

# PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y MEDIACIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA \*

Francesc Pérez Tortosa \*\*

**Sumario:** Introducción. 1. La mediación con personas con discapacidad intelectual. 1.1. La mediación como instrumento para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. 2. El perito psicológico y el facilitador: figuras necesarias en la mediación con personas con discapacidad. 2.1. La problemática determinación de la capacidad para mediar. 2.2. La adaptación del procedimiento. 3. La mediación electrónica con personas con discapacidad intelectual. Reflexión final. Bibliografía.

## Introducción

La mediación es –junto con el arbitraje, la negociación, la conciliación y ciertos expedientes de jurisdicción voluntaria– una manifestación de lo que Calaza ha venido a denominar *Derecho paraprocesal*, en la medida en la que, como señala la autora (en Gimeno Sendra, Díaz Martínez y Calaza López 2020, p. 413), todos estos métodos de resolución de controversias jurídicas coexisten, en paralelo, a la jurisdicción. A su vez, la mediación es una expresión de los métodos autocompositivos de resolución de controversias jurídicas, que se traduce, en su caso, en una solución al conflicto jurídico mejor y más duradera, por cuanto son las partes –que devienen las que mejor pueden conocer sus intereses– las que la establecen.

En nuestra opinión, el factor decisivo para que se pueda alcanzar una verdadera solución al conflicto es la inexistencia de desequilibrio emocional o psíquico entre las partes o, si se prefiere, la ausencia de desequilibrio en la relación de *poder* entre las partes. De esta forma, la mediación requiere de una relación de poder simétrica entre las partes.

---

\* Comunicación presentada en el Congreso Internacional “La humanización de la justicia ante el nuevo horizonte de la discapacidad: una definitiva apuesta por los derechos, deseos, preferencias y voluntad de las personas con discapacidad” (Madrid, 28 de febrero y 1 de marzo de 2022), y realizada en el marco del proyecto de investigación “Mediación y derecho colaborativo: vías emergentes de solución extrajudicial de litigios en la Sociedad digital” (IP Leticia Fontestad). Proyecto UMA20-FEDERJA-043 financiado por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la Junta de Andalucía.

\*\* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Málaga. CÓDIGO ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2078-9438>.

Estas, cualquiera de ellas, tienen que ser libres para iniciar el procedimiento, para continuarlo y para decidir la solución que componga la controversia.

En la presente comunicación, nos interrogamos acerca de si es viable la mediación cuando uno o varios de los sujetos involucrados en el conflicto jurídico tiene una incapacidad intelectual y, en caso afirmativo, qué cautelas deben adoptarse.

## **1. La mediación con personas con discapacidad intelectual**

La mediación se define en el artículo 3, párrafo a) de la Directiva 2008/52/CE como un “procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador”. Por otro lado, el artículo 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles [en adelante, LMACM] establece que la mediación es “aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí misma un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador”.

### *1.1. La mediación como instrumento para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad*

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 fue el primer texto internacional de Derechos Humanos que, de forma expresa, reconoció a estas personas el derecho de acceso a la justicia. Así, en el artículo 13 se consagra la necesidad de que “las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento [...], para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos”.

El derecho de acceso a la justicia cobra especial relevancia respecto de grupos o colectivos –como es el caso de las personas con discapacidad intelectual– que pueden toparse con ciertos obstáculos para que se materialice plenamente el Derecho a la tutela judicial efectiva. A este respecto, De Lucchi señala (2020, pp. 286–287) que para remover esos óbices debe actuarse en dos ámbitos: por un lado, articulando las reformas procesales necesarias que puedan favorecer la efectiva tutela judicial de esas personas; y, por otro

lado, impulsando políticas públicas de adaptación de las condiciones en las que las personas con discapacidad acceden a la justicia.

Ahora bien, el acceso a la justicia no se consagra únicamente a través del proceso. Así, en España, la mediación “se va institucionalizando como una práctica vinculada con la justicia que le está dando una impronta particular, puesto que, la ubica dentro del abanico de posibilidades de cauces de tutela de que dispone los ciudadanos” (Álvarez Ramírez 2013, pp. 73–74).

Sin embargo, y como señala con acierto Martín Diz, debe tenerse en consideración

[...] si el acceso a la justicia, en sede de mediación, ofrece un marco de protección idóneo y adecuado para las personas con discapacidad, si es realmente seguro, e incluso, en algunos casos, hasta conveniente o si se garantiza y comprueba de forma verdaderamente efectiva su voluntad y voluntariedad en el desarrollo del procedimiento de mediación. (2021, p. 473).

