mientras que la regulación permite visibilidad y seguridad jurídica, al mismo tiempo reduce determinadas prácticas que en contextos concretos pudieran resultar de utilidad. En cierto sentido pues, la regla produce efectos adversos.

b) Los MARC se basan en criterios de mucha flexibilidad

De alguna manera una de las mas claras ventajas de los MARC es su adaptabilidad a las situaciones y su vocación de evolución continua. Este muchas veces casa mal con una regla establecida.

Desde nuestro punto de vista, debe efectuarse un tratamiento distinto de la mediación y el arbitraje respecto de las otras múltiples figuras de las que dispone el rico campo de la gestión de conflictos.

En efecto, generalmente el arbitraje tiene en los ordenamientos jurídicos un tratamiento adecuado por lo que en general la regulación deberá ir en orden a incorporar eficacia al procedimiento establecido.

No sucede lo mismo con el resto de figuras encajables en los MARC, con el caso aparte de la mediación que trataremos después. La absoluta mayoría de figuras de resolución de conflictos están tan infrutilizadas que la única regulación posible parece orientada a hacerlas presentes a los operadores sociales. En todo caso, es en el ámbito de lo privado donde pueden tener mucho juego y si se tratara

del ámbito de lo público caben en programas experimentales "ad hoc".

No es este el caso de la mediación. La mediación como figura más emergente del campo de la gestión de conflictos, está teniendo incidencia notoria y sus condiciones de eficacia pueden depender de su articulación con el sistema judicial, de la calidad del proceso mediador, de que sea percibida como un recurso legítimo y apropiado por los agentes sociales y los participantes en los procesos de conflicto.

Además la propia mediación tiene su evolución y sus reglas de tipo técnico, que hacen que una mediación en un conflicto público deba responder a parámetros de transparencia y que una mediación en un conflicto privado deba responder a parámetros de confidencialidad, por poner un ejemplo. Es decir, que aunque existe un proceso base de mediación, la práctica de la misma puede ser muy variada. Si además pensamos en la conexión con el sistema jurídico aparecen unas necesidades que deben ser resueltas por cuestión de interés público.

Finalmente, se hace preciso señalar que el mero hecho de tomar la decisión de regular la figura produce muchos efectos:

- a) Los operadores jurídicos no pueden permanecer impasibles ante un nuevo recurso.
- b) Los operadores sociales de distinto ámbito profesional van a posicionarse ante la emergencia de una nueva figura de resolución de conflictos.
- c) La Administración debe posicionarse en su propio rol y definir que piensa hacer al respecto.

- d) A las partes en conflicto se les generan nuevas expectativas de solución.

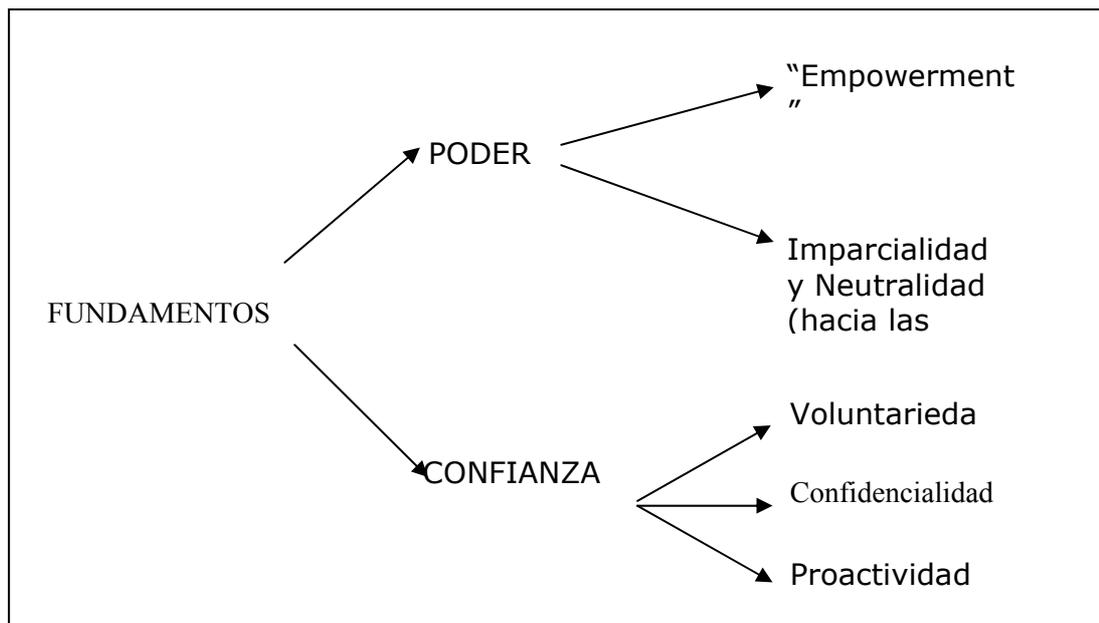
Todas estas razones y algunas más, nos inducen a plantear la conveniencia de reflexionar sobre la posible regulación de la mediación y sus efectos.

