



TRABAJO FIN DE MÁSTER EN MEDIACIÓN Y RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

“LA DERIVACIÓN A MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL. PAPEL Y OPORTUNIDAD DE LOS OPERADORES JURÍDICOS”

AUTORA:

D^o. SORAYA GÓMEZ GARCÍA

TUTORA:

D^o. M^o ARÁNZAZU MORETÓN TOQUERO

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA COMUNICACIÓN
(SEGOVIA)

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID
CURSO 2019 – 2020

FECHA DE ENTREGA: 30 DE SEPTIEMBRE DE 2020

ÍNDICE

RESUMEN	5
Palabras clave:	5
Abreviaturas:	6
1. INTRODUCCIÓN	7
2. JUSTIFICACIÓN: DIFICULTADES EN LA IMPLANTACIÓN DE LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN ESPAÑA	13
3. OBJETIVOS Y FINALIDAD	17
4. LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN ESPAÑA	20
4.1. Concepto, caracteres y principios de la mediación intrajudicial. Mediación intrajudicial y mediación extrajudicial.....	20
4.2. Marco normativo.....	24
4.2.1. <i>Marco normativo europeo</i>	24
4.2.2. <i>Marco normativo nacional</i>	26
4.3. Mediación intrajudicial y derecho a la tutela judicial efectiva.	28
4.4. De la derivación a mediación por los tribunales.....	35
4.4.1. <i>Obligatoriedad o voluntariedad</i>	35
4.4.2. <i>Momento de la derivación a mediación</i>	41
4.4.3. <i>La derivación a mediación en los distintos órdenes jurisdiccionales. Guía para la Práctica de la mediación intrajudicial del CGPJ.</i>	48

5. LOS OPERADORES JURÍDICOS EN LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL	56
5.1. El Juez.....	56
5.2. El Letrado de la Administración de Justicia y la Oficina Judicial.....	63
5.3. El abogado	68
5.4. El mediador.....	71
7. CONCLUSIONES	80
8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82
9. REFERENCIAS NORMATIVAS Y DOCUMENTOS CONSULTADOS	85

RESUMEN

La implantación de la mediación intrajudicial o conectada a los tribunales es hoy una asignatura pendiente en nuestro sistema judicial. Ya sea por el desconocimiento, la falta de formación o las reticencias de los operadores jurídicos, la mediación no ha conseguido desplegar tampoco en relación con los conflictos ya judicializados todo su potencial.

En este trabajo se trata de analizar cuáles son las causas de esta situación que condicionantes influyen y como sería posible superar los obstáculos que, para el desarrollo de esta “nueva” metodología de resolución de conflictos, en él se plantean.

Palabras clave:

Mediación intrajudicial, derivación, implantación, proceso, alternatividad, obligatoriedad, complementario, tutela judicial, exclusividad, operadores jurídicos, mediador, juez, abogado, justiciables, conflicto, intereses, reticencias, anteproyecto, resolución, protocolo, Directiva, Recomendación, ley, Guía, Protocolo.

Abreviaturas:

CGPJ.....	Consejo General del Poder Judicial
LAJ.....	Letrado de la Administración de Justicia
LEC.....	Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 5 de enero
Ley 5/2012.....	Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles
LECrim.....	Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882
LOPJ.....	Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 de 1 de julio
LRJCA.....	Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998 de 13 de julio
LRJS.....	Ley reguladora de la Jurisdicción Social 36/2011, de 11 de junio
MASC.....	Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos

1. INTRODUCCIÓN

El conflicto es inherente al ser humano. La cuestión en relación al conflicto no debe ser tanto como evitar algo inevitable, cuando de relaciones y seres sociales se trata, sino de cómo afrontar las consecuencias negativas que se derivan del mismo. Y este es el punto donde tiene cabida la mediación como uno de los métodos a tener en cuenta a la hora de resolver un conflicto.

Para EMILIANO CARRETERO (2016) “un buen sistema de resolución de conflictos será mejor y más eficiente en tanto en cuanto disponga de diferentes mecanismos que permitan gestionar y resolver las controversias suscitadas con el menor costo posible y con el mayor nivel de satisfacción para todas las partes implicadas en las mismas”¹.

En este sentido se podría afirmar que en determinados supuestos es necesario acudir a otras vías de resolución de conflicto un poco a alejadas de la visión puramente procesalista de la concepción clásica del Derecho. No se trata tanto de buscar alternativas al proceso judicial que sustituyan a este, pues esto sería tanto como negar u obviar el derecho a la tutela judicial consagrado constitucionalmente, sino, de buscar otras fórmulas que en determinadas circunstancias pueden favorecer una mejor resolución del conflicto planteado que aquella que hipotéticamente pueda alcanzarse en un proceso regido por el imperio de la ley y que no llega a atender a las posibles necesidades de las partes que acuden al mismo en busca de una solución que satisfaga sus intereses.

En la actualidad nos encontramos, en el marco de los MASC o métodos alternativos de solución de conflictos, diferentes fórmulas para la búsqueda de la tan pretendida y valorada resolución del conflicto. El arbitraje, la negociación, la conciliación y la mediación ofrecen importantes ventajas respecto al método tradicional de resolución de

¹E.CARRETERO MORALES, La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia DYKINSON. 2016, p.59.

conflictos incardinado en el proceso judicial. Entre todas ellas podemos destacar su carácter voluntario, la participación y consiguiente asunción de responsabilidad de las partes en la resolución de sus propios problemas, su menor coste económico, su flexibilidad, rapidez y eficacia y quizá su mayor virtud, la capacidad para adecuarse a ciertas circunstancias del conflicto que en el proceso judicial, por diversos motivos, no podrían tenerse en cuenta.

De entre todos estos métodos alternativos, este trabajo se circunscribe al estudio de la mediación, y más concretamente al estudio de la mediación intrajudicial como aquella que tiene lugar una vez puesta en marcha la maquinaria judicial. No obstante, antes de todo ello, quizá sea conveniente clarificar qué entendemos por mediación, cuáles son sus ventajas en relación con el resto de ADR y en especial con el proceso judicial.

Para el CGPJ la mediación puede definirse como “un modelo de solución de conflictos que, mediante la intervención de un tercero neutral e imparcial, ayuda a dos o más personas a comprender el origen de sus diferencias, a conocer las causas y consecuencias de lo ocurrido, a confrontar sus visiones y a encontrar soluciones para resolver aquéllas.”²

El Preámbulo de la Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles (Ley 5/2012, en adelante) aprobada con el objeto de cumplir con el mandato de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 y de establecer una ordenación general de la mediación aplicable a los asuntos civiles y mercantiles frente a las distintas regulaciones de las Comunidades Autónomas, destaca entre las ventajas de la mediación “su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes” y ello porque “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

² Concepto extraído de la página web del CGPJ. Accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Presentacion/>

mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto”.

Es cierto que, como así también lo ha señalado MORETÓN TOQUERO, la mediación se desarrolla a través de un procedimiento con características propias en el que se utilizan herramientas y técnicas específicas con un potencial efecto enriquecedor, incluso pedagógico, para los usuarios incluso cuando no se alcanzase un acuerdo. Entiende esta autora que en la mediación importa el fin, pero también el cauce a través del cual se desarrolla la eventual consecución del acuerdo que puede conllevar algunos efectos colaterales a la propia resolución como la prevención de posibles enfrentamientos futuros y el descenso en el índice de incumplimientos.

La mediación así concebida difiere claramente de otras formas de resolución alternativa del conflicto si se atiende a la intensidad con la que el tercero ajeno al conflicto participa en su resolución. Siguiendo a MORETÓN TOQUERO, “la mediación ocupa un grado intermedio por cuanto el mediador no actúa como un mero facilitador del acuerdo (conciliación) ni resuelve con arreglo a Derecho o a los criterios de la equidad (arbitraje), es agente activo de un proceso estructurado, en la medida en que puede proponer acuerdos, vela por el equilibrio de poder entre las partes y conduce e impulsa el proceso utilizando técnicas propias que ayudan a restablecer la comunicación para que las partes, por sí mismas, logren su propio acuerdo. De este modo, el mediador no es un órgano decisor sino (como se reitera en la literatura especializada) un «catalizador» de las decisiones que las partes adopten.”³

En cuanto a la relación de la mediación con el proceso judicial, en primer lugar tenemos que tener en cuenta que mediación y proceso judicial son métodos diferentes pero en muchas ocasiones también paralelos. Distintos son los adjetivos con los que se ha tratado de describir esta relación como una relación de métodos alternativos, complementarios, coadyuvantes, sustitutivos... pero ninguna de estas calificaciones es

³ M.A.MORETÓN TOQUERO, “La resolución judicial de conflictos y la mediación como forma de participación ciudadana” en F.J. MATILLA PORTILLA (Dir.) *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*. Madrid. 2011, p. 422.

excluyente de las demás en sentido absoluto y así también lo ha entendido el legislador y la doctrina.

El Expositivo II del Preámbulo de la Ley 5/2012 dispone que, “la mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia.”

Reconoce la Ley a la mediación como una institución coadyuvante del proceso judicial que debería ser el último recurso al que acudir en caso de conflicto. Es lo que algunos autores como MORETÓN TOQUERO han denominado “el principio de intervención mínima del Derecho Procesal.”⁴ Se atribuye así a la mediación una finalidad preventiva de carácter previo a la vía jurisdiccional que permitiría la desjudicialización de muchos conflictos en aras del fortalecimiento del principio de la autonomía de la voluntad. Finalidad que puede predicarse claramente de mediación extrajudicial pero no con tanta intensidad en el caso de la mediación intrajudicial que asume un papel de complementariedad respecto al proceso judicial. No obstante, la distinción entre ambas clases de mediación será objeto de estudio más adelante.

En el mismo sentido que la Ley 5/2012, el “Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil”⁵

⁴ M.A.MORETÓN TOQUERO, “La resolución judicial de conflictos y la mediación como forma de participación ciudadana”, op.cit, p. 429: “El impulso normativo a la mediación, como manifestación de autotutela de los propios intereses y cauce de transacción, supone la recuperación por los ciudadanos de su propio conflicto para darle solución, sustrayéndolo, al menos en parte, a la decisión judicial que quedaría reservada como un recurso último, para cuando estos mecanismos (concebidos como alternativos en el sentido indicado) se muestren inoperantes, respondiendo a una suerte de principio de «intervención mínima» del Derecho procesal”

⁵ “*Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil*” preparado por la Dirección de Justicia de la Unión Europea y presentado por la Comisión el 19 de Abril de 2002 para la reflexión y diálogo entre los Estados miembros en el contexto de las políticas sobre mejora del acceso a la justicia.

reconoce expresamente el papel complementario de la mediación en relación con el proceso judicial.

Y esta misma dicotomía entre la alternatividad o complementariedad de la mediación respecto del proceso judicial que se deduce de la regulación y su incardinación en los MASC, es la que se infiere de las discusiones doctrinales.

Para CARRETERO MORALES, “la mediación no pretende sustituir al proceso judicial, ni enmendarlo, sino simplemente configurarse como una vía más a disposición del ciudadano para hacer frente a sus conflictos, se hayan judicializado o no, ofreciéndose como el método más adecuado de resolución en su caso, por tanto no pretende ser exclusivamente una alternativa, sino también un complemento a dicho proceso judicial. En algunos casos podrá suponer una alternativa al proceso judicial, y ello sucederá cuando las partes opten por la mediación como primera opción para gestionar su conflicto y alcancen un acuerdo, zanjando sus diferencias y evitando de esta forma tener que acudir a los tribunales. Y, en otras ocasiones, será un complemento al proceso judicial, cuando, una vez iniciado este, las partes decidan, bien por iniciativa propia o bien por sugerencia del propio tribunal, acudir a mediación a fin de intentar buscar una salida consensuada que ponga fin a su litigio.”⁶

Según MARTIN CID hay que partir de una premisa básica y es que “la mediación es un complemento a la jurisdicción, no es un competidor; es una alternativa, no un mecanismo de exclusión del proceso judicial; y además no impide en modo alguno el legítimo ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva ante juzgados y tribunales”.

Para ORTUÑO MUÑOZ “si partimos de la base de considerar la mediación como un método alternativo a la vía judicial clásica de resolución de conflictos, su inserción en la actividad de los tribunales es anómala y extraña”.⁷

⁶ E.CARRETERO MORALES. La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia... op.cit. p.313.

⁷ P.ORTUÑO MUÑOZ. “La mediación intrajudicial”, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dir.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada*, Barcelona, 2011, p.131; y, F.MARTÍN DIZ. *La Mediación en materia de familia y Derecho penal. Estudios y análisis*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, p. 49, citados por E.CARRETERO MORALES. La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia, op.cit, p. 313.

Para este autor la derivación a mediación ha de ser un recurso más a disposición de los tribunales para que en determinados conflictos “la actuación de la justicia no se limite a imponer dinámicas de vencedores y vencidos, si no que ofrezca una oportunidad a los ciudadanos para que transformen sus disputas en relaciones viables de colaboración”.⁸

Por su parte, MORETÓN TOQUERO señala que “en el caso de la mediación no hay una función juzgadora sino que el mediador conduce el proceso que habrá desembocar en un eventual acuerdo que, a la postre, necesitará de la intervención judicial si fuera preciso su cumplimiento forzoso. En otras palabras, la mediación (lo mismo que el arbitraje) necesita ser completada con una actividad jurisdiccional de ejecución para lograr la plena efectividad de lo acordado. Por esto mismo es más preciso afirmar que su carácter alternativo es relativo o, más que alternativo, complementario, pues en último término la mediación se encuentra fuertemente unida al proceso judicial. Hay que precisar que las formas alternativas de resolución no constituyen un propósito de internalización o privatización, pues se trata no de suplantar la función jurisdiccional (lo que con las facultades que tiene el mediador no es posible) sino de complementarla, propiciando que los propios interesados alcancen el arreglo de sus diferencias.”⁹

Lo que sí parece claro es que la mediación es un método alternativo a la resolución de conflictos con autonomía propia que se presenta frente al proceso judicial como una alternativa nacida del principio de la autonomía de la voluntad, pero también como un sistema complementario para la resolución de aquellos conflictos cuya naturaleza permita plantear el recurso al proceso judicial como última recurso al que acudir, pues como ha afirmado el CGPJ, los MASC “constituyen no tanto una alternativa a la justicia como una justicia alternativa”.

⁸P.ORTUÑO MUÑOZ. *Justicia sin Jueces. Métodos alternativos a la justicia tradicional*. Barcelona. Primera edición. Ariel, Octubre 2018, p.89.

⁹ M.A.MORETÓN TOQUERO, “La resolución judicial de conflictos y la mediación como forma de participación ciudadana”, op.cit. p. 431.

2. JUSTIFICACIÓN: DIFICULTADES EN LA IMPLANTACIÓN DE LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN ESPAÑA

El Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación aprobado por el Consejo de ministros el 11 de enero de 2019, reconoce en su Exposición de Motivos que “la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que incorporó al ordenamiento español la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, así como el 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, nacieron con la vocación decidida de asentar en nuestro país la mediación como instrumento de autocomposición eficaz de controversias surgidas entre sujetos de Derecho privado en el ámbito de sus relaciones de derecho disponible.” (...) “No obstante, desde la entrada en vigor de la ley, el 27 de julio de 2012, no se ha conseguido desarrollar la potencialidad augurada desde su gestación.”

El Anteproyecto atribuye las dificultades en la implantación de la mediación como sistema alternativo de resolución de conflictos intersubjetivos a la existencia en España de una cultura ajena a la mediación.

Pero lo cierto es que son múltiples los argumentos en contra de su implantación: planteada como una alternativa al proceso judicial, para algunos autores, podría suponer una vulneración de derecho a la tutela judicial efectiva; constituye un privatización del sistema judicial y un ataque a la concepción clásica de ésta; es un método poco garantista en cuanto a la protección de derechos de las partes en conflicto; etcétera.

Estos argumentos se exageran aún más en el ámbito de la mediación intrajudicial. Y, aunque en muchos países de nuestro entorno, como señala ORTUÑO MUÑOZ, son cada vez más frecuentes los acuerdos derivados del impulso a mediación desde los juzgados, en los sistemas del arco mediterráneo (de Algeciras a Estambul) la evolución es más lenta. Para este autor la desconfianza de estos territorios respecto a cualquier

solución que no sea la prevista en la Ley tiene su base en la ausencia de una tradición en la práctica del consenso.¹⁰

Pero no solo la falta de costumbre mediadora ha dificultado el desarrollo de la mediación en nuestro país. La realidad, como apunta CARRETERO MORALES, es que todavía hoy son muy pocos los órganos judiciales en España que tienen a disposición de los ciudadanos una oferta clara de métodos alternativos de resolución de conflictos y en particular de servicios de mediación. Entre las causas de estas dificultades encontramos según este autor, la escasez de medios económicos, la inexistencia de centros de mediación o el desconocimiento de la existencia de los mismos así como de la propia mediación.¹¹

Otro factor que también impide la implantación de la mediación intrajudicial, quizá por la falta de formación, es el rechazo de los operadores jurídicos que deberían intervenir en su práctica. Como afirma ORTUÑO MUÑOZ, la actual formulación de los ADR difiere mucho de los clásicos recursos de conciliación y negociación, superficiales y burocráticos, de jueces y abogados que, ante los mismos, muestran una actitud inicial de rechazo. Esta desconfianza, según aquel, podría deberse, tanto a que hasta fechas recientes estas técnicas no han estado incluidas en los estudios universitarios de derecho¹² como a que se ha difundido sobre ellas información errónea

¹⁰ P. ORTUÑO MUÑOZ, *Justicia sin Jueces...* op.cit., p.97.

¹¹ E. CARRETERO MORALES. *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia.* op. cit. p.322. y continúa: “La mayoría de los programas y de los órganos judiciales que ofrecen servicios de mediación lo hacen básicamente en el ámbito familiar, siendo muy escasos todavía los que introducen dentro de dichos servicios la mediación civil y mercantil. Desde el CGPJ, hace ya unos años, se comenzaron a medir las actividades de mediación derivada por los Tribunales¹⁸. De los datos del propio CGPJ, podría destacarse el alto porcentaje de asuntos derivados a mediación, donde no llega ni siquiera a iniciarse el procedimiento, bien por inasistencia de alguna o de las dos partes a la sesión informativa, o bien porque una vez realizada la misma las partes voluntariamente decidieron no iniciar la mediación. Este alto porcentaje puede deberse a una inadecuada selección de los asuntos que se derivan, además de otros factores. Hay que tener en cuenta que el conflicto ya está judicializado, por lo que las partes ya han acudido a un abogado y a un procurador, ya han realizado un desembolso económico importante para acudir al tribunal y esperan de éste que les resuelva su conflicto en el momento más cercano posible; además normalmente las posiciones de las partes están muy definidas y suelen estar bastante encontradas.”

