

TUTELA JUDICIAL Y ALTERNATIVAS AL PROCESO: INSTRUMENTOS ADECUADOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES

Helena SOLETO MUÑOZ (1)

Resumen

La forma de resolución de conflictos se encuentra fuertemente relacionada con los tribunales, y principalmente a partir de la regulación de la Unión Europea se introducen en nuestro ordenamiento otras formas de resolución de conflictos, tradicionalmente calificadas como «alternativas» o ADR, que en la mayor de los casos son complementos al sistema de Justicia. La normativa de mediación civil en España es consecuencia de la europea, y será ampliada y reforzada con otros métodos por iniciativas legislativas en trámite.

El nuevo paradigma de Justicia del siglo XXI, no solo abarca el concepto clásico de juzgar y ejecutar lo juzgado sino que se extiende a la eficacia y la satisfacción mayor posible de los ciudadanos, con la utilización del método de resolución de conflictos más adecuado, que no siempre será el proceso judicial.

Se describen los métodos adecuados de resolución de conflictos que se pueden aplicar en el ámbito del conflicto que afecte a las personas mayores, incluyendo referencias al Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, aprobado en Consejo de Ministros el 15 de diciembre de 2020 y las cautelas que se han de desarrollar en su práctica.

Palabras clave

ADR, Métodos adecuados de resolución de conflictos, Métodos alternativos de resolución de conflictos, MASC, Mediación, Proceso civil, Negociación, Personas mayores, Conflicto, Anteproyecto de Ley, Eficiencia.

Abstract

Traditionally in Spain conflict resolution is strongly related to the courts. Mainly as a result of EU regulations, other forms of conflict resolution, traditionally described as «alternative» or ADR, have been introduced into our legal system, which in most cases are complements to the justice system. The civil mediation regulation in Spain is a consequence of the European, and will be extended and reinforced with other methods by legislative initiatives currently in the draft.

(1) Catedrática de Derecho Procesal, Universidad Carlos III.

The new paradigm of Justice in the 21st century not only encompasses the classic concept of sentencing and executing, but also extends to efficiency and the greatest possible satisfaction of citizens, with the use of the most appropriate method of conflict resolution, which will not always be the judicial process.

The appropriate methods of conflict resolution that can be applied in the field of conflict involving the elderly are described, including references on pending legislation, and the precautions to be taken in their practice.

Keywords

ADR, Adequate Dispute Resolution, Alternative Dispute Resolution, Mediation, Civil Justice, Negotiation, Elder, Conflict, Draft law, Efficiency.

SUMARIO: I. La resolución de conflictos: tutela judicial y alternativas al proceso. 1. Autotutela, autocomposición y heterocomposición. 2. La resolución basada en poder, derechos e intereses. 3. La ineficacia del sistema de justicia. II. Un nuevo paradigma de justicia para el siglo XXI. 1. El cambio de paradigma en Estados Unidos y Europa. 2. El impulso a la mediación en el ámbito civil y mercantil: la Ley de 2012, su eficacia y reactivación. III. Variabilidad y adecuación de métodos autocompositivos de solución de conflictos con participación de personas mayores. 1. Variabilidad de métodos. A. Híbridos de mediación y arbitraje. B. Opinión de experto independiente. C. Conciliación. D. Facilitación. E. Mediación. F. Práctica colaborativa. G. Negociación. La oferta vinculante. H. Conferencia de Grupo Familiar. I. *Ombudsman* o Defensor. 2. A modo de conclusión: la adecuación del método para la protección de los intereses de las personas mayores. Bibliografía.

I. LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: TUTELA JUDICIAL Y ALTERNATIVAS AL PROCESO

1. Autotutela, autocomposición y heterocomposición

LA gran importancia del proceso en las sociedades avanzadas no puede hacernos olvidar el hecho de que es solo uno de los remedios posibles para la resolución de controversias, y es acompañado por la autotutela, la autocomposición y otros mecanismos de heterocomposición. Evidentemente, la tutela jurisdiccional nace históricamente por la asunción del monopolio de la Justicia por el poder político, prohibiendo precisamente la autotutela, impidiendo que las personas integradas en la organización social sobre la que se ejercía ese poder pudieran tomarse la justicia por su mano (2).

Ya indicaba Piero Calamandrei que «la prohibición de autodefensa, tal como existe en los ordenamientos modernos, es el resultado de una larga y trabajosa evo-

(2) MORENO CATENA, V., «Resolución Jurídica de Conflictos», en Soletto Muñoz dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid, 2017.

lución. En una asociación primitiva, en la que no existía por encima de los individuos, más autoridad superior capaz de decidir y de imponer su decisión, no se puede pensar, para resolver los conflictos de intereses entre coasociados, más que en dos medios: o en el acuerdo voluntario entre dos interesados en el contrato, dirigido a establecer amistosamente cuál de los intereses opuestos debería prevalecer, o cuando no se llegase a un acuerdo, en el choque violento entre los interesados –autodefensa– (3). Entre los métodos heterocompositivos se encuentran la jurisdicción y el arbitraje, que, según la doctrina procesalista tradicional serían «métodos más perfectos» (4), que, sin embargo, solo son perfectos en la teoría: al ser mecanismos muy utilizados, entre otras circunstancias, cuestiones como la tardanza, el coste, la difícil ejecución en el ámbito procesal, y el coste y la dificultad en la ejecución del arbitraje lastran la adecuación de estos mecanismos, abriéndose la puerta a otros modelos. Niceto Alcalá-Zamora ya señalaba que dentro de la evolución de los medios de solución de los conflictos la autocomposición aparece como una fórmula más civilizada, y cuyo desarrollo es «pleno y conscientemente jurídico, con independencia de los móviles internos que a ella conduzcan en concreto» (5). Ha apuntado Vicente Gimeno que el conflicto es solucionado por los propios interesados, sin que se altere la naturaleza autocompositiva por la eventual intervención de un tercero, cuya función se limita a aproximar a las partes con el fin de producir un acuerdo (tercero *inter partes* y no *supra partes*) (6). La doctrina procesalista tradicional ha distinguido entre métodos autocompositivos en unilaterales y bilaterales: el allanamiento y la renuncia unilaterales, mientras que la transacción y en algunos casos el desistimiento serían bilaterales (7).

2. La resolución basada en poder, derechos e intereses

Además de la aproximación a la resolución de conflictos del procesalismo continental hispano-italiano, es muy interesante la aproximación análoga de los profesores William Ury, Jeanne Brett y Stephen Goldberg, que focalizan la resolución de conflictos no ya según el método utilizado sino a partir de la materia sobre la que se resuelve (8), y que quizá es más adecuada en la actualidad, pues nos permite poner el enfoque de la resolución de conflictos en los intereses, y no únicamente en el Derecho. La resolución de conflictos basada en intereses no supone que sea contraria al Derecho o la ley: el profesor Robert Mnookin (con Lewis Kornhauser) ya adelantó en su artículo «Bargaining in the shadow of the law», «negociando a la sombra del Derecho», que era posible llegar a acuerdos en el ámbito dispositivo del Derecho pero incluso también en ámbitos no dispositivos por naturaleza como el relativo a la ruptura familiar. Concretamente apunta que «los padres que se divorcian no negocian sobre la división de los bienes y la custodia en un vacío: negocian a la sombra del

(3) Vid. CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1962, p. 147.