6.- La regulación de la mediación

La mediación puede ser vista como un método alternativo no adversarial para la solución de conflictos, mediante el cual uno o más mediadores, quienes no tienen facultad de decisión, intervienen únicamente facilitando la comunicación entre las partes en conflicto, con el propósito de que las mismas puedan alcanzar voluntariamente una solución total o parcial al mismo.

Un esquema nos puede ilustrar esto:

FUNDAMENTOS DE LA MEDIACIÓN



Fuente: Redorta, J. (2004) en Como analizar los conflictos

De alguna manera lo que estamos viendo es que la mediación como proceso se apoya en un uso distinto de la relación de poder con relación al proceso judicial y en base a estimular la confianza entre las partes. A ello contribuyen de manera decisiva el hecho de entrar y salir del proceso de manera voluntaria, la confidencialidad y la proactividad que sería la expectativa que tienen las partes en conflicto de que el mediador o mediadores dispondrán de recursos para manejar la situación planteada.

Lo que se ha planteado en primera instancia es ver la mediación en marco amplio de acceso a la justicia. En este sentido, se considera que el acceso a la justicia debe incluir la promoción del acceso a procedimientos adecuados de resolución de litigios tanto para particulares como para empresas y no solamente el acceso al sistema judicial.

El segundo aspecto es considerar la interacción entre la mediación y los procesos judiciales clásicos: separación y divorcio, procedimiento civil clásico, procedimiento penal de menores, etc. esto conlleva a establecer un grado mínimo de compatibilidad entre las normas procesales civiles, por ejemplo en los supuestos de caducidad y prescripción de la acción, o bien la posibilidad de ejecutabilidad de acuerdos mediados o bien la remisión a mediación por el órgano judicial de un asunto concreto.

En tercer lugar, la regulación de la mediación puede hacerse de forma específica para determinados supuestos (Ley de Mediación Familiar de Catalunya) o bien regulando con carácter general la figura (*Uniform Mediation Act* de EE.UU.).

En cualquier caso, la regulación de la figura ha venido contemplando de forma típica los siguientes supuestos:

a) La calidad del proceso

Esto incluye tanto la formación de los mediadores y su acreditación como tales como las formas de supervisión que garanticen los fines públicos que se persiguen.

b) La forma de acceso al proceso

Donde se plantea la voluntariedad de acceso a las partes al proceso y su salida, con distintas soluciones a la dialéctica voluntariedad/obligatoriedad de la mediación.

c) La responsabilidad de los mediadores

En este aspecto uno de los debates más intensos es respecto de los niveles de confidencialidad y su exigencia.

d) Los temas objeto de mediación

Típicamente se considera que las cuestiones vinculadas a derechos fundamentales se excluyen de la mediación, que aquellas vinculadas a los procedimientos penales se limitan en el marco de la denominada "Justicia Restaurativa" y se potencian todos los aspectos de libre disposición de las partes normalmente susceptible de transacción o convenio.

e) Las obligaciones y derechos de las partes durante el proceso de mediación.

Por ejemplo, se regula que las partes deben ser informadas del proceso, sus limitaciones y sus costes. Se regulan las actitudes en el sentido de no admitirse amenazas o conductas inapropiadas, etc.

f) Las obligaciones y derechos de los mediadores

En este ámbito puede regularse el derecho del mediador a dar por finalizada la mediación. La obligación de imparcialidad y neutralidad, la confidencialidad, etc.

Finalmente, la regulación de la figura de la mediación afecta a su tratamiento institucional. En este sentido la regulación afecta a la creación de servicios de mediación y a su control por el Estado. Se regula la dependencia, medios y funciones.

Establecido este cuadro general regulatorio es oportuno revisar los grandes debates hoy existentes en este campo. Antes que nada es preciso señalar que el hecho de que no exista acuerdo pacífico sobre la regulación tiene más que ver con la novedad del fenómeno y con las distintas variantes de la técnica que con una deficiente técnica normativa. En términos generales, los legisladores han considerado las diversas experiencias y han optado por una solución en detrimento de otra. Baste pensar que la *Uniform Mediation Act* de EE.UU. nació para sustituir a las aproximadamente 2500 regulaciones preexistentes en el país, fruto de otros tantos programas de implementación de la mediación.

