


Reflexions sobre mediació i altres mètodes autocompositius des de l'experiència judicial

Carme Guil Román

Magistrada de l'Audiència Provincial de Barcelona i presidenta del Grup Europeu de Magistrats per la Mediació (GEMME) a Espanya

presidencia@mediacionesjusticia.com | 

Recepció: 19/02/2023, acceptació: 18/12/2023, publicació: 29/12/2023

Resum: Com a presidenta del GEMME a Espanya explico qui integra la nostra associació, com va néixer i quin és el seu objectiu actual. A banda d'aquesta informació, l'article reflexiona sobre la situació de la justícia i de la societat avui dia i sobre l'estat de la mediació i altres mètodes autocompositius de resolució de conflictes i la seva implementació al nostre país, amb una breu referència al projecte de llei d'eficiència processal que es va tramitar durant els anys 2022-2023 i que va quedar sense aprovar en la legislatura corresponent. Incorporo alguns exemples de mediacions en l'àmbit de la família i administratiu per visualitzar els beneficis i les fortaleses d'aquestes eines i la importància de canviar el paradigma actual de confrontació en el qual molts ciutadans estan instal·lats. La millora de la convivència i la defensa de la cultura de la pau són els nostres objectius principals, i considerem que tots dos integren la tutela judicial efectiva de la qual som garants segons la Constitució espanyola.

Paraules clau: justícia, mediació, conflictes.

Reflections on mediation and other self-compositional methods from judicial experience

Abstract: As the president of GEMME in Spain, I describe the members of our organisation, how it arose and what its current objective is. Besides this information, this paper reflects on the situation of justice and society today, as well as the state of mediation and other self-compositional methods of conflict resolution and their implementation in Spain, with a brief reference to the procedural efficiency bill that was discussed during 2022-2023 and ultimately not approved by the corresponding legislature. I incorporate some examples of mediation in the family and administrative spheres to illustrate the benefits and strengths of these tools and the importance of changing the current paradigm of confrontation in which many citizens operate. Our main objectives include improving coexistence and defending a culture of peace, and we consider that both form part of the judicial responsibility of which we are guarantors, according to the Spanish Constitution.

Keywords: justice, mediation, conflict.

1. INTRODUCCIÓ

1.1. *El Grup Europeu de Magistrats per la Mediació (GEMME)*

El Grup Europeu de Magistrats per la Mediació (GEMME) és una associació integrada per jutges, magistrats, lletrats de l'Administració de justícia, fiscals i altres professionals de l'àmbit judicial i de l'àmbit de la mediació com l'advocacia, la procuradoria, la psicologia i els mediadors.

L'associació va néixer a França l'any 2003, i posteriorment es van anar constituint altres seccions nacionals. Actualment, integren GEMME divuit seccions nacionals (Alemanya, Bèlgica, Bulgària, Croàcia, Espanya, França, Grècia, Hongria, Irlanda, Itàlia, Àustria, Portugal, els Països Baixos, Polònia, Romania, el Regne Unit, Suïssa i Ucraïna), i en són estats observadors Finlàndia, Letònia, Lituània, Luxemburg, Eslovàquia i Suècia.

La secció espanyola del GEMME es va constituir l'any 2007 i des de llavors hem anat treballant de forma incansable per la difusió de la cultura de la pau i perseguim que la cultura del diàleg s'estengui per millorar la nostra societat i el benestar dels ciutadans.

El nostre objectiu inicial era l'impuls de la mediació dins del sistema de justícia com a instrument de preferència perquè els protagonistes d'un conflicte puguin trobar una solució pacífica en el seu cas, amb l'ajuda d'un mediador i sense demanar la intervenció dels tribunals. Actualment, hem evolucionat com ho han fet la societat i la cultura del diàleg. De la mediació vam ampliar la mirada cap als ADR (Alternative Dispute Resolution), mètodes alternatius de solució de conflictes, fins a la recent terminologia dels MASC (mecanismes adequats de solució de controvèrsies).

