



## Doctrina

La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España

LA LEY 1013/2015

# La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España

Oscar Daniel Franco CONFORTI (\*)

Doctor en Derecho por la Universidad de Castilla La-Mancha (UCLM).

*Fue a partir del año 2001 cuando la mediación de conflictos irrumpió en España, las distintas autonomías comenzaron a legislar sobre Mediación Familiar. La Directiva 2008/52 CE supuso un gran espaldarazo, el trasvase al que obligó culminó con la sanción de la Ley de Mediación 5/2012 y su posterior Regl. 980/2013. Sin embargo, la mediación de conflictos no alcanza a despegar. Muchos pueden ser los motivos para ello, en el presente trabajo voy a examinar uno de esos aspectos, la voluntariedad y la llamada «mediación obligatoria», porque la preocupación principal del Estado no debería ser descongestionar los juzgados y tribunales, sino incorporar la mediación al sistema de justicia de forma tal de no generar las tensiones que veremos.*

## I. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL. FINALIDAD Y MODELOS DE MEDIACIÓN.

La mediación intrajudicial, puede ser definida como aquella que se vincula al proceso jurisdiccional, sea porque «el acceso a la mediación se produce a iniciativa o propuesta judicial durante el procedimiento jurisdiccional» (Blanco Carrasco 2009, 189-190), o cuando «el proceso de mediación discurre dentro del proceso judicial» (Mejías Gómez 2010, 120).

Cuando la mediación se desarrolla en el ámbito judicial, es necesario examinarla desde la óptica del acceso a la justicia dentro de los derechos y garantías constitucionales, es decir, bajo la lupa de Tutela Judicial Efectiva (1).

La obligatoriedad de asistir a una audiencia informativa sobre mediación se ve de distinto modo según se trate de una mediación extrajudicial, donde hablamos de un derecho del ciudadano a ser informado, o de una mediación intrajudicial donde se habla de la facilitación del acceso a la justicia y de la obtención de una solución justa y eficaz en un plazo de tiempo razonable, lo que permite evitar la actual sobrecarga del sistema de justicia.

En el sentido propuesto, el proceso judicial es entendido como un espacio de garantías constitucionales (2) (Conforti 2014d) y el rol del Juez como garante (Freire Pérez 2011) de dicha protección suprema (arts. 117.1 y 117.3 CE).

Así las cosas, para analizar la finalidad de la mediación en el ámbito jurisdiccional, se debe tener presente, por un lado, que cuando los ciudadanos acuden a la jurisdicción lo hacen buscando una resolución judicial que ponga punto final al asunto que allí ventilan (Monserrat Quintana 2013, 41), y, de otro lado, no debemos perder de vista que «... en el proceso judicial debe de haber una decisión. El juez no puede eximirse del deber de juzgar.» (DALLA BERNADINA DE PINHO 2014, 76) (3).

Siendo que la mediación en el ámbito jurisdiccional comparte el objeto y finalidad con el proceso judicial, es dable concluir que sólo tendrá sentido si busca resolver la disputa a través del acuerdo (4).

Veamos, los dos modelos de mediación más difundidos a nivel internacional (5). Estudiemos las etapas y finalidad que persiguen el modelo «transformativo» (6) (BARUCH BUSH 1996) y el modelo de «resolución de conflictos» (7) (FOLBERG 1996).

**A) El Modelo Transformativo:** en este modelo, el propósito de la mediación es el de

dar lugar a una introspección de patrones de conducta pasados y cambiar la personalidad de los participantes. El foco de atención está puesto en las causas internas del conflicto.

El mediador tiene por objetivo modificar la relación entre las partes; dicha transformación relacional la logrará siempre con la concurrencia de la voluntad de cambio de las personas involucradas en el conflicto. Ha de promover la adquisición de diversas habilidades por parte de los participantes del proceso, empezando por la revalorización del otro como persona. Se aplicará el microenfoco, es decir, el análisis de los enunciados de las partes, se plantean interrogantes y argumentos que permitan alternativas para sacar a la luz «revalorización y reconocimiento», se alienta la deliberación y decisión, se busca generar empatía que permita considerar las perspectivas de la otra parte, se emplea la reinterpretación, traducción y reformulación de enunciados.

**B) El Modelo de Resolución de Conflictos:** para esta propuesta, la mediación es una intervención que tiene el propósito de resolver desavenencias y manejar conflictos, facilitando la toma de decisiones. La mediación emplea un enfoque cognoscitivo y conducta no existencial, es interactiva, y se someterse a los rasgos de personalidad y la conducta de los participantes pero la personalidad no representa el punto central del proceso.

Se podría decir que el objetivo del mediador es lograr que los participantes se expresen con total libertad para sacar a la luz todos los conflictos ocultos, que puedan negociar criterios objetivos para resolverlos (8) y acordar un plan de acción para cumplir sus expectativas. Ha de desarrollar habilidades que tienen que ver con la motivación, los sentimientos, la conducta y percepción, la empatía, el manejo de la tensión, ira y ansiedad, y una formación muy completa en el ámbito de la comunicación que le permita manejar los bloqueos comunicacionales, la reflexión, resumen y esclarecimientos, entre otros no menos importantes como saber preguntar e interpretar el lenguaje corporal.

En conclusión, es posible sostener que mientras en el modelo transformativo se busca modificar las relaciones entre las partes, en el de solución de conflictos se busca un acuerdo de carácter resolutivo.

Considerando que las partes buscan encontrar la solución a un conflicto, y que el proceso judicial ha de concluir con una sentencia que ponga punto final a la disputa, es dable sostener que la respuesta parece estar en el modelo de «resolución de conflictos», este modelo se presenta como el más indicado porque es el que busca (al igual que el pro-

ceso judicial) un acuerdo que ponga fin al conflicto (9).

Ahora bien, hay un principio básico en mediación que necesita ser revisado para que pueda implantarse de manera eficaz este método de resolución de conflictos en el sistema de justicia, y no es otro que «la voluntariedad», ¿De qué forma se podría introducir la mediación intrajudicial obligatoria sin desvirtuar los principios informadores de la mediación ante la obligación de respetar los principios y derechos reconocidos por la Tutela Judicial Efectiva?

