

REVISTA CONFLUENCIA

**ANÁLISIS, EXPERIENCIAS
Y GESTIÓN DE CONFLICTOS**

REVISTA CONFLUENCIA

**ANÁLISIS, EXPERIENCIAS
Y GESTIÓN DE CONFLICTOS**

AÑO 2 - NÚMERO 2 - 2014 - ISSN: 2346-1047


Grupo Editorial
IBAÑEZ


Cámara
de Comercio
de Bogotá

Revista Confluencia : análisis, experiencias y gestión de conflictos. --
Año 2, No. 2 (2014). -- Bogotá : Grupo Editorial Ibáñez,
Cámara de Comercio de Bogotá, 2014.

v. : il., fotos ; 24 cm.

Editora Myriam Janneth Silva Pabón.

ISSN 2346-1047

1. Solución de conflictos - Colombia - Publicaciones seriadas
2. Negociación de conflictos - Colombia - Publicaciones seriadas
3. Mediación - Colombia - Publicaciones seriadas 4. Arbitramento -
Colombia - Publicaciones seriadas 5. Bogotá (Colombia) - Publicaciones
seriadas 6. Colombia - Publicaciones seriadas I. Silva Pabón, Myriam
Janneth, ed.

303.69 cd 21 ed.

A1423283

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

© GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
Carrera 69 Bis No. 36-20 Sur
Teléfonos: 2300731 - 2386035

Librería:

Calle 12B No. 7-12, L.1

Teléfonos: 2847524 - 2835194

Bogotá, D.C. – Colombia

www.grupoeditorialibanez.com

ISSN: 2346-1047

Diagramación electrónica: *Santiago Moreno Gómez*

Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta revista por cualquier proceso
reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

® 2014.

EQUIPO EDITORIAL

DIRECTOR

RAFAEL BERNAL GUTIÉRREZ

Director Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

EDITORA

MYRIAM JANNETH SILVA PABÓN

jannethsilva@hotmail.com

COLABORADORES EDITORIALES

ESTEBAN PUYO POSADA

Subdirector Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

MARTHA ELIANA MARTÍNEZ

Coordinadora Conciliación en Derecho Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

MARÍA ANGÉLICA MUNAR GORDILLO

Abogada del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

GLORIA MARCELA VERA SALAZAR

Profesional Senior del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

COMITÉ ACADÉMICO

MAXIMILIANO ARAMBURO CALLE M.a. (Colombia)

RAÚL CALVO SOLER, Dr. (España)

NORA FEMENIA, Ph.d. (Estados Unidos y Argentina)

FERNANDO MONTIEL, M.a. (México)

HARBAY PEÑA SANDOVAL, M.a. (Colombia)

JOSÉ TORO VALENCIA Ph.d. (Colombia)

ANDRÉS TORRES MARTÍNEZ (Colombia)

COMITÉ EDITORIAL

PABLO BONORINO RAMÍREZ, Dr. (España y Argentina)

FRANCISCO DIEZ, M.a. (Argentina)

JORGE PESQUEIRA LEAL, Dr. (México)

LUIS ARTURO PINZÓN SALCEDO, Dr. (Colombia)

ALFREDO REVELO TRUJILLO (Colombia)

Impacto de la tutela judicial efectiva sobre el modelo de mediación de conflictos en España

Impact of effective legal protection on mediation model in Spain

Fecha de recepción del artículo: 07 de julio de 2014

Fecha de aceptación del artículo: 25 de julio de 2014

Fecha de recepción de la última versión: 07 de julio de 2014

RESUMEN

La aparición de la mediación moderna supone un desafío para los sistemas jurídicos que ven con buenos ojos saciar, en las llamadas formas alternativas de resolución de conflictos, la necesidad de dar respuesta a los ciudadanos y la sociedad toda.

Sin embargo, el trasvase no opera fácilmente ya que las distintas configuraciones de los Estados, define su sistema de Derecho y con ello su particular forma de Administración de Justicia.

Tomando como punto de partida la idea de que el Derecho es uno de los mecanismos que se han dado los hombres entre sí para resolver sus conflictos, analizaré en qué difieren los sistemas de derecho en términos de proceso judicial como forma de resolución de conflictos. A partir de allí en el artículo buscaré dar respuesta a la siguiente pregunta ¿Cómo impacta la Tutela Judicial Efectiva sobre el modelo de mediación de la Ley 5/2012?

Palabras claves: Tutela judicial efectiva, mediación de conflictos en España, modelo de mediación.

ABSTRACT

The emergence of modern mediation poses a challenge to the legal systems. They view very favourably, go to the called alternative forms of conflict resolution, in order to fulfil the solutions needs from citizens and society. However the transfer will not easily operates due to the different States configurations, who defines its system of law and thus their particular form of justice administration.

Taking as its starting point the idea that the law is one of the mechanisms that men have given to discuss resolving conflicts I'll analyze in which point Law systems differ in terms of judicial process as a means of conflict resolution.

From here in the article I'll seek to answer the following question: How impact the Effective Legal Protection on the mediation model inferred by Spain Law 5/2012?

Keys words: Effective legal protection, conflict mediation in Spain, mediation model.

OSCAR DANIEL FRANCO CONFORTI

Italo-Argentino, nacido en Ramos Mejía, Buenos Aires reside en España. Licenciado en Derecho por la Universidad de Morón (UM) Argentina. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Castilla La Mancha (UCLM) España. Máster en Mediación y Orientación Familiar por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) España. Especialista en Derecho Aeronáutico y Espacial por el Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial dependiente de la Fuerza Aérea Argentina (INDAE).

Panelista en Resolución de Conflictos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI-WIPO (Ginebra-Suiza). Árbitro en la Asociación Gallega de Arbitraje, Mediación y Equidad de La Coruña (España) y ex-árbitro de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires (Argentina). Director del Servicio de Mediación Social Comunitaria del Ayuntamiento de Alicante.

Profesor de Derecho en Técnicas de Expresión, Argumentación y Negociación de la Universidad Oberta de Cataluña (UOC). Ex-profesor Docente Autorizado Interino en Derecho Aeronáutico y Espacial y Derecho del Transporte en la Unviersidad de Morón (UM). Ex-profesor Asociado en Filosofía del Derecho en la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM) docencia en Negociación y Resolución de Conflictos. Profesor regular en cursos de mediación en: Diputación de Alicante, Universidad de Alicante (UA), Ilustre Colegio de Abogados de Alicante (ICALI), Ilustre Colegio de Abogados de Valencia (ICAV), Cursos de posgrado en Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), Diputación de Girona, Instituto de Mediación y Arbitraje Internacional de Portugal (ILMAI), Instituto de Mediación y Arbitraje de Portugal (IMAP).

Ponente en Congresos y Seminarios Internacionales en Argentina, Uruguay, Chile, Colombia, España, Cabo Verde, República Checa, Portugal, Italia.

Autor de un gran número de artículos relacionados con la negociación y la mediación publicados en España, Argentina, Chile, Paraguay, Brasil, Portugal y Estados Unidos de Norteamérica. Autor de los libros *Liderazgo positivo: construir el futuro con imaginación e idealismo*; *Mediación en organizaciones y empresas* y *Pequeño manual de mediación electrónica*, que ha sido traducido y publicado en idioma inglés.

Impacto de la tutela judicial efectiva sobre el modelo de mediación de conflictos en España

Impact of effective legal protection on mediation model in Spain

I. LA APARICIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL ESCENARIO JURÍDICO MODERNO

1. CONFORMACIÓN DEL ESTADO, CONSTITUCIÓN, DERECHOS FUNDAMENTALES

Los Estados modernos se dotan de Constituciones como forma de que se les reconozca el carácter democrático, establecen en su Carta Magna una gama muy variada de derechos que son denominados «fundamentales».

Una de las formas en las que la idea de Estado se deja ver es a través de la clasificación de los derechos fundamentales que reconoce. La pregunta que se sigue es ¿Cuáles son esos derechos fundamentales? Por mi parte los clasificaré tomando como distintivo el ámbito al que pertenecen. Dicho elemento particular me permite agruparlos de la siguiente forma:

1. Derechos civiles: todos aquellos cuya finalidad es la de garantizar la libertad de actuación o autonomía de la voluntad¹.
2. Derechos políticos: aquellos que tienen como finalidad garantizar la participación ciudadana de forma democrática en los asuntos públicos².
3. Derechos sociales o socioeconómicos: bajo este epígrafe encontramos a todos aquellos cuya finalidad es la de garantizar unas condiciones de vida dignas³.

¹ Se agrupan aquí el derecho a la vida y la integridad física y moral, derecho a la libertad, derecho a la seguridad personal o garantías procesales, etc., incluiría en esta categoría los contenidos en los arts. 15, 16, 17, 18, 19, 20, 24 y 25 C.E.

² Aquí se agrupan el derecho al voto, fundar partidos políticos, asociaciones, etc., incluiríamos aquí a los arts. 21, 22 y 23 C.E.

³ Encontraríamos aquí el derecho a la salud, a la educación, etc., incluimos aquí los arts. 27, 28, 35, 37 y 38 C.E.

Podríamos coincidir en que los derechos fundamentales vienen a representar los intereses más esenciales y primordiales de todas aquellas personas que conforman el Estado en cuestión.

