

Buenas tardes a todos!

Les dejo un resumen de la Conferencia cierre del Curso de Verano de la Universidad Pablo de Olavide, sede , que impartí en representación de la Fundación Mediara. Un abrazo a todos desde Sevilla...

Curso SISTEMA INTEGRAL DE SOLUCION DE CONFLICTOS. Universidad Pablo de Olavide. Carmona. 28-30 Julio 2014

“Sistemas complementarios al proceso” Representación Fundación Mediara.

Espero que sean de interés las ideas que voy a exponerles, desde mi experiencia como abogada, como mediadora, también después de varios años como secretaria judicial, y sobre todo, como apasionada investigadora de la materia, lo que me llevó a realizar la tesis doctoral en la US sobre una nueva visión del Sistema Público Universal de Justicia desde la Mediación.

Introducción

La temática del curso aborda la solución integral de conflictos introduciendo los Sistemas Alternativos de Gestión de Conflictos, el Arbitraje y sobre todo la Mediación, en los distintos ámbitos, penal (aspectos de justicia restaurativa, conformidad, mediación penitenciaria, mediación en responsabilidad civil derivada de delito, mediación penal, mediación en violencia de género), los Sistemas Alternativos de Gestión de Conflictos en el ámbito laboral, civil, mercantil y familiar, sin olvidar la mediación on-line. Todo ello implica, desde mi perspectiva,

1. Un auténtico cambio de paradigma, una novedosa concepción de justicia e incluso del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en un esquema próximo al modelo anglosajón.

2. Implica la implementación de servicios públicos para conectar la mediación, al engranaje del Sistema Público Universal de Justicia.

3. Implica igualmente, una redefinición global del Sistema de Administración de Justicia, en un transitar a veces desde lo privado a lo público, al otorgar un protagonismo de primer orden, en materias y derechos disponibles por las partes, a la autonomía de la voluntad desde la autocomposición, que es la gestión de los conflictos por sus protagonistas, que no delegan la solución de los mismos en un tercero.

4. Implica que el proceso judicial acoja en su devenir, en las distintas fases procesales, e incluso, extrajudicialmente, la introducción de mecanismos de gestión de conflictos, que de modo extraordinario lo enriquecerán en el tratamiento integral del conflicto y la comunicación en las relaciones entre individuos o sociedades y empresas. Todo ello porque “el proceso judicial continental clásico, no se concibió para el dialogo, para el encuentro, ni para negociar en igualdad de posiciones el encuentro de intereses, sino para la confrontación desde una desigual posición de poder buscando un parámetro siempre de ganador versus perdedor. Y este esquema, no es viable en la Justicia del siglo XXI. Razones para un nuevo modelo de justicia.

1.- En la sociedad actual, compleja, proliferan los conflictos, de todo tipo, por doquier llegando al colapso de los Tribunales, pero sobre todo, a una tremenda insatisfacción en los ciudadanos y empresas, que no ven resueltos satisfactoriamente sus asuntos. Y ante esto, ¿Qué se puede hacer?

2.- Desde luego, si queremos mejores resultados y mayor nivel de satisfacción, es necesario cambiar las cosas, cambiar el Modelo Tradicional de Justicia basado en el proceso contencioso, manifiestamente insuficiente para una gestión de gran parte de conflictos.

3.- Por tanto, les diría que en la vida y en las relaciones... “Es más importante SER EFECTIVO QUE TENER RAZÓN”. La razón, ese EGO protector de nuestras creencias, de nuestra subjetividad, no basta con creer tenerla, sino que el tercero (el juez), nos la da. Y aun así, puede que lo entienda parcialmente. La parte perdedora del conflicto, continuará la batalla para conseguir que le reconozcan su RAZON, pero puede ser que también lo haga quien se ha salido, parcialmente, con la suya.

Este esquema, lejos de resolver las cosas, prolonga los conflictos en el tiempo, los enquistados, deteriora las relaciones, produce pérdidas emocionales y económicas y, lo que es más preocupante, es la semilla de la reproducción cíclica y sistémica de nuevos conflictos entre los mismos intervinientes. (conflictos en sociedades y la reiteración de demandas). Es más inteligente “SER SELECTIVO EN LAS BATALLAS QUE VAYAMOS A EMPRENDER”

4.- Si nos centramos en la EFECTIVIDAD, debemos huir de diversas trampas psicológicas, por ejemplo, tendemos a decir NO a una propuesta, a una información, a una negociación, si no se entiende algo, porque el NO defiende y no vincula. Pensar de manera diferente, ofrecer alternativas por inverosímiles que sean, es la mejor manera para conseguir resultados, expectativas de negociar, conseguir un acuerdo, aunque al principio no sepamos cómo, pero en todo caso, dejando puertas abiertas. La mejor negociación suele decirse que es cuando “el otro se sale con la nuestra”, de ahí que para negociar el manejo de herramientas y habilidades de comunicación cobran extraordinaria importancia ante la complejidad de los conflictos, máxime cuando las normas no pueden regular un catálogo exhaustivo de situaciones y donde las sentencias no son un “traje a medida”.

