

CÓMO ENCAJAR LA MEDIACIÓN Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Franco Oscar Daniel Conforti
Virginia Madrid del Toro

RESUMEN: Se pretende determinar bajo qué presupuestos y condiciones, la mediación, como forma de acceso a la justicia, puede ser considerada tutela judicial efectiva.

La mediación de conflictos nace como un nuevo paradigma autocompositivo-reparador que busca ayudar a las partes a resolver sus diferencias, y así se presentó como alternativa a la jurisdicción. Aunque está claro que la mediación no tiene carácter jurisdiccional, la forma en que actualmente está planteada su incorporación a la jurisdicción, desde el punto de vista de la Tutela Judicial, resulta contradictoria y genera un buen número de tensiones trascendentales. Se propone la solución a este enfoque.

PALABRAS CLAVE: justicia, tutela judicial, acceso a la justicia, mediación de conflictos.

ABSTRACT: The appearance of mediation in the world of law has motivated some persons to argue that mediation is a way to access to Justice, and therefore is Legal Protection, and if in fact that should became true, we proposed under which condition it might be considered Legal Protection.

Mediation, as a new paradigm to resolve conflicts, is presented as an alternative to the court, but the way it was implemented result contradictory and has generated some transcendental tensions.

We will propose a solution in order to include the mediation into the Justice Administration.

KEYWORDS: justice, legal protection, access to justice, conflict mediation.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. La Tutela Judicial.- 3. La mediación de conflictos.- 4. Clarificando conceptos.- 5. Los dos escenarios posibles.- 6. Conclusión: claves para incorporar la mediación de conflictos en la jurisdicción.- Bibliografía.

1. Introducción

Dos son los apartados que se van a tratar en el presente artículo, por un lado, la tutela judicial (veremos en qué consisten los principales derechos fundamentales que comprende, cómo se obtiene y quién la ejerce), y de otro lado, la mediación de conflictos (a fin de conocer sus principales características y particularidades, negar su carácter jurisdiccional y establecer una definición de mediación intrajudicial).

El nudo del artículo lo constituyen el análisis del término *Justicia*, y el derecho fundamental de *acceso a la Justicia*.

Presentamos la situación actual y las *tensiones trascendentales* que la mediación ha generado, desarrollaremos el análisis del concepto *Justicia* y del derecho fundamental de *acceso a la Justicia*, para luego tratar los dos escenarios posibles, es decir, *la mediación como proceso y/o como procedimiento complementario* en la Administración de Justicia para concluir proponiendo, las que entendemos serían las claves para incorporar a la mediación de conflictos en la jurisdicción.

2. La Tutela Judicial

En doctrina se coincide al considerar que, con la abolición de la Justicia privada, aquel fenómeno social por el cual el ofendido o afectado en sus derechos reaccionaba contra la persona o bienes del infractor, se dio partida de nacimiento a la función jurisdiccional del Estado (de la Oliva Santos y Peitado Mariscal, 2009).

Una de las explicaciones al nacimiento del Estado es la asunción de la protección de las eventuales lesiones que los derechos e intereses de los ciudadanos pudieran sufrir, garantizando así el mantenimiento de la paz social lograda. A partir de entonces, el Estado tomó el compromiso que denominamos *tutela judicial efectiva*, con miras a alcanzar un ideal de paz social que permitiera la convivencia entre los seres humanos; a través de dicho compromiso,

La Constitución Española incluye una amplia gama de derechos fundamentales a los que brinda una protección particular. La primera idea que se concibe al hablar de derechos fundamentales es que representan intereses básicos o elementales de los ciudadanos que conforman el Estado. Lo que les hace especiales es que su modificación y/o eliminación quedan fuera del alcance de la voluntad democrática¹, lo que en principio puede parecer incompatible con la idea del sistema democrático toda vez que estos derechos no pueden ser modificados o eliminados por los órganos representativos de la soberanía popular.

1 Una de las explicaciones respecto al alcance de los derechos fundamentales es la que expone la idea de que una sociedad que se dota de tales derechos logra proteger sus intereses básicos sin caer en la tentación de modificarlos o eliminarlos en las ocasiones en que las cambiantes mayorías que gobiernan el Estado pueda perder el juicio reflexivo. Otra de las explicaciones respecto al sentido y justificación de los derechos fundamentales se encuentra en la protección de las minorías frente a las mayorías que en ocasiones de forma abusiva y/o irreflexiva pueden ir contra los que son o piensan de forma distinta. De allí que el logro de la permanencia e intangibilidad de los intereses protegidos por los derechos fundamentales se alcance al previo de que las generaciones siguientes a la sanción de la Constitución no pueden fácilmente modificar o eliminar dichos derechos.

Monográfico: Mediación

A *priori*, tres² son los derechos fundamentales que conforman el sistema de tutela judicial efectiva:

- a. El libre acceso a los jueces y tribunales.
- b. El derecho a obtener un fallo de estos.
- c. El derecho a que el fallo se cumpla.

Así las cosas, para que una persona pueda invocar su derecho a la tutela judicial efectiva ante el Juez o Tribunal que ha de ejercerla, deberá acreditar que:

— Ha sufrido un perjuicio sobre un derecho o interés legítimo³ por el que se está solicitando la tutela.

Hay que pensar en que si toda sentencia desfavorable fuera pasible de ser impugnada por recurso de amparo (por el hecho de ser desfavorable a una u otra parte), ello supondría que el tribunal Constitucional debería verificar si se ha producido (o no) una vulneración de un derecho a la tutela judicial efectiva, analizando el fondo del asunto para poder determinar si tales derechos o intereses son en verdad legítimos y merecen ser tutelados con una resolución que responda a las pretensiones del actor, y esta actividad jurisdiccional alteraría la posición del tribunal Constitucional, toda vez que éste tendría que pronunciarse cual órgano jurisdiccional ordinario sobre el fondo de cualquier asunto y no sólo sobre los previstos por los arts. 14 a 30 CE, actividad que podría además convertirse en un círculo vicioso.

— La actividad jurisdiccional no ha finalizado en un pronunciamiento sobre el derecho o interés que se persigue.

Aquí nos encontramos con un derecho que para su ejercicio requiere de dos requisitos: por un lado, que formulemos nuestras peticiones ante los órganos jurisdiccionales en observancia de ciertas reglas procesales mínimas que condicionan la validez del conjunto de actuaciones dirigidas a obtener una resolución, un pronunciamiento de la jurisdicción sobre el fondo del asunto que se ha llevado a su conocimiento, y de otro lado, es necesario que

2 Es posible escindir hasta diez derechos fundamentales: 1) El derecho de libre acceso a la jurisdicción, 2) El derecho al proceso, 3) El derecho a los recursos, 4) El derecho a la acción, 5) El derecho a la ejecución, 6) El derecho a un Juez ordinario predeterminado por ley, 7) El derecho a la defensa y asistencia de un letrado, 8) El derecho a un proceso público sin dilaciones innecesarias y con todas las garantías, 9) El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y 10) Los derechos a ser informado de la acusación formulada contra la parte, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia.

3 Francisco Fernández Segado dice que «El concepto de “interés legítimo” hace referencia a la idea de un interés protegido por el Derecho, en contraposición a otros que no son objeto de tal protección.» (ERNÁNDEZ SEGADO, 1997: 267).

Sin embargo, esta visión de la tutela judicial efectiva, ha motivado un gran número de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional el que ya tiene en relación con el contenido del art. 24.1 C.E., una abundante jurisprudencia en la que ha rechazado esta visión o identificación del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Ver STC 223/2001 mediante la cual se señala que «desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, este Tribunal ha venido reiterando que el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial proclamado por el artículo 24.1 CE consiste en el acceso a la jurisdicción»; en Sala Primera. SENTENCIA 223/2001, de 5 de noviembre de 2001 (BOE núm. 287 de 30 de noviembre de 2001) Pleno. Con idéntico sentido encontramos también las STC 73/2004 en Sala Segunda. SENTENCIA 73/2004, de 22 de abril de 2004. (BOE núm. 120 de 18 de mayo de 2004) 237/2005 en Sala Segunda. SENTENCIA 237/2005, de 26 de septiembre de 2005 (BOE núm. 258 de 28 de octubre de 2005), 119/2008 en Sala Primera. SENTENCIA 119/2008, de 13 de octubre de 2008 (BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2008), 29/2010 en Sala Primera. SENTENCIA 29/2010, de 27 de abril de 2010 (BOE núm. 129 de 27 de mayo de 2010).

Monográfico: Mediación

no concurren simultáneamente otro conjunto de situaciones o supuestos procesales, conocidos como óbices procesales (pongamos por ejemplo: los relativos a jurisdicción y competencia o las resoluciones con eficacia de cosa juzgada), que impedirían a la jurisdicción emitir un pronunciamiento del asunto concreto en un proceso determinado.

— La sentencia no se ha motivado, y por ende, no responde a las peticiones de las partes

La motivación es la aportación de razones que el Juez hace para justificar su decisión en la Sentencia y se alza como la única garantía frente a la arbitrariedad.

Una sentencia puede estar fundamentada en derecho pero no estar motivada. Es decir, al igual que citar normas no es sinónimo de motivación, explicar en detalle sin basarse en el ordenamiento jurídico vigente tampoco conlleva motivar la sentencia. Por tanto, la motivación significa el deber de explicar la fundamentación mediante un razonamiento jurídico lógico.

Con la motivación de la sentencia se pretenden conseguir tres objetivos: en primer lugar, evitar la arbitrariedad judicial aunque venga arropada del lenguaje forense, arbitrariedad que deja de serlo para convertirse en juicio razonado y razonable si se expresan los razonamientos y valoraciones para llegar al fallo, y sustentarlo; en segundo lugar, que la fundamentación actúe como medio de incrementar la credibilidad de la Justicia en la medida que con ella se trata de convencer a las partes de la corrección de la decisión adoptada, y por último en tercer lugar la falta de motivación atenta directamente contra el sistema de recursos en la medida que se priva a las partes a que su causa sea nuevamente examinada por un Tribunal distinto y superior al primero, examen que no se puede verificar en la apelación o casación si la sentencia carece de fundamentación, es decir, que el contralor de motivación de la sentencia nos conduce a una suerte de supervisión de la actividad judicial de los órganos de instancia por parte del Tribunal Superior cuando conocen del asunto a través del sistema de recursos, ya sea a través de la Apelación o de la Casación.

— Siempre que concurren (es decir, respetando) ciertos presupuestos materiales.

