

# BREVE ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA MEDIACIÓN



*Daniel Bustelo*

En la exposición de motivos del Proyecto en análisis, se hace mención a lo siguiente:

"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. En este sentido son de destacar las apreciaciones del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, de fecha 26 de agosto de 2016, pues constituye un documento de indudable valor por sistematizar el estudio de los cuestionarios emitidos por operadores jurídicos de todos los Estados miembros y que viene en términos generales a evidenciar determinadas dificultades en relación con el funcionamiento de los sistemas nacionales de mediación en la práctica, particularmente relacionadas con la falta de una «cultura» de la mediación en los Estados miembros....."

"Resulta también de especial interés el análisis efectuado por la Comisión Europea de las medi-

das utilizadas en otros Estados miembros para el fomento de la mediación, del que resulta cómo las legislaciones nacionales basculan entre la aplicación de mecanismos de incentivación y estímulo fiscal a las partes que recurren a la mediación, y mecanismos sancionadores para supuestos de rechazo injustificado a la misma. La Comisión concluye recomendando a los Estados miembros intensificar sus esfuerzos por fomentar y alentar el recurso a la mediación, petición que hizo suya el Parlamento Europeo en su Resolución de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008."

Estos aspectos que me parecen esenciales considerar, los trataré sobre el final de este artículo.

Este proyecto de Ley lo considero de un valor no sólo para España sino para todo el mundo en el que el tema de la Mediación es de consideración en los textos jurídicos y/o legales.

Esta importancia radica en que finalmente y tras

largos años de esfuerzo en discriminar los distintos medios adecuados de gestión de controversias, como por ejemplo en mi libro del año 2009, se discriminan los distintos medios disponibles.

Diferencia la mediación de la conciliación. Concepto fundamental para revalorizar la primera. Con el nombre mediación se había generalizado cualquier medio de intervención de un tercero en la gestión de una controversia.

Este Proyecto valoriza la mediación, remitiendo para su práctica y conceptualización a la ley 5 del año 2012.

Separa de ella con toda claridad, no solo la conciliación ante Notario y Registrador, sino también la referida la realizada ante letrado/a de la Administración de Justicia.

Avanza más aún. La delimita a la mediación con claridad, de la negociación entre parte, las llevadas a cabo por los letrados intervinientes por las partes, de la conciliación llevada a cabo por un tercero en un procedimiento distinto de la mediación, así como la opinión de un tercero y de la oferta vinculante.

Este avance conceptual pone fin a un totum revolutum surgido a partir de la sanción de la ley 5/2012 en cuanto que como he dicho, cualquier intervención de un tercero era una mediación.

El análisis de estas diferencias, excede el contenido de este artículo, pero es muy necesario hacerlo y que, en mi caso, a partir de una revisión de mi libro del 2009, lo amplíe a las figuras que legalmen-

te les da vida este Proyecto de Ley.

