

Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables

XAVIER ABEL LLUCH
COORDINADOR

 **unijes**
universidades jesuitas

 UNIVERSIDAD ICAI PONTIFICIA ICADE
COMILLAS
M A D R I D

 Universidad de Deusto
Deusto

 **ESADE**
Facultad de Derecho
Universidad Ramon Llull

 **JB**
BOSCH EDITOR

Xavier Abel Lluch
COORDINADOR

Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables

2014

JYB
BOSCH EDITOR

© JULIO 2014 XAVIER ABEL LLUCH (Coordinador)

© JULIO 2014

JTB BOSCH
EDITOR

Librería Bosch, S.L.
<http://www.jmboscheditor.com>
E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN: 978-84-942709-1-8
D.L.: B 14800-2014

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà (cspaya@sbeditorialdesign.com)

Printed in Spain – Impreso en España

Relac

ALONSO
Profes
de Des
Comit

ÁLVAREZ
Profes
intern
Gastó
Univer

ANGULO
Docto

AÑOVER
Profes
intern
de Des
Univer

ARANGÚ
Cated
Univer

ARENAS
Cristina C
Profes
Univer

ARMAZA
Investi
Intern
de Bio
Genom
de Des
País V

ARNÁEZ
Docto
de Des
Univer

ARRIETA
Profes
del Tr
Social

Cuando la resolución alternativa del conflicto deviene principal

LUIS BUENO OCHOA

Profesor del área de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho
Universidad Pontificia Comillas de Madrid (ICADE)

RESUMEN: 1. LA CRISIS DEL DERECHO COMO PRESENTACIÓN. 2. LA VÍA DE SOLUCIÓN PRINCIPAL EN DECRESCENDO. 3. LOS CAUCES ALTERNATIVOS IN CRESCENDO. 4. ¿UN EPISODIO MÁS EN LA CRISIS DEL ESTADO?

«Es un juego de palabras!», tuvo que explicar el Rey, muy irritado, y todos rompieron en sonoras carcajadas.

«Que el jurado considere su veredicto!», ordenó el Rey por enésima vez aquel día.

«No, no!», atajó la Reina. «¡La sentencia primero!... ¡Ya habrá tiempo para el veredicto después!»

«Qué insensatez!», exclamó Alicia en voz muy alta. «¿A quién se le ocurre una cosa semejante? ¡La sentencia antes que el veredicto!»

«A callar!», vociferó la Reina poniéndose morada de rabia.

«Pues no me callo!», respondió Alicia.

«Que le corten la cabeza!» chilló la Reina con toda la fuerza de sus pulmones; pero nadie hizo el menor movimiento.

(Alicia en el País de las Maravillas, de Lewis Carroll)

1. La crisis del Derecho como presentación

El concepto de crisis, qué novedad en los tiempos que corren (desde hace ya tanto tiempo que se sepa hasta cuándo más), es el que sirve de abrigo, es un decir, a la exposición; tanto *ab initio* (una crisis que apunta, más que al proceso, al Derecho) como también *in fine* (la crisis se extiende o, por mejor decir, termina apuntando, como se tendrá oportunidad de comprobar al final del recorrido, al Estado).

La noción de crisis, tan manida, hay que conjugarla, en el caso concreto que nos va a ocupar, con la del «mundo al revés». La cita de la entradilla, tomada de «El Testimonio de Alicia», del capítulo 12 y último de la inmortal obra de Lewis Carroll, sirve para ilustrar la inversión de lo principal y lo alternativo, y, valga el énfasis, *viceversa*, que es lo que se relatará, *obiter dicta*, en la recreación de esta especie de

Wonderland: un «mundo maravilloso» en el que, obviamente, lo primero va antes y lo que va antes, más obviedades que pudieran dejar de serlo, es la solución (léase, en acuerdo con la célebre cita, la sentencia, es decir, el Fallo; que antecede, en verdad, suplanta, a la decisión llamada veredicto).

La exposición se planteará avanzar, a través de ejemplos elocuentes, en la inversión de lo principal y lo alternativo que está operando y que, a buen seguro, seguirá haciéndolo en el ámbito –el de la resolución de la conflictividad interhumana– que nos concierne: lo (que era) alternativo pasa a ser principal, expandiéndose en tanto en cuanto lo (que era) principal pasa a ser alternativo, encogiéndose.

Para ser más precisos y tratar de explicar este proceso, llamémosle asimétrico, diremos que la vía judicial, de carácter principal (originariamente), configurada a partir del *principio de tutela judicial efectiva*, ex artículo 24 de la Constitución, está el paso a los cauces alternativos (léanse, en síntesis, el arbitraje y la mediación, en perjuicio de otras fórmulas, incluso híbridas) que, ciertamente, dejan de ser –alternativas–, que están dejando de serlo; convirtiéndose, o estando en trance de convertirse, éstas en las fórmulas estándar de resolución de conflictos.