— El ejercicio de la acción no es un derecho incondicionado; vale decir que se encuentra sometida a la concurrencia de ciertos presupuestos materiales: a) que el pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales del Estado sea favorable a lo pretendido por el solicitante dependerá de que sea efectivamente titular del derecho subjetivo que le otorgue, conforme las normas sustantivas un poder respecto de un bien determinado (por ejemplo: que el vendedor que ha entregado el bien, tiene en virtud del contrato privado de compraventa un derecho subjetivo al pago del precio), b) que la obtención de la tutela favorable implique que el contenido de dicha tutela sea precisamente el previsto por las normas sustantivas como consecuencia de la lesión del derecho subjetivo cuya titularidad se ostenta (por ejemplo: el vendedor obtendrá la tutela judicial efectiva siempre que solicite el cumplimiento o resolución del contrato, pero si solicita otra cosa ya que no se trata de prestaciones que las normas jurídicas anuden al derecho subjetivo lesionado e invocado; esto también se conoce como requisito de accionabilidad), c) el tercer requisito material tiene que ver con la legitimidad tanto activa como pasiva, es decir, que lo que se pide sea solicitado por quien efectivamente está jurídicamente reconocido para ello y frente a quien a su vez está jurídicamente reconocido a cumplir con la obligación (por ejemplo; el padre del vendedor carece de legitimación activa, así como que el hijo del comprador carece de legitimación pasiva), d) el derecho a obtener una tutela favorable está condicionado a la existencia de interés, entendido éste como

Monográfico: Mediación

necesidad de la intervención de los órganos jurisdiccionales, vale decir que debe existir una controversia real entre las partes del proceso.

La tutela judicial efectiva sólo puede ejercerse por los cauces establecidos por el legislador, es decir, que no se ejerce directamente a partir de la Constitución, el ciudadano no puede ir a un Juzgado o Tribunal y decir algo así como *exijo esto o aquello porque estoy en mi derecho a exigirlo*. Es un auténtico derecho fundamental de carácter autónomo y con contenido propio, es un derecho de prestación⁴.

Este derecho de libre acceso a los jueces y tribunales es fundamental y jurídicamente relevante porque es un derecho incondicional reconocido a todas las personas sin distinción de nacionalidad, raza, etc., sin embargo, está sometido a la concurrencia de supuestos o presupuestos determinados⁵. Supone que cualquier ciudadano pueda *personarse* ante el Juez o Tribunal para pedir *tutela judicial* debiendo cumplir con algunas presupuestos procesales establecidos por la legislación vigente sin ninguna otra condición o requisito previo⁶.

La sociedad necesita que sus derechos estén protegidos y a la vez, que se le dé una solución oportuna y eficiente a los conflictos que afectan sus derechos (de la Oliva Santos, 1980).

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es que, desde el momento en que, para alcanzar el ideal de paz social, el Estado asume el compromiso de la *tutela judicial efectiva*, debe diseñar mecanismos para la protección de esos derechos fundamentales, porque no solo se trata de reconocerlos sino también de garantizar su eficacia y longevidad. De allí que se hable de «*Sistema de Tutela Judicial Efectiva*»⁷.

Todo ello equivale a decir que los ciudadanos ejercen el derecho a pedir o exigir la Tutela; mientras que quien tutela, es decir, quien ejerce la Tutela es el Estado a través de la potestad jurisdiccional que le reconoce a Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones. Queda claro que es importante no confundir *la obtención de la tutela judicial efectiva (derecho de los ciudadanos)* con *el ejercicio de la Tutela Judicial Efectiva (obligación y responsabilidad que pesa sobre jueces y magistrados)*.

4 Para que una persona pueda invocar su derecho a la tutela judicial efectiva ante el Juez o Tribunal que ha de ejercerla, deberá acreditar que: a) ha sufrido un perjuicio sobre un derecho o interés legítimo por el que se está solicitando la tutela; b) que la actividad jurisdiccional no ha finalizado en un pronunciamiento sobre el derecho o interés que se persigue; c) que la sentencia no se ha motivado y, por ende, no responde a las peticiones de las partes, y d) que siempre concurren (es decir, respetando) ciertos presupuestos materiales (CONFORTI, 2015b).

5 Desde el punto de vista subjetivo, se puede decir que no hay personas físicas o jurídicas excluidas de él, y desde una dimensión objetiva, implica que no se pueda establecer relevancia en los ámbitos (derechos, intereses, relaciones jurídicas) respecto de los que no sea posible solicitar la tutela de Estado.

6 El derecho de acceso a la jurisdicción es traducido por algunos autores como derecho a la justicia (TORRES OSORIO, 2013: pp. 20-21 y 235-347).

7 Es fácil advertir que los contenidos de los preceptos constituyentes ni son flexibles, ni son mutables, dicho en otros términos, los preceptos fijados por el constituyente no se pueden convertir en algo distinto de lo pensado por este al momento de redactarlos, excepto que opere una modificación de la Constitución. Sin embargo, en ocasiones la confusión de conceptos se hace de forma inadvertida y no queda claro si el autor está manifestando sus deseos o pretende describir el estado actual de la cuestión, por ejemplo, «...es posible definir nuevos contenidos integrando matices, porque la Constitución evoluciona y crece como consecuencia del ejercicio de los derechos por los individuos y como consecuencia de la acción de los poderes públicos. Las disposiciones sobre derechos fundamentales suelen tener textura amplia, lo cual permitirá que puedan definirse nuevos contenidos desde porque una Constitución es algo vivo que evoluciona con la sociedad.» (MORALES FERNÁNDEZ, 2014a: 295-296.)

3. La mediación de conflictos

Es una forma de resolución de disputas⁸, que se dio a conocer dentro de las ADR⁹; nació como un método más eficaz, eficiente¹⁰ y de forma alternativa¹¹ al modo en el que el Estado propone a los ciudadanos resolver sus conflictos. Aunque no menos cierto es que esta alternativa a la jurisdicción se está redefiniendo a sí misma como adecuada o apropiada «*The motives of alternative/appropriate dispute resolution (ADR) are to prevent disputes, resolve it if it has developed, or manage it from being dysfunctional.*» (OKECHUKWU et al., 2012).

Se ha asumido que el término «alternativo» induce a pensar que el proceso elegido no es tan legítimo como la elección real, que todos saben que es un tribunal.

Tomando como punto de partida que cualquier método de resolución de disputas que sea exitoso (o parcialmente exitoso), es tan válido como cualquier otro, lo que se interesa determinar es qué método de resolución de disputas es el más adecuado para cada tipo de disputa concreta.

Al emplear el término «apropiado» o «adecuado», lo que se estaría haciendo es indicar a sus potenciales usuarios que la propuesta es personalizada y la que mejor enfoque tiene para su caso.

La mediación, como herramienta de autocomposición, viene a ayudar a las partes, no solo para llegar a un acuerdo que resuelva el conflicto, sino que además aporta las bases para que las partes se reconozcan con todo el protagonismo y legitimación necesarios para construir una relación o inter-relación futura sana y armoniosa (si así lo desean).

La mediación intrajudicial¹² ha sido definida como: «... un procedimiento que se desarrolla en un entorno particular y diferenciado, donde las partes se encuentran en una relación jurídica con el Juez o Tribunal, que es totalmente diferente a cualquier otra, y el procedimiento se realizará bajo condiciones distintas a las de cualquier otro de los entornos, partes y condiciones señaladas para otros ámbitos» (Conforti, 2015a).

En el esfuerzo por distinguir a la mediación de conflictos del proceso judicial, se han señalado diferencias interesantes¹³, aunque jurídicamente, la más relevante es que la mediación

8 Fuera del ámbito jurisdiccional, al asunto conflictivo se le llama disputa, controversia, desacuerdo, etc., una vez que el asunto se judicializa pasa a denominarse litigio.

9 ADR es el acrónimo, en idioma Inglés, de *Alternative Dispute Resolution*, que se ha traducido al castellano como "Resolución Alternativa de Conflictos, Disputas o Controversias".

10 En el mismo sentido se expresó Pascual Ortuño Muñoz en la ponencia expuesta en el III Simposio Tribunales y Mediación, organizado por el Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación de España, los días 26 y 27 de septiembre 2013 en Madrid (ORTUÑO MUÑOZ, 2013).

11 La alternancia significa que una persona puede ejercer la opción de elegir entre dos o más formas para resolver un conflicto. El Proceso Judicial es reemplazado por otro método que se utiliza para los mismos fines.

12 De los todos los ámbitos de la mediación, daré tratamiento al intrajudicial porque, como se verá en el punto que sigue, solo tiene sentido hablar de tutela judicial efectiva en el ámbito de la Administración de Justicia.

13 De forma no taxativa se suelen señalar: a) interviene un tercero neutral, b) es un proceso imparcial, c) son las partes las deciden la solución del conflicto, d) es un proceso voluntario, e) es un proceso confidencial, f) es un pro-

Monográfico: Mediación

de conflictos responde a un paradigma autocompositivo-reparador, en tanto que en la jurisdicción el proceso judicial atiende a un paradigma decisonal-retributivo.

Los ciudadanos conservan para sí la potestad de preservar la jurisdicción y competencia sobre todos los asuntos que versen sobre derechos subjetivos de carácter disponible (Preámbulo de la Ley 5/2012¹⁴, Ap. III, párrafo I). Con dicho límite, los ciudadanos, pueden ejercer dicha potestad y sustraer del conocimiento de Jueces y Magistrados (autoridades estatales) los asuntos que quieran resolver por sí mismos o con la ayuda de un Mediador (tercero neutral).

Aún con todo ello, hay que decir claramente y sin rodeos que la mediación, por sí misma, no tiene carácter jurisdiccional. Si lo tuviera, el mediador debería poder obligar a las partes a comparecer a las audiencias de mediación, tendría el poder coactivo de hacer cumplir los acuerdos alcanzados durante el proceso, etc. Esta falta absoluta de poder coercitivo, que se verifica a lo largo de todo el proceso de mediación, es un claro óbice para considerar el carácter jurisdiccional de la mediación.

Con lo dicho hasta aquí, podría haber quedado claro que la mediación de conflictos no tiene carácter jurisdiccional. Sin embargo, aún parece necesario negarlo de manera expresa:

— El mediador no es funcionario público, no aplica la ley ni la ejecuta, no tiene jurisdicción propia o delegada. No tiene poder de decisión, sus sugerencias para alcanzar un acuerdo, si las hubiera¹⁵, no son obligatorias para las partes (Mayer, 2008). Sus atribuciones durante todo el proceso de mediación dependen de la voluntad de las partes (Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, art. 6. En adelante LMACM).

— Es el Estado el que atribuye fuerza ejecutoria a un acuerdo de mediación a través de la homologación¹⁶. Es este acto jurisdiccional el que, respetando la voluntad de las partes plasmada en el contenido del acuerdo, lo asume como algo propio y es por ello que le otorga la condición de acto jurisdiccional (LMACM, art. 25).

De forma no excluyente, se puede decir que, desde el poder judicial, las razones que se han esgrimido, en favor de la mediación de conflictos, estaban directamente relacionadas con la rapidez, el bajo coste económico que tiene (comparada con un juicio), y lo útil que sería para poner fin al colapso de los juzgados.