Está claro que deja abierta dos puertas a la des-

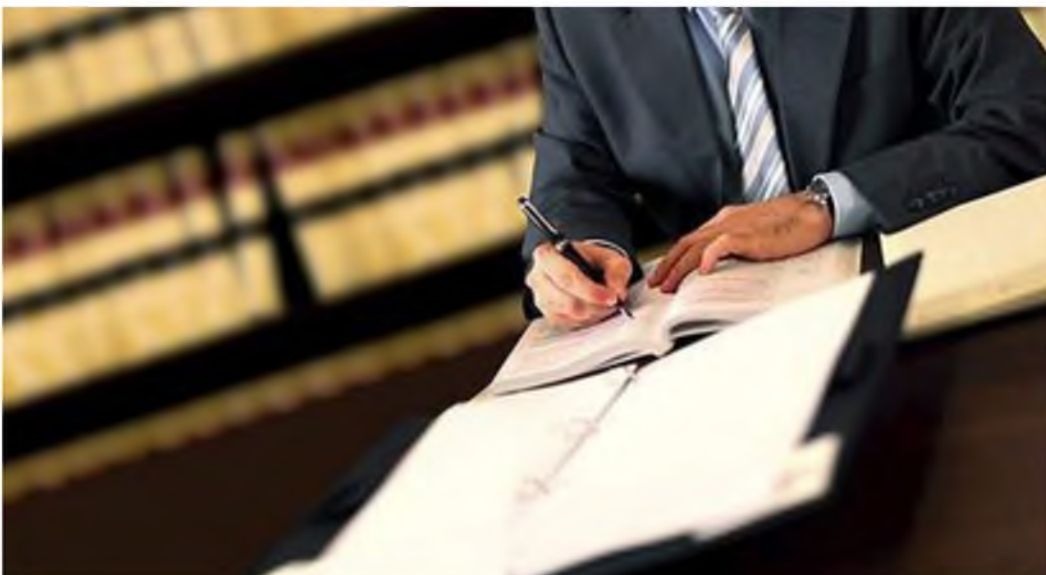


naturalización de la ley, cuando permite que el requisito de procedibilidad, se dé por cumplido con un escrito presentado por ambas partes en las cuales manifiestan haber intentado un acuerdo y que el mismo no fue posible, cosa que ocurre en una gran mayoría de los casos antes de que concurren a ver a sus letrados, o que éstos, convengan entre ellos/as manifestar que se ha intentado el acuerdo previo y este ha sido sin éxito y por lo tanto se da por cumplido también el requisito de procedibilidad.

Otro tema que queda abierto a una gran discusión y análisis, es la confidencialidad respecto de lo que se diga y pase en la mediación y en los demás medios adecuados que no exigen la presencia letrada, cuando están presente los letrados de las partes. ¿A ellos se le aplica la confidencialidad? Si así fuera, entonces, no podrían ser los letrados en el proceso judicial en caso de no llegar a un acuerdo que obligara al litigio. Pues el abogado no podría utilizar ninguna información conocida allí en el proceso judicial.

Ahora bien, si no existe para él o ella la obligación de confidencialidad, ¿dónde se ubica el lugar seguro para hablar con tranquilidad, por parte de los/as intervinientes, si luego los/as letrados/as presentes pueden usar toda esta información en el juicio?

A mi entender, los/as



abogados deben entender que sus clientes les necesitan como asesores a lo largo de toda la mediación en los temas referidos a derechos y obligaciones, pero para esto no hace falta que estén presentes.

Otro aspecto de la presencia de los/as abogados presentes a tener en cuenta, es su inevitable intención de hablar y dirigir el sentido de la conversación hacia la dirección que estima que más ayuda a su cliente/a. ¿Es requisito para la mediación que esta sea *In tuito personae*? Entiendo que absolutamente sí. No es delegable en los/as letrados/as ni en ningún otro/a tercero/a. En el caso de personas jurídicas, deben representarlas quienes toman en realidad las decisiones.

Quienes llevamos muchos años trabajando en Mediación, conocemos bien las resistencias por parte de los letrados de concurrir a la mediación. Sobran motivos para comprender esta actitud y esencialmente pasan por no haberles tenido en cuenta al momento de crear estos medios adecuados, sobre su futuro profesional, sus ingresos y su tarea. En relación a esta última, se llega hasta el punto de que se debe ser abogado ejerciente inscrito en un Colegio Profesional para poder litigar y si no se litiga, se es Licenciado en Derecho o abogado no ejerciente.

Por tanto, si no se trabaja desde los Colegios Públicos de Abogados y desde el Consejo General de la Abogacía Española con seriedad sobre este tema, será difícil que esta ley tenga el éxito que se desea. Entre los muchos temas a compartir con

los compañeros letrados, es que mi experiencia me enseñó que el valor de mi hora de trabajo era mucho más alta en la medida que, aunque cobrando menos, obtuviera un acuerdo de mediación. La otra alternativa, que ya fuera duplicando o triplicando los honorarios que pudiera establecer para obtener un acuerdo extrajudicial, la falta de acuerdo me demandará la realización de todo el proceso judicial, apelaciones y ejecuciones y por lo tanto el valor de mi hora de trabajo se reduciría a cifras insignificantes.