Cal fer un aclariment abans de continuar. He parlat de conflicte, de controvèrsia. Ambdues paraules tenen un significat diferent: un conflicte és un estat constant de desacord entre dues o més parts, mentre que una controvèrsia és una expressió d'un conflicte en un moment específic. Tot i aquesta diferència, utilitzaré aquestes paraules com a sinònims en línia amb el llenguatge habitual emprat en mediació.

1.2. *El conflicte en la societat actual*

Hem estat testimonis en els darrers anys de com la confrontació social i política pot portar a malmetre la convivència. Hem vist que fàcil que és arribar a l'enfrontament entre ciutadans que defensen idees o postulats polítics diferents.

Vivim en una societat cada cop més complexa amb importants reptes vinculats a les xarxes socials i el *big data*, l'aïllament pandèmic i postpandèmica, entre altres qüestions. Lluny de cercar l'altre, d'esforçar-nos a entendre'ns, d'empatitzar amb l'altre, ens instauem sovint en el conflicte, en la manca de diàleg, en la negació dels drets de l'altra persona o en la desqualificació absoluta d'aquells amb els quals no estem d'acord. Ens hem situat en els extrems, en la polarització. Busquem sovint guanyar la batalla, enfonsar l'altre, que sigui vençut per sobre de qualsevol altra cosa. On ens porta aquest tarannà?

Resulta curiós com el llenguatge reflecteix clarament aquestes tendències. Polítics i comunicadors han normalitzat paraules com *batalla*, *guerra*, *enemic*. Tot es planteja en clau de vèncer o ser vençut. Aquestes paraules, aquest llenguatge, són sovint la llenya que alimenta el foc de la confrontació i provoca l'escalada de qualsevol conflicte, un autèntic incendi difícil de controlar.

2. LA JUDICIALITZACIÓ DEL CONFLICTE: CAUSES I CONSEQÜÈNCIES

Aquest efecte el veiem clarament en els jutjats i tribunals. Qualsevol diferència entre veïns arriba amb certa facilitat a un judici per amenaces, per coaccions o fins i tot per maltractament o lesions. Les ruptures matrimonials es porten als tribunals perquè sigui

un jutge qui decideixi amb qui han de viure els fills o com han de relacionar-se els pares amb els seus fills. Fins i tot aquells que en el moment del divorci van ser capaços de pactar un conveni de mutu acord cauen després en la confrontació per qüestions nímies del quotidià dels fills comuns.

Com a membre de l'Administració de justícia des de fa més de trenta anys, he constatat que la nostra cultura ha estat la confrontació. Lluny d'intentar solucionar els problemes, les disputes o les diferències amb la paraula, els ciutadans deixem la solució en mans de la justícia. Qualsevol problema que sorgeix entre veïns, companys de feina, consumidors i empreses acaba als tribunals. Els trencaments de parelles, les relacions paternofiliars o intrafamiliars, les herències sovint acaben en demandes judicials o fins i tot en l'àmbit penal, si el conflicte ha escalat fins a la violència verbal o física.

Sovint he dit que els tribunals no només no solucionem problemes, sinó que en moltes ocasions els fem més grans. Cercar la solució d'un conflicte en una resolució judicial és en moltes ocasions un error. Els paràmetres utilitzats en la decisió de l'òrgan judicial són en clau de legalitat i sovint es prescindeix d'una visió global del conflicte per situar-se en exclusiva en una part d'aquest. Els juristes vesteixen el conflicte amb un vestit a mida, demanen una decisió judicial que pot no coincidir amb els interessos reals de les parts ni amb les seves necessitats.