Doctrinalmente, los artículos *La promesa de la mediación en España, los términos del debate*

ceso no adversarial, g) es un proceso informal -no reglado- y flexible, h) permite soluciones innovadoras y creativas independientes de formulas jurídicas, i) establece o crea relaciones, y, j) permite a las partes el control del resultado.

14 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOE, Jefatura del Estado, Madrid, 7 jul. 2012a. Sección I, n. 162, p. 49224-49242.

15 Algunos autores, como Bernard Mayer, sostienen que el mediador debe sugerir y realizar propuestas que puedan ayudar a las partes a encontrar la solución del conflicto (Mayer, 2008).

16 En el ámbito privado existe la posibilidad de elevar el acuerdo de mediación a instrumento público. Véase artículo 25 LMACM.

Monográfico: Mediación

y *Las razones del bajo coste económico de la mediación*¹⁷ han dado cuenta que los parámetros de comparación dejan mucho que desear como para pretender que, aún pudiendo ser cierto que el ahorro en tiempo y dinero existan, puedan ser tomados a rajatabla y sin más. En ambos artículos subyacen las ideas de que «*la mediación de conflictos ha de ser funcional a los derechos de los ciudadanos*» y que «*no debe ser vista como una herramienta funcional a la Administración de Justicia*».

Afortunadamente, ahora, algunos magistrados han tomado ese discurso y hoy día dicen que presentar a la mediación como el recurso para descargar a los tribunales no es correcto y que se debe pensar en el ciudadano¹⁸.

Se ha dicho que:

«[...] hay que hacer hincapié es en las siguientes cinco razones para ir a mediación y que su valoración económica es muy alta:

- 1) En la mediación son los directivos de las empresas o las partes, los protagonistas de la solución (no el Juez), aquí el mediador enfatiza en la cooperación asistiendo a las partes para que ellas lleguen a un acuerdo mutuamente aceptable.
- 2) Las partes, los ejecutivos de empresa tienen en sus manos el control del resultado todo el tiempo (libremente deciden lo que quieren discutir y lo que no, lo que están dispuestos a firmar) aseguran así que sean las mejores ideas las que finalmente se apliquen.
- 3) La atención personalizada del mediador (a diferencia de un Juez aquí si tenemos tiempo para las partes) en cualquier momento puede pedir hablar en privado con el mediador para lo que necesite por ejemplo explorar una opción, redefinir un interés concreto, contrastar valores, hablar de sus emociones, sentimientos, etc.
- 4) La confidencialidad y flexibilidad del proceso garantizan a las partes no tener que ventilar sus asuntos ante extraños, y poder reunirse fuera de horarios laborales e incluso los sábados. La mediación puede ser presencial o puede hacerse por Internet a través de videoconferencia.
- 5) Generar valor; a través de la mediación se pueden establecer protocolos de actuación de cara al futuro de la relación civil o comercial evitando interrupciones en los negocios mercantiles y a la vez resolviendo casos que hasta la actualidad eran desistidos por diversas razones (bajo monto, deterioro en las relaciones, tiempo, etc.)» (Conforti, 2012b).

Esto es importantísimo, porque si bien es cierto que la mediación de conflictos ha llegado a ser conocida por los ciudadanos a través de la administración de justicia,¹⁹ lo que no se puede perder de vista es la finalidad de la misma.

17 En el mismo sentido véanse los artículos «La promesa de la mediación en España, los términos del debate» (CONFORTI, 2012a) y «Las razones del bajo coste económico de la mediación» (FABREGAT ROSAS, 2013).

18 Véase la entrevista «Los jueces no están politizados» (ORTUÑO MUÑOZ, 2014).

19 Se pueden poner por ejemplo Estados Unidos de Norteamérica, Reino Unido, Argentina, Chile, entre otros países.

4. Clarificando conceptos

Justicia y lo justo no solo no son lo mismo, sino que además está claro que no van necesariamente de la mano en todos los casos. Mientras se conciba a la justicia como aquella que emana del poder judicial, los acuerdos de un proceso de mediación de conflictos, no lo son (Taruffo, 2007).

Incluso hay que decir que la homologación judicial de un acuerdo de mediación es un acto judicial que, respetando la voluntad de las partes reflejada en el contenido del acuerdo, lo asume como algo propio, y es por ello que le otorga la condición de acto jurisdiccional (LMACM, art. 25), pero no es en modo alguno equiparable a una resolución que pudiera haber sido tomada por un Juez en base a la aplicación de una determinada previsión legal, toda vez que la voluntad de las partes viene a sustituir tanto la voluntad del Juez como incluso una previsión legal que podría haber sido aplicada al caso.

Por otro lado, también parece claro que las *soluciones más adaptadas* a las necesidades e intereses de las partes en conflicto que se pueden alcanzar en mediación son, desde el punto de vista de las partes, *lo justo* (Bayon Mohino, 1991).

Sin embargo, la confusión está servida toda vez que el instituto de la mediación que se incorpora al ordenamiento jurídico es el que se ha desarrollado en el *Common Law* y no el propio, que por ejemplo podemos encontrar en el Fuero XXXV de Jaime I, que estableció en 1239 la continuidad y pervivencia del Tribunal de Aguas de Valencia, y que más allá de algunas diferencias de tipo técnico, es citado frecuentemente como antecedente de la mediación de conflictos en España (Giner Boira, 1995).

4.1. El concepto de Justicia

Llegados a este punto, resulta indispensable comprender la diferencia conceptual de la idea de *Justicia* en uno y otro sistema jurídico. Veamos, aunque no sea más que en una apretada síntesis, cuáles son las concepciones de *Justicia* desde la filosofía del derecho para luego establecer qué entienden por *Justicia* los ciudadanos, tanto del *Common Law* como de nuestro *Civil Law*, toda vez que ello puede arrojar algo de luz sobre la también importante diferencia conceptual entre *la Justicia* y *lo justo*.

Para comprender, al menos en parte, esta diferencia evolutiva, creo conveniente comenzar por Aristóteles, quién sin lugar a dudas puso la piedra fundamental del concepto *Justicia* en nuestro sistema Romano-Germánico.

Para Aristóteles la *justicia* tiene que ver con darle a cada persona lo que esta merece. Es *darle igual grado de cosas a iguales* y, para ello, necesitamos reflexionar sobre dos aspectos distintos: a) el primero de ellos es el que tiene que ver con las características, finalidad y esencia natural de las cosas que se han de dar o entregar a esas personas, y b) es el que guarda relación con el propósito o finalidad de la vida en sociedad, es decir, qué cualidades, qué excelencia, qué virtud es la que se esta honrando en dichas personas (Aristóteles, 1993: 2005).

Tomás de Aquino tiene una importancia relevante en el Derecho Continental por dos razones, la primera de ellas es, evidentemente, su trabajo en la *Summa Theologiae*, y la segunda

Monográfico: Mediación

porque ha operado como un eslabón a través del cual se materializó primero el *rescate* y luego la *evolución* del pensamiento aristotélico.

Para Tomás de Aquino, la *Justicia* es una *virtud moral* que consiste en *dar lo que es debido al otro*. Hay un cierto ordenamiento hacia el bien común en el que se vislumbra un grado de equidad entre las relaciones personales y con la sociedad.

Tomás de Aquino establece que el *bien común*, o el derecho que surge de él y se ha de ordenar, es un requisito para la *Justicia*. Lo fija en dos niveles: a) la *ordo partium ad totum*, es decir, la justicia general o legal, que rige la ordenación entre las personas respecto de la sociedad en la que viven; y b) la justicia particular, que rige la ordenación de las personas tanto consideradas entre sí, *ordo partium ad partes*, o conmutativa, como la ordenación de la sociedad a las personas, *ordo totius ad partes*, o distributiva (de Aquino, 1989).

La teoría del consecuencialismo moral o filosofía del utilitarismo, a la que dio partida de nacimiento el trabajo de Jeremy Bentham, responde a la idea de la *maximización de la utilidad*, es decir, el mayor beneficio *para la mayor cantidad de gente posible*.

Esta teoría fue muy criticada por varias cuestiones, por ejemplo, presenta algunos problemas en relación con el respeto a los derechos individuales ya que lo relevante es el bienestar colectivo; otra de las críticas importantes tiene que ver con el análisis de costo-beneficio, ya que este permite poner precio a la vida de un ser humano, cuando en realidad no es posible utilizar una única vara de medir (monetariamente hablando), pues cada ser humano es único y ha de ser considerado individualmente; finalmente, se ha dicho que omnicomprender todos los valores y preferencias de los ciudadanos es imposible, toda vez que ello nos llevaría a tener que distinguir y decidir entre cuáles incorporar (o no) en la categorización (Troyer, 2003).

John Stuart Mill evoluciona este pensamiento; sostiene que los deseos empíricos de las personas son la base en la que se fundamenta nuestro juicio moral, de allí que alguien que ha experimentado tanto el placer como el sufrimiento podría distinguir perfectamente de entre una amplia gama de valores y placeres aquellos que son los mejores y que merecen la pena ser categorizados.

La crítica que recibió su postulado es que se requeriría de una persona educada y culta para que pudiera llevar a cabo la operación intelectual de establecer el grado de placer en función de parámetros evidentemente relacionados con la educación y la cultura.

En el utilitarismo, los ciudadanos se convierten en un instrumento para un propósito social más relevante. El concepto de Justicia como forma de realización de las preferencias y valores individuales es equivocado (Troyer, 2003).

Es en este cúmulo de críticas, y en especial en la lucha contra la idea de que la gente pueda ser utilizada para el bienestar colectivo, donde podemos encontrar el origen del liberalismo.

Robert Nozick fue uno de los filósofos importantes del liberalismo, él postuló que el principio fundamental era el derecho a la libertad; libertad que se materializa en la consideración de las personas como individuos, es decir, individualmente considerados, que gozan del derecho a elegir libremente.

Monográfico: Mediación

Su desarrollo teórico abrazó tres postulados o principios básicos: a) no a la sanción de leyes paternalistas, b) no a la legislación basada en principios morales, y c) no a las tasas e impuestos para redistribuir la riqueza (Wolff, 1991).

El liberalismo se basa no solo en la idea de un Estado minimalista, sino también en la idea de independencia o auto-posesión de la persona.

John Locke fue el encargado de evolucionar la idea de la auto-posesión a través del concepto de propiedad privada.

Una de las grandes ideas de Locke fue la de categorizar a los derechos a la vida, a la libertad y a la propiedad como derechos naturales, es decir, anteriores o preexistentes a la constitución de la sociedad o Estado, son derechos pre-políticos.

Otra de las grandes ideas de Locke fue el *consentimiento*. Sostuvo que la trilogía de derechos vida-libertad-propiedad, como derechos fundamentales (naturales), no desaparecen cuando la gente decide unirse para conjuntamente crear la sociedad civil, es más, en una democracia ni siquiera la mayoría puede violar, con sus decisiones, esos derechos fundamentales.