Toca volver a los primeros párrafos de este artículo y que hacen al fracaso para implantar lo que allí llaman la cultura de la mediación.

Es difícil implantar la cultura de la palabra, cuando la misma está tan devaluada por el tiempo que nos toca vivir de la post verdad, la imposibilidad de valorar la verdad, dado que los medios y las redes han llevado a que una mentira debidamente circulada y repetida, se transforma en verdad. El lenguaje se está esterilizando y con ello nuestro principal medio de trabajo como mediadores/as. La mediación será recibida por los futuros usuarios de la misma, cuando se comente entre la gente que es un lugar en donde se les escucha. En donde se sienten legitimados a decir lo que necesitan decir sin ser censurados ni juzgados. Y además que logran que el/la otro/a mediante les escucho y ellos/as le escucharon también. Se logró vivir por medio de la mediación, una experiencia vital entre seres humanos hablantes. Esa transmisión boca a oído será lo que hará a la mediación aceptada y valorada.

Por eso lo que propongo para revertir esta situación y que la entrevista previa impuesta como requisito legal para dar por cumplido el requisito de procedibilidad, es una oportunidad única que tenemos los mediadores/as para hacer lo que mejor sabemos, o deberíamos saber hacer. Esto es ESCUCHAR.

Ya habrá tiempo para cumplir con los requisitos legales de carácter informativo, pero POR FAVOR, dediquémosle al menos 10 minutos a cada participante para que pueda hablar y al reformularle y escribir en el rotafolio lo que ha dicho con sus palabras. Con solo esto bastará para que viva una experiencia nueva: La de ser Escuchado/a. Hecho esto con cada uno de los presentes, se podrá pasar a que puedan escuchar lo que nosotros/as





tengamos que decir respecto de la mediación y los requisitos legales, sobre todo de confidencialidad.

En esto los letrados de partes también pueden ser de gran ayuda. Si cuando les sugieren la mediación, les informan de que allí serán escuchados, que podrán hablar y decir y les explican las formalidades legales establecidas por la ley nos dejarán más tiempo para que puedan percibir la diferencia entre la mediación y los demás medios adecuados.

El ser humano es hablante. Esto hace a su existencia como tal. El ser humano está sujeto y determinado por el lenguaje y su verdadera potencialidad está en que ésta despliega una actividad de forma autónoma (de nuestra voluntad) y oculta que se expresa de muchas maneras. Está inmerso en un orden simbólico que lo determina.

A forma de metáfora, podemos decir que somos un poco como los icebergs, que muestran sólo una pequeña parte de los mismos, pero que están sostenidos por una porción mucho mayor que no se ve, que no se sabe qué forma tiene, pero que se sabe que allí está.

Por tanto, la función mediadora, permite crear un espacio seguro en donde la palabra, el decir y la escucha tienen plena legitimidad y posibilidad de expresión con el objetivo de que la gestión de la cuestión que traen los participantes pueda ser

apropiada por ellos para hacer con ella lo que mejor estimen conveniente para cada uno/a. Puede o no ser un acuerdo.

La función mediadora da entrada a que se hable de todo lo que los/as participantes desean y necesitan hablar.

Así en la mediación no se trata solo de la voluntad de hacerse escuchar, sino del modo en que hablo y de alcanzar un decir que me permita hacerme escuchar. A eso hay que arribar. No es un punto de partida, sino un punto de llegada. Que se escuchen es el punto de llegada. Que los/as participantes lleguen a escucharse es el punto de llegada al partir del cual ellos se apropian totalmente la gestión de la cuestión traída a la mediación.



*Daniel Pustelo*