

RECENSIONES

FRANCESCA VIANELLO: *Diritto e mediazione. Per riconoscere la complessità*. Franco Angeli, Milán, 2004 (181 pp.).

Nuestra Justicia ha sido modificada más en esta última década de lo que quizá lo haya sido en toda nuestra historia republicana. Tenemos hoy en día una nueva justicia penal, de familia y laboral. Pronto viene la reforma global a la justicia civil. Los cambios ya conocemos por dónde transitan: asegurar en todo tipo de procedimientos el derecho a un debido proceso de los justiciables. Ello ha implicado, en materia penal, acercarse a un proceso de tipo acusatorio. Por otra parte, el principio de oportunidad ha sido introducido al campo penal para dar más eficiencia al sistema. En materia de procedimientos, en términos generales la oralidad ha reemplazado la escrituración.

Pero el impulso reformador no sólo ha abarcado los principios del proceso y del procedimiento, sino que el Gobierno ha impulsado activamente métodos alternativos al mecanismo jurisdiccional. Junto a las diferentes salidas alternativas del actual enjuiciamiento criminal, tenemos la mediación en materia de familia, en el contencioso-administrativo en materia de prestaciones de salud, etc. La mediación, y también el arbitraje, son unas de las nuevas formas de acceder a la justicia que promueve la coalición de gobierno.

Los motivos para promover estas alternativas a la jurisdicción son variados. Mirado con ojos suspicaces, podemos pensar que se trata simplemente de abaratar costos al Estado. El recurso a la mediación es claramente más barato que la vía jurisdiccional. Pero dejando de lado por un momento las suspicacias, con las vías alternativas se trata de dar respuestas distintas considerando el tipo de conflicto al que se debe dar solución. También se trata de involucrar más directamente a los implicados en el conflicto sin que el Estado participe de modo sustancial en su definición. La rapidez en la solución del conflicto también puede responder a las motivaciones tenidas en consideración.

El libro que presento en estas líneas pretende explicar y justificar el recurso a la mediación desde un análisis de la Sociología del Derecho. A diferencia de nuestro país, la Sociología del Derecho italiana goza de una estupenda salud. A los trabajos pioneros de Renato Treves, y a los aportes venideros de autores como Pietro Barcellona, Eligio Resta, Raffaele De Giorgio, entre otros, se une en este caso el trabajo de Francesca Vianello, profesora de Sociología del Derecho en la Universidad de Padua.

¿Por qué mediar? O también, ¿por qué utilizar vías alternativas a la jurisdicción? Siguiendo el planteamiento que formula la autora, la respuesta puede ser dada bajo el siguiente binomio: decepción/esperanza. Decepción del Derecho que se construyó a partir de la modernidad. Esperanza en los seres humanos que pueden

dar solución a sus desavenencias autónomamente, prescindiendo de respuestas heterocompositivas estatales. Esperanza entonces en el surgimiento de un nuevo Derecho que la autora denominará “procedimental”.

Si pensamos en las promesas de la modernidad, al menos en el ámbito de la criminalidad, la autora constata que la racionalización del mundo a partir de la razón iluminística no ha producido la desaparición de la violencia. Al contrario, esta ha aumentado. Pérdida de lazos sociales, crisis en el *Welfare State*, problemas económicos, entre otros, son mencionados por la autora como causas de esta situación. En este sentido, el Derecho no ha sido capaz de producir orden ni paz social como auguraban los profetas de la Ilustración.

Por otra parte, si la modernidad pretendía ordenar la realidad social a través de la simplificación del Derecho vía codificación, este hoy en día se caracteriza por ser un complejo de normas que es muy difícil sistematizar y conocer. El avance de la ciencia y del desarrollo económico se ha traducido en un incremento de las solicitudes que se le dirigen al Derecho. Esto se expresa en una constante creación y modificación normativa. El orden que para el Derecho moderno es un presupuesto se hace cada vez más relativo e inestable; un objetivo jamás alcanzable, porque el cambio y no el equilibrio es la racionalidad latente en cada situación social.