(4) Vid. MORENO CATENA, V., «Resolución...», cit., así como GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del derecho Procesal*, Madrid, España: Civitas, 1981, p. 24; e incluso ALCALÁ-ZAMORA, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2.ª ed., México, 1970, p. 32, la calificaba como la más progresiva.

(5) ALCALÁ-ZAMORA, N., *idem*, pp. 30 y 31.

(6) MORENO CATENA, V., «Resolución...», cit.

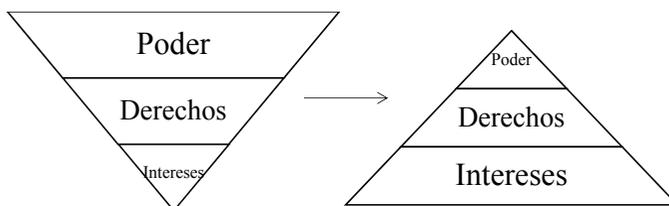
(7) *Ibidem*, así como GIMENO, V., *Fundamentos...*, cit., pp. 23 ss.

(8) URY, W., BRETT, J., GOLDBERG, S., *Getting disputes resolved. Designing systems to cut the costs of conflicts*, San Francisco, CA, Estados Unidos, 1988.

Derecho» (9). Las partes negocian sabiendo o teniendo unas referencias más o menos aproximadas de lo que un tribunal concedería y de la probabilidad de ejecutar la resolución en sus términos, además de los costes económicos, temporales e incluso emocionales de todo ello. La persona en conflicto, ante esta perspectiva, negocia hasta los límites que considera dejen de ser convenientes para ella, habida cuenta del cálculo de la situación fuera de la negociación (10).

Señalan William Ury, Jeanne Brett y Stephen Goldberg que en un conflicto, las partes tienen ciertos intereses, que además existen relevantes estándares o derechos existentes como guías en el contexto en el que se desenvuelven y además existe un cierto equilibrio de poder entre las partes. Intereses, derechos y poder son los tres elementos básicos de un conflicto, y, para resolverlo, las partes pueden focalizar su atención en uno o más de estos factores: pueden intentar reconciliar sus intereses, pueden buscar la afirmación externa de quién tiene razón o derecho, o pueden incluso intentar hacer prevalecer por su poder, su posición.

La idea principal es que no todos los conflictos pueden o deben ser resueltos a través del acuerdo; procedimientos basados en derechos o en poder pueden solucionar cuestiones que una solución basada en intereses no puede conseguir. El problema es que los procedimientos de poder o derechos son usados habitualmente, cuando no son necesarios: un procedimiento que debería ser la última vía es usada la primera. El uso de estas vías es visto por estos autores como una estructura piramidal invertida en los sistemas jurídicos con dificultades, y que ha de modificarse por una estructura piramidal para que los sistemas jurídicos sean efectivos.



Esta estructura de sistemas de resolución de conflictos eficaz es hoy en día más clara que nunca: la litigiosidad excesiva en la que recaen los países produce, además de insatisfacción para los justiciables y reducción de la confianza en el sistema, ralentización de la economía y pérdida de oportunidades de generar riqueza (11).

3. La ineficacia del sistema de justicia

La cultura de resolución de conflictos en España ha sido, hasta la fecha, fundamentalmente litigante; aún en el siglo XXI, seguimos teniendo algunas normas del siglo XIX, como la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del tiempo del Ministro

(9) MNOOKIN, R, y KORNHAUSER, L., «Bargaining in the shadow of the law: the case of divorce», *The Yale Law Journal*, vol. 88, núm. 5, *Dispute Resolution*, April 1979, p. 968.

(10) Lo que se puede obtener fuera de la negociación es el llamado BATNA o MAAN, mejor alternativa a un acuerdo negociado, y que en este tipo de conflictos sería la resolución otorgada por el juez en la realidad de ejecución aplicable.

(11) Vid. MORA SANGUINETTI, J., «Evidencia reciente sobre los efectos económicos del funcionamiento de la justicia», *Banco de España, Boletín económico* 39, enero 2016.

Alonso Martínez, mientras que la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 fue sustituida en 2000 tras más de 100 años de vigencia. Las formas y el funcionamiento de la Justicia siguen anclados en el siglo XIX, y la mentalidad subyacente a los procesos sustentándose en los principios tradicionales, con nueva lectura a partir del advenimiento de la Constitución.

Los Tribunales españoles, en el ámbito civil, soportan una carga de asuntos muy elevada y resuelven en general los asuntos en un plazo excesivamente largo: en primera instancia, en el año 2016 la media es de 282 días, frente a los 91 de Luxemburgo, 121 de Países Bajos, o 196 de Alemania. En peor situación se encuentran Francia (352) e Italia (514), países con los que compartimos una excesiva procedimentalización de los procesos. Respecto de la segunda instancia (181) y de la casación (513), nos situamos en cabeza de los países del Consejo de Europa en cuanto a tardanza (12). La carga de trabajo de casos litigiosos civiles y comerciales por 100 habitantes se sitúa sin embargo en la media de los países de la Unión Europea (13). Otra cuestión es la inversión de los Estados en Tribunales de Justicia; en general, los países con mayor eficiencia de los sistemas gastan más por habitante, con la excepción de Italia, que gasta más y tiene menor eficiencia, o Dinamarca, que gasta menos y tiene mayor eficiencia (14). Los países más eficientes en general no gastan mayor porcentaje de su producto interior bruto (15).

La cuestión en principio no se sitúa por lo tanto en el gasto –aunque sí en el cómo se realiza este gasto: España tiene un número de jueces más bajo por 100.000 habitantes que la mayoría de los países de la Unión Europea (16)– sino principalmente en la forma en la que gestionamos nuestro sistema de Justicia.

Los factores de la alta judicialización de los conflictos en España son diversos. Entre los atinentes a la configuración del sistema de Justicia se pueden encontrar un muy bajo coste judicial, la gratuidad o casi gratuidad de la Justicia ha seguido fomentando una visión litigante del Derecho.

También un amplio reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita y una inflación por parte del legislador y del juzgador del derecho a la tutela judicial efectiva, probablemente como reacción al sistema de la dictadura.

Existen también cuestiones culturales, como la falta de tradición social de soluciones autocompositivas, e incluso cuestiones profesionales o de intereses de grupo.

Tanto en la Universidad en los estudios de grado de Derecho, como en el acceso a la abogacía o en las oposiciones a las carreras jurídicas en general, se prepara al jurista con un programa de estudios tradicional, sin tocarse prácticamente la forma colaborativa de resolución de conflictos.