## II. PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN.

En un Estado construido sobre los pilares de los modelos ideales jerárquicos, el Derecho cumple la función de «dirigir» la conducta de los ciudadanos hacia un determinado modelo de relaciones sociales, para ello implanta un «sistema de control social» que busca alcanzar el objetivo o finalidad ulterior que trata de satisfacer, la «paz social» (CONFORTI 2014a).

La mediación de conflictos se ha convertido en un objetivo de políticas públicas de los distintos Estados (10) que ven en ella una herramienta idónea (11) para «modernizar el sistema de administración de justicia», «desjudicializar el sistema, es decir, descargarlo de asuntos de baja trascendencia jurídica» y «mejorar la calidad de soluciones a través de aquellas que se otorgan las partes a sí mismas» (VARGAS PAVEZ 2008).

Con un mínimo de variación, toda la legislación española (12), en materia de mediación, tiene en común los principios de la mediación. La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, estableció como principios informadores los siguientes: voluntariedad y libre disposición (art. 6), igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores (art. 7), neutralidad (art. 8), confidencialidad (art. 9) y la buena fe y flexibilidad de las partes en la mediación (art. 10).

Evidentemente, de todos los principios de la mediación reseñados, «la voluntariedad» es de mi particular interés, toda vez que *ab initio* es el que más podría verse afectado ante una supuesta norma de «mediación obligatoria», sin embargo, a efectos pedagógicos, estimo conveniente comenzar desarrollando el tema por el consentimiento informado (13).

### 1. Consentimiento informado

La cuestión planteada alrededor de «la información» que, sobre la prevención de un conflicto y los procedimientos de gestión más adecuados para procurar su resolución, debe

recibir el cliente, no ha sido tratada ni consagrada por Ley como uno de los principios de la mediación. La transformación del modelo paternalista en el que el abogado es el que «sabe y obra en beneficio del cliente», sin que sea necesaria la intervención del mismo, bajo el principio ético *primum non nocere*, se evidencia cuando los conceptos de autonomía de la voluntad y autocomposición se llevan a la práctica.

El consentimiento informado es un proceso que consiste en explicar al cliente, con todo detalle, los distintos aspectos trascendentes sobre una determinada situación de conflicto, para que el cliente pueda tomar una decisión una vez que haya ponderado riesgos, beneficios y alternativas.

Veremos que el consentimiento informado va de la mano de la voluntariedad, puesto que para poder elegir entre distintas opciones, se requiere que la persona tenga un cierto nivel de conocimiento sobre las distintas posibilidades que tiene a su alcance (14).

Algo que al parecer se pierde muchas veces de vista, es que «informar» y «mediar» son cosas distintas. Cuando se «informa» se da noticia de algo a alguien; mientras que, cuando se «media» se aplican técnicas para generar o re-crear el diálogo, confianza, empatía, cambios en la percepción de la realidad, búsqueda de alternativas, etc., que pongan fin a la disputa.

La «información previa», sobre la naturaleza y características de la mediación de conflictos, es la esencia del «consentimiento informado». Sólo podrá prestar su consentimiento para acceder a una mediación quien esté informado sobre los distintos aspectos y diferencias que este método de resolución de conflictos le puede ofrecer respecto del proceso judicial.

Queda claro que acudir a informarse sobre un proceso de mediación y mediar un conflicto no son lo mismo.

### 2. Voluntariedad

**a) Concepto:** la participación de las partes en una mediación es totalmente voluntaria. Vale decir que nadie está obligado a asistir a una mediación y, aunque ésta esté iniciada, puede interrumpirse o suspenderse cuando alguna de las partes así lo solicite. En este sentido, la continuación del procedimiento depende de que las partes sigan, sesión tras sesión, aceptándolo. El mediador también puede interrumpir la mediación (LERER 2010, 122).

Se debe tener presente que este principio de voluntariedad se vincula con la «buena fe» (15) y al consentimiento informado porque,

como hemos visto, para poder decidir primero se ha de estar informado sobre las opciones y posibilidades que se tiene (16).

**b) Clasificación:** en torno al tópico de la voluntariedad hay dos posturas generalizadas que podemos tomar como punto de partida (17).

**i) En sentido amplio:** para quienes sustentan una extensión amplia, la voluntariedad es concebida como un principio o elemento definitorio de la mediación, que se inicia con la solicitud de mediación y concluye con el acta final o de cierre, es decir, voluntariedad en todo el proceso de mediación. Como el proceso de mediación se basa en la libertad de las partes, la primera elección que éstas realizarán tiene que ser el modo en que desean resolver su conflicto, de allí que en doctrina se diga que es necesario que exista una «solicitud o demanda genuina» (18) para participar en el proceso de mediación, así, si no hay solicitud o demanda, el mediador no puede trabajar porque no estaría legitimado para ayudar a alguien que no requiere su intervención (REAL FLORES 2013, 276).

**ii) En sentido restringido:** para quienes sostienen un sentido menos amplio de aplicación del principio la voluntariedad, ésta es una característica de ciertas etapas del procedimiento (las reuniones conjuntas), de las que se excluyen la solicitud y la audiencia informativa (también denominada pre-mediación); equivale a decir voluntariedad a partir de la etapa conjunta de mediación. Se dice, en favor de la postura que aboga por la llamada mediación obligatoria, que ésta es desconocida y que, si la gente conociera las bondades de la misma, la utilizaría; por ello, quienes sostienen esta postura ven con buenos ojos que se establezca por ley la obligatoriedad de acudir, al menos, a una sesión informativa o de pre-mediación, y si luego en dicha sesión informativa las partes deciden no continuar con la mediación, el proceso seguiría su curso jurisdiccionalmente, ya que la mediación no obliga a las partes a alcanzar ningún acuerdo.

El quid fundamental, para determinar la obligatoriedad de la mediación, es «la permanencia en el proceso» (SÁNCHEZ GARCÍA 2012, 60).