5.- ¿Es posible EFECTIVIDAD en la gestión de problemas desde el esquema clásico del proceso judicial? ¿Puede el juez, con todos los datos que ha conocido, llegar al fondo del conflicto? ¿Son las partes honestas y colaborativas en la información? La respuesta a todos estos interrogantes es negativa. Por la dinámica y estructura procesal contenciosa, NO es posible. El conflicto es más profundo, más allá de los datos de la demanda o la contestación, donde solo se ha reproducido a modo de foto fija, una parte visible del problema, pero no la totalidad, que continúa oculta y retroalimentándose.

6.- La EFECTIVIDAD en la gestión del conflicto y la negociación requieren conjugar la parte racional y emocional de las personas, donde se sitúan las estrategias y los

sentimientos. Y para ello es necesario tratar transversalmente dos aspectos esenciales: el conflicto (su emotividad, percepciones subjetivas, aspectos multidisciplinares interconectados, y el mapa de realidad subjetiva) y la comunicación intersubjetiva.

7. - Para tratar el conflicto integralmente y la comunicación entre individuos o empresas se requiere un marco de confidencialidad, de igualdad en las posiciones y en el intercambio de información al que el juez, dentro del proceso contencioso, no puede llegar. Nadie arriesga si no está en las mismas condiciones, si hay miedo a perder, si no hay verdadera intención de cooperar en el encaje de piezas del rompecabezas que es el conflicto de intereses.

8.- Todo ello implica herramientas, estrategias de comunicación, de negociación y técnicas de psicología que complementen al proceso judicial y permitan redefinir el Sistema Público Universal de Justicia. Es necesario un paradigma de gestión integral de conflictos que venga a dar al esquema procesal mejores opciones.

9.- Sencillamente las partes en conflicto deben saber que tienen enemigos en común: el conflicto, es un enemigo, pero también representa una oportunidad si se gestiona de modo inteligente y ambas partes cooperan. Pero hay un enemigo aun peor, que es una mala sentencia, y en este caso, la gestión del problema la hemos delegado en un tercero, el juez, y ahí, lo único es la posibilidad del recurso pero no la oportunidad de una gestión inteligente.

10.- ¿Por qué los conflictos, en sede judicial, se reproducen sistémicamente o por que las sentencias se recurren o se incumplen?

Una de las vías de aguas del Sistema se encuentra en la manera inadecuada de tratar el conflicto, la comunicación y las relaciones, que funcionan por la interrelación de elementos diversos y que evolucionan en una dinámica que no tiene cabida en el proceso judicial contencioso, rígido y con fases muy acotadas (Ejemplo del iceberg, foto fija demanda..) Además el razonamiento jurídico es insuficiente para resolver determinada tipología conflictiva en la que inciden variables multidisciplinares: buscar los intereses objetivos, separar a las personas con sus percepciones del problema, superar posiciones enquistadas, no es tarea que pueda fácilmente abordarse en el esquema contencioso. Parece evidente que necesita incorporar otras metodologías que sitúen esos tres aspectos esenciales (el conflicto, la comunicación y las relaciones) en primera persona de los protagonistas para la autogestión voluntaria de sus diferencias.

11.- Un nuevo modelo de justicia necesariamente debe integrar metodologías, como la mediación que lo van a complementar, que facilitan habilidades y el contexto para la comunicación y la negociación cooperativa de intereses. Es un nuevo esquema basado en una racionalidad intersubjetiva más pragmática, orientada al consenso, a sintonizar planes de acción que permitan la integración de todos los intereses en conflicto. Y este esquema lo entendemos desde la conexión y complementariedad al Sistema Público de Administración de Justicia.

Importancia de:

- Habilidades para el contacto emocional, si quiero conectar con la persona, si quiero dialogar, proponer opciones y negociar, lo primero es conectar con la parte emocional.

- Empatizar, usando las mismas palabras de la otra parte para sintonizar.