Otra nota relevante es el gran número de abogados en nuestro país, que además no se distinguen entre, como en otros países como Reino Unido, litigante o consejero. En España tenemos una proporción muy alta entre abogados y ciudadanos;

(12) CEPEJ, *Disposition time of civil and commercial litigious cases in all instances in 2016, European judicial systems Efficiency and quality of justice* CEPEJ Studies No. 26, 2018, Consejo de Europa. En el año 2018, la media de disposición de España es superior a 300 días. *The 2020 EU Justice Scoreboard*, figure 6, p. 9.

(13) *The 2020 EU Justice Scoreboard*, figure 3, p. 7.

(14) *The 2018 EU Justice Scoreboard*, figure 37, p. 30

(15) *Idem*, figure 38.

(16) *Idem*, figure 40, p. 31.

hasta el año 2011 para el acceso a la profesión de abogado no se exigía nada más que la colegiación, a diferencia de la mayoría de los países, y, además, la ejecución privilegiada de los honorarios y en resumen la falta de cultura del acuerdo entre abogados promueve también la existencia del importante flujo de asuntos hacia los Tribunales.

El mundo jurídico español ha sido, hasta la fecha, profundamente conservador, en general la intención de los operadores ha sido mantener el *statu quo* en lo que toca al Derecho y la forma de resolución de los conflictos. Mientras que en otros ámbitos de nuestra vida la tecnología y la investigación han producido cambios muy importantes de comportamiento, en el del Derecho, los principios, procesos, procedimientos, costumbres y organizaciones profesionales se han mantenido resistentes a los aires de cambio.

Por supuesto que poco ayuda que el ámbito del Derecho sea poco permeable a la influencia extranjera, lógicamente los trabajadores del mundo jurídico experimentan mucho menos intercambio internacional que los de otros ámbitos. Felizmente, nuestra pertenencia a la Unión Europea ha supuesto que estudiantes y profesionales desarrollen actividades en otros países y que la conexión con los colegas en los diferentes ámbitos de trabajos se vaya fortaleciendo, trayendo una influencia muy positiva a nuestro desarrollo.

Afortunadamente, también, España, como miembro de la Unión, tiene obligación de desarrollar normas siguiendo las directrices europeas, modernizando enormemente nuestra normativa. Fruto de esta necesaria modernización ha sido la ley española de 2012 sobre mediación, que construye los cimientos que pueden coadyuvar al cambio en la forma de resolución de los conflictos de relevancia jurídica.

II. UN NUEVO PARADIGMA DE JUSTICIA PARA EL SIGLO XXI

1. El cambio de paradigma en Estados Unidos y Europa

El nuevo paradigma de Justicia, por el que se considera que ésta abarca otros procedimientos además de los relacionados con la actividad procesal judicial, trae su origen en la famosa llamada conferencia Pound, «1976 National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice», en la que el profesor Sander ofreció la idea de que se ha de posibilitar la forma de resolución más adecuada al conflicto, surgiendo el concepto del Tribunal multipuertas, «multidoor courthouse», en la que cada puerta sería una forma de resolución, tal como jurisdicción, mediación, arbitraje, evaluación de experto, etc.

Estados Unidos, a partir de los años 70, y posteriormente los países de cultura jurídica anglosajona, han abrazado esta idea, introduciendo sistemas multipuertas, avanzando un paso más en la calidad de la Justicia, intentando introducir esa idea de adecuación del método de resolución al conflicto.

Para que un sistema multipuertas sea tal, es preciso que se diseñe un procedimiento de entrada de asuntos al tribunal y que éstos sean seleccionados por un Letrado de la Administración de Justicia o análogo y sean enviados a la «puerta»

más adecuada desde el inicio, pudiendo ser estas puertas mediación, jurisdicción, evaluación de experto, arbitraje, conciliación...

Hoy en día, el sistema multipuertas está consolidado en muchos países de América y Europa, y empieza a desarrollarse en España, donde la introducción de la mediación vinculada a los tribunales va a empezar a dibujar un futuro si no multipuertas, bipuertas por ahora, como en la iniciativa del Partido Judicial de Murcia.

Evidentemente, la influencia europea y sobre todo de la Unión Europea está provocando la acogida del concepto multipuertas, basado principalmente en eficacia y adecuación del método al conflicto. Veremos en los próximos años la entrada de nuevas formas de resolución de conflictos y la consolidación del concepto multipuertas en los países de la Unión Europea.

Ya a finales del siglo xx, instituciones como el Consejo de Europa impulsaron a los Estados a centrar su atención en la verdadera eficacia de la Justicia, conminándolos a examinar sus sistemas desde un punto de vista de eficacia para el ciudadano, su satisfacción y, en resumen la calidad de los sistemas. Entre las medidas que el Consejo de Europa ha pretendido introducir para mejorar la eficacia de los sistemas de Justicia se encuentran mecanismos como la mediación, en distintos ámbitos jurisdiccionales, emanando al efecto varias Recomendaciones.

Dentro de esta institución, la Comisión para la Eficacia de la Justicia del Consejo de Europa (CEPEJ), gestiona una línea de trabajo en mediación, monitorizando la eficacia de dichas Recomendaciones del Consejo de Europa sobre mediación, realizando estudios y directrices para su mejor implementación.

A nivel de la Unión Europea también se ha asentado una idea de Justicia más amplia de la tradicional, focalizando en la satisfacción de los ciudadanos y la calidad de las soluciones que se les ofrezcan y la necesidad de promover la resolución ágil y eficaz de los conflictos para favorecer el mercado común. La inclusión de la resolución de conflictos como política relevante para la Unión Europea se ha consolidado en los últimos años al enfocarse en principio como parte del derecho de acceso a los tribunales, desde el Consejo Europeo de Tampere de 1999, y evolucionando en un concepto amplio del derecho a la Justicia.

En el texto consolidado del Tratado de la Unión Europea se aprecian referencias a la cooperación en materia civil con repercusión transfronteriza, teniéndose como objetivo el reconocimiento mutuo y ejecución de resoluciones «judiciales y extrajudiciales» (art. 81.1). El Parlamento y la Comisión habrán de garantizar entonces con este fin, y de acuerdo con el apartado 2.g) del mismo artículo, «el desarrollo de métodos alternativos de resolución de conflictos».

La esperada Directiva 2008/517CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo sobre ciertos aspectos de la mediación asuntos civiles y mercantiles fue publicada el 25 de mayo de 2008, tras casi cuatro años de tramitación, y supuso el mayor éxito de la Unión Europea a la hora de promover el fortalecimiento de los métodos alternativos de resolución de conflictos.

Esta norma fue seguida por otras que potenciaban los medios adecuados de resolución de conflictos: la Directiva de víctimas de 2012, traspuesta en la ley del estatuto de la víctima de 2015 y la Directiva de mediación en consumo y Reglamentación sobre ADR *online* siguen apostando por esta nueva línea de Justicia, para con el fin de reforzar la confianza de los consumidores en el mercado único.

2. El impulso a la mediación en el ámbito civil y mercantil: la Ley de 2012, su eficacia y reactivación

La trasposición de la Directiva de 2008, tan esperada en España, se produjo en 2012, a través de un Real Decreto—para evitar la inminente sanción a España por no trasponer en tiempo—sustituido posteriormente por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La normativa sobre mediación fue acogida con gran interés por parte de los operadores jurídicos, y desde entonces abogados, procuradores, notarios, asesores, y otros profesionales han incluido la mediación en su ámbito de conocimiento, si no aún de práctica mayoritariamente, y supuso el cambio de estructura unidireccional de los sistemas de Justicia.