¹² MEJÍAS GÓMEZ, “en la universidad se enseña a los futuros abogados que su calidad jurídica se medirá por la cantidad de juicios que ganen y no por la cantidad de pleitos que eviten o terminen por el acuerdo de las partes. Incluso se piensa que un abogado negociador es un abogado débil. Se confunde la debilidad con la capacidad de diálogo. Se confunde la fortaleza con la intransigencia y con la rigidez, la tozudez o la falta de capacidad de diálogo”. J.F.MEJÍAS GÓMEZ, *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho, Madrid, 2009. p. 60, citado por E.CARRETERO MORALES, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia.* op. cit. p. 74.

fruto del ya redicho desconocimiento. Esta ausencia de formación también debe atribuirse, según ORTUÑO MUÑOZ, a los mediadores, pues, hoy por hoy no existen, para él, “mediadores con amplia experiencia a los cuales puedan derivar los tribunales litigios con la plena confianza de que sean correctamente tratados”.¹³

Esta falta de formación e información quizá sea la causa de las reticencias de los distintos operadores jurídicos, pero también de las suspicacias de los ciudadanos justiciables. Cuando desde el ámbito de los tribunales se hace llegar a las partes la conveniencia de que acudan a un proceso de mediación, la disposición a la colaboración de los abogados y consiguientemente de sus clientes va a ser absolutamente nula. En las experiencias piloto que se han desarrollado para la implantación de la promoción de la mediación desde los tribunales se ha experimentado una enorme frustración. La primera reacción de los ciudadanos es la de rechazar esta metodología y, mucho más, si los abogados desconocen o desconfían del sistema y les inculcan que opten por oponerse a la mediación que les es ofrecida por el juez.¹⁴

Para los ciudadanos, la forma tradicional de resolver un problema ha sido siempre acudir al tribunal para que sea el juez el que decida quién tiene razón en la controversia que se le plantea. Y, aunque la realidad ha demostrado que, en la mayoría de las ocasiones, la solución impuesta por el órgano judicial no pone fin al conflicto, sino que en sentido contrario, puede dar lugar a nuevos puntos de enfrentamiento que acaban de nuevo en los tribunales, lo cierto es que en la actualidad se sigue manteniendo la clásica mentalidad confrontativa cuyo único objetivo es ganar y vencer a la otra parte.

Afirma en este sentido CARRETERO MORALES, citando a REDORTA LORENTE, que, “entre los dos sistemas básicos en la doctrina jurídica de heterocomposición de los conflictos (el tercero toma la decisión correcta) y autocomposición de los conflictos (las partes adoptan la decisión que les es conveniente), parece que hemos optado por el primero, de formas tan desequilibrada,

¹³ P.ORTUÑO MUÑOZ, Justicia sin Jueces... op.cit., pp. 97 y 263

¹⁴ P.ORTUÑO MUÑOZ y J.HERNANDEZ GARCIA, Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal. Documento de trabajo 110/2007. Laboratorio de Alternativas.2007, pp.45-46

que nos hemos desresponsabilizado totalmente de la solución de los problemas que nos creamos.”¹⁵

Siendo este el panorama actual, en el que el desconocimiento de la mediación conduce a su rechazo, puede entenderse mejor los obstáculos a los que ha de enfrentarse su implantación como método alternativo o complementario al proceso judicial. Y este va ser el punto de partida para analizar de una manera más detallada cuál es la realidad de la mediación intrajudicial en España, cuál es el papel de los operadores jurídicos, los problemas que se plantean en su implantación y las posibles soluciones.

¹⁵ J.REDORTA LORENTE, “Entorno de los métodos alternativos de solución de conflictos”, *Revista de Mediación*, Año 2, Nº 3, Marzo 2009, p.32. citado por E.CARRETERO MORALES. La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia... op.cit, p.48.

3. OBJETIVOS Y FINALIDAD

En la actualidad la implantación definitiva de la mediación en España se encuentra obstaculizada por una cultura ajena a esta característica forma de resolución de conflictos intersubjetivos. Y es que, como apunta REDORTA LORENTE, “tal vez le hayamos pedido a la Administración de Justicia que lo resuelva todo y además bien. Debiéramos reflexionar si no hemos introducido en el sistema judicial cuestiones que pretendemos que nos resuelva un tercero cuando podrían estar en muchos casos en el ámbito de decisión de los participantes.”¹⁶

En España, ya el Plan Estratégico para la Modernización de la Justicia elaborado por el Consejo General del Poder Judicial para los años 2009-2012 se refería expresamente a la incorporación de la mediación (intrajudicial) como técnica de resolución de conflictos alternativa a la vía judicial en los distintos órdenes judiciales con un doble objetivo el de contribuir a descongestionar los tribunales a la vez que se ofrece a la sociedad nuevas formas de resolución de problemas.

Con la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se creyó que se daba el impulso definitivo a la implantación de la mediación, pero aunque este impulso fue importante y dio lugar a un aumento del número de programas o experiencias pilotos de mediación conectados a los Tribunales, no fue definitivo.

La propia Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación recoge la necesidad de impulsar la mediación a través de medidas legislativas de índole procesal sin perjuicio de que sea igualmente necesario, para que la mediación deje de ser una institución desconocida y demuestre toda su operatividad, promover la formación de cuantos actores puedan verse involucrados en ella: jueces y justiciables, abogados, mediadores y/o funcionarios de la Administración de justicia.

¹⁶ REDORTA LORENTE, J., “Entorno de los métodos alternativos de solución de conflictos”, en Revista de Mediación, Año 2, Nº 3, Marzo 2009, p.32. citado por CARRETERO MORALES, E. La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia. Óp. cit. p. 47.

Para ORTUÑO MUÑOZ de estas experiencias se pueden extraer dos conclusiones: “La primera es que se está produciendo un proceso de implantación gradual de los servicios de mediación, que no está diseñado de forma centralizada por ninguna de las administraciones del Estado, sino que es impulsado fundamentalmente por las Comunidades Autónomas y por determinados Ayuntamientos, que han priorizado las actuaciones en este ámbito, vinculándolas al ejercicio de las competencias en justicia, en algunos casos, o a las de servicios sociales (especialmente en familia) en otros. En segundo lugar, que un factor esencial es la predisposición de los jueces a favor de potenciar estas iniciativas, incorporando a la actividad jurisdiccional los protocolos adaptados a la situación, medios económicos y materiales y, fundamentalmente, existencia de mediadores bien cualificados.”

No obstante, lo cierto era que en el momento de aprobación de la Ley 5/2012, las experiencias de mediación conectadas a los tribunales no eran nuevas en España. En el País Vasco y Cataluña, el creciente desarrollo de programas piloto y el respaldo de los órganos de gobierno de la Comunidad Autónoma, hicieron de la mediación una vía de resolución de conflictos institucionalizada que todavía hoy forma parte del sistema de Administración de Justicia.

La Ley 5/2012 centrándose en los aspectos sustantivos obviaba muchas cuestiones procesales que era necesario regular para arbitrar la problemática relación entre mediación y proceso judicial que se plantea en la práctica de la mediación conectada a los tribunales:¹⁷

- a) los supuestos de derivación judicial y el alcance de las facultades del juez para propiciar la mediación, sin vulnerar el principio de voluntariedad ni el derecho del ciudadano a la tutela judicial efectiva;
- b) las consecuencias en el curso del proceso jurisdiccional, de la interrupción del mismo por la apertura de un proceso de mediación paralelo, con las consiguientes consecuencias en cuanto a la caducidad y a la prescripción;

¹⁷P. ORTUÑO MUÑOZ, J.HERNANDEZ GARCIA, “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, op.cit, p.46.

- c) las garantías de la confidencialidad en los supuestos en los que la mediación no llega a buen término y se pretende que el mediador sea llamado como testigo para suplir deficiencias probatorias;
- d) la cualificación profesional del mediador al que se ha derivado por el tribunal;
- e) la eficacia de los acuerdos de mediación;
- f) el régimen de designación de mediadores por el juzgado, en su caso, y responsabilidad de los mismos ante el juzgado; y
- g) la regulación de la abstención y recusación.

Algunas de estas cuestiones si eran resueltas por el Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación y serán examinadas más adelante. Pero muchas otras no. En este trabajo se van a tratar de analizar algunas de las cuestiones anteriores con el objeto de valorar las posibilidades de mejores, de acción y actuación que se presentan como necesarias para una implantación eficaz de la mediación intrajudicial y, en definitiva, de la mediación en general. Pues, como ha señalado el CGPJ, “en todos los países de nuestro entorno, la mediación intrajudicial ha servido siempre como motor de arrastre de esa otra forma de justicia, es decir, de la mediación tanto intrajudicial como extrajudicial. De tal modo que al apoyar e impulsar la mediación intrajudicial, estamos contribuyendo al conocimiento, implantación y desarrollo de la mediación en general.”¹⁸

¹⁸Accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Presentacion/>

4. LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN ESPAÑA

4.1. Concepto, caracteres y principios de la mediación intrajudicial. Mediación intrajudicial y mediación extrajudicial.

Al igual que no existe un único concepto de mediación tampoco hay una única explicación sobre que ha de entenderse por mediación intrajudicial o como la denominan alguno autores, mediación conectada o vinculada a los tribunales.

ORTUÑO MUÑOZ define la mediación como “el conjunto de actuaciones que se realizan desde los tribunales de justicia, para que las partes que se proponen iniciar un procedimiento contencioso, o que ya lo han emprendido, acepten una suspensión del desenvolvimiento del mismo para intentar, ante un tercero independiente del tribunal, especializado en gestión de conflictos, el análisis de sus posiciones, en un entorno de neutralidad y confidencialidad, con el objeto de buscar la solución razonable que más convenga a los litigantes, con las miras puestas en el mantenimiento de las relaciones en el futuro.”

Para SOLETO MUÑOZ “la mediación intrajudicial será aquella que se lleve a cabo una vez se haya iniciado un proceso a través de demanda, y en cualquier momento de su devenir, es decir que es posible que exista mediación al principio del proceso civil, en pleno proceso e incluso en fase de ejecución de sentencia”.¹⁹

Lo determinante en la mediación intrajudicial es, por tanto, el momento en el cual tiene lugar. Y, esta es la razón que va a permitir diferenciar la mediación intrajudicial de la extrajudicial.

¹⁹ P.ORTUÑO MUÑOZ. La mediación intrajudicial... op.cit, pp. 132-133; H.SOLETO MUÑOZ (Dir.) “La mediación conectada con los tribunales”, en *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, pp.383-384; citados por E.CARRETERO MORALES, La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia... op.cit, p.318.

La mediación intrajudicial tiene lugar cuando, una vez iniciado el proceso judicial, es desde el propio órgano judicial con competencia para conocerlo desde donde se deriva a mediación, ya sea de oficio o a instancia de las partes que solicitan la suspensión para someter el asunto a mediación.

Mientras, la mediación extrajudicial, también llamada convencional, es la que tiene lugar al margen, fuera del proceso judicial, aunque pueda ser coetánea a él y, por iniciativa de los futuros mediados, por la decisión consensuada de ambos, emitida libre y conscientemente, ya sea de común acuerdo o por una de ellas con el consentimiento de la otra. Es una mediación absolutamente voluntaria pero que puede estar sujeta al cumplimiento de una cláusula contractual previa, libremente acordada, que la convierta en obligatoria. Así, por ejemplo, es habitual que en determinados contratos y acuerdos se incluya un pacto de sometimiento a mediación o cláusula de mediación que recoge la voluntad de las partes de someter a mediación los posibles conflictos que puedan surgir en el cumplimiento de aquel.

La mediación extrajudicial, así concebida, es una verdadera alternativa al proceso que nace del principio de autonomía de la voluntad de las partes, pero vistas las diferencias, no puede decirse lo mismo de la mediación intrajudicial, respecto de la que si podría hablarse de complementariedad, pues, como ha aclarado la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del CGPJ, “la mediación intrajudicial no es una alternativa al proceso, sino todo lo contrario. Se inserta en el mismo, y se despliega bajo control judicial, con respeto pleno a las normas sustantivas así como al complejo sistema de garantías procesales que definen el debido proceso, en todos los órdenes jurisdiccionales”

Por otra parte es necesario destacar que aunque los principios generales de la mediación (voluntariedad, igualdad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad) están plenamente presentes en la mediación intrajudicial, lo cierto es que, debido a su singularidad y su vinculación al proceso judicial, presentan algunos matices.

Entiende ORTUÑO MUÑOZ que la voluntariedad puede quedar excluida de la primera sesión informativa y por tanto, circunscrita al derecho de las partes a proseguir

o suspender la negociación, así como a pactar y suscribir los acuerdos que, en todo caso han de ser actos absolutamente voluntarios; en cuanto a la confidencialidad, se ha de distinguir el intento de conciliación que normalmente lleva a cabo el juez, donde existe privacidad pero no confidencialidad, de la confidencialidad en mediación, en la que el mediador siempre estará sujeto al secreto profesional y las partes y sus abogados al principio de confidencialidad.²⁰

Además, y siguiendo a este mismo autor, aún cuando los principios de la mediación en general son también aplicables a la intrajudicial, la mediación intrajudicial presenta importantes peculiaridades.

En primer lugar hay que tener en cuenta que la comunicación entre las partes una vez llegados a este punto, estará interrumpida. El hecho de haber acudido ya a los tribunales es indicio de que se han agotado las vías amistosas tradicionales y, por ello, la derivación hacia un proceso de mediación va a chocar con la confrontación existente. En esta situación las partes ya habrán depositado su confianza en un abogado al que a veces incluso se le han dado poderes para que decida en su nombre. La consecuencia es que, en la mediación intrajudicial los jueces y el mediador tienen que otorgar al abogado un papel esencial, en ningún caso se puede prescindir de él.

La segunda es que las narrativas de los hechos de las partes ya están muy elaboradas cuando llegan al juzgado, por lo que el trabajo del mediador no empieza “de cero”, sino que ha de partir de los relatos muy mediatizados. Y es a partir de aquí desde donde se podrá comenzar a cambiar y a transformar su narración, siempre con respeto a los principios que han de presidir toda mediación y que el mediador debe garantizar en estos casos de una forma mucho más efectiva: se debe ganar la confianza de las dos partes

Finalmente la mediación derivada y gestionada desde los tribunales tiene siempre detrás un referente de autoridad. Para muchos ciudadanos es difícil asumir los principios de voluntariedad y confidencialidad que se les explican cuando se les propone la derivación a mediación. Lo habitual es que se sientan condicionados y realicen un

²⁰ P.ORTUÑO MUÑOZ, *Justicia sin Jueces...* op.cit., p.95.

esfuerzo adicional para alcanzar un acuerdo. Y ello, claramente, porque temen que una negativa les pueda perjudicar si el proceso continúa de forma contenciosa. Cuando la intervención mediadora se realiza a propuesta del propio tribunal que ya ha estudiado el caso y la ha considerado necesaria, hay un mensaje subliminal que debe ser escuchado. Mucho más, además, cuando además de forma activa ha exhortado a los abogados y a los propios interesados para que intenten llegar a un acuerdo después de argumentarles puntos concretos de debate y de insistir en la especialidad del caso y en las circunstancias que concurren. Al mismo tiempo también son conscientes de que no es un consejo de un amigo, de una campaña de publicidad o de su propio abogado, si no de quien tiene el poder de decidir en su caso.²¹

²¹ P.ORTUÑO MUÑOZ, Justicia sin Jueces... op.cit., p.94.

4.2. Marco normativo

4.2.1. Marco normativo europeo

Desde el Consejo de Europa se han dictado distintas Recomendaciones con las que se ha tratado de promover la mediación, principalmente en el ámbito civil:

- Recomendación 12/1986 que impone a los Jueces de los Estados miembros, como una de sus principales tareas, la búsqueda de un acuerdo amigable entre las partes en todos los asuntos que se plantean y sin tener en cuenta las fases del proceso en que se hallen.

- Recomendación 1/1998, de 21 de enero, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre mediación familiar desde la que se insta a los gobiernos de los Estados miembros a instruir y promover o, en su caso, a reforzar y profundizar en la regulación de la mediación familiar; y cuyo Libro V refiriéndose a la relación entre la mediación y los procedimientos ante la autoridad judicial, recoge que los Estados miembros deberán reconocer la autonomía de la mediación y la posibilidad de que esta haya tenido lugar antes, durante y después del procedimiento judicial, instando a los Estados miembros para que establezcan mecanismos que aseguren la correcta relación entre ambos procedimientos.

En el ámbito de la UE, la Dirección de Justicia de la Unión Europea, a raíz de la reunión de Tampere en 1999, preparó el denominado “Libro Verde sobre modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil”, tras considerar que los MASC y en particular la mediación debe inscribirse plenamente en el contexto de las políticas sobre mejora de acceso a la justicia. Dicho texto fue presentado por la Comisión a los Estados miembros para su discusión y reflexión el 19 de abril de 2002.

No obstante, la disposición europea más importante en materia de mediación es la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008,

sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuyo objetivo no era otro que establecer los principios generales básicos de la mediación que debían aplicarse en todos los Estados miembros, en especial en su relación con el proceso judicial y asegurar que el contenido de los acuerdos resultantes de las mediación en conflictos transfronterizos, que hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro, sean reconocidos y declarados ejecutivo en los demás Estados miembros de conformidad con la legislación comunitaria o nacional. Para ello, la propia Directiva en su artículo 12 establece la obligación de los Estados miembros de trasponer su contenido al ordenamiento jurídico interno de cada uno de ellos antes de 21 de mayo de 2011. Contenido normativo que se vió reforzado por la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2011 sobre la aplicación de la Directiva en la regulación de la mediación de los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales.