Al término de la exposición reaparecerá, como queda dicho, la noción de crisis. Esta vez, trascendiendo la circunscrita al mundo del Derecho alcanzará cuestiones interrogantes al Estado. Veremos cómo.

2. La vía de solución principal *in decrescendo*

El artículo 24 de la Constitución, en sede de derechos fundamentales, constituye una garantía para el justiciable que enlaza, propiamente, con uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico; el valor justicia, expresamente recogido en el artículo 1.1 del texto constitucional, enunciado justo después de la libertad e inmediatamente antes que la igualdad y el pluralismo político.

El precitado artículo 24 de la *norma normarum* convierte a la autoridad de los jueces y magistrados en una garantía a la hora de plantearse dar inicio a una de las vías, la más significativa, en tanto que principal, hasta ahora, de resolución de la conflictividad interhumana. Resolución de los conflictos en los que los jueces, generalmente, como apuntaba nuestro Premio Nobel Camilo José Cela en *El asomado del perdedor* (1994), «no tienen la misión de arreglar el mundo sino evitar que se deteriore aún más».

Recurrir al «auxilio judicial» como *ultima ratio*, fórmula de estilo forense habitual con que suele cerrarse el relato de hechos de los escritos de demanda que, o por mejor decir, está quedando en desuso. Y es que, al parecer, el aumento de litigiosidad no resiste el más elemental –por prioritario, por crucial– *análisis económico del Derecho*. Deviene obligado, pues, no queda otra opción –al parecer, nuevamente– para que cambie el estado de cosas, de suerte que se verá suplantado el carácter prin-

JESÚS BUENO OCHOA

... de la vía judicial hasta hacer de ésta, en sentido estricto, una auténtica *ultima ratio* accesible en un contexto de considerables restricciones, fácticas y propiamente jurídicas.

Precisamente, ese conjunto de restricciones –en boga– del acceso a la vía judicial constituye el núcleo de la exposición que avanza, en paralelo, con el creciente protagonismo que están adquiriendo esas otras vías alternativas. El presente apartado no reparará, sin embargo, en una relación detallada de las antedichas restricciones; tampoco el apartado siguiente se detendrá, con pretensión de exhaustividad, a la hora de dar cuenta del auge de los cauces alternativos de resolución de conflictos. Se optará, en cambio, tanto en un caso como en el otro, por mencionar y explorar, sucesivamente, a través de ejemplos elocuentes un acervo suficiente que demuestre la presencia de la preanunciada noción de crisis, *ex ante*, del Derecho, y *ex post*, del Estado; y es que son estos tiempos de crisis los que van a propiciar una visión de conjunto como presupuesto de la acción de problematizar y jalearse el espíritu crítico.

Nos limitaremos a relacionar en el actual apartado, según lo expuesto, algunos ejemplos que apuntan en la dirección primeramente indicada que no es otra sino la que se propone poner coto a la litigiosidad. ¿Cómo? En general, diríamos que, so pretexto de invocar razones de eficiencia, por no hablar, más crudamente, de rentabilidad, hay que modular, o hacer razonable (léase, sin más ni más, restringir), el acceso a los tribunales. Recorreremos, a través de ejemplos, como queda dicho, los diferentes órdenes jurisdiccionales hasta culminar con el conocido, mediática y coloquialmente, como «el tasazo», cuyo protagonismo –su papel estelar no es discutible– corresponde al titular de la cartera de justicia, Ruiz-Gallardón.

Aunque comencemos remontándonos muchos años atrás no está de más hacer memoria y recordar que el régimen jurídico de la ejecución provisional, luego de la entrada en vigor de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), constituyó un punto de inflexión al verse superada la regulación del antiguo artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1888. La nueva regulación, en vigor desde enero de 2001, supuso, no obstante los matices procedentes, la posibilidad de instar, y obtener, la ejecución provisional de las sentencias de condena, que no sean firmes, sin necesidad de «... ofrecer la constitución de fianza, con exclusión de la personal, o aval bancario suficientes para responder de lo que perciba y de los daños, perjuicios y costas que ocasionare a la otra parte». Los artículos 524 y siguientes de la vigente Ley Procesal Civil han supuesto, bien mirado, un fuerte elemento disuasorio a la hora de que el litigante vencido en la instancia se plantease recurrir en alzada. Los recursos de apelación en el orden jurisdiccional civil han sido menos, muchos menos, de los que podrían haber sido interpuestos en otras circunstancias. El régimen de la ejecución provisional, nadie lo pondrá en duda, ha tenido un indudable carácter restrictivo de cara a la segunda instancia.