Conforme lo dicho, y toda vez que dicha sesión no forma parte del proceso de mediación, el supuesto quebranto al derecho de la libre de elección que supone la obligación de asistir a una audiencia informativa no se configuraría.

**c) Obligatoriedad de la sesión informativa:** aun entendiendo la voluntariedad de forma restringida (19), lo cierto es que la obligatoriedad de asistir a una audiencia informativa

## OPINIÓN

**L**a «mediación obligatoria» es jurídicamente posible y viable.

*La mediación como herramienta de autocomposición viene a ayudar a las partes no sólo para llegar a un acuerdo que disuelva el vínculo jurídico, sino que además aporta las bases para que las partes se reconozcan con todo el protagonismo y legitimación necesarios para construir una relación o interrelación futura sana y armoniosa.*

*La mediación intrajudicial es un procedimiento que se desarrolla en un entorno particular y diferenciado, 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.*

*Aquí la mediación es un procedimiento de gestión de conflicto, en el que interviene un tercero que ayuda a las partes, que buscan a través de la coordinación y la cooperación satisfacer adecuadamente sus expectativas y necesidades de acuerdo al conflicto del que se trate.*

*Vale decir que solo tendrá sentido en tanto y en cuanto busque el acuerdo.*

*La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial no se riñe con la tutela judicial efectiva. Pero ha de ser enfocada correctamente. Se ha de promover un modelo de mediación intrajudicial basado en el acuerdo y dejar muy claro que la mediación intrajudicial es complementaria del proceso judicial. Al mismo tiempo se ha de establecer, en relación con el procedimiento de mediación y su confidencialidad, un nivel de protección y garantías de tutela sobre los derechos de cada una de las partes, consideradas individual e íntegramente, que evite el riesgo de que ésta se transforme en una «caja negra».*

sobre mediación no es una cuestión pacífica (20). Además, del consentimiento informado y la voluntariedad, que ya hemos visto, las otras cuestiones que la obligatoriedad de la sesión informativa de mediación trae consigo tienen que ver con: el libre acceso a la jurisdicción, la mediación como «proceso» o «procedimiento» en el ámbito jurisdiccional, y por último, el impacto que tiene la Tutela Judicial Efectiva sobre la confidencialidad.

Veamos, a continuación, cada uno de ellos.

**i) Libre acceso a la jurisdicción:** el derecho de libre acceso a la jurisdicción (jueces y tribunales) supone que cualquier norma que estableciera la obligatoriedad de asistir a una audiencia informativa sobre mediación de forma previa y obligatoria a la instancia judicial, estaría atentando contra el derecho de libre acceso a la jurisdicción (21), no olvidemos que este derecho de libre acceso es fundamental y jurídicamente relevante porque es un derecho incondicional, es decir, no sometido a la concurrencia de supuestos o presupuestos determinados; 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.

Además, vale recordar que la Jurisprudencia del STC no parece favorable a una solución

normativa que establezca la obligatoriedad de asistir a una audiencia previa obligatoria, ya que en la STC 81/1992, de 28 de mayo, ha sostenido la innecesariedad del acto de conciliación (22) como presupuesto procesal para el restablecimiento de derechos fundamentales, pues se estaría prolongando el procedimiento con una formalidad anterior al proceso previamente dicho, y ello sólo conduce a dilatar la situación de probable lesión de un derecho fundamental, cuya tutela corresponde únicamente al proceso jurisdiccional, vale decir que vulnera la Tutela Judicial Efectiva, argumento válido para sostener que, la obligatoriedad de una audiencia previa en mediación, vulneraría el libre acceso a la jurisdicción.

El informe «Rebooting» *the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU* (European Parliament's Committee on Legal Affairs 2014) plantea una modalidad de «mediación obligatoria mitigada», que podría adquirir dos formas: a) asistencia obligatoria a la sesión informativa, y, b) mediación obligatoria con la posibilidad de desistir y retirarse de la misma. En este último supuesto, esto es así porque cualquier norma que obligue a una sesión previa informativa de mediación, no debe impedir el acceso a la jurisdicción, contemplado en nuestro art. 24 CE, art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el art. 47 de la

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, arts. I-202029, II-2020107, II-2020257, II-2020269 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y arts. I-202029.1 y II-2020107 de la Constitución Europea.

Así las cosas, al decir el legislador Español, en el art. 19.1 Ley 5/2012 que «El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva...» queda claro que ha optado por abrigar el sentido menos amplio del principio de la voluntariedad.

Ello significa que ni la solicitud de inicio de una mediación (art. 16), ni las informaciones y sesiones informativas (art. 17) forman parte del mismo. Vale decir que ha quedado señalado el momento y oportunidad para instituir la obligatoriedad en el procedimiento de mediación, esto es «la audiencia informativa». Y así lo ha entendido el Consejo General del Poder Judicial en su Guía para la práctica de la mediación intrajudicial (MONSERRAT QUINTANA 2013, 14).

Sin embargo, el legislador ha optado, una vez más, por una fórmula poco clara, ya que se establece que «... el Tribunal podrá invitar a las partes... instándolas a que asistan a una sesión informativa...» (disp. final 3.ª de la Ley 5/2012, modificatoria de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, en el art. 443.3). Y es que, «invitar» significa llamar a alguien para que asista a algún sitio, o bien estimular a alguien a algo, e «instar» significa repetir la petición,

insistir en ella con ahínco; vale decir que en ningún caso se «obliga» a las partes a acudir a la sesión obligatoria de mediación (23).

Es dable concluir que se hace preciso delimitar el concepto «derivación a sesión obligatoria» con toda claridad (24).

**ii) La mediación como «proceso» o «procedimiento» en el ámbito jurisdiccional:** el siguiente «escollo» a sortear tiene que ver con el «carácter o sitio que ocupa la mediación» en el ámbito intrajudicial. Se debe definir claramente si se trata de un «proceso o de un procedimiento».

