

drets

revista valenciana de reformas democràtiques

número 3 - diciembre 2018

MEDIACIÓN



GENERALITAT
VALENCIANA

TOTS
A UNA
veu

PRESENTACIÓN

Este tercer número de *Drets. Revista Valenciana de Reformes Democràtiques*, en formato electrónico, prácticamente está dedicado de forma monográfica a la mediación, uno de los denominados métodos alternativos de resolución de conflictos que en mayor medida se ha venido desarrollando en los últimos tiempos, y al que las instituciones europeas han invocado como una efectiva vía de acceso a la justicia, en el marco europeo de libertad, seguridad y justicia.

Este mismo año el pleno de les Corts Valencianes el día 21 de noviembre ha aprobado por unanimidad la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana. La ley se publicó en el DOGV núm. 8439, de 7 de diciembre, y entró en vigor el 7 de marzo de 2019.

La norma pretende “implantar, desarrollar e impulsar un marco jurídico en el que incardinar los procedimientos de mediación, presentes y los que puedan establecerse en el futuro, intrajudiciales y extrajudiciales, que se desarrollen en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana, en los términos y condiciones reguladas en la presente ley. Asimismo pretende garantizar la profesionalidad de la mediación a través de la formación y de la especialización de las personas mediadoras.”

La redacción del anteproyecto de la ley aprobada fue objeto de una amplia participación. Se organizaron jornadas y debates sobre su contenido en distintas ciudades, que contaron con una gran difusión en los que participaron multitud de profesionales del sector y de la ciudadanía.

Como se dice en el preámbulo: “El derecho de acceso a la justicia es un derecho fundamental e indispensable para la garantía y protección de los demás derechos, ya sea a través de procesos jurisdiccionales, de todos aquellos procedimientos orientados a tratar o prevenir conflictos o de la labor de órganos no jurisdiccionales, como, entre otros, las instituciones nacionales de derechos humanos, los organismos de igualdad y los defensores del pueblo. Existen muchos conflictos que no llegan a los tribunales y se resuelven por otras vías. Así, por ejemplo, todas las que se pueden encontrar dentro de los denominados métodos alternativos de solución de conflictos (MASC), resolución alternativa de litigios (RAL) o métodos alternativos de resolución de conflictos (MARC o ADR, por su acrónimo en inglés), que incluyen vías alternativas como la mediación, la negociación, la conciliación, el derecho colaborativo y el arbitraje. Estos métodos contribuyen al fomento de la cultura de la paz, del

diálogo, de la participación, de la convivencia, de la justicia reparadora, de la escucha y del reconocimiento del otro, así como la regeneración de los lazos sociales. Además, la promoción de este tipo de mecanismos alternativos o complementarios repercute en la reducción del alto nivel de litigiosidad y sobrecarga de asuntos judiciales, contribuyendo así a mejorar la efectividad de la administración de justicia.”

Por todo ello, se dedica el primer bloque de la Revista Drets al Monográfico: mediación. Una sección conformada por siete artículos que profundizan en algunos temas que, o bien siguen en debate académico, histórico o jurídico sobre la materia, o bien, nos describen experiencias y casos reales en los que se ha utilizado este método de resolución de conflictos.

El segundo bloque lo componen dos artículos en los que se nos presentan trabajos relacionados con la memoria histórica y democrática, materia cuya competencia también tiene atribuida la Conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas y resulta fundamental para preservar la justicia, la verdad, la reconciliación y la convivencia.

Con la finalidad de garantizar su calidad científica, los artículos han sido sometidos, previamente a su publicación, a una revisión por pares, anónima tanto para los autores y las autoras, como para las personas revisoras. Asimismo, dado que la revista se publica en castellano y valenciano, los artículos, además de publicarse en la lengua original en la que se había escrito, se ha procedido a su traducción a la otra lengua oficial de la Comunitat Valenciana.