En el ámbito penal, aunque nos hagamos eco, en este segundo caso, de un planteamiento de *lege ferenda* al hacer alusión al anteproyecto de Código Procesal Penal del que tanto se viene hablando en las últimas fechas, también presta acogida a

la restricción a que nos referimos. Podría ser oportuno mencionar el alcance y la significación de las –protocolizadas– conformidades; sin embargo, será suficiente aludir por su indudable impacto social, a la eventual, por futura, o por probable, *desjudicialización de las faltas*. Pensemos en el ámbito de la seguridad vial y en las víctimas de los accidentes de tráfico que no podrán acudir a la vía de los juicios de faltas y, particularmente, a los informes de sanidad de los Médicos Forenses (caracterizados por tres notas, al menos, como la imparcialidad, el prestigio y, también, claro está, la gratuidad) con miras a acreditar la valoración de los daños corporales, ya sea a través de los días de incapacidad (no impositivos, impositivos y/o de hospitalización) o sea a través de las secuelas (como lesiones permanentes de carácter invalidante).

También en el orden de la jurisdicción contencioso-administrativa ha operado un cambio de circunstancias que desalienta al decidir formular demandas ante los órganos que integran dicha vía jurisdiccional. La modificación operada del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, a través de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, ha instaurado, en la primera o única instancia, el principio objetivo del vencimiento en línea con lo previsto al efecto en el artículo 394 LEC. Con la regulación anterior a la reforma, el mencionado artículo 139 de la Ley Jurisdiccional disponía, en su apartado 1, que en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, al dictar sentencia o al resolver por autos los recursos o incidentes, impondrá las costas, a la parte que sostuviere su acción o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad. No obstante, se imponían las costas a la parte cuyas pretensiones hubieran sido desestimadas cuando de otra manera se haría perder al recurso su finalidad. Proseguía el indicado precepto señalando que en las demás instancias se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. En virtud del cambio objeto de comentario, el recurrente podrá ahora resultar acreedor de una condena en costas en la instancia pero, asimismo, podrá también resultar condenado, asumiendo, en consecuencia, un riesgo que antes no concurría y que puede tener repercusión, reiterémoslo, a la hora de plantearse recurrir a la vía jurisdiccional.

En el ámbito de la jurisdicción social no será ocioso incidir en la impronta que tiene, en general, la vía de la conciliación; tanto si nos referimos a ese momento previo que tiene lugar ante el SMAC (Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación) como, propiamente, ante el órgano jurisdiccional. La vigente Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social ha reforzado, incluso, la conciliación extrajudicial o la mediación y el arbitraje (art. 64.3). A la conciliación previa se han añadido la mediación y los laudos arbitrales. En caso de que una de las partes no comparezca en el acto obligatorio de conciliación o mediación, no se impondrá multa como ocurría anteriormente, sino las costas, hasta el límite de 600,00 € (art. 66.3). La transacción judicial se admite en cualquier momento del proceso, incluida la ejecución. Ni que decir tiene que el carácter supletorio de la LEC, *ex* art. 4 del mismo texto legal, planea en la redacción del conjunto de los artículos 63 a 68 que

versan sobre la conciliación o mediación previas y los laudos arbitrales (véanse, especialmente, en este sentido, los arts. 414-415 LEC).

Tras los cuatro ejemplos precedentes, con los que se ha pretendido ilustrar acerca de esa corriente restrictiva que está presente en los distintos órdenes jurisdiccionales, llega el momento de ver culminado este apartado con la promulgación de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE núm. 280, de 21/11/2012); ulteriormente atemperada, aunque sea mínima —o *cosméticamente*— atemperada, a través del Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de justicia gratuita.

Sobre el llamado «tasazo» se podrían decir tantas y tantas cosas, sobre todo porque se trata de un asunto no cerrado, o si prefiere *sub iudice*, toda vez que, tras la admisión de varios recursos de inconstitucionalidad está pendiente de decisión por parte del Tribunal Constitucional. Nos limitaremos, a efectos indicativos, a mencionar un par de iniciativas; a resumir las noticias más sobresalientes en lo que va de año (nos referimos al año 2013 y, más en concreto, hasta mediados del mes de junio, que es cuando se redactan estas páginas) y, por último, consignaremos, sintéticamente, cuál es el argumentario que asiste a la hora de interponerse los recursos de inconstitucionalidad formulados que, como es dable constatar, han sido admitidos a trámite por el mencionado Tribunal Constitucional.

