

El Juez ante la mediación

INTRODUCCIÓN

En primer lugar, quiero expresar el honor y el orgullo que para mi representa haber sido invitada a impartir la conferencia inaugural de este CURSO DE ESPECIALIZACIÓN EN MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL, organizado por el ICACOR. Y la satisfacción es doble , una, porque es en mi tierra, Galicia, y en la ciudad que me acogió durante 8 años de ejercicio profesional, y otra, porque es para hablar de mediación. Compruebo el efecto imparable, la acogida extraordinaria que ha tenido este curso, y por fin puedo decir que en mi tierra también están dispuestos a conocer y a practicar nuevos métodos complementarios de justicia que contribuyan a mejorar el servicio que prestamos, todos, a los ciudadanos.

Quisiera empezar hablando de los contextos históricos y sociológicos que nos sitúan aquí, en el momento que estamos viviendo.

Durante todo el siglo XX se ha venido hablando de la crisis de la justicia, hasta llegar a ser un lugar común comenzar cualquier discurso sobre este tema con una invocación a las profundas reformas que se necesitan para optimizar y mejorar el sistema. Lo cierto es que los estudios sociológicos invariablemente colocan el ejercicio de este poder del Estado entre los peor gestionados y peor valorados por la ciudadanía.

A pesar de que las concepciones sacralizadas de la justicia y el derecho se han superado y de que hasta los programas políticos más conservadores hablan de la justicia como un servicio público (concepción condenada como anatema hace muy pocos años), existen elementos que sitúan a la Administración de Justicia en una esfera lejana al quehacer cotidiano de los ciudadanos, incluso ajena a la función que desarrollan los políticos. Es, ciertamente, una paradoja la relación de amor-odio que los ciudadanos mantienen hacia esta superestructura de poder: reniegan de los jueces y de la justicia, a la que atribuyen grandes culpas respecto de los males del país y de la sociedad (no se distingue entre el derecho, que es obra de los políticos que hacen la ley, y su aplicación por los jueces), pero se mitifica su intervención en otros muchos casos, y se apela con profesiones de fe a lo que digan los jueces en los casos más insólitos, desde la política y las finanzas hasta los deportes, incluyendo los ámbitos más íntimos y privados de las personas. Es lo que se conoce como hiperjudicialización.

Frente a este estado de cosas, ya en los años finales del pasado Siglo X, se ha empezado a hablar de que es preciso recuperar, se dice, por parte del ciudadano, la capacidad de gestión de sus propios problemas, como facultad que el Estado feudal le arrebató hace siglos, y que el Estado de la "razón", de la Ilustración, no terminó nunca de devolverle. En ambos casos por razones distintas, pero con el mismo efecto. Bien al contrario, el mensaje que se ha transmitido de generación en generación es que, ante un conflicto, el camino adecuado es acudir a los tribunales, pues únicamente de esta forma se restablecerá el derecho lesionado, el orden jurídico. La civilización occidental, especialmente en los países de tradición napoleónica, no ha potenciado las

capacidades de la propia sociedad de resolver, sin intervención del aparato del Estado, los problemas privados, antes al contrario, ha potenciado el mito de la justicia como único mecanismo idóneo que puede reportar una solución beneficiosa. Y es preciso derribar mitos.

Un pensador norteamericano, de la saga de los políticamente incorrectos, como Ambrose Bierce, puso su granito de arena, con una visión ácida y corrosiva, y definió la justicia (1914) como “mercancía más o menos adulterada, que el Estado vende al ciudadano, como premio a su obediencia, impuestos y a su obligación de hacer el servicio militar”.

Para entender las razones históricas de la hiperjudicialización de la vida social que padecemos, es útil reflexionar sobre el origen del sistema actual de la Administración de justicia en España, consolidado con el proceso de la codificación. El impulso de la **Revolución Francesa** supuso la consolidación de las bases del moderno Estado de Derecho, en el que el poder judicial juega un papel equilibrador del sistema. En su implantación práctica inicial, el poder judicial emanado de la Revolución fue un vehículo para la implantación de las ideas liberales por medio de la aplicación imperativa de la ley emanada de la Asamblea Legislativa. El peso de la tradición y el orden social del absolutismo era una amenaza enorme contra las reformas revolucionarias, por lo que se precisaban jueces entrenados en la aplicación rígida de la ley, igual para todos. No se podía permitir ningún tipo de flexibilidad en la aplicación individual del derecho. El individuo debía ser tutelado por la ley y por los jueces, sin preguntarle al efecto su opinión, para convertirlo en ciudadano libre e igual. Lamentablemente, con el paso del tiempo la burocratización del sistema puso todo en su sitio, basta recordar la actualidad de El Proceso, de Kafka.