Transcurridos varios años desde la entrada en vigor de la Ley 5/2012, resulta interesante el análisis de su implementación en la arquitectura jurídica española atendiendo a las modificaciones que introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) por medio de su Disposición Final Tercera.

Siguiendo un modelo de mediación basado en la voluntariedad y libre disposición de las partes así como en una estructura procedimental flexible (17), el legislador español, con la Ley 5/2012, escogió un modelo centrado principalmente en la mediación privada, regulando residualmente los efectos en el proceso de los acuerdos de mediación o incluso de la pendencia del propio procedimiento de mediación. Estas últimas modificaciones se dirigen a, según el apartado V de su Exposición de Motivos, articular *la adecuada interrelación entre la mediación y el proceso civil, reforzando la eficacia de esta institución*.

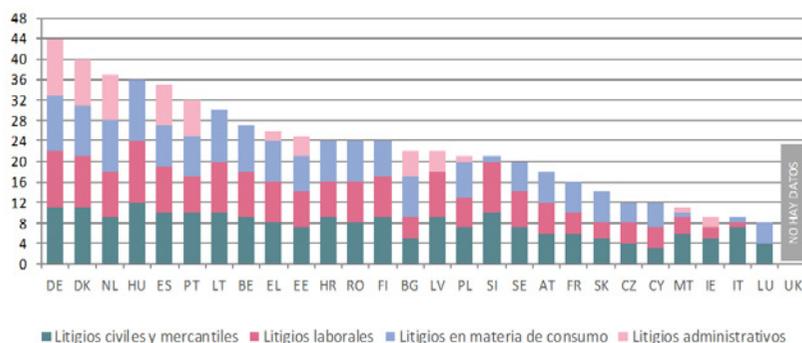
No obstante este marco legal general de la mediación privada, desvinculada, en su mayor medida, del proceso judicial, en Europa y más concretamente en España, la mediación se ha practicado más hasta la fecha en el ámbito conectado con los tribunales o Intrajudicial, al haber sido promovida principalmente por magistrados, alentados por el Consejo General del Poder Judicial o por iniciativas asociativas como el Grupo Europeo de Magistrados para la Mediación (GEMME).

En la práctica actual los datos apuntan a un uso marginal de la mediación intrajudicial por comparación a la litigación y probablemente también de la mediación en el ámbito privado, si bien no se tienen datos de este último.

En los indicadores de Justicia de la Unión Europea de 2018 se recoge una falsa impresión de la potenciación de los métodos alternativos de resolución de litigios, probablemente por la forma de obtención de los datos, que en este caso se recogen del grupo de personas de contacto de los sistemas judiciales nacionales (aún más claramente errónea es la información recogida en la figura 30 de los indicadores de Justicia de la Unión Europea de 2020, que situaría a España no ya el quinto país promotor sino el cuarto). Evidentemente, en la práctica, en España no se promueve al nivel de otros países los métodos autocompositivos en el ámbito civil y mercantil.

(17) En concreto, el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012 dejaba claro que *el segundo eje de la mediación, que es la deslegalización o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto*.

Indicadores de Justicia UE Promoción e incentivos para la utilización de los métodos de RAL* fuente: Comisión Europea (Datos de 2018 recogidos en cooperación con el grupo de personas de contacto de los sistemas judiciales nacionales)



En el informe de la CEPEJ sobre el impacto de las recomendaciones sobre mediación de 2018, se reflejan unos datos muy poco satisfactorios: la relación entre casos civiles ingresados y mediaciones vinculadas a dichos casos es de 0,09%, es decir, de cada 10.000 asuntos ingresados, en uno se deriva a mediación (18). En Dinamarca se envía a mediación en una proporción 170 veces mayor, y en Finlandia 1.700 veces mayor.

La Resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva de Mediación refleja un uso muy limitado de la mediación en muchos de los Estados. Concretamente, «constata la existencia de dificultades relativas al funcionamiento en la práctica de los sistemas nacionales de mediación, vinculadas principalmente a la tradición del proceso contradictorio y a la falta de una cultura de mediación en los Estados miembros, el bajo nivel de conocimiento de la mediación en la mayoría de ellos y el insuficiente conocimiento del modo de tratar asuntos transfronterizos y el funcionamiento de los mecanismos de control de calidad aplicables a la mediación» (19).

Desde el año 2020, y tras otros intentos de reactivar el uso de la mediación, como en el Anteproyecto de Ley de impulso a la Mediación de 2018, aprobado en

(18) El número de mediaciones civiles –951– a las que se refiere la CEPEJ coincide con los datos recogidos en la Memoria del CGPJ de 2017: 951 casos derivados en el ámbito civil de los que 128 acaban con avenencia. Se señala en la Memoria que el número de casos derivados es cerca de un 22% menor que lo derivado el año anterior. Otra suerte correría la mediación familiar, con una muy superior derivación, 7336 casos, y que mantendría sus números. Consejo General del Poder Judicial, *Memoria anual 2017* (correspondiente al ejercicio 2016), 2017 <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-anual-2017--correspondiente-al-ejercicio-2016->

En la Memoria del CGPJ de 2020 se refieren 1073 derivaciones civiles, un 16,8% menos que el año anterior, y las mediaciones familiares también se reducen respecto del año anterior, en un 3,4% (4769 derivaciones). Consejo General del Poder Judicial, *Memoria anual 2020* (correspondiente al ejercicio 2019), 2020, p. 379 y 380. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-anual-2020--correspondiente-al-ejercicio-2019->

(19) Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación) (2016/2066(INI)).

Consejo de Ministros en 2019, se ha desarrollado un Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (aprobado en diciembre de 2020 por Consejo de Ministros) (20), que contiene importantes elementos para potenciar el uso de los métodos autocompositivos, principalmente la negociación y la mediación, en tramitación en 2021. Habrán de ser además de una regulación suficientemente equilibrada, otros los factores decisivos para su éxito, como el desarrollo de una política pública real, incluyendo medidas educativas, económicas y publicitarias, para producir un cambio en el sistema.

III. VARIABILIDAD Y ADECUACIÓN DE MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS CON PARTICIPACIÓN DE PERSONAS MAYORES

1. Variabilidad de métodos

Entre los Métodos Adecuados de Solución de Conflictos podemos encontrar una grandísima variedad en los distintos países, siendo los anglosajones los que más modalidades han desarrollado. Dentro de los autocompositivos la mediación ha cobrado especial relevancia en la Unión Europea en el siglo XXI, junto con otros muchos modelos de resolución de conflictos, como la evaluación neutral, las conferencias para acuerdo, la práctica colaborativa y otros mixtos, con mayor y menor éxito en los países anglosajones principalmente, y habitualmente mezclados con fórmulas heterocompositivas como el arbitraje, o con elementos de obligatoriedad como el intento obligatorio de mediación o de conferencia (21).