Dos de las iniciativas, entre otras, que han visto la luz al socaire de las tasas judiciales han sido, por una parte, la constitución de la Plataforma Conjunta JUSTICIA PARA TODOS; y, por otra, el *Manifiesto en Defensa de la Administración de Justicia*. Llama la atención, ciertamente, que se hayan aunado acciones y establecido alianzas entre colectivos tan diferentes, extremo éste prácticamente impensable, o nunca visto antes, si no fuera por tener que reaccionar contra este frente común en que se han convertido las tasas judiciales.

La Plataforma Conjunta JUSTICIA PARA TODOS, integrada por el Consejo General de la Abogacía Española, CC.OO., UGT, CSI-F, USO y el Consejo de Consumidores y Usuarios, constituida en fecha 3 de diciembre de 2012, ha popularizado el *slogan*: «NO A LAS TASAS JUDICIALES. JUSTICIA PARA TODOS». Será de interés resaltar lo comprendido en el párrafo 1, inciso 1, del documento de constitución: «Poner de manifiesto el rechazo de todos los integrantes de la Plataforma a la Ley de Tasas Judiciales, y al Anteproyecto de Ley de Justicia Gratuita, por su incidencia negativa en el Derecho de Defensa de todas las personas, ya que ambas iniciativas suponen un recorte en el acceso al servicio público de la justicia y un claro retroceso del Estado de Derecho, al limitar gravemente y en muchos casos dejar fuera de las posibilidades reales de acceso a la justicia a amplios colectivos sociales...».

El *Manifiesto en Defensa de la Administración de Justicia*, integrado por la Asociación Profesional de la Magistratura, Asociación de Jueces Francisco de Vitoria,

Jueces para la Democracia, Foro Judicial Independiente, Asociación de Fiscales, Unión Progresista de Fiscales, Asociación Profesional e Independiente de Fiscales y el Consejo General de la Abogacía Española, fue suscrito pocos días después, en fecha 11 de diciembre de 2012, y cabe destacar, en esta nueva alianza, nunca antes vista entre jueces, fiscales y abogados, el fragmento siguiente: «La justicia ha quedado históricamente relegada del proceso de modernización que sí se ha acometido en otros ámbitos públicos. Además, determinadas medidas que se han adoptado recientemente van a agravar esta situación de deterioro institucional. Entre ellas, la aprobación de la Ley de Tasas Judiciales va a limitar seriamente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en los términos en los que dicha norma ha sido aprobada, lo cual afecta a principios básicos del Estado de Derecho...».

Entre las noticias más reseñables en lo que va de año, de enero a junio de 2013, pero en orden cronológico inverso, mencionaremos, a título indicativo, las siguientes:

- 12/06/2013. Se publica en el BOE la admisión a trámite del recurso de inconstitucionalidad núm. 3035/2013 contra los apartados 1, 2, 3, 4, 6, 7 y 8 del artículo 1 del Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.
- 05/06/2013. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sobre las Tasas en el Orden Social, que establece la no exigencia de tasas al trabajador, sindicatos, beneficiario de la Seguridad Social, funcionario o personal estatuario en recursos de suplicación y casación.
- 30/05/2013. Recurso contencioso-administrativo presentado por el Consejo General de la Abogacía Española ante la Audiencia Nacional contra la Orden HAP/490/2013, de 27 de marzo, por la que se modifica la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 696 de autoliquidación y el modelo 605 de solicitud de devolución de la tasa.
- 30/03/2013. Orden HAP/490/2013, de 27 de marzo, por la que se modifica la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre, por la que se aprobó el modelo 696 de autoliquidación y el modelo 605 de solicitud de devolución de la tasa.
- 23/03/2013. Se publica en el BOE la admisión a trámite de los recursos de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 10/2012; se trata, en concreto, de los recursos de inconstitucionalidad núm. 973/2013, 995/2013 y 1024/2013 promovidos por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso; por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña y por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, respectivamente.
- 23/02/2013. Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica –con el efecto de modular o, como queda dicho, atemperar– el régimen de tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de Justicia Gratuita.
- 12/02/2013. La Defensora del Pueblo presenta al Ministro de Justicia sus recomendaciones para evitar el efecto negativo de las tasas.

- 23/01/2013. Circular del Consejo General de la Abogacía Española con el formulario sobre renuncia al procedimiento judicial por elevada cuantía de la tasa.
- 17/01/2013. El Pleno del Consejo General de la Abogacía Española aprueba un manifiesto sobre la Ley de Tasas y el anteproyecto de Justicia Gratuita.