4.2.2. Marco normativo nacional

Sin perjuicio del extenso catálogo de leyes autonómicas que ya regulaban la práctica de la mediación en el ámbito familiar, la primera ley nacional que hizo referencia a la mediación fue la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra violencia de género con el objeto de prohibir la mediación en todos los casos de violencia contra la mujer.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Nulidad, Separación y Divorcio, introdujo por primera vez el recurso a mediación en la Ley de Enjuiciamiento Civil, posibilitando la suspensión del procedimiento judicial en el caso de que las partes desearan acudir a mediación. Tras dicha reforma, establece la regla 7ª del art.770, *“las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación”*; y el apartado 2º del art.777, *“2. Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio*

regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo.”

Ahora bien, no es hasta la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles cuando se establece un régimen general para la práctica de la mediación, con el propósito de favorecer su desarrollo como instrumento complementario de la Administración de Justicia y de cumplir, además, con la obligación de trasponer al Derecho nacional la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y con el mandato de la Disposición Final Tercera de la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de

Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en la que se encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación.

Y así lo señalaba, en su preámbulo, la propia Ley 5/2012: “A pesar del impulso que en los últimos años ha experimentado en España, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, hasta la aprobación del Real Decreto-ley 5/2012 se carecía de una ordenación general de la mediación aplicable a los diversos asuntos civiles y mercantiles, al tiempo que asegurara su conexión con la jurisdicción ordinaria, haciendo así efectivo el primero de los ejes de la mediación, que es la desjudicialización de determinados asuntos, que pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto que la que podría derivarse de la previsión legal.”

Por 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, el legislador español profundizó en la figura del mediador, su formación, publicidad y responsabilidad y estableció las líneas generales para la mediación por medios electrónicos.

Y por último el ya mencionado Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación, y cuya tramitación ha quedado suspendida tras el informe contrario del Consejo General de la Abogacía, que se redactó con el objetivo de “articular formulas abiertas y flexibles que contribuyan decididamente a implantar la mediación como institución complementaria de la Administración de Justicia y a incrementar su difusión y presencia en el desenvolvimiento ordinario de las relaciones jurídicas entre particulares” mediante la reforma de distintas leyes tan importantes “como son la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita” (Expositivo II).

4.3. Mediación intrajudicial y derecho a la tutela judicial efectiva.

Dispone el artículo 24 de la Constitución Española que “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho básico y fundamental consagrado constitucionalmente y como ha señalado parte de la doctrina, su eventual puesta en peligro por el creciente impulso de la mediación intrajudicial puede generar algunas reticencias a su implantación.

Entiende CARRETERO MORALES²² que “hay que intentar partir de la base de que el acceso a la justicia ha de tener un contenido amplio y no limitarse al derecho de acceso a los tribunales.”

La exclusividad en el ejercicio de potestad jurisdiccional, consagrada en el artículo 117.3 de la Constitución y que algunos autores también aducen como obstáculo a la implantación de la mediación intrajudicial no excluye para CARRETERO MORALES que los conflictos que surjan entre los ciudadanos puedan ser gestionados y resueltos mediante la utilización de otras vías. Pues, “el acceso a los tribunales de justicia ha de constituirse como garantía, como “ultima ratio” a la que los ciudadanos podrán acudir para obtener la tutela judicial efectiva de sus legítimos derechos e intereses, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 24 de nuestra Carta Magna.”

La fundamental existencia del procedimiento judicial no tiene porque limitar o anular la posibilidad de utilizar otras vías de resolución de conflictos que, en ocasiones, pueden incluso resultar más adecuadas que el propio proceso, dependiendo de la propia naturaleza e idiosincrasia del conflicto a tratar.

²² E.CARRETERO MORALES, La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia...op.cit, pp.36-37.

Para BARONA VILAR “cuando el legislador constituyente español estableció el derecho a la tutela judicial efectiva en el art. 24 CE y la función jurisdiccional atribuida a los órganos jurisdiccionales del Estado en el art. 117.3 CE, está consagrando un derecho y la vía y personas para su cumplimiento. Debe tenerse presente, sin embargo, que como Derecho que es, ultima ratio de la tutela de los ciudadanos por parte del Estado, puede no ejercerse, si bien los supuestos en que el ejercicio del mismo no se lleve a cabo deben quedar delimitados en una órbita del ordenamiento jurídico concreto, es decir, en el sector de lo que podría denominarse como derechos o materias disponibles para las partes. Ello significa, en consecuencia, que allá donde el ordenamiento jurídico español permita la oportunidad de tutela y la disponibilidad de la materia que se somete a tutela, cabrá eludir la vía judicial, si se quiere, y los órganos jurisdiccionales como representantes del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional” y añade que “el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE no supone que la vía del Estado-Juez-Proceso sea obligatoria, ni tampoco que sea la única vía para la resolución de los conflictos; de este modo, el particular puede bien acudir a esta vía u optar por otros cauces diferentes que pueden ir desde las fórmulas autocompositivas hasta otros cauces como el arbitraje, que responden a los mismos parámetros de la heterocomposición.”²³

PRATS ALBENTOSA va un poco más allá y afirma que “sin duda, el recurso directo a los Tribunales, sin intentar soluciones auto-compositivas, no ha de estar vedado en ningún caso. No obstante, los litigantes deberían demostrar, efectivamente, al Juez, que han agotado todos los medios legítimos a su alcance para resolver el conflicto, o que la gravedad de la lesión padecida es tal que, razonablemente, justifica que se acuda a ellos directamente. En consecuencia, los Tribunales deberían tratar con desfavor a quien no le demuestre que ha agotado todas las vías no judiciales para llegar a solucionar su litigio y, además, deberían tener a su alcance medios para reconducir el conflicto, cuando sea posible, a tales vías de solución, sin que ello implique denegación

²³ BARONA VILAR, S., Solución extrajudicial de conflictos. Alternative Dispute Resolution (ADR) y Derecho Procesal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. Pags.186 y 212, citado por CARRETERO MORALES, E. *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*. Óp. cit. Pág.38.

de su ministerio, sino, al contrario, producirá un mejor ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva por los ciudadanos”.²⁴

Para ORTUÑO MUÑOZ, “el sistema absorbe impropiamente conflictos que no le corresponden, como consecuencia de una errónea concepción del principio de tutela efectiva. Alguien debería realizar una medición de los tiempos empleados en estos trabajos por funcionarios bien cualificados, que emplean horas y horas en el montaje y formalización del proceso, en tramitar, emplazar, citar, resolver incidencias, nombrar abogados y procuradores (en su caso, previa tramitación del expediente de justicia gratuita), para que, al fin, no sirva para otra cosa que para que los ciudadanos implicados se pongan de acuerdo en algo que, posiblemente, podrían haber hecho al principio si hubieran alcanzado un cauce idóneo.”²⁵

Por su parte, MORETÓN TOQUERO²⁶ entiende que la mediación no obstaculiza el ejercicio del derecho de acceso a la justicia como primera manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva del art.24 CE. Para esta autora “el acceso a la justicia debe entenderse cumplido no solo con el acceso a la jurisdicción, en sentido estricto, sino también con la posibilidad de acceder a otros cauces, establecidos y regulados por la ley. En este sentido, resulta muy gráfica las referencias contenidas en el Dictamen preceptivo del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto: «. . . y es que, como dice en frase afortunada la Exposición de Motivos que acompañaba a la Propuesta de Directiva (apartado 1.1. 1), el concepto de acceso a la justicia debe incluir la promoción del acceso a procedimientos adecuados de resolución de litigios para particulares y empresas, y no solamente el acceso al sistema judicial»”

Y ahondando en esta idea añade: “Desde otro punto de vista puede argumentarse que la justicia, que emana del pueblo aunque se administre por jueces y magistrados (art. 117.1 CE), y que constituye igualmente un valor superior del ordenamiento jurídico

²⁴ L.PRATS ALBENTOSA, “Desjudicialización (I): el proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”, *Diario La Ley*, Nº 7625, Sección Tribuna, 9 Mayo 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY, pp. 1-2, citado por E.CARRETERO MORALES, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia... op. cit*, p.38.

²⁵ P.ORTUÑO MUÑOZ, P. HERNANDEZ GARCIA, *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos...op.cit*, p.30.

²⁶ M.A.MORETÓN TOQUERO, “La resolución judicial de conflictos y la mediación como forma de participación ciudadana”... *op.cit*. pp.430-431.

conforme al artículo 1.1 CE, no sólo puede lograrse, en su realización material, a través de la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (que, ésta sí, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales), sino que también puede ser alcanzada a través de mecanismos de autocomposición de intereses que eviten el recurso a la Administración de Justicia, o pongan fin a un proceso judicial contencioso ya iniciado, tales como el arbitraje o la mediación.”

Además, en cuanto a la relación de la mediación con la exclusividad de la jurisdicción consagrada en nuestro texto constitucional, MORETÓN TOQUERO señala que “aún cuando la mediación se lleve a cabo en un «paréntesis» abierto en el proceso judicial, no se puede decir que el mediador ejerza jurisdicción por cuanto no tiene la capacidad de declarar el Derecho. Su herramienta no es la potestas sino más bien una suerte de auctoritas que le habilita para conducir el proceso de mediación.”

Es esta misma línea doctrinal la que ha sido acogida por la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial en cuya página 11 dispone que “cuando el juez deriva a mediación está dando cumplimiento eficaz al derecho reconocido en el art. 24 de la Constitución Española”; y, refrendada por el propio CGPJ al señalar que la tutela judicial efectiva excede los límites de la mera sentencia y que la mediación ofrece, en determinadas ocasiones, mejores soluciones para las partes implicadas en un litigio que la propia vía judicial, por lo que ha de ser contemplada cuando la naturaleza del litigio así lo requiera.

Por su parte el Preámbulo de la Ley 5/2012 reconoce que “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.”

Asentada la idea de que mediación no afecta, sino que más bien refuerza el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, entiende CARRETERO MORALES que “las partes han de tener derecho, como afirmación de su autonomía de la voluntad, a elegir, en cualquier caso, aquel mecanismo de solución de conflictos que más se adapte

o adecue a su problema en concreto y que, por tanto, mejor pueda satisfacer sus necesidades e intereses. Por tanto, en muchas ocasiones el mecanismo a elegir a fin de lograr la tutela efectiva podrá ser el procedimiento judicial, pero en otras muchas puede ser que haya otras alternativas que cumplan mejor con dicho cometido. La utilización de los mismos ha de configurarse como un derecho fundamental de los ciudadanos, incardinado dentro del derecho a la tutela efectiva en la más amplia acepción de éste.”

Ahora bien, el recurso a la mediación conectada a los tribunales, así concebida, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, ha de ser en garantía de este, lo más accesible posible. En concreto se habrá de velar por que obstáculos como puedan ser la insuficiencia de recursos económicos para costear el proceso de mediación o el desconocimiento del idioma empleado, por ejemplo, impidan o dificulten el acceso a los servicios de mediación.

La cuestión del coste económico ha sido objeto de debate y no deja de ser controvertido. En la actualidad no hay uniformidad de criterios en torno a quién y cómo ha de hacerse frente a los costes derivados de la puesta en marcha de un programa de mediación conectado a los tribunales y a si los usuarios han de pagar por dicho servicio. En la práctica, hoy, el coste de la mediación intrajudicial es asumido por las partes o por el sistema público de mediación, dependiendo de la Comunidad Autónoma y de los programas de mediación.

La Ley 5/2012 nada estipula al respecto, únicamente el art. 15.1 se limita a señalar que “el coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario”. Esta previsión para SOLETO MUÑOZ, “se realiza teniendo en cuenta la mediación privada, pero nada impide que se aplique igualmente a la mediación vinculada a los tribunales, de hecho es el criterio seguido en Cataluña si las partes no tienen reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita. Es evidente que las personas beneficiarias del derecho a la

asistencia jurídica gratuita deben tener garantizado el acceso a la mediación de forma gratuita.”²⁷

Sí regula este extremo el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, cuyo artículo primero pretendía modificar el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, para introducir la mediación como prestación incluida en el derecho a la asistencia jurídica gratuita, al entender que esta modificación era coherente con el “objetivo perseguido por la reforma en cuanto apuesta por la resolución de los conflictos mediante la mediación, mediante la intervención del mediador cuando las partes opten por la mediación para la resolución del conflicto o cuando la misma sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda o resulte de la derivación judicial.” (Expositivo III)

Y dando un paso más, CARRETEO MORALES aboga porque el recurso a mediación forme parte del derecho de asistencia jurídica gratuita no solo una vez se haya iniciado el proceso judicial, sino también con carácter previo al mismo, precisamente, con el fin de la mediación cumpla con la función de evitar la judicialización del conflicto. Este autor entiende que “en el caso de la mediación privada, es decir la solicitada por las partes con carácter previo a la interposición del proceso judicial, obviamente serán las partes quienes habrán de hacer frente al coste de la misma, lo que no obsta a que puedan solicitar, en su caso, el beneficio de asistencia jurídica gratuita si tienen derecho a ello, y a que puedan existir servicios de mediación gratuitos financiados desde diversas instituciones (ayuntamientos, Comunidades Autónomas, etc.). Sin embargo en el caso de la mediación pública, como la ofertada desde los tribunales de Justicia, por lo menos, durante un tiempo y hasta que la mediación consiga integrarse definitivamente en el sistema de Administración de Justicia y consolidarse en el mismo, debería tener carácter gratuito para las partes, lo que no implica, en ningún caso, que los mediadores hayan de trabajar de forma gratuita, sino que dicho servicio debería ser sufragado por la Administración de Justicia, aunque en la actual situación de crisis económica se antoja hartamente difícil. La gratuidad de la mediación conectada con los tribunales no ha de ser un elemento consustancial a ésta,

²⁷ H.SOLETO MUÑOZ, “La mediación conectada con los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...* óp.cit., p. 388, citado por E.CARRETERO MORALES, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia...* op. cit, p.324.

sino que ha de permanecer en tanto en cuanto la mediación consiga asentarse en el sistema de Administración de Justicia y llegue a ser conocida y entendida adecuadamente tanto por justiciables como por el resto de operadores jurídicos. Una vez conseguido dicho objetivo, se podría comenzar perfectamente a cobrar por la prestación del servicio y los usuarios asumirían tal desembolso como beneficiarios del mismo.”²⁸

²⁸ E.CARRETERO MORALES. La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia... op. cit. p.325: en esta misma línea, SOLETO MUÑOZ, “sería positivo intentar medidas análogas a las realizadas en otros países, como establecer tarifas a las partes dependiendo de sus niveles de ingresos, incluso si son muy bajos. Así, en programas de Estados Unidos, la sesión de mediación puede variar entre 30 o 120 dólares en virtud de los ingresos de las partes, teniéndose en cuenta además la diversidad de la capacidad económica de las dos partes”. H.SOLETO MUÑOZ, “La mediación conectada con los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...* óp.cit., p. 390.

4.4. De la derivación a mediación por los tribunales.

En la mediación intrajudicial son los tribunales, y en general, el personal adscrito a ellos, los encargados, ya sea de oficio o a instancia de las partes, de dar al proceso el curso necesario para facilitar la celebración del proceso de mediación.

Mucho se ha hablado y discutido sobre cuestiones fundamentales que tienen que ver con la derivación a mediación por parte de los tribunales. Cuestiones como si el juez puede derivar a las partes de forma obligatoria a mediación o si la asistencia de éstas ha de ser siempre y en todo caso voluntaria, la selección de los asuntos adecuados para enviar a mediación, la forma de remisión de dichos asuntos o el momento procesal oportuno para hacerlo, hacen que la derivación se configure como elemento clave para el éxito de la mediación conectada con los tribunales.²⁹

4.4.1. Obligatoriedad o voluntariedad

Como ya se ha expuesto en este trabajo, la voluntariedad se presenta como uno de los principios esenciales de la mediación, pero que en el ámbito de la mediación intrajudicial puede sufrir o admitir algunas modulaciones.

La Directiva 2008/52/CE tras referirse a la voluntariedad como uno de los elementos definitorios de la mediación, establece en el Considerando (13) algunos matices: “la mediación a que se refiere la presente Directiva debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento. No obstante, el Derecho nacional debe dar a los órganos jurisdiccionales la posibilidad de establecer límites temporales al procedimiento de mediación. Por otra parte, también deben poder señalar a las partes la posibilidad de la mediación, cuando resulte oportuno”. Igualmente, en el Considerando (14) dispone que “nada de lo dispuesto en la presente Directiva debe afectar a la legislación nacional que haga obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de

²⁹ Reflexión extraída de E.CARRETERO MORALES. La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia. op. cit. p.353.

su derecho de acceso al sistema judicial (...)”. Parece, pues, según CARRETERO MORALES, que el legislador comunitario ha querido enviar una serie de señales a los Estados miembros en el sentido de darles libertad a la hora de implementar la obligatoriedad de la mediación cuando lo estimen oportuno, es más, parece incitarles a hacerlo. De hecho, algunos países se apresuraron a adoptar el modelo de mediación obligatoria, incluso, como requisito de procedibilidad; así sucedió en Italia, Bulgaria y Eslovenia.³⁰

A pesar de esta previsión normativa, para algunos autores, la obligatoriedad en la mediación intrajudicial así concebida, podría vulnerar la voluntad de las partes de acudir libremente, o no, al proceso de mediación. Pero lo cierto es que esta posible obligatoriedad de la mediación viene referida no tanto al proceso de mediación como a su intento, a la sesión informativa y no a la continuación o al resultado. En ningún caso se obliga a las partes a continuar con las sesiones posteriores a la informativa, ni a que alcancen un acuerdo, y lógicamente tampoco se impide a las partes continuar con el proceso judicial abierto. Es conveniente, entonces, hablar del derecho de desistimiento, pues la voluntariedad en este punto debe ser analizada desde una doble perspectiva, como libertad de acogerse al procedimiento de mediación y como libertad de desistir del mismo en cualquier momento sin necesidad de justificación.