Esta diferencia no es menor, aunque de ordinario el «proceso» implica una serie de pasos a seguir en el tiempo, 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 parte de ese todo, el modo concreto de proceder y desarrollar el proceso haciendo referencia sólo a los trámites, al aspecto externo de dicha actividad, dejando fuera o sin hacer cuestión sobre su naturaleza, jurisdiccional, administrativa, etc. 349-350).

Desafortunadamente la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles 5/2012, es contradictoria, por un lado sostiene que dentro de los sistemas alternativos de resolución de conflictos destaca la mediación «...como instrumento complementario de la Administración de Justicia.» (preámbulo, ap. I, segundo párrafo) y en el párrafo siguiente se contradice al decir que la mediación se configura «... como una alternativa al proceso judicial...» (preámbulo, ap. I, tercer párrafo) [La negrita me pertenece].

Las consecuencias de esta contradicción son muy importantes porque, si se considerase que la mediación intrajudicial no es parte del proceso judicial, y si las partes no solicitan la suspensión del juicio (art. 19 LEC), habría que preguntarse si la derivación a mediación «suspende» o no, las obligaciones que la Tutela Judicial Efectiva pone en cabeza del Juez.

La «Guía para la Implantación de Servicios de Mediación en el Ámbito Civil del CGPJ» propone, para la llevar a cabo la sesión informativa, dos alternativas: a) que la sesión informativa esté a cargo del Secretario o Gestor con formación específica de mediación, o, b) un listado o panel de mediadores 14).

En el supuesto a), cuando la sesión informativa está a cargo del Secretario Judicial, el procedimiento se asemeja al de la conciliación y se aplicarán los arts. 19, 414.1, 440.1, 443.3, 451, 452, 770.7 y concordante de la LEC. Has-

ta aquí ningún problema con lo dispuesto por la Tutela Judicial Efectiva.

Sin embargo, si luego de la audiencia informativa el proceso de mediación es continuado por persona distinta del Secretario, es posible colegir que el asunto sale de la esfera de custodia del Juez. Y esto es relevante porque, debido a la confidencialidad del proceso de mediación, el Juez no tomará conocimiento de nada de lo que en él ocurra, excepto si ha habido acuerdo y en que consta el mismo. Ahora supongamos por un momento que ha habido algún tipo de «abuso de derecho» (TARUFFO 1999) durante el transcurso del proceso de mediación, el Juez no se enterará, la pregunta que se sigue es: ¿Qué grado de responsabilidad tiene el Juez sobre durante el transcurso del proceso de mediación, el Juez no se enterará, la pregunta que se sigue es: ¿Qué grado de responsabilidad tiene el Juez sobre ese «abuso de derecho» que se ha cometido en un caso que se encontraba bajo su tutela?

En el supuesto b) no hay duda alguna de que el caso sale de la esfera de custodia Juez. Con lo cual, la situación del supuesto anterior (¿Qué grado de responsabilidad tiene el Juez sobre ese «abuso de derecho» que se ha cometido en un caso que se encontraba bajo su tutela?) se repite, ahora, desde la misma audiencia informativa.

**iii) ¿Qué impacto tiene la Tutela Judicial Efectiva sobre la confidencialidad?** Si la derivación no suspende la tutela, ¿Qué impacto tiene ésta sobre la confidencialidad en el procedimiento de mediación?

A priori puede resultar llamativo que en un ámbito como el jurisdiccional, en el que la voluntad del Juez suple a la de las partes, éstas puedan acordar someter una etapa del proceso a una regla de confidencialidad que, aunque no es ajena al proceso judicial, tampoco es una regla general; esta aparente contradicción entre publicidad y confidencialidad encuentra su explicación en el hecho de que nos encontramos antes situaciones de conflicto que versan sobre derechos dispositivos en los que las partes gozan de la auto-composición aun dentro del proceso judicial.

En la mediación intrajudicial, el Juez podría solicitar (a fin de comprobar que se ha respetado el consentimiento informado, por ejemplo), al mediador o a las partes, la información de lo acontecido en el proceso de mediación, con lo cual podría haber un choque entre esta obligación, que la Tutela Judicial Efectiva pone en cabeza del Juez, y el principio de confidencialidad (si las partes acordaron someter ese procedimiento de mediación a la regla de la confidencialidad), puesto que el Juez no podría acceder a dicha información; y digo podría porque la cuestión viene a ser

resuelta en términos de otros principios fundamentales, que tienen que ver con el consentimiento informado o el respeto de las reglas (25) del procedimiento de mediación.

Una posible solución contingente se podría encontrar a través del art. 120.1 CE que establece que las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento, vale decir que el legislador podría haber advertido la problemática que aquí señalo y dotar a la mediación de esta solución, y como ello no ha acontecido ahora cabe esperar una reforma legislativa, ya que han de ser las leyes procedimentales las que expresamente lo establezcan y regulen.

### III. PROPUESTAS Y CONCLUSIÓN

Tal vez sea hora de pensar que «... debemos abandonar la idea de que en sede judicial la mediación obligatoria es más perniciosa que la voluntaria o que vulnera los principios rectores del proceso. En ese escenario, no es más que una falsa dicotomía.» (VARGAS PAVEZ 2008, 194) y comenzar a trabajar sobre la forma de superar los distintos «escollos» que su implementación conlleva.

De los aspectos antes señalados, se deduce que el debate no ha hecho más que presentarse porque hay, cuanto menos, tres escenarios posibles:

A) La jurisprudencia se mantiene y se reproduce específicamente para la mediación, es decir, que no sería posible establecer la obligatoriedad de la mediación como requisito de preclusión o acceso a la jurisdicción.

B) Si la jurisprudencia citada cambiase o no fuera reproducida, en particular para la mediación (no olvidemos que se trata en el caso citado de conciliación obligatoria y no de mediación), y a la vez se estableciera la obligatoriedad de la audiencia informativa de mediación como paso previo y prejudicial, es decir, que no forma parte del proceso judicial, nos deja dos supuestos, en uno de ellos se afecta a la Tutela Judicial Efectiva y en otro no, veamos: b.1) Toda vez que el proceso judicial no se ha iniciado, la obligatoriedad significa limitar el libre acceso a la jurisdicción, vale decir que aquí sí se afecta a la Tutela Judicial Efectiva; y, b.2) Toda vez que la Tutela Judicial Efectiva no es ejercitable sin más (26), sino sólo por los cauces que el legislador establece, cabría la posibilidad de establecer un requisito previo de acceso a la jurisdicción, como es pasar antes por la mediación, y ello haría que el acceso a la jurisdicción no se viera afectado (27).