Por último, será oportuno sintetizar, apoyándonos en alguno de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos, las líneas argumentales que se invocan contra las tasas judiciales (no convendrá silenciar la emisión de informes que inciden en que son motivos de oportunidad política y económica los que están detrás de esta regulación; véanse, por ejemplo, los informes emitidos por el Consejo de Estado, de 19/07/2012, y por el Consejo General del Poder Judicial, de 31/12/2012). Pues bien, el argumentario esgrimido tiene como marco el acceso al Juez y el Estado de Derecho; explícita, más específicamente, la vulneración de los artículos 1, 9.2, 24.1, 106 y 109 de la Constitución; subraya el efecto disuasorio del régimen de las tasas judiciales como factor lesivo del derecho a la tutela; se detiene, a su vez, en la vulneración del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en relación con el artículo 10.2 de la Constitución (vulneración que hace extensiva, a su vez, al derecho a la igualdad del artículo 14 de la Carta Magna) e incide, en fin, en el desajuste de dicha regulación con el principio de capacidad económica a que se refiere el artículo 31.1 de la Constitución.

El efecto disuasorio de las tasas judiciales (que se añade, dicho sea de paso, aunque su repercusión sea mucho menor, a la exigencia de constituir depósitos para recurrir en los órdenes jurisdiccionales civil, penal –únicamente exigible para la acusación popular–, contencioso-administrativo y social –exigible únicamente a quienes no tengan la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social–; exigencia introducida por la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ a través de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) pudiera servir, por todo lo expuesto, para ver culminada una tendencia a la que podríamos asignar el siguiente titular: *La huída del proceso*.

3. Los cauces alternativos *in crescendo*

Los métodos alternativos de resolución de conflictos son conocidos por las siglas ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Aunque hay una gran diversidad de métodos alternativos (entre los que cabría incluir, por ejemplo, la mediación, el arbitraje, la conciliación, la opinión neutral de expertos, la negociación asistida, pudiendo hacer hincapié, a su vez, en las fórmulas híbridas) todos tienen como objetivo común resolver una disputa concreta.

Es común hoy escuchar que asistimos a un cambio de paradigma, a un cambio de cultura, en cuya virtud, la *justicia ordinaria* (la que protagoniza el Poder Judicial) habrá de convertirse en *justicia extraordinaria*; de suerte que las formas normales –ordinarias– de resolución de las disputas llegará a través de esos medios alternativos que, nada extraordinariamente, por cierto, se erigirán, con el tiempo, en baluartes de lo que habrá que considerar la resolución ordinaria de los conflictos. Se trata, por tanto, de rehuir el litigio y apostar por la «cultura del acuerdo». La falta de medios, la crisis endémica que envuelve a la administración de justicia en muchos países, más que hacer aconsejable, termina imponiendo, la implantación generalizada, con carácter principal, de estos métodos alternativos.

Entre estos métodos alternativos nos detendremos, para dotar de contenido a la vía de ejemplificación escogida, a dos de ellos: el arbitraje y la mediación. Se suele decir que no están de moda (porque «todo lo que es moda –según la célebre frase de la diseñadora francesa Coco Chanel– pasa de moda») y dichos métodos alternativos han venido, suele afirmarse, para quedarse. Incluso se ha llegado proclamar, lo escuché recientemente, que «la mediación –afirmación que se puede hacer extensiva al resto de métodos alternativos y, singularmente, a las fórmulas híbridas– es un arma cargada de futuro». No sé qué le habría parecido a su autor, Gabriel Celaya, apropiarse del título de uno de sus poemas, *La poesía es un arma cargada de futuro*, para pergeñar un pronóstico con que prestar acogida a ese entusiasmo optimista que enmarca a dichos métodos alternativos.

Para ilustrar este reforzamiento de los métodos alternativos nos referiremos, únicamente, como queda dicho, al arbitraje y a la mediación. Como ejercicio de síntesis y con fines de ejemplificación, aludiremos, primeramente, a dos disposiciones legales; y, acto seguido, se hará mención a algunas iniciativas que se están llevando a cabo últimamente en el campo de la mediación a nivel institucional. No se ha considerado necesario para ilustrar esta tendencia creciente a recurrir a los ADR en detrimento del acceso a la tutela judicial en la impronta anglosajona, presente también en otros Estados de nuestro contexto socio-económico-político-cultural, etc. Tampoco se ha considerado oportuno, a los efectos apuntados, descender al detalle de las Decisiones Marco y/o Directivas de la Unión Europea; a las Recomendaciones del Consejo de Europa; y/o a los Informes de la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ), etc., que, indudablemente, están dando un espaldarazo muy importante, posiblemente definitivo, a estos métodos ADR.

