

La Tutela Judicial Efectiva como artesana del modelo de Mediación en España

MADRID, 05 de SEPTIEMBRE de 2014 - LAWYERPRESS

Por Franco Conforti, PhD

Partiendo del consenso respecto a considerar que el modelo de mediación seguido tanto en la directiva 2008/52 CE como en la Ley de Mediación 5/2012 es el modelo lineal del lineal^[1] que proviene del mundo anglosajón, se ha justificado que la formación en mediación sea la que es, y que el modelo de mediación a seguir tenga por objeto alcanzar un «*acuerdo*» que «*evite tener que recurrir a los Juzgados*» para poner fin a un litigio.

¿Pero es ese el modelo adecuado para nuestro sistema legal?

Considero importante la cuestión porque estamos «*importando*»^[2] a nuestro sistema jurídico (*Civil Law*) una institución de otro sistema legal (*Common Law*) y ya sabemos que un transvase como este no opera fácilmente.

En el artículo: «Impacto de la Tutela Judicial Efectiva sobre el Modelo de Mediación de Conflictos en España» de próxima aparición en la *Revista Confluencia*, he profundizado en la explicación los fundamentos filosóficos-jurídicos de ambos sistemas y lo que se advierte *a priori* es que el modelo de mediación lineal no es de fácil encaje en un sistema como el nuestro^[3].

Volviendo al eje central del tema: ¿Cómo son los acuerdos del modelo lineal en uno y otro sistema legal?

En el mundo anglosajón no existe un cuerpo legal (Código Civil, Penal, Mercantil, etc.) que regule la conducta de los ciudadanos. Las pocas leyes de fondo que hay lo que hacen es establecer ámbitos específicos donde el ciudadano puede ejercer sus derechos y garantizar la igualdad de condiciones de éxito para todos los contendientes. Esto quiere decir que cualquier acuerdo al que lleguen las partes es perfectamente válido. Lo que un Juez «*corroborará*» es que no se ha afectado la libre voluntad de las partes (Damaska 2000).

En tanto en nuestro sistema de derecho sí que contamos con leyes que nos indican cual es la conducta a seguir en un determinado supuesto y cual sería el «*castigo*» que sufriríamos si omitiésemos la ley. Esto quiere decir que no cualquier acuerdo al que lleguen las partes es válido. Lo que un Juez «*corroborará*» además de que el acuerdo se ha suscrito por libre voluntad, que versa sobre derechos

disponibles, que se ha redactado conforme las disposiciones legales vigentes en cada ámbito, y que en él se verifica «*la justa composición del litigio*».

«*La justa composición del litigio*» viene a significar que en toda disputa el Juez ha de atender y hacer prevalecer los intereses socialmente relevantes por sobre los intereses de los particulares (Carnelutti 2003).

Hay que pensar que un acuerdo de mediación extrajudicial puede ingresar al sistema judicial en cualquier momento (sea para su homologación, ejecución o solicitando su nulidad) y que por imperio de la Tutela Judicial Efectiva el Juez, y en su caso el Ministerio Fiscal, estará obligado a comprobar que en el acuerdo se verifica la «*justa composición del litigio*».

En caso de que no se verificase «*la justa composición del litigio*» sería factible hablar de «*escándalo jurídico*»^[4] y dicho acuerdo a más de no ser homologado o ejecutable puede ser declarado nulo o anulable según el caso (Conforti 2014).

La conclusión es que todos los acuerdos de mediación (independientemente del modelo, ámbito, cantidad de partes, etc.) tienen algo en común, y es que deberán respetar «*la justa composición*» para evitar que puedan ser declarados nulos en sede judicial por una de las partes interesadas (Conforti 2014).

La pregunta que se sigue es: ¿El modelo lineal de mediación atiende a la justa composición? y la respuesta es **NO**. De todos los modelos de mediación, los lineales son los que más se apartan del concepto «*justa composición*».

Los modelos lineales alientan el marcado enfoque intra-personal que promueven al hacer hincapié en los intereses «*privados*» de las partes^[5] sin más miramientos. Logrando así que éstos se alcen como «*guía y límite*» del proceso y del «*acuerdo*» al que los participantes pueden llegar.

Aquí los posibles argumentos^[6] a esgrimir serían los que guardan relación con la «*libre voluntad*», «*la libertad de pactos*» y los «*derechos disponibles*». Y aunque esto sea cierto no deberíamos olvidar que dichas libertades y derechos tampoco son absolutos. Es decir que las partes podrán acordar lo que tengan por adecuado a sus intereses pero siempre y cuando no caigan en el «*escándalo jurídico*».

Tan cierto es que los participantes de un proceso de mediación lineal

atenderán a sus propios intereses, como que no tienen ninguna necesidad de tener en cuenta y/o prestar atención a los «*intereses socialmente relevantes*», ya que en dicho modelo de mediación estos últimos intereses son anulados (algo que no sucede en otros modelos de mediación como el transformativo, el apreciativo o el del compromiso).