Para ORTUÑO MUÑOZ “uno de los instrumentos básicos de la mediación intrajudicial es la sesión informativa previa. Los sistemas en los que la mediación está funcionando mejor son, precisamente, aquellos en los que este instrumento de derivación hacia la mediación es obligatorio y de gran calidad técnica y profesional. Ambas cosas de forma coincidente. La obligatoriedad de asistir a una sesión informativa no afecta al principio de la voluntariedad, pues ésta se predica del propio proceso, del que la sesión es un acto previo, y del propio acuerdo, aun cuando los detractores

³⁰ E.CARRETERO MORALES, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia...* op.cit. p.357; y continúa con el ejemplo de Italia: En Italia, el D. Lgs. 28/2010, de 4 de marzo, regulaba la mediación con carácter obligatorio en una serie de materias establecidas en el art. 5.1 Tras la reforma operada por el citado D. Lgs. 59/2013, el intento de mediación obligatoria se configura como requisito previo de procedibilidad para los casos de condominios, derechos reales, división, sucesiones hereditarias, pactos de familia, arrendamientos, comodato, alquiler de oficinas, resarcimiento de daños derivados de responsabilidad médica y sanitaria, difamación por medio de prensa u otro medio de publicidad, contratos de seguros, bancarios y financieros.”

amplían, sin razonamiento alguno que sea atendible, sus efectos a este momento inicial.”³¹

CARRETERO MORALES defiende que “el elemento básico de los procedimientos de solución alternativa de conflictos, y tal vez la clave de su eficacia, es que son procesos voluntariamente asumidos por las partes y sus resultados igualmente lo son. En consecuencia, el tribunal no debe ordenar que tales métodos sean utilizados a toda costa, y en todo caso, esto no haría más que dilatar y entorpecer el proceso judicial, simplemente debe alentarlos y facilitarlos, pudiendo analizar con las partes los motivos de su negativa inicial a acudir a dicho métodos e instarlas a que acudan a una sesión para que reciban la información adecuada sobre los mismos, pero nunca forzarlas a su uso contra su voluntad.” Ahora bien, “la realidad ha venido a demostrar que, no basta con hacer obligatorio el intento de mediación, sino que lo más importante es hacerlo bien. En Italia, a pesar del incremento espectacular del número de sesiones informativas, al ser obligatorias, no se ha producido un éxito y aceptación generalizada de la mediación, es más, en ciertos sectores de abogados y jueces ha generado cierto rechazo al haberse constituido en muchas ocasiones como un trámite preceptivo ineficaz que lo único que ha conseguido es dilatar el inicio de los procesos judiciales y agudizar, si cabe aún más, el problema del retraso en la tramitación de los mismos, de modo similar a lo que sucedió en España con la conciliación hasta que fue suprimida en el año 1984.”³²

Nuestro legislador, al trasponer la Directiva, en la Ley 5/2012, de 6 de julio, ha optado por un modelo de mediación totalmente voluntaria. Sin embargo, y por lo que respecta a la mediación conectada con los tribunales, hay varios mecanismos en la Ley que parecen ir en contra de esta absoluta voluntariedad. Así, por ejemplo, tanto en el procedimiento ordinario como en el juicio verbal, el tribunal ha de hacer saber a las partes la posibilidad que tienen de zanjar su disputa por medio de un acuerdo que ponga fin a la misma y que para ello pueden acudir a mediación, y las partes tendrán que explicar al juez, si deciden no hacerlo, los motivos de dicha decisión.

³¹ P.ORTUÑO MUÑOZ, Justicia sin jueces... op.cit.

³² E. CARRETERO MORALES, La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia, op.cit. pp 355.

El artículo 414.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, tras la reforma operada por la Ley 5/2012, en relación con el juicio ordinario dispone que en la convocatoria de las partes a la audiencia previa, sino se hubiera realizado antes, el LAJ, “informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma”. Por lo que respecta al juicio verbal, se acuerda la modificación del art. 440.1 en el mismo sentido, es en la citación a la vista en la que “se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la vista su decisión al respecto y las razones de la misma.”

La propia Ley 5/2012 en su artículo 17.1 señala que “la información de qué parte o partes no acudieron a la sesión informativa no será confidencial”, dando a entender, para CARRETERO MORALES, “que si el juez acuerda derivar a las partes a una sesión informativa de mediación y alguna de las partes decide no acudir, se podría tener en cuenta a efectos de una ulterior condena en costas por mala fe procesal, si bien, obviamente, tal extremo quedaría siempre a criterio del propio juez.”³³

En este mismo sentido el CGPJ en el Protocolo para la práctica de la mediación intrajudicial en el ámbito civil incluido en la Guía, tras afirmar, en relación al principio de voluntariedad, que las partes pueden desistir en cualquier momento y que en la sesión informativa es el mediador quien debe informar adecuadamente a las partes y a sus letrados sobre el contenido y la finalidad de la mediación para que libremente acepten o rechacen el mismo; señala que “la falta de asistencia a la sesión informativa indicada desde el Tribunal se podría considerar, en su caso, como una conducta contraria a la buena fe procesal, ya que supone rechazar infundadamente una oportunidad ofrecida por el Tribunal desde una perspectiva de mejor solución.”

No obstante, lo cierto es que fueron las leyes autonómicas de mediación las que primero recogieron que la posibilidad de obligar a las partes a asistir a una sesión

³³ E.CARRETERO MORALES, La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia, op.cit, p.362.

informativa no vulnera la voluntariedad de la mediación. Así, por ejemplo, en la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Comunidad Autónoma de Cataluña, en su preámbulo se señala que “la voluntariedad del sistema para las partes no es un obstáculo para que la presente ley establezca el derecho de éstas y la obligación consiguiente de asistir a una sesión informativa que acuerde el órgano jurisdiccional competente”, y en el art. 11.4 se dispone que “en los términos que establece la legislación procesal, cuando el proceso judicial ya se ha iniciado, la autoridad judicial puede disponer que las partes asistan a una sesión a una sesión informativa sobre la mediación si las circunstancias del caso lo hacen aconsejable. El órgano público correspondiente facilita la sesión informativa y vela, si procede, por el desarrollo adecuado de la mediación.”

Esta discusión parecía superada en el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación que introdujo entre las posibilidades de derivación a mediación por los tribunales, la que denominada obligatoriedad mitigada: “ En relación con la mediación extrajudicial, o previa a la interposición de la demanda, se trata de que en determinadas materias y procesos se haga preciso que las partes reciban del mediador información clara y precisa de la naturaleza de la institución, de la estructura del procedimiento y de los beneficios frente a la vía judicial. En este sentido, y pudiendo celebrarse en un mismo acto, deberá tener lugar una sesión informativa y una sesión exploratoria del conflicto. Esta obligación se constituye como un presupuesto procesal necesario para acceder a la vía judicial, pero no supone una obligación de someterse a todo un proceso de mediación o de consensuar un acuerdo que ponga fin al litigio (lo que no se compadecería con el principio de voluntariedad en el que se sustenta la institución), sino únicamente de haber sido informado de la existencia y ventajas de esta importante figura, así como una primera sesión exploratoria del conflicto. Además, esta obligación no afecta al derecho a la tutela judicial efectiva, pues se configura como un trámite de carácter previo. Queda en todo caso garantizado el acceso a la vía judicial, si no se llegara a acordar el inicio de la mediación, de forma que los tribunales sólo se tengan que ocupar de aquellos conflictos que no hayan podido ser solucionados de otra forma.

Por consiguiente, esta medida se compadece con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en Sentencia de 14

de junio de 2017, Menini, asunto C- 75/16, señala que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional conforme a la cual, en determinados litigios, el recurso a un procedimiento de mediación constituye un requisito de admisibilidad de la demanda judicial, siempre que tal exigencia no impida que las partes ejerzan su derecho de acceso al sistema judicial.”

Cuestión distinta es la relativa a la imposición de sanciones por el incumplimiento de la obligación de acudir a mediación o al menos a la sesión informativa, a las que ya hacía referencia la Directiva 2008/52/CE en su Considerando 14 “nada de lo dispuesto en la presente Directiva debe afectar a la legislación nacional que haga obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial (..)” Para CARRETERO MORALES, “si estamos defendiendo la voluntariedad de la mediación, aunque en determinadas ocasiones se pueda derivar a las partes a una sesión informativa de forma obligatoria, lo que no tiene mucho sentido es hacerlo bajo la amenaza de consecuencias especialmente gravosas. En este sentido, proporcionar al juez un poder ilimitado para imponer duras sanciones puede conducir a resultados nefastos que perjudiquen la propia finalidad de la obligatoriedad de la mediación, que es dar a conocer la misma e impulsarla. Si las partes y la propia sociedad perciben que los posibles perjuicios de la mediación pueden ser mayores que los beneficios que obtengan de la misma, lo normal es que recelen de ésta y la rechacen. Por lo que respecta a la posible imposición de las costas del proceso judicial a la parte que se niegue a acudir a la sesión informativa de mediación instada por el tribunal, parece una solución más acorde con lo que podríamos entender como buena fe procesal. En este caso, si el juez entiende que un litigio determinado puede ser susceptible de ser finalizado por acuerdo entre las partes y a tal fin acuerda instar a las mismas a que acudan a una sesión informativa, a fin de que consideren la posibilidad de iniciar un procedimiento de mediación, y alguna de ellas se niega o no acude, el juez podría considerar la posible concurrencia de mala fe procesal o de temeridad y, en consecuencia, imponer las costas a la misma. Ahora bien, sólo cabría dicha imposición de costas cuando realmente se apreciase la concurrencia efectiva de dicha mala fe procesal.”³⁴

³⁴ CARRETERO MORALES, E. *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*. Óp. cit. Pág.365

4.4.2. Momento de la derivación a mediación

Según ORTUÑO MUÑOZ, “hasta en la guerras mas empecinadas hay oportunidades para negociar la paz, así en el devenir del proceso judicial hay diversos momentos procesales idóneos, especialmente después de que las partes hayan propuesto las pruebas de las que disponen o incluso tras la celebración de la vista y antes de que la sentencia sea pronunciada.(...) Desde la psicología jurídica se señala que hay un momento durante el proceso en el que los ciudadanos dudan de si pleitear fue la mejor opción. Es cuando pasa el tiempo y se derrumban los famosos tres mitos sobre la justicia: las garantías que el abogado del había dado de que el juicio se ganaba no eran tan solidas como parecían a inicio, la ley tampoco estaba tan clara respecto a los hechos controvertidos, y el juez que les ha correspondido no parece ser el santo juez bíblico de barba blanca y sonrisa bondadosa que impartirá justicia de forma infalible. Por esa razón algunas personas que inicialmente rehusaron aceptar negociación alguna pueden cambiar de opinión con el tiempo. (...) Uno de los factores que más pesan a la hora de apreciar la conveniencia de un mediación es que los procesos judiciales son casi siempre muy lentos, por lo que la oportunidad de buscar una solución práctica, si se plantea adecuadamente, puede tener una respuesta positiva.”³⁵

Entonces, ¿cuál es el momento idóneo para invitar a la celebración de un proceso de mediación desde el juzgado? Lo cierto es que el momento adecuado para proceder a la derivación puede ser distinto en cada caso. En algunos asuntos, la derivación temprana puede ser lo más recomendable, antes de que las tensiones entre las partes hayan aumentado. En otros casos, puede darse la circunstancia de que sea recomendable que la derivación se retrase para permitir que las partes recopilar la información suficiente o necesaria para asegurarse el buen fin de las negociaciones, o incluso, en conflictos muy enconados, es aconsejable retrasarlo a fases procesales posteriores.

Para autores como CARRETERO MORALES o DI STEFANO lo ideal sería hacer la derivación lo antes posible para que las partes sean capaces de tomar una decisión

³⁵ ORTUÑO MUÑOS, P., “Justicia sin Jueces”, op.cit, pág.91.

informada sobre su participación en la mediación y evitar así que sus posiciones se enquisten o enconen.³⁶

También en los distintos guías y protocolos de actuación elaborados por el CGPJ, se apunta que, pese a que la derivación se puede realizar en cualquier momento del procedimiento, es conveniente realizarla cuanto antes y se atiende al tipo de procedimiento para determinar cuál puede ser el momento más indicado para remitir el asunto a mediación.

Ahora bien, como ya se ha apuntado, nada impide que la derivación pueda hacerse en fases posteriores del procedimiento judicial, distintas al momento de admisión de la demanda e incluso algunos autores consideran que podría ser más beneficiosa para el buen fin de la mediación. Para ORTUÑO MUÑOZ, “las derivaciones masivas al inicio del proceso, en la misma resolución por la que se admite a demanda no suelen dar buen resultado. La causa es evidente: se supone que si una parte ya ha roto las hostilidades con la presentación de la demanda es porque ha optado por la vía del enfrentamiento, y en consecuencia, se debe garantizar a la otra parte el derecho de reaccionar frente a la demanda que se ha formalizado en su contra. Una cosa distinta es que se introduzca, como requisito para la admisión de la demanda, la acreditación de que se haya intentado una mediación antes.”³⁷

Otro motivo por el que se recomienda efectuar la derivación a mediación cuando el demandado haya contestado a la demanda es porque si éste aún no se encuentra personado en el proceso, es bastante difícil que acuda a la sesión informativa, por lo que es preferible que ya se haya producido la personación en autos del mismo, si bien es

³⁶ Señala DI STEFANO que “una derivación a la mediación en una fase inicial del procedimiento judicial, es decir, justo después de recibir una demanda por las partes, maximiza la utilización de los recursos económicos disponibles y los términos de resolución del caso. Además, inicialmente las partes no han consolidado sus respectivas posiciones antagonistas. Aunque sea más efectivo remitir un caso a la mediación en un momento anterior, el servicio de mediación debería estar disponible de forma continuada durante el todo el curso del proceso judicial, porque de esta forma se ofrecen mayores oportunidades a las partes que pueden traducirse en mayores oportunidades de acuerdo” L.DI STEFANO, “Mediación conectada con los tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento” en H.SOLETO MUÑOZ, (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit. p.430, citado por E.CARRETERO MORALES, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia...* op. cit. p.383.

³⁷ P.ORTUÑO MUÑOZ, *La derivación a mediación desde los juzgados*. Instituto Internacional Pro mediación. YOUTUBE. 12 de julio de 2020. Accesible en <https://www.youtube.com/watch?v=WvIQinR2o0>.

evidente que quizás tras la demanda y la contestación las partes se encuentran en el punto álgido de su conflicto.³⁸

Y continúa ORTUÑO MUÑOZ señalando que, “si analizamos el funcionamiento de la mediación intrajudicial en los países en los que está implantada, vemos en primer lugar, la práctica anglosajona en la que se recomienda que la “invitación” a mediación se realice tras el “discovery”, que es el momento posterior a la presentación de las pruebas, lo que en Francia se denomina “découverte”. Una cosa es que se aconsejable que la remisión a mediación sea lo más pronto posible y con la mayor cercanía al momento en el que surgió el problema, lo que es totalmente acertado y recomendable en el ámbito extrajudicial, y otra es que, una vez formalizado el proceso, se busque psicológicamente el momento idóneo, que debe ser después del planteamiento de las posiciones en el litigio de las dos partes, o, en cualquier momento posterior, hasta aquel en que se dicte la sentencia.”

Hay experiencias de considerable éxito en algunos tribunales de Alemania, Canadá, Francia, e incluso en Barcelona, que realizan la derivación a mediación en segunda instancia o fase de apelación.³⁹

El propio Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, en su Capítulo IX Título I del Libro II, bajo la rúbrica “De la mediación por derivación judicial artículos 398 bis y 398 ter, regula, respectivamente, la derivación a un procedimiento de mediación durante la primera instancia y durante la segunda instancia de los procesos declarativos.⁴⁰ No prevé, sin embargo, norma alguna relativa a la derivación en fase de

³⁸ ORTUÑO MUÑOZ, P. *La derivación a mediación desde los juzgados*. Instituto Internacional Pro mediación. YOUTUBE. 12 de julio de 2020. Accesible en <https://www.youtube.com/watch?v=-WvIQinR2o0>

³⁹ P. ORTUÑO MUÑOZ, *Justicia sin jueces*, op.cit., p.93.

⁴⁰ Artículo 398 bis. De la derivación a un procedimiento de mediación durante la primera instancia de los procesos declarativos. 1. Siempre que no se haya intentado con carácter previo al proceso, el tribunal que conozca de la primera instancia podrá acordar la derivación a un procedimiento de mediación cualesquier tipos de asuntos civiles o mercantiles, cuando considere que, por sus características, pueden ser susceptibles de ser resueltos por esa vía, salvo que afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. 2. En los casos en que el tribunal acuerde la derivación, se procederá conforme a las siguientes reglas: 1ª. La derivación se ordenará mediante providencia, bien tras la contestación de la demanda, bien al finalizar el acto de la audiencia previa en el juicio ordinario o al inicio de la vista en el verbal. 2ª. La derivación no suspenderá el curso del proceso, salvo que ambas partes lo solicitaran de conformidad con lo establecido en esta ley para dichos supuestos. 3ª. En la resolución por la que el tribunal acuerde la derivación, habrá de advertirse a las partes de las

ejecución, al entender que en este momento la derivación a mediación no puede considerarse proporcionada, con carácter general, pues ya existe una decisión judicial que ha resuelto el conflicto; si bien, sí se mantiene, por su impacto social, en algunos supuestos de ejecución hipotecaria, así como en la ejecución de los procesos de familia (Expositivo IV).

Nada dispone al respecto la Ley 5/2012 que se limitó a modificar algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil para regular los tiempos de la mediación vinculada al proceso judicial en el ámbito civil y de aplicación general y supletoria en el resto de órdenes jurisdiccionales.

El artículo 19 de la LEC reconoce el derecho de los litigantes a instar la suspensión del procedimiento para someterse a mediación en cualquier momento de la primera instancia, de los recursos o de la ejecución de sentencia, y a solicitar en último término la homologación judicial de lo acordado.

Por su parte el art.414 de la LEC, en relación con el proceso ordinario dispone que sea el LAJ el que, en la convocatoria para la audiencia previa, informe a las partes, sino se hubiera realizado antes, de la posibilidad de recurrir a mediación para intentar solucionar el conflicto, y prevé que en, su defecto, sea el Tribunal, durante la celebración de la audiencia previa, el que, en atención al objeto del proceso, invite 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. Y ello

consecuencias que, a efectos de costas, pudieran seguirse al incumplimiento de intento de mediación, que resulta preceptivo a raíz de la derivación. 4ª. Al tiempo de ordenar la derivación a un procedimiento de mediación, el tribunal procederá a designar al mediador conforme al procedimiento regulado en la legislación de mediación en asuntos civiles y mercantiles. 5ª. El tribunal podrá en cualquier momento citar a las partes para que asistan personalmente a una comparecencia a fin de preparar la derivación a un procedimiento de mediación. La inasistencia a dicho acto sin causa que la justifique podrá tener las consecuencias previstas en el apartado 3 del artículo 247 de la presente ley.

