

SOCIOLOGÍA

MEDIACIÓN: ABORDAJE SOCIOJURÍDICO DE CONFLICTOS

María Jesús Molina Caballero




EDITORIAL
SÍNTESIS

MEDIACIÓN:
ABORDAJE SOCIOJURÍDICO
DE CONFLICTOS

COLECCIÓN
SOCIOLOGÍA (GUÍAS)

COORDINADOR:
CRISTÓBAL TORRES ALBERO



Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de la propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) vela por el respeto de los citados derechos.

MEDIACIÓN: ABORDAJE SOCIOJURÍDICO DE CONFLICTOS

María Jesús Molina Caballero



EDITORIAL
SÍNTESIS

Consulte nuestra página web: **www.sintesis.com**
En ella encontrará el catálogo completo y comentado

© María Jesús Molina Caballero

© EDITORIAL SÍNTESIS, S. A.
Vallehermoso, 34. 28015 Madrid
Teléfono: 91 593 20 98
www.sintesis.com

ISBN: 978-84-1357-129-4
Depósito Legal: M-24.995-2021

Impreso en España. Printed in Spain

Reservados todos los derechos. Está prohibido, bajo las sanciones penales y el resarcimiento civil previstos en las leyes, reproducir, registrar o transmitir esta publicación, íntegra o parcialmente, por cualquier sistema de recuperación y por cualquier medio, sea mecánico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin la autorización previa por escrito de Editorial Síntesis, S.A.

Índice

<i>Prólogo</i>	9
1. <i>El contexto de la resolución de conflictos en los siglos XX y XXI</i>	15
1.1. Introducción	15
1.2. De la autotutela al Poder Judicial	17
1.3. Siglo xx. Crisis de la justicia tradicional	21
1.4. El olvido del conflicto y de su análisis en los sistemas tradicionales	24
1.4.1. El concepto de conflicto	26
1.4.2. Métodos de resolución, solución o gestión. Necesaria apreciación de su terminología	30
1.4.3. El análisis de los conflictos: su necesidad	33
1.5. El siglo XXI: nuevos enfoques	38
1.5.1. La interdisciplinariedad	39
1.5.2. Las nuevas herramientas en el ámbito de la Administración de Justicia	41
1.5.3. Los aportes de la llamada justicia terapéutica..	42
1.5.4. La resolución de conflictos en línea	43
1.5.5. Nuevas tendencias legislativas en España en el siglo XXI	43
Actividades	46

2.	<i>Los modelos de actuación ante conflictos y litigios</i>	47
2.1.	Introducción	47
2.2.	Modelos heterocompositivos	48
2.2.1.	El proceso: instrumento común a los modelos heterocompositivos	49
2.2.2.	El proceso como método de resultado cierto	57
2.2.3.	El arbitraje como modelo heterocompositivo	58
2.2.4.	El arbitraje de equidad. ¿Modelo de resolución de conflictos?	63
2.2.5.	Ventajas del arbitraje frente al proceso judicial	65
2.3.	Los modelos autocompositivos	66
2.3.1.	Sus características generales	67
2.3.2.	La conciliación	67
2.3.3.	La mediación. Un apunte inicial	70
2.4.	Los llamados modelos mixtos	71
	Actividades	73
3.	<i>Cultura y modos de abordaje de conflictos</i>	75
3.1.	Introducción	75
3.2.	La cultura como elemento diferencial	77
3.3.	La verdad como concepto base	81
3.3.1.	La búsqueda de la verdad a través de las técnicas probatorias	82
3.3.2.	La coexistencia de modelos culturales de resolución con modelos técnico-jurídicos	87
3.4.	Estado actual de la cuestión, la necesidad de un giro en los modelos tradicionales	89
	Actividades	91
4.	<i>La gestión de conflictos como nuevo paradigma</i> ..	93
4.1.	Introducción	93
4.2.	El movimiento de resolución alternativa de conflictos. Su incorporación a los diferentes ordenamientos jurídicos	94
4.2.1.	El movimiento en Europa	97