C) Si se estableciera la obligatoriedad de la audiencia informativa de mediación como una etapa intraproceso judicial previa, nos dejaría el siguiente supuesto: iniciado



el proceso judicial, una de las primeras etapas se correspondería a la obligatoriedad de asistir a una audiencia informativa sobre la mediación como método de resolución de conflictos.

Para que este último supuesto sea posible, es decir, que no presente problema desde el punto de vista de la Tutela Judicial Efectiva, se debería dar cumplimiento de la siguiente doble condición: c.1) Establecer legislativamente un sentido restringido de voluntariedad, de forma tal que no se pueda considerar a la sesión informativa obligatoria un oximoron; y, c.2) Considerar a la mediación como un procedimiento que forma parte del proceso judicial, de forma tal que se pueda considerar que el ciudadano ya ha accedido a la jurisdicción.

**En la mediación intrajudicial, el Juez podría solicitar al mediador o a las partes, la información de lo acontecido en el proceso de mediación**

En función de lo visto hasta aquí, surgen, cuanto menos, las siguientes proposiciones:

1. Promover un modelo de mediación intrajudicial de solución de conflictos basado en el acuerdo.
2. Considerar a la mediación intrajudicial como complementaria del proceso judicial.
3. Establecer la obligatoriedad de asistir a la audiencia informativa previa sobre mediación.
4. Establecer, en relación con el procedimiento de mediación y su confidencialidad, un nivel de protección y garantías de tutela sobre los derechos de cada una de las partes, consideradas individual e íntegramente, que evite el riesgo de que éste se transforme en una «caja negra».

La mediación intrajudicial es un procedimiento que se desarrolla en un entorno particular y diferenciado, 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.

En resumen, si lo que se pretende es que la Administración de Justicia incorpore al «paradigma decisional-retributivo» este nuevo «paradigma autocompositivo-reparador», se necesitará de una Ley de Mediación valiente y decidida (28) que resuelva éstas y otras cuestiones (29) que la Tutela Judicial Efectiva plantea en torno a la implantación de la mediación en la jurisdicción.

## BIBLIOGRAFÍA

BARROSO BENÍTEZ, Inmaculada; HERMOSO RICO, Blas R. y MORENTE MEJÍAS, Felipe. 2010. «Mediación institucional ante el conflicto social ¿Articulación o desarticulación de la participación ciudadana?» en *La mediación en tiempos de incertidumbre*, Morente Mejías, Felipe (Dir.). Madrid: Dykinson.

BARUCH BUSH, Robert A. y FOLGER JOSEP, P. 1996. *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*. Trad., por Aníbal Leal.: Ed. Granica.

BLANCO CARRASCO, Marta. 2009. *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos: una visión jurídica*. Zaragoza: Reus.

CALVO SOLER, Raúl. 2012. Del alcance de la mediación, en *Programa Compartim de gestió de coneixement*. VII Jornada de Prevenció i Mediació Comunitària. Escenaris del diàleg, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, noviembre 2012, págs. 4-5.

COBB, Sara., 2013. *Speaking of violence. The politics and poetics of narrative in conflict resolution*. Nueva York: Oxford University Press.

CONFORTI, Oscar Daniel Franco. 2014a. Impacto de la Tutela Judicial Efectiva sobre el modelo de mediación de conflictos en España, en *Confluencia: análisis, experiencias y gestión de conflictos*, Bogotá, núm. 10, 125-154, 2014.

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

— 2014c. Mediación Electrónica de Conflictos en España, en *Democracia Digital e Governo Eletrónico*, Florianópolis, n.º 10, pág. 285-309.

— 2014d. Tutela Judicial Efectiva y mediación de conflictos. Clarificando conceptos, en *Noticias Jurídicas. Artículos Doctrinales*. Wolters Kluwer España, S.A.

DALLA BERNADINA DE PINHO, Humberto. 2014. Reflexiones sobre la mediación judicial y las garantías constitucionales del proceso, en *Confluencia. Análisis, experiencias y gestión de conflictos*, año 2, núm. 2.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y PEITADO MARISCAL, Pilar. 2009. *Sistema de Tutela Judicial Efectiva*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.

FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison. 1996. *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*. Trad., por Beatriz E. Blanca Mendoza. México: Limusa.

FREIRE PÉREZ, Rosa. 2011. «La posición del Juez ante la mediación: ¿Espectador, participante, garante?», en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, ed., por Helena (dir.) Soletto Muñoz, 281-286. Madrid: Tecnos.

GARRIDO SOLER, Salvador y Munuera Gómez, Pilar. 2014. «Contra la neutralidad. Ética y estética en el modelo circular-mnarrativo de mediación de conflictos», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2014, págs. 139-166.

LERER, Silvio. 2010. *Vamos a mediar. Guía práctica de procedimientos, técnicas, herramientas y habilidades para el manejo de los conflictos*. Cali, Colombia: Universidad de San Buenaventura Cali.

MEJÍAS GÓMEZ, Juan Francisco. 2010. *La mediación como forma de Tutela Judicial Efectiva*. Madrid: El Derecho, Quantor.

MONSERRAT QUINTANA, Antonio (dir.). 2013. *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

MORALES FERNÁNDEZ, M. G. 2014. *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.

QUEK, Dorcas. 2010. «Mandatori Mediation: An orimoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program», en *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 11, págs. 479-510.

Real Flores, Miren Josune; García Real, Asier; Díez Díez, Angharad y López Berdonces, Álvaro. 2013. *¿Cómo mediar en asuntos civiles y mercantiles?* Bilbao: Gomylex.