Artículo 398 ter. De la derivación a un procedimiento de mediación durante la segunda instancia de los procesos declarativos. 1. El tribunal únicamente podrá acordar una derivación durante la segunda instancia cuando no se hubiese acordado ya en la primera. La derivación podrá acordarse por providencia desde el momento en que se reciban los autos en el tribunal, y tendrá que fundarse en circunstancias objetivas que hagan previsible la posibilidad de llegar a un acuerdo en la mediación. 2. En los casos de derivación, solo se suspenderá la tramitación del recurso cuando el procedimiento de mediación no haya concluido y aquél se encuentre pendiente de señalamiento de vista o de fecha para la deliberación, votación y fallo. El plazo de suspensión será de un mes, prorrogable por iguales periodos a instancia de ambas partes, por un plazo máximo de tres meses.»

sin perjuicio de que en este mismo momento también puedan las partes ejercitar el derecho que les reconoce el art.19 para solicitar la suspensión y someter el asunto a mediación.

En este tipo de procedimientos ordinarios parece, por tanto, que el legislador ha considerado que el momento más oportuno para proceder a la derivación del asunto a mediación puede ser en la fase de la audiencia previa. En la misma el juez ya ha tenido la posibilidad de determinar definitivamente con las partes los hechos sobre los que existe controversia entre las mismas, después de que éstas hayan tenido la oportunidad de hacer las alegaciones complementarias o aclaratorias que hayan tenido por conveniente y hayan fijado definitivamente sus posiciones. Por tanto, el juez en este momento debe, desde su punto de vista, determinar la viabilidad u oportunidad de la derivación y explicar a las partes los motivos que le llevan a tal conclusión. Y ello, sin perjuicio de que en la vista del proceso también, si lo considera oportuno, pudiera intentar derivar a una sesión informativa.

En el juicio verbal, dispone el Artículo 440 en su párrafo 2º que, es en la citación para la vista en la que se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso, éstas indicarán en la vista su decisión al respecto y las razones de la misma.

Al no existir fase intermedia o audiencia previa en el juicio verbal, es o bien en la citación para juicio, una vez contestada la demanda, o bien en la propia vista, donde el juez podrá derivar a mediación, habiendo de explicar igualmente los motivos que le han llevado a efectuar la misma.

Nada mas dice la Ley sobre la derivación a mediación en momentos posteriores del procedimiento, pero como se viene insistiendo, es posible e incluso a veces más adecuado. En ocasiones será oportuno proceder a la derivación incluso en la propia sentencia que ponga fin al procedimiento cuando se considere por ejemplo que es conveniente una mejora de la comunicación entre las partes para tratar de solucionar

definitivamente las cuestiones tratadas en la sentencia y que probablemente puedan dar lugar a problemas en la ejecución o a nuevos litigios entre las mismas.

Para CARRETERO MORALES, “en estos supuestos, donde las partes después de un, normalmente, largo y complicado proceso judicial, retoman la posibilidad de comunicarse con la otra parte y “recuperan” el control de las decisiones sobre cuestiones tan relevantes como las que atañen a los temas de familia, la mediación se presenta como un recurso, más que recomendable, necesario a fin de poner fin a la ejecución iniciada y evitar posteriores procesos ejecutivos. En cualquier caso, en fase de ejecución, habrá de ser el órgano derivador, que en este caso muy probablemente será el letrado de la administración de justicia que es quien mayores competencias ostenta en dicha fase.”

Pero, incluso, defienden este y otro autores, la mediación también puede ser adecuada en segunda instancia, el momento personal de las partes suele ser distinto a aquél en que se presentó la demanda. De hecho, lo normal es que la sentencia haya “ayudado” a las partes a redefinir su situación, por lo que, en determinadas situaciones, pueden mostrarse más receptivas a iniciar un procedimiento de mediación en el que puedan superar las diferencias que tengan en ese momento y que no han quedado resueltas por la resolución judicial. La derivación a la sesión informativa podría efectuarse tanto con anterioridad a la resolución del recurso como en la sentencia que resuelva el mismo.⁴¹

Por último, en cuanto a la forma de derivar a mediación, distintos son los medios que según lo expuesto puede utilizar el tribunal, dependiendo de cuál se considere el momento procesal oportuno y a quien corresponda en dicho momento dar el impulso al proceso. Así, por ejemplo, además de los recursos ya previstos en la LEC, puede el LAJ utilizar el propio decreto de admisión a trámite de la demanda para incluir un apartado destinado a invitar a las partes a acudir a una sesión informativa de mediación o realizar dicha invitación en una resolución separada pero coetánea al decreto. Se pueden también aprovechar las comparecencias de las partes ante el tribunal para invitarles

⁴¹ E.CARRETERO MORALES, La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia... op. cit. p.387.

verbalmente a que acudan a una sesión informativa o aprovechar las suspensiones o aplazamientos para incluir, por escrito, la invitación a mediación.

**4.4.3. La derivación a mediación en los distintos órdenes jurisdiccionales.
Guía para la Práctica de la mediación intrajudicial del CGPJ.**

El momento y la forma de la remisión de un asunto a mediación por los tribunales van a depender de la naturaleza del propio conflicto y del desarrollo del proceso judicial en que se realice; pero también de la clase de procedimiento y el orden jurisdiccional ante el que se tramite.

Ante la ausencia de una normativa clara y específica para determinar estas cuestiones y habiéndose puesto ya en marcha distintas experiencias piloto de mediación intrajudicial, primero en el orden civil y penal y posteriormente en los órdenes social y contencioso-administrativo, ha sido el CGPJ el que ha elaborado una Guía para la práctica de la mediación intrajudicial (Guía, en adelante) con protocolos de actuación para los distintos órdenes jurisdiccionales, a los cuales se han sometido, de forma voluntaria, los órganos jurisdiccionales que han querido participar en aquellas experiencias y que contaban con la dotación de recursos materiales necesaria.

De la derivación a mediación en el orden civil: El Protocolo⁴² para la mediación intrajudicial en el ámbito civil atribuye la competencia para seleccionar los asuntos que pueden ser derivados a mediación por el órgano jurisdiccional, al Juez o al LAJ dependiendo del momento procesal en que se acuerde.

En este sentido la Guía parece acoger la postura doctrinal mayoritaria que abogaba por que la derivación a mediación se produjera una vez personadas ambas partes, tras la contestación a la demanda. Y, aunque prevé que el Decreto de admisión a trámite de la demanda incorpore un párrafo informando de la posibilidad de acudir a mediación sin suspender el proceso, señala como momentos oportunos para la derivación, la diligencia de ordenación convocando a las partes a la audiencia previa por el LAJ, o el acto de la audiencia previa o de la vista, por el Juez o Magistrado. También en la parte dispositiva de las resoluciones definitivas, señala el Protocolo, que el Juez o Magistrado puede incluir un ofrecimiento a las partes de acudir a mediación para resolver cualquier

⁴² R.ALASTRUEY, R.FERNANDEZ ALAYA, F.J. LOPEZ ORTEGA, A.VALL RIUS, “Protocolo de mediación civil”, Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del CGPJ, 2016, pp.9 y ss.

discrepancia que subsista entre ellas en relación con lo resuelto, su interpretación o ejecución, convocándolas, si fuere aconsejable, a una sesión informativa sobre mediación. O, en los procesos de ejecución, una vez se ha dado traslado del despacho de ejecución al ejecutado, aunque no se haya personado, por el LAJ.

En fase de apelación, durante la sustanciación del recurso, dispone el Protocolo que “el LAJ de la Sección Civil correspondiente de la Audiencia Provincial dará cuenta personal y directamente al Ponente designado en el rollo, según criterios fijados previamente por el Tribunal, de todos aquellos asuntos que pudieran ser susceptibles de derivación a mediación.” Y es en el momento de resolver sobre la prueba propuesta cuando el Magistrado ponente derivará los casos que sean susceptibles de mediación convocando a las partes, en el propio auto que se dicte, a una sesión informativa. Y ello, sin perjuicio de los ofrecimientos posteriores que pueden incluirse en la Providencia de señalamiento para la deliberación, votación y fallo, en la vista o en las resoluciones judiciales definitivas.

En cuanto a la forma en que ha de realizarse la derivación a la sesión informativa indica el Protocolo que se haga mediante resolución motivada indicando la Institución de Mediación o al mediador que acuerden las partes o, en su caso, con quien exista convenio de colaboración o acuerdo gubernativo comunicado al CGPJ. En ella se explicará de forma sucinta en qué consiste la mediación, recordando que la información de qué parte asiste no es confidencial (Art 17,1 LM) por lo que el órgano judicial podrá valorar esa circunstancia junto con el resto del material probatorio, siendo además aconsejable informar de que, en caso de no asistir, las partes deberán explicar los motivos de su decisión de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1º del segundo párrafo del art 414 de la LEC.

No será precisa la suspensión del proceso salvo que lo soliciten ambas partes y, en su caso, se acordará por el plazo previsto en el artículo 19 de la LEC, pero, se tendrá en cuenta que exista plazo suficiente para practicar las sesiones de mediación entre la citación y la celebración de la vista correspondiente.

El Juzgado remitirá al servicio de mediación una ficha de derivación según el modelo anexo al Protocolo y se citará a las partes a la sesión informativa a través de sus procuradores de estar personados y si no personalmente. Esta citación si se hubiere creado un servicio de mediación de acuerdo con las indicaciones de la Guía, se podría realizar por los funcionarios adscritos al juzgado en base a una agenda conjunta con aquel.

Especial relevancia otorga la Guía a la mediación intrajudicial en los procesos de familia, habiendo dedicado a esta un Protocolo⁴³ propio e independiente al del orden civil. Señala este Protocolo que no pueden darse en la mediación familiar instrucciones detalladas pues estas dependerán de las circunstancias de la unidad familiar y de la urgencia del caso. Pueden concurrir circunstancias que impidan la celebración de la mediación, como la existencia de problemas mentales graves o abuso de sustancias en algunas de las partes o de episodios de violencia de género que excluyen por ley la posibilidad de recurrir a mediación.

En cuanto al momento de la derivación en los procesos de familia, además de las previsiones que con carácter general hace el protocolo para la mediación intrajudicial en la ámbito civil, contempla la Guía la posibilidad de que dicha derivación se realice en la comparecencia regulada en el art.733 LEC para resolver sobre medidas provisionales. Prevé que se pueda suspender la vista a instancia de las partes, o una vez finalizada, en el auto resolutorio remitir a las partes a mediación. La elección del momento en estos casos dependerá de la urgencia de las medidas a adoptar.

Además en este tipo de procedimientos la derivación a mediación en la sentencia definitiva adquiere especial importancia. La existencia de hijos comunes perpetúa en el tiempo la relación de los progenitores y por tanto la posibilidad de nuevos conflictos, y por ello parece conveniente la celebración de un proceso de mediación posterior a la sentencia cuyo objetivo sea la mejora de la comunicación entre las partes para tratar determinadas cuestiones relativas a los hijos con el objeto de evitar litigios posteriores.

⁴³ L.A. GONZALEZ MARTÍN, M.A. MARTINEZ MARTINEZ, R.SOTO SOLA, C.M. SIMON RODRIGUEZ, "Protocolo de mediación familiar", Guía... op.cit, pp. 47 y ss.

Por último y en relación con la mediación familiar también cabe plantearse cuál es el papel del Ministerio Fiscal que como garante del interés superior del menor debería intervenir en el proceso judicial. Nada dice la Guía, y no parece clara su intervención en el proceso de mediación salvo, en su caso, cuando sea posible la intervención del menor, cuestión tampoco nada pacífica, para garantizar que en ella se respetan todos sus derechos. Pero, si la mediación culminara con éxito mediante un acuerdo, sería lógico que junto con el Juez revisara aquellos extremos del mismo que pudieran afectar a los hijos menores pudiendo oponerse a su homologación judicial cuando pueda verse comprometido el interés superior de estos.

De la derivación en el orden penal: el nuevo modelo de justicia restaurativa que ofrece la mediación penal intrajudicial presenta características propias, dada la especial naturaleza del orden jurisdiccional en que se va a desarrollar.

En primer lugar, el principio de oficialidad en este tipo de mediación exige que sea el órgano jurisdiccional el que mediante resolución judicial motivada, previo acuerdo o a iniciativa del Ministerio Fiscal, de la acusación privada o del abogado defensor, acuerde la derivación de los casos al Servicio de Mediación penal.

El respeto a la presunción de inocencia que, como derecho fundamental, preside el proceso penal, exige que no sea posible la derivación cuando el acusado niegue la existencia y/o su participación en el hecho enjuiciado.

Además, la consagración del principio de oportunidad en el art.763 de la LECrim en manos del Ministerio Fiscal ha permitido atribuir a este un papel protagonista en la mediación intrajudicial penal, pues será el Ministerio Fiscal el que tras la terminación de la mediación con acuerdo pueda garantizar la eficacia del mismo en el proceso judicial solicitando tras su transformación en escrito de calificación el sobreseimiento del procedimiento.

Y por último en relación a los delitos susceptibles de ser derivados a mediación, señala el Protocolo para la mediación penal de la Guía, que únicamente quedarán excluidos ab initio, los delitos de violencia de género dada la expresa prohibición

legislativa. El resto de delitos podrán remitirse a mediación cuando el Juzgado tenga claras y determinadas las posiciones de víctima y agresor, y el Ministerio Fiscal no se oponga a ello.

En cuanto a la forma y a las consecuencias de la derivación a mediación el Protocolo de mediación penal⁴⁴ de la Guía distingue según la fase del procedimiento en que se produzca.

En la fase de instrucción, recibida la declaración de la víctima y del investigado, el Juez de Instrucción podrá derivar el proceso a mediación con anterioridad a dictar Auto de finalización de las Diligencias Previas y transformación en Procedimiento Abreviado (art.780 de la LECrim.) o de transformación en Delito Leve (art. 779 de la LECrim.). Si bien, en este último caso y a fin de evitar la prescripción del delito, fijará el señalamiento atendiendo a las necesidades temporales del proceso de mediación.

En la fase de enjuiciamiento, será, en el auto de admisión de prueba y señalamiento de juicio oral en el que el Juez de lo Penal o la Audiencia Provincial deriven los casos que proceda a mediación.

En la fase de ejecución y en el caso de que en la sentencia no exista pronunciamiento referido a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, tras su firmeza, el/ la Juez o Tribunal, mediante resolución motivada, derivará a las partes y a los abogados una sesión informativa de mediación. Pues en este caso, un eventual acuerdo de reparación, puede ser la causa de la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena.

Tras la notificación de la derivación a las partes en la forma que corresponda en cada una de las fases, establece el Protocolo que corresponde al LAJ poner en conocimiento del Servicio de Mediación el inicio del proceso de mediación, remitiendo al servicio la ficha de derivación y la documentación en su caso que se considere conveniente.

⁴⁴ I.J. SUBIJANA, M.LEDESMA, R.M. FREIRE PEREZ, J.C.ALADRO, Protocolo de mediación penal, Guía... op.cit, pp.93 y ss.

Todas estas previsiones en relación con el momento de la derivación a mediación en el proceso penal, aclara la Guía, deben entenderse sin perjuicio de que en cualquier momento de la tramitación del procedimiento el Juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Público, en todo caso, sin oposición de este, de la víctima, de la persona investigada o de sus representantes legales, pueda resolver someter el procedimiento a la mediación.

De la derivación en el orden social: el procedimiento de derivación en el ámbito laboral no difiere en mucho, según lo dispuesto en el Protocolo de mediación laboral⁴⁵ incluido en la Guía del CGPJ, de lo previsto con carácter general para el orden civil. Lo determinante en este orden jurisdiccional es que la mediación intrajudicial no es el único método alternativo de resolución de conflictos que el ordenamiento jurídico vincula al proceso judicial laboral y pone a disposición de los litigantes, ni siquiera es el principal.

La Ley reguladora de la Jurisdicción Social regula su propio sistema de mediación preprocesal e intraprosesal ante el órgano administrativo que asuma dichas funciones o el órgano que se cree mediante Acuerdos Interprofesionales por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Con ello trata la Ley de dar cobertura al requisito de procedibilidad previsto en su art.63, que exige para la tramitación del proceso, que se acredite el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones que podrá constituirse mediante acuerdos interprofesionales, convenios colectivos o acuerdos de interés profesional.

Y, a pesar de que de que la celebración de un proceso de mediación ante estos órganos trae consigo importantes ventajas ya que solo la mediación que se celebra conforme a lo después en la LRJS constituye la vía previa del art.63, permite la suspensión del procedimiento en los términos del art.82 y constituye título para ejercitar acción ejecutiva; como señala el Protocolo, la aplicación de lo previsto en la LRJS es

⁴⁵ M.R GARCIA ALVAREZ, S.POSE VIDAL, C.LLARAS PINTADO, P.CHAVES VIDAL, Protocolo de mediación penal, Guía... op.cit, pp. 129 y ss.

una posibilidad y como posibilidad no excluye el desarrollo de otras experiencias de mediación vinculadas al tribunal de una manera autónoma, como ocurre en el resto de órdenes jurisdiccionales.

Serán por ello en último término las partes del conflicto laboral las que en el ejercicio de su libertad puedan decidir por distintos motivos someter su resolución a un proceso de mediación celebrado ante un servicio de mediación distinto de los previstos en la LRJS.

De la derivación en el orden contencioso-administrativo: La mediación intrajudicial en la jurisdicción contencioso-administrativa tiene unas características singulares derivadas principalmente de la desigualdad de las partes, Administración y sujetos privados, que gozan de distinta supremacía jurídica. Pero ello, no obsta, como ha puesto de manifiesto el Protocolo de mediación contencioso-administrativa⁴⁶ de la Guía para la mediación Intrajudicial del CGPJ, para que los conflictos que surjan entre ciudadanos y Administración puedan ser resueltos por vías diferentes a la jurisdiccional.