4.2.2. Métodos alternativos y su uso en línea	100
4.3. La humanización de la Administración de Justicia: la justicia terapéutica	102
4.3.1. Justicia terapéutica en España	106
4.4. Métodos alternativos incluidos en los sistemas de Administración de Justicia estatal. Los llamados tri- bunales multipuertas	108
4.5. La mediación. El nuevo paradigma de colaboración	112
4.6. A modo de conclusión del capítulo	116
Actividades	117
5. ¿Cómo funciona la mediación?	119
5.1. Introducción	119
5.2. Evolución de la mediación en España	120
5.2.1. Diferenciación con figuras afines	122
5.3. Características de la mediación	123
5.3.1. Voluntariedad	123
5.3.2. Modelo de gestión	126
5.3.3. Tercero mediador	128
5.3.4. Imparcialidad y neutralidad	128
5.3.5. Confidencialidad	131
5.4. Los modelos de mediación	131
5.4.1. El modelo Harvard	133
5.4.2. El modelo transformativo	135
5.4.3. El modelo circular narrativo	138
5.4.4. Modelo <i>Insight</i>	141
5.5. Procedimiento de mediación, técnicas y tácticas	143
5.5.1. Procedimiento	143
5.5.2. Técnicas y habilidades del mediador	147
Actividades	150
6. Aportaciones de la mediación a la cultura del diálogo	151
6.1. Introducción	151
6.2. Cultura de cooperación en el ámbito jurídico: esta- do actual de la cuestión	152

6.2.1. La formación de los operadores jurídicos	154
6.2.2. La concienciación de los abogados	157
6.2.3. La filosofía que subyace en el Anteproyecto de Ley de Eficiencia Procesal	159
6.3. Educación y cultura de paz	161
6.3.1. La mediación como proceso de aprendizaje y su cultura	162
6.4. El potencial transformador de la mediación	164
6.4.1. La mediación y su poder de transformación social	165
6.4.2. Los retos de la mediación penal	166
6.5. A modo de conclusiones finales	168
 <i>Referencias bibliográficas</i>	 171

2

Los modelos de actuación ante conflictos y litigios

2.1. Introducción

Tal y como hemos señalado en el capítulo 1, han sido muchas y muy diversas las fórmulas empleadas históricamente para la resolución y gestión de los conflictos. La amalgama de modelos ha sido constante, han convivido en un mismo tiempo y lugar diferentes tipos, aunque el predominio de alguno de ellos también ha sido la cualidad permanente.

Como señala Chase (2011, p. 185 y ss.), además, estas fórmulas son variables en el tiempo, como lo es el contexto cultural en el que se desarrollan, concluyendo que entre ambos existe una dependencia inevitable.

Aunque realizar un repaso de los diferentes modelos, para lo que tendríamos que hacer un recorrido histórico, excedería de los límites de esta obra, atenderemos sobre todo a los contextos de los modelos que más se han dado en nuestro ámbito, y así podremos realizar un análisis más preciso de los mismos. No de otra manera podremos atender a las diferentes trayectorias y finalidades que encontramos en los diferentes mecanismos institucionales de resolución de conflictos, pues, aunque arranquemos de una perspectiva procesal, el estudio de los mismos exige detenernos en la apreciación de la coherencia de aquellos con el contexto histórico-social-político-económico en el cuál se han ido y se están desarrollando (Sumaria, 2012, p. 68).

Si bien desde el punto de vista tradicional el derecho procesal ha centrado su estudio en el proceso jurisdiccional como fórmula de resolución, no es menos cierto que en el escenario actual son muchísimos los procesalistas que han abierto su campo de estudio e investigación a todas las fórmulas de composición de controversias. Incluso autores clásicos ya abogaban por tal ampliación del campo de actuación de la disciplina. Así, Alcalá Zamora y Castillo ya manifestaba que el procesalista debe abarcar en su estudio todos los expedientes que sirvan de un modo u otro a la realización de la justicia (Alcalá Zamora, 2000, pp. 24 y 25).

Nosotros, dando un paso más y siendo coherentes con la necesaria interdisciplinarietà en el estudio de los institutos jurídicos y en particular de los jurídico-procesales, intentaremos aportar un análisis integral sumando otras perspectivas a las estrictamente jurídicas. Como ya señalamos, la complejidad de los conflictos y su significación diversa en los distintos campos de las disciplinas científicas así lo exige.