Los derechos fundamentales que las Constituciones reconocen gozan a su vez de una «protección especial» por parte del Estado. Aunque pueda parecer contradictorio⁴, la forma especial en que estos derechos son protegidos consiste en «sustraer» su modificación y/o eliminación del alcance de la voluntad democrática, es decir que estos derechos no pueden ser modificados y/o eliminados por los órganos representativos de la soberanía popular.

Pero como no solo se trata de reconocer dichos derechos fundamentales, sino también de garantizar su eficacia y longevidad, los Estados deben diseñar mecanismos para su protección.

Para lograr este fin los tres mecanismos que destacan son:

- a) La obligatoriedad de respetar los derechos fundamentales por parte de todos los ciudadanos y de los poderes públicos.
- b) Los mecanismos de protección por parte de los Tribunales (en particular por el Tribunal Constitucional).
- c) La exclusión de los mismos de la política ordinaria, de forma tal que su modificación o eliminación requiera de mayores controles que los normales y corrientes.

La unión de los tres mecanismos mencionados precedentemente en la Tutela Judicial Efectiva, tal vez sea la forma más simple y efectiva que el legislador constituyente haya podido encontrar para proteger a los derechos fundamentales.

En cuanto al concepto de Tutela Judicial Efectiva, un excelente punto de partida es verla como la satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas (Rechtsschutzberüfniss) (Couture 1993, 479).

⁴ La aparente contradicción antes señalada tiene cuanto menos dos explicaciones, una de ellas alude al «alcance de los derechos fundamentales» y es la que expone la idea de que una sociedad que se dota de tales derechos logra proteger sus intereses básicos, sin caer en la tentación de modificarlos o eliminarlos en las ocasiones en que las cambiantes mayorías que gobiernan el Estado pueda perder el juicio reflexivo. La otra explicación respecto al sentido y justificación de los derechos fundamentales se encuentra en la protección de las minorías frente a las mayorías, que en ocasiones de forma abusiva y/o irreflexiva pueden ir contra los que son o piensan de forma distinta. De allí que el logro de la permanencia e intangibilidad de los intereses protegidos por los derechos fundamentales, se alcance al previo de que las generaciones siguientes a la sanción de la Constitución no pueden fácilmente modificar o eliminar dichos derechos.

La Tutela Judicial Efectiva se encuentra legislada en el artículo 24 de la Constitución Española, que transcribo a continuación:

«Artículo 24 C.E.

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos⁵, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

La Tutela Judicial Efectiva consiste en la preexistencia de Jueces independientes revestidos de autoridad y responsables de sus actos que son capaces de dar la razón a quienes ellos crean sinceramente que la tienen, y que las autoridades encargadas de ejecutar las sentencias, las respeten y ejecuten formalmente (Couture 1993, 484).

Siempre que un titular de derechos subjetivos crea que sus pretensiones no han sido debidamente atendidas por los Jueces y Tribunales ordinarios correspondientes, puede activar esta protección jurídica mediante el denominado «recurso de amparo» que es el instrumento jurídico procesal concreto para acceder ante el Tribunal Constitucional⁶.

El derecho a la Tutela Judicial Efectiva corresponde a los nacionales y a los extranjeros, de conformidad con el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Gómez Sánchez 2005, 92-93) y además debemos agregar la Constitución Europea que contempla esta protección en los arts. II-107 a II-110⁷.

⁵ De una primera lectura sobre el contenido del art. 24.1 de la C.E. se puede interpretar, si centramos la atención en la mención a los «derechos e intereses legítimos», que se identifica el derecho a la Tutela Judicial Efectiva con la acción en sentido concreto, esto es que cualquier ciudadano tendría el derecho fundamental a que los Tribunales le brindasen una tutela que le reconociera el derecho o interés legítimo que se encuentra en la base de la acción. «El concepto de «interés legítimo» hace referencia a la idea de un interés protegido por el Derecho, en contraposición a otros que no son objeto de tal protección.» (SEGADO. 1997. 267).

⁶ Conviene señalar que la insuficiencia de medios económicos no debe atentar contra el derecho fundamental a la Tutela Judicial Efectiva, por ello es que el art. 119 de la C.E., obliga al desarrollo de un sistema de justicia gratuita que garantice a las personas el acceso a la justicia.

⁷ FUNDACIÓN PABLO IGLESIAS. (2005). *Tu Constitución Europea*. Madrid. pp. 92-93.

El contenido del derecho a la Tutela Judicial gira en torno a tres⁸ derechos fundamentales⁹, a saber:

- a) El libre acceso a los Jueces y Tribunales.
- b) El derecho a obtener un fallo de éstos.
- c) El derecho a que el fallo se cumpla.

2. LA FORMA QUE EL ESTADO PROPONE PARA DIRIMIR CONFLICTOS

De ordinario, lo común es que las Constituciones tras dividir el poder en Ejecutivo, Legislativo y Judicial establezcan, como en el caso de la Constitución Española¹⁰ en su artículo 117.3, que será la Administración de Justicia quien a través de los Juzgados y Tribunales ejerza la potestad jurisdiccional para juzgar y hacer cumplir lo juzgado¹¹.

La pregunta que sigue surge con total naturalidad ¿Cómo resuelve el Estado los conflictos jurídicos? En un Estado de derecho la respuesta también surge con meridiana claridad, los resuelve a través del Derecho.

Tomando como punto de partida la idea de que el Derecho es uno de los mecanismos que se han dado las personas entre sí para resolver sus conflictos, podemos concebirlo como:

1. Un instrumento para la implementación de políticas que busca lograr que el ser humano se comporte de una forma determinada (lograr el control social bajo la amenaza de sufrir un castigo preestablecido por ejemplo en el derecho penal) y así conseguir que las personas no atenten contra los valores que consideramos importantes para la sociedad toda.

⁸ De estos tres derechos emergen una decena de concepciones, así tenemos: 1) el derecho de libre acceso a la jurisdicción (Jueces y Tribunales), 2) el derecho al proceso (la garantía de que la actividad jurisdiccional finalice en un pronunciamiento sobre el derecho o interés que se persigue), 3) el derecho a los recursos (observancia de ciertos requisitos que los justiciables han de cumplir a efectos de utilizar los recursos y obtener una sentencia que ponga fin al litigio suscitado en la instancia adecuada), 4) el derecho a la acción (obtener una resolución sobre el fondo del asunto, sea ésta favorable o no), 5) el derecho a la ejecución (a obtener el cumplimiento de la sentencia), 6) el derecho a un juez ordinario predeterminado por ley, 7) el derecho a la defensa y asistencia de un letrado, 8) el derecho a un proceso público sin dilaciones innecesarias y con todas las garantías, 9) el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, y 10) los derechos del ámbito penal (a ser informado de la acusación que se le formula, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia).

⁹ Para profundizar sobre el particular se puede consultar ÁLVAREZ CONDE Enrique. (2006). *Curso de derecho Constitucional*. Volumen I. *El Estado Constitucional. El sistema de fuentes, los derechos y libertades*. Tecnos. Madrid. 5ª ed., p. 519.

¹⁰ Hay que tener presentes las concordancias con los artículos 53, 118, 119 120, 161 y 162 C.E.

¹¹ De esta forma resulta que quien ha asumido la función de resolver y dirimir los conflictos jurídicos es el Estado.

2. Un escenario en el que las partes buscan (a través del Proceso Judicial) resolver sus conflictos de forma no violenta y específica, es decir sin recurrir a la coacción¹² (por ejemplo el Derecho Civil).

Se podría decir que el Proceso Judicial, entendido como un mecanismo de resolución de conflictos y no sólo como un instrumento de castigo ante la vulneración de ciertos valores, puede no ser el más adecuado para cierto tipo de conflictos como por ejemplo aquel que versa sobre intereses jurídicamente permitidos por el derecho (Entelman 2005) y/o aquellos que tengan un alto coste emocional (González Lagier 2009).

Tal vez esta visión más reflexiva del Derecho (Teubner 1983) sea la que haya motivado al Derecho para salir a buscar otros mecanismos distintos al Proceso Judicial para cumplir con esa función de resolución de conflictos de forma más eficaz y eficiente.

Esta búsqueda culmina (al menos de momento) cuando el Derecho incorpora a la mediación a través de normas específicas que regulan su aplicación¹³.

Surgen aquí una nueva serie de interrogantes ¿Cómo se organiza el Proceso Judicial en las distintas configuraciones del Estado? ¿Qué forma adopta la resolución de conflictos en los distintos Estados? ¿Cómo condiciona la Tutela Judicial Efectiva a la mediación?

II. MODELOS DE ESTADO E INTERVENCIÓN EN CONFLICTOS

La idea de Estado abarca la idea de sociedad y la vida en sociedad no es concebible como una yuxtaposición de individuos, sino que debe responder a la existencia de normas de conducta y organización (Pietro Sanchís 2005, 29-30).

El Derecho con sus normas e instituciones realiza una tarea de «ingeniería social», que consiste en la armonización de intereses en conflicto, en la consecución de fines sociales y en la satisfacción de necesidades sociales. La interdependencia constatable que existe entre la sociedad y el Derecho hacen de éste un elemento más de la estructura social, un

¹² Aunque debo aquí dejar constancia de que el poder coactivo recae en manos del juzgador.

¹³ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOE, Jefatura del Estado, Madrid, 7 jul. 2012a. Sección I, n. 162, p. 49224-49242. y Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOE, Ministerio de Justicia, Madrid, 27 dic. 2013a. Sección I, n. 310, p. 105296-105311.

subsistema, con sus reglas, de un sistema más amplio que es el conjunto de la sociedad (Marcos del Cano 2007, 93).