Esta situación es especialmente compleja en el momento de la aplicación judicial del Derecho. El juez del período liberal tenía delante de sí un conflicto inserto en un mercado de intercambio individual de bienes y servicios. La intervención que se le pedía al juez aparecía ya resuelta dentro de la abstracción del intercambio de equivalentes. La lógica de la responsabilidad civil se inscribe en esta concepción. El dinero como medio de cambio también favoreció esta realidad. Sin embargo, el aumento de la complejidad social y, por ende, normativa, cambia radicalmente los parámetros donde se desenvuelve el juez. El Derecho y los jueces no están en grado de dar respuestas jurídicas formales a todas las solicitudes que se les formulan. Todo ello, según lo que expone la autora, viene a significar una pérdida de eficacia y de legitimidad del Derecho como mecanismo de orden y control.

¿Significa todo esto la necesidad de supresión del Derecho vigente? Desde luego la respuesta que da la autora es negativa. Se trata simplemente de mirar con otros ojos al Derecho y pedirle aquello a lo que es capaz de dar respuesta. El Derecho, expresa Vianello, puede seguir contribuyendo a contener el autoritarismo y la opresión. A lo que sí hay que renunciar es a concepciones sustanciales del Derecho. La nueva concepción del Derecho a la que la autora invita asumir es de tipo procedimental. El Estado, a través de las normas jurídicas elaboradas democráticamente por los órganos de representación ciudadana, debe establecer las reglas y los confines dentro de los cuales pueda mantenerse y desarrollarse la autonomía normativa de los sujetos. Es aquí donde está la esperanza del Derecho.

El Derecho debe renunciar lo más posible a regular sustancialmente los diversos aspectos de la vida de los individuos. Se debe limitar, por el contrario, a ofrecer a los sujetos condiciones de la imparcialidad, garantizando procedimientos equitativos para dar salida a los conflictos que proceden del mundo social.

Esta concepción procedimental del Derecho, cuya principal forma de expresión es la mediación, puede permitir conseguir dos objetivos muy importantes: En primer lugar, la recuperación de la capacidad de la sociedad para expresar autónomamente nuevas formas de convivencia social. En segundo lugar, la recuperación por el Derecho de su legitimidad perdida.

La mediación supone un retraimiento del Estado. Supone como contrapartida confiar más en la participación directa de los sujetos comprometidos en un conflicto. A estos sujetos se les debe garantizar plena autonomía para negociar. Ello supone, por cierto, que los sujetos estén en condiciones de comunicarse y ello se dará cuando rige una situación de relativa igualdad. En este sentido, la igualdad es presupuesto de la mediación. Sin ella no puede prosperar y los sujetos deberían poder concurrir, por defecto, al juez estatal.

El Derecho, en adelante, será principalmente aquel que los sujetos se den autónomamente en cada situación. No hay, por tanto, un Derecho general y predefinido, salvo el Derecho Constitucional en cuanto regulación del poder estatal y los derechos fundamentales. Es a ello a lo que la autora invita a renunciar. Renunciar a la utopía en que se sustentaba el Derecho moderno: Un legislador dotado de una extraordinaria capacidad de anticipar todas las situaciones que involucran al conjunto de los individuos en el medio social.

Se trata, como se puede ver, de una propuesta novedosa y estimulante para nuestro país dadas las reformas que se han estado llevando a cabo en el último tiempo. Sin embargo no está exenta de riesgos. A mi modo de ver, lo que más se arriesga con ella es la pérdida de dos valores muy importantes en las sociedades modernas: En primer lugar, la igualdad ante la ley. En segundo lugar, la seguridad jurídica.

Andrés Bordalí Salamanca

MARIA PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ: *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*. Comares, Granada, 2005 (292 pp.)

Desde su entrada en vigencia en 1981, la pensión compensatoria consagrada en los artículos 97 y siguientes del Código Civil español ha generado la discusión doctrinaria y jurisprudencial en torno, fundamentalmente, a dos aspectos: por una parte, a la configuración del “desequilibrio económico” entre los cónyuges separados o divorciados como presupuesto de la prestación compensatoria y, por otra, a la extinción de la misma.

En esta obra, la autora analiza el segundo núcleo temático, abordando en forma exhaustiva tanto las causas de extinción de la pensión compensatoria expresamente contempladas en el artículo 101 del Código Civil como aquellas que, por aplicación de las reglas generales, se entiende operan como formas de terminación de la pensión sin estar enumeradas en la disposición citada.