

## **Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación Sección española de GEMME**

### **Coloquio Europeo sobre la mediación intrajudicial**

**Valencia, 15, 16 y 17 de noviembre de 2007**

### **Aspectos de la Mediación en Alemania**

#### **Indice**

#### **I. Mediación judicial**

#### **II. La responsabilidad del juez por su propuesta de mediación**

##### **1. Las tareas del tribunal: término del pleito o solución del conflicto?**

##### **2. El alcance de las reflexiones de los tribunales**

##### **3. Salidas**

###### **3.1 Extensión de las funciones de los tribunales**

###### **3.2 La mediación**

##### **4. La mediación recomendada por los tribunales**

###### **4.1 Propuesta de mediación**

###### **4.2 Base legal**

###### **4.3 Reticencia**

###### **4.4 Selección**

###### **4.5 Comunicación entre tribunal y mediador**

###### **4.6 Los resultados de la mediación**

##### **5. Conflictos internacionales**

##### **6. Conclusiones**

##### **7. La paradoja de la autonomía**

Queridos colegas y amigos,

¡Muchas gracias por la invitación a vuestro – o me gustaría decir a nuestro - congreso!

Me invitasteis a hablar sobre “la mediación en Alemania”.

Mirando a este tema, veo dos aspectos de interés general: El primero son informes sobre la mediación judicial, efectuada por jueces en los tribunales. El segundo son una serie de preguntas que ahora se ponen en Alemania. Ellas se refieren a la responsabilidad del juez que propone la mediación a las partes del pleito.

## **I. Mediacon judicial**

En Alemania se está implantando un modelo interesante de integrar el procedimiento judicial con la mediación: La mediación judicial, efectuada por jueces en el tribunal.

Magistrados se han formado como mediadores, y ahora trabajan en esta función a parte de su función como jueces. Si un pleito delante una sala parece idoneo para la mediación, el juez puede – a condición del consentimiento de las partes del pleito – enviar la acta al juez mediador. Si ahí se llega a un acuerdo, el juez mediador lo puede comprobar inmediatamente. Los mediadores siguen siendo jueces, sólo parcialmente trabajan en esta otra función.

No existe una base legal por este procedimiento. Pero no es ilícito tampoco. Primero, los tribunales deben – conforme al código de procedimiento civil - en cada fase del pleito contribuir a una solución consensual. En segundo lugar, esta desviación del procedimiento regular es posible solamente con el consenso de las partes. En tercer lugar, se evitan los gastos adicionales de una mediación fuera del procedimiento.

Asta ahora, se trata solamente de proyectos pilota. Quedan muchos detalles a aclarar y a reglar. Pero las experiencias parecen buenas.

## **II . La responsabilidad del juez por su propuesta de mediación**

Con la mediación judicial se ponen algunas preguntas que se ponen aun con más urgencia cuando los jueces proponen a las partes una mediación extra-judicial.

### **1. Las tareas del tribunal: término del pleito o solución del conflicto?**

En toda mi vida profesional como juez, me encontré una y otra vez ante la alternativa de limitarme a resolver un caso jurídico o de buscar una solución del conflicto. Esta segunda alternativa corresponde a mi actitud y a mi temperamento. Muchas veces he cambiado mi papel: en vez de juez he actuado como árbitro, consejero, moderador. Pero eso no se sobreentiende. La libertad del juez para buscar su papel adecuado en cada situación depende de la cultura jurídica en un país y también de las normas legales. Ellas pueden limitar los poderes del juez o pueden invitarlo, animarlo a superar las limitaciones del pensamiento jurídico a favor de un entendimiento más profundo y de una solución de los conflictos.

Los códigos procesales civiles de Alemania (Art. 272 párrafo 1) y de Francia (Art. 373 - 2 - 10) requieren a los tribunales que busquen soluciones consensuadas. Esa búsqueda implica inevitablemente consideraciones más allá de los límites jurídicos – consideraciones sobre las emociones, los intereses y los deseos de las partes del conflicto.

### **2. El alcance de las reflexiones de los tribunales**

En sus razonamientos, el tribunal puede llegar pronto a sus límites, sea por falta de tiempo, sea por falta de capacitación.

La formación jurídica está orientada esencialmente a la solución de casos jurídicos, no a la solución de conflictos. Se enseñan dogmática y técnica jurídicas, casi no se enseñan la negociación y los elementos básicos de la psicología, útiles para manejar conflictos.