Damos inicio al recorrido anunciado con una breve reseña de dos disposiciones legales recientes como son, de un lado, la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado; y, de otro, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Ya el propio Preámbulo de la mencionada Ley 11/2011 inscribe la reforma de la expresada Ley de Arbitraje «dentro del impulso de modernización de la Administración de Justicia» con miras a modificar algún aspecto de aquella ley «que en la práctica

se ha mostrado mejorable y que contribuya al fomento de los medios alternativos de solución de conflictos y, en especial, del arbitraje, al que las sentencias del Tribunal Constitucional 45/1988 y 62/1991 ya reconocieron la consideración de «equivalente jurisdiccional». El propósito de la reforma es, decididamente, «impulsar el arbitraje».

La precitada Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, por su parte, también en su Preámbulo y, más en concreto en su inciso I, dedica parabienes a esta institución:

- «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.
- «En este contexto, desde la década de los años setenta del pasado siglo, se ha venido recurriendo a nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre los que destaca la mediación, que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia.
- «Entre las ventajas de la mediación es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad. 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 mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto».

Convendrá subrayar el carácter *práctico, efectivo* y, sobre todo, *rentable*, que se significa de la institución. El *análisis económico del Derecho* al que ya se ha aludido con anterioridad hace acto de presencia, como puede comprobarse. En suma, las notas de voluntariedad y flexibilidad, entre otras, realzan la virtualidad de la mediación que, ciertamente, ya había experimentado en los últimos años un impulso nada desdeñable en el ámbito de las Comunidades Autónomas.

En segundo lugar, como complemento a la doble reseña de disposiciones legales precedente, se hará alusión, por su innegable elocuencia, a algunas iniciativas, de carácter institucional, circunscritas al campo de la mediación. La también doble referencia institucional apunta, a título de ejemplo, de destacado ejemplo, al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM).

Tal como aparece reflejado en el espacio dedicado a la Mediación en el sitio web del CGPJ, de acuerdo con «el Plan de Modernización de la Justicia aprobado, en una nueva etapa, por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, se incluye una referencia específica a la mediación civil y penal como instrumento eficaz en la resolución de conflictos. En este eje de actuación se enmarcan un conjunto de reformas orgánicas y procesales que el Consejo se propone impulsar para dar soluciones más

ágiles a la Justicia». Se anuncia, pues, la configuración de un Servicio de Mediación Intrajudicial cuya virtualidad apunta, por el momento, a los tres focos siguientes:

- *Mediación civil*; susceptible de ser «utilizada principalmente en la esfera familiar, también puede aplicarse con éxito en desacuerdos sobre contratos, relaciones de carácter mercantil, en el ámbito del consumo y en el de la propiedad horizontal».
- *Mediación penal*; en estos casos, «víctima e infractor, a través de un proceso de diálogo y comunicación confidencial, conducido y dirigido por un mediador imparcial, se reconocen capacidad para participar en la resolución del conflicto derivado del delito».
- *Mediación contencioso-administrativa*; por último, «se quiere abordar también la posibilidad de ensayar experiencias y fórmulas de mediación en algunos procesos de la jurisdicción contencioso-administrativa, al amparo que permite el artículo 77 de la Ley reguladora de esa jurisdicción».

La apuesta por la Mediación Intrajudicial a que se ha hecho mención puede verse complementada, en el plano internacional, con la acción de GEMME (*European Association of Judges for Mediation*); que, tal como se informa en su sitio web, «es una sociedad europea y europeísta que tiene por finalidad promover, desde el ámbito de los propios tribunales de Justicia, y mediante la participación democrática de los ciudadanos, los sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR) y especialmente, la mediación. Se creó en Francia en el año 2004. Hoy está presente en 18 países, existen secciones en Alemania, Bélgica, Holanda, Italia, Noruega, Portugal, Eslovenia y Suiza y existen miembros asociados en Gran Bretaña, Grecia, Hungría, Polonia y Lituania. La sección española se constituyó en el año 2007 y en la actualidad tiene más de 100 miembros, jueces, magistrados, fiscales, secretarios, mediadores y personas del ámbito relacionado con la mediación».

Desde el ICAM y, más en particular, desde mediaICAM, Centro de Mediación, su propio sitio web define la mediación; participa qué ventajas tiene dicho proceso; hace un ofrecimiento de medios materiales y humanos comprometidos con la mediación y, por último, da concreción a los ámbitos de aplicación.

Definición. «La mediación es un proceso por el que una persona, independiente e imparcial, ayuda a otros a comprender el origen de sus diferencias, a conocer sus causas y consecuencias, a confrontar sus visiones y a encontrar soluciones para resolverlas, evitando, en la medida de lo posible, la judicialización del conflicto y creando un espacio de diálogo en el que prevalezca la equidad comunicativa, la seguridad, la libertad y la igualdad».