Por poner un ejemplo bien claro, aunque extremo, digamos que: *aplicando la propuesta lineal las partes llegan a un acuerdo en el que a cambio de casa y comida, una de ellas, trabajará y atenderá a la otra los 365 días del año durante las 24 horas del día*. Evidentemente en el mundo de lo privado, con o sin la firma del mediador, este acuerdo es perfectamente posible. Sin embargo cuando este acuerdo pasa al mundo público deviene nulo de puro derecho o anulable porque constituye un «*escándalo jurídico*» toda vez que no atiende a los intereses socialmente relevantes (ya que las condiciones del acuerdo rozan la esclavitud) y atenta así contra la «*justa composición*» del litigio.

Es por tanto altamente probable que bajo la lupa de la Tutela Judicial Efectiva^[7] un acuerdo de mediación alcanzado bajo los modelos lineales pueda «*carecer de efectividad jurídica*» al ser «*fácilmente*» anulable^[8].

Lo que sucede es que las bases filosóficas-jurídicas del sistema (*Common Law*) del que se ha tomado el modelo de mediación son completamente distintas a las de nuestro (*Civil Law*) y por eso lo que allí vale, aquí no. Puede que parezca simple y obvio, pero lo cierto es que lo que aquí apunto no lo he leído o escuchado en ningún sitio.

[1] Bajo esta denominación se conoce a las propuestas que formularon Fisher, Ury y Patton (Roger Fisher 1985) y Folberg y Taylor (Folberg Jay 1996).

[2] Me refiero a la mediación moderna, ya que en España los antecedentes históricos que aluden a la mediación como institución jurídica se pueden ubicar en el año 1239 en el Tribunal de Aguas de Valencia (Conforti 2014, 149)

[3] Sobre el particular sugiero la lectura de dicho artículo ya que la extensión del mismo es irreductible para un artículo de opinión.

[4] Por escándalo jurídico me refiero a situaciones de mal ejemplo jurídico de cara a la sociedad que pudieran derivar o generar conmoción social o pública. Al respecto ver noticia: “Mediar no es para

todos”http://www.diariojudicial.com/contenidos/2014/08/25/noticia_0008.html

[5] No olvido otra cuestión relevante que tiene que ver con el rol del tercero neutral y el interés intrínseco específico del que él tiene en el «acuerdo» como testigo material del resultado de su trabajo (lo que cuestiona su neutralidad, tema que ha sido convenientemente pasado por alto por la Ley y el Reglamento).

[6] Otro de los argumentos que se podría utilizar tiene que ver con la figura de la «transacción jurídica» (como modo a-normal de terminación del proceso judicial y por ende el concepto de «negocio jurídico»). No solo se excluyen de la transacción algunas cuestiones intransigibles sino que además a la transacción también le es aplicable lo relativo al «escándalo jurídico», vale decir que dicho negocio jurídico no sea un mal ejemplo para la sociedad.

[7] La Tutela Judicial Efectiva deja caer todo el peso de su influencia sobre la mediación en varias cuestiones, como por ejemplo el libre acceso a la jurisdicción, el derecho al proceso y el derecho a la acción en donde entra en juego la homologación en sede judicial de los acuerdos de mediación, la confidencialidad, el derecho a los recursos, el derecho a la ejecución de los acuerdos, la posible figura del mediador natural, la conveniencia de la asistencia letrada en un proceso de mediación, la necesidad de establecer plazos para evitar dilaciones innecesarias, la determinación de garantías del proceso de mediación, la posible producción de prueba en un proceso de mediación que luego pueda ser incorporado a un proceso judicial y las distintas cuestiones en material penal, el derecho a no declarar, a no confesarse culpable y la presunción de inocencia que al ser hechos probados en mediación y/o exigirse como requisito para el acceso a ciertos programas como ser en Justicia Juvenil podrían incorporarse (por vía indirecta) al proceso judicial (Conforti 2014, 277-302).

[8] Es evidente que hay aquí una limitante o condicinate a la libre voluntad, libertad de pactos y disponibilidad de derechos. Lejos de ir en contra de la mediación lo que expongo intenta alertar a los mediadores sobre los requisitos que debería reunir el acuerdo a fin de evitar el riesgo de ser nulo o anulable.

En otro momento y otro artículo tratare el tema de la confidencialidad de la mediación, la cual evidentemente se da de bruces con la obligación del Juez de revisar los acuerdos antes de su homologación y/o ejecución..

La advertencia que lanzo, no va en contra de la mediación, sino que pretende alertar a los mediadores respecto a la forma y fondo de los acuerdos de mediación para

evitar que sean fácilmente anulables.

Bibliografía

Carnelutti, Francesco. 2003. *Teoría General del Derecho: metodología del derecho.*: Comares.

Conforti, Franco. 2014. *Incidencia de la Mediación de Conflictos en la Tutela Judicial Efectiva*, Departamento de Ciencia Jurídica y Derecho Público, Universidad de Castilla-La Mancha, Facultad de Derecho Campus de Ciudad Real.

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

Folberg Jay , Taylor Alison. 1996. *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*. Trad. Beatriz E. Blanca Mendoza. México: Limusa.

Roger Fisher, William Ury, Bruce Patton. 1985. *Sí...¡de acuerdo!:* cómo negociar sin ceder. Trad. Eloísa Vasco Montoya y Adriana de Hassan. Bogotá: Norma.