Si repasamos estos debates debiéramos pensar en los siguientes puntos:

1) MARCO REGULATORIO

En general, se tiende a una ley de tipo amplio y que fije mínimos a desarrollar en zonas concretas o por temas concretos. Este es el criterio del actual proyecto de Directiva Europea de 2004. Estimamos que este criterio de mínima regulación es eficaz en orden a conseguir

efectos prácticos y a evitar los inconvenientes de una falta de regulación.

2) CRITERIO DE SENSIBILIDAD

Aunque la mediación es útil en muchísimos campos, hay áreas más sensibles a la rápida implementación de la mediación como pueden ser temas de consumo, relaciones familiares, problemáticas multipartes como malpraxis médica o medio ambiente. Parece que tiene sentido empezar por donde el recurso pueda ser más útil. Históricamente la mediación familiar es la que se ha implantado con mayor rapidez en distintos países.

3) ACCESO AL SISTEMA JUDICIAL

El debate ha afectado sobre todo a la posibilidad de ejecución de los acuerdos alcanzados en mediación y a los institutos de caducidad y prescripción de la acción procesal.

En este punto lo primero que hay que afirmar es que los índices de incumplimiento de los acuerdos en mediación son extraordinariamente bajos y que por lo general, se ofrece el recurso de volver a mediación en caso de dificultades. En otras palabras muy pocos acuerdos deben ser ejecutados. Pero, para estos supuestos, parece oportuno que sea establecida una vía de cumplimiento. Aunque cualquier cosa que suene a obligatoriedad encaja mal con la mediación, si es cierto que las garantías de cumplimiento de los acuerdos refuerzan la eficacia del proceso. Entendemos que debe regularse este punto.

Igualmente sucede con los términos. Distintas regulaciones tienden a otorgar al mediador la posibilidad de solicitar que se interrumpa el

proceso mientras la mediación se efectúa siempre dentro de un tiempo limitado. En los supuestos en que no hay conexión con el sistema judicial es preciso tener en cuenta la pérdida de posibles acciones legales. Esto puede ser más fácil si el profesional es abogado que si pertenece a otra cultura profesional. En todo caso debiera corresponder al mediador remitir a las partes a consulta legal sobre este punto o asumir responsabilidades ante los mediados.

4) FORMACIÓN DE LOS MEDIADORES/AS

La calidad del proceso deriva sobre todo de las habilidades de los mediadores y mediadoras. Aquí el debate se centra en quienes se hallan en mejores condiciones para mediar. Mientras que los abogados pueden dominar la visión más jurídica del tema, puede que habilidades específicas de otras profesiones de ayuda se les escapen.

La mediación tiende a ser multidisciplinar. Aquello que configura un buen mediador/a son las habilidades de base de la persona adquiridas en el proceso de socialización, la cultura profesional de origen y las técnicas dominadas. Ningún programa de formación de mediación actual contempla bien este proceso y el criterio dominante pasa a ser el número de horas de formación que en general y en Europa tiende a situarse en las 200 horas. Sin embargo, se está ya generando la idea de que esta formación tiene que estar muy orientada a la práctica de forma tal que parece que los mediadores/as debieran formarse de la mano de buenos profesionales que les supervisen. Esto es hoy un criterio minoritario, pero quizás deba tenerse en cuenta. Sin embargo, esto no será posible hasta que el número de mediaciones reales efectuadas no posibilite un amplio panel de mediadores bien formados.

5) LA CONFIDENCIALIDAD

Aunque en general tiende a regularse la mediación en méritos de la confidencialidad, esto a dado lugar a debates muy intensos. Una cosa son las relaciones privadas donde es claramente exigible y otra las cuestiones de orden público donde la confidencialidad puede ser inexistente. Imaginemos los supuestos de mediación en entornos policiales donde se considera que pueden ser tratados en mediación un tercio de los casos, tales como ruidos, molestias, etc.¹⁴ el nivel de exigencia es distinto de un conflicto comunitario con afectación del espacio público. Pensamos pues que el criterio general debe ser de garantía de confidencialidad, excepto en supuestos de orden público u formas de mediación que por su carácter aceptado por las partes se impida la confidencialidad o no sea conveniente.