A partir del consentimiento distingue entre *derechos naturales*, aquellos inalienables y fundamentales que sirven para crear ciertos límites respecto de la sociedad o Estado; y, los *derechos convencionales*, que son aquellos que creamos a partir del consentimiento que otorgamos a la hora de crear la sociedad o Estado (Gardner, 2009).

Las ideas de Locke no han estado exentas de críticas, toda vez que la idea derechos inalienables choca de bruces con la de auto-posesión, y por otro lado, porque la idea del límite al gobierno legalmente constituido no estaría en los derechos inalienables, sino en la arbitrariedad en la que el Estado no debe incurrir con sus leyes.

Fue Immanuel Kant el filósofo que, partiendo la teoría del razonamiento moral que da lugar al principio supremo de la moralidad, llegó a establecer lo que él denominó *imperativo categórico*.

Nuestra capacidad de razonamiento nos hace personas individualmente consideradas y con capacidad para elegir libremente.

Actuamos libremente cuando lo hacemos de forma autónoma, es decir, de acuerdo a las reglas y mandatos que la personas nos auto-imponemos en base a nuestros principios morales.

Nuestra acción estará revestida de moralidad cuando hayamos elegido actuar de esa forma por un fin en sí mismo.

Aquí las personas no son un mero medio, sino un fin en sí mismas; esto es lo que nos hace seres humanos dignos, nos reviste de dignidad.

El imperativo categórico es un cierto mandato moral auto-impuesto a partir del cual la persona actuará según máximas que podría querer como ley universal.

Queda claro que la persona no podría actuar privilegiando sus necesidades particulares o sus deseos por sobre los de los demás. Sus razones para actuar de una manera determinada no deberían depender de sus necesidades, intereses, circunstancias personales, etc.

El *imperativo categórico* es posible porque *la idea de libertad* hace a las personas partícipes de un mundo único e inteligible para todos (Kant, 1996).

Monográfico: Mediación

Para Kant, la idea de un contrato en términos de justicia es lo que él denominó *idea de razón* o motivaciones para la acción, en definitiva no son más que un reflejo de las diferencias de poder negocial entre las partes.

Y aunque un acuerdo de partes, en dichos términos de diferencia de poder negocial, pueda ser lo *justo* para ellas, no menos cierto es que, como ideal de justicia, la fórmula deja mucho que desear (Beckley, 1992).

En cierta forma es posible sostener que el pensamiento kantiano adquiere en John Rawls una nueva dimensión, ya que este autor ha sido quién ha intentado establecer un ideal de justicia desde una situación hipotética en la que las partes negociarían bajo un *velo de ignorancia* en relación con sus respectivos poderes o capacidad negocial. De esta forma, los acuerdos pasarían a ser *instrumentos morales auto-suficientes*.

Se podría decir que el avance filosófico de esta forma de entender el concepto de justicia se encuentra en que no depende de circunstancias ajenas al ser humano (en nuestro caso, a las partes implicadas en una determinada situación de conflicto), sino que se basa en la idea de obrar con total y absoluta *imparcialidad* más allá de sus condiciones particulares.

La fuerza moral de estos acuerdos la encontraríamos en base a dos elementos clave: a) el consentimiento como expresión de la autonomía de la voluntad, y b) el beneficio mutuo.

Así las cosas, para hablar en términos de principios de Justicia, la única posibilidad que cabe es hacerlo a través de un acuerdo o contrato hipotético entre iguales, es decir, un contrato creado por las partes *tras un velo de ignorancia* de su poder negocial.

En favor de esta idea de Justicia, Rawls utilizó un principio que denominó el *principio de equidad cualificada o principio diferencial*, que se construye en base a dos argumentos: a) ¿qué hubieran elegido las partes si la elección la hicieran *detrás de un velo de ignorancia?*, y b) no se podría realizar ninguna distribución fundada en puntos de vista morales arbitrariamente determinados, sino sobre la base del derecho a expectativas legítimas (Rawls, 1971).

Ahora bien, es posible sostener que, tanto el pensamiento *filosófico* como el *derecho*, han evolucionado a ritmos distintos en los dos sistemas jurídicos predominantes a nivel mundial, esto es, el Romano-Germánico y el *Common Law*.

Las teorías modernas sobre el concepto *Justicia* no se basan en ninguna concepción particular del *bien* o de la *finalidad en la vida*, aunque no menos cierto es que constituyen un marco de referencia que deja al libre albedrío de las personas elegir su propia concepción del bien y propósito en la vida.

Luego de este recorrido por el pensamiento filosófico de los autores señalados, podemos decir que nos encontramos con dos teorías sobre el concepto *Justicia*. La primera de ellas trata sobre *dar a cada quien lo que corresponde en base a la verdad material*, y la segunda sobre *la libertad de elección para decidir hacer lo que es debido de acuerdo a los principios morales auto-impuestos*.

Se advierte con facilidad la diferencia conceptual sustancial, pues la brecha entre *la Justicia* y *lo justo* es más estrecha en el *Common Law* que en el *Derecho Continental*.

En éste último, es decir, en los sistemas del *Common Law*, el ciudadano de a pie relaciona la *Justicia* con lo *que es correcto*, es decir, *con lo que se debe hacer*.

Monográfico: Mediación

En caso de disputa, las partes *competirán de forma adversarial en un plano de igualdad*.

Si ascendemos de nivel y pasamos a contemplar la idea de justicia desde el punto de vista social o del Estado, el modelo *Paritario* propone una idea de justicia que supone procesos destinados a proporcionar iguales oportunidades de victoria a todos los contendientes.

Mientras que para los ciudadanos del *Civil Law* la idea de *Justicia* se vincula con la *determinación de los hechos reales*, es decir, *con la verdad material*.

En caso de disputa prevalece una *morfología inquisitiva*, es decir, de investigación, que sirve *para implementar las políticas del Estado*.

Ascendiendo de nivel, desde el punto de vista social o del Estado, los modelos de tipo *Jerárquico* proponen una idea de justicia que consiste en que la parte vencedora será aquella que en mayor grado logre aproximarse a la verdad material.

4.2. El acceso a la Justicia²⁰

La tutela judicial efectiva solo existe en la jurisdicción y *solo se accede a la jurisdicción* cuando, una persona a la que se le reconoce el derecho, *acciona en juicio* porque la ley sustancial le atribuye un derecho subjetivo que ha sido cuestionado o violado (Taruffo, 1996); y si, como afirmamos, la mediación no integra el proceso judicial, ergo no se puede sostener que se ha accedido a la jurisdicción.²¹

20 Sin perjuicio de que el debate respecto a qué debe entenderse por Justicia está abierto, y que, frente a algunas ideas que se han manejado para definir el concepto de Justicia, que van desde la obligación para con los otros de cumplir con las leyes naturales y positivas (Sócrates), pasando por dar a cada quien lo suyo (Aristóteles) o las virtudes del hombre como parte de la conciencia moral -que es la actividad espiritual humana más allá de la actividad del conocimiento- (Kant), hasta la capacidad moral que tenemos para juzgar las cosas como justas apoyando esos juicios en razones, actuar de acuerdo con ellos y desear que otros actúen de igual modo. A la imparcialidad (Rawls), se contraponen otras que sostienen una dimensión Social de la Justicia, o una Justicia Universal, Transversal o Impropia [con este último se ha abierto un debate muy interesante, afirma Juan Luis Ibarra, que dicho concepto ha sido acuñado por la sociología jurídica (IBARRA, 2013) y de los conceptos falsos litigios y litigiosidad impropia que vienen siendo utilizados por Pascual Ortuño en varios artículos y ponencias para referirse a aquel sector de los conflictos para los que una solución pragmática y consensuada, siempre que sea posible, es mucho más efectiva que la tardía decisión de un tribunal (ORTUÑO MUÑOZ, 2007.)] es dable concluir en que puede entenderse por Justicia «lo que debe hacerse de acuerdo a lo razonable, lo equitativo o lo indicado por el derecho». El concepto tiene su origen en el término latino *iustitia* y permite denominar a la virtud cardinal que supone otorgar a cada uno aquello que le corresponde o pertenece, es decir que, se entiende por «Justicia» a la que emana de uno de los poderes del Estado, es decir, el Poder Judicial. Sobre el particular se pueden consultar: «Una aproximación a la idea de Justicia en la Cultura Jurídica Española del Siglo XX» (FERNÁNDEZ GARCÍA Y ANSUÁTEGUI ROIG, 2008: pp. 181-193); «La teoría de la Justicia de John Rawls» (CABALLERO, 2016: pp.1-22); *A Theory of Justice*.(RAWLS, 1971); *Justice: what's the right thing to do?* (SANDEL, 2009).

21 El propio Taruffo hace una distinción interesante desde el punto de vista filosófico, que es la siguiente, dice el autor que en una concepción más abierta y creativa, no se necesita tener un derecho vulnerado, sino que antes de los derechos existen los remedios, él denomina a este segundo enfoque *total justice*, de esta forma la posibilidad de acceder a un *remedy* jurisdiccional no queda subordinada a la existencia previa de un *right* sustancial. Deja en claro que el sistema ideal es aquel en el que tenga aplicación el principio de plenitud de los remedios, o sea, aquel en el que cada situación jurídica encuentre instrumentos jurisdiccionales adecuados capaces de asegurar tanto la posibilidad de obtener decisiones eficaces, como su efectiva realización (TARUFFO, 1996: 144). No podemos decir que el sistema de *total justice* se encuentre en vigencia toda vez que no hay plenitud de remedios jurisdiccionales, al menos de momento.

Monográfico: Mediación

De acuerdo a Michele Taruffo «...es impropio decir que la mediación sirva para ‘hacer Justicia’ o que la misma constituye una ‘Justicia alternativa’, al menos mientras al término ‘Justicia’ se le atribuya una connotación jurídica».²²

El vocablo *Justicia* no debería ser acompañado de argumentaciones que omiten información que permitiría al lector elaborar una *definición estipulativa*²³ porque generan multiplicidad de dudas respecto a su significado y aplicación, no es admisible que se emplee cual término *ligero* cuando quienes lo utilizan son Jueces o Magistrados.²⁴

Cuando *en o desde* la Administración de Justicia se habla de *Justicia*, se ha de hablar de aquella que *emana como resultado del proceso judicial* y que es puesta de manifiesto por Jueces y Magistrados a través de sus sentencias.²⁵ Dicho en otros términos, la Justicia es administrada única y exclusivamente por Jueces y Magistrados en sus respectivos Juzgados y Tribunales indefectiblemente a través del Proceso Judicial,²⁶ del cual, la mediación no forma parte.²⁷

22 En el mismo sentido se expresa Michele Taruffo, en la ponencia expuesta por el autor en el 9º Seminario sobre derecho y jurisprudencia (TARUFFO, 2007).