Es posible coincidir en que la visión más general que se tiene en el ámbito jurídico de las funciones del Derecho es la de «garantizar» o «imponer» un determinado modelo de relaciones sociales, o «sistema de control social». La clase de acciones que emplea un orden jurídico a fin de mantener o de alterar el esquema de relaciones sociales, corresponde con la clasificación siguiente:

1. La dirección de la conducta: el modelo de Estado conlleva una serie de criterios morales, políticos de utilidad social o económica, etc., que el derecho busca garantizar o imponer a través del condicionamiento u orientación del comportamiento de los individuos. Se trata así de evitar o desalentar aquellas conductas que se consideran o valoran negativamente y por otro lado de incentivar aquellas otras que se consideren positivas o valiosas.
2. La resolución de conflictos: el principio básico del derecho privado, la autonomía de la voluntad, que permite (con ciertos límites, excepciones hechas en la esfera del derecho de familia y del laboral) a los individuos acordar y pactar lo que tengan por conveniente. Cuando se dan diferencias y aparecen nuevos conflictos (por ejemplo la interpretación de una cláusula contractual) las partes podrán intentar resolverlo de forma autónoma mediante un nuevo pacto. Pero si no fuera posible siempre podrán recurrir a las normas jurídicas y los Tribunales para dirimir la cuestión sustituyendo la voluntad de las partes.
3. La configuración de las condiciones de vida: se alude con ello a la intervención directa y más intensa del que ha sido denominado en tiempos modernos como Estado social. Pretende establecer una determinada ordenación de la sociedad y del reparto o distribución de los bienes (por ejemplo, prestación directa de bienes o servicios como son: seguridad pública, educación, vivienda y sanidad) o intervenir directamente en el equilibrio de poder (cuando por ejemplo se habla de condiciones dignas de trabajo, redistribución de los recursos a través de la política fiscal, o bien como ya he dicho en promoción de comportamientos y prácticas, etc.).
4. La organización del poder social: en su vertiente pública (y de capital significación política) el derecho busca designar los sujetos y diseñar los procedimientos autorizados para crear o modificar las normas vigentes en el sistema, valiéndose para ello de normas de carácter

secundario que regulan la creación, modificación y aplicación del sistema todo así como también órganos encargados de aplicar esas normas a los casos puntuales (los Jueces y Tribunales).

5. La legitimación del poder social: es la razón o título en cuya virtud el poder recaba el sometimiento y adhesión de los individuos, a un poder que goza de legitimidad cuando es aceptado o se considera justificado por quienes son destinatarios de sus decisiones. La técnica moderna para lograr el cometido es el procedimiento democrático, que permite a quien ostente esa legitimación presentar las normas y decisiones del poder como si fuesen obra de todos y cada uno de los sujetos participantes, y/o de la mayoría.

Las formas en que el Estado puede organizarse son múltiples y muy variadas, por lo tanto necesariamente restringiré el estudio a las dos formas que a nivel mundial se encuentran más difundidas, esto es el modelo Jerárquico y el Paritario¹⁴.

1. ESTADO JERÁRQUICO Y ESTADO PARITARIO

Analizaré dos líneas de pensamiento con epistemologías bien diferenciadas que dan como resultado dos modelos bien distintos¹⁵.

1.1. *El modelo de Estado ideal jerárquico*

Este ideal descansa en la profesionalización, la ordenación vertical de funcionarios y el apego a las formas (normas, código, reglamentos, etc.) en la toma de decisiones.

La rutina en las actividades implica que los temas que se presentan al funcionario las más de las veces, no sean entendidos por este como una constelación única de circunstancias que pide «justicia individualizada». También las elecciones son más estrechas: aunque pueda haber muchas formas de enfocar la resolución de un problema, solo una emerge como habitual.

¹⁴ El estudio y análisis que propongo irá comparando en cada punto (modelo de Estado, justicia, proceso judicial, proceso de implementación de políticas y proceso de resolución de conflictos) ambas líneas de pensamiento, así podremos no solo advertir sus diferencias, sino que además podremos ver en qué consiste la propuesta que cada configuración, una de esas configuraciones de Estado hace a sus ciudadanos para dirimir sus conflictos.

¹⁵ Una de las vías por las que se advierte el contraste entre ambos modelos de organización del Estado es la judicial, así, mientras que en un modelo se jerarquizan los órganos decisorios (jerárquico), en el otro se establecen Jueces legos (paritario).

Resulta normal (tal vez a consecuencia del hábito y la especialización) que en los funcionarios se produzca la separación entre las reacciones profesionales y personales: el profesional adquiere la capacidad de anestesiar su corazón; la falta de compromiso emocional es tal que toma decisiones (en su rol de funcionario público) que nunca tomaría a nivel personal.

Los funcionarios están organizados en varios niveles y como si de una cascada se tratase, el poder viene de arriba y se derrama hacia abajo en dirección a los niveles inferiores. Suelen ser características las desigualdades entre las diferentes posiciones jerárquicas de los funcionarios. En el nivel más bajo están los funcionarios menores con limitada responsabilidad, son quienes hacen la labor de «jornalero» dentro de la organización.

Los funcionarios dedicados a la misma tarea son, jerárquicamente hablando, iguales. Pero cuando surge un conflicto entre ellos, estos «homólogos» no están autorizados a resolverlo por sí mismos (mediante acuerdos y consenso), sino que deben enviarlos al superior jerárquico para su resolución. Sólo en la cúspide de la pirámide de poder se resuelven las diferencias¹⁶.

En cuanto a las normas técnicas¹⁷ a ser utilizadas a la hora de tomar decisiones, cabe decir que el marcado ordenamiento jerárquico en combinación con el legalismo lógico se hacen notar en el hecho de que las visiones e interpretaciones dominantes de la cúpula de poder se

¹⁶ Aunque no menos cierto es que en los últimos tiempos, si la organización es de cierta envergadura, la autoridad suprema de la cúspide no puede guardar para sí todas las decisiones, lo que hace que los niveles inferiores tengan la facultad de decidir en «primera instancia», conforme la típica terminología de organización del poder en el modelo continental o europeo.

¹⁷ Conviene distinguir entre dos enfoques (Damaska 2000) que de ordinario suelen combinarse: a) el enfoque «orientación tecnocrática» en el cual los funcionarios evalúan las consecuencias de decisiones alternativas y luego eligen la alternativa que parezca más atractiva en términos del postulado del objetivo organizativo: la decisión se justifica en referencia a las consecuencias deseables que se cree emanan de ella; y b) el segundo enfoque, dominante en los aparatos de justicia tradicionales, que Damaska llama «legalista», en el que se espera que los funcionarios tomen una decisión particular cuando se encuentran hechos especificados en un marco normativo. La propiedad de la decisión queda evaluada en términos de fidelidad a la norma aplicable. Esto no quiere implicar que el enfoque legalista sea indiferente a las consecuencias que resultan de la acción oficial. Se espera que quienes hacen las normas hagan los cálculos instrumentales necesarios y fijen pautas capaces de favorecer los objetivos de organización. A su vez se distinguen dos variantes modales dentro del legalismo: b1) el «legalismo pragmático», ve la vida social de forma compleja y las normas para tomar decisiones están dirigidas a conjuntos de hechos concretos. El carácter técnico de esta variante reside fundamentalmente en la habilidad para hacer distinciones sutiles; y b2) la otra, denominada «legalismo lógico», apoya los esquemas de ordenamiento totales, y se apeg a normas más libres de contexto y por lo tanto más generales: se tiende a crear una red de principios y normas interconectadas.

filtran hacia los funcionarios inferiores, eliminando así cualquier atisbo de «justicia individualizada».

1.2. El modelo de Estado ideal paritario

En este ideal debemos imaginar un plano único en el que se encuentran todos sus funcionarios, plano que como tal no separa ni divide a los funcionarios del resto de individuos de la sociedad. Ello hace que los pronunciamientos que emergen de esta «máquina de justicia amorfa» seguirán teniendo un alto contenido personal o individual.

A priori se pueden apuntar algunas dificultades de esta forma de organización de funcionarios temporales, a saber, la incapacidad de desarrollar una memoria fiable, manejar problemas complejos y funcionar con continuidad¹⁸.

Los funcionarios del modelo de Estado ideal paritario pueden llegar a acuerdos y adoptar directivas comunes o normas en ciertas esferas de sus jurisdicciones.

Si bien los reglamentos impuestos desde fuera del aparato oficial (por ejemplo la legislación supranacional) pueden contribuir a la uniformidad de las decisiones, el impacto de ese reglamento no es en absoluto determinante, ya que los decisores (libres de un control superior) conservan la «posibilidad de desobedecer», adecuar e incluso anular el mandato del reglamento.

Queda visto que el ideal paritario rechaza cualquier propuesta formal de la toma de decisiones que requiera la aplicación de enfoques «técnicos». El rechazo a la aplicación de normas distintas de las éticas, políticas, religiosas o que no se apoyen en el sentido común imperante por parte de los responsables será sistemático.

Se evita así sancionar prácticas heredadas, en búsqueda de las decisiones inspiradas por visiones futuras de una sociedad mejor o soñada, sociedad a la cual se atribuye la capacidad de transformar las relaciones sociales.