## **2. El perito psicológico y el facilitador: figuras necesarias en la mediación con personas con discapacidad intelectual**

El mediador es un tercero ajeno al conflicto cuya principal misión es la de intentar que las partes, reconociendo la posición del contrario, puedan obtener por ellas mismas la composición del conflicto jurídico. Así, el mediador es, simplemente –en palabras de Molina Caballero–, una persona “que guía a las partes en un proceso de negociación” (en Robles Garzón 2017, p. 214). Ahora bien, en la mediación con personas con discapacidad intelectual, el mediador se enfrenta a una serie de decisiones que, en ocasiones, pueden trascender a su formación, por lo que se hace necesaria la participación de otros profesionales en el procedimiento de mediación.

### *2.1. La problemática determinación de la capacidad para mediar*

Se ha venido defendiendo durante mucho tiempo que los mediadores tienen la responsabilidad de determinar si las partes presentan características esenciales para participar en una mediación en igualdad de condiciones (Sanmiguel Abel 2013, p. 709), incluso la plena capacidad de obrar antes de la firma del acuerdo de inicio de la mediación.

En nuestra opinión, se debe ser muy cauteloso, ya que los mediadores – especialmente los que tienen una formación jurídica– tal vez no adquieran las competencias suficientes para poder tomar una decisión sobre esta cuestión. En estos casos, entendemos que debería acudirse a una pericia por parte de un profesional experto en la materia que, con carácter vinculante, estableciera si la persona con discapacidad intelectual puede o no someterse al procedimiento de mediación.

## *2.2. La adaptación del procedimiento*

La formación del mediador –especialmente en lo que se refiere a la adaptación del lenguaje, del léxico y del propio procedimiento de mediación a las necesidades específicas de las personas con discapacidad intelectual– puede ser, igualmente, insuficiente, por lo que se hace necesaria la participación del facilitador.

Esta figura ha sido conceptualizada por la ONU (2020, p. 9) como las “personas que trabajan, cuando es necesario, con el personal del sistema de justicia y las personas con discapacidad para asegurar que haya una comunicación eficaz durante los procedimientos legales”. Así, el facilitador ayuda a las personas con discapacidad a entender y a tomar decisiones informadas, asegurándose de que las cosas se explican y se hablan de forma que puedan comprenderlas. Igualmente, verifica que se proporcionan los ajustes y el apoyo adecuados. Los intermediarios son neutrales y no hablan en nombre de las personas con discapacidad ni del sistema de justicia, ni dirigen las decisiones o resultados o influyen en ellos (ONU 2020, p. 9). En nuestra opinión, en la medida en la que la mediación es una forma de acceso a la justicia, la referencia de la ONU al “sistema de justicia”, incluye no solo a la jurisdicción, sino también a todas las manifestaciones de las ADR.

De esta forma, podemos definir al facilitador como el profesional independiente que no actúa como parte ni representa en el procedimiento a la persona con discapacidad –ya sea un procedimiento jurisdiccional o de ADR–, y que tiene como principal función auxiliar tanto a la persona con discapacidad para que tome una decisión conociendo todos los extremos del conflicto, cuanto al órgano jurisdiccional –o al árbitro, o al mediador o al conciliador– en la labor de implementar los ajustes necesarios en el procedimiento para que la persona con discapacidad participe en igualdad de condiciones en el mismo.

A la luz de estas consideraciones, entendemos que el facilitador es un profesional que no debe ser aportado por la persona con discapacidad ni tiene porqué contar con su

confianza. En definitiva, abogamos porque el régimen del facilitador sea el mismo, por ejemplo, que el previsto para los intérpretes de signos en relación con las personas con discapacidad auditiva (art. 143.2 LEC). A partir de esta afirmación podemos hacer algunas consideraciones:

Por un lado, coincidimos con De Lucchi (2021) en que el facilitador es una figura distinta y con diferentes funciones que la persona de la elección de la persona con discapacidad que podrá acompañarla desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios (art. 7 bis.2 d) LEC). Por otro lado, el coste del servicio del facilitador debe ser asumido por la Administración de Justicia. Ni puede actuar a cargo de la persona con discapacidad, como se señala en el preámbulo de la La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica –aunque el legislador nada ha dicho en el articulado de la ley–; ni puede formar parte del concepto de costas procesales, por exceder los límites del catálogo establecido en el artículo 241.1 LEC.