Ventajas; se trata de un «procedimiento confidencial, voluntario y más ágil y económico»; en el que se «crea un espacio para la comunicación, el diálogo y el consenso»; que «ofrece soluciones personalizadas adaptadas a las necesidades de las partes en conflicto» y en el que «las partes se encuentran en una posición de igualdad

y son protagonistas en la adopción de acuerdos más duraderos y respetados»; se añade, asimismo, que el procedimiento «previene conflictos futuros».

Ofrecimiento; orientado a la calidad tanto en recursos humanos como en medios materiales. Se ofrecen, por tanto, listados de mediadores por especialidades («los mediadores de mediaICAM, profesionales altamente cualificados, son –se añade– abogados con formación y experiencia acreditadas en cada materia de mediación, incorporados a los diferentes listados de mediadores por especialidades») así como un espacio habilitado para la realización de las mediaciones con la tecnología aplicada a la gestión de las mediaciones.

Ámbito de aplicación; «los servicios de mediaICAM pueden ser solicitados tanto por abogados y ciudadanos, como por instituciones, empresas y organismos públicos o privados. Sus áreas de especialidad abarcan la mediación en servicios profesionales en conflictos relativos a honorarios profesionales y mediación intrajudicial y extrajudicial en los siguientes ámbitos de la mediación: civil y mercantil; familiar; penal y penitenciario; y laboral».

Esta actitud proactiva, en materia de mediación, que demuestra el ICAM no es nada aislado en el conjunto de los Colegios de Abogados. Así, por ejemplo, en el plano internacional la Federación de los Colegios de Abogados de Europa, *Fédération des Barreaux d'Europe (FBE)*, constituida en Barcelona el 23 de mayo de 1992 y sucesora de la *Conférence des Grands Barreaux d'Europe*, también está comprometida con eso que previamente hemos llamado los parabienes de la mediación. El alto grado de reconocimiento de esta organización institucional –e internacional– de la abogacía está fuera de toda duda; resaltaremos alguna información difundida, en este sentido, desde su sitio web: «Su sede social se encuentra en Estrasburgo. Pueden incorporarse a la FBE todos los Consejos nacionales y los Colegios locales que pertenezcan a los Estados miembros del Consejo de Europa. Actualmente, la FBE cuenta con 250 colegios miembros, representando aproximadamente 800.000 abogados. La FBE se reúne dos veces al año en una ciudad europea. Estos encuentros representan una ocasión única para que sus miembros debatan problemas comunes e intercambien informaciones y experiencias. En una época de cambio permanente, el objetivo es encontrar las mejores soluciones para nuestros clientes y para nuestros compañeros».

Todo parece indicar, así lo pone de manifiesto la ejemplificación expuesta con carácter indicativo, que los medios alternativos han llegado para quedarse; que no son una moda pasajera y es que, parafraseando a Coco Chanel, antes citada, «la moda pasa, el estilo permanece»: los métodos ADR son fruto de la «cultura del acuerdo», algo que es lo mismo, producto de un nuevo estilo, un nuevo estilo que tiene visos de permanecer. Parece, pues, aunque se abuse del trazo grueso y, quién sabe, de las declamaciones solemnes que tanto juego dan para el desliz irónico, que no queda nadie por convencer de que los medios alternativos de resolución son los que logran sintetizar, especialmente en tiempos de crisis, con el «espíritu de la época» (*Zeitgeist*).

4. ¿Un episodio más de la *crisis del Estado*?

Terminamos la exposición con un interrogante que nos permite retomar la noción de crisis con que empezábamos. Recuérdese que comenzamos refiriéndonos a la *crisis del Derecho* (que, en algún momento, puestos a precisar, ha sido asimilada a un fenómeno denominado *la huida del proceso*) y ahora, finalmente, ampliamos dicha noción para hacerla llegar hasta el propio artefacto estatal. Con todo, resulta imprescindible hacer notar que el hecho de colocar entre signos de interrogación la expresión *crisis del Estado* faculta para ahondar en el tono reflexivo y poner distancia respecto a las posiciones dogmáticas que no tienen que molestarse en pensar, ni siquiera en decidir; les basta con actuar desde el triple prisma, ya anunciado previamente, de *lo práctico*, *lo efectivo* y, claro está, *lo rentable*. La noción de crisis viene a ser, por tanto, una especie de paraguas cuya ambivalencia no puede ser pasada por alto; de hecho, apelar a la crisis sirve para motorizar la reflexión tanto como de coartada para llegar, como en un relato de Cortázar, *Después hay que llegar* (1977-78), «no se sabe bien a qué pero llegar, llegar no se sabe bien a qué...».