6) LA VOLUNTARIEDAD

En el ámbito de las relaciones laborales tiende a establecerse un proceso forzoso de mediación por ejemplo en supuestos de huelga declarada. Los ordenamientos que regulan la obligatoriedad de la mediación lo hacen en términos de que las partes están obligadas a acudir a un servicio, bajo sanción de pérdida de derechos. Esto tiende a estar avalado por razones de orden público. Sin embargo, el criterio más aceptado y empleado es el de regular la mediación en orden a que la voluntariedad de las partes en promoverla y en acudir a ella sea el máximo de libre. A veces, se establece la obligación de asistir a una sesión informativa. En todo caso, cuando el juzgado deriva a mediación puede que las partes no alcancen el acuerdo pero tienen obligación de atender el requerimiento.

7) RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIADORES

¹⁴ REDORTA, J. (2004). Aspectos críticos de la mediación en contextos policiales. En Revista Catalana de Seguretat Pública, núm. 15, diciembre 2004 donde se argumenta en extensión este punto.

Alcanzar un acuerdo *contra legem* de forma muy manifiesta tendría que dar lugar a responsabilidad de los mediadores, faltar a los deberes de confidencialidad también, por poner ejemplos. Sin embargo, se debate que sucede ante un requerimiento del juez penal en averiguación de un delito. En general, las regulaciones existentes tienden a considerar la sanción administrativa como idónea para estimular la posible irresponsabilidad de los mediadores/as con una sanción máxima de exclusión de los registros que habilitan para la profesión. Debe decirse que se dan muy pocos supuestos prácticos en que debe pedirse la responsabilidad del mediador y que en todo caso, la profesión tiende a regularse por códigos de conducta de adhesión voluntaria.

8) LA INSTITUCIONALIZACIÓN

A pesar de que los estudios indican que el coste del proceso de mediación viene a ser del orden de un tercio respecto de los procesos judiciales, las administraciones como cosa nueva, poco conocida y mal regulada tienden a escatimar recursos para la implantación de la mediación.

Se plantea si la mediación debe ser intrajudicial en la sede del juzgado o extrajudicial. Si siendo extrajudicial es oportuno que este vinculada a la administración. Estas dudas son razonables. Tanto el aparato judicial como el administrativo tienden a contaminar el proceso de mediación y hacer en muchos casos que no se perciba como suficientemente imparcial el proceso.

Sostenemos que por las razones ya apuntadas debe hacerse una fuerte apuesta por la mediación en todos los órdenes, incluso a riesgo de que se cometan errores que en todo caso suceden en todos los campos. La innovación social requiere imaginación, mas

experimentación, más control de este proceso. En este punto nos vamos a remitir a las recomendaciones que efectuaremos en orden a una política eficaz de mediación.

7.- Recomendaciones a las autoridades

Entendemos que a partir de las premisas que hemos ido estableciendo cabría interesar de las autoridades competentes en cada caso que tomaran enérgicas iniciativas en los siguientes sentidos:

- CONSIDERAR el crecimiento de la demanda social de solución de una enorme diversidad y cantidad de conflictos, como normal en el contexto de los procesos sociales acelerados que se están viviendo.
- CONSIDERAR el derecho ciudadano de acceso a la Justicia en términos más amplios que los actuales para incorporar los MARC en este derecho.
- CONSIDERAR los MARC como un tema muy emergente que debe ser tratado con seriedad, rigor y profundidad en el marco de una política amplia de gestión integral de los conflictos.
- CONSIDERAR que la Administración de Justicia en los términos que está concebida actualmente, debe ser revolucionada, para resituarla a niveles de mejor consideración social y adaptada a las funciones que le son propias y que son menores de las que ha asumido históricamente.
- PROMOVER los cambios legislativos adecuados para que el encaje de los MARC y el sistema judicial actúe de forma sinérgica en favor del interés ciudadano.
- PROMOVER la información y la formación de los operadores jurídicos y agentes sociales a fin de que redescubran plenamente el campo de la gestión de conflictos y adapten sus prácticas a las exigencias de una nueva cultura basada más en la comunicación que en el litigio.

- PROMOVER una regulación de las formas diversas de resolución de conflictos que contemple de manera integrada tanto la prevención, como la gestión y resolución de los mismos.
- PROMOVER la regulación de la mediación de forma flexible, adaptativa y que contemple de forma plena su horizonte de expansión permitiendo el tiempo preciso para consolidarse.
- PROMOVER centros integrales de gestión de conflictos en cooperación con los agentes sociales y muy en particular con las universidades, a fin de desarrollar, en un marco controlado, programas experimentales de MARC y en particular de mediación.
- ASUMIR que corresponde de forma urgente a todas las autoridades la implementación de programas orientados a la difusión, información y formación de valores orientados a resolver conflictos desde actitudes cooperativas. Estos programas deben incorporarse ya en la escuela y en los distintos procesos de socialización. Los medios de comunicación deben ser estimulados a potenciar los valores y la cultura del consenso y de la mediación entre el gran público.