En el mundo anglosajón la experiencia fue distinta, puesto que la pérdida de los privilegios de la aristocracia con la Revolución de Cromwell, cien años antes de la francesa, la gestación de la Commonwealth, y el desarrollo del impulso democrático en las colonias inglesas, fortalecieron un sistema popular de justicia muy distinto, que hasta hoy conserva sus peculiaridades respecto al sistema continental europeo. La extracción popular y democrática de los jueces (frente a los que imponía la Corona), y su prestigio profesional y social, determinó que no existiera una dependencia tan rigurosa de la ley escrita como en el modelo denominado de “código civil”. La norma es consuetudinaria en muchos ámbitos, y el sistema ha generado medios más variados de realización del derecho (como el *minitrial*, las audiencias previas y el arbitraje), reservando para el proceso judicial, en la forma en la que lo entendemos nosotros, únicamente lo imprescindible, la intervención mínima.

Mientras tanto, el sistema del imperio de la ley escrita, con jueces férreamente sujetos a ella (muestra de desconfianza social en ellos), ha desarrollado el positivismo y su exacerbación.

La pirámide de Kelsen mostraba cómo cualquier conflicto de intereses tenía la respuesta legal adecuada dentro de la red normativa. Giovanni Papini ha ironizado sobre ello en su “cuento negro” La Máquina de la Justicia (narra el mayor estado imaginable de justicia, en que un ordenador, en el que se ha introducido toda la legislación y la jurisprudencia, indagaría, mediante unos cátodos conectados con el cerebro del justiciable, si es inocente o culpable, En este caso, la propia máquina se encargará de electrocutarlo, e incinerarlo, y entregar las cenizas a la viuda).

De hecho, el sistema fue puesto en entredicho por la actitud servil del sistema judicial en la Alemania nazi, en la Italia de Mussolini, en la Rusia de Stalin, o en la España de

Franco. La ley era la que estaba publicada en el boletín oficial y ningún individuo podía sustraerse a ella. En este sistema hipernormativo, unos jueces desprovistos de toda capacidad de crítica hacen cumplir la norma, como garantía de que el sistema tenga una implantación efectiva. La opinión del ciudadano que resulte perjudicado, y ni siquiera de la víctima, no tiene aquí ninguna relevancia. La eficiencia de la Administración de justicia pasa a medirse por el número de asuntos que tramita y decide.

El desarrollo social, la profundización de la democracia, el éxito de la economía occidental, y la nueva sociedad de hombres y mujeres libres, han evidenciado la crisis del sistema judicial de la Europa continental. En España se ha multiplicado por cuatro el número de juzgados, se modernizan las leyes, se quintuplica el número de jueces (en los treinta últimos años), y el sistema judicial sigue sin funcionar. Sin embargo, parece que nadie se para a pensar que en el Reino Unido, sólo con 1.200 jueces se ofrece, al doble de los ciudadanos de España (que cuenta ya con 5.000 jueces), una justicia de mayor calidad que la media de la Europa continental o, cuando menos, una justicia mucho mejor valorada entre la ciudadanía.

Igual ocurre en otros muchos Estados de *Common Law*, fundamentalmente Nueva Zelanda y Australia, y de forma más significativa en Canadá. Curiosamente es en estos Países en los que se desarrollaron los métodos alternativos de resolución de controversias en el último siglo, y en los que, en los últimos veinte años, se ha implantado y desarrollado la mediación.

En este escenario, cual es el papel del Juez?

¿Espectador, participante, garante?

El Juez es **espectador**, porque el proceso de mediación propiamente dicho se desarrolla fuera del Tribunal y además es CONFIDENCIAL, por lo que el Juez 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, -más de dos tercios, alrededor del 85% de los asuntos que fueron derivados al Servicio de Mediación Penal de Cataluña provenían de un órgano judicial, Juzgado de Instrucción o Juzgado de lo Penal- 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.

¿Cómo se posiciona el Juez ante la mediación? ¿Y por qué se está hablando hoy en múltiples foros, también en el seno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), entre Jueces, Profesores, mediadores, Juristas y no juristas....sobre mediación? ¿Cuál

es el proceso, dicho en sentido laxo, que nos ha conducido hasta aquí, partiendo de cero (año 1989... y siguiente década? La mayoría o una gran parte de los que participamos en estos foros tenemos la suficiente antigüedad en la Carrera Judicial y en el mundo de la Justicia para ser conscientes de que **hemos pasado de la nada a la efervescencia** cuando menos. Y tras la aprobación de la Ley de Mediación en el ámbito civil y mercantil, ha llegado la revolución a la abogacía. Por fin, los abogados y los Colegios que los representan han pasado en gran medida del recelo, de la indiferencia, a impulsar y liderar la implantación de la mediación.