En la actualidad, la figura del facilitador está regulada, de forma ciertamente vaga, en la letra c) del nuevo artículo 7 bis LEC, en el que se establece que “[s]e permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida”.

No obstante, esta figura no era desconocida en nuestra práctica forense, especialmente en el proceso penal. Del estudio con una muestra comprendida por 537 casos atendidos entre 2010 y febrero de 2017 en la Unidad de Atención a Víctimas de Discapacidad Intelectual de la Fundación Carmen Pardo-Valcarce, entre otros datos, se desprende (Cartagena 2017, p. 244; Cendra López 2018, p. 349–351), que, sin facilitador, el 59% de los casos fueron archivados frente al 16% de los casos que han contado con el facilitador. Igualmente, las sentencias condenatorias son significativamente superiores cuando el facilitador ha acompañado a la víctima (32% frente al 12%).

A modo de conclusión, entendemos que la figura del facilitador debe actuar en todos los procesos judiciales y en todos los procedimientos de ADR en los que, al menos, una de las partes sea una persona con discapacidad intelectual. De esta forma, y por lo que se refiere a la mediación, una vez garantizada la participación de este experto, no debe haber ninguna traba para que, en aquellos supuestos en los que se declare la

capacidad para mediar de la persona con discapacidad intelectual, pueda llevarse a cabo el procedimiento de mediación y, en consecuencia, la solución adoptada por las partes despliegue los efectos de la cosa juzgada.

Sin embargo, más dudas nos sugiere la cuestión cuando se trate de procedimientos de mediación electrónica.

### **3. La mediación electrónica con personas con discapacidad intelectual**

La revolución tecnológica, especialmente con la irrupción de internet, ha venido a favorecer la comunicación y el advenimiento de nuevos tipos de relaciones jurídicas en línea, como el comercio electrónico. De la misma forma, y frente al inmovilismo de la jurisdicción en relación con las nuevas tecnologías (Soletto Muñoz 2017, p. 21), las ADR sí se han reciclado para realizarse en línea, principalmente por el carácter flexible de las mismas (Molina Caballero 2021, p. 102). Así, la mediación electrónica ha sido definida por Bueno de Mata como “el modelo de ODR encaminado a intentar lograr una solución a una determinada controversia mediante un método alternativo al sistema judicial a través de la inclusión de una tecnología en el procedimiento de mediación” (2015, s. p.)

La mediación electrónica, en la que se deben cumplir los mismos principios de la mediación tradicional, se autoriza legalmente en el artículo 24 de la LMACM, que prevé que las partes podrán acordar que las actuaciones de mediación se lleven a cabo a través de medios electrónicos, por videoconferencia o por otro medio análogo, añadiendo que los procedimientos de mediación que consistan en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 € se desarrollarán, preferentemente, a través de medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes. Igualmente, el artículo 5.2 del mismo texto legal dispone que las instituciones de mediación podrán implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias. En consecuencia, la mediación electrónica está pensada, a nuestro entender, para los asuntos de comercio electrónico.

La mediación electrónica requiere una mayor preparación por parte de los sujetos que intervienen en la misma. En este sentido, se hace indispensable que la persona con discapacidad intelectual esté asistida por el facilitador. Además, existen otros inconvenientes, como las interrupciones que se pueden originar por problemas técnicos y que ocasionan retrasos, y el riesgo de que las partes no mantengan la atención plena por el hecho de no estar cara a cara (2021, p. 126).

Siguiendo a Bueno de Mata, en la actualidad, dos son los procedimientos que se utilizan mayoritariamente para la mediación electrónica. Por un lado, la modalidad “sucesiva-sincrónica”, consistente en el envío telemático de correos electrónicos entre las partes y el mediador; y, por otro lado, la implementación de “salas virtuales” o videoconferencias (modalidad “simultánea-sincrónica”), en las que pueden estar presente una persona mediadora a través de internet “o incluso sin la existencia de un mediador humano” (2015).

### **Reflexión final**

La mediación es un método adecuado para la resolución de controversias que se constituye como una de las posibilidades de acceso efectivo a la justicia de las personas con discapacidad intelectual. Estas personas pueden encontrar en la mediación, además, un procedimiento para reforzar su autonomía.