Nuestro punto de partida, sin embargo, va a estar anclado en la clásica distinción de las diferentes formas de operar con los conflictos que nos son más cercanas. Así, comenzaremos por la distinción entre los modelos en función de los sujetos a los que se puede atribuir la competencia para actuar frente a ellos.

2.2. Modelos heterocompositivos

Como ya hemos señalado, partiremos de la tradicional distinción entre métodos heterocompositivos y autocompositivos. No obstante, no podemos dejar de señalar que también existen otras clasificaciones a las que se puede hacer referencia, como la de modelos judiciales, extrajudiciales, formales, informales, etc. Dichas ordenaciones, sin embargo, operan en un plano institucional, y sin dejar de apreciar su importancia, en este momento partiremos de la clasificación arriba apuntada.

Se denominan modelos heterocompositivos a aquellos en los que es un tercero, ajeno al conflicto, el que decide acerca del mismo. En ellos la resolución formal que se adopta vincula a los sujetos protagonistas del problema. Dichos modelos hoy en día descansan en la regulación legal que otorga efectos jurídicos a dichas actuaciones.

No siempre ha sido así, pues, como ya pusimos de relieve, en las épocas anteriores de la historia donde el derecho no se había creado, las decisiones eran adoptadas por los que ejercían la jefatura de las tribus o

grupos y las mismas eran acatadas simplemente por el prestigio intragrupal del sujeto en cuestión.

Es en el momento en que el que aparece el Estado en el que se traslada dicha *auctoritas* a los sujetos elegidos por la ley otorgándoles la vinculación jurídica a sus mandatos.

Centrándonos en la situación de hoy en día son dos los modelos heterocompositivos que conviven en la actualidad en nuestro contexto. Por un lado, el modelo judicial-estatal, cuya vinculación viene dada por el propio Estado al provenir de uno de los poderes de este: el poder judicial, a través del cual todos los ciudadanos se encuentran vinculados a sus decisiones. Por otro lado, nos encontramos con otra forma heterocompositiva desligada del poder estatal, el arbitraje, que en una primera aproximación podemos definirlo como un modelo de justicia privada en el que los sujetos de un conflicto pueden someter los mismos a jueces árbitros. La diferencia básica entre los dos, aunque no la única, es la causa de la vinculación a sus decisiones, pues si el poder judicial actúa ante los conflictos por ejercicio de poder, el árbitro actúa por delegación de las partes que le encomiendan dicha función. Además, es importante reseñar que el poder estatal funciona en todos los ámbitos, tanto en los ámbitos sujetos a la disponibilidad de los particulares (derecho privado) como en el ámbito de aplicación del llamado derecho público e imperativo. En cambio, al arbitraje solo le compete la decisión sobre conflictos en el ámbito de la autonomía de la voluntad, en que, de la misma manera que los sujetos pueden transigir libremente, también pueden delegar su resolución a un tercero particular.

Aun así, y una vez nacida la vinculación en el arbitraje a través de lo que se denomina convenio arbitral, el funcionamiento de ambas instituciones cuando actúan en los marcos del derecho privado es muy similar, tanto que el desarrollo de su actuación se realiza a través de la utilización de un instrumento procesal que cumple con las características del proceso jurisdiccional.

Al ser este un rasgo común, entendemos que su análisis puede realizarse de una sola vez en este momento. Posteriormente, desglosaremos las características propias de cada uno de los modelos.

2.2.1. El proceso: instrumento común a los modelos heterocompositivos

Hemos de advertir que el análisis que pretendemos realizar se fundamenta en nuestra idea de la necesaria perspectiva multidisciplinar de las ins-

tituciones que vamos a abordar. Esta visión nos va a acompañar a lo largo de toda la obra, por lo tanto, aunque en algún momento nos detengamos en la necesaria descripción jurídica, dicha explicación viene impulsada por la propia comprensión de los significados. Las distintas perspectivas que vamos a tener en cuenta son diversas, desde la puramente sociológica pasando por la comunicativa o semántica hasta la perspectiva narrativa del derecho.

El punto de inflexión de los métodos heterocompositivos descansa en el común instrumento que se utiliza a la hora de resolver los litigios: el proceso jurisdiccional. Sin embargo, la definición que podemos encontrar de dicho instituto, desde un punto de vista jurídico procesal, es meramente descriptiva. Así, el proceso es la serie y sucesión de actos concatenados entre sí. La finalidad es lograr el enjuiciamiento jurisdiccional, es decir, la aplicación del derecho al caso concreto.