El art. 117.3 de la CE nos decía –y nos dice- que 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.

Por tanto, se opta por la resolución de conflictos y la obtención de la Tutela Judicial efectiva, desde la **metodología clásica de la controversia judicial**, esto es, un 3º revestido de *autorictas* decide la controversia, con base en las Leyes, en precedentes Jurisprudenciales, y con motivación jurídica. **Es un sistema de HETEROCOMPOSICIÓN**, como también lo es el arbitraje... En este sistema, el ciudadano se queda al margen, y su papel es el de ser sujeto activo o pasivo en un proceso en el que unas terceras personas decidirán sobre sus intereses, o lo que consideren que son sus intereses, basándose en unos criterios de racionalidad preestablecidos en la ley por otras personas.

Junto a ello, en la propia sociedad han permanecido y se han desarrollado otros métodos de **AUTOCOMPOSICIÓN, fruto de la negociación de las partes**, o de la intervención de amigables componedores o hombres buenos, que en algunas culturas han desarrollado sistemas de resolución de conflictos con gran repercusión en la convivencia pacífica de la comunidad. (Los llamados en América Latina “facilitadores”, con mucha presencia e influencia en comunidades indígenas con dificultades de acceso a las instituciones formales de Justicia). Y entre los métodos de autocomposición destaca en nuestro ámbito la mediación.

Bien, ¿y porque se ha producido en las sociedades modernas el auge de estos sistemas de autocomposición, el auge de los llamados métodos alternativos de resolución de conflictos?

Algunas razones son:

1º.- la **complejidad** de la vida social y la **multiplicación** geométrica de los conflictos que se judicializan, que llegan a los Tribunales, mostrando la INSUFICIENCIA de los métodos clásicos de decisión, esto es, de los métodos heterocompositivos

2º.- la exigencia y el reto para el Estado de Derecho de implantar un sistema de **Justicia de calidad**, donde se garantice la tutela judicial efectiva que se preconiza en la CE, en su art. 24. Esta exigencia de calidad, unida a la exigencia de rapidez, es también

una demanda ciudadana, que se visualiza no solo a través de las encuestas de opinión sino también de lo que se revela a través de los medios de comunicación.

3º.-el paralelo avance o desarrollo de las ciencias humanísticas tales como la psicología, en especial la psicología jurídica, la sociología, la pedagogía, las Ciencias de la Comunicación, en el seno del Dº Penal, por el nacimiento de la Victimología, de los movimientos abolicionistas y en pro de la paz (tras la II Guerra mundial), que **han hecho que se revisen los modelos de Justicia y su función en determinados casos** en que la controversia necesita más que una decisión impuesta, con su consecuente secuela de ganador/perdedor, propio de la estrategia bélica clásica, necesita, digo, una **real y efectiva solución del conflicto que permita la PACIFICACIÓN de las relaciones sociales**, especialmente si las partes, han de seguir manteniendo una relación personal y directa en el futuro(familia, vecinos, compañeros de trabajo...)

Y aquí entramos en otra cuestión, ¿la **PACIFICACIÓN** de la vida social, de la vida en comunidad (fin último de la mediación), **nos compete a los Jueces?** ¿Nos compete si tenemos a nuestro alcance un **recurso de calidad y cualidad apropiada** a tal fin, como la mediación? Y quizás, para contestar a estas preguntas, deberíamos reflexionar sobre el modelo de juez que somos y el que nos gustaría ser.

Puede ayudarnos en el análisis François Ost, jurista y filósofo belga, que ha reflexionado atentamente sobre la evolución del rol del juez, en diferentes estudios a lo largo de los últimos 20 años y quien ya por el año 1991 publicó un artículo titulado “Júpiter, Hércules, Hermes, tres modelos de Juez”.

Primer modelo de Juez: Júpiter. Es aquel que “dice” la Ley desde lo alto de la Pirámide que le representa - la de Kelsen, podría ser - desentendiéndose de las consecuencias de sus decisiones. Representa lo imperativo, da preferencia a la naturaleza de lo prohibido. El Derecho en que se basa esta inscrito en un depósito sagrado, llámese Ley, código o constituciones modernas. Está marcado por lo sagrado y por la trascendencia. Mira desde arriba. También le representa una montaña.