23 Las definiciones estipulativas son aquellas que ofrecen un mayor rigor y exactitud en la determinación del significado. Son definiciones basadas en una propuesta de cómo se ha de entender una palabra. Resultan relevantes en el ámbito del derecho cuando se utilizan por las autoridades de cualquiera de los tres poderes del Estado. Por otro lado, en términos generales, son el recurso que se emplea para lidiar con la vaguedad.

24 Cuando frases como la mediación es justicia, la mediación es tutela judicial, la mediación es acceso a la justicia, se leen en prensa especializada, resulta como mínimo irritante, pero cuando esas mismas frases se escuchan de boca de Jueces y Magistrados, causan escozor.

Por un lado, cabe distinguir la ambigüedad de la vaguedad; en la ambigüedad se desconoce el significado de una palabra, cuestión que se resuelve por medio del análisis del contexto y situación, estipulando o acordando entonces el significado de la palabra en cuestión. En tanto en la vaguedad, estamos frente a la indeterminación de la extensión o denotación de la palabra en relación con su connotación o intención. Podríamos resumir diciendo que la ambigüedad tiene por protagonista a la propiedad de la palabra, mientras que la vaguedad alude a la propiedad del concepto o significado del término. La vaguedad puede tener dos formas: a) palabras continuas, cuando la palabra tiene como criterio relevante de aplicación una propiedad continua (joven, alto, calvo, etc.), y b) duda al aplicar la palabra, propiedad definitoria del término, por ejemplo, vehículo (desplazamiento de un sitio a otro, para lo cual también son válidas: ascensor, escalera, etc.). Como conclusión, se puede decir que una palabra puede referirse a: a) ciertos objetos, b) que no se aplique a otros y c) que haya duda sobre su aplicación.

Y de otro lado, hay que poner en relieve que, entre muchas otras, una de las características atribuidas al papel del juez frente a la opinión pública, es la de actuar como agente clarificador, como educador, si se quiere; a ellos, los Jueces y Magistrados, corresponde transmitir de qué se está hablando y qué debe entenderse por Tutela Judicial, por Justicia, pues solo así se logrará alcanzar la «seguridad jurídica».

Los rasgos de la seguridad jurídica como principio estructural del ordenamiento jurídico son: a) la posibilidad de conocimiento por parte de los ciudadanos de las normas, en virtud de las cuales serán evaluadas jurídicamente sus acciones, b) la conciencia de que su interpretación del derecho aplicable coincide con la que la sociedad asume, y, c) la confianza en la efectividad del ordenamiento y, por tanto, en la adhesión al mismo por parte de los ciudadanos y en la aplicación consiguiente de sus normas (BALAGUER CALLEJÓN, 2010: 94).

25 Esto no significa que Jueces y Magistrados no puedan hablar de Justicia en otro sentido, por ejemplo un slogan, sino que, si así lo hicieran deberían preocuparse por dejar bien claro que no se habla en sentido jurídico, ya que solo así evitarán atentar contra la seguridad jurídica que ellos mismo deben promover.

26 La Constitución Española establece que únicamente Jueces y Magistrados serán los encargados de administrar Justicia (art.117.1 CE) conforme los procedimientos que por ley se establezcan (art. 117.3 CE).

27 Partiendo de una premisa equivocada, se sostiene que «...la mediación ha quedado insertada en el sistema de justicia tanto por lo que establece la Directiva (CE) 52/2008, como en el preámbulo de la Ley 5/2012 al proclamar en su primer párrafo la inserción de la mediación entre las garantías de la tutela judicial efectiva...» (ORTUÑO, 2013a:

Monográfico: Mediación

Da la impresión, desde el punto de vista filosófico, que no se ha entendido que *el paradigma autocompositivo-reparador*, en que se fundamenta la mediación, produce como resultado un acuerdo que, sin olvidar la ley, se basa en lo moral-ético;²⁸ mientras que del paradigma decisonal-retributivo, en el que haya su fundamento el proceso judicial, se obtiene como resultado una sentencia que se basa en el derecho.²⁹

Pero eso no es lo único que parece no haberse entendido, desde el punto de vista de la filosofía del derecho, resulta aún más preocupante ver que se pierden de vista o tergiversan las funciones de la Administración de Justicia y la finalidad del proceso judicial en nuestro sistema de derecho. De acuerdo a Damaska en el *Civil Law*, la administración de justicia cumple, entre otras, la función de implementar las políticas de estado aprobadas legislativamente, valiéndose para ello del proceso judicial, cuya finalidad no es otra que la de aumentar las posibilidades de alcanzar un resultado sustantivo acertado, movilizándolo a los ciudadanos hacia objetivos estatales y, por ende, apartándolos de las preocupaciones privadas (Damaska, 2000).

Veamos la situación actual y las tensiones generadas por la inserción de la mediación en la *égida* del derecho jurisdiccional y procesal. *Ab initio* hemos de decir que, si recurriésemos a la LMACM en un intento por echar luz sobre el asunto, nos encontraríamos con que ésta es claramente contradictoria. En un párrafo sostiene que dentro de los sistemas de resolución de conflictos destaca la mediación «...como instrumento complementario de la Administración de Justicia.» (Preámbulo Ap. I segundo párrafo) y en el siguiente se contradice al decir

8); «La mediación como enfoque en la tutela judicial efectiva, es una propuesta realista, porque está integrada en la praxis forense en materia civil y mercantil y se han operado cambios procesales a ese fin...» (MORALES FERNÁNDEZ, 2014b: 105), digo que la premisa es equivocada porque ni de la Directiva, ni de la lectura del citado párrafo del texto del Preámbulo de la Ley 5/2012, se desprende que la mediación haya sido insertada en las garantías de la tutela judicial efectiva.

Transcribo a continuación todo el apartado I del Preámbulo de la LMCA. «Una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos. Esta función implica el reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y, a la vez, compleja.

En este contexto, desde la década de los años setenta del pasado siglo, se ha venido recurriendo a nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre los que destaca la mediación, que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia.

Entre las ventajas de la mediación es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad. La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto.»

Pero para más inri, el autor se contradice asimismo al decir: «También se ha echado de menos que el legislador hubiese optado por la obligatoriedad de acudir al recurso a la mediación como requisito previo de procedibilidad sin el cual no hubiese sido posible que el asunto fuera admitido a trámite por los tribunales.» (ORTUÑO MUÑOZ, 2013b: 50.) porque está reconociendo que hoy por hoy la mediación no integra el proceso judicial, y como sabemos la tutela judicial solo se brinda en un proceso judicial.

28 Y dónde habrá que tener en cuenta la máxima Pauliana «non omne quod licet honestum est» (no todo lo que es lícito es honesto) [La traducción me pertenece].

29 Dada la complejidad del tema, la relación entre Moral y Derecho ha sido denominada por Jhering como «el cabo de hornos» de la Filosofía del Derecho (PÉREZ VALERA, 2004: 212).

Monográfico: Mediación

que la mediación se configura «...como una **alternativa** al proceso judicial...» (Preámbulo Ap. I, tercer párrafo) [La negrita pertenece a este texto y no al original]. Aclaremos esta contradicción.

Al examinar la mediación de conflictos dentro del sistema de tutela judicial efectiva (Conforti, 2015b), nos encontramos con que, en su estado actual, su inserción ha generado las siguientes *tensiones*: i) Se advierte cierta tensión en el derecho de libre acceso a la jurisdicción si se cumplen simultáneamente con las siguientes condiciones: i_1) considerar que la mediación no forma parte del proceso judicial, i_2) considerar que la audiencia informativa o de pre-mediación es una de las etapas del proceso de mediación, i_3) si existe obligatoriedad de asistir a una sesión previa de pre-mediación o informativa y i_4) si no se modifican los requisitos para invocar vulneración de la tutela judicial efectiva. ii) Se advierte cierta tensión con el derecho al proceso si, no habiendo obligatoriedad de la homologación judicial de un acuerdo extrajudicial, el Juez requiere información sobre el asunto sobre el que se pide la homologación. iii) Se advierte cierta tensión en el derecho a la acción que, al igual que en el derecho al proceso, guardan relación con el rol del Juez a la hora de homologar un acuerdo de mediación por la obligación de pronunciarse sobre el fondo del asunto. iv) En principio, no se advierte tensión en cuanto al derecho a un Juez natural, aunque si la mediación de conflictos pasa a integrar el proceso judicial, podría haber alguna problemática en torno a la posible figura del Mediador natural. v) Respecto al derecho a un proceso público no se advierte ninguna tensión; sin embargo, en cuanto a las dilaciones innecesarias, entiendo que la indefinición de plazos configura una tensión; y finalmente, en relación con las garantías, creo que existe una tensión importante porque no solo no están determinadas, sino que además no está nada claro si el Juez debería o no verificar su cumplimiento.

5. Los dos escenarios posibles

Se hace necesario de forma previa al análisis de estos dos escenarios, aclarar dos conceptos a los que se les asigna el mismo calificativo de “alternativo” y “complementario” pero situados en distintos momentos del proceso, de lo cual derivan consecuencias trascendentales. A saber, denominamos proceso **alternativo** de mediación (asimilado a la mediación extrajudicial) cuando las partes, previamente a la instancia jurisdiccional, acuden a un tercero imparcial, mediador, para resolver su controversia. Y denominamos procedimiento **complementario** de mediación (asimilado a la mediación intrajudicial), cuando las partes, habiendo acudido al ámbito jurisdiccional e inmersos en un proceso judicial, bien voluntariamente, o bien por derivación judicial, se someten a un procedimiento de mediación, suspendiendo temporalmente los efectos del proceso judicial.

Por otra parte, lo cierto es que en el momento en el que instamos a la jurisdicción para resolver la controversia, iniciando un proceso judicial, lo que denominamos mediación intrajudicial (como vía complementaria al proceso judicial) podría ser introducida de forma **alternativa o complementaria** a dicho proceso judicial, es decir, como *proceso o procedimiento*.

Por norma general, el *proceso* implica un serie de pasos a seguir en el tiempo, mientras que el *procedimiento* es un método o forma de hacer una determinada cosa. El *proceso* es el todo, el conjunto de trámites en la jurisdicción que hacen posible la realización del Derecho a través de una resolución judicial, mientras que, el *procedimiento* es una fracción de dicha

Monográfico: Mediación

totalidad, es el modo concreto de proceder y desarrollar los trámites, dejando fuera o sin hacer cuestión sobre su naturaleza, jurisdiccional, administrativa, etc. (de la Oliva Santos, 2009; Torres Osorio, 2013: pp. 349-350).

Se desarrollan a continuación los dos escenarios de la mediación intrajudicial, posibles:

5.1. La mediación intrajudicial como proceso alternativo a la Justicia.

Uno de los grandes problemas que plantea la cuestión es el siguiente: si decimos que la mediación es un proceso alternativo, asumimos que no integra el proceso judicial³⁰.