- Cultivar la primera impresión. En los primeros segundos está la clave para demostrar seguridad y confianza, para transmitir percepciones. Es muy importante el lenguaje no verbal, porque cuando se dice algo, nuestro hemisferio derecho, donde se sitúa la parte creativa y emocional, capta el mensaje mucho antes que lo que puedo decir con palabras, hemisferio izquierdo parte racional, es decir, que previamente el lenguaje no verbal ha informado, lo que transmite el cuerpo, la voz...

- Para facilitar la comunicación y cambiar el estado de las cosas en una negociación, en las personas con GRAN EGO protector de sus creencias, más que argumentos racionales, son necesarias habilidades emocionales.

12.- Todo esto implica necesariamente una nueva Administración de Justicia y el soporte Institucional ad hoc para hacer efectivos los cambios procesales que se han producido por cumplimiento de la normativa europea. No es una moda pasajera, sino una paulatina transformación del Sistema público de Administración de Justicia con la introducción de nuevos sistemas en distintos ritmos y materias, con diversas peculiaridades, pero con un mismo fin, buscar la paz social y hacer un Sistema de Justicia más justo. Porque,

13.- El Sistema de Administración de Justicia se concibió, tradicionalmente, para la confrontación y la delegación del conflicto en dos planos:

- Delegación del conflicto a un tercero, el abogado, para que canalice el asunto, normalmente planteando una demanda, en la estrategia GANADOR/ PERDEDOR.

- A partir de ahí, delegación indirecta a un tercero revestido de autoridad, el juez, que impondrá la solución en su resolución (Auto-Sentencia).

Sin embargo, la realidad demuestra, sobre todo en la actual y poliédrica sociedad, que la solución impuesta, suele no convencer, de ahí la activación del sistema de recursos y los procedimientos de ejecución, estos son las historias de nunca acabar en nuestros juzgados.

14. A partir de delegar en un tercero y, ante el fracaso que supone, cuando son factibles otras vías de gestión de conflictos, insisto en la gestión integral de los mismos desde una mirada diferente, con un lente no exclusivamente jurídico. El ciudadano no puede olvidar que tiene derecho a gestionar su problema, que puede tomar las riendas de su conflicto y autocomponer las mejores soluciones, justas, equilibradas, prácticas y viables.

15.- La comunicación y la gestión del conflicto desde una perspectiva multidisciplinar, es el eje sobre el que pivota la mediación que posibilita, con ayuda del mediador, que las partes autogestionen sus diferencias, entendiendo que este sistema, complementario al proceso judicial, es también Justicia y contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

16.- El derecho fundamental recogido en la Constitución es el mínimo y desde ahí se expande en el ejercicio que cada individuo hace de él y a través de la acción de los poderes públicos. En lo que a la tutela judicial efectiva se refiere, ese mínimo consiste en que el Estado establezca un Sistema Público de Administración de Justicia a través del cual se garantice que cualquier conflicto pueda acabar siendo residenciado ante un Tribunal, que tendrá que dar una respuesta al mismo fundada en Derecho, incluida su inadmisión. Pero son posibles otras opciones incardinadas en el Sistema Público de Administración de Justicia, como la mediación, basadas en la autocomposición voluntaria de las partes, dejando siempre expedito el acceso a la jurisdicción.

17.- La gestión de conflictos desde la mediación, es beneficiosa para el ciudadano, porque hará prevalecer la empatía y lo mejor de sí mismo, pero también beneficiosa para el Sistema Público de Administración de Justicia por el modelo de orden social que transmite, además como efecto colateral, contribuye a descongestionar el Sistema que, tradicionalmente, ha asumido conflictos que no le corresponden.

18.- Por ello, ¿Podríamos entender que el Estado debe integrar en el sistema público estas vías pacíficas de gestión de conflictos como garantías de la tutela judicial efectiva? Es realista introducir un paradigma que nos permita ser más felices, gestionar la complejidad del proceso conflictivo en lugar de diseccionarlo por un tercero, que impone la solución. Es un desafío de lo complejo o mejor dicho de lo multidisciplinar, como nueva cultura para pensar los problemas, facilitando una inteligencia global que permita la participación de los ciudadanos que viven sus conflictos en primera persona.

No hay que tener miedo a romper los estereotipos sobre la Administración de Justicia, comprender que ante los problemas es importante cómo abordarlos y como acudir a la justicia para tutelar los intereses. La vía contenciosa produce enorme insatisfacción, debe entenderse que los jueces no son exclusivos administradores de los problemas si los ciudadanos deciden tutelarlos autocompositivamente.

La mediación, un sistema de gestión de conflictos complementario al proceso judicial.