En un procés judicial la representació lletrada de cadascuna de les parts planteja la seva petició d'acord amb una normativa concreta i demana a l'òrgan judicial un pronunciament en clau d'estimació de la demanda o bé de desestimació d'aquesta. El llenguatge utilitzat és sovint arcaic, farcit de frases subordinades i de gerundis per donar aquesta aparença jurídica i allunyar el ciutadà de la comprensió d'aquest llenguatge. En els judicis es manté aquest distanciament. Són els professionals de l'advocacia els qui assumeixen la defensa de la postura de la part. Aquestes intervenen com a testimonis i es limiten a contestar les preguntes que els fan, preguntes tancades i amb certa freqüència suggestives, que tallen tota possibilitat a l'expressió lliure del ciutadà per entendre el seu interès i les seves necessitats.

D'altra banda, el gran nombre de litigis fa que els jutges no puguin dedicar al judici oral el temps que requeriria en moltes ocasions per poder entendre quina és la controvèrsia real i quina seria la millor solució.

On ens porta aquesta tendència que malauradament està generalitzada? Les conseqüències no són només el col·lapse de l'Administració de justícia, sinó una convivència crispada i instaurada en les disputes. Una societat amb més diferències i més dificultats, amb pitjor qualitat de vida i amb ciutadans més aïllats.

A més, els professionals que defensem els mitjans adequats de solucions de controvèrsies no volem buidar els jutjats, no es tracta només d'eficiència en el procés. Defensem que cal fomentar els mètodes autocompositius, aquells on el protagonisme el tenen les parts en conflicte perquè siguin elles les que, amb ajuda de professionals adequadament formats, puguin resoldre les seves diferències.

3. MEDIACIÓ I JUSTÍCIA: EL PROJECTE FALLIT DEL *PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA*

La mediació va ser regulada al nostre país, seguint les pautes europees, a la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils. Malgrat la previsió legal i les campanyes més o menys encertades de difusió a la ciutadania, no ha acabat de generalitzar-se. Més de deu anys després, es va presentar un altre projecte de llei que sota el nom de *Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal en el servicio público de Justicia* tractava d'imposar l'ús dels mètodes alternatius (al judici) de solució de

controvèrsies (MASC) com a requisit de procedibilitat. La tramitació parlamentària va ser feixuga i les esmenes dels diferents grups parlamentaris i sectors professionals van ser nombroses —més de 900. La convocatòria d'eleccions i la fi de la legislatura van deixar pendent la seva aprovació i caldrà començar un altre cop. Ha estat, doncs, un enèsim intent de millorar el servei públic de justícia.

Des del GEMME vàrem fer propostes de millora i canvis en la redacció. Sense ànim de crítica, sinó d'aportació constructiva, vam dir públicament que el projecte de llei parteix d'una premissa equivocada, ja que torna a posar al centre el litigi, el procés judicial. El requisit de procedibilitat esdevé un obstacle per accedir directament al procés, però realment no tracta d'abordar el conflicte de fons. Aquest sí que seria un canvi radical en relació amb l'actual paradigma.

Algunes de les aportacions del projecte de llei ja les havíem proposat des del GEMME i han estat implementades per alguns òrgans judicials com són la condemna en costes en cas d'abús del servei públic de justícia. Així, alguns jutjats o tribunals han imposat les costes a aquella part que planteja qüestions ja resoltes anteriorment pel mateix òrgan o per un altre o bé quan les parts no han intentat un acord essent aquest possible i recomanable. En aquests casos es considera que hi ha un abús de dret que justifica la imposició de les costes.

També hem reclamat que se suprimeixi l'exclusió dels MASC en els procediments laborals o els contenciosos administratius pel fet de ser matèries on estan actualment funcionant les derivacions intrajudicials a mediació i donant resultats molt rellevants.