Reglamento de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Tribunal Supremo de Puerto Rico. Disponible en Internet <<https://noticiasmicrojuris.files>>

wordpress.com/2015/01/reg-metodos-alternos\_4mar2005.pdf> (vi 11 de enero 2015).

«Rebooting» the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU. 2014 European Parliament's Committee on Legal Affairs. Study. Disponible en Internet < [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI\\_ET\(2014\)493042\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf)> (vi 14 de diciembre 2014).

SACCUZZO, Dennis P.; JOHNSON, Nancy E. y KOEN, Wendy J. 2003. Mandatory Custody Mediation: Empirical Evidence of Increased Risk for Domestic Violence Victims and Their

Children. edited by Office of Justice Programs Grant núm. 1999-WT-VX-20200015 awarded by the National Institute of Justice, U.S. Department of Justice.: U.S. Department of Justice.

SÁNCHEZ GARCÍA, Arnulfo. 2012. *La eficacia de los métodos alternos de solución de conflictos en España y México: perspectiva integral de los acuerdos de mediación y los laudos arbitrales*, Tesis Doctoral, Derecho Privado, Universidad Rey Juan Carlos.

TARUFFO, MICHELE. 1999. «Aspectos de crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización», *AFDUAM*, núm. 3, págs. 61-75.

— 2008. «¿Verdad Negociada?», *Revista de Derecho*, Texto correspondiente a la exposi-

ción realizada en Bolonia el 1.º de diciembre de 2007 en el seminario sobre «Acuerdos de parte y proceso». vol. XXI, núm. 1, julio 2008, págs. 129-151.

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

VARGAS PAVEZ, Macarena. 2008. «Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación», *Revista de Derecho*, vol. XXI núm. 2 diciembre 2008, págs. 183-202.

ZYLSTRA, Alexandria. 2001. «The road from voluntary mediation to mandatory good faith requirements: a road best left untraveled», *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*. ■

## NOTAS

(\*) Máster en Mediación y Orientación Familiar por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Profesor de Derecho en Técnicas de Expresión, Argumentación y Negociación de la Universidad Oberta de Cataluña (UOC). Director del Servicio de Mediación Social Comunitaria del Ayuntamiento de Alicante, España. Director de Acuerdo Justo(r).

Autor de libros y artículos relacionados con la comunicación, el diálogo, el liderazgo, la negociación y la mediación publicados en España, Argentina, Chile, Paraguay, Brasil, Portugal y USA. E-mail franco@acuerdojusto.com.

(1) Cuando el proceso de mediación se desarrolla fuera del ámbito jurisdiccional, ha de ofrecer un nivel de garantía y protección, de las personas involucradas en el conflicto, que no sea sustancialmente inferior al que ofrece la jurisdicción (Taruffo 1999), y cuando se desarrolla dentro del ámbito jurisdiccional también se deben tener en cuenta todos los derechos garantizados por la Tutela Judicial Efectiva, por ejemplo «El derecho a un Juez ordinario predeterminado por Ley» porque el debate adquiere una dimensión diferente que puede versar tanto sobre la formación del mediador, la predeterminación legal del mediador, cuanto del sistema de solución de conflictos que el Estado propone.

(2) Además del art. 24 se debe tener presente la concordancia con los arts. 53, 118, 119, 120, 161 y 162 de la Constitución Española.

(3) Hemos de tener presente que, si el proceso de mediación intrajudicial no alcanza el acuerdo, la garantía de que la actividad jurisdiccional finalice en un pronunciamiento sobre el derecho o interés que se persigue, recogida por la Tutela Judicial Efectiva dentro de los «derechos a la acción y al proceso» obligará al Juez a fallar sentenciando el asunto.

(4) En el mismo sentido Barroso Benítez, Inmaculada, Hermoso Rico, Blas R. y Morente Mejías, Felipe sostienen que «El fin principal de esta mediación institucional es la disolución de la disputa —o su equivalente en la mayoría de los casos, es decir, el sobreseimiento o archivo del expediente administrativo o judicial— y la firma de un acuerdo formal, que recoja de modo explícito, los compromisos y términos en los que las partes en conflicto se obligan a resolverlo» Barroso Benítez, Inmaculada, Hermoso Rico, Blas R. y Morente Mejías, Felipe. 2010. «Mediación

institucional ante el conflicto social ¿Articulación o desarticulación de la participación ciudadana?» en *La mediación en tiempos de incertidumbre*, Morente Mejías, Felipe (Dir.). Madrid: Dykinson. págs. 234-235.

(5) Existen otros modelos como el del «Compromiso» de Bernard Mayer o el de «Mediación Apresiativa» de Oscar Daniel Franco Conforti. No tomaré en cuenta estos modelos porque su difusión internacional es más limitada y por tanto son menos conocidos.

(6) No tomaré en cuenta la denominada propuesta circular narrativa, en primer lugar porque no existe ningún libro que desarrolle la propuesta como tal, es decir, como modelo de mediación, aunque no menos cierto es que los artículos y conferencias de Sara Cobb han contribuido a su difusión a nivel internacional. Académicamente sí corresponde que dé cuenta del libro *Speaking of violence. The politics and poetics of narrative in conflict resolution*. Nueva York: Oxford University Press, 2013 en el que Sara Cobb explica los fundamentos teórico-filosóficos de la resolución de conflictos desde una perspectiva narrativa, aunque ello lejos está de convertirlo en un libro de un modelo de mediación circular-narrativa. En segundo lugar porque si para ser considerado modelo de mediación se establece como requisito que se ha de tener una finalidad propia, ello no se verifica en el circular narrativo que, con buen ojo, compartiría los fines que buscan los modelos de «resolución de conflictos» y el «transformativo». Sin perjuicio de puntualizar que además Baruch Bush y Folger niegan expresamente la posibilidad de que el mediador trabaje para transformar el conflicto (y a las partes) y a la vez alcanzar un acuerdo (Conforti 2014b).