La naturaleza poliédrica de la realidad social y la disparidad de controversias que de ésta se derivan, han estimulado ante el fracaso del sistema tradicional, el recurso a instrumentos jurídicos y sociales complementarios al propio sistema judicial ordinario. Habida cuenta de su significación en el campo de los métodos alternativos de resolución de conflictos, especial consideración merece la mediación, en cuyo seno se trabaja con y para la persona, con y para las sociedades y empresas. La clave de este proceso reside

en la existencia de un entorno de confidencialidad, sin que en ningún caso suponga la renuncia a acudir a los tribunales ordinarios.

El sistema de justicia necesita renovarse para entender que la ley, el juez que la interpreta y el proceso judicial no son las mejores soluciones. Pero es esencial dejar claro, que no se pretende hacer competencia a la Administración de Justicia que imparten los Tribunales, sino que como ha ocurrido en tantos países de nuestro entorno, los Sistemas Alternativos de Resolución de conflictos, específicamente la mediación, pasan a formar parte del sistema de justicia en que se insertan. Pero obviamente, se reserva para la controversia judicial clásica, garante de los derechos fundamentales, la tipología de derechos que le es propia, cuando existen problemas jurídicos o discrepancia en los hechos que precisan de la intervención judicial o en aquellos en que es necesaria la imposición forzosa de una decisión.

Es necesario por tanto, redefinir el derecho de acceso a la justicia como un derecho de acceso a los métodos adecuados de resolución del conflicto concreto y establecer la debida articulación del proceso judicial/métodos alternativos de resolución de conflictos, que operaran en muchos supuestos, como complementarios al proceso judicial. La mediación, a diferencia esencial con el arbitraje, no excluye la vía judicial, sino que la complementa cuando está iniciado o va iniciarse, un proceso judicial pudiendo desplegar su potencial en cualquier fase del mismo, pues es criterio adoptado en la praxis de muchos de nuestros tribunales, que con independencia de los momentos procesales establecidos en la LEC, siempre puede solicitarse de común acuerdo, una suspensión del procedimiento para acudir a mediación. Es esencial establecer una relación equilibrada de conexidad entre la mediación y el proceso judicial.

La integración de la Mediación en el Sistema Universal de Justicia es una realidad contrastada, no solo en España, sino con anterioridad en el espacio judicial europeo no adversarial del que participamos, porque los instrumentos comunitarios incorporan un nuevo modelo de justicia no sólo en conflictos transfronterizos, sino también aplicado en los distintos países de la Unión. Pero no se trata de una Justicia Privada, sino como venimos diciendo, sino de un esquema diferente de residenciar los conflictos complementario al Sistema Universal de Administración de Justicia. De este modo, el artículo 19 de la LEC establece que “los litigantes están facultados para disponer del objeto 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 beneficio de tercero” es decir, se prima un componente no adversarial, basado en la autonomía de la voluntad.

El curso ha tratado de la mano de los mejores profesionales, los medios alternativos de solución de conflictos y la mediación en distintos ámbitos y materias, y no es este el momento de abordar los diversos ámbitos. Pero si me permiten, tan solo haré una breve referencia a la conexión de la mediación dentro del proceso judicial en sede de LEC, tras los cambios procesales derivados de la Ley 5/12 de 6 de julio de mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

Asistimos a un cambio muy importante introduciendo un modelo equivalente jurisdiccional, porque el acuerdo de mediación queda sometido al control judicial por homologación o porque cabe recurso frente a los acuerdos-transacciones contrarios al ordenamiento, con efectos ejecutivos.

Pero para la plena efectividad del modelo, con independencia de las facultades esenciales que tiene el juez para motivar e incentivar acudir a mediación según el perfil del litigio, tanto en sede de la audiencia previa (Art. 414. 1,2 Audiencia previa, se podrá informar a las partes en esta convocatoria si no se hubiese hecho antes en cuyo caso las partes indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma) o la vista en el juicio ordinario, en sede del juicio verbal, es importante que en el decreto de admisión de la demanda, por el secretario Judicial se informe a las partes ampliamente del recurso a la mediación como posibilidad de solucionar el conflicto..."en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma" (Art. 440.1,2 LEC Admisión demanda Juicio Verbal)

La flexibilidad para articular procesalmente la mediación, en consonancia con la esencia de la metodología, ha dado lugar a variados protocolos en los distintos juzgados sobre cómo y cuando derivar el conflicto a mediación y también a diversas resoluciones del Secretario Judicial informando sobre la posibilidad de acudir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluyendo el recurso a una mediación, tanto en decretos de admisión de demandas y señalamientos de audiencias previas o vistas como Diligencias de Ordenación. Algunas de estas resoluciones establecen un resumen sobre lo que las partes deben saber de la mediación y el protocolo a seguir sobre su solicitud, el traslado de la misma por el juzgado al centro donde se realizará la sesión informativa de mediación a los efectos de fijar la fecha de la misma y en su caso, continuar con dicho proceso. Igualmente, y como consecuencia de los acuerdos que puedan estar firmados entre el CGPJ y los Colegios de Abogados, si se ha establecido Oficina de Mediación Intrajudicial Civil en la sede Judicial, se informa a las partes que pueden solicitar la derivación del procedimiento a dicha Oficina, debiendo comunicar al juzgado en un plazo, que suele ser de diez días, su decisión al respecto.