A la justicia substantiva se la define (Damaska 2000) como la conveniente mezcla de normas para la toma de decisiones por parte de los funcionarios paritarios, en la cual el sentido común práctico y la prudencia se mezclen con normas éticas, políticas o religiosas.

¹⁸ Además dentro de este modelo ideal de nivel único de poder, deberíamos considerar que podría haber cierto solapamiento de jurisdicciones entre los funcionarios legos; también podría haber supuestos de duplicidad de funciones si la organización lega no consigue un funcionamiento secuencial ordenado; mas todo este desorden ha de ser aceptado como precio a pagar al aceptar el compromiso fundamental de una distribución de poder más amplia.

Estas decisiones utilizan preceptos de justicia substantiva que se ven reflejados en términos vagos como «razonable» o «justo», vocablos que aluden a viejas normas comunitarias no escritas y amorfas.

Una organización estatal orientada a la justicia substantiva no puede aspirar a ser tan predecible como cuando se adoptan los modelos de toma de decisiones tecnocráticos o legalistas. Lo que por otra parte tampoco es deseable en este modelo ideal de Estado paritario¹⁹.

2. LA JUSTICIA (IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS VERSUS RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS)

Conforme hemos visto las dos maneras de concebir el Estado, arrojan como resultado dos formas distintas de entender el objetivo del proceso judicial²⁰, es decir, de acuerdo a una de las formas (a) prevalece la morfología de la investigación y sirve para poner en práctica la implementación de las políticas del Estado, mientras que en la otra forma (b) el proceso viene a estar organizado conforme a una competición y sirve para resolver conflictos. En su forma pura cada una de estas formas está claramente dirigida a una finalidad diferente, vale decir que no son alternativas entre sí para alcanzar un mismo objetivo.

Las diferencias entre los distintos modelos no sólo se advierten en la forma de organización del aparato o sistema judicial (jerárquico o paritario), también y lógicamente se hacen patentes cuando hablamos de las funciones del Estado y nos centramos más específicamente en lo que hace a su papel en el proceso judicial.

Si comparamos los sistemas continental europeo (con una clara orientación jerárquica) y el angloamericano (de corte paritario) podemos advertir que mientras en el modelo continental europeo la idea de Estado se expandía (siempre con el objetivo o finalidad de satisfacer las necesidades sociales), desde el ejército al mantenimiento del orden interno, pasando por la educación y la salud pública, en el modelo angloamericano la visión era

¹⁹ Como ya se ha dicho, un cuerpo de conocimiento desarrollado por profesionales puede entrar en conflicto con la justicia substantiva. A los legos no les gusta verse limitados o constreñidos por los criterios técnicos; si a pesar de ello, las presiones externas imponen algún grado de legalismo a las estructuras paritarias, el parentesco de estas estructuras con el legalismo pragmático está mucho más cerca que el parentesco con el legalismo lógico. Esto se debe a que el legalismo pragmático y el lego exigen una atención estrecha a los aspectos concretos.

²⁰ A pesar de que ningún sistema existente reproduce completamente los modelos ideales, las características que se deben reunir en el modelo (sus fragmentos constitutivos) están ampliamente dispersos entre los sistemas reales.

que el Estado no debía iniciar o implementar programas sociales. Dicho modelo se apoya principalmente en la idea de las acciones privadas o voluntarias de los ciudadanos; por ende su función primaria es la de arbitrar los conflictos entre sus ciudadanos.

Estas diferencias, de cómo se entienden las funciones del Estado en cada modelo, hacen que en la justicia continental se tienda a dar forma a los procesos de acuerdo con un número limitado de principios inspirados por los propósitos de la justicia (positivismo²¹), mientras que en el modelo angloamericano no existe *ab initio* el proceso «instrumentalista», es decir en el sentido de funciones procesales claramente definidas.

Desde otro punto de vista los abogados continentales parece que creen que el proceso judicial está comprometido con la resolución de conflictos sólo en un área comparativamente restringida. Mientras que, los abogados angloamericanos expanden su imagen de procedimientos para que la resolución de conflictos alcance incluso a áreas donde esta expansión parecería inadecuada para los continentales. Así los angloamericanos parecen estar mucho menos preocupados en ajustar la forma procesal a los propósitos que los animan.

3. EL PROCESO JUDICIAL EN LOS MODELOS JERÁRQUICO Y PARITARIO

3.1. *El proceso judicial en el modelo de Estado ideal jerárquico (implementación de políticas)*

Siendo que el diseño jerárquico *per se* se compone de varios estratos o niveles que a su vez están divididos por capas de especialización²² la consecuencia lógica e inmediata al trasladar ese diseño al proceso judicial, arroja como resultado un proceso compuesto por varias etapas con asignación de tareas identificadas y divididas metodológicamente.

Aquí el trato personal es reemplazado por un texto escrito desprovisto de la riqueza del lenguaje no verbal y cuya objetividad siempre será cuestionable.

²¹ La relación entre derecho y moral constituye el origen de la polémica entre iusnaturalismo y el positivismo, así mientras el iusnaturalismo sostiene que hay una conexión intrínseca entre derecho y moral, el positivismo jurídico niega tal conexión (NINO. 1983. 18).

²² Valga como ejemplo pensar en la estructura interna de una oficina pública cualquiera en la que tenemos a los empleados de registro de entrada, los escribientes escalonados por rango, que las más de las veces se corresponde a las oposiciones ganadas y/o con la antigüedad en el cargo de funcionario.

A su vez, en el proceso judicial jerárquico la instancia de revisión está concebida como una secuela de la instancia previa y que se espera se produzca dentro del curso normal de los hechos. La revisión jerárquica se convierte así en algo regular, y además suele ser extensa. Hay pocos aspectos de las sentencias de poder inferir que sean inmunes a la supervisión: hecho, derecho y lógica son todos, juego limpio para el escrutinio y la posible corrección (Damaska 2000).

Conforme lo dicho se puede decir que la decisión inicial, o de primera instancia, está revestida de un carácter implícito de provisionalidad debido al «contralor o control de calidad» al que de ordinario son sometidas en segunda o ulterior instancia.

El proceso judicial jerárquico reconoce y aplica la exclusividad expandiendo su esfera de actividad, vale decir que a los abogados de las partes se les niegan varias funciones (por ejemplo recibir declaraciones, coleccionar pruebas, etc.). La separación de las esferas internas de las externas trae como consecuencia la monopolización de la acción procesal²³.

El proceso judicial jerárquico se identifica claramente con las acciones desarrolladas por «sus» funcionarios, quienes se encargan personalmente de los varios fragmentos de las diversas etapas del proceso, las que se han de desarrollar bajo su presencia y supervisión, bajo la pena de nulidad en algunos supuestos.

Para resumir, se puede decir que las características distintivas del procedimiento judicial jerárquico son:

- Estructuración en una sucesión de etapas.
- Cadena de funcionarios subordinados.
- La decisión de primera instancia puede ser irrelevante al final del proceso.
- Los casos se substancian por escrito en varios «cuerpos» de folios.
- La supervisión en segunda o ulterior instancia es típica.
- La delegación a las «partes» de pasos procesales es casi nula, y considerada cuanto menos como inapropiada.

3.2. *El proceso judicial en el modelo de Estado ideal paritario (resolución de conflictos)*

De acuerdo con lo que hemos visto como organización de un modelo de Estado ideal paritario, en este modelo habrá un único escalón o nivel continuo

²³ El proceso judicial jerárquico, a través de sus funcionarios, vive la delegación de tareas procesales como si de un abandono de responsabilidad profesional se tratase.

e indiferenciado. No hay especializaciones o división de tareas, sea para recolectar, como seleccionar y preservar materiales procesales. No es habitual (aunque sí puede ser excepcional) la existencia de ulteriores instancias y por ende de funcionarios superiores, lo que evidentemente conlleva el carácter implícito de definitiva de la sentencia de primera instancia.

En este sistema paritario, el órgano decisorio tiene la facultad de dictar resoluciones de carácter provisional o condicional, es decir, que el mismo órgano puede cambiar de parecer y modificar sus propias decisiones. Para ello será necesario que los abogados de las partes logren inducir al órgano decisor (juez o tribunal) y conseguir de él una nueva audiencia que les permita revisar su decisión.

Toda vez que no es posible «recurrir» las decisiones del órgano decisor, pues este modelo carece de segunda instancia, las partes tendrán que sacarle partido a la única instancia en la que se hallan los funcionarios. También se puede intentar «frustrar» la aplicación de las decisiones, iniciando acciones que sigan más o menos el mismo tenor del asunto ante otro decisor con el objetivo de obtener un pronunciamiento favorable que al estar en el mismo nivel horizontal que su predecesor temporal, «anule» los efectos del primero²⁴.

Dado el carácter extraordinario de una revisión por el superior, sigue teniendo sentido tratar el juicio original como cosa juzgada y permitir su ejecución. La apelación esporádica es una base que sirve para postergar la ejecución (Damaska 2000, 106).

Vale decir que cuando se da una revisión, ésta asume un carácter indirecto y antes que verificar lo adecuado de las decisiones razonadas, la autoridad superior intentará reconstruir lo que se decidió en realidad, y especulará sobre la posibilidad de si un juez razonable hubiese llegado a ese resultado que se ha impugnado por alguna de las partes.