El tiempo de que el tribunal dispone para un caso está limitado. La carga de trabajo de los tribunales está definida más o menos en relación al tiempo que por término medio necesitan para sus juicios y sus decisiones. Si, en cambio, a parte de los aspectos jurídicos de los casos la discusión se extiende a todos los aspectos del conflicto complejo, a las emociones, a los intereses y los deseos de las partes del conflicto, el tiempo no alcanza. Los tribunales se defienden interrumpiendo las partes con la fórmula “Esto no tiene nada que ver con este caso”.

### **3. Salidas**

Este malestar lo sienten los jueces y los abogados. Se puede poner remedio en dos direcciones: La primera es una modificación de las tareas de los tribunales, la segunda es la búsqueda de formas extrajudiciales para la solución de los conflictos. Verdaderamente existen ya tribunales de arbitraje, consultorios y otras instituciones beneficiosas. Pero ellas también tienen sus límites. La respuesta más adecuada por el problema descrito, sin duda es la mediación.

#### **3.1 Extensión de las funciones de los tribunales**

Teóricamente, se puede imaginar una extensión de las tareas y competencias de los tribunales hacia una solución compleja de conflictos. Sería un asunto de la cultura jurídica y de la legislación. Pero hay que tener en cuenta dos reservas:

La primera es un aspecto práctico, que es el de los gastos. Para esta solución, se necesitan más jueces y más capacitación de ellos. En Europa, por el contrario, hay una tendencia general de ahorrar en los presupuestos del poder judicial.

La segunda reserva no es de carácter práctico, sino fundamental: Las actuaciones de los tribunales son actos de autoridad estatal. La legitimación de los tribunales se basa en las leyes que los tribunales tienen que aplicar, y está limitada por estas mismas leyes. Cuanto más se aleja la actuación de los tribunales de la aplicación de las leyes, tanto menos está legitimada por ellas. Este argumento no es una reserva fundamental frente a una discusión y solución compleja de conflictos en los tribunales. Pero hay que tener en cuenta estos aspectos si la discusión se extiende a la capacitación de los jueces y a la misión de los tribunales.

#### **3.2 La mediación**

La otra salida del dilema es la mediación. En su forma moderna, se desarrolló primeramente en los Estados Unidos cuya cultura jurídica muy rígida y belicosa casi no permite una función conciliadora de los tribunales.

En cambio, en Alemania por ejemplo no se necesitaba esta alternativa con tanta urgencia, porque existe la mencionada tradición conciliadora de los tribunales.

Desde los años 90 del siglo pasado, en Europa se puede observar como fenómeno cultural una aceptación creciente de la mediación. En vez de delegar los conflictos a los abogados, se buscan soluciones fuera del marco jurídico.

## **4. La mediación recomendada por los tribunales**

En varios países de Europa se puede observar la tendencia de remitir conflictos de los tribunales a la mediación.

Hay dos motivos evidentes: Uno de ellos es el aspecto cultural, la idoneidad superior de la mediación para resolver conflictos. El otro motivo es el aspecto económico, el descargo del poder judicial.

En Alemania he participado como juez en un tal proyecto.

### **4.1 Propuesta de mediación**

El proyecto que voy a relatar era una cooperación entre tribunales y mediadores. En casos idóneos los jueces debían proponer a las partes la alternativa de la mediación.

No era fácil convencer a las personas que hubiera mejores soluciones para su conflicto en otros lugares en vez de en el tribunal. Naturalmente tuve que explicar la naturaleza de la mediación. Algunas veces me ocurrió que las partes dijeron: “Eso es más o menos lo que Usted ya está haciendo. Preferimos continuar aquí en la audiencia.”

### **4.2 Base legal**

Naturalmente no he podido insistir, tuve que limitarme a esta propuesta. ¿Estaba yo además legitimado para hacer tal propuesta?

En Alemania en el tiempo del proyecto no había una norma que autoriza explícitamente al juez a recomendar soluciones alternativas de los conflictos. Pero visto que la mediación es voluntaria, no está prohibido al juez proponerla y tampoco a las partes aceptar la propuesta.

Después, este procedimiento ha sido previsto por la ley (Código de procedimiento civil Art. 278 apartado 5 párrafo 2). En Francia tienen una ley sobre la mediación del año 1995. En el código procesal civil han integrado una reglamentación que permite al tribunal de proponer a las partes del pleito una mediación (Código procesal civil Art. 131 – 1, Código Civil Art. 373 – 2 - 10). Si las partes rehusan, el tribunal puede disponer que deben por lo menos encontrar un mediador que les explique la mediación y su funcionamiento (Código Civil Art. 373 – 10).