La diversidad de métodos es enorme, y muchos de ellos se solapan, cruzan, mezclan... y ello buscando la adecuación a las sociedades, conflictos, operadores y estructuras jurídicas subyacentes. En general, estos métodos no precisan ser regulados, pues así pueden adaptarse más fácilmente a las necesidades. En general, van teniendo más o menos éxito dependiendo del apoyo institucional o bien de la utilidad que ofrece a los participantes. En el caso español, y en general europeo, y más continental, se tiende a regular de forma exhaustiva las insti-

(20) Anteproyecto De Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, aprobado en Consejo de Ministros el 15 de diciembre de 2020 <https://www.icab.es/export/sites/icab/galleries/documents-contingut-generic/APL-eficiencia-procesal-Consejo-Ministros-15-12-2020.pdf>

(21) En Estados Unidos la variedad en cuanto a resolución alternativa de conflictos es muy amplia, y depende en gran medida de cada Estado e incluso de cada Condado y Tribunal. Destaca entre los primeros Estados en establecer mecanismos ADR obligatorios California, en el que en 1980 se impuso la mediación obligatoria. *Vid.*, MENKEL-MEADOW, C., «Roots and inspirations: a brief history of the Foundations of Dispute Resolution», en *Handbook of dispute resolution*, Bordone, R. y Moffit, M. (dirs.), p. 21. En la actualidad, los Tribunales de California describen la mediación, arbitraje, evaluación neutral y conferencias para acuerdo en su web como alternativa al tribunal. <https://www.courts.ca.gov/3074.htm> En concreto, en el condado de San Francisco, la Corte ofrece opciones de ADR a través de los tribunales como conferencias obligatorias para el acuerdo, mediación (en formatos de mediación del Colegio de Abogados, del programa Judicial, mediación privada, o servicios de mediación de los paneles comunitarios—community boards—), y arbitraje (en formato de arbitraje judicial y arbitraje privado). <https://www.sfsuperiorcourt.org/sites/default/files/images/ADR%20Packet%20Final%20Oct%202018.pdf?1617791615564>

tuciones, sin comprender que su flexibilidad se ve truncada con un desarrollo normativo demasiado detallado.

En general, los métodos autocompositivos son principalmente útiles en los marcos jurídicos dispositivos, si bien elementos vinculados con ámbitos no dispositivos también se pueden discutir y pueden tener vinculación jurídica, con determinadas limitaciones, normalmente la supervisión de la autoridad Judicial y la Fiscalía.

La adecuación del método al conflicto en concreto será el criterio que debiera ser más relevante para la elección del método en concreto, además de otras circunstancias estructurales, como el coste y la disponibilidad del recurso.

A. *Híbridos de mediación y arbitraje*

En el *Medarb* se combinan los elementos más útiles de la mediación y el arbitraje: la toma de decisión por las partes y la certeza de que el asunto quedará en un corto tiempo zanjado si no por un acuerdo, por un laudo, emitido por la misma persona que ha desempeñado la actividad de mediador. Entre las variaciones del híbrido entre arbitraje y mediación pueden encontrarse las siguientes, entre otras: *Arbmed* en el que el tercero sea o no el mismo para las dos actividades, que se produzca primero el arbitraje con reserva del laudo en sobre cerrado; *Medarb* con posibilidad de opción (posibilidad de pedir en el *Medarb* puro el cambio de tercero para la fase de arbitraje); *Medaloo*, mediación con arbitraje de oferta final (*Mediation and last offer arbitration*), en la que las partes entregan oferta final si no hay acuerdo y el tercero elige la oferta más razonable; y, *Medarb* flexible, en el que se abren ventanas para hacer mediación gestionada por el árbitro o por un mediador. También existen regulaciones específicas de híbrido entre mediación y administrador concursal, como en España (22).

En general las fórmulas híbridas se pueden desarrollar en España en la actualidad con la normativa existente, y son más adecuadas cuando se busca rapidez en la resolución, y en el que cuestiones jurídicas son relevantes, y los elementos emocionales o relacionales lo sean menos. Conflictos de carácter económico en el que los mayores están involucrados podrían ser gestionados útilmente a través de estos métodos.

B. *Opinión de experto independiente*

Este es un procedimiento que suele llevarse a cabo antes de presentar la demanda o poco después de que un caso ha sido presentado ante los tribunales. El caso se entrega a un tercero, que puede ser un abogado, magistrado retirado, o un experto en determinada materia, a quien se le pedirá que proporcione una evaluación equilibrada y objetiva de la controversia. Las partes o bien presentan observaciones por escrito o se reúnen en persona con el experto. El experto identifica los puntos fuertes y débiles de cada una de las partes y valora el probable posible resultado del juicio. Esta evaluación puede ayudar a las partes a sopesar su caso y puede propiciar una solución. El formato recuerda a un híbrido entre el informe pericial y la conciliación, y en países anglosajones se desarrolla en formato vinculante o no vinculante.

(22) Vid. SOLETO MUÑOZ, H., «La mediación concursal, especialidad de la mediación civil y mercantil», pp. 77 a 101. *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*; núm. 98 mayo-agosto 2016.

En el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, se regula en el artículo 15 este método no vinculante:

Artículo 15. Opinión de experto independiente.

1. Las partes, con objeto de resolver una controversia, podrán designar de mutuo acuerdo a un experto independiente para que emita una opinión no vinculante respecto a la materia objeto de conflicto. Las partes estarán obligadas a entregar al experto toda la información y pruebas de que dispongan sobre el objeto controvertido.

2. El dictamen podrá versar sobre cuestiones jurídicas o sobre cualquier otro aspecto técnico relacionado con la capacitación profesional del experto. Dicho dictamen, ya se emita antes de iniciarse un proceso judicial o durante la tramitación del mismo, tendrá carácter confidencial con los efectos previstos en el artículo 6 de este Título.

3. En el caso de que las conclusiones del dictamen fuesen aceptadas por todas las partes, el acuerdo se consignará en los términos previstos en el artículo 9 de este Título y tendrá los efectos previstos en su artículo 10.

4. En los casos en los que no se haya aceptado el dictamen por alguna de las partes o por ninguna de ellas, es, el experto designado extenderá a cada una de las partes una certificación de que se ha intentado llegar a un acuerdo por esta vía a los efectos de tener por cumplido el requisito de procedibilidad.

Este método es más adecuado cuando el interés principal de las partes sea finalizar un proceso más rápidamente o no iniciarlo. Será por lo tanto más adecuado su uso en los conflictos en los que puedan afectarse los intereses económicos y emocionales de la persona mayor, se persiga rapidez en la resolución, y no se desee profundizar en la resolución de los conflictos subyacentes de tipo emocional o relacional, o sean estos menos relevantes. Podrían ser gestionados útilmente a través de este método aquellos conflictos de carácter económico en el que los mayores están involucrados, y en el que ya se hubieran iniciado acciones o fuera inminente la presentación de una demanda, evitándose la judicialización o limitando su impacto negativo en las relaciones personales. La rapidez del método es un punto fuerte, y, si hubiera elementos relacionales complejos quizá fueran más adecuados otros métodos como la mediación o el círculo.