Segundo modelo: Hércules. El Juez Hércules nos baja a la tierra. Le representa un Embudo (o pirámide invertida). Es un Juez semi-dios que se somete a la ingente y agotadora tarea de juzgar, y acaba por llevar al mundo sobre sus brazos. **Su autoridad radica en la decisión, no en la Ley.** Al código le sustituye el dossier. Mientras la pirámide sugería lo sagrado, lo ideal, el embudo evoca la materia, lo profano, incluso lo alimenticio.

El Juez Hércules tiene la misión agotadora e inagotable de llevar el mundo en sus brazos, y todo lo intenta resolver con esfuerzo de héroe: tanto resuelve sobre un derecho de visitas o dilucida sobre el interés del menor en un asunto de familia, como acuerda un desahucio, una orden de alejamiento, un internamiento de extranjero, o celebra y sentencia un juicio de faltas de injurias entre vecinas... Y así un día tras otro. Su símbolo, el Dossier, implica la proliferación de decisiones particulares; la singularidad y la abstracción de la Ley, propias del modelo jupiteriano, dejan paso a la singularidad y a lo concreto del juicio.

Tercer (y nuevo) modelo: El Juez Hermes. Hermes es el mensajero de los dioses, siempre en movimiento, está a la vez en tierra, cielo y los infiernos.

Ocupa resueltamente el vacío entre las cosas, asegura el tránsito de unas a otras. Es el dios de los mercaderes, preside los intercambios, es también el dios de los navegantes, supera travesías desconocidas.

Hermes es el MEDIADOR UNIVERSAL, el gran comunicador.

Su símbolo es la RED.

Es el Juez que corresponde a la complejidad del momento presente:

- Con multiplicidad de actores jurídicos
- Multiplicidad de los niveles de poder (europeos, nacionales, autonómicos, locales...)
- Multiplicidad de instrumentos jurídicos para discernir sobre su aplicación (Convenios internacionales bilaterales y multilaterales, Reglamentos comunitarios, Directivas, Constitución, leyes....)

François Ost define el derecho de los tiempos modernos como un **derecho “líquido”**, un derecho que, sin cesar de ser él mismo, se presenta en ciertas ocasiones en el estado fluido que le permite colocarse en las situaciones más diversas y ocupar así, suavemente, todo el espacio disponible. **Es el derecho que correspondería a lo que más tarde, Zygmunt Bauman** sociólogo polaco, y uno de los grandes pensadores europeos de la actualidad, premio Príncipe de Asturias de Comunicación y Humanidades 2010, **denominó como “modernidad líquida”**, la que corresponde a una sociedad cambiante donde prevalecen los intereses individuales, a una sociedad en crisis constante.

Pues bien, solo el Juez Hermes (su nombre romano , Mercurio , corresponde también, tal como fue denominado en la Edad Media por los alquimistas, oh coincidencia, al único metal líquido) puede darse cuenta del mundo que le ha tocado vivir y de que él sólo, no puede acometer su transcendental tarea de hacer Justicia, y que ha de echar mano , interconectar -recordemos que su símbolo es la Red- hacer servir , dar intervención a otros saberes , a otros expertos, a otros modelos que le ayuden , sin perder la autoridad, en su función de impartir Justicia. Otros modelos como la Mediación.

Todo esto que cuento aquí lo desconocía cuando en el año 2000 tuve el primer contacto con la mediación, en concreto con la mediación penal.

A ella llegué desde la insatisfacción, desde la curiosidad, un trabajo desbordante y la acumulación de “dossiers” sobre la mesa.

Cuando fui nombrada Juez de Instrucción de Barcelona, en el año 2000, entre los numerosos casos que me encontré había una causa, un robo con intimidación, que se imputaba a un joven de 17 años, y donde el Fiscal, a propuesta de la defensa, había pedido que se iniciase un proceso de mediación. En dicho proceso, el ciudadano víctima del delito pudo expresar la indignación y miedo que el hecho le había causado,

y pudo obtener explicaciones, que le debieron ser suficientes por cuanto llegó a un **Acuerdo de Reparación** con el infractor, primerizo y arrepentido de su acción. Este Acuerdo posibilitó un escrito de conformidad de acusación pública y defensa, donde se reconoció la atenuante muy cualificada de reparación del daño causado, y evitó el juicio.

Desde la revelación, con este primer caso, de la evidencia de las bondades del sistema – **víctima satisfecha, infractor responsabilizado, eficacia y economía de medios**- he llegado, tras numerosa práctica a lo largo de todos estos años, a la convicción de que se nos presenta ya un nuevo paradigma de Justicia, la Restaurativa, que aúna y supera los intereses de los ya viejos modelos de retribución y rehabilitación , por cuanto incorpora y da visibilidad a los intereses de la víctima, sirviéndose para ello , principalmente , de la mediación.