Al contrario que en el sistema jerárquico aquí el contacto con «la prueba» es lo más directo posible. Así las audiencias adquieren especial relevancia, de allí el concepto de «testigo material». Habrá que asegurar la presencia de los testigos, ya que su ausencia o desaparición puede llevar a la ruina a un caso preparado con todo cuidado. No hay pasos procesales diseminados que hayan de ser integrados en un expediente físico. No hay que guardar

²⁴ En este modelo ideal paritario el procedimiento judicial no está exento de pagar un precio al hecho de establecer relaciones de poder amplias e igualitarias, esto se advierte, tal como lo he explicado por el hecho fáctico de que a través del recurso procesal de iniciar ante otro funcionario paralelo a un nuevo juicio, se pueda generar un «bloqueo» o «frustración» de una resolución de otro colega decisor.

los restos de acciones procesales anteriores para establecer una base firme de revisión ante un superior. En una organización de funcionarios legos temporales como la que se perfila en el modelo ideal paritario, no ha de cultivarse una larga memoria institucional: la coherencia se contempla con horizontes temporales más bien de corto plazo.

Las declaraciones de un testigo durante el juicio no pueden compararse con sus declaraciones anteriores registradas oficialmente. Por ello es que el sistema paritario se apoya muy frecuentemente en la amenaza de un proceso por perjurio o falso testimonio.

El foco que ilumina la legitimidad en la actividad judicial en este modelo paritario es absolutamente distinto al jerárquico. Aquí se plantea la idoneidad de los abogados de parte (por ejemplo, los abogados norteamericanos pueden hacer citaciones, tomar declaraciones, pedir la asistencia del *sheriff*²⁵ local, e incluso ser responsables de preparar órdenes y sentencias para que las firme el juez).

Resulta difícil identificar claramente los procesos por etapas ya que no hay supervisión directa por parte de los funcionarios legos o de los investigadores oficiales. Aquí son las partes quienes asumen las funciones importantes en el juicio al presentar los materiales que han reunido. Hay que tener en cuenta también que las pruebas conseguidas por una parte pueden ser impugnadas por la otra, que a su vez puede mostrar las pruebas que ha colectado.

En cuanto a la celebración del proceso hay que dar cuenta de la existencia de ciertas reglas técnicas que regulan la conducta de los protagonistas ante el juez lego²⁶. El génesis de estos reglamentos se relaciona con la simbiosis entre la autoridad paritaria y los abogados. Estas reglas de la práctica y pruebas pueden resultar un tanto complejas, mas no son inflexibles. El funcionario que dirige el procedimiento (Juez del jurado) puede negarse a ponerlas en práctica cuando lo considera apropiado, dadas las circunstancias e incluso puede ejercer su discrecionalidad y apartarse de los procedimientos técnicos, ya que la ausencia de una rutina burocrática en el procedimiento judicial paritario se lo facilita.

²⁵ El *sheriff* local del sistema angloamericano equivale al jefe de policía local en España.

²⁶ Las reglas de conducta para funcionarios, abogados y partes casi no se diferencian entre sí, son reglas vagas y dejan un margen substancial para una autoridad adicional y no siempre expresada en los textos. Que posean un criterio discrecional para negarse a poner en vigor el régimen normativo es sólo un aspecto de su libertad y tampoco tendría que llamarnos la atención que los funcionarios paritarios creen sus propias reglas en cuanto a los procedimientos en «su» tribunal.

Para resumir, se puede decir que las características distintivas del procedimiento judicial paritario son:

- Se estructuran en un único nivel de poder.
- La preparación del juicio queda en manos de las partes implicadas en cada caso.
- Los jueces legos llegan al caso sin estar preparados; el juicio es el punto focal y se desarrolla de forma ininterrumpida.
- Se prefieren los testigos materiales a las pruebas y declaraciones documentales.
- Sin recurso de apelación a instancias superiores (excepciones hechas en algunos casos graves), las partes deben lograr persuadir al juez para que reconsidere el caso o bien intentar frustrar la ejecución de la sentencia iniciando procesos paralelos.
- Los funcionarios paritarios (juez del jurado) pueden, en base a su poder discrecional, modificar, no considerar o ignorar ciertas reglamentaciones.

4. EL PROCESO DE IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS EN LOS MODELOS JERÁRQUICO Y PARITARIO

4.1. *El proceso de implementación de políticas en el modelo de Estado ideal jerárquico*

Tal como lo he definido, el proceso de implementación de políticas no es otra cosa que una investigación controlada oficialmente.

Una pregunta que surge es ¿Cómo se adapta este modo de proceso al modelo de Estado Ideal Jerárquico?

En el modelo jerárquico la investigación se divide en etapas y subetapas de acuerdo con los diferentes rangos y especialidades de los funcionarios.

De entre algunas variantes que se advierten cuando el proceso de implementación de políticas se relaciona con el aparato jerárquico, tal vez la más notoria sea que los funcionarios del escalón más bajo de autoridad no tienen especialización alguna. Esto contrasta con los funcionarios del modelo de Estado ideal paritario, quienes ejercen la autoridad delegada. Si bien sus acciones se circunscriben a normas incondicionales, sus decisiones estarán siempre sometidas a verificaciones superiores regulares.

En este contexto de división de las tareas de investigación (recogida de información) y enjuiciamiento (toma de decisiones) propiamente dicho, es cuando aparece otra posibilidad, cual es la de introducir otro funcionario que se especialice en mover el proceso y presentarlo al juez, siempre que él lo crea conveniente a los fines de la conservación de la política oficial²⁷.

La «negociación» de los intereses del Estado entre el funcionario y un particular es vista, en este sistema, como una suerte de abdicación de la soberanía del Estado.

La imparcialidad del juez. Su legitimidad para resolver neutralmente la disputa queda seriamente cuestionada porque el fiscal es considerado parte, incluso asociada al juez, ya que ambos son funcionarios del Estado.

Cabe dejar sentado que en el modelo jerárquico hay dos tipos diferentes de normas en relación con la toma de decisiones:

- Los objetivos a través de los cuales los funcionarios evalúan las consecuencias de las decisiones alternativas, y
- Las formas normativas.

En definitiva se puede decir que el modelo jerárquico por su orientación activista atrae al público, mientras que su estructura jerárquica lo aparta.

En cuanto al ámbito penal, tomaré algunas referencias del antiguo régimen continental por ser el que más se ajusta al tipo inquisitivo «puro»²⁸.

Bajo pretexto de la sobrecarga de trabajo, en algunos países de Europa se han desarrollado recientemente procesos sumarios similares a la declaración de culpabilidad negociada. Estos implican ofertas procesales no negociables como es pagar una multa o enfrentarse a una posible sentencia más dura.

²⁷ Las fórmulas en lo que hace a la división de trabajo tiene muchas posibilidades, así por ejemplo en los procesos de canonización de la Iglesia Católica es habitual que se designen dos funcionarios (promotor de la fe y el abogado del diablo), para que aleguen puntos de vista opuestos ante el adjudicador.

²⁸ En el sistema procesal penal del antiguo régimen continental se pensó que la amalgama de competición e investigación debía retenerse. Se creyó que era necesario reunir pruebas para elucidar la verdad de modo básicamente unilateral, aunque debía introducirse alguna forma de competición por la cual el abogado defensor pudiera introducir hechos y argumentaciones a la investigación. Ésta, una vez terminada, se enviaba al agente fiscal para que éste decidiera formalmente acusar o no a un ciudadano.

Aunque el proceso pretendía dar la imagen de competición, lo cierto es que no era así, ya que por ejemplo, se pedía al comienzo del mismo al acusado que planteara su versión (inocente o culpable) hacia los alegatos de la acusación, había declaraciones de apertura y clausura, interrogatorio de testigos y las decisiones debían basarse en las pruebas examinadas directamente por el tribunal. Por otro lado, finalmente hay que tener presente una práctica común: la negociación explícita entre acusación y defensa mediante la cual el Estado otorga ciertas concesiones a los acusados que cooperan; como ejemplo de ello se pueden advertir sentencias que casi rutinariamente otorgan concesiones (atenuantes) a los reos que confiesan.

Son pocos los países en los que se contempla la posibilidad de que en pequeñas faltas (si el acusado se compromete con determinadas acciones que generalmente tienen que ver con la reparación del daño), se permita a la acusación abandonar los cargos. Ello puede significar un auténtico avance de las formas alternativas de resolución de disputas en los países continentales²⁹.

4.2. El proceso de implementación de políticas en el modelo de Estado ideal paritario

Desde el punto de vista del modelo ideal paritario no hay una analogía precisa con los modelos actuales. Para que las forma paritarias puedan aparecer en el proceso del ideal jerárquico se necesitaría adecuar la morfología del proceso para que éste no tenga la rigidez que le conocemos.

El Estado debe proveer una respuesta política al evento desencadenante, por ello mantiene la investigación, aunque aquí son los funcionarios paritarios (los foráneos) quienes se encargan de recopilar el material para la decisión. Vale dejar sentado, eso sí, que el modelo paritario para salvaguardar que se puedan frustrar los objetivos del Estado, requiere que los funcionarios no estén en posición de frustrar o comprometer dichos objetivos y por ello el control último del proceso se mantiene en manos del Estado.

Como conclusión se puede decir que en la actualidad muchas de las funciones del Estado resultan de una mezcla de impulsos activistas y reactivos, lo que deriva en una administración de justicia que reposa en una estructura híbrida de formas burocráticas y preburocráticas.