El art.77 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa prevé que cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción, y en particular sobre estimaciones de cantidad, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formulada la demanda y la contestación, pueda someter a la consideración de las partes la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia.

Señala el Protocolo, que será el Juez en colaboración con el LAJ, y sin perjuicio de lo dispuesto en la LRJCA el que seleccionará las materias susceptibles de mediación administrativa intrajudicial, dejando claro que en cualquier caso la mediación no será compatible con el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales, aquellos que se deriven de la interposición de un recurso contencioso-electoral o un recurso administrativo contra disposiciones de carácter general.

⁴⁶ G. CARBALLO MARTINEZ, E.RAMIREZ EUGENIO, J.M. ESCANILLA PALLAS, Y.ALVARADO-GARCIA GARCIA, Protocolo de mediación contencioso-administrativa, Guía... op.cit, pp. 165 y ss.

En cuanto a los sujetos de la mediación, si bien son las partes interesadas las que deben acudir personalmente al proceso de mediación, la complejidad y especificidad de las cuestiones a tratar y el hecho de que una de ellas sea la Administración Pública, persona jurídica, determinan que en la mediación intrajudicial contencioso-administrativa las partes deban ser asistidas por sus abogados, asesores y técnicos, compareciendo por parte de la Administración, además de los Abogados del Estado y sus representantes legales, los técnicos que sean designados por el órgano administrativo autor del acto impugnando y hayan tenido una intervención directa en relación con el objeto del proceso.

La derivación a mediación podrá hacerse por el órgano judicial de oficio, según el Protocolo, en cualquier momento de la primera instancia anterior a la declaración de concluso o de la vista oral, en vía de recurso o en fase de ejecución de sentencia. Sin perjuicio de ello, tanto el demandante como el demandado podrán solicitar la derivación del pleito a mediación a través del escrito de interposición, del escrito de demanda y de contestación por medio de otrosí, o por escrito presentado en el plazo de tres días, contado desde que se notifique la diligencia de ordenación, declarando concluso el periodo de prueba.

La resolución por la que se acuerde derivar el proceso a mediación adoptará la forma de Providencia o Decreto según corresponda al Juez o al LAJ el impulso procesal en el momento en que se realice. Dicha resolución se notificará a las partes instándolas a acudir a una sesión informativa para lo cual se concederá un plazo a fin de que aquellas muestren su aquiescencia, de forma expresa o, en su caso, de forma tácita, cuando no se oponga la Administración demandada. Del mismo prevé el Protocolo que se notifique a cuantos aparezcan como interesados en el proceso, emplazándoles para que puedan personarse en el procedimiento de mediación en calidad de demandados en el plazo de nueve días.

5. LOS OPERADORES JURÍDICOS EN LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL

5.1. El Juez

Para el magistrado ORTUÑO MUÑOZ “el éxito o fracaso de la mediación vinculada a los Juzgados va a depender en gran medida de la actitud y colaboración que los jueces presten en el proceso de implementación de la misma y han de ser conscientes de que tienen a su alcance la posibilidad de incorporar a nuestro sistema de Justicia un nuevo mecanismo que en determinados supuestos puede ofrecer soluciones más completas que el propio proceso judicial, coadyuvando a mejorar la calidad de dicho sistema.”⁴⁷

Las partes, cuando acuden ante el órgano judicial para la resolución de sus problemas, depositan en él su confianza para alcanzar una solución que ponga fin al conflicto, por tanto, si es éste quien les dice que deberían intentar una solución negociada, porque probablemente puedan obtener un mejor o más completo resultado que el que resultaría de una decisión impuesta muy probablemente las partes acogerían dicha sugerencia, mejor incluso que si se la formularan sus propios abogados.

Ahora bien, para ello el juez ha de conocer bien los asuntos sobre los que ha de decidir, dedicar un margen de tiempo a identificar los temas conflictivos, a ver los argumentos de las partes, a tratar de separar las cuestiones principales de las accesorias y a intentar determinar un área o espacio donde vea que el acuerdo puede ser posible; y sobre todo tener claro que su papel no debería limitarse, en consecuencia, a buscar una solución jurídica a la cuestión planteada, sin más, sino que tendría que intentar buscar una salida al conflicto que realmente colmase los derechos e intereses de las partes, dando cumplimiento al mandato constitucional de “tutela judicial efectiva”.

Habiendo sido ya estudiado en este trabajo el encaje del derecho a la tutela judicial efectiva en la práctica la de mediación intrajudicial solo podemos destacar aquí el papel del juez en la realización de aquel, pues como apunta ALASTRUEY GRACIA “la tutela

⁴⁷ P.ORTUÑO MUÑOZ, Justicia sin Jueces... op.cit, p. 92.

efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas se constituye, por tanto, en el deber fundamental de los jueces y tribunales y ello no puede reducirse al enjuiciamiento final, a la sentencia sobre el fondo”⁴⁸

El propio Consejo General del Poder Judicial viene apostando firmemente porque los jueces fomenten la utilización de estos medios complementarios de solución de conflictos cuando adviertan una posible solución consensuada en cualquiera de los procedimientos que esté conociendo. La Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, señala que “un sistema de Justicia eficaz y eficiente precisa de la implementación de servicios de mediación en los Tribunales españoles. Es una necesidad para abandonar la Justicia decisionista y pasar a la Justicia reparadora, para minimizar los impactos negativos de tiempo, coste económico y costes emocionales que los enfrentamientos judiciales producen en los ciudadanos y para agilizar el crédito retenido en las largas contiendas judiciales” (pág. 14)

No obstante, y a pesar del mandato de la Recomendación 12/1986 del Consejo de Europa a los jueces de los Estados miembros para la búsqueda de un acuerdo amigable entre las partes en todos los asuntos que se le planteen; y de la previsión de la Directiva 52/2008/CE, respecto de la posibilidad de que en determinadas ocasiones los propios jueces puedan actuar como mediadores, aprovechando su experiencia o sus conocimientos en un determinado ámbito; la postura mayoritaria es que los jueces ni hacen ni deben hacer mediación.

Esta controvertida previsión de la Directiva 52/2008/CE no hace sino recoger algunas experiencias exitosas llevadas a cabo en algunos países, sobre todo anglosajones (Estados Unidos, Canadá, Reino Unido y otros), en las que el juez, una vez ha analizado el conflicto y ha llegado a la convicción de que la respuesta legal va a ser más inapropiada, interviene como mediador. Por supuesto, en estos casos en los que el juez interviene como mediador, si no se alcanzase ningún tipo de acuerdo por las partes, el mismo se apartaría del proceso, no pudiendo participar en la prosecución del mismo de forma alguna. Pero en España esta posibilidad podría entrar en conflicto, esta

⁴⁸ R.ALASTRUEY GRACIA, “Argumentario sobre la búsqueda de soluciones negociadas en el proceso civil”, disponible en <http://www.poderjudicial.es> -> Mediación, pág. 3, citado por E.CARRETERO MORALES, La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia... op. cit. p.334.

vez sí, con el principio de exclusividad de la jurisdicción consagrado en el artículo 117 de la Constitución según el cual, “3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. 4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho.”

El juez en su ámbito de actuación tiene que intentar ver más allá de los límites del propio proceso, entender que el conflicto se puede resolver mejor en un marco mucho más amplio, donde se tengan en consideración cuestiones que no sean simplemente jurídicas, pero que puedan resultar determinantes para los intereses de las partes y, en definitiva, para la solución del problema.

En primer lugar, ha de evaluar cuáles de los casos que tienen en su tribunal podrían ser derivados a un proceso de mediación y desde la autoridad que le confiere su conocimiento del litigio, en cualquier fase del proceso, ha de ser capaz de transmitir a las partes la idea de que su conflicto podría ser resuelto utilizando la mediación como vía adecuada de gestión del mismo y darles la posibilidad de remitirles a un mediador profesional que les pueda ayudar en ese cometido. Una vez finalizado el procedimiento de mediación, el juez habrá de recibir el resultado del mismo, homologando los acuerdos que las partes hayan alcanzado en éste, para, en su caso, dotarles de la eficacia jurídica necesaria a los efectos que sean oportunos y poner fin al procedimiento judicial abierto, o bien acordar continuar adelante con el proceso si las partes no han conseguido solucionar su controversia en mediación.

FREIRE PÉREZ define perfectamente cuál ha de ser el papel del juez en la mediación, al señalar que “el juez es espectador, porque el proceso de mediación propiamente dicho se desarrolla fuera del Tribunal y además es confidencial, por lo que ha de limitarse a observarlo desde lejos. Es participante porque en la mayoría de las ocasiones elige la causa o el litigio apto ab initio para la mediación (...), y recibe sus frutos, a los que ha de dar forma jurídica reconocible. Es garante también, de la calidad del proceso, apreciando con mirada crítica el contenido de los acuerdos alcanzados y

observando con sus propios ojos a las personas que han participado en el mismo para constatar que sus derechos y garantías han sido respetados”.⁴⁹

Para derivar a mediación, como señala MEJÍAS GÓMEZ, “es preciso que el juez tenga una formación mínima en materia de mediación, lo que le permitirá valorar adecuadamente la naturaleza del conflicto y realizar un pronóstico preliminar acerca de las posibilidades de éxito de la mediación. No es necesario que el juez sepa realizar la mediación, si bien cuanto más conozca la técnica de la mediación mejor utilizará este recurso.”⁵⁰

La Guía para la mediación intrajudicial del CGPJ apunta que “los jueces deben saber qué es la mediación, qué ventajas puede suponer, cuando y como utilizarla y la forma de encajarla en el procedimiento” (pág. 11)

Siguiendo a CARRETERO MORALES, “el juez ha de saber trasladar a las partes litigantes y a sus abogados otras visiones posibles, no estrictamente jurídicas, para el abordaje del litigio. Este discurso debe integrar su profundo conocimiento de la controversia, los costes temporales, económicos y emocionales que puede reportarles mantenerse en el juicio y la posibilidad de soluciones creativas que sólo están en poder de las propias partes pero no en la decisión judicial, para terminar sugiriendo el recurso a la mediación. Para ello, el juez habrá de actuar, en ocasiones, como “agente de la realidad”, haciendo comprender a las partes que él ha de decidir en los términos jurídicos que sus abogados han planteado y que es cuestión de lo que puedan probar en el proceso y no de que crean que tienen razón. Igualmente, habrá de hacerles ver que el proceso, muy probablemente, no colme las expectativas de ambas partes, –al menos la de una de ellas seguro–, y que el juez sólo puede resolver sobre aquellas cuestiones que le han sido planteadas, pero no sobre todas aquellas que las partes posiblemente esperan, y que tal posibilidad sí está en sus propias manos ha de intentar hacer ver a las partes las ventajas de una solución acordada y las facilidades procesales de incorporar

⁴⁹ R.FREIRE PÉREZ, “La posición del Juez ante la mediación: ¿Espectador, participante, garante?”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011. Pág. 281. Citado por E.CARRETERO MORALES, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia... op. cit. p.339.*

⁵⁰ J.F.MEJÍAS GÓMEZ, “La mediación como forma de tutela judicial efectiva”, *El Derecho*, Madrid, 2009.p.109, citado por E.CARRETERO MORALES, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia... op. cit. p.336*

dicha solución al proceso, a través de la homologación del acuerdo que producirá además la eficacia ejecutiva del mismo. Igualmente, ha de hacerles llegar las probabilidades de mayor cumplimiento de una solución negociada y la mayor satisfacción conjunta que la misma puede reportarles, así como el ahorro de costes de todo tipo. En todo este proceso, el juez no debe mediar, ni negociar con las partes, sino favorecer la negociación o la mediación que pueda facilitar la consecución del acuerdo.”

Pero el juez no solo debe estar formado para lograr transmitir a las partes que es la mediación y convencerles de las ventajas de recurrir a ella, sino que también debe estar perfectamente instruido en el conflicto que se plantea porque solo así podrá hacer llegar a las partes y sus abogados porque considera que la derivación a mediación es la mejor opción.

ALASTRUEY apunta que, “el juez debe haberse estudiado perfectamente el caso, tanto como para poder resolver. Pero el estudio del caso no debe ir dirigido a esa toma de posición del juez respecto del litigio, es decir, no debe constituir un pre-juicio, sino que el análisis debe hacerse desde la perspectiva de la búsqueda de lo no discutido y de lo que puede dejarse de discutir. Si los abogados perciben que el juez ha identificado los términos del litigio, exactamente lo que se alega en demanda y contestación y qué cosas no se discuten, les advierte de lo poco de jurídico que tiene el tema, o de las dificultades para que con la decisión a la cuestión planteada se solucione el problema de las partes, que se advierte distinto o más amplio, o de que ya tienen todas las cartas sobre la mesa y pueden valorar la oportunidad y la estrategia probatoria e incluso las posibilidades de una sentencia favorable..., se abre ya el espacio para la comunicación, se genera en los abogados un ambiente de confianza hacia el juez y de desconfianza hacia sus propias expectativas propiciándose el espacio para negociar con la contraparte”⁵¹

Así, y centrándonos en los momento procesales que anteriormente han sido expuestos como propicios para la derivación a mediación, el juez en los mismos actos de la audiencia previa y de la vista el juez, una vez oídos los motivos de las partes en cuanto a su decisión de acudir o no a la mediación sugerida, podrá instar nuevamente a

⁵¹ R.ALASTRUEY GRACIA, “Argumentario sobre la búsqueda de soluciones negociadas en el proceso civil” Op.cit. Pág. 10, citado por E.CARRETERO MORALES, La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia... op. cit. p.391.

las mismas a que acudan a una sesión informativa y en esta ocasión habrá de hacerlo de forma oral. Ante la oportunidad de tener a las partes y sus abogados presentes, el juez no debe limitarse sin más a instar a que acudan a dicha sesión informativa, sino que habrá de intentar transmitir a las partes por qué él entiende que deberían ir a la misma y por qué la mediación puede ofrecerles una serie de ventajas en particular para la gestión de su asunto. Hay que tener en cuenta que dicha invitación judicial se produce justo después de que las partes le hayan manifestado previamente su rechazo a acudir a mediación y los motivos de ésta, por lo que el juez habrá de dar su punto de vista y hacer comprender a las partes que ha estudiado detenidamente su litigio y que, llegados a este punto del proceso, entiende que la mediación les puede ofrecer una mejor vía que la judicial para dar una solución óptima a su disputa, por lo que al menos deberían acudir a esta sesión informativa.⁵²

En la búsqueda de un ejemplo práctico del papel del Juez en la mediación, el Protocolo de mediación en asuntos de Familia aprobado por el Consejo general del Poder Judicial en mayo de 2008, contempla el papel del Juez como dinamizador de la mediación en una triple vertiente:⁵³

En un primer momento correspondería al Juez buscar un centro que financie el proyecto o que ponga a disposición de la derivación judicial mediadores especialmente preparados en la materia objeto de la competencia del Juzgado, para una vez convenidas las condiciones, firmar un convenio de colaboración.

En este punto hay que tener en cuenta que la Directiva 2008/42/CE aconseja que las sesiones informativas se realicen en la sede del juzgado y para ello será necesaria la colaboración de la Administración Pública que tiene la obligación de dotar de medios materiales a la Administración de Justicia. Además poner en marcha un proyecto de este tipo, exige involucrar a todas las personas que trabajan en el Juzgado: Letrado de la Administración de Justicia, que a su vez también podrá hacer derivaciones, el fiscal, el

⁵² E.CARRETERO MORALES, La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia... op. cit. p.391.

⁵³ M.T.MARTIN NÁJERA, La Ley de Mediación civil: experiencia de una Magistrada de Familia. Régimen jurídico del mediador, op.cit. pp. 63-65.

equipo psicosocial, los funcionarios y también el Colegio de Abogados y Procuradores que deberán ser informados.

En segunda lugar debe evaluar los casos concretos que se derivan a la sesión informativa de mediación, tras analizar sus características específicas en base a los escritos de las partes. Como ya hemos dicho, para que la derivación a mediación pueda resultar con éxito, es importante que las partes conozcan que el juez ha estudiado el caso y considera que, para su resolución, la metodología de la mediación resulta la más apropiada. No obstante el grado de acierto del Juez en esta primera evaluación dependerá de la capacidad de los abogados para transmitir el conflicto de las partes, de manera que es el mediador que realice la sesiones informativa o las posteriores sesiones de mediación el que deberá valorar finalmente si la mediación es o no viable.

Por último es el Juez al que le corresponde informar a las partes y sus letrados de la posibilidad de acudir a mediación en el acto de la vista. Esta información puede ser también escrita, a través de folletos explicativos sobre mediación, como así prevé la Directiva y recoge el artículo 440.1 de la LEC en la regulación de la citación a la vista del juicio verbal configurándose así como una obligación del Letrado de la Administración de Justicia.

5.2. El Letrado de la Administración de Justicia y la Oficina Judicial

Dispone el art. 456.6 LOPJ, que “Los Letrados de la Administración de Justicia, cuando así lo prevean las leyes procesales, tendrán competencias en las siguientes materias: (...) c) Conciliación, llevando a cabo la labor mediadora que les sea propia. (...) e) Mediación.”

Pero nada está previsto en nuestro ordenamiento jurídico en cuanto al desarrollo de estas competencias del Letrado de la Administración de Justicia (LAJ, en adelante). Como apunta PÉREZ PUERTO, “ni en las leyes procesales, ni en el Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, se regula el ejercicio específico de la función mediadora del secretario, ni siquiera la menciona éste en su texto, ni en su preámbulo, aunque es posterior a la reforma de la LOPJ practicada por LO 19/2003, que introdujo dicha función. Ninguna norma, pues, establece de qué modo se conducirán los secretarios, en el ejercicio de la labor mediadora que les sea propia”⁵⁴

No obstante, y ya que tiene atribuida por la Ley una función conciliadora y mediadora, entiende CARRETERO MORALES que podría ser la figura adecuada para seleccionar cuáles son los asuntos que entran en el juzgado podrían ser susceptibles de ser derivados a mediación.⁵⁵

Tal y como se establece en los arts. 404 y 440 LEC, para el juicio ordinario y juicio verbal respectivamente, corresponde al LAJ la admisión a trámite de la demanda y solo en el caso de que la demanda adolezca de algún defecto de forma o pueda incurrir en un supuesto de falta de jurisdicción o competencia dará cuenta al juez para que resuelva sobre la admisión de la misma. Igualmente corresponde al LAJ citar a las partes a la

⁵⁴ A.PÉREZ PUERTO, “Mediación civil y familiar en Cataluña (y IV). Fuentes, legislación y bibliografía”, Noticias Jurídicas, julio 2010, disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201007-12302893666.html>, citado por E.CARRETERO MORALES, La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia, op.cit, p.348.