C. Conciliación

La conciliación es un procedimiento en el que un tercero interviene en un conflicto judicializado antes de la audiencia o juicio, aunque también puede ser un procedimiento previo a la demanda judicial, como en el ámbito laboral en España. Ha de tenerse en cuenta también que la conciliación y la mediación pueden ser términos análogos en distintos ordenamientos e incluso en distintas jurisdicciones de cada ordenamiento (23).

(23) En algunos países se califica como conciliación a lo que en abordamos aquí como mediación, así, en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Conciliación Comercial Internacional se regulaba la conciliación como paraguas en el que la mediación estaría incluido, y, como consecuencia de la práctica internacional prefiriendo el concepto mediación, se modificó en 2018, aprobándose la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción

En los sistemas anglosajones de resolución de conflictos vinculados a los tribunales predomina este mecanismo, las *settlement conferences*, obligatorias o voluntarias, y las partes y sus abogados se reúnen con un juez o una persona neutral llamada «oficial de conciliación» para discutir la posible solución de su disputa. La mayoría de códigos procesales civiles de países de tradición continental la regulan como el español, como una facultad del Juez o magistrado asignado al caso o al Letrado de la Administración. En el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia en trámite en 2021, se regula en el artículo 12.1 la Conciliación privada, ampliando el ámbito material de este mecanismo a materias disponibles del ámbito civil en una etapa preprocesal:

«1. Toda persona física o jurídica que se proponga ejercitar las acciones legales que le corresponden en defensa de un derecho que considere vulnerado, puede requerir a una persona con conocimientos técnicos o jurídicos relacionados con la materia de que se trate, para que gestione una actividad negociada tendente a alcanzar un acuerdo conciliatorio con la parte a la que se pretenda demandar.»

Este mecanismo será adecuado para el ámbito del conflicto de relevancia para las personas mayores cuando se pretenda evitar el proceso civil o finalizarlo en una etapa primigenia, si bien, si existen cuestiones conflictuales complejas y o con componentes emocionales importantes será más adecuada la mediación.

D. *Facilitación*

En la facilitación un tercero con conocimientos de negociación ayuda a un grupo de dos o más personas a discutir temas que tienen que ser resueltos por el grupo. Esto puede incluir asistencia en la definición y el análisis de los problemas, el desarrollo de alternativas y la ejecución de las soluciones acordadas. Un facilitador puede ayudar a mejorar la comunicación, la creación de consenso y toma de decisiones entre los individuos en una variedad de entornos, incluyendo grupos comunitarios, corporativos, educativos y familiares. También se hace referencia a la facilitación como un genérico procedimiento autocompositivo en el que un tercero auxilia a las partes.

La facilitación es empleada habitualmente en el ámbito comunitario, para cuestiones que afectan al medio ambiente, uso de la tierra, recursos naturales, derechos humanos, inclusión de minorías o procesos participativos. Se han desarrollado procedimientos específicos estructurados para grupos grandes, como el World Café (24) o el Espacio Abierto (25).

Internacionales Resultantes de la Mediación, de 2018 (por la que se modifica la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, de 2002). https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/annex_ii_-_s.pdf

(24) Véase <http://www.theworldcafe.com>, o BROWN, J. y ISAACS, D., *The World Café*, World Cafe Community, Berrett-Koehler Publishers, 2005.

(25) Vid. SOLETO MUÑOZ, H., *Mecanismos alternativos de solución de conflictos en América Latina en justicia comunitaria*, Documento Conceptual EUROSOCIAL-COMJIB, 2013 https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjX9OKO8oDQAhXHthQKHv1D8YQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fes.slideshare.net%2FEUROsociAL-II%2Fdocumento-conceptual-masc-en-amrica-latina&usq=AFQjCNFQRTfoCFWkvUonIYGE0DhD_7BopQ&bvm=bv.136811127,d.bGgf

En el marco del conflicto que afecte intereses de personas mayores, este mecanismo puede ser adecuado en conflictos que afecten a una pluralidad amplia de personas, como pueden ser las residencias o pequeñas poblaciones, y es de carácter informal, no precisa en general regulación, aunque sí se puede desarrollar con documentación entre las partes participantes.

E. *Mediación*

La mediación es un proceso privado, donde una tercera persona neutral llamada mediador, con formación específica, sin autoridad para imponer una solución, ayuda a las partes en conflicto promoviendo el diálogo, para que alcancen por sí mismas una solución válida para todos los implicados. Las partes tienen la oportunidad de describir los problemas y discutir sus intereses, emociones y posibles soluciones.

En algunos países los tribunales pueden ordenar que ciertos casos se deriven a mediación, o invitar a las partes a que intenten la mediación, en todo caso el proceso sigue siendo voluntario dado que no se requiere a las partes a llegar a un acuerdo. En España se ha regulado principalmente por la Ley 5/2012, tanto en su faceta intrajudicial como previa y privada.

La mediación puede ser en general el mecanismo más adecuado de resolución de conflictos para las personas mayores, pues es un procedimiento estructurado que se adapta a las necesidades de las partes y donde es natural el abordaje completo del conflicto. En el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia en trámite en 2021 se modifica la ley de 5/2012, describiéndose en su artículo 1:

«Se entiende por mediación aquel medio adecuado de solución de controversias en que dos o más partes intentan voluntariamente, a través de un procedimiento estructurado, alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.»

F. *Práctica colaborativa*

La práctica colaborativa es la forma de resolución de conflictos que evita completamente los Tribunales salvo para la homologación en su caso del acuerdo, y se gestiona a través de reuniones en las que las partes, asesoradas por sus abogados, intentan llegar a un acuerdo (26). El abogado colaborativo se compromete con su cliente a intentar resolver el conflicto de forma colaborativa, trabajando conjuntamente con el abogado contrario, negociando, acudiendo a mediación o a otros terceros neutrales como psicólogos, educadores, trabajadores sociales, *coaches* o contables.

Conforme a lo estipulado en los acuerdos entre clientes y abogados que se suelen firmar en estos casos, lo tratado es confidencial, y si no fuera posible la consecución del acuerdo y fuera ineludible el acceso contencioso a los Tribunales, el abogado participante hasta el momento cesaría en su función y el cliente se vería representado por otro abogado. Es un mecanismo muy indicado y extendido en Estados Unidos, Canadá y Europa, sobre todo para los conflictos de familia, lo que lo hace muy adecuado para los conflictos que afecten a mayores.

(26) Vid. SOLETO MUÑOZ, H., «Presente y futuro de la resolución de conflictos», en Soletto Muñoz, dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid, 2013.

G. *Negociación. La oferta vinculante*

La negociación es un proceso voluntario y por lo general no estructurado en el que las partes identifican temas de interés, exploran las opciones para la resolución de los problemas en la búsqueda de un acuerdo mutuamente aceptable para resolver las cuestiones planteadas. Las partes contendientes podrán ser representadas por abogados u otros representantes en la negociación.