Més enllà d'aquest projecte de llei, el canvi real esdevindrà quan la ciutadania deixi de pensar com a única opció per resoldre els seus problemes la formulació d'una demanda, és a dir, instar la via judicial. Aquesta hauria d'estar reservada a aquells supòsits on cal una resolució judicial, ja sigui per la importància dels drets en joc, sigui per la quantia o el nombre d'afectats, entre altres casos. Aquell projecte de llei, tot i parlar en el seu preàmbul del sistema multiportes, no el preveu com a tal, sinó que estableix com a requisit de procedibilitat qualsevol acció negociada entre les parts que es pugui documentar, fins i tot una oferta vinculant, que poc té, des del nostre punt de vista, d'autèntic mètode de resolució de controvèrsia.

4. LA MEDIACIÓ: REPTES I LIMITACIONS

Caldria, doncs, un veritable canvi de paradigma, amb unitats de MASC dins del sistema judicial que estableixin quin és el mètode adequat a cada conflicte per dirigir les parts cap a aquest. Caldria garantir no només l'accés a un marc ampli de justícia a qualsevol ciutadà independentment de la seva capacitat econòmica, sinó especialment un equip de professionals que integressin aquestes unitats i que tinguessin una formació integral sobre el conflicte. Aquest seria un veritable sistema multiportes com existeix en altres països del nostre entorn.

El sistema multiportes o *Multi-door Courthouses* va ser formulat per Frank Sander a la Universitat de Harvard el 1976 i ha estat implementat a diferents països sobretot de la *common law* amb diferències evidents. Així i tot, aquest sistema aposta per una adequada anàlisi del conflicte —clau de l'èxit del sistema— i la proposta al ciutadà del mètode adient de resolució d'aquest, que en alguns casos serà la mediació, en altres, la conciliació i en altres, la decisió judicial.

Caldria també, sense cap mena de dubte, un canvi entre els juristes. Professionals de l'advocacia o de la procuradoria han d'assessorar els seus clients sobre la millor opció per resoldre el seu cas. Això és encara una utopia al nostre país. Malgrat els esforços dels

col·legis professionals i la proliferació de serveis de mediació dins d'aquests, són encara pocs els advocats que ofereixen com a única sortida el plet. Cal, doncs, un canvi en el mateix ADN dels juristes, i aquest només es pot produir si hi ha una transformació profunda també a les nostres escoles i a les facultats de dret.

Com he repetit, des del GEMME defensem la mediació i els altres MASC o ADR per la nostra experiència judicial. Considerem que la llei no aprovada s'equivocava en col·locar en un pla d'igualtat tots aquests mètodes, malgrat que la mediació té un recorregut i un desenvolupament entre els professionals molt important. Els requisits per ser mediador, la formació inicial i continuada, les supervisions o avaluacions externes, l'ús de les comediacions o d'altres eines com la conciliació permeten garantir la qualitat de la intervenció d'aquests professionals.

Sabem que no tots els conflictes són mediables, però sí que ho són una bona part sempre que hi hagi una adequada informació a les parts en conflicte i un bon professional a càrrec de la mediació. Sabem que ha de prevaler la voluntarietat i la confidencialitat, però que els acords a vegades parcials o de mínims són motor de canvi en el comportament de les persones i afavoreix el fet de deixar enrere les posicions enrocades o inamovibles.

Un exemple en són, sense cap mena de dubte, les mediacions transformatives en casos de ruptures matrimonials a les quals abans feia referència. La lloable tasca negociadora entre els professionals de l'advocacia que representen cada membre de la parella pot esdevenir útil per la signatura d'un conveni de divorci de mutu acord. Fins i tot es poden negociar els aspectes més col·laterals de la relació futura amb els fills i plasmar-los en aquest conveni. Es garanteix així la manca de conflictes futurs? De cap manera. De fet, és evident que la parella que no ha estat capaç de seure a dialogar per organitzar aquest futur dels fills en comú tindrà conflictes per qualsevol qüestió, conflictes que porten greus i doloroses conseqüències per a aquests infants.