La doctrina procesal no ha realizado una definición más profunda de lo que es el proceso jurisdiccional, sino que se ha decantado por destacar el contenido meramente descriptivo de esa institución tan compleja como es el proceso.

Aunque sí ha existido una profunda discusión de su posible naturaleza jurídica, la misma tampoco nos aclara suficientemente cuál es su esencia, pues independientemente de que nos acerquemos al proceso catalogándolo de contrato (*de litiscontestatio*), de relación jurídica, de institución jurídica o de su autonomía con respecto a otras categorías jurídicas, lo cierto es que lo que sea el proceso o que cualidades lo integran es algo no logrado en la ciencia procesal. El acercamiento, por tanto, a su fondo, se nos muestra especialmente complicado.

Que el proceso es un instrumento de la función jurisdiccional es algo fuera de toda duda, y que el mismo debe servir eficazmente a dicha función, también.

Ahora bien, cómo se concatenan los diversos actos, en su sentido más profundo, es decir, qué actos son los imprescindibles para cumplir dicha misión y cómo deben enlazarse, es un punto que hoy por hoy no es una cuestión que haya sido muy tenida en cuenta. Uno de los grandes autores procesalistas, Alcalá Zamora, ya señalaba al respecto que el proceso, que es uno de los tres grandes pilares donde se asienta la ciencia procesal, dista mucho de haber alcanzado su elaboración definitiva (2000, p. 12).

En una primera aproximación y partiendo de los datos apuntados podemos inferir que los actos necesarios para dicho fin son aquellos que sirven directa e indirectamente a proporcionar al juzgador los datos y

elementos de juicio suficientes para poder realizar la labor de enjuiciamiento. Además, si entendemos el enjuiciamiento como el acto por el cual el juez o árbitro decide la resolución jurídica al conflicto, estamos más cerca de poder abordar cuál es la esencia del proceso.

Se trata de una técnica específica, regulada por el derecho (procesal) a partir de la cuál se articulan una serie de actuaciones regladas cuya finalidad última es poner al juez o árbitro en situación de poder decidir si un hecho o conjunto de ellos han existido y si puede ser considerado como supuesto integrado en la norma que se debe aplicar (González Lagier, 2003, p. 18).

Si hubiese que comparar dichas actuaciones necesarias y eficaces para lograr dicha situación, lo primero que se nos antoja como el mejor símil es el desarrollo lógico del mecanismo humano para la toma de decisiones o la resolución de problemas. El juez o árbitro debe decidir, resolver y solucionar el planteamiento que se le brinda a través de los actos procesales.

Por ello, y aun antes de entrar a otras consideraciones jurídicas, podemos atisbar que el conjunto de actos que componen el proceso deben ayudar al juzgador en esa misión de decisión. En una aproximación muy superficial a dichos mecanismos de pensamiento, podemos atisbar unos elementos esenciales en la toma de decisiones o resolución de problemas: planteamiento, reflexión y decisión. Si bien es cierto que existen numerosos estudios sobre la toma de decisiones judiciales, muy pocos hacen referencia al proceso como “proceso de toma de decisiones” sino que se centran en el estudio de la toma final de la decisión, en la reflexión final del juez a la hora de resolver el asunto, y no en el estadio anterior que fundamenta la misma. Y es que en el ámbito judicial no puede haber decisiones aisladas del proceso, y este enlace es el que falta por analizar. La forma en la que llega la información al juez es tan importante y necesaria como la misma decisión en sí. Es esta nuestra principal misión: profundizar en el ámbito del proceso jurisdiccional como mecanismo de toma de decisiones, independientemente de la decisión en sí, que puede ser analizada desde otros puntos de vista. El tema entronca directamente con lo que se debe entender por debido proceso, tanto más importante cuanto este se ha erigido en casi todos los ordenamientos como una garantía elevada a rango de derecho fundamental. Sin embargo, no nos dejemos engañar: el debido proceso hace referencia en la dogmática procesal a las garantías inherentes al mismo, es decir, a las adiciones que hay que realizar al proceso para conside-

rarlo constitucionalmente válido. Nosotros queremos profundizar aún más: ir a la técnica empleada en cada proceso sin restar importancia a las garantías, ya que estas juegan como un plus de justicia. ¿Qué es la técnica procesal?