5. EL PROCESO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS MODELOS JERÁRQUICO Y PARITARIO

5.1. El proceso de resolución de conflictos en el modelo de Estado ideal jerárquico

Resulta interesante responderse a la pregunta ¿Cómo se ven afectados los procesos de competición por el aparato judicial con funcionarios burócratas?

²⁹ Desde el punto de vista de la víctima hay que tener en cuenta que en el modelo jerárquico pierde el control de temas tan importantes como la iniciación y terminación del proceso. La disposición activista requiere que el Estado retenga un poder único para elegir los vehículos adecuados para articular los valores y llevar a cabo sus objetivos. La víctima no puede forzar al Estado a comunicar lecciones erradas o triviales a la sociedad a través de sus procesos, ni tampoco puede obstaculizar la comunicación que el Estado considere importante o deseable. El control de la víctima del proceso no va bien con la autoridad constituida jerárquicamente: cuando los procesos judiciales implican la aplicación de una política de Estado, como los procesos penales, también caen en la órbita celosamente guardada de la especialización oficial (DAMASKA 2000. 343-344).

La respuesta no deja indiferente a nadie ya que se advierte una posible reducción en el potencial o escalada de la violencia en el litigio a consecuencia de la combinación de los siguientes factores:

- La autoridad jerárquica subdivide los litigios en etapas, las que a su vez se desarrollan en varios niveles de autoridad y así se puede dar que el perdedor en una etapa pueda ser el ganador en otra etapa posterior.
- El otro punto importante lo constituye el expediente del caso que a modo de producto de la competición servirá como base documental para que los funcionarios se nutran de él³⁰.

Otra pregunta que surge como inevitable es ¿De qué forma el entorno de la autoridad jerárquica afecta el papel pasivo del adjudicador?

La prerrogativa burocrática exige que sea el adjudicador el que personalmente se haga cargo de algunos pasos procesales, lo que lo convierten en un protagonista relativamente activo del proceso y le impide por tanto delegar o compartir su autoridad (de un tipo diferente) con los litigantes y/o sus abogados.

Debido al principio de soberanía³¹, el impulso del proceso (tanto el comienzo y el final de los litigios, como la definición de los temas, etc.) recae sobre las partes (Damaska 2000, 353). En contraste con su posición en el proceso de implementación de políticas el funcionario jerárquico no tiene impulso propio.

Aquí las investigaciones son parte de la prerrogativa oficial, e incluso cuando han sido iniciadas y sus contornos definidos por las partes, son los funcionarios del Estado quienes realizan las investigaciones de los hechos y así registran en documentos oficiales la «verdad» oficial.

En cuanto a la justicia civil en el Estado jerárquico, cabe recordar que antes de finales del siglo XIX, muchos países continentales aprobaron una legislación que limitaba el control de las partes y «activaba» al juez quien debía intervenir en el encuadre jurídico de los temas. Además podía pedir clarificación a los litigantes en cuanto a lo que alegaban y qué querían que se probase. No obstante, las desviaciones resultantes de las formas clásicas de resolución jerárquica de conflictos, no son tan significativas como podría esperarse.

³⁰ Cuanto más progresa el litigio más concentración de información, y no debemos olvidar que en la estructura jerárquica, la exclusividad oficial de algunas actividades probatorias cobra particular importancia.

³¹ Influidos por la ideología del *laissez faire* los funcionarios jerárquicos son preparados para asumir un papel rígido en cuanto a lo que ellos pueden y no pueden hacer pues esto viene determinado por reglas bastante inflexibles.

En cuanto a la justicia penal, la evolución del antiguo proceso *per accusationem* hacia el proceso inquisitivo marca el paso hacia el control oficial por parte de los funcionarios del Estado. Lo que en realidad trata de conseguir el Estado al ofrecer su foro a un fiscal privado, es proporcionar una válvula de seguridad a las ofensas privadas. La ausencia de dicha válvula podría llevar a perturbaciones, posiblemente a la realización de venganzas privadas (Damaska 2000, 367).

Es dable concluir que los procesos de resolución de conflictos interpersonales no sirven a objetivos políticos independientes toda vez que la existencia de estos procedimientos está condicionada por la existencia de ese conflicto privado.

5.2. *El proceso de resolución de conflictos en el modelo de Estado ideal paritario*

Veamos ahora qué sucede en la resolución de conflictos en el modelo paritario. Ya hemos visto que en éste no existe la posibilidad de una competición posterior en un segundo nivel, lo que arroja como resultado la concentración del litigio durante un período forense único, continuo y por lo general muy intenso.

La delegación de las tareas de investigación en el modelo paritario encuentra sus razones de ser, como ya he dicho anteriormente, por un lado en la estructura limitada y elástica del aparato judicial paritario y por otro en que los funcionarios paritarios al ser legos carecen de razones de ser para excluir a otros legos del proceso.

Siendo entonces que la actividad investigadora que impulsa el proceso se halla en las partes y en el interés que éstas demuestran, es razonable que no exista en este modelo la intervención de funcionarios paritarios quienes participarán entonces sólo para resolver posibles disputas de carácter subsidiario en cuanto al alcance adecuado de la actividad preparatoria privada.

La inexistencia de un expediente escrito «previo» al desarrollo del juicio, quita al juez la posibilidad de «estudiar» el caso previamente y por ende éste llega al mismo sin estar familiarizado con la disputa³².

³² Toda vez que en este modelo el adjudicador llega al caso sin estar familiarizado con él (por ende su preparación para hacerse cargo de la acción procesal resulta cuanto menos muy mala por no decir nula), lo que puede llevar a cuestionar la actitud pasiva del adjudicador, sin embargo cabe destacar que tiene el poder de intervenir en la competición cuando así lo decida, por tanto su actividad no refleja la no implicación, sino más bien un reflejo del ejercicio de la discrecionalidad de su siempre temporal rol.

Es habitual que el proceso se convierta en algo ruidoso y teatral ya que la competición es como ya he dicho habitualmente intensa³³.

Podría decir, a la luz de lo visto hasta aquí, que el modelo paritario refuerza la morfología de la competición que se requiere en el proceso puro de resolución de conflictos.

En cuanto al rol del adjudicador, es posible decir que éste fácilmente retrocede a la pasividad³⁴ porque la actividad o acción judicial es dirigida por los litigantes. El desapego del adjudicador está apoyado por la creencia (propia del Estado paritario) de que la disputa forense no presenta temas mayores que excedan lo deseable de su resolución, y por ende dejar que las partes luchen es la mejor forma de resolver un conflicto (Damaska 2000, 370).

Toda vez que el adjudicador no es un funcionario, no recae sobre él la sospecha de estar a favor de ningún lado en la disputa. A su vez como el «querellante» es un particular no vinculado a los poderes de gobierno, su posición frente al «querellado» es inmediatamente advertida como una competición equilibrada.

Así las cosas, se puede decir que la organización paritaria de la autoridad procesal expande la zona en que las formas de la resolución de conflictos puedan ser contempladas como una parte plausible del proceso judicial.

En éste modelo, el adjudicador suele estar dispuesto a aceptar la adaptación libre de la reglamentación procesal para adecuarla a las condiciones particulares de cada una de las partes, las peculiaridades de cada caso concreto y a la vez para reforzar la idea del *laissez faire* que impera en la filosofía reactiva o paritaria, con lo cual se puede decir que en el modelo paritario la forma del litigio puede no ajustarse al modelo prefabricado y estar hecho a la medida, observándose así la sinergia existente entre la autoridad paritaria y la resolución de conflictos como propósito del proceso.

Ahora bien, cierto y de destacar es que en el modelo paritario los adjudicadores están expuestos al testimonio directo ante lo inmediato del teatro dramático en que se convierte la escena forense. Se cuestiona entonces

³³ Recordemos que en este modelo son las partes quienes interrogan a los testigos y quienes presentan las pruebas; la información se trasmite por tanto de forma directa a la otra parte que tiene la posibilidad de discutirla y cuestionarla inmediatamente lo que inevitablemente va acalorando los ánimos; y por si todo esto fuera poco, consideremos que los competidores forenses están en pleno conocimiento del hecho de que no hay una segunda oportunidad o instancia ulterior.

³⁴ El adjudicador escucha los argumentos y las pruebas que presentan las partes, vigila el cumplimiento de las reglas básicas de la competición justa y al finalizar el juicio, llega a una decisión, anunciando cuál parte se ha impuesto.

la imparcialidad del adjudicador, quien influido por alguna simpatía que el desarrollo del proceso puede producir en él, intente «ayudar» a una de las partes, por ejemplo sometiendo a los testigos a un interrogatorio más exhaustivo o solicitando nuevas pruebas, sin advertir que la ayuda se extiende a la otra parte que también sacará partido de ello.

Tampoco se debe olvidar que los legos tienen poco entendimiento de los intrínsecos técnicos, lo que obsta a que ellos puedan separar el rol testimonial y no testimonial de los implicados directos. Por ello es que los propios litigantes se convierten en fuente de información y un elemento más en el proceso de resolución de conflictos del modelo paritario.

Ya se intuye que no todo son bondades en el modelo paritario. El hecho de que la gestión del juicio se confíe a abogados hace que las partes desaparezcan y se transformen en un elemento más del proceso, lo que finalmente se traduce de ordinario en una merma probatoria para el proceso en sí mismo. Por otro lado, como ya he apuntado antes, el juez en su pasividad puede permitir que los abogados exploten la vía emocional en procura de que los neófitos adjudicadores se vean influidos y así se excedan en su tarea o rol de resolutores del conflicto.