La negociación es la forma de resolución de conflictos en la que las partes interesadas llegan a su solución por sí mismas a través del diálogo. Se distinguen principalmente dos maneras de desarrollar la negociación, la negociación distributiva (también conocida como mercadeo o regateo) y la negociación integradora (27).

La negociación distributiva se basa en que las partes defienden sus posiciones –lo que piden–, sin entrar a estudiar otros elementos de la negociación. Sería una negociación en la que el vendedor reclama un valor de venta X , y el posible comprador un valor de compra Y , y reducen en caso de llegar a un acuerdo, el espacio entre las dos posiciones hasta llegar a un punto común satisfactorio para ambos. Este tipo de negociación es considerada como no basada en intereses (si bien los intereses bien entendidos de las partes sustentan sus posiciones) y su uso en general no conlleva una mejora de las relaciones entre las partes, sino más bien un deterioro de las relaciones de las partes, además de una ganancia no óptima, que se podía haber producido si las partes exploraran conjuntamente sus intereses. La negociación distributiva parte de la idea de repartir entre los negociadores, y por el contrario, la negociación integradora se basa en la idea de la cooperación y de la satisfacción de los intereses de las partes. La negociación entre partes y entre abogados también adquiere formas procedimentales reguladas en algunos países como el de la oferta vinculante.

En el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia en trámite en 2021 se incluye una forma de negociación con oferta vinculante en el Artículo 14: *Oferta vinculante confidencial*.

1. Cualquier persona que, con ánimo de dar solución a una controversia, formule una oferta vinculante a la otra parte, queda obligada a cumplir la obligación que asume, una vez que la parte a la que va dirigida la acepta. Dicha aceptación tendrá carácter irrevocable.

La forma de remisión tanto de la oferta como de la aceptación han de permitir dejar constancia de la identidad del oferente, de su recepción efectiva por la otra parte y de la fecha en la que se produce dicha recepción, así como de su contenido.

Este tipo de fórmula puede ser adecuada en todo tipo de conflicto de carácter económico que afecte a las personas mayores.

H. *Conferencia de Grupo Familiar*

Además de la negociación, el Derecho Colaborativo o sobre todo la mediación, que son aplicables en general a prácticamente todos los ámbitos conflictuales, incluida la crisis familiar, se han desarrollado otros mecanismos que son exclusivos

(27) Vid. SOLETO MUÑOZ, H., «Negociación», en Soletto Muñoz, dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid, 2017.

para materias que afectan a las relaciones familiares, y que pueden ser muy adecuadas en el ámbito del conflicto que afecta a las personas mayores.

La conferencia de Grupo Familiar es una reunión entre miembros de una familia y miembros de su entorno con ayuda de facilitadores. En Estados Unidos este modelo se utiliza para trabajar en un plan para acabar con el abuso y otros malos tratos entre sus miembros, o para preparar sesiones judiciales relativas a decisiones sobre guarda y custodia de menores y se produce en un procedimiento preparado y asesorado por expertos en resolución de conflictos y del ámbito de servicios sociales.

Es un método originado en Nueva Zelanda, y extendido para tratar cuestiones a nivel comunitario, social o incluso penal, y puede ser adecuado para la resolución de conflictos en el ámbito familiar, con participación de las personas mayores y sus descendientes, además de un facilitador e incluso otras personas cercanas a los afectados.

I. *Ombudsman o Defensor*

Un *ombudsman* es un tercero seleccionado por una institución como una Universidad, un Hospital o una agencia gubernamental para investigar las quejas de los empleados, clientes o ciudadanos. El defensor trabaja dentro de la institución para investigar las quejas de forma independiente e imparcial. El proceso es voluntario, privado y no vinculante, que puede ser muy interesante de utilizar en entidades como residencias, para velar por la buena gestión de los conflictos y su resolución.

2. **A modo de conclusión: la adecuación del método para la protección de los intereses de las personas mayores**

Se ha insistido en el concepto de adecuación a lo largo de este trabajo, y se concluye recalcando la importancia de la adaptación del método a las necesidades de las personas involucradas en el conflicto, en este caso las personas mayores.

La adecuación del método al conflicto concreto pasa por evaluar por varios operadores distintas circunstancias. En general, las soluciones privadas son más satisfactorias para los ciudadanos, sin embargo, es preciso analizar qué elementos pueden ser contrarios a los intereses de determinados colectivos, como en este caso es el de las personas mayores, tan desfavorecidas en los últimos tiempos vividos en la era covid.

En general, los métodos autocompositivos son más satisfactorios que la litigación porque los ciudadanos tienen mayor control sobre la solución, duran menos tiempo, y se cristalizan en soluciones a la medida de las partes. En general, suelen ser más baratos, puesto que el trabajo de litigación suele ser más complejo y durar más tiempo. El tiempo es un factor decisivo también para personas que no quieren «perderlo». Además, son más eficaces, pues se cumplen más fácil y rápidamente que las decisiones judiciales, que suelen ejecutarse en un tiempo dilatado y de forma parcial en muchas ocasiones.

Las personas mayores pueden tener conflictos de la misma clase y tipo que las personas más jóvenes, sin embargo existen ciertas especialidades en conflictividades más propias de sus circunstancias, correspondientes en general a una pérdida de capacidad intelectual y/o física y de dependencia de otras personas, sean familiares, cuidadores, o instituciones.

Así, un ámbito conflictual muy relevante es el relacionado con la capacidad, su limitación y la consecuente tutela por la Administración Pública o un familiar, tanto su pronunciamiento como problemáticas en el desarrollo de la tutela.

Otro ámbito destacado puede ser el relacionado con las cuestiones económicas vinculado al de la época final de la vida: últimas voluntades, donaciones, alimentos, en general imbricado en relaciones familiares pero también con entidades privadas.

Probablemente se pueden distinguir desde el punto de vista de las personas en conflicto dos ámbitos: los familiares, normalmente los herederos, y por otra parte, el de las entidades públicas titulares de la tutela de las personas incapaces. Un ámbito privado, y un ámbito público, dominado por la normativa de las Comunidades Autónomas, además de por la normativa general en ambos casos.

Los métodos autocompositivos, y sobre todo la mediación (28), son muy adecuados cuando las personas participantes tienen todas sus capacidades intelectuales y comunicativas, sin embargo, existe un riesgo de abuso de los intereses de los participantes que no gozan de ellas. En este sentido, los mediadores y facilitadores han de comprobar la capacidad de participación de las personas, y, específicamente, observar si existen signos de abuso físico, psíquico, económico o sexual de estas personas (29).

Por otra parte, es muy interesante la introducción de cláusulas de sumisión a mediación u otros métodos autocompositivos, con el fin de evitar la litigación entre personas con relaciones familiares, o simplemente evitar litigiosidad; es posible recoger en testamentos y otros documentos de tipo sucesorio cláusulas de tipo Cautela *Socini*, tal como lleva desarrollando el Notariado en los últimos años, que supone que los herederos habrán de acudir a mediación so pena de ver reducida su parte a la legítima estricta (30).