Aún así se puede consultar el artículo *Contra la neutralidad. Ética y estética en el modelo circular-narrativo de mediación de conflictos*, en el que sus autores hacen una revisión de los principios Circulares Narrativos de Sara Cobb y marcan los giros que la autora introduce respecto de la Neutralidad (tema abordado por Bernard Mayer en el modelo del Compromiso), la proyección de las relaciones en el futuro (tópico que ha trabajado Oscar Daniel Franco Conforti en el modelo Apresiativo), los aspectos éticos (de los que Adela Cortina es una de sus exponentes) entre otros (Garrido Soler 2014).

(7) No tomaré en cuenta la propuesta de negociación asistida de Harvard porque, como su nombre lo indica, retrata un modelo de negociación y no de mediación (Conforti 2014c).

(8) La resolución de un conflicto por vía de mediación no guarda ninguna relación con la determinación de los hechos fácticos (Taruffo 2008), sino más bien con la idea de la consecución de un acuerdo entre los actores del conflicto, sobre la incompatibilidad de los objetivos o de la relación de interdependencia que los vincula, sin que se produzca la modificación de los elementos del conflicto (Calvo Soler 2012).

(9) Bien digo que la respuesta «parece estar» porque, teniendo presente que los dos modelos analizados provienen del Common Law, nada quita que se pueda elaborar y desarrollar un modelo de mediación intrajudicial propio y acorde a nuestro sistema jurídico. En tal sentido un buen ejemplo lo podemos encontrar en el Reglamento de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Tribunal Supremo de Puerto Rico. Disponible en Internet <[https://noticiasmicrojuris.files.wordpress.com/2015/01/reg-metodos-alternos\\_4mar2005.pdf](https://noticiasmicrojuris.files.wordpress.com/2015/01/reg-metodos-alternos_4mar2005.pdf)> (vi 11 de enero 2015).

(10) En los Estados Unidos de Norteamérica, incluso, se la ha utilizado de forma «obligatoria» para el estudio de casos de violencia doméstica, «The laws governing mandatory mediation in California have resulted in a unique opportunity to study mandatory mediation in child custody disputes for families that do not reach agreement.» (Saccuzzo 2003, 2).

(11) La «justificación» de la inclusión de la mediación en la égida del derecho no siempre se hace de forma feliz. Se sostiene que «Los ciudadanos desean vías extrajudiciales ante la ineficacia de las garantías de acceso a los tribunales recogidas constitucionalmente» apoyando la afirmación en una cita que dice exactamente lo contrario de lo que se pretende sostener, en el caso «MARTIN DIZ, F., Op. Cit. ¿la proliferación, y utilización, de medios extrajudiciales y complementarios a la jurisdicción para la resolución de conflictos no es la panacea, ni el antídoto infalible a los males que se ciernen sobre la solución en sede judicial del conflicto. La progresiva implantación de medios alternativos de solución de conflictos ha de valorarse como un fenómeno negativo, nunca positivo. Además, por definición, los medios extrajudiciales de solución de conflictos no entrañan una ventaja genética frente a la jurisdicción. Es gráfico el apercebimiento que realiza TARUFFO, y que nos pone sobre aviso a depositar en ellos una ?confianza indiscriminada». Una perspectiva inteligente, recomiendo, como para casi todo en la vida, analizar detenidamente sus virtudes y defectos (2010. pág. 55-56)» (Morales Fernández 2014, 172).

(12) Legislación disponible en Internet en <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Leyes-Autonomicas>> y <[http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9112](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9112)> (vi 10 de diciembre de 2014).

(13) Siendo el procedimiento de mediación de carácter personalísimo y de autocomposición, en el que aún con asistencia letrada presente, será la parte la que exponga sus necesidades, preocupaciones, etc., cabe relacionar esta forma de llevar adelante el proceso con el derecho a la defensa de la parte y la necesidad de que el mediador cumpla con su obligación en relación al consentimiento informado.

Así el consentimiento informado tiene dos aristas:

i) En primer lugar, el mediador tiene la obligación de poner en conocimiento de los mediados en qué consiste el procedimiento de mediación, cuáles son los principios que lo rigen, qué materias son mediables y cuáles no, qué límites legales reconoce y cuál es su rol dentro del mismo. Pero además, debe asegurarse que lo informado haya sido comprendido por las partes y que éstas presten conformidad para participar de este procedimiento.

ii) En segundo lugar, el mediador deberá ayudar a las partes a adoptar decisiones informadas, reflexivas y tomadas en libertad de acción, es decir, una vez que hayan evaluado todas las opciones de solución del conflicto, tanto dentro del procedimiento de mediación como fuera de él.

(14) El ámbito en el que el consentimiento informado más se ha desarrollado es el sanitario. El Código de Nuremberg de 1947 es el que ha expuesto los principios básicos que debían respetarse en cualquier experimentación en seres humanos, sin los cuales sería considerada inhumana e ilegal. Sobre el particular se puede consultar La información y el consentimiento informado (principios y pautas de actuación en la relación clínica). Documento de las comisiones promotoras de los comités de ética asistencial del País Vasco. Ed. Esaki Herido Elkarteko Administrazioa. Osakidetza. Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Servicio vasco de salud. Serio. 1997.

(15) La Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles 5/2012, no define a la buena fe, sólo expresa que las partes actuarán conforme a su exigencia. La buena fe procesal en la mediación es otro de los debates pendientes. De momento el legislador nos ha dejado un contrasentido, cual es, calificar de mala fe una actividad procesal no obligatoria.

(16) Se parte de la siguiente idea «Mandatory mediation only requires the parties to sit down together, while preserving each party's right to determine level of participation, whether to make offers, and whether to accept a proposed settlement.» ratificada por la Jurisprudencia «"A court cannot force the disputants to peaceably resolve their differences, but it can compel them to sit down with each other."» para sostener que «A more effective mandatory mediation process would be one in which good faith is expected, encouraged, and used by the mediator as a technique to overcome impasse, while not imposing vague mandates that are difficult to define, harder to enforce, and infringe upon mediator confidentiality and neutrality.» y de esta forma llegar a la conclusión de que así «... preserves the integrity of the mediation process, by preserving party autonomy and mediator neutrality, while not imposing vague, indefinable, or burdensome standards upon the parties or the mediator.» (Zylstra 2001, 77, 84, 99, 102).