⁵⁵ E.CARRETERO MORALES, La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia, op.cit, pp.348-352.

vista que haya de celebrarse, informando a estas de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación.

Es, por tanto, el LAJ la primera persona que va a tener contacto con el conflicto una vez se ha judicializado, y la primera persona que va a tener la posibilidad de informar a las partes de por qué entiende que su conflicto puede obtener una mejor solución si acuden a mediación. Es por ello que el LAJ puede realizar una labor fundamental en la implantación e impulso de la mediación, convirtiéndose en el encargado de derivar a mediación los asuntos judicializados no solo en el ámbito civil sino en todos los órdenes jurisdiccionales en los que la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del CGPJ le reconoce un papel protagonista.

Pero lo cierto es que hoy esta posibilidad encuentra importantes obstáculos. El LAJ no está formado en mediación, la celebración, por ejemplo, de una sesión informativa conjunta por parte del mediador y el LAJ para transmitir a las partes las ventajas de tratar resolver su conflicto por la vía de la mediación, requeriría una inversión formativa y en recursos materiales y personales que el legislador ni se ha planteado. Pues como han señalado SOLETO MUÑOZ y AVILÉS NAVARRO, “la propia dinámica del funcionamiento de los órganos judiciales dificultará que el secretario judicial tenga la posibilidad de desarrollar una sesión estructurada en la que realice una actividad mediadora.”⁵⁶

Como CARRETERO MORALES propone “sería conveniente que los letrados de la administración de justicia recibiesen formación en mediación a fin de poder hacer una adecuada selección y derivación de los casos.” Pues, “lo ideal sería una labor conjunta de letrado de la administración de justicia y juez en orden a la derivación a mediación de los asuntos que entiendan más adecuados. El letrado haría una primera selección, toda vez que es el primero que va a ver la demanda y, en función de las circunstancias

⁵⁶ H.SOLETO MUÑOZ, y M.AVILÉS NAVARRO, “La conciliación de los Secretarios Judiciales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, p. 473. Citado por E.CARRETERO MORALES, *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia...* op.cit, p.348.

puestas de manifiesto en la misma, podría comentar y consensuar con el juez la posibilidad de remitir o derivar el asunto a mediación.”⁵⁷

Por otra parte no podemos perder de vista que el LAJ también puede contribuir al impulso y la implantación de mediación intrajudicial como funcionario al frente de la Oficina Judicial instituida por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en su Libro V, Título I, Capítulo I, artículos 435-438.

Establece el artículo 435.1 de la LOPJ que, “la Oficina judicial es la organización de carácter instrumental que sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional de jueces y tribunales.” En el art. 436.2 de la citada Ley se acuerda organizar la Oficina Judicial en dos tipos de unidades que, por un lado las unidades procesales de apoyo directo y, por otro, los servicios comunes procesales, reseñando que la actividad principal de estas unidades vendrá determinada por la aplicación de normas procesales. Igualmente en el apartado 3 del mismo artículo se establece que “el diseño de la Oficina judicial será flexible. Su dimensión y organización se determinarán por la Administración pública competente, en función de la actividad que en la misma se desarrolle”. Las unidades de apoyo directo tienen como función asistir directamente a los jueces y magistrados en el ejercicio de las funciones que le son propias (art. 437.1) y, por su parte, los servicios comunes procesales son aquellos que, sin encontrarse integrados en un órgano judicial concreto, van a asumir labores centralizadas de gestión y apoyo en actuaciones derivadas de la aplicación de las leyes procesales, prestando apoyo a varios órganos judiciales (art. 438.1). En el art. 438.3 de la LOPJ se establece la posibilidad de que el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas puedan crear y organizar servicios comunes procesales con funciones de registro y reparto, actos de comunicación, auxilio judicial, ejecución de resoluciones judiciales y jurisdicción voluntaria; además se establece la posibilidad de que se puedan crear servicios comunes de conformidad con las necesidades específicas y otros que asuman la ordenación del procedimiento u otras funciones distintas, siendo preciso en este caso el informe favorable del CGPJ.

⁵⁷ E.CARRETERO MORALES, La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia...op.cit, p. 349.

Para CARRETERO MORALES con base precisamente en este artículo 438.3, se podrían crear servicios comunes procesales de mediación, que se encargaría de organizar y gestionar todos los asuntos que se deriven a mediación desde los distintos órganos judiciales. Al frente de cada servicio común procesal, habrá de figurar un LAJ, tal y como se establece en el art. 438. 5 de la Ley, de quien dependerán funcionalmente el resto de LAJ y el personal destinado en los puestos de trabajo en que se ordene el servicio de que se trate.

La LOPJ sitúa al LAJ al frente de los servicios comunes procesales, por lo que sería él y no el Juez, el profesional encargado de la organización y gestión de la mediación, en el caso de que finalmente se optase por crear un servicio común procesal específico para la mediación intrajudicial o conectada con los tribunales.

La propia Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del CGPJ propone, en este sentido, dos alternativas para la implementación efectiva de los servicios de mediación conectados con el tribunal y una de ellas es, precisamente, una unidad judicial gestionada desde los servicios comunes de los tribunales, al frente de la cual estará un LAJ con formación específica en mediación. Esta unidad gestionaría el catalogo de mediadores que se configure o bien la relación de centros de mediación acreditados para intervenir en las mediaciones que se deriven desde el tribunal. Igualmente, entre sus funciones, se señala que habrán de informar, divulgar entre litigantes y profesionales y gestionar las derivaciones judiciales hacia los concretos mediadores, así como realizar el control de calidad. “Las concretas tareas serían las correspondientes a desarrollar los programas de información (folletos, protocolo de información telefónica y presencial) y de formación específica dirigida al personal de la Administración de Justicia, así como realizar los modelos de documentación de uso estandarizado en el tribunal de que se trate, para su inclusión en el sistema informático judicial. Asimismo, le corresponde también el seguimiento de las mediaciones derivadas desde el tribunal, realizando la primera sesión informativa, canalizando las comunicaciones entre el mediador y el juez, el análisis de tiempos, costes, resultados y nivel de satisfacción del usuario, así como las consultas que puedan realizar los abogados. Finalmente, deberá realizar la estadística de las mediaciones, garantizando los datos personales protegidos” (págs. 14-15)

Es, por tanto, el LAJ, ya sea al frente de los servicios comunes procesales que en su caso pudieran crearse para la práctica de la mediación intrajudicial, como desde sus respectivos juzgados al frente de las unidades procesales de apoyo directo o de los servicios comunes procesales ya existentes, el operador jurídico que debería asumir un papel protagonista en el desarrollo de la mediación intrajudicial.

5.3. El abogado

La actuación de los abogados en la mediación, y más aún en la mediación intrajudicial, es sin duda fundamental para el buen funcionamiento de la misma.

Señala ORTUÑO MUÑOZ que uno de los elementos esenciales que ha permitido el desarrollo de los métodos alternativos en los países en que están implantados es la complicidad de los abogados y su compromiso con su utilización. Para este autor, esta actitud se ha visto favorecida por dos factores: el primero es el conocimiento del desarrollo de los diversos mecanismos; el abogado ha de saber en cada momento cual es su función y como va a estar informado de su desarrollo para no perder en ningún momento el control del proceso negociador. El segundo factor, de igual importancia, es tener claro como se ha de retribuir su trabajo profesional.⁵⁸

En España, los abogados quizá sean los operadores jurídicos que más reticencias y obstáculos están planteando a la implantación de la mediación en general y de la mediación intrajudicial en particular.

Uno de los principales argumentos que se suelen reseñar en contra de la práctica de la mediación es que el abogado el mejor mediador. Es cierto que tradicionalmente una de las principales funciones del abogado ha sido y es la de negociar con el abogado de la otra parte una posible solución al conflicto, pero poco tiene que ver esta negociación con la mediación. El abogado no es mediador al igual que tampoco puede decirse que el mediador sea asesor legal. Cada uno tiene su papel en el proceso de mediación, el mediador es un tercero imparcial y neutral cuya labor es la de dirigir y guiar el mismo; el abogado como representante de su cliente debe asesorar, aconsejar y defender los intereses de este de la mejor forma posible, lo que en ocasiones pasará por la interposición de las acciones judiciales que fueren oportunas y otras veces por la remisión a otros métodos alternativos de resolución de conflictos.

Para ORTUÑO MUÑOZ, “en un sentido amplio, la función del abogado es la del profesional que presta asesoramiento legal a los ciudadanos, analiza preventivamente

⁵⁸ P.ORTUÑO MUÑOZ, *Justicia sin Jueces...*op.cit. p. 264.

los negocios jurídicos en los que su cliente interviene al objeto de evitar posteriores conflictos, le auxilia en la solución de sus controversias jurídicas, defiende sus intereses extrajudicialmente y, finalmente, le defiende ante los Tribunales de Justicia dirigiendo técnicamente su posición en los procesos judiciales en los que se ve obligado a intervenir.”⁵⁹ Pero también el abogado “es el prescriptor principal del mecanismo que resulta más adecuado en cada caso para intentar dar solución al problema que le plantea su cliente.”⁶⁰ Y, es por ello, por lo que debe conocer cuál es su papel dentro del procedimiento de mediación.

Siguiendo CARRETERO MORALES, “en primer lugar, antes del inicio del procedimiento de mediación, el abogado deberá informar a su cliente sobre la posibilidad de acudir a tal vía, detallándole en qué consiste la misma y por qué entiende que la mediación, en su caso, puede ser la vía más adecuada para gestionar su conflicto y tratar de darle la mejor solución. Será por tanto responsable del consentimiento informado de su cliente respecto al procedimiento que van a comenzar. Obviamente, para que el mediador pueda recomendar a su cliente la utilización de la mediación en primer lugar, será fundamental que conozca la misma, pero también lo será el conocimiento que tenga de los intereses reales de su cliente, de las posibles alternativas en caso de que no sea factible alcanzar un acuerdo o del posible resultado que se podrá obtener en caso de tener que ventilar el conflicto en los tribunales. Es conveniente acudir a la mediación siendo consciente de sus fortalezas y debilidades, habiendo efectuado una correcta evaluación del conflicto y de la adecuación del método elegido.”⁶¹

Para FAJARDO MARTOS, “el abogado además, debe estudiar la viabilidad jurídica de los posibles acuerdos que puedan plantearse y asesorar a su cliente sobre la conveniencia o no de aceptarlos”. Este último punto, el de la viabilidad jurídica de los acuerdos es quizás aquél donde la labor del abogado en el procedimiento de mediación

⁵⁹P. ORTUÑO MUÑOZ, “El papel del Abogado en la Mediación”. *Revista Abogados*. Octubre 2009. pp.30 a 33.

⁶⁰P. ORTUÑO MUÑOZ, *Justicia sin Jueces...* op.cit. p.264.

⁶¹ E.CARRETERO MORALES, *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia...* op.cit p.341.

cobra una importancia crucial, y no puede ser sustituida por la intervención del mediador.⁶²

Clarificado cuál es el papel del abogado en el proceso de mediación, solo sería ya necesaria abogar por un cambio de mentalidad. CARRETERO MORALES advierte que “los abogados han de prepararse para ofrecer a sus clientes las mejores alternativas posibles frente a un conflicto determinado y para ello han de ir cambiando progresivamente su mentalidad confrontativa a una visión más amplia, integradora, generadora de ideas y soluciones creativas, al margen del litigio y la confrontación. La mediación supone una nueva posibilidad de negocio para el propio abogado, teniendo en cuenta que uno de los principales problemas que tienen particulares y empresas actualmente es encontrar abogados de perfil colaborativo, que no sólo conozcan las diferentes ramas del Derecho, sino que además ayuden a reducir los conflictos generados por su actividad y gestionarlos de la forma más eficaz y adecuada posible”

Por su parte ORTUÑO MUÑOZ aboga por que la abogacía supere la tradicional concepción confrontativa de la justicia y tienda hacia la nueva corriente de la Abogacía Colaborativa que pone el foco en las funciones de asesoramiento legal y gestión de la solución de conflictos priorizando la negociación positiva.⁶³

⁶² P.FAJARDO MARTOS, “La posición del abogado en el proceso de mediación”. Disponible en: <http://www.congresomediacion.es/pdf/PAULINO%20FAJARDO.pdf>, citado por CARRETERO MORALES, E. La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia... op.cit, p.341.

⁶³ P.ORTUÑO MUÑOZ, “Justicia sin Jueces...” Op.cit. Pág. 278. En relación a la Abogacía Colaborativa: “Es una corriente profesional (desarrollada desde 1990 en EEUU y desde 2005 en diversos países de Europa) muy diferente del método tradicional. La idea fundamental que inspira esta tendencia es que los servicios que, como profesionales de la abogacía, ofrecen a los ciudadanos se caracterizan por la priorización de la negociación positiva. La diferencia esencial con la práctica tradicional es que los abogados colaborativos trabajan con sus clientes para buscar soluciones de equidad que se adapten plenamente a las peculiares condiciones de cada caso, de cada cliente, y sobre todo, a los intereses de la otra parte, a la que se ofrece que se integre con el mismo espíritu en la búsqueda de soluciones negociadas. En cierta forma, las normas jurídicas, es decir las reglas que los códigos y las leyes prevén para una determinada situación de crisis, pasa a un segundo plano. La regulación legal está prevista para casos genéricos y a veces se adapta bien a lo que ocurre en un conflicto específico. Obviamente existe en esta construcción un límite, que es el orden público, es decir, aquellas normas que son imperativas y que están excluidas de la autonomía de la voluntad de las partes.”

5.4. El mediador

La Directiva 2008/52/CE define la figura del mediador en su artículo 3.b) como “todo tercero a quien se pide que se lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación.”

En cuanto a su función, con carácter general, dispone el artículo 13 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: 1. El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes; 2. El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley. Principios que no son otros que los de voluntariedad, neutralidad, imparcialidad y confidencialidad.

Y un último a apunte, en cuanto a la capacidad del mediador, antes de entrar a valorar la necesidad de formación específica para desempeñar la labor de mediación conectada a los tribunales, señala el artículo 11 de la Ley 5/2012 : “1. Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.

Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley.

2. El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.”

Esta previsión normativa del legislador español en la Ley de Mediación parece atender a las disposiciones de la Recomendación del Consejo de Europa 1/1998 sobre

mediación familiar, que invitaba a los Estados a velar por la existencia de “procedimientos para la selección, formación y cualificación de los mediadores”; de la Recomendación 10/2002 del Consejo de Europa sobre mediación en material civil, que contempla la obligación de los Estados miembros de “tomar medidas para promover la adopción de normas apropiadas para la selección, la responsabilidad, la formación y la cualificación de los mediadores”, y, al artículo 4.2 de la Directiva 2008/52/CE que dispone que “los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de los mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes.”

Ahora bien, a pesar de todas estas previsiones y remisiones, la cuestión de la formación y capacitación del mediador es una de las más controvertidas. Sobre todo cuando a la mediación intrajudicial se refiere, ya que se trata de un conflicto ya judicializado cuyo tratamiento en vía de mediación va a tener un trasfondo jurídico.

Afirma CARRETERO MORALES que, “quizás, una de las mayores reticencias o suspicacias de los jueces a la hora de derivar asuntos a mediación es precisamente la desconfianza que les genera no tener la certeza de la debida capacitación de los mediadores o instituciones de mediación a los que vayan a remitir los mismos. Cada vez hay más órganos judiciales interesados en la implementación de programas de mediación en sus respectivos tribunales, sin embargo una de las dificultades con las que se encuentran es la falta de mediadores o de instituciones de mediación donde derivar con las suficientes garantías de calidad”⁶⁴

La propia Guía para la práctica de la mediación intrajudicial reconoce que “los tribunales pueden determinar, tras valorar la controversia sometida a su decisión, que un mejor tratamiento y gestión del conflicto se podría alcanzar con la mediación y en tal caso deben tener a su alcance servicios de mediación a los que derivar el asunto. El problema que se plantea es que, hoy por hoy, no hay conexión entre los mediadores suficientemente formados y experimentados y los tribunales, lo que está impidiendo que en muchos territorios la mediación se lleve a cabo convenientemente” (pág. 14)

El Real Decreto Ley 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012 desarrolla en su Capítulo II la formación del mediador pero indica en su Preámbulo que dicha regulación parte de una concepción abierta de la formación acorde a los principios de libre prestación de servicios y libre competencia que rigen la actuación de los mediadores. Y continua, “por ello no se establecen requisitos estrictos o cerrados respecto a la configuración de esa formación, los cuales con carácter general han de estar relacionados con la titulación del mediador, su experiencia profesional y el ámbito en que preste sus servicios. De éstas dependerá la formación que haya de recibir un mediador para contar con la preparación necesaria. No obstante, dentro de esa concepción abierta de la formación sí parece necesario establecer algunas reglas básicas que preserven el objetivo de aquélla de dotar a los profesionales de la cualificación idónea para practicar la mediación.”

Regulación no ha servido para superar las reticencias planteadas a la actuación de los mediadores en conflictos inmersos en un proceso judicial en la que, es postura unánime, es necesario que los mediadores tengan conocimientos jurídicos suficientes como para discernir la viabilidad jurídica de los pactos alcanzados por las partes. Está claro, como así afirma CARRETERO MORALES, que “el mediador no puede permitir que las partes lleguen a concluir acuerdos que no sean viables jurídicamente y ha de detener el procedimiento de mediación antes de que las mismas puedan llegar a tal situación, haciéndoles ver que tales pactos pueden dar lugar a complicaciones legales por lo que lo más recomendable es que comenten esas cuestiones con sus respectivos asesores jurídicos. De dejarles continuar en el procedimiento y concluir tales acuerdos, se estarían creando falsas expectativas en las partes y se estarían igualmente frustrando los fines propios de la mediación. Es más, si el mediador dejase que las partes concluyesen tal acuerdo y luego quisieran elevar el mismo a escritura pública, no podrían hacerlo, por lo que podrían exigir al mediador las posibles responsabilidades en que hubiera podido incurrir por los daños y perjuicios que las partes entiendan les han sido ocasionados.”