Lo más importante es destacar la posibilidad de que el juzgador pueda tener frente a sí toda la información necesaria del problema o decisión que debe adoptar. Un segundo momento, el de reflexión, debe estar inclinado a la toma en consideración solo de los elementos que sirvan verdaderamente a dicha decisión, desechando los impertinentes o aquellos sobre los que no exista una certeza de veracidad. Por último, debe tomar la decisión oportuna en función del marco en el que nos estemos moviendo. Una vez llevada al terreno de la decisión jurídica, esta además debe su certeza a la existencia de una norma que contempla el sentido de la resolución.

Así, podemos clasificar los diferentes actos procesales en tres grupos: actos de alegación o investigación, actos de prueba o verificación de los hechos, y actos de conclusión. Los primeros implican el recaudo de información sobre el conflicto, ya sea de manera voluntaria por las partes, ya sea a través de una investigación realizada por el órgano judicial (así ocurre en el ámbito penal). Los actos de prueba se encaminan a lograr el convencimiento del juzgador de que las informaciones recabadas son o no ciertas (dependiendo de los intereses de cada una de las partes). Y, por último, los actos de decisión incumben directamente al juez en su obligación de aplicar el derecho al caso concreto.

Desde una perspectiva sociológica se ha afirmado que el proceso es el momento social del derecho (López Ayllón, 1989, p. 1038), y desde una perspectiva procesal puede ser así considerado si nos circunscribimos al espacio público institucionalmente establecido, es decir, si la única dimensión de lo social que asumimos es la marcada por la Administración pública de Justicia: como espacio diseñado a modo de servicio público para el ciudadano.

Podríamos matizar, sin embargo, estas líneas estableciendo que el momento social del derecho es el conflicto, el paso del problema al conflicto es lo que exterioriza al mismo y lo hace susceptible de ser abordado jurídicamente, pero también lo hace susceptible de ser abordado desde otras perspectivas que son tenidas en cuenta por el derecho. Esto finalmente nos llevaría a los llamados mecanismos alternos en tanto que al fin y al cabo al ser tenidos en cuenta por el derecho, otorgándoles eficacia jurídica, son aplicación del derecho al caso concreto.

Ahora bien, que el proceso no sea el “único” momento social del derecho, no da pie a que este pueda calificarse como un espacio que se constituye de manera obligatoria y necesaria cada vez que los sujetos involucrados en el mismo actúen para obtener su creación. Esa dimensión de vinculación, como ya hemos señalado anteriormente, es la característica que atañe por igual a los modelos heterocompositivos que tienen en el proceso su principal instrumento de actuación (López Ayllón, 1989, p. 1027). La obligación de pasar y estar a lo que se decida en estos modelos caracteriza a dicho espacio de actuación del derecho. Ningún otro modelo se atempera a dicha conexión.

Así, en los modelos en los que un tercero es el encargado de trabajar sobre conflictos ajenos, la necesidad de dotar al mismo de un instrumento que garantice la homogeneidad en el desarrollo y funcionalidad es clave a la hora de obtener una legitimación reforzada. Aunque ya hicimos referencia a este problema en páginas anteriores, es necesario profundizar en esta idea.

El proceso se erige en un canal necesario y eficaz para la aplicación del derecho al caso concreto, ya sea en su vertiente de proceso judicial como de proceso arbitral. En ambos institutos, el tercero llamado a resolver debe contar con un mecanismo que coadyuve a que la decisión sea lo más justa posible. A ese instrumento se le denomina proceso jurisdiccional.

Su importancia es indudable, aun partiendo de una necesaria legitimidad (por mor del poder o de la voluntad de las partes) el proceso por un lado pone límites a la arbitrariedad y crea un espacio en el que las partes deben también sentirse a su vez legitimadas. Es por ello que la creación, artificial y humana, de dichos instrumentos debe fundamentarse en estrictos postulados de justicia formal.

Es a través de estos postulados como se ordenan y se activan las capacidades de actuación de los sujetos llamados a conformar el “vértice” del espacio procesal. Pues a la vez que organizan de manera general los derechos fundamentales de ámbito procesal, obligan al legislador a atemperar su desarrollo en función de dichas garantías.