(17) En palabras de Dorcas Quek «The apparent paradox of mandatory mediation has sparked diverse opinions on whether coercion "into" mediation may realistically be distinguished from "within" mediation» (Quek 2010, 485).

(18) Véase Caram María Elena, Eilbaum Diana Teresa, y Risolia Matilde, Mediación diseño de una práctica, Librería Histórica, Buenos Aires, 2006, 45; y Aréchaga, Patricia, Especialidad del acto de mediar, en La Trama, Revista Interdisciplinaria de Mediación y Resolución de Conflictos núm. 4, edición virtual de abril 2003. [www.revistalatrama.com.ar](http://www.revistalatrama.com.ar), citado por Caram María Elena, Eilbaum Diana Teresa, y Risolia Matilde en Mediación diseño de una práctica, Librería Histórica, Buenos Aires, 2006, 124.

(19) En el ámbito Europeo, la Directiva 2008/52 CE contempla en su art. 5 la posibilidad de que el órgano jurisdiccional «derive» el caso a mediación.

(20) Para prueba incontestable sobre la necesidad de la «mediación obligatoria», el estudio «Rebooting» the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU (European Parliament's Committee on Legal Affairs 2014) es concluyente. Para producirse un aumento significativo en el uso de la mediación, es necesaria introducir la «mediación obligatoria» en los sistemas jurídicos de los Estados miembros. El estudio sugiere que, ahora, la obligatoriedad de la mediación es, para la mayoría de los encuestados (816 expertos de toda Europa), una posibilidad aceptable en determinados tipos de casos. De hecho se sostiene que la forma más efectiva para hacer conocer la mediación a los litigantes, sería la de establecer una regulación normativa que vaya más allá de la simple invitación para ir a mediación. En este nivel legislativo, el informe plantea dos posibles cursos de acción: a) implantar la mediación obligatoria para cierta tipología de casos, y b) establecer políticas de Estado que favorezcan, por parte de los usuarios, la elección de la mediación como forma de resolver sus disputas; estableciendo anticipadamente un número objetivo de casos a alcanzar.

(21) En el mismo sentido Martín Diz Fernando, Retos de la mediación como complemento al proceso judicial en una sociedad globalizada. Resultado del desarrollo del Proyecto de Investigación subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación «Sistema penal y métodos alternativos de resolución de conflictos: análisis crítico y propuestas ante la reforma del proceso penal en el espacio judicial Europeo» (Referencia DER2011-26954) Investigador Principal: Dr. Lorenzo M. Bujosa Vadel. Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Salamanca.

(22) Ver STC 81/1992 en Sala Primera. STC 81/1992, de 28 de mayo de 1992 (BOE núm. 157, de 1 de julio de 1992).

(23) Una interpretación «forzada» de la Ley permitiría sostener que, toda vez que la mediación es un procedimiento complementario del judicial y como tal es una etapa que lo integra, no hay vulneración al derecho de las partes de acceso a la justicia, y que un auto del Juez, obligando a las partes a asistir a la sesión informativa, se ajusta a derecho.

Este supuesto auto no podría considerarse una solicitud de mediación en los términos del art. 16 Ley 5/2012 y la inasistencia injustificada a la sesión informativa conlleva el cierre de las actuaciones, no siendo confidencial la información relativa a qué parte no asistió (art. 17 Ley 5/2012).

(24) En este sentido, la suerte de tibieza o falta de determinación legislativa puede incluso tornar ineficaz la penalización por la inasistencia, prevista en el art. 395.1 LEC, toda vez que no estando obligado a asistir no sería posible incurrir en «mala fe».

(25) Habría que profundizar en el sentido de llegar a los fundamentos de estas garantías no escritas.

Reconociendo a la mediación como una institución jurídica podríamos aplicar las reglas del derecho conforme las propone Gregorio Robles, Las reglas del derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de la teoría analítica del derecho. Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1984, para quien hay tres tipos de reglas, a saber: reglas ónticas, técnico-convencionales o procedimentales y deónticas o normas (las cuales a su vez son de tres clases: normas de conducta, normas de decisión y normas de ejecución).

Vale decir que para ello deberíamos atender a reglas morales, jurídicas, sociales o técnicas; y en nuestro caso todo parece indicar que a priori estamos ante reglas técnicas, entendiendo por tales a aquellas que establecen una forma de proceder para alcanzar un determinado resultado.

(26) Este supuesto guarda relación con el derecho a los recursos, pues así como se establecen ciertos requisitos que se han de cumplir de forma previa a utilizar los recursos, cabría pensar en la posibilidad de que la Tutela Judicial Efectiva estableciera un requisito más a cumplir por parte de los justiciables a fin de acceder a la jurisdicción.

(27) En este aspecto se abre una línea de investigación muy interesante, que es ver cuáles son los fundamentos de cada uno de los criterios en los que se sustenta el acceso a la jurisdicción y luego a los recursos, y si la aparición de la mediación cumple o no con dichos fundamentos jurídicos. Esto requeriría una discusión en torno a fundamentos potenciales de la mediación, que no voy a desarrollar aquí, toda vez que ésta es una vía que depende de una importante cantidad de variables y que por ello entiendo excede el trabajo de esta investigación.

(28) Sirva como ejemplo el Reglamento de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Tribunal Supremo de Puerto Rico que establece el carácter complementario de la mediación [Regla 1.0 (a)]; la obligatoriedad de la sesión informativa [Regla 3.04 (a) y (b) ap.(1)], y la limitación al principio de confidencialidad del acuerdo [Regla 5.01 (c) 2.º párrafo].

(29) La «obligatoriedad» no sería la única tensión que la inclusión de la mediación en la égida del derecho genera. La Tutela Judicial Efectiva deja caer todo el peso de su influencia sobre la mediación en varias cuestiones más, como por ejemplo, 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 incorporada a un proceso judicial y las distintas cuestiones en materia 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 2014b, 277-302).