Cuando el Juez deriva el caso a mediación, este *sale de su esfera de custodia*.

Desde el punto de vista de la tutela judicial, este punto es muy relevante, porque a diferencia de una pericia, aquí el caso puede (o no) regresar con un acuerdo *alcanzado fuera de la esfera de custodia del Juez y que puede poner fin al litigio*.

Cuando el Juez deriva a mediación, cabe preguntarse: ¿Se suspenden sus obligaciones respecto de la tutela que debe ejercer sobre el mismo?,

Aceptada la derivación a mediación por las partes, (no olvidemos que hasta la fecha, en España, no es obligatoria la audiencia a la sesión informativa, y que en numerosas derivaciones, dicha sesión informativa no llega a tener lugar, bien por decisión de las partes o sus letrados, bien por desconocimiento de las partes, que no son debidamente informadas) nos encontraríamos ante dos supuestos: 1) que las partes acordaran en mediación concluir el procedimiento judicial, lo que derivaría en la salida del ámbito jurisdiccional y, por ende, el cese de la tutela judicial, siempre que el asunto objeto del pleito fuese de libre disposición y bajo los preceptos del art. 19.1 de la LEC; 2) que las partes continuaran con el proceso judicial, suspendiendo sus efectos, pendientes de la posibilidad del acuerdo de mediación, supuesto en el que continuarían las obligaciones del juez respecto de la tutela judicial.

En el segundo supuesto, la respuesta la encontramos en la LMACM, art. 25.4 (“Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”). y a la Disposición final tercera, en su apartado uno, que modifica el apartado 1 del art. 19 de la LEC («1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.») ¿Quién supervisa y establece el interés general y el beneficio de tercero? Obviamente la respuesta es, el juez, bajo el mandato de ejercer la tutela judicial. ¿Qué grado de responsabilidad tiene

30 Si la mediación no integra el proceso judicial, no es posible sostener que sea Justicia y/o Tutela Judicial -ver supra confusión innecesaria-.

Sin embargo, quienes sostienen esta incongruente postura, no solo asimilan, erróneamente, al concepto jurídico de Justicia, otros que nada tienen que ver con el mismo, sino que luego, ello les conduce a confundir acceso a justicia (en sus múltiples variantes) con el acceso a la justicia, en el sentido jurídico desarrollado en la Constitución. Otro de sus argumentos es el que se vincula a la homologación del acuerdo de mediación. Si bien esta cuestión está contemplada en el art. 25 de la LMACM, de momento solo apuntaré (porque lo trataré luego) que hay una tensión trascendental no resuelta, que tiene por protagonista a la regla de confidencialidad de la mediación y el deber del Juez de conocer cómo se ha llegado al acuerdo que se somete a su homologación.

Monográfico: Mediación

el Juez sobre un posible *abuso de derecho* que se cometiera en un caso que se encontraba bajo su tutela? Es evidente que dicha responsabilidad persiste, aún cuando las partes solicitasen la suspensión del juicio, art. 19 LEC, y la derivación a mediación, de acuerdo a la LMACM, no significa que se *suspendan* las obligaciones que la Tutela Judicial Efectiva pone en cabeza del Juez, ya que nos encontramos en el escenario de la Administración de Justicia legalmente establecida.

Sin perjuicio de que afirmamos que con lo dicho precedentemente queda claro que la mediación en forma de proceso alternativo no es viable dentro de la Administración de Justicia, queda igualmente claro que entendemos la mediación intrajudicial como un procedimiento complementario al ámbito jurisdiccional y que, sometido el juez a su deber de ejercer la tutela judicial efectiva, debe ejercer el control de que el procedimiento de mediación, y por ende el acuerdo que las partes pretendieran homologar, ha sido seguido y alcanzado en cumplimiento de los principios y reglas de la mediación, y velando por que no haya existido abuso de derecho, de igual manera que ocurre en cualquier otra fase del proceso judicial. Según este planteamiento, a nuestro criterio, sí podemos afirmar que la mediación intrajudicial es justicia (en el aspecto jurisdiccional de la palabra. Su concepto ético, queda para otro tipo de reflexión.)

5.2. La mediación intrajudicial como procedimiento complementario del proceso judicial

El debate sobre la mediación como complemento del proceso judicial supone, para quienes sostienen esta postura (que no comparto), transmitir una visión extremadamente pesimista del Derecho de forma tal que parezca natural y plenamente *justificada* la inclusión de la mediación en el proceso judicial como forma de *salvar* la situación de saturación en la que se encuentran Juzgados y Tribunales y dar con ello partida de nacimiento a una nueva forma de Justicia.³¹

Está bastante generalizada, entre abogados, magistrados, jueces y operadores jurídicos en general, la idea de que la mediación mejora la tutela judicial efectiva, ya que suple los inconvenientes que tiene el proceso judicial en relación, por ejemplo, con la atención personal, la escucha y participación de los ciudadanos en, valga la redundancia, el proceso judicial³².

En términos generales, lo deseable es que operadores jurídicos y no jurídicos cuando hablen de Justicia, lo hagan en alusión a la forma en que el Estado organiza la resolución de conflictos, es decir, en cómo el Estado ha materializado el concepto Justicia a través de la Administración de Justicia.

En el sentido propuesto, el proceso judicial es entendido como un espacio de garantías constitucionales (Conforti, 2015b) y el rol del Juez como garante (Freire Pérez, 2011) de dicha protección suprema (Constitución Española, arts. 117.1 y 117.3).

En España no ha habido polémica en relación con la naturaleza de la mediación de conflictos puesto que se le ha reconocido en todo momento naturaleza jurídica. El instituto de la

31 Véase «La Justicia: hay que reinventarla» (CARMENA, 2015).

32 Sobre el particular ver la entrevista que ha realizado Luis Javier Sanchez a los vocales del Consejo General de Poder Judicial de España (SÁNCHEZ, 2015).

ediación reconoce como antecedente propio en el Fuero XXXV de Jaime I, que estableció en 1239 la continuidad y pervivencia del tribunal de aguas de Valencia, y que más allá de algunas diferencias de tipo técnico, es citado frecuentemente como antecedente de la mediación de conflictos en España.

Tampoco se ha dado una mesa redonda en torno a la idea de la *mediación obligatoria*³³ como requisito de procedibilidad, y por ende mucho menos respecto a cómo superar el planteamiento de quienes ven en ello *violencia estructural*, es conveniente recordar que «*Galtung define la violencia estructural como la violencia indirecta originada por la injusticia y la desigualdad como consecuencia de la propia estructura social, ya sea dentro de la propia sociedad o entre el conjunto de las sociedades (alianzas, relaciones entre Estados, etc.).*» (Hueso García, 2000: 130); sin embargo, uno de los incipientes debates³⁴ es el que tiene que ver con el papel que la mediación de conflictos ha de cumplir en el ámbito jurisdiccional.

¿*Cuál es la finalidad de la mediación en el ámbito jurisdiccional?* La mediación de conflictos solo tendrá sentido en el ámbito jurisdiccional si busca resolver la disputa a través del acuerdo. Esto es así porque las partes acuden a la jurisdicción en pleno conocimiento de que el proceso judicial ha de concluir con una sentencia, son las partes quienes van a solicitar se ponga punto final al litigio y, siendo que la mediación comparte con el proceso judicial objeto y finalidad, pretender una finalidad distinta sería caer en una incongruencia.

De entre todos los modelos de mediación más difundidos a nivel internacional,³⁵ es posible destacar los siguientes modelos: *transformativo* (Baruch Bush y Folger, 1996), de *resolución de conflictos* (Folberg y Taylor, 1996), *del compromiso* (Mayer, 2008) y el de *mediación apreciativa* (Conforti, 2008).

De acuerdo a Conforti,³⁶ sin entrar en el análisis detallado de cada uno de los modelos (lo que excedería el marco del presente trabajo), y siguiendo el nombre que precede a cada uno de ellos, podríamos decir que en el *transformativo* se busca modificar las relaciones entre las partes, en el de *solución de conflictos* se busca un acuerdo de carácter resolutivo, en el *del compromiso* se espera generar una actitud distinta de todos los implicados, incluido el mediador, y finalmente, en el de *mediación apreciativa* se busca re-crear éxitos del pasado en materia de resolución de conflictos.

6. Conclusión: claves para incorporar la mediación de conflictos en la jurisdicción

Con lo visto hasta aquí se pueden extraer dos conclusiones: por un lado, que *la mediación debe integrar el proceso judicial* (como uno más de los tantos procedimientos que lo alimentan),³⁷ lo que nos permitiría afirmar (aunque ya veremos más adelante que con alguna limitación) que la mediación es tutela judicial; y de otro lado, toda vez que la mediación intrajudicial al igual que el proceso judicial persigue poner fin al litigio, se debería optar por

33 Véase «La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España» (CONFORTI, 2015a).

34 Ibid.

35 Sobre el particular véase (CONFORTI, 2015b).

36 Ibid.

37 En el mismo sentido (MEJÍAS GÓMEZ, 2010: 24).

Monográfico: Mediación

un modelo que, atendiendo a las particulares de cada caso y a la idiosincracia de las partes, busque la *resolución de sus conflictos*.

Ensayemos un modelo de protocolo de actuación a efectos de visualizar los momentos clave de la mediación de conflictos dentro del proceso judicial.

Figura 1. Protocolo de actuación.



Elaboración propia.

El protocolo de actuación, que el gráfico describe, presenta dos flechas coloreadas en gris que representan dos³⁸ de los momentos clave de la mediación intrajudicial.

El primer momento clave es el de la derivación a mediación y limitación de la Tutela Judicial. Cuando un Juez deriva un caso a mediación, este sale de su esfera de control y conocimiento, el Juez no podrá cumplir con las obligaciones que sobre él³⁹ recaen por imperio de la Tutela

38 No se descarta la existencia de otros momentos clave, pero dada la extensión del presente artículo, nos circunscribimos únicamente a las que se señalan.

39 Como ya se ha explicado, a priori se podría pensar que, con cualquier otro procedimiento, pongamos por ejemplo que el Juez ordenase una pericia, podría suceder algo similar (el asunto sale de su esfera de custodia), pero en rigor, no es el caso puesto que ningún otro procedimiento (excepto la mediación) conlleva la posibilidad de devolver al proceso judicial un acuerdo que (previa homologación, que trataré en el punto que he denominado segundo momento, ponga fin al litigio). Nótese que se utiliza el término limitación, no suspensión, de la tutela judicial. Esta limitación, guarda directa relación con el hecho material de que la tutela judicial efectiva, pone en cabeza del Juez la obligación de conocer en todo momento, lo que sucede en el caso a efectos de controlar que no se produzca ninguna vulneración a los derechos de las partes y/o de los intereses públicos. Lo que sucede es que cuando el Juez deriva el caso a mediación, este «sale de su esfera de custodia» y por tanto de su control.