Por tanto, dada la importancia de los acuerdos sean conformes a la ley, es comprensible que algunos jueces prefieran a abogados como mediadores y que la

⁶⁴ E.CARRETERO MORALES, La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia... op.cit, p.328.

mediación vinculada a los tribunales haya sido centralizada por los Colegios de Abogados. Como señala DI STEFANO, que se suele preferir para los programas de mediación intrajudicial a los mediadores que tengan formación jurídica, normalmente abogados que se hayan formado asimismo en mediación, pero tal y como señala la reseñada autora, este dato por sí solo no siempre garantiza la competencia del mediador.⁶⁵

Dando un paso más allá, autores como FONT-GUZMAN aboga por la necesidad de adoptar modelos interdisciplinarios en el desarrollo y la implementación de programas de métodos alternos de resolución de conflictos que acojan no solo profesionales del derecho sino también de otras disciplinas como la conflictología, psicología, antropología y sociología entre otros.⁶⁶

Los conflictos son complejos y se nutren de muy diversas circunstancias, por lo que la posibilidad de una mediación multidisciplinaria en la que existan mediadores con distintas formaciones de origen no va a hacer sino enriquecer la mediación intrajudicial. Por ejemplo, en la mediación familiar intrajudicial es habitual que se trabaje en comediación, un mediador con formación jurídica y otro que sea de profesión psicólogo o trabajador social.

Pero, vistas las dificultades en nuestro país y con el objetivo de valorar las posibilidades de mejora, podemos atender a la práctica internacional de la mediación intrajudicial, por ejemplo en EEUU como pioneros en la implantación de la mediación conectada a los tribunales.

En EEUU algunos tribunales optan por crear un listado de mediadores privados que van a ser elegidos por las partes, modelo utilizado en nuestro país en algunos

⁶⁵ DI STEFANO, “Mediación conectada con los tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento”, en H.SOLETO MUÑOZ, (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., pág. 437, citado por E.CARRETERO MORALES, La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia... op.cit, p.332.

⁶⁶ J.N.FONT-GUZMÁN, “Programas de derivación judicial en Estados Unidos”, en H.SOLETO MUÑOZ, (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, 2ª ed., op. cit., p. 445, citado por E.CARRETERO MORALES, La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia... op.cit, p.332.

programas piloto de mediación intrajudicial, una vez entró en vigor el Real Decreto 980/2013 y comenzó a funcionar el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación previsto en el mismo. Otros envían a las partes a centros de mediación fuera del tribunal aunque conectados con el mismo, como es el caso de muchos de los programas de mediación intrajudicial que se vienen desarrollando en la actualidad en España, en virtud de convenios de colaboración suscritos por el CGPJ con distintas instituciones. Y, otros tienen un programa más completo donde el conjunto de los mediadores está seleccionado y capacitado desde el mismo tribunal.

Por lo que respecta a los modos de seleccionar mediadores para el programa, en EE.UU., los tribunales en ocasiones realizan un proceso abierto, donde el propio tribunal establece sus propios criterios para garantizarse un equipo de mediadores debidamente cualificados, y en otras ocasiones los tribunales se dirigen a los Colegios de Abogados a fin de pedir que sean éstos quiénes seleccionen a los mediadores acreditados de conformidad con sus propios criterios. El proceso de selección de los mediadores puede llevarse a cabo por parte de los jueces, de miembros del propio programa de mediación, de los Colegios de abogados o de una comisión de mediación constituida en el marco del mismo programa. Los mecanismos de selección suelen basarse en entrevistas, en la experiencia profesional del mediador o en la posesión por parte de éste de acreditaciones o certificaciones obtenidas en otras entidades u organizaciones especialistas en mediación.

6. PROPUESTAS PARA UNA IMPLANTACIÓN REAL Y EFICAZ DE LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL.

El CGPJ, ante la inacción del legislador, tras la firma de múltiples convenios de colaboración para el impulso de la mediación y la elaboración de la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, se ha revelado como uno de los principales promotores de la implantación de la mediación en España. Es por ello que no sería desacertado considerar su trabajo como punto de partida para la elaboración de una Ley Especial de Mediación Intrajudicial que dote de seguridad jurídica a su práctica. No basta con una nueva Ley General de Mediación pues como se ha señalado en este trabajo, el contexto en que se desarrolla aquella requiere de un plus que solo puede lograrse con una ley especial. No basta con simples protocolos o recomendaciones cuyo cumplimiento se confíe a la voluntad de los operadores jurídicos que intervienen en la práctica de la mediación vinculada a los tribunales que se hayan decidido a implantar en su ámbito proyecto piloto de mediación, sino que es necesario que en cumplimiento de una Ley, y tras dotar a los tribunales de los recursos materiales y personales necesarios, se obligue a aquellos a recurrir a mediación para la resolución de los casos en los que este método puede proveer una mejor solución.

Desde el punto de vista organizativo y como ha señalado el CGPJ, lo más conveniente sería la creación en el seno de la denominada Oficina Judicial de un servicios común procesal de mediación. Al frente de él se encontraría un LAJ que junto con los demás LAJ y funcionarios de la Administración de Justicia en plantilla, se encargarían de gestionar y promocionar la mediación intrajudicial en el seno de los tribunales españoles.

Siendo este el punto de partida, sería necesario determinar cuáles podrían ser las funciones de dichos servicios comunes, cómo se realizaría la selección de casos y por quién, y que rol ocuparían en todo este organigrama operadores jurídicos como jueces y mediadores.

Si toda la gestión según esta propuesta recae en los servicios comunes procesales creados para tal fin, el LAJ al frente se convertiría en la primera autoridad en materia de mediación en el ámbito de los tribunales pudiendo ser auxiliado en el ejercicio de su autoridad por los demás LAJ integrados en plantilla.

En un primer momento podrían ser estos LAJ los encargados de seleccionar los asuntos susceptibles de ser derivados a mediación. Para ello y tomando como ejemplo la previsiones de la Guía⁶⁷ del CGPJ, sería necesario elaborar una lista de materias o asuntos que por su naturaleza o la escasa cuantía del litigio, son susceptibles de ser directamente remitidas a mediación por el LAJ a la vista de la demanda y su contestación, en la citación a la primera convocatoria de las partes ante el tribunal, incluyendo el señalamiento de la sesión informativa.

A esta sesión informativa cuyo objeto se limitaría a dar a conocer a las partes y sus abogados las razones por las que se considera que su caso puede obtener una mejor solución en mediación, qué es la mediación y cuáles son sus ventajas frente al proceso judicial, no solo acudirían las partes, sus abogados y el mediador, sino también uno de los LAJ de la plantilla del correspondiente servicio común procesal, cuya presencia, como figura de autoridad, podría animar a las partes a continuar con la mediación.

Fuera de estos casos, en aquellos supuestos de especial complejidad, por las circunstancias de las partes o las concurrentes en el caso, el LAJ se limitaría a filtrar los asuntos mediables de los que no lo son, dando cuenta de aquellos al Juez para que tras valorar los detalles del asunto y si lo considera conveniente derive el asunto a mediación en cualquiera de los momentos procesales en los que las partes y sus abogados actúan ante él.

Por otra parte y con el objetivo de favorecer la colaboración de los abogados de los litigantes en el proceso de mediación, quizá podrían celebrarse, antes de acordar la remisión a mediación, reuniones de aquellos con el LAJ o el Juez para comunicarles la decisión, sus razones y las ventajas de acudir a mediación. Reuniones que podrían

⁶⁷ Guía para la práctica de la Mediación Intrajudicial del CGPJ, op.cit, pp.28-31, 72-75, 115-117,148-151, 185-187.

celebrarse mediante una convocatoria ad hoc ante el LAJ o en alguno de los tiempos muertos o recesos de las vistas y audiencias ante el Juez.

Seleccionados los asuntos y habiendo comunicado la decisión a las partes y a sus abogados, serían los funcionarios de la plantilla del servicio común procesal correspondiente, los encargados de gestionar la agenda de señalamientos de las sesiones informativas de mediación, conjuntamente con el elenco de mediadores adscritos a dicho servicio.

Respecto a los mediadores, múltiples referencias se han hecho en este trabajo a la falta de formación como causa de la desconfianza de los operadores jurídicos para dejar en sus manos la resolución de un asunto ya judicializado. Este obstáculo podría verse superado si el legislador establece unos requisitos de formación algo más concretos y exigentes que los previstos en la Ley 5/2012 y que respondan a las exigencias de la práctica de la mediación conectada a los tribunales.

En la mediación intrajudicial es necesaria la especialización de los mediadores. Solo los mediadores con una formación determinada y ajustada a la idiosincrasia de cada uno de los órdenes jurisdiccionales deberían actuar como mediadores en los asuntos que conozcan los tribunales de dichos órdenes. No es lo mismo mediar en un conflicto familiar o mercantil que en uno laboral o que enfrente al ciudadano con la Administración. Regular en cada uno de estos ámbitos los requisitos mínimos de formación jurídica exigibles a los mediadores permitiría abrir, y así enriquecer la práctica de la mediación intrajudicial a otros profesionales distintos de los abogados que en actualidad centralizan su desarrollo a través de los Colegios de Abogados. No obstante, es cierto que los abogados, por su profesión ya cuentan con unos conocimientos jurídicos que es necesario reconocer y por ello, en su caso, podría bastar, para el cumplimiento de la propuesta anterior, con acreditar su experiencia profesional en el ámbito jurisdiccional en el que pretenda actuar como mediador, sin necesidad de cumplir con ningún otro requisito de formación complementaria.

Si esto fuera así, ya no podría aducirse la falta de mediadores formados como causa del fracaso de su implantación pues los servicios comunes de mediación dispondrían de

un panel de mediadores especializados que garanticen la viabilidad jurídica de los acuerdos alcanzados en mediación sin obviar las particularidades procesales y jurídicas de cada uno de los órdenes jurisdiccionales.

Todas estas medidas requieren un importante esfuerzo e inversión en medios, formación y promoción, pero esto no puede servir de excusa para impedir a los ciudadanos el recurso a un método de resolución de conflictos que tantas ventajas les puede reportar. Además no se puede obviar que existen otras medidas que aun siendo menos costosas tampoco se han adoptado en la búsqueda de la implantación real y efectiva de la mediación intrajudicial. Así por ejemplo, los estudiantes de derecho o incluso del Máster habilitante de Abogacía no cuentan en su programa académico con una formación suficiente en métodos alternativos resolución de conflictos, distintos del arbitraje. Si así fuera se prepararían a los futuros abogados, que como se ha apuntado en este trabajo son uno de los colectivos más reticentes a la implantación de la mediación, para tras analizar el conflicto que sus clientes les plantean aconsejarles el método más adecuado para la satisfacción de sus intereses. Porque, quizá, pequeños cambios como el introducir en sus enseñanzas el análisis del conflicto y el estudio de los distintos métodos disponibles para su resolución, pueden conducir al tan ansiado cambio de una mentalidad confrontativa a una colaborativa.

7. CONCLUSIONES

La mediación intrajudicial se presentó en España como el método alternativo de resolución de conflictos que venía a resolver histórico problema de colapso y retraso de nuestros tribunales. Pero lo cierto es que ni aun presentándose de esta forma, que dista bastante de la realidad, ha conseguido tener una implantación real y eficaz.

El hecho de facilitar legislativamente el uso de un nuevo instrumento tan ventajoso a los operadores jurídicos, aun es necesario para dotar de seguridad jurídica a la práctica de la mediación vinculada a los tribunales, no es suficiente si antes no has hecho labor de difusión y formación concienzuda que permita a estos conocer que es la mediación, qué ventajas tiene, que mejoras puede ofrecer, cuál es su ámbito de aplicación, su objetivo, que puede aportar cada uno de ellos al proceso de mediación o en que les va a afectar la implantación de una nueva y desconocida forma de resolver los conflictos que tradicionalmente se habían judicializado. Una formación que, en definitiva, permita alejarse de la mentalidad y tradición de confrontación, tan arraigada en un nuestro país, en el que, por ejemplo, los juristas salen de la universidad con una visión puramente procesalista del derecho y los abogados se plantean la conciliación o la negociación como un mero trámite anterior al proceso judicial, que se marcan como objetivo. No se trata, por tanto de un cambio de sistema, sino de mentalidad.

Esta falta de formación es la que conduce al desconocimiento que sirve de justificación, a lo largo de todo este trabajo, para explicar, por ejemplo, las reticencias de jueces y abogados al cambio.

Los jueces sin una base legal que les permita derivar a mediación los asuntos que les plantean con todas las garantías, pudiendo pensar que el involucrarse en sacar adelante programas de impulso de la mediación dentro de sus juzgados únicamente conllevaría más carga de trabajo de la que ya tiene y, teniendo que colaborar con un grupo de profesionales, los mediadores, que en muchas ocasiones pueden carecen de la formación jurídica necesaria para garantizar la viabilidad jurídica de los acuerdos alcanzados.

Los abogados, en sus despachos haciendo lo que hasta ahora solían hacer con los conflictos que se les plantean, acudir a los juzgados para hacer valer las pretensiones de su cliente y conseguir una sentencia favorable que redunde en su prestigio y, viendo en el mediador, no a un colaborador en la misión de satisfacer los intereses de su cliente, sino a un competidor cuya actuación puede afectar al volumen de su negocio.

Desconocimiento que también puede predicarse de los propios justiciables que, de acuerdo con los referentes de autoridad que para ellos representan jueces y abogados, desconfían de un método que no ha logrado hacerse hueco como método alternativo de resolución de conflicto como así lo hicieron el arbitraje y la conciliación.

Y, quizá este sea el punto en el que haya que incidir, el Estado no puede hacerse cargo de todos los conflictos que puedan surgir entre sus ciudadanos. Si puede y debe facilitar a estos los cauces e instrumentos necesarios para la resolución de aquellos, pero han de ser los ciudadanos los que en el ejercicio de su libertad y responsabilidad individual se hagan cargo de sus conflictos interpersonales acudiendo a cada momento al mecanismo más adecuado para la gestión y solución de aquellos.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVILÉS HERÁNDEZ A., DIEZ DE REVENGA GIMÉNEZ A., JOVER COY E., *La mediación. El abogado ante el proceso de mediación.* Revista jurídica de la Región de Murcia, ISSN 0213-4799, N°. 48, 2014, pp. 14-45.

BARONA VILAR, S., “Solución extrajudicial de conflictos. Alternative Dispute Resolution (ADR) y Derecho Procesal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CARRETERO MORALES, EMILIANO. “La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia” DYKINSON 2016.

DI STEFANO, *Mediación conectada con los tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento*, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), “Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos”, Tecnos, Madrid, 2011.

DORADO PICÓN A. *El arbitraje y la mediación en España* .Revista jurídica de Castilla y León. N.º 29. Enero 2013. ISSN 2254-3805

MARTÍN DIZ, F. “La Mediación en materia de familia y Derecho penal. Estudios y análisis”, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011.

MARTIN NAJERA, M^aTERESA; ARSUAGA CORTAZAR, JOSÉ. “La Ley de Mediación civil: experiencia de una Magistrada de Familia. Régimen jurídico del mediador.” Sepin 1^a Edición. MADRID 2013.

MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho, Madrid, 2009.

MORETÓN TOQUERO, M^aARANZAZU, *La resolución judicial de conflictos y la mediación como forma de participación ciudadana*. Francisco Javier Matia Portilla (dir.) Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática. Madrid 2011. Págs. 421 a 444.

ORTUÑO MUÑOZ, PASCUAL; HERNANDEZ GARCIA JAVIER, *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*. Documento de trabajo 110/2007. Laboratorio de alternativas. Barcelona 2007.

ORTUÑO MUÑOZ, P. *La mediación intrajudicial*, en LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I. (Dir.) Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2011. Pág.131.

ORTUÑO MUÑOZ, PASCUAL. *El Papel del Abogado en la Mediación. Opinión*. Revista Abogados octubre 2009. Págs. 30 a 33.

- “Justicia sin Jueces. Métodos alternativos a la justicia tradicional.” Octubre 2018. Primera edición. Ariel.

- *La derivación a mediación desde los juzgados*. Instituto Internacional Promediación. YOUTUBE. 12 de julio de 2020.
<https://www.youtube.com/watch?v=-WvIQinR2o0>

PRATS ALBENTOSA, L., *Desjudicialización (I): el proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*, Diario La Ley, N° 7625, Sección Tribuna, 9 Mayo 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY.

REDORTA LORENTE, J., *Entorno de los métodos alternativos de solución de conflictos*, Revista de Mediación, Año 2, N° 3, Marzo 2009

SALINAS LÓPEZ, A.M., *Tesis doctoral: Los métodos de resolución extrajudicial de conflictos. Análisis e impacto de la mediación transfronteriza en el ámbito de la unión europea*, HERRANZ BALLESTEROS, M. (Dir.), Doctorado en Unión Europea, Facultad de Derecho, UNED, Madrid, 2017.

SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *La mediación conectada con los tribunales*, en “Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos”, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2013

9. REFERENCIAS NORMATIVAS Y DOCUMENTOS CONSULTADOS

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

“Libro Verde sobre modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil” presentado por la Comisión de la Unión Europea a los Estados miembros el 19 de abril de 2002.

Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles

Protocolo para la Implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales que conocen de procesos de familia. Mayo 2008
http://www.poderjudicial.es/stfls/PODERJUDICIAL/DOCTRINA/FICHERO/PROTOCOLO%20CIVIL_1.0.0.pdf

Protocolo de Actuación del Proyecto Piloto para la Mediación en el ámbito Contencioso Administrativo para Valladolid y Provincia de 13 de noviembre de 2009, firmado por la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Valladolid y los órganos judiciales del orden contencioso administrativo con sede en la provincia de Valladolid.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

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
Informe de la Comisión del Parlamento Europeo, al Consejo y el Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE, de 26 de Agosto de 2016

Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del CGPJ, 2006.

Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación aprobado por el Consejo de ministros el 11 de enero de 2019.