Además, como novedad de esta edición, hemos querido incluir un tercer bloque denominado “Notas”. En este caso también dedicado a la mediación, pero que no se podría encuadrar en las secciones anteriores por su extensión u otras características, pero que al tratarse de artículos de gran interés científico, académico o tratamiento de la materia hacían imprescindible su publicación.

Para terminar, me gustaría trasladar mi agradecimiento a los autores y autoras que han participado en esta edición, a las personas revisoras que han evaluado los trabajos presentados, al equipo de traducción y maquetación del Servicio de Publicaciones de la Generalitat, así como a todas aquellas personas que han colaborado en la elaboración de este número.

Valencia, junio 2019

JOSÉ GARCÍA AÑÓN

*Director General de Reformas
Democráticas y Acceso a la Justicia*

ÍNDICE

Presentación	1
--------------------	---

I. MONOGRÁFICO: MEDIACIÓN

1. La figura del mediador como catalizador para alcanzar una sociedad adulta y responsable. <i>Victorina Bastante Soler</i>	5
2. ¿Qué puede aportar la mediación penal ante la expulsión de ciudadanos extranjeros? <i>María Angeles Casabó Ortí</i>	23
3. Cómo encajar la mediación y la tutela judicial efectiva. <i>Óscar Daniel Franco Conforti y Virginia Madrid del Toro</i>	41
4. La mediación de conflictos sociales surgidos al aplicar la Ley de la Memoria Histórica. <i>María Isabel Leal Ruiz</i>	69
5. La mediación está ligada indisolublemente a la ética. <i>María Isabel Leal Ruiz</i>	85
6. La mediación penal en el sistema de justicia juvenil español. <i>Juan José Periago Morant</i>	105
7. El veto a la mediación penal en los delitos de violencia de género. <i>Valeriano Pitarch Artola</i>	127

II. ARTÍCULOS

1. El Internado Escuela Durruti: futuro alumnado del Instituto Obrero de Valencia. <i>Víctor Benavides Escrivà</i>	145
2. Creación de un producto turístico del patrimonio bélico de la Guerra Civil española en la Comunitat Valenciana en la línea XYZ (Batalla de Levante). <i>Eugeni-Josep De Manuel Rozalén</i>	159

III. NOTAS

1. El control de legalidad por los notarios, del acuerdo mediado, conforme a los arts. 25-2 de la Ley 5/2012 de 6 de julio y 39 de la Ley 2472018 de 5 de diciembre de Mediación de la Comunidad Valenciana. <i>Salvador Alborch Dominguez</i>	195
2. La mediación penal. Justicia restaurativa y política criminal. <i>Fernando Carceller Fabregat</i>	201
3. Tramitación del proceso civil tras el acuerdo de mediación. <i>José Manuel Marco Cos</i>	217

LA MEDIACIÓN CÓMO CATALIZADOR PARA ALCANZAR UNA SOCIEDAD ADULTA Y RESPONSABLE

Victorina Bastante Soler

RESUMEN: el presente artículo pretende reflexionar sobre las aptitudes y actitudes comunicativas que el mediador/mediadora debe imprimir en el proceso de mediación para aportar nuevas estrategias de comunicación entre las partes mediadas. Estudiaremos el conflicto como parte inherente a las diferencias entre los seres humanos, al mismo tiempo que elemento positivo y necesario para su evolución. Defenderemos la multidisciplinariedad en el ámbito de la mediación. Presentaremos la mediación como un proceso de aprendizaje en el que se elimina la sensación de ganadores y perdedores. Se introducirá técnicas de PNL para la formulación de preguntas elicitivas y desarrollo de la escucha activa.

PALABRAS CLAVE: mediador, comunicación, responsabilidad, resolución de conflictos, multidisciplinariedad, PNL, inteligencia emocional.