En este punto parece conveniente recordar que, en el procedimiento de mediación se aplican, entre otros, los principios de privacidad y confidencialidad, esto equivale a decir que lo que sucede durante la mediación está fuera del alcance u órbita de conocimiento y contralor del Juez.

Monográfico: Mediación

Judicial Efectiva debido a una evidente imposibilidad material. Si eso es así, lo lógico sería *limitar* temporalmente las obligaciones que la tutela judicial conlleva para su Señoría.

Desde el punto de vista práctico, hay que hacer la siguiente distinción: la mediación atiende al conflicto en ocasiones jurídico, mientras que el proceso judicial atiende al litigio jurídico; lo que puede dar lugar a que en una mediación pueda darse la necesidad de ampliar el proceso a terceros que jurídicamente no estén legitimados en el proceso judicial.

La pregunta que surge es: ¿Qué sucedería si en el proceso de mediación intrajudicial, el mediador cita a un tercero, que no siendo parte del proceso judicial, se encuentra legitimado⁴⁰ para intervenir en el proceso de mediación?, y más aún, ¿qué sucedería si además, el que aporta la solución (en el sentido de cubrir las necesidades de la otra parte) es ese tercero y no el demandado? ¿Cómo se resuelve jurídicamente la relación actor y demandado? ¿Sería posible para el Juez homologar un acuerdo en el que hay un tercero no demandado que asume ciertas obligaciones respecto de la parte actora?⁴¹

El segundo momento clave queda configurado cuando, celebrada la mediación y alcanzado el acuerdo, este debe ser homologado por el Juez. Esta es la segunda de las flechas coloreadas en gris.

La conexión entre los principios de privacidad y confidencialidad con las obligaciones del Juez de controlar el marco de legalidad y validez contractual (art. 19 LEC), entran en crisis aparente cuando se sostiene, como aquí se hace, que por imperio de la tutela judicial efectiva el Juez está obligado a incluir en el control de legalidad: (i) la justa composición de la litis, (ii) que no se haya producido ningún abuso de derecho, (iii) que no sea inmoral ni ilegal, (iv) vulneración a los derechos de las partes y/o (vi) de los intereses públicos.⁴²

Bien digo crisis aparente porque no debemos perder de vista que el conflicto particular deja de serlo desde el momento en que una de las partes acude a tribunales. En toda litis siempre habrá un interés público (la realización del proceso judicial, toda vez que es un deber del Estado dar respuesta a la petición de tutela judicial de sus ciudadanos) que estará presente

El procedimiento de mediación es para su Señoría una caja negra en toda regla. No tiene conocimiento material de lo que sucede en él, ni podría evitar un abuso de derecho al no poder materialmente ejercer el contralor sobre él mismo (TARUFFO, 1999).

Por tanto, cabe concluir que lo que se debe limitar es la responsabilidad y garantías que el Juez, en razón de la tutela judicial efectiva, ha de ofrecer, puesto que como queda visto, no está en disposición material de hacerlo.

40 Vale la pena recordar que la legitimación jurídica (capacidad para estar en juicio) difiere de la legitimación en mediación (capacidad para satisfacer las necesidades de la otra parte).

41 A efectos de la LEC se entiende por: a) Desistimiento (art. 20): cuando por el demandante se retira la demanda antes de contestación (ordinario) o citación (verbal), también es posible cuando después del emplazamiento del demandado, aunque en este supuesto se le debe dar audiencia (art. 20.3) Puede volver a presentarla después; b) Renuncia (art. 20): cuando el demandante renuncia a la acción o al derecho en que funde su pretensión, y ya no se puede volver a presentar la misma demanda. El juez dicta sentencia absolutoria. c) Transacción judicial (art. 19): acuerdo de ambas partes que pone fin al proceso, acuerdo que es homologado por el juez mediante Auto; d) Allanamiento (art. 21): Reconocimiento del demandado (total o parcial) de las pretensiones de la demanda. El juez dicta sentencia favorable al demandante; y, por último e) Sobreseimiento por satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida objeto (art. 22): la parte demandada satisface fuera del proceso las pretensiones del actor o el actor deja de tener interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida por alguna circunstancia sobrevenida, el demandante presenta un escrito poniéndolo en conocimiento del Juez que archiva el procedimiento mediante Auto (VALERO LLORCA, 2012: pp. 5-7).

42 Valorar la legalidad de acuerdo implicará que el Juez tome en cuenta los motivos que lo informan y determinan.

Monográfico: Mediación

en todo tipo de proceso y de forma independiente a que se trate de derechos disponibles⁴³ que son los que se estarán discutiendo en el proceso, esto es lo que Francesco Carnelutti denominó *justa composición de la litis*.⁴⁴

En tal sentido, hay que partir de la idea de que la injusticia perturba el orden y la paz social, y asumiendo que ante pretensiones que se encuentran en igual grado de razón⁴⁵ el Juez deberá, a fin de evitar que se altere el estado de paz social que el Estado pretende, hacer prevalecer los intereses socialmente relevantes sobre los intereses particulares y, en consecuencia, fallar en favor de aquella parte que mejor los represente en su pretensión.⁴⁶

También se ha de tener en cuenta que el concepto de *moral*⁴⁷ es más amplio que el Jurídico de *ilicitud* al relacionarse con conductas y disposiciones humanas que frontalmente se oponen a los sentimientos medios de ética, probidez, buenas costumbres o ciudadanía rectamente entendida y ordenadamente practicada, que son prevalentes en una comunidad normal y concertada de personas que convergen sus vidas individuales en el común social, y por ello resulta congruente y procedente relacionarlo directamente con el concepto de *justa composición de la litis* en el que se hacen prevalecer los *intereses sociales relevantes* a los *intereses particulares* con la finalidad de asegurar y garantizar la *paz social* que es la base del Estado (Carnelutti, 2003).

43 En cierto modo, en este aspecto entramos en el tema del rol de Juez. En este sentido en un auto del Juzgado de Primera Instancia nº 52 de Barcelona, la Juez ha impuesto una multa a una aseguradora por abusar del proceso judicial al no haber intentado previamente una mediación para resolver la cuestión planteada. Los argumentos esgrimidos por su Señoría son múltiples y variados, señala en auto que «Siendo incuestionable el derecho a la tutela judicial efectiva... lo cierto es que todos los derechos pueden utilizarse de forma inadecuada; por eso el art. 7.2 del Código Civil ya señala que la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.» agrega «Y ese abuso del derecho a la tutela judicial, con una clara consecuencia antisocial por lo que supone de aprovechamiento de recursos públicos en beneficio de la actividad de una mercantil, se da cuando no se utiliza como último recurso sino como primero, siendo como es que otros métodos de resolución de conflictos podrían utilizarse.» En el mismo sentido ver (ORTUÑO MUÑOZ, 2007: 30). Ha entendido la magistrada que «... las entidades aseguradoras, deberían ellas mismas procurar el acudir a sistemas alternativos como primera opción y sólo después de ese intento, si no ha tenido un resultado satisfactorio, pueda acudir al proceso judicial.» cerrando su línea argumental con la siguiente idea «... el proceder con rectitud, bajo criterios de ética y responsabilidad social no depende de que la ley lo imponga, sino de que los ciudadanos y empresas empiecen a ser conscientes de los beneficios y perjuicios que producen en la casa pública y actúen consecuentemente.» Es evidente que, en nombre del interés público, su Señoría reclama de la persona jurídica (mercantil) el cumplimiento de los deberes de observancia de la buena fe, ética y responsabilidad social en el ejercicio del Derecho, con mayor celo, si se quiere, que a una persona física.

Por otro lado, se ha de señalar que entendemos que el argumento de fondo que emplea su Señoría guarda directa relación y vinculación con el concepto promulgado por el Magistrado Pascual Ortuño de litigiosidad impropia que he señalado ut supra.

44 Véase (CARNELUTTI, 2003).

45 Si se encontrasen en diferente grado y/o una de las pretensiones fuera injusta, evidente, el Juzgador tendría en ello su fundamentación para sentenciar.

46 Dicho de otra forma, cuando en un litigio las dos pretensiones son legítimas en sentido legal y se encuentran en un pie de igualdad, el Juez ha de decidir el proceso en favor de aquella que asegure la paz social que el Estado debe perseguir y garantizar, aunque ello implique decidir por encima de los intereses particulares de los contendientes.

47 Hay autores que diferencian «moral» de «ética»; en tal sentido la Moral es el estudio de las costumbres, que en relación a la bondad o maldad de las acciones humanas se dan en una comunidad determinada; mientras que Ética, es la reflexión teórica, filosófica, en torno a la bondad o maldad de los actos humanos (PÉREZ VALERA, 2004: pp. 211-222).

Monográfico: Mediación

Amalgamar *publicidad* (del proceso judicial) con *privacidad y confidencialidad* (de la mediación) no es un imposible. Basta pensar que, tal como ya lo he mencionado antes, al acudir a la jurisdicción las partes aceptan que una de las reglas de oro del proceso es la publicidad, a partir de ahí, subordinar los principios de privacidad o confidencialidad a la tutela judicial efectiva, y en consecuencia, limitar sus efectos, es simplemente una cuestión lógica que además echa por tierra cualquier planteo de *violencia estructural*.

Se debería definir el rol de la mediación de conflictos en el ámbito intrajudicial.

Si se decidiera por establecer la mediación obligatoria, es decir, como requisito de procedibilidad, habría dos opciones: a) una reforma Constitucional que incluyera en el art. 24 a la mediación de conflictos —lo que, aunque deseable, parece algo improbable—; y, b) una modificación *lege ferenda* de la actual LMACM que establezca que la mediación integra el proceso judicial.

Finalmente y por establecida la mediación obligatoria, no referimos a la obligatoriedad de acudir a la sesión informativa y no la obligatoriedad de realizar un proceso de mediación al completo, se podrían seguir las siguientes líneas de trabajo:

1. de mediación intrajudicial para someterse a una sesión informativa y que, a resultas de esta, será potestad de la partes someterse o no a un proceso de mediación completo.

— Efectos de la derivación a mediación, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 395 LEC, las partes estarán obligadas a comparecer a la audiencia informativa bajo apercibimiento de desobediencia.

— La potestad para derivar a mediación recae sobre el Juez o Tribunal, sea a petición de una de las partes, ambas o por propia iniciativa del juzgador. El mediador, como experto en la materia, será quien determine si el caso es mediable o no. La derivación judicial estará amparada en la discreción del Juez o Tribunal, los casos que se deriven deben responder como mínimo a las siguientes dos razones: i) una mejor o más adecuada resolución del conflicto y ii) el beneficio para las partes involucradas en él.