En aquests casos hem pogut constatar que la mediació és un instrument útil per ajudar les parts a abordar precisament els motius de la ruptura, l'acceptació d'aquesta i per reivindicar els fills en comú com a interès superior a garantir. El professional de la mediació treballa amb cada membre de la parella les seves fortaleses i debilitats i els ajuda els dos que puguin dialogar i arribar a un acord amb una finalitat comuna. Els acords pactats entre la parella seran no només acceptats, sinó que en la seva execució s'eviten la major part de problemes derivats sovint en la manca de diàleg, la ira o fins i tot l'odi cap a l'altre. Difícilment aquestes necessitats i interessos de les parts es poden solucionar amb una sentència judicial. Cal que els ciutadans s'adonin de les limitacions de l'abordatge judicial de molts dels conflictes perquè s'esforcin per prioritzar solucions extrajudicials.

5. UN ALTRE EXEMPLE DE MEDIACIÓ EXITOSA

Un altre dels casos paradigmàtics on la mediació dona bons fruits ha estat en l'àmbit comunitari, fins i tot quan hi ha implicada l'Administració amb els seus rígids procediments.

Esmento com a exemple el cas de l'edifici Fenosa, entre molts altres de més propers i més recents, perquè considero que visibilitza clarament les possibilitats de la mediació en conflictes enquistats. En aquell cas, la sala del contenciós administratiu del Tribunal Superior de Justícia de Galícia va derivar a mediació el plet en fase d'execució. Els antecedents eren que l'any 2001 s'havia anul·lat una llicència de rehabilitació de l'edifici, llicència atorgada per l'Ajuntament d'A Coruña el 1997. La principal dificultat d'executar aquella sentència era precisament que comportava l'enderroc de construccions

preexistents amb greu afectació a les persones que feia anys que vivien a l'edifici. La mediació va aconseguir dos acords: un entre l'ajuntament i els que havien instat l'anul·lació de la llicència i un altre entre l'ajuntament i la comunitat de propietaris de l'edifici.

En ambdós acords es reconeix que el cost de l'enderroc de les construccions i de les indemnitzacions afectaria tota la comunitat, ja que donaria lloc a pujades d'impostos i reducció de la despesa en serveis públics. A partir d'aquestes premisses s'arriba a acords consistents en la construcció d'un edifici d'habitatges de protecció oficial per part de l'ajuntament o l'adopció d'un protocol de bones pràctiques urbanístiques per prevenir casos com aquest en el futur.

Els acords van ser homologats per la sala contenciosa administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Galícia tot i el vot discrepant d'alguns magistrats a la interlocutòria abans esmentada.

Creiem que és un clar exemple del que pot aconseguir la voluntat de posar fi a un llarg conflicte amb acords on les parts siguin reconegudes i se sentin satisfetes i on es va prioritzar el bé comú i l'interès general per sobre dels interessos de les parts.

Aquests exemples ens han de portar a una reflexió important. La neurociència ens ensenya com canvia el nostre cervell amb l'educació i l'aprenentatge, amb la lectura i el llenguatge. És, doncs, clar el potencial transformador que té la paraula, l'aprenentatge del procés comunicatiu.

6. JUSTÍCIA RESTAURATIVA

També podem parlar de nou paradigma en l'àmbit penal per la introducció i el desenvolupament de la justícia restaurativa, que és la meua principal lluita com a magistrada de l'àmbit penal.

El sistema penal s'ha centrat en els fets delictius i la resposta sancionadora per a la persona responsable del delictes. S'ha focalitzat en la punició com a única resposta. Ha oblidat sovint la part perjudicada pel delictes, les víctimes, fet que ha determinat el desenvolupament d'una nova visió de la resposta al delictes més atenta a la víctima i al mal ocasionat a la comunitat que s'ha de restablir.