Esta obligación de informarse sobre la mediación está prevista también en un proyecto de ley en Alemania.

### **4.3 Reticencia**

Cuanto más insiste el juez, tanto más toma bajo tutela a las personas cuya autonomía debe respetar. En su autonomía las partes – o por lo menos una de ellas - han decidido transformar su conflicto en un caso jurídico y en un pleito. En el Estado de Derecho, la gente tiene derecho a su derecho. El juez no lo puede negar.

Además, la mediación causará gastos adicionales a los del pleito. ¿Los puede exigir el juez?

El tribunal tiene que guardarse de insistir o de evocar la impresión de que las partes que rehúsan la mediación sufrirán desventajas en el pleito.

La propuesta debe respetar la autonomía y dejar toda libertad a las partes.

#### **4.4 Selección**

Volvemos a mi situación de juez que propone una mediación: Naturalmente sigue inmediatamente la pregunta de las partes: ¿Qué mediador o mediadora nos recomienda?

Si un tribunal propone o además impone a las partes una mediación, el Estado asume una responsabilidad por la calidad de ella, por la cualificación profesional de los mediadores.

En el tribunal tuvimos una lista de los mediadores que trabajan en mi ciudad. La lista contenía informes sobre sus formaciones y experiencias profesionales. En Alemania aún no hay una formación y cualificación estandarizada de los mediadores. Era una ventaja para mí que conocí a casi todos personalmente.

En otros países europeos, en cambio, ya existen leyes que reglamentan la capacitación y el registro de los mediadores. Eso naturalmente simplifica para el juez el aspecto de la cualificación del mediador.

Sin embargo, queda el aspecto del conflicto concreto. Si un juez asume la responsabilidad de recomendar un mediador, tiene que verificar la idoneidad de la persona propuesta para el conflicto concreto. En Francia, el tribunal puede encargar a una organización el nombramiento del mediador.

Por cuanto a nuestro proyecto, yo conocí no solamente la capacitación profesional de los mediadores, sino también sus caracteres individuales. Eso me permitía explicar a las partes del pleito las características de cada uno de los variados mediadores de manera que pudieron con mi ayuda elegir autonomamente la persona más adecuada: hombre o mujer, jurista o psicólogo, joven o viejo, residente en el centro o en la perifería etc.

Queda otro aspecto de la responsabilidad del juez respecto a la selección: Los mediadores concurren en el mercado como las otras profesiones auxiliares como intérpretes, expertos, abogados de oficio y otras personas que dependen de los encargos del tribunal. El principio de la igualdad de oportunidades prohíbe cualquier discriminación. En Alemania hubo ya procesos por cuestiones relacionadas con el acceso a estos encargos.

Por tanto, los tribunales se encuentran ante un dilema. Tienen una doble responsabilidad: Por una parte deben a los mediadores el acceso sin discriminación, por otra parte deben a las partes del pleito la óptima calidad de la mediación recomendada.

#### **4.5 Comunicación entre tribunal y mediador**

Si la mediación está aceptada y se establece el contacto entre las partes y el mediador, queda la cuestión del contacto entre el mediador y el tribunal. El pleito queda interrumpido, pero no está terminado. El tribunal sigue asumiendo la responsabilidad. Un

mínimo de comunicación entre el tribunal y el mediador es indispensable. Por otra parte, la mediación vive del principio de la confidencialidad que está protegida por ejemplo por el proyecto de una directiva europea sobre la mediación (Art. 6), por el código deontológico europeo para mediadores (cifra 4) y por la ley francesa sobre la mediación (ley 95-125, Art. 24). En Francia la ley obliga al mediador solamente a informar al tribunal sobre eventuales dificultades en la mediación (Código procesal civil Art. 131 – 14).

Esta situación me ha pasado en mi función como mediador. Tuve una mediación recomendada por el tribunal y tuve mucha gana de informarlo que el marido solamente simulaba interés y cooperación y que de verdad era él quien bloqueaba sistemáticamente todo progreso. Pero la confidencialidad me lo prohibió. He dejado a las partes la información al tribunal.

#### **4.6 Los resultados de la mediación**

Si la mediación fracasa, el tribunal continúa el pleito.

Si de la mediación resulta un acuerdo, depende de su naturaleza si este vale por sí o si requiere una forma específica. Eso puede ser el caso con acuerdos constitutivos como por ejemplo la separación de bienes, o con acuerdos que tienen un contenido ejecutable.