Partiendo de la consideración del proceso jurisdiccional como una vía que encauza el desarrollo de la función jurisdiccional, este se constituye como una serie o sucesión de actos concatenados entre sí y que de manera sucesiva acompañan al juzgador para conseguir la finalidad de aplicar el derecho al caso concreto. En definitiva, el proceso se enfoca a la decisión que debe adoptar el juez o árbitro, esa es su principal finalidad. Para ello, por pura lógica el decisor, como en cualquier método de toma de

decisiones debe conocer y convencerse de que la información que tiene es cierta y decidir en base a ello.

Aunque la forma y el modo en que la información llega al decisor depende de la tipología del propio proceso, y no compete al ámbito de los principios jurídico-naturales sino al de los jurídico-técnicos, lo que sí es común al ámbito de toda clase de proceso jurisdiccional es que todos los sujetos que pueden verse afectados por tal resolución deben tener al menos la oportunidad de incorporar información al mismo, deben tener la oportunidad de hacerse oír, es lo que se denomina el principio de audiencia, este derecho sin embargo debe ir concatenado al derecho a conocer, pues no sin conocimiento de las partes estas pueden volcar su “defensa” en el proceso, la conjunción de ambos es el llamado principio de contradicción. A ello se suma como principio natural el que todos los sujetos litigantes tengan las mismas armas procesales, es decir, las mismas oportunidades de actuación, lo que se denomina procesalmente *principio de igualdad*. Y, obviamente, como el objeto de dicho proceso no es otro que la resolución de litigios, la existencia del mismo se considera causa necesaria. El principio de dualidad garantiza que todo proceso traiga causa de dicha controversia, de posiciones enfrentadas que, no pudiendo salir de tal enfrentamiento por sí mismas, solicitan que sea un tercero el que decida. Estos son los llamados principios jurídico-naturales que deben estar presentes en todo proceso jurisdiccional.

Partiendo de ellos como presupuestos ineludibles en el proceso y concretamente en su desarrollo sucesivo a través de los actos procesales, subyace la necesidad de que estos sirvan al propósito de decidir. Para ello, la mecánica intrínseca a la decisión se apoya en la estructura del razonamiento lógico para la toma de decisiones. No estamos aquí haciendo referencia a la toma de decisión final sino al desarrollo procesal que sitúa al juzgador ante los datos a partir de los cuales debe resolver. Por lo tanto, nos centramos en el momento anterior a la resolución, al proceso lógico que debe llevar a dicha situación final. Ahí, precisamente, radica la secuencia necesaria que debe poseer todo proceso jurisdiccional.

La secuencia se realiza de una manera racional partiendo de la información (fase de alegaciones, instrucción, investigación) y delimitando la misma en función de su utilidad (elementos o hechos susceptibles de ser tenidos en cuenta al ser hechos normados). En una segunda fase, la secuencia se ve enmarcada por la toma en consideración solo de aquellos hechos que, siendo normados, aparecen como ciertos (prueba y convicción) para finalmente precipitarse toda esta información filtrada al ámbito de la decisión última.

Ahora bien, toda esta dinámica se desenvuelve a través de una serie de intercambios de información, tanto entre el juez con cada parte como de las partes entre sí –en algunos casos como fin mediato–. Por ello podría argumentarse que el proceso se desenvuelve en una situación comunicativa. Se trataría de un espacio de comunicación y, así, las normas procesales establecen un contexto semántico que da lugar a reglas específicas de comunicación (Hernández, 2015, pp. 40 y 41).

Esta perspectiva, puesta en consideración por el citado autor, nos muestra una visión externa del proceso que puede aclarar algunas cuestiones y ayudar a encontrar la solución a otras. Aunque ya destacamos la importancia de la multidisciplinariedad, son las palabras del citado autor las que nos pueden servir para subrayar su trascendencia. Así, destaca que “podría decirse que existe un deseo (desde hace años) de conocer lo que se ve y cómo se ve desde fuera del propio campo de conocimiento y la convicción de que estas aportaciones externas son muy útiles y necesarias para avanzar” (p. 32).