ABSTRACT: This article aims to reflect on the communication skills and attitude the mediator has to implement in the mediation process to facilitate new communication strategies among the individuals being mediated. Conflicts will be hereby analyzed as an inherent part of human beings' disagreements, as well as both a positive and necessary element of human evolution. Additionally, the multidisciplinary character of the scope of mediation will be defended. Mediation will be presented as a learning process in which the sensation of winning and losing fades away. NLP techniques will be thus introduced so as to illative questions and develop active listening skills.

KEYWORDS: Mediator, communication, responsibility, conflict, resolution, multidisciplinary, NLP, Emotional Intelligence.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Historia de la Mediación.- 3. Definición de conflicto.- 4. La figura del mediador/mediadora.- 5. Conclusión.

Monográfico: Mediación

1. Introducción

La mediación ya es una realidad en Europa y, aunque en España se ha resistido, nuestro Sistema Judicial ya la tiene reconocida como una ADR¹ que no pretende sustituir ni reemplazar la justicia representativa,² sino que busca mejorar y enriquecer la democracia en sí, cómo indica Ramírez Nárdiz, A, la mediación tiene la función respecto de la justicia de «complementarla, mejorarla y acercarla a los ciudadanos. No busca su eliminación, sino, muy al contrario, su profundización mediante la incorporación de instrumentos participativos que la hagan más atractiva al ciudadano».³ Su característica principal es que devuelve a la ciudadanía el papel de protagonista en la resolución del conflicto. Las partes en el litigio adoptan un papel proactivo y responsable ante la situación en la que se encuentran, para de una forma creativa y auténtica lograr un acuerdo válido para ambas partes, o al menos, que restablezca la comunicación rota entre ellos.

La mediación es una forma alternativa a la resolución de conflictos, como puede ser la judicial, el arbitraje o la conciliación, entre dos o más partes, tratándose de personas físicas o jurídicas, con la diferencia que siempre se tratará de un procedimiento extrajudicial.

A lo largo del territorio Español encontramos numerosas asociaciones de mediación como son IVMED,⁴ FEPAMED C.V.,⁵ ASEMED,⁶ CEMICAV,⁷ ACDMA⁸, AMEDI,⁹ entre otras. Si bien sus objetivos son los mismos, es en su naturaleza asociativa donde encontramos perfiles que van desde asociaciones donde los profesionales se agrupan a la usanza de antiguos gremios, hasta asociaciones donde lo que prima es una perspectiva *multidisciplinar*. Este último tipo de asociaciones se compone de mediadoras y mediadores que cuentan con diferentes formaciones de base como puede ser: derecho, criminología, economía, comunicación, informática, psicología, magisterio, medicina..., cosa que enriquece la profesionalidad del equipo ofreciendo una perspectiva privilegiada.

Este aspecto de la multidisciplinariedad lo iremos desarrollando y argumentando a lo largo del artículo con el fin de apreciar que la profesión de base no está reñida con un buen desempeño en la profesión de la mediación.

1 ADR es el acrónimo inglés de Alternative Dispute Resolution. Hace referencia a los **sistemas o métodos alternativos de solución de conflictos** («MASC» en español) tales como el **arbitraje** (*arbitration*), la **mediación** (*mediation*), la conciliación (*conciliation*), etc.

2 Justicia que se ejerce a través de representantes surgidos de elecciones libres y periódicas. Aquella que para resolver una disputa parte de una decisión final tomada por un tercero de referencia autoritaria y coactiva que es lo que representa en definitiva la sentencia judicial o el laudo arbitral. Real Academia de la Lengua.

3 RAMÍREZ NÁRDIZ, A., «La democracia participativa como elemento del modelo...», cit. También en este sentido, CHAVES GIRALDO, P., «Democracia participativa...», cit. pp. 213-217; y CASTEL GAYÁN, S., «Descentralización política, participación ciudadana...», cit., pp.279-316.