La ley francesa prescribe la homologación por el tribunal (Código procesal civil Art. 131 – 12).

En Alemania los acuerdos se pueden homologar por contrato notarial o ante el tribunal.

El tribunal y el notario tienen que rehusar la homologación si un acuerdo está en contradicción con leyes imperativas o si va contra las buenas costumbres (Código Civil Art. 134, 138).

En Alemania existe una otra excepción: Las partes pueden disponer solamente de sus intereses particulares. Si el objeto litigioso es un hijo o una hija menor, este ser humano tiene sus propios intereses que el Estado tiene que proteger. Cualquier decisión jurídica que afecta a los intereses de un menor, debe tener en cuenta su bienestar. El tribunal tiene que informarse independientemente del acuerdo de los padres. Si la edad lo permite, el tribunal tiene que hablar con él. Además el tribunal tiene que oír a la oficina social de la juventud. Si está convencido de que el acuerdo es contrario a los intereses del menor, el tribunal no lo puede homologar. En lugar de eso tiene que tomar su propia decisión conforme a la convicción del juez de lo que requiere el bienestar del niño.

Estas exigencias no son las mismas en todos los países en Europa. Sobre eso hubo ya desavenencias internacionales.

### **5. Conflictos internacionales**

Un campo importantísimo en que se está desplegando la mediación, son los conflictos familiares internacionales. En ellos efectivamente casi nunca una decisión jurídica puede traer satisfacción y aceptación. Solamente una comunicación abierta puede evitar un resultado con vencedores y perdedores. Solamente una comunicación sensible puede dar la oportunidad de encontrar soluciones que sean aceptables para ambas partes. En Europa se está formando una red de mediadores que con sus experiencias y con el conocimiento de

varios idiomas pueden intervenir en estos conflictos. Está aumentando la disposición de los tribunales para proponer la mediación en tales casos antes de tomar una decisión.

## **6. Conclusiones**

La relación entre la mediación y el juicio no es la de subordinación. Son dos alternativas equivalentes. La decisión entre ellas debe depender solamente de las características del conflicto. En la mediación se resuelve un conflicto concreto. En la causa jurídica, en cambio, también se establecen y se defienden reglas generales de la vida social y económica.

Las mejores oportunidades para la mediación se encuentran antes de la transformación del conflicto en un caso jurídico y en un pleito. Por eso hay que promover una cultura de conflictos de manera que antes de iniciar un pleito, naturalmente se busque una solución consensual en la mediación.

La formación profesional debería capacitar a los jueces para entender con tacto lo que necesitan las personas que se encuentran con sus causas ante el tribunal. Si necesitan comunicación y entendimiento, la respuesta rígida del derecho puede ser contraproducente y agravar el conflicto. En tales casos será tarea del juez, buscar soluciones alternativas en la conciliación o recomendar la mediación. Si, en cambio, es necesaria la justicia, como jueces no debemos descargarnos de nuestra responsabilidad, recomendando otras alternativas. La gente tiene derecho a su derecho.

## **7. La paradoja de la autonomía**

Quisiera terminar con un aspecto que llamo “la paradoja de la autonomía”: Cuando hablamos de la mediación, hablamos con énfasis de la autonomía de los individuos que se mantiene en ella y que se pierde en el pleito. Verdaderamente es deseable que las personas resuelvan sus conflictos ellos mismos y no los deleguen a los jueces. Pero esta delegación también puede ser una decisión autónoma. De mis experiencias como juez, me acuerdo de muchos casos en que tuve la impresión que para una parte era casi imposible ceder en su posición. Profundizando en la discusión, percibí que tuvieron miedo de su responsabilidad. Por ejemplo el padre que no quiere arriesgar la futura reprimenda de su niño por no haber luchado suficientemente por falta de amor. Otra percepción es el conflicto de lealtades: El hombre tiene miedo de la ira de su nueva mujer si transige generosamente con su ex mujer. En muchos casos de este tipo me acuerdo de haber dicho a la persona: “Oiga, veo que transigir es muy difícil para usted. Me parece que a usted le sirve mejor una decisión mía. Probablemente mi decisión no le gustará. Pero será más fácil para usted, estar descontento conmigo que estar descontento consigo mismo. Es mi tarea profesional, vivir con su crítica.” - Muchas veces han aceptado casi con gratitud mi oferta de asumir la carga de la responsabilidad.