En definitiva, el proceso está orientado a su finalidad mediata de obtener una respuesta a una pretensión, utilizando para ello mecanismos de comunicación que, de manera inmediata, dan a conocer la información necesaria tanto al decisor como a las partes que puedan verse afectadas por dicha decisión. La comunicación es la vía, por tanto, para hacer llegar la información a los destinatarios procesales. Sin embargo, pronto se advierte que esta comunicación, lejos de ser eficiente, desde el punto de vista del ciudadano que solicita justicia, se encuentra envuelta en un simbolismo casi exagerado. El lenguaje en el ámbito judicial se reviste de un carácter técnico. Además, las formas en las que debe transmitirse dicha comunicación, el llamado formalismo, refleja una imagen de la Justicia lo suficientemente técnica como para que el ciudadano (el justiciable) se encuentre dentro del proceso en un terreno ajeno. Esta característica confiere al proceso una condición muy específica: la del rito al que solo pueden acceder, en condiciones de auténtica comprensión, los iniciados. Culturalmente, el proceso se construye como algo opaco, carente de transparencia.

Dicha carencia es absolutamente consciente, y yo diría que hasta querida, no en vano en algún texto legal de naturaleza procesal se exige a los jueces claridad en la utilización del lenguaje para hacerlo más comprensible al sujeto al que va dirigido, al justiciable. Es en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores donde nos podemos encontrar dicha necesidad cuando al regular la sentencia que se dicte sobre la pre-

sunta actuación delictiva del menor de edad se conmina al juez a que “al redactar la sentencia, procurará expresar sus razonamientos en un lenguaje claro y comprensible a la edad del menor”, como si al cumplir la mayoría de edad los justiciables por propia cronología biológica entraran a comprender de manera innata el lenguaje judicial.

Tal complejidad de actuaciones y de lenguaje hace imprescindible en el ámbito judicial que los ciudadanos deban (con carácter general) ser asistidos por un traductor, su letrado, que no solo va a conocer dichas técnicas procesales y lingüísticas, sino que les va a ofrecer la necesaria comprensión de las informaciones que provengan del propio proceso.

La reflexión que nos mueve en este momento es la de si es absolutamente necesaria esta complejidad semántica y técnica cuando los afectados son legos en derecho, con carácter general. La evidencia es abrumadora. Culturalmente se asiste a un rito que demuestra lo lejos que queda del ciudadano esta Administración del poder y lo dificultoso de la labor jurídica independientemente de la propia labor de decisión.

Todas estas circunstancias han pesado sin duda en la crisis de la Justicia a la que hacíamos referencia en el primer capítulo. El justiciable acude a la Justicia para encontrar solución a algo que le es propio, para ser considerado un invitado, casi de piedra, en la decisión que se va a tomar sobre su futuro. Todo ello, además, en un contexto complejo y que le resulta altamente ajeno.

Avanzando un poco más, debemos prestar atención a la limitación con la que también se encuentra el litigante a la hora de verse reflejado en el objeto de la contienda, halla en el proceso judicial una versión jurídica del mismo. La versión, además de “traducirse” a dicho lenguaje jurídico, encuentra en el proceso una limitación objetiva, ya no se trata de exponer su conflicto sino “su litigio”. La calificación jurídica necesaria para operar procesalmente con el conflicto lo transforma en un simple supuesto de hecho, del que poder conseguir, llegado el caso, la consecuencia jurídica que se solicita y que la norma en cuestión prevé. Los hechos “relevantes” ya no son todos lo acontecidos sino solo aquellos que jurídicamente se consideran pertinentes. El litigio transforma la historia social en historia jurídica, desposeyendo a la misma, en la mayoría de las ocasiones, de elementos simbólicos importantes para el litigante.