Los sistemas procesales derivados de Inglaterra son sin lugar a dudas los que mejor ilustran o representan al modelo paritario de resolución de conflictos, y dentro de ellos tal vez la figura más aproximada se encuentra en los siglos XVIII y XIX, los llamados Jueces de Paz. Estos aficionados (señores terratenientes) son un epítome casi total del ideal de funcionarios paritarios. Actuando técnicamente por encargo real, en realidad estaban libres de la supervisión central. Su servicio temporal en temas de gobierno local cubría funciones administrativas, judiciales e incluso legislativas del modo promiscuo característico de las formas de autoridad no burocráticas. Su toma de decisiones estaba más inspirada por el sentido común y las consecuencias sociales que por las reglas que determinan los resultados³⁵. (Damaska 2000, 375).

En relación con el proceso penal sucede que la autoridad paritaria actúa de forma tal que busca reforzar el estilo de resolución de conflictos en temas

³⁵ El proceso se caracterizaba por su informalidad. La presencia de abogados era muy rara y excepcional, no existía documentación oficial; vale decir que los litigantes presentaban sus casos personalmente sin estar limitados por reglas de procedimiento y/o prueba. El adjudicador era capaz de actuar con distanciamiento y permanecer por encima de los altercados. Aunque no menos cierto es que si el juez de paz sentía que una disputa en particular revelaba una necesidad mayor de ejercer control social, pocos obstáculos se interponían en su camino y se podía apartar de la estricta resolución de conflictos, tal vez pensando más en su rol de señor terrateniente.

en que están implicados los mismos intereses del Estado, y el ámbito penal es sin duda un interés del Estado.

La credibilidad del adjudicador es mayor que en otros modelos ya que él se mantiene pasivo en las tareas de investigación, las que al no haber funcionarios en la colección de pruebas son desarrolladas por las partes.

Cualquier persona está «habilitada» a presentar cargos por cualquier delito del que fuera víctima o incluso no siendo víctima. El proceso no está planteado como un sistema puro de proceso privado, más allá de que se estimule la participación de los ciudadanos en el proceso (sin olvidar que en este modelo en número de funcionarios es más bien limitado).

Una crítica que se puede hacer al modelo, es la desviación que registra en la actualidad. Por ejemplo en Estados Unidos, los fiscales³⁶ han monopolizado la iniciativa del denunciante y con ello despojado de voz a la víctima del delito en lo que atañe a no continuar el proceso. La víctima, sin embargo, retiene para sí la decisión de enjuiciar en numerosos tipos de ofensas, las autoridades rara vez ponen *per se* en marcha una acción judicial a menos que la víctima desee interponer una querrela y por ende asumir el compromiso de testificar en juicio.

Así las cosas, es más fácil pensar que las prerrogativas del fiscal son muy próximas a las de su oponente. Posición ésta que es requerida para el concepto de proceso penal como mecanismo de resolución de conflictos y de allí que sea más fácil implantar formas de resolución de conflictos en los procesos penales norteamericanos que continentales³⁷.

Consideración aparte he de hacer respecto de la declaración de culpabilidad. Aunque el mecanismo de declararse culpable apareció históricamente por razones independientes de la visión de la justicia penal como resolución de conflictos. Este rasgo característico del proceso angloamericano encaja perfectamente con las formas de resolución de conflictos. Si los procesos penales están dedicados de hecho a la resolución de una disputa, tiene poco sentido insistir en que el proceso continúe si el acusado se niega a oponerse a los alegatos y demandas de la acusación (Damaska 2000, 155-156).

³⁶ Los fiscales norteamericanos no son una burocracia de Estado organizada jerárquicamente. Habitualmente trabajan solos o valiéndose de un reducido equipo de colaboradores, sin ningún tipo de supervisión jerárquica y, para mayor inri hay que decir que son elegidos por el electorado local. Por todo ello el fiscal no es percibido como un representante local de una maquinaria de aplicación de la ley.

³⁷ Hay que decir que sería ideal en el modo de resolución de conflictos un sistema exclusivo de enjuiciamiento en nombre de la víctima, con la víctima y el acusado en total control de sus respectivos casos.

A modo de conclusión es posible sostener que el Estado Jerárquico (gestor) tendrá una Administración de Justicia orientada y empleada a fondo en «dar cumplimiento a los programas» del Estado, mientras que en el Estado Paritario (que atiende a mantener el equilibrio social) la Administración de Justicia se asocia a la idea de «gestión y resolución de conflictos en sentido amplio».

Entonces se puede resumir lo dicho hasta aquí en referencia a la idea de la configuración jurídico-política del Estado y su incidencia en la administración de justicia a partir de la siguiente tabla:

MODELO JERÁRQUICO	MODELO PARITARIO
Estado Gestor	Estado del Equilibrio social
Burocracia de cuerpos profesionales de funcionariado público que toman decisiones de acuerdo con normas técnicas	Cuerpo de personas no profesionalizadas organizadas en un único y horizontal nivel de poder que toman las decisiones aplicando normas comunes o sociales.
La jurisdicción se aboca al cumplimiento de los programas de Estado y a la implementación de sus políticas.	La jurisdicción se asocia a la idea de la gestión y resolución de conflictos en sentido amplio y extenso.
Sistema Romano-Germánico (<i>Civil Law</i>)	Sistema Anglosajón (<i>Common Law</i>)

III. CONDICIONAMIENTO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA HACIA LA MEDIACIÓN

Cabe recordar que el Estado debe cumplir con una doble función: por un lado la resolución de conflictos contribuyendo así al mantenimiento del equilibrio social y por otro con la implementación y desarrollo de programas de transformación social, mas no solo, lo uno o lo otro.

Los Estados con tendencia a una configuración del tipo jerárquica, como el español, son afectos a las políticas de control social. Entendiendo por tal al conjunto de prácticas, actitudes y valores destinados a mantener

el orden establecido en la sociedad, valiéndose para ello de las normas sociales, leyes e instituciones.

El problema que los Estados con una orientación de configuración jerárquica enfrentan a la hora de introducir la mediación en su normativa positiva es que la mediación al ser de tipo paritario (donde no hay subordinación a jerarquías, normas y leyes), colisiona con algunos de sus principios o leyes fundamentales como por ejemplo la Tutela Judicial Efectiva.

La Tutela Judicial Efectiva deja caer todo el peso de su influencia sobre la mediación en varias cuestiones, como por ejemplo el libre acceso a la jurisdicción en donde entra en juego la obligatoriedad (o no) de una primera sesión informativa de mediación, el derecho al proceso y el derecho a la acción en donde entra en juego la homologación de los acuerdos de mediación por la obligación del juez de pronunciarse sobre el fondo del asunto (recordemos que en mediación rige la confidencialidad de los asuntos que se ventilan a lo largo del proceso), etc³⁸.

Pero además, desde el punto de vista filosófico-jurídico, la Tutela Judicial Efectiva viene a modelar a la mediación desde su fundamento mismo³⁹.

En nuestro sistema de derecho germano-románico los conflictos jurídicos se resuelven de acuerdo a la «justa composición» (Carnelutti 2003), es decir, que la justa composición ha de ponerse de manifiesto a través del contenido de la sentencia o acto jurisdiccional que ponga fin al proceso. Por justa composición se entiende el cese de la contienda entre intereses particulares⁴⁰.

³⁸ Además de las mencionadas supra, se pueden apuntar las siguientes cuestiones: el derecho a los recursos, el derecho a la ejecución de los acuerdos, la posible figura del mediador natural, la conveniencia de la asistencia letrada en un proceso de mediación, la necesidad de establecer plazos para evitar dilaciones innecesarias, la determinación de garantías del proceso de mediación, la posible producción de prueba en un proceso de mediación que luego pueda ser incorporado a un proceso judicial y las distintas cuestiones en materia penal, el derecho a no declarar, a no confesarse culpable y la presunción de inocencia que al ser hechos probados en mediación y/o exigirse como requisito para el acceso a ciertos programas como ser en Justicia Juvenil podrían incorporarse (por vía indirecta) al proceso judicial (CONFORTI. 2014. 277-302).

³⁹ Influencia que incluso se deja ver más allá del ámbito civil y mercantil legislado por la Ley 5/2012 y/o del ámbito intrajudicial que va asociado a dicha ley.

⁴⁰ A priori podemos decir que se trataría entonces de establecer si la justa composición del litigio ha tenido lugar en el proceso de mediación. Para ello el juez habría de ver que en el proceso de mediación se ha seguido el procedimiento legal previsto en la ley de mediación, verificar que la relación entre mediados y mediador se ajusta a las previsiones del derecho, la relación entre objeto del conflicto y los mediados, la titularidad de derechos, la lesión del derecho subjetivo invocado, la legitimidad activa y pasiva de las partes, y finalmente el interés o controversia real invocado por las partes.

Sucede que cuando dos intereses particulares enfrentados son acogidos por el ordenamiento jurídico pasan (automática e independientemente de la voluntad de los interesados) a ser intereses jurídicos. Visto que ambos intereses comportan consecuencias sociales, la jurisdicción ha de buscar irrevocablemente satisfacer el interés jurídico más relevante socialmente hablando.