Ahora bien, en la mediación –ya sea a través del procedimiento tradicional o de forma electrónica– el mediador debe verificar la capacidad de la persona con discapacidad intelectual para someterse a la misma. No obstante, entendemos que, en muchos casos, la falta de formación del mediador –especialmente en los mediadores juristas– puede tener como consecuencia la adopción de una decisión injusta. En esos supuestos, proponemos que se realice un peritaje externo y vinculante que dictamine la capacidad o incapacidad de las partes para someterse a la mediación.

Por otro lado, esa falta de formación de los mediadores, puede tener como consecuencia la impericia para adecuar el procedimiento y, especialmente, el lenguaje y el léxico, a las necesidades de las personas con discapacidad intelectual que se someten a la mediación. A este respecto, abogamos por la participación en la mediación del facilitador, en línea con lo que ya ocurre en los supuestos en los que una persona con discapacidad intelectual es víctima de un delito, especialmente, en la mediación electrónica.

### **Bibliografía**

ÁLVAREZ RAMÍREZ, G., 2013. *Discapacidad y sistemas alternativos de resolución de conflictos: Un cauce adicional de acceso a la justicia y una oportunidad para la inclusión*. Madrid: Cinca. ISBN 978-84-1530-558-3.

BUENO DE MATA, F., 2015. Mediación electrónica e inteligencia artificial. *Actualidad Civil*, n.º 1. ISSN 0213-7100.

- CARTAGENA, I., 2017. Facilitador: garantizando el acceso a la justicia de personas con discapacidad intelectual. En: E. ARIAS, T. CORRÁS, B. G. AMADO y R. GALLEGU (eds.), *X Congreso (inter) nacional de psicología jurídica y forense: Libro de Actas*. Sevilla: Dirección General de Violencia de Género. Consejería de Igualdad y Políticas Sociales. Junta de Andalucía, pp. 243–245. ISBN 9788484083252.
- CENDRA LÓPEZ, J., 2018. La figura del facilitador como apoyo a las víctimas con discapacidad intelectual en su paso por el proceso penal. En: A. L. MARTÍNEZ PUJALTE (dir.) y L. HEREDIA SÁNCHEZ (coord.), *Nuevos horizontes en el derecho de la discapacidad: hacia un derecho inclusivo*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 347–352. ISBN 978-84-9177-986-5.
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., 2020. Libertad, seguridad y acceso a la Justicia de las personas con discapacidad. Protección contra la tortura, maltrato, explotación, violencia, abuso y situaciones de riesgo. En: J. L. MONEREO PÉREZ, M. N. MORENO VIDA, A. MÁRQUEZ PRIETO, F. VILA TIERNO y J. A. MALDONADO MOLINA (dirs.) y B. del M. LÓPEZ INSUA y J. L. RUIZ SANTAMARÍA (coords.). Murcia: Ediciones Laborum, pp. 272–301. ISBN 978-84-1778-950-3.
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., 2021. Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Práctica de Tribunales: Revista de derecho procesal civil y mercantil*, n.º 151. ISSN 1697-7068.
- DÍAZ BAÑOS, M., 2021. Cuestiones prácticas de la mediación en remoto. En: A. FERNÁNDEZ PÉREZ (dir.), *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del siglo XX*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 119–136. ISBN 978-84-1391-003-1.
- GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M. y CALAZA LÓPEZ, S., 2020. *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 978-84-1355-799-1.
- MARTÍN DIZ, F., 2021. La mediación con personas con discapacidad como forma de solución de conflictos privados. En: A. ÁLVAREZ ALARCÓN (dir.), *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 471–484. ISBN 978-84-1397-263-3.
- MOLINA CABALLERO, M.J., 2021. *Mediación: abordaje sociojurídico de conflictos*. Madrid: Síntesis. ISBN 978-84-1357-129-4.
- ONU, 2020. *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad*. Ginebra.
- ROBLES GARZÓN, J. A. (dir.-coord. ), 2017. *Conceptos de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Tecnos. ISBN 978-84-3097-158-9.
- SANMIGUEL ABEL, I., 2013. La mediación con personas con discapacidad intelectual. En: R. CASTILLEJO MANZANARES (dir.) y C. TORRADO TARRÍO (coord.), *La mediación: Nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*. Las Rozas: La Ley, pp. 689–721. ISBN 978-84-9020-190-9.

SOLETO MUÑOZ, H., 2017. La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles.  
En: A. I. BLANCO GARCÍA (ed.), *Tratado de mediación. Tomo I. Mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 19–47. ISBN 978-84-9143-784-0.