Ens diu la Recomanació CM/Rec(2018)8 del Comitè de Ministres als Estats membres en matèria de justícia restaurativa penal adoptada el 3 d'octubre de 2018 que «La justícia restaurativa fa referència a qualsevol procés que permeti a aquelles persones danyades pel delictes i a les persones responsables del mal a participar activament, si donen el seu consentiment lliurement per a això, en la resolució de les conseqüències resultants del delictes, amb l'ajuda d'un tercer independent i qualificat (en endavant, “el facilitador”).

»La justícia restaurativa consisteix en un diàleg (ja sigui directe o indirecte) entre la víctima i l'ofensor, i també pot implicar, si escau, altres persones afectades per un delictes directament o indirectament. Entre elles, pot haver-hi persones de suport de les víctimes i dels ofensors, professionals pertinents i membres o representants de les comunitats afectades. En endavant, a l'efecte de la present Recomanació, es fa referència als participants de la justícia restaurativa com “les parts”».

Aquestes noves metodologies s'han implementat a molts països i han permès la reparació directa o simbòlica de moltes víctimes, fins i tot de delictes molt greus com assassinats o terrorisme. Aquí a Catalunya aquest passat mes de novembre de 2023 s'han complert els 25 anys de justícia restaurativa per a adults, que ha comportat la publicació del llibre *La praxi del programa de justícia restaurativa a Catalunya: narratives, reflexions i aprenentatges des de la facilitació*.

7. REFLEXIONS FINALS

En una societat cada cop més individualista, i després de quasi vint anys, al GEMME continuem defensant la mediació i els altres mitjans autocompositius, perquè creiem que molts dels problemes que diàriament sorgeixen són fruit de la manca de diàleg i la carència d'habilitats de comunicació com a ciutadans, com a consumidors o com a veïns.

Aquestes habilitats que tan bé coneixen els professionals de la mediació fomenten l'escolta activa, l'empatia i la comprensió cap a l'altre i el seu reconeixement. Fomentar el diàleg entre veïns millora la convivència social. Millorar l'empatia facilita la comunicació i evita els conflictes. Escoltar l'altre permet entendre'l o, si més no, garanteix una millor interacció social. Aquestes són les bases de la convivència pacífica. Des del GEMME volem proclamar aquesta cultura de la pau i la convivència pacífica. No és una utopia, no és cercar l'absència total de conflictes, sinó buscar la solució pacífica de cada controvèrsia.

Aquest any se celebren els vint anys de la constitució de GEMME a Europa. Com a membres de l'Administració de justícia estem obligats a la defensa dels drets del ciutadà. L'accés a la justícia és un d'aquests drets universals, però aquest accés no es veurà satisfet tan sols amb la possibilitat d'instar un procés judicial. La tutela judicial efectiva implica oferir a cada ciutadà la millor solució per al seu problema. En molts casos aquesta solució és a les pròpies mans del ciutadà, només cal ajudar-lo, afavorir que ell prengui el protagonisme. Les solucions fruit del diàleg i l'acord són més satisfactòries i eviten alhora nous conflictes. Cal, doncs, afavorir-les. Per això pensem que el sistema multiportes vigent en països del nostre entorn europeu al qual abans fèiem referència és la millor garantia d'accés a la justícia per al ciutadà.

Més enllà de la nostra tasca en l'àmbit judicial i intrajudicial, hem creat xarxa amb altres institucions amb les quals compartim el nostre objectiu. Així, hem signat convenis amb universitats, la CUEMYC,¹ defensors del poble (Andalusia i les Canàries), el Consell General del Poder Judicial, el Consell General de l'Advocacia Espanyola, el Consell de Col·legis de Psicòlegs o cambres de comerç, entre molts altres. Som, doncs, referents en la lluita per la convivència pacífica i la cultura de la pau. El nostre emblema és «mediació és justícia». www.mediacionesjusticia.com. Perquè parlem de dignitat i solidaritat amb els membres de la nostra comunitat, parlem de reconeixement i de solucions, de diàleg. Parlem de justícia.

¹ Conferencia de Universidades para el Estudio de la Mediación y el Conflicto.