Podríamos hablar, llegados a este punto, como el título de un libro de Bruce L. Benson, de una «justicia sin Estado»; un fenómeno análogo a lo que está pasando en otros ámbitos (resáltense, porque están en la mente de todos, principalmente, la sanidad y la educación, sin omitir las prestaciones sociales). Son los criterios de eficiencia, rentabilidad, etc., es decir, los que guardan relación con el *análisis económico del Derecho*, los que se imponen, y con ellos, se acaban imponiendo estos *medios alternativos* que tienen todas las trazas de convertirse —de estar convirtiéndose ya— en *medios principales* de resolución de conflictos.

Esta inversión de lo principal y lo alternativo, sin embargo, no es inocua. La célebre cita recogida en la novela *El gatopardo*, del Príncipe de Lampedusa, que fue llevada al cine por Luchino Visconti en 1963, nos permite revolver ese carácter paradójico y, por ende, alejado del dogmatismo antes denunciado. En efecto, no está nada claro eso de que «si queremos que todo siga como está, necesitamos que todo cambie» (*se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi*). Consignaremos, siempre en tono de hipótesis, cuando no de ejemplificación, con miras a concluir, una tríada de peligros, a través e interrogantes, que se advierten en esta inversión de lo alternativo y lo principal, y viceversa; a saber:

- ¿La confidencialidad afín a los medios alternativos acaso no hará resentir esta clase de procedimientos frente a la nota de publicidad, la transparencia de la *luz y taquígrafos*, que resuena intramuros de las salas de justicia cuando se escucha vocear «vista pública»?
- ¿La privatización de la resolución de los conflictos corre el riesgo de mercantilizarse? ¿Se podrá hablar de mercados, más o menos eficientes, en la resolución alternativa —aunque, en verdad, lo sea cada vez más principal— de los conflictos?

Si cada vez se va a acudir menos a los tribunales y quienes lo hagan van a ser siempre, o casi siempre, los mismos, es decir, no todos, ¿podrá hablarse en el futuro de una doctrina jurisprudencial condicionada, limitada, y por qué no decirlo, *sesgada*?

La serie de preguntas que precede no agota, ciertamente, la problemática que está latente, si no es manifiesta, en esta inversión de lo principal y lo alternativo. Si el control jurisdiccional se resiente hay motivos suficientes, como aviso a navegantes, para no ser víctimas del entusiasmo y/o del optimismo. Pongamos un par de ejemplos que siguen siendo noticia todos los días en los medios de comunicación: ¿de verdad convence la propuesta de arbitraje como solución en el caso de las preferentes o, por el contrario, inspira más confianza la intervención de la autoridad judicial? Y otro ejemplo elocuente más: ¿acaso no ha sido determinante, y sigue siéndolo, la intervención de la autoridad judicial en las ejecuciones hipotecarias en los —mediáticamente— llamados «desahucios»?

Finalmente, podríamos decir con J. R.R. Tolkien, a través del poema incluido en *El Señor de los Anillos* (1954-55), que, efectivamente,

No es oro todo lo que reluce,
ni toda la gente errante anda perdida;
a las raíces profundas no llega la escarcha;
el viejo vigoroso no se marchita.
De las cenizas subirá un fuego,
y una luz asomará en las sombras;
el descoronado será de nuevo rey,
forjarán otra vez la espada rota.

Por cierto, si de lo que se trata es de no andar siempre perdido dispongámonos a evocar, por último, ese enigmático —y archicitado— pasaje del capítulo 6 de *Alicia en el País de las Maravillas* (1865), la obra citada en la entradilla de esta colaboración, en el que la conversación entre Alicia y el Gato de Cheshire «sirve para ilustrar —como apunta un traductor— el contraste entre la realidad informe de la materia y el carácter intencional que tiene toda ordenación lógica»; otra forma de sacarle punta a eso de que «el orden de los factores sí altera el producto»: «¡La sentencia primero!... Ya habrá tiempo para el veredicto después!», afirmaba, tajante y dogmáticamente, la malvada y caprichosa Reina de Corazones; cuyo eco puede apreciarse, a nuestros efectos, en la discutible —cuanto menos— inversión de lo principal y lo alternativo, y viceversa; a saber:

«¿Me podrías indicar, por favor, hacia dónde tengo que ir desde aquí?»
«Eso depende de a dónde quieras llegar», contestó el Gato.
«A mí no me importa demasiado a dónde...», empezó a explicar Alicia.
«En ese caso, da igual hacia a dónde vayas», interrumpió el Gato.
«... siempre que llegue a alguna parte», terminó Alicia a modo de explicación.
«¡Oh! Siempre llegarás a alguna parte», dijo el Gato, «si caminas lo bastante».