La conexión del proceso de mediación al proceso judicial, ha implicado también cambios procesales en las excepciones procesales de competencia, litispendencia, caducidad de acción ejecutiva fundada en un acuerdo de mediación o laudo arbitral, plazos de espera de ejecución de resoluciones procesales, nuevos títulos ejecutivos por el acuerdo de mediación elevado a escritura pública y en la oposición a la ejecución de acuerdos de mediación o de resoluciones arbitrales, casos en los que no procede requerimientos de pago, sin olvidar los procedimientos de mediación simplificados por medios electrónicos cuyo desarrollo se deja previsto en la Disposición Final séptima de la Ley 5/12 de 6 de julio y han sido desarrollados posteriormente por el Real Decreto 980/13 de 13 de diciembre. Soportes necesarios para la efectividad de la mediación incardinada en el Sistema Público de Administración de Justicia.

Para un tratamiento integral de los conflictos introduciendo metodologías que pueden ser complementarias al proceso, es necesario no solo contar con una plataforma institucional

que de cobertura, sino que es esencial la actitud que adopten todos los profesionales que trabajan en el sector justicia. La actitud entendida como la mejor disposición para trabajar en este campo de la justicia preventiva y colaborativa en pos de una resolución temprana y eficaz de los conflictos, en lugar de fijar los objetivos de la intervención profesional en la exigencia de responsabilidad por las consecuencias de dichos conflictos. Evidentemente, es necesaria una formación en técnicas adecuadas para comprender el alcance de otras vías de gestión de conflictos.

1. Amplio soporte institucional, Administraciones con competencia en la materia, también las Comunidades Autónomas con competencia en Familia, Asuntos sociales y en derecho Privado y las Corporaciones de Derecho Público (Colegios Profesionales y Cámaras de Comercio a los que por mandato legal ex Disposición Final primera y segunda respectivamente de la Ley 5/12 de 6 de julio, corresponde impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje).

Todo ello a los efectos de establecer los servicios de Mediación en Sede Judicial o en los propios Centros, para que los ciudadanos puedan solicitar un mediador, de común acuerdo o el que por Turno del Registro corresponda, bien por iniciativa propia al margen de un proceso judicial, o por derivación desde la Oficina Judicial, incluyendo la asistencia a sesión informativa. También darán el soporte administrativo oportuno a la asistencia jurídica gratuita de quienes tengan derecho a ella, la formación especializada a mediadores, regulación de tarifas... etc.

2.- Implicación de la Oficina Judicial, pues es muy importante que tanto por el juez, en sede correspondiente según los procesos, se procure informar a las partes litigantes de una manera proactiva hacia la mediación (art. 414,1,3 “en atención al objeto del proceso, el Tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso, a través de un procedimiento de mediación. Instándolas a que asistan a una sesión informativa). Por lo tanto, entiendo que el legislador ha dado “la llave” al juez, de tal modo, que su convencimiento en función del perfil del conflicto es esencial para el éxito de la derivación a sesión informativa, al menos. También el Secretario Judicial en la labor de impulso procesal debe de cooperarse a este fin.

3.- No puede olvidarse la labor esencial de los abogados para asesorar a sus clientes sobre el perfil del conflicto, hacer una diagnosis del mismo y evaluar las diferentes posibilidades de gestión. Es necesario un nuevo perfil dentro de la abogacía, un perfil que entienda que la comunicación y la negociación han de estar presentes, que el servicio jurídico debe ser transversal y multidisciplinar, no exclusivamente enfocado a la línea contenciosa, que la demanda o la denuncia debe ser último recurso, y como dije al principio, que es más importante ser efectivo que tener razón. Sin más, tras estas reflexiones, esto a disposición de ustedes p ara cualquier duda o comentario que deseen plantear. Muchas gracias.

Sevilla, 30 Julio 2014.

M Gracia Morales Fernández.

Doctora US. Abogacía Colaborativa. Mediación.