Desde el punto de vista estructural, el proceso se construye a través de la idea de controversia. La distribución y orden de los actos que lo componen se desarrollan en un contexto adversarial, demanda-contestación, acusación-defensa, lo que provoca una dinámica de confrontación que

tiende, más que a acercar posiciones, a su alejamiento, provocando una escalada en el conflicto. Dicha escalada se caracteriza principalmente por la suma de nuevos elementos al relato del problema, comenzando de nuevo el bucle de su constitución en conflicto y quizá en nuevo litigio. Nos podemos llegar a encontrar con un nuevo conflicto nacido exclusivamente con base en el litigio, en el proceso, en el propio método de resolución. La contradicción y la incoherencia de dicha situación es, podemos decir, trágica. Entelman describe dicha situación muy gráficamente al expresar que el proceso judicial no puede evitar el deterioro de los vínculos que constituyen las relaciones sociales de quienes sometieron a juicio sus controversias (2005, p. 24), llegando incluso a manifestar que el proceso judicial recurre a la violencia, pues emplea el uso o a la amenaza de la fuerza (p. 60).

Es por esto que, encontrar en estos contextos procesales momentos en los que el legislador incluye instrumentos de autocomposición para intentar que las partes logren acuerdos, provoca en muchas ocasiones hasta sonrojo.

Volviendo a la necesaria toma en consideración de otras disciplinas científicas, el aspecto narrativo nos demuestra algo muy diferente. El orden secuencial, por otra parte, imprescindible, en el que ingresan las historias de los litigios al proceso, conlleva o arrastra una consecuencia quizá no debidamente tenida en cuenta: la llamada colonización de las narrativas (ya volveremos a tratar de este asunto cuando nos encontremos en el ámbito de los modelos de mediación, pues uno de ellos descansa en esta narrativa precisamente). Aquel que actúa en primer lugar delimitando la pretensión, el objeto de debate, marca el camino a seguir a la parte pasiva, y esta última se ve conminada a la defensa sobre aquella. No existe una historia común, no se le da cabida. Se fuerza a la narrativa de una sola historia y a la reacción frente a ella, y lo que es cierto es que las historias siempre tienen varias caras. Podríamos incluso decir que la verdad las tiene también, y que “siempre habrá para contar dos historias de la verdad” (Calvo González, 2019).

2.2.2. El proceso como método de resultado cierto

A pesar de lo dicho en las líneas precedentes, una de las mayores bondades de los modelos heterocompositivos es su alto grado de efectividad, lo que no debe de perderse de vista, pues se trata de una característica

sustancial que conforma la propia esencia del proceso jurisdiccional. Así pues, además de presentarse como un mecanismo al que las partes se encuentran vinculadas por mor del poder estatal o por su propia voluntad, la mayor ventaja que soporta dicho instrumento es la de ser un método a través del cual las partes obtienen con seguridad la resolución sobre el litigio. La existencia de esta garantía es, sin duda, uno de los factores más ventajosos del proceso jurisdiccional, la seguridad que aporta a los justiciables el hecho de que al acudir al proceso el juzgador va a decidir acerca del litigio planteado.

Si bien es cierto que, por causas del excesivo formalismo procesal, pueden darse situaciones en las que el juzgador termine el proceso sin decisión sobre el fondo, estas podrían considerarse circunstancias patológicas y no generales. En el caso en que se cumplan todos los presupuestos legalmente exigidos, tanto el juez como el árbitro tienen la obligación de decidir, uno por mor de la exigencia de la prohibición del *non liquet* y el otro por la responsabilidad asumida de cumplir fielmente su encargo.

Esta seguridad, que proviene de la vinculación que afecta a las partes, es la que no encontramos en los métodos autocompositivos, donde la voluntariedad prima en todos y cada uno de los momentos del procedimiento, y cualquiera de las partes puede abandonar el mismo sin merma de ninguna obligación o vinculación que, fuera de dicha voluntad libre, no existe. Por esta razón en los últimos años (al menos en España, y más si hablamos de otros países de nuestro entorno) han aflorado instrumentos que se pueden considerar como mixtos, o también denominados escalonados, y que se materializan en la construcción de modelos de resolución con otros de gestión, obteniendo de esta manera una garantía de efectividad que los autocompositivos por sí mismos no alcanzan. A estos se interconectan también instrumentos heterocompositivos con otros autocompositivos, tomando así los beneficios de ambos. Parten siempre de un previo acuerdo de las partes y conectan, en la mayoría de los casos, mediaciones con arbitrajes.

2.2.3. El arbitraje como modelo heterocompositivo

Aun cuando hemos adelantado algunas cuestiones acerca de que sea el arbitraje, es en este apartado donde vamos a desgranar sus principales características, pero también a destacar las principales diferencias con el proceso judicial.