En cuanto a la conflictividad entre la persona mayor y la residencia y en su caso la persona o entidad tutora, es también muy adecuado el uso de mecanismos colaborativos y autocompositivos, como pueden ser los círculos, en los que las distintas personas interesadas puedan tener voz y se pueda alcanzar un consenso tan necesario para pacificar la vida de éstas. La integración en las entidades donde residen los mayores de sistemas de resolución de conflictos, preferentemente de tipo mediatorio, deben ser una prioridad en la gestión de dichas residencias, pues elevan el grado de satisfacción de los mayores y reducen la incidencia del conflicto (31).

(28) Véase MERINO ORTIZ, C. y MÉNDEZ VALDIVIA M. T., «La mediación en conflictos familiares relacionados con personas mayores en situación de dependencia», en López San Luis, R. (coord.), *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Comares, 2011.

(29) Ante el incremento de la identificación de casos de abuso a ancianas y ancianos, la *American Bar Association* ha creado un grupo de trabajo para identificar abuso a ancianos en mediación, y ha publicado una guía para orientar a los mediadores en el *screening*. Recomiendan, cuando haya ancianos en la mediación, realizar una sesión previa a la mediación con todos los participantes de manera individual, para comprobar la situación, e incluyen ejemplos para rechazo del caso y posibilidades de envío a autoridades de la información de la existencia del abuso. *American Bar Association Task Force on Elder Abuse Screening for Mediators* https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/dispute_resolution/materials/elder-abuse-and-neglect-screening-guidelines.pdf

(30) RODRÍGUEZ PRIETO, F., *Guía para el uso notarial de cláusulas de mediación y arbitraje*, Fundación Signum, diciembre de 2012, <https://fundacionsignum.org/wp-content/uploads/2016/11/Guia-notarial-para-el-uso-de-cl%C3%A1usulas-ADR.pdf>

(31) Véase ARMADANS TREMOLOSA, I., SORIA VERDE, M. A., ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., GODOY MAGDALENO, A. I., IGUAL AYERBE, B., LAKISZYK, O., MANZANO BLANQUEZ, J. *La mediación como instrumento de gestión de conflictos en el ámbito de las personas mayores autónomas y dependientes* Proyecto de Investigación y Desarrollo: «Medimayor», 2008, 150 pp.

Evidentemente, para el éxito de este tipo de mecanismos, es preciso formar a los profesionales de las entidades que ostentan la tutela de las personas mayores, así como invertir tiempo en el desarrollo de los procedimientos autocompositivos, cuestiones ambas que aún se visualizan en un horizonte lejano.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ-ZAMORA, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2.^a ed., México, 1970.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION, Task Force on Elder Abuse Screening for Mediators, *Guidelines on Elder Abuse Screening for Mediators* https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/dispute_resolution/materials/elder-abuse-and-neglect-screening-guidelines.pdf
- Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, aprobado en Consejo de Ministros el 15 de diciembre de 2020, <https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-contingut-generic/APL-eficiencia-procesal-Consejo-Ministros-15-12-2020.pdf>
- ARMADANS TREMOLOSA, I., SORIA VERDE, M. A., ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., GODOY MAGDALENO, A. I., IGUAL AYERBE, B., LAKISZYK, O., MANZANO BLANQUEZ, J., *La mediación como instrumento de gestión de conflictos en el ámbito de las personas mayores autónomas y dependientes*, Proyecto de Investigación y Desarrollo: «Medimayor», 2008.
- BROWN, J., y ISAACS, D., *The World Café*, World Cafe Community, Berrett-Koehler Publishers, 2005.
- CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1962.
- CONSEJO DE EUROPA, *European judicial systems Efficiency and quality of justice* CEPEJ Studies No. 26, 2018, <https://rm.coe.int/rapport-avec-couv-18-09-2018-en/16808def9c>
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Memoria anual 2017* (correspondiente al ejercicio 2016), 2017, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-anual-2017--correspondiente-al-ejercicio-2016->
- *Memoria anual 2020* (correspondiente al ejercicio 2019), 2020, pp. 379 y 380. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-anual-2020--correspondiente-al-ejercicio-2019->
- CORTE DEL CONDADO DE SAN FRANCISCO, Estados Unidos, Información sobre ADRS conectadas a la Corte <https://www.sfsuperiorcourt.org/sites/default/files/images/ADR%20Packet%20Final%20Oct%202018.pdf?1617791615564>
- GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, España, Civitas, 1981.
- MENKEL-MEADOW, C., «Roots and inspirations: a brief history of the Foundations of Dispute Resolution», en *Handbook of dispute resolution*, Bordone y Moffit (dirs.).
- MERINO ORTIZ, C., y MÉNDEZ VALDIVIA M. T., «La mediación en conflictos familiares relacionados con personas mayores en situación de dependencia», en López San Luis, R. (coord.), *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Comares, 2011.
- MNOOKIN, R., y KORNHAUSER, L., «Bargaining in the shadow or the law: the case of divorce», *The Yale Law Journal*, vol. 88, núm. 5, Dispute Resolution, April 1979.

- MORA SANGUINETTI, J., «Evidencia reciente sobre los efectos económicos del funcionamiento de la justicia», *Banco de España, Boletín económico* 39, enero 2016.
- MORENO CATENA, V., «Resolución Jurídica de Conflictos», en Soletto Muñoz, H. (dir.), *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid, 2017.
- PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación) (2016/2066(INI)).
- RODRÍGUEZ PRIETO, F., *Guía para el uso notarial de cláusulas de mediación y arbitraje*, Fundación Signum, diciembre de 2012, <https://fundacionssignum.org/wp-content/uploads/2016/11/Guia-notarial-para-el-uso-de-cl%C3%A1usulas-ADR.pdf>
- SOLETO MUÑOZ, H., «La mediación concursal, especialidad de la mediación civil y mercantil», pp. 77 a 101. *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 98, mayo-agosto 2016.
- «Negociación», en Soletto Muñoz, H., dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid, 2017.
- *Mecanismos alternativos de solución de conflictos en América Latina en justicia comunitaria*, Documento Conceptual EUROSOCIAL-COMJIB, 2013 https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewjX9OKO8oDQAhXHthQKHevID8YQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fes.slideshare.net%2FEUROsociAL-II%2Fdocumento-conceptual-masc-en-amrica-latina&usq=AFQjCNFQRTfoCfWkvUonIYGE0DhD_7BopQ&bvm=bv.136811127,d.bGg
- «Presente y futuro de la resolución de conflictos», en Soletto Muñoz, H., dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid, 2013.
- THE WORLD CAFÉ COMMUNITY FOUNDATION, <http://www.theworldcafe.com>
- TRIBUNALES DE CALIFORNIA, *Información sobre ADR*, <https://www.courts.ca.gov/3074.htm>
- UNCITRAL, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, de 2018 (por la que se modifica la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, de 2002), https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/annex_ii_-_s.pdf
- UNIÓN EUROPEA, *The 2018 EU Justice Scoreboard*, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2018_en.pdf
- *The 2020 EU Justice Scoreboard*, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2020_en.pdf
- URY, W., BRETT, J., GOLDBERG, S., *Getting disputes resolved. Designing systems to cut the costs of conflicts*, San Francisco, California, Estados Unidos, 1988.