Y si acepto la mediación más radical a mi juicio, la mediación penal, como no aceptar la mediación en general como modelo complementario de Justicia, como sistema que propicia que las propias partes, con la ayuda de un tercero experto, decidan todo o parte de la controversia...

Y esto me llevó al mundo de los ADR

La mediación ha nacido como alternativa a la lucha por la victoria, y con ello se está remarcando uno de los objetivos de esta metodología, que es el de poner fin a los conflictos por medio de intentar encontrarles una **solución que pueda ser razonable para las dos partes**. Generalmente es una **solución constructiva**, y ello contribuye también a una **mayor cohesión social**, a una consolidación y **fortalecimiento de los vínculos en la sociedad civil**, y no hay que olvidarlo, a una **mayor calidad del producto de la justicia**. (En las encuestas de satisfacción llevadas a cabo por el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, en relación a su Programa de Mediación penal, en torno al 90% de usuarios declaran que han mejorado su visión de la Justicia tras su paso por un proceso de mediación)

Luis Rojas Marcos. Presidente del Sistema de los Hospitales Públicos de Nueva York, afirma que “la bondad, la compasión, la generosidad, y la empatía brotan en el ser humano con una extraordinaria facilidad y con un mínimo estímulo. La prueba fehaciente de que la mayoría de los humanos somos benevolentes es que perduramos. Si fuéramos por naturaleza crueles y egoístas la humanidad no hubiera podido sobrevivir”.

Luis Rojas Marcos (1995): ***Las Semillas de la violencia***, Espasa, Madrid, 217s

Concha Sáez, Secretaria Judicial , que participó en la primera experiencia piloto de mediación que se llevó a cabo en Madrid, en el orden penal, dijo algo parecido durante unas Jornadas sobre Mediación penal, dirigidas a Secretarios Judiciales, que se celebraron en Madrid el 12 y 13 de noviembre de 2008 en el Centro de Estudios Jurídicos : *En un entorno en principio hostil o cuando menos incierto, como en el seno de un proceso penal, por virtud de los mecanismos que la mediación introduce en el proceso se crean las condiciones idóneas para hacer posible que brote lo mejor de cada uno y que se produzca el –aparente- milagro de que quienes han llegado hasta*

*nosotros enfrentados (a veces hasta irreconciliablemente) se escuchen, atiendan los argumentos del otro, se disculpen y perdonen. Tener la fortuna de contemplar este fenómeno, desplegado de manera natural por los justiciables en los estrados ante nosotros, juristas ya en buena medida experimentados y en no poca descreídos, produce casi de manera tan inevitable como imperceptible una **notable alteración en nuestra manera de mirar, de contemplar, y por ende de analizar** los fenómenos humanos que constituyen la base de nuestro trabajo.*

Por tanto, depende de todos nosotros la posición que como Jueces queramos adoptar frente a la mediación, simples y perpetuos espectadores, participantes activos y convencidos, garantes y defensores de una tutela real y efectiva a conseguir a través de la mediación, y porque no, **activistas**, como yo.

De nosotros depende también ser Jueces- Hércules, aplastados por el peso del incesante trabajo que cada día tenemos ante nosotros, y por el peso de una opinión ciudadana que no nos valora suficientemente, no , al menos , como nos gustaría, o bien, Jueces- Mercurio, aquellos que , conscientes de los tiempos en los que le ha tocado desarrollar su función, reconocen y aceptan que la intervención de otros modelos de justicia como la mediación y de otros expertos , los mediadores, les pueden ayudar en su tarea.

No obstante, se necesita la ayuda e implicación de las Instituciones, y la complicidad y la confianza de los operadores jurídicos implicados, significativamente de Ustedes los abogados, para conseguir entre todos el reto al que nos enfrentamos: mejorar el sistema de Justicia del Siglo XXI, fomentando una mejor convivencia ciudadana, mediante la puesta en juego de herramientas o instrumentos que favorezcan el diálogo, la responsabilidad, el respeto, la dignidad...en la convicción de que se crea un efecto regenerador de las relaciones sociales e interpersonales que redundará, en definitiva , en el éxito y el reconocimiento de nuestras instituciones de justicia, que verán cumplir así el fin último que las legitima. Seamos ambiciosos en nuestros retos.

Rosa María Freire Pérez
Magistrada.
Profesora de la Escuela Judicial