— Durante todo el tiempo que dure el proceso de mediación, y toda vez que el Juez o Tribunal pierde el control de las actuaciones, operará la suspensión del proceso. El Juez o Tribunal estará obligado a aceptar los términos de los acuerdos a los que pudieran llegar las partes, siempre que se ajusten a lo normado por el artículo 19 LEC y no sean contrarios a la ley, la moral y el orden público.

— Cuando el proceso de mediación concluya en acuerdo y el asunto en controversia esté revestido de un alto interés público, las partes tendrán que informar al Juez o Tribunal sobre las circunstancias y contenido del mismo. Si el acuerdo afecta a derechos de menores, incapaces o terceras personas dependientes, se dará intervención al Ministerio Público Fiscal y seguirá el trámite dispuesto por ley para estos casos.

— Si se insertase la mediación en el proceso judicial (de conformidad a lo normado por los art. 414.1º párrafo segundo LEC, art. 440.1 párrafo segundo LEC), cuando las partes llegasen al acuerdo y éste sea presentado ante el juez para su homologación, deberá tenerse en claro que en tal caso el juez no está juzgando pues no aplica el Derecho para resolver el litigio, lo que hace es dotar de eficacia jurídica al acuerdo que es fruto

Monográfico: Mediación

de la autonomía y voluntad de la partes en conflicto. Esa homologación no conlleva ejercicio de la potestad jurisdiccional y además no es una función exclusiva de los jueces; también puede hacerse por notarios, y por los letrados de la administración de justicia (art. 117.3 CE).

Deberíamos abandonar la idea de que establecer la *obligatoriedad de la audiencia informativa*, limitar a los *principios de privacidad y confidencialidad*, acordes con las particularidades de la mediación intrajudicial, es necesariamente pernicioso para las partes o para el proceso de mediación. En ese escenario, no es más que una falsa dicotomía.

Concluimos con que la implementación de esta inserción de la mediación en la vía jurisdiccional, necesita de un ingente trabajo en la elaboración de protocolos para la determinación de los casos que podrían seleccionarse para mediación, el estatuto del mediador, el mecanismo administrativo de derivación, formación de Jueces, funcionarios y mediadores intrajudiciales, etc. Lo que derivaría en el éxito y calidad de la mediación intrajudicial.

7. Bibliografía

- ARISTOTELES; *Ética a Nicómaco*. Libros I y IV. Traducción de M. Araujo y J. Marías. Colección: Educació. Materials de Filosofia. Dir.: Guillelmos Quintás Alonso. Universitat de València. 1993.
- Política*. Traducción, introducción y notas, Pedro López Barja de Quiroga y Estela García Fernández. Colección Fundamentos nº 220 Serie Clásicos del pensamiento Político. Istmo, Madrid. 2005.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.); *Manual de Derecho Constitucional*. Tecnos. 2010., p. 94.
- BARUCH BUSH, R. A. y FOLGER J. P.; *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*. (Aníbal Leal., Trad.): Ed. Granica. 1996.
- BAYON MOHINO, J. C.; *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de estudios constitucionales. 1991.
- BECKLEY, H.; *Passion for justice: retrieving the legacies of Walter Rauschenbush, John A. Ryan, and Reinhold Nieburh*. Westminster/John Knox Press, Louisville, Kentucky. 1992.
- CABALLERO, J. F. «La teoría de la Justicia de John Rawls», en *Revista Voces y Contextos*. Otoño, núm. II, año I, 2006, pp.1-22.
- CARMENA, M, «La Justicia: hay que reinventarla», en *Espacio Público*, 2015. Disponible en Internet en <<http://www.espacio-publico.com/la-justicia-hay-que-reinventarla>> (ví 13 de febrero de 2015).
- CARNELUTTI, F.; *Teoría General del Derecho: metodología del derecho*. Comares. 2003.
- CONFORTI, O. D. F.; *Mediación Apreciativa*. Trabajo presentado en el Seminario sobre Mediação Apreciativa de O Instituto de Mediação e Arbitragem de Portugal, Oporto y Lisboa, Portugal. 2008.

Monográfico: Mediación

La promesa de la mediación en España, los términos del debate, en *Diario Jurídico*, Madrid 2012a. Disponible en Internet en <<http://www.diariojuridico.com/la-promesa-de-la-mediacion-en-espana-losterminos-del-debate/>> (ví, 1 de abril 2015).

5 Razones para probar con la mediación de conflictos en *Lawyerpress*, Madrid. 2012b. Disponible en Internet en <http://www.lawyerpress.com/news/2012_12/0112_12_003.html> (ví, 13 de enero de 2019).

«La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España», en *Diario La Ley*, Madrid, España, Año XXXVI, Número 8486 pp. 6-12, 2015a. Disponible en www.francoconforti.com. Consultado el 25 de marzo 2015.

Tutela judicial efectiva y mediación de conflictos en España. Madrid: Tecnos. 2015b.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

DAMASKA, M. R.; *Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. 2000.

de AQUINO, T.; *Suma de Teología II. Parte I-II*. 2ª Ed. VV.AA. Biblioteca de autores cristianos. Pontificia Universidad de Salamanca. 1989.

de la OLIVA SANTOS, A.; *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional: La persona ante la administración de justicia*. Barcelona: Bosh. 1980.

de la OLIVA SANTOS, A., y PEITADO MARISCAL, P.; *Sistema de Tutela Judicial Efectiva*. Madrid: Centro de Estudios Financieros. 2009.

ESPAÑA. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOE, Jefatura del Estado, Madrid, 7 jul. 2012a. Sección I, n. 162, p. 49224-49242.

Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOE, Ministerio de Justicia, Madrid, 27 dic. 2013a. Sección I, n. 310, p. 105296-105311.

FERNÁNDEZ SEGADO, F.; *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dykinson. 1997.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E., y ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «Una aproximación a la idea de Justicia en la Cultura Jurídica Española del Siglo XX», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 11, 2007/2008, pp. 181-193.

FOLBERG, J., y TAYLOR, A.; *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*. (Beatriz E. Blanca Mendoza, Trad.). México: Limusa. 1996.

FREIRE PÉREZ, R.; La posición del Juez ante la mediación: ¿Espectador, participante, garante? en Soletto Muñoz, H. (dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos* (pp. 281-286). Madrid: Tecnos. 2001.

GARDNER, E. C. *Justice and Christian Ethics*. Digitally printed version 2009. Cambridge University Press. 1995.

GINER BOIRA, V.; *Documentación Gráfica*. Valencia: Javier Boronat Ed. 1995.

HUESO GARCÍA, V.; «Johan Galtung. La transformación de los conflictos por medios pacíficos» en *Cuadernos de estrategia*, Nº. 1111, 2000 (Ejemplar dedicado a: Ideas sobre prevención de conflictos), págs. 1125-1159.

Monográfico: Mediación

- IBARRA, J.L. «La mediación en la administración de Justicia» en la *presentación de GEM-ME-País Vasco. Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación*. San Sebastián, 16 de septiembre de 2013. Disponible en Internet en <<https://joseluis817.wordpress.com/1222-2>> (ví 17 de febrero de 2015),
- KANT, I.; *The Metaphysics of Morals*. Traducido y editado por Mary Gregor. Reimp. 2003. Cambridge University Press. 1996.
- MAYER, B.; *Más allá de la neutralidad: cómo superar la crisis de la resolución de conflictos*. Trad. Calvo Soler Raúl. Barcelona. Gedisa. 2008.
- MEJÍAS GÓMEZ, J. F.; *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*. Madrid: El Derecho, Quantor. 2010.
- MORALES FERNÁNDEZ, M. G.; *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos: La mediación. Sistemas complementarios al proceso. Nuevo enfoque constitucional del Derecho a la tutela judicial efectiva*. Sevilla: Hispalex. 2014a.
- «La mediación. Contenido de la Tutela Efectiva», en Lauroba Lacasa M^a Elena y Ortuño Muñoz, Pascual (Coord.), «*Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*» Barcelona: Huygens. 2014b., pp. 99-106.
- OKECHUKWU D. N., NNAMDI O., UCHE G. A. 2012. «Alternative(/appropriate dispute (conflict) resolution (ADR): the psychological facilitators» en *Research Journal in Organizational Psychology & Educational Studies* 1(2) 2012. págs. 83-89. Emerging Academy Resources (ISSN: 2276-8475).
- ORTUÑO MUÑOZ, P. «La mediación en el ámbito familiar», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 29, Enero de 2013a, pp. 1-23.
- «Apuntes críticos sobre la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de Mediación Civil y Mercantil, en García Villalueva, Leticia y Vázquez de Castro, Eduardo (Dir.), en *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, 2013b., pp. 45-69.
- «Los jueces no están politizados» en *Diario de Ibiza*, 28/12/2014. Disponible en Internet en <<http://www.diariodeibiza.es/pitiuses-balears/2014/12/28/jueces-politizados/740558.html>> (ví 1 de abril de 2015).
- PÉREZ VALERA, V. M. «Relación entre Moral y Derecho», en *Jurídica: anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, nº 33, 2004., pp. 212.
- RAWLS, J. A.; *Theory of Justice*. The belknap Press of Harvard University Press, Cambridge. Mass. 1971.
- SÁNCHEZ, L. J. «Entrevista a los vocales del Consejo General de Poder Judicial de España, Álvaro Cuesta y Concepción Sáez. Hay que divulgar que la mediación es otra forma de tutela judicial efectiva» en *Lawyerpress*. Disponible en Internet en <http://www.lawyerpress.com/news/2015_01/2101_15_007.html> (ví, 21 de enero de 2015).
- SANDEL, M.J.; *Justice: what's the right thing to do?* Farrar, Straus and Giroux, LLC. 2009.
- TARUFFO, M.; *La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible? Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996., pp. 135-150.
- «Aspectos de crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización» en *AFDUAM*, 3, nº 3, 1999., pp. 61-75.

Monográfico: Mediación

Texto de la ponencia expuesta por el autor en el 9º Seminario sobre derecho y jurisprudencia, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, los días 21-22 de julio de 2007. Tomo la cita de Berges Fantova, P. «Análisis DAFO de la Mediación Civil y Mercantil hoy en España: Por una mediación eficaz» en *CMICAV Artículos y Revistas de Mediación*. Disponible en Internet en <<http://www.mediacion.icav.es/contenido.php?idioma=es&menucat=4&id=110>> (ví 13 de febrero de 2015).

TORRES OSORIO, E.; *La mediación a la luz de la Tutela Judicial Efectiva*. Salamanca: Universidad de Salamanca. 2013.

TROYER, J.; *The classical Bentham and Mills*. Hackett Publishing Company Inc. Indianapolis. 2003.

VALERO LLORCA, J.; *Lecciones de Derecho Procesal Civil II, en Desarrollo Esquema de Derecho Procesal Civil*. UEM. No impreso. 2012.

WOLFF, J.; *Robert Nozick. Property, Justicia and the Minimal State*. Digital print 2003. Policy Press, Cambridge. UK. 1991.