Teniendo en cuenta que la Justicia no está para satisfacer intereses particulares y subjetivos sino para garantizar y satisfacer intereses jurídicos socialmente relevantes, la mediación considerada en el ámbito intrajudicial (aunque no sólo en este ámbito como explico en la nota a pie de página⁴¹) únicamente tendría sentido si aspirase a alcanzar la «justa composición» del litigio y no el mero acuerdo entre partes.

Ello viene a significar que el «modelo práctico de mediación», debería preponderar el interés jurídico socialmente relevante por sobre la consabida satisfacción de las necesidades de las partes en conflicto.

El problema está en que, desafortunadamente, ésta no es la propuesta que se desprende de la Ley de Mediación 5/2012 y su Reglamento 980/2013, de la que se puede inferir⁴² que el modelo de «mediación» a seguir por

⁴¹ La Ley de Mediación 5/2012 en su artículo 2 es clara en cuanto a su ámbito de aplicación al circunscribirlo a asuntos civiles o mercantiles incluidos los transfronterizos siempre que versen sobre derechos disponibles (el mismo artículo 2 excluye de su órbita de aplicación los ámbitos: penal, con la Administración Pública, laboral y los asuntos de consumo. De acuerdo al Preámbulo de la Ley dichos ámbitos son excluidos «para preservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes»). Lo que se debe tener en cuenta es que una mediación realizada en cualquier otro ámbito puede, por las circunstancias que sean, buscar en los Juzgados y Tribunales la homologación y/o ejecución del acuerdo al que las partes han llegado. Tal como he explicado anteriormente, a partir del ingreso al sistema de la Administración de Justicia, a dicho acuerdo se le aplican los principios de la Tutela Judicial Efectiva.

Como hemos visto antes, la Tutela Judicial Efectiva conlleva para el Juez (como requisito de homologación judicial del acuerdo) la obligación de conocer el contenido del acuerdo a fin de verificar que se da cumplimiento con la «justa composición» en el acuerdo que se somete a su conocimiento.

Esta situación viene a plantear el debate sobre los modelos de mediación, ya no dentro del ámbito de influencia de la Ley 5/2012 sino de la mediación en términos generales.

Tal como he descrito la propuesta lineal de mediación que emerge de la Ley 5/2012 no permitiría dar cumplimiento a la «justa composición» en los términos en que he explicado, sin perjuicio de otros inconvenientes serios que presenta dicha propuesta que la llevan a no ser validada como modelo de mediación (CONFORTI. 2014. 80-85).

Lo que no es de recibo es pretender que, la responsabilidad por la errónea aplicación de un supuesto modelo de mediación, recaiga en las partes ya que justamente ellas acuden a los «profesionales de la mediación» porque desconocen los modelos de mediación, sus objetivos, herramientas y sus posibles implicaciones tanto jurídicas como no jurídicas. No debemos perder de vista que es el mediador quien en su rol de director del proceso debe bregar por la «justa composición».

⁴² Ver artículo 13 Ley 5/2012 legislación española.

los mediadores tiene por objeto «el acuerdo»⁴³ y no «el interés jurídico socialmente relevante»⁴⁴.

Una investigación posterior debería profundizar en la noción de mediación como proceso que surgiendo en relación al conflicto, busque su justa composición y determinar si ello supone (o no) una limitación al derecho de la autonomía de la voluntad.

En lo que hace a las problemáticas que aquí señalo, creo que el legislador simplemente no las ha advertido y ahora son un reto de investigación futura en el sentido de *lege ferenda*.

Lo deseable es que el Estado contemple a la mediación no como un sistema de autocomposición de conflictos con interés intrínseco, que lo es, sino:

- Como una herramienta para «resolver conflictos» y no como una mera forma de «control social».
- En su forma inmediata y primordial, es decir, como una «alternativa en un pie de igualdad al proceso judicial» y no solo como un «complemento subordinado» del proceso judicial.

La mediación es una fórmula alternativa al recurso de la Administración de Justicia, y como alternativa que es, es algo distinto al proceso judicial.

El Estado no puede desentenderse de su indeclinable función de garantizar la Tutela Judicial Efectiva bajo el pretexto de modernizar y descongestionar la Administración de Justicia con la promoción, no instauración, de la mediación intrajudicial como forma alternativa de resolución de conflictos.

Resulta absolutamente primordial plantear la necesidad de percibir a la mediación como una herramienta de «resolución de conflictos» y «en un

⁴³ El legislador ha seguido la denominada «Escuela de Harvard» siendo que esta propuesta responde a un modelo de negociación colaborativa asistida por un tercero que también tiene un interés intrínseco o propio en el resultado del proceso; por otro lado esta propuesta se limita a sí misma al considerar la causa del conflicto de forma lineal en el sentido de reconocer un único origen o causa «el desacuerdo», sin considerar la multiplicidad de causas del conflicto y la retroalimentación constante entre ellas. Esta propuesta «anestesia» las emociones trabajando desde un enfoque marcadamente intra-personal o intrapsíquico, de forma a-contextual y a-histórico (CONFORTI. 2014).

⁴⁴ Comprender el cambio de paradigma que la mediación propone conlleva sostener que el interés jurídicamente relevante se halla en la transformación de las personas, de las relaciones entre estas, en la transformación social y para ello el mediador dispone de cuatro modelos de solución de conflictos, del modelo transformativo, del modelo apreciativo y del modelo del compromiso. Se han estudiado las propuestas de modelos de mediación que han trascendido internacionalmente, sometiendo dichas propuestas a un análisis profundo sobre su objetivo y sus herramientas y solamente se han podido validar los cuatro modelos mencionados supra (CONFORTI. 2014).

pie de igualdad al proceso judicial». Ello sí reflejaría el verdadero cambio de paradigma que la mediación propone y por el que aspira a generar una sociedad que sienta a la mediación como una alternativa real frente al proceso judicial, alternativa auténticamente útil para una gran cantidad de conflictos con los que ni siquiera compite con la jurisdicción, porque ésta se desentiende de ellos a través del principio o regla de *numerus clausus* (una relación de situaciones jurídicas en la que tanto los derechos como las obligaciones tienen su correspondencia con una solución en las normas jurídicas que los regulan). Por otra parte, siguiendo este razonamiento, no parece viable pedirle al derecho que solucione situaciones para las cuales no ha sido creado o no ha previsto en la relación de *numerus clausus*.

Si por sociedad moderna se entiende a aquella en la cual prima el bienestar de sus integrantes y la libertad como valor básico y fundamental, entonces esa sociedad moderna debería contar, y poner a disposición de sus integrantes, con sistemas de solución de conflictos con la mayor diversidad posible para que sus ciudadanos puedan elegir, con total libertad, de entre todos ellos, aquel que mejor se ajuste a sus necesidades y expectativas.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique. (2006). *Curso de derecho constitucional*, Volumen I: *El Estado constitucional. El sistema de fuentes, los derechos y libertades*. Tencos. Madrid 5ª ed., p. 519.
- CARNELUTTI, Francesco. (2003). *Teoría general del derecho: metodología del derecho*. Comares.
- CONFORTI, FRANCO. (2014). *Incidencia de la mediación de conflictos en la Tutela Judicial Efectiva*, Tesis doctoral. Ciudad Real: Departamento de Ciencia Jurídica y Derecho Público – Universidad de Castilla, La Mancha.
- CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, Cortes Generales. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Referencia: BOE-A-1978-31229.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1950, Disponible en Internet en http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (visto: 10 de enero de 2014)
- COUTURE, Eduardo J. (1993). *Fundamentos de derecho procesal civil*. 3ª ed., Buenos Aires. Depalma.
- DAMASKA, Mirjan R. (2003). *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

- Declaración de los Derechos Humanos (DUDH), Organización de las Naciones Unidas (ONU), Disponible en internet en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (visto: 10 de enero de 2014).
- ENTELMAN, Remo F. (2005). *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. 2ª ed, Barcelona. Gedisa.
- ESPAÑA, Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, BOE, Jefatura del Estado, Madrid, 7 jul. 2012a. Sección I, n. 162, p. 49224-49242.
- ESPAÑA, Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOE, Ministerio de Justicia, Madrid, 27 dic. 2013a. Sección I, n. 310, p. 105296-105311.
- FUNDACIÓN PABLO IGLESIAS. (2005). *Tu constitución europea*. Madrid. pp. 92-93.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. (2005). *Derecho constitucional europeo: derechos y libertades*. Madrid. Sanz y Torres.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. (2009). *Emociones, responsabilidad y derecho*. Madrid. Marcial Pons.
- Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE. núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570
- Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. BOE. núm. 103, de 30 de abril de 1977, páginas 9337 a 9343.
- MARCOS DEL CANO, Ana María. (2007). "La eficacia del derecho." en *Manual de teoría del derecho*, CASTRO CID, Benito (coord.). Universitas.
- NINO, Carlos Santiago. (1983). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona. Planeta.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR), Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 25 de marzo de 1976. Disponible en Internet en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm> (vista: 10 de enero de 2014).
- PIETRO SANCHÍS, LUIS. (2005). *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid. Trotta.
- SEGADO FERNÁNDEZ, FRANCISCO. (1997). *El sistema constitucional español*. Madrid. Dykinson.
- Tratado por el que establece una Constitución para Europa de 18 de junio de 2003.
- TEUBNER, Gunter. "Substantive and reflexive elements in modern law". *Law and Society Review*. vol. 17, nº 2. 1983.