4 In Valencia Mediación www.ivmed.es

5 Federación para la Mediación de la Comunidad Valenciana www.fapromed.es

6 Asociación Española de Mediación www.asedmed.org

7 Centro de Mediación del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia www.mediacion.icav.es

8 Associació de Professionals de la Mediació de Conflictes de Catalunya.

9 Asociación Andaluza de Mediación www.mediacionamed.com

2. Historia de la Mediación

Pareciera ser que esta forma de resolver conflictos, nos referimos a la mediación, así como la profesión que conlleva, es un invento novedoso, algo que rompe con lo que ya había, algunos incluso se atreven a decir que se trata de una moda espetando al mismo tiempo que “son tonterías”, siguen creyendo que es necesario acudir a los Tribunales de Justicia para solventar una disputa, pero se olvidan que la vida es un continuo, lo que parece que es el final de algo se convierte en el principio de ese algo evolucionado. Es por ello que es conveniente dar un paseo por la historia para encontrar precedentes históricos en la figura del mediador.

En el 2000 a.C ya existía el Código de Hammurabi,¹⁰ que es donde diversos autores señalan que se encuentra los inicios de la figura de mediador. Más tarde, en el 530, D.C nos encontramos con Digesto de Justiniano¹¹ y en España aparece en el SIV d.C con la figura del Defensor Civitatis.¹²

Como referentes mediadores encontramos en la Edad Media a Mahoma,¹³ en la Edad Moderna a Fernando de Habsburgo¹⁴ y ya es en la Edad Contemporánea, en el siglo XX, cuando la mediación así como la figura del mediador empieza a profesionalizarse e institucionalizarse. En la Convención de la Haya del 18 de octubre de 1970 se cita la solución de controversias internacionales, se inicia el reconocimiento del arbitraje y de la mediación jurídica como medios no jurisdiccionales de resolución de conflictos. Y en EEUU encontramos en 1947 el Federal Mediation and Conciliation Service, el cual puede ser considerado como el primer servicio de mediación a nivel mundial para la resolución de conflictos.

Por lo anteriormente citado podemos llegar a la conclusión que la figura del mediador debe su aparición a la realidad humana, donde el conflicto siempre ha estado, está y estará presente, puesto que la vida consiste en sortear cuestiones controvertidas. En una sociedad se producen muchas situaciones que se alimentan del miedo, la inseguridad, la envidia, el odio y la codicia, realidad que apoya en la escisión dualista fundamental entre el yo y el otro.

A lo largo de la historia, las personas encargadas de gestionar y facilitar el entendimiento y comunicación entre dos partes han ido adoptando diferente nomenclatura a la vez que ha ido variando la forma de desarrollar su función para el acercamiento de las partes. La característica común que podemos encontrar en cada una de estas figuras, independientemente de la cronología, es que se trata de personas que gozaban de una buena reputación y que se las consideraba dignas de confianza, a la vez que eran personas *excelentes en la oratoria y la*

10 El Código de Hammurabi es uno de los conjuntos de leyes más antiguos que se han encontrado y uno de los ejemplares mejor conservados de este tipo de documentos creados en la antigua Mesopotamia. El mediador ejercía como un intérprete entre las partes que querían hacer un negocio.

11 Emperador del Imperio romano de oriente, asociado al trono por su tío Justino I en el año 427- Casado con Teodora, la cual influyó de manera decisiva en el emperador, que contó con la ayuda de dos generales importantes Belisario y Narsés. El mediador podía actuar en contratos mercantil, civil y asuntos familiares siempre que no fuese de forma fraudulenta y que fuese imparcial.

12 Un funcionario para proteger a los sectores de la población en condiciones económicas, jurídicas y sociales desfavorables frente al poder de los poderosos. Lo podemos considerar como proto-mediador o arbitro.

13 Fundador del Islam, tal y como lo conocemos hoy en día, tuvo que huir de La Meca a Yatrib donde litigó y solucionó un conflicto entre tribus rivales de la ciudad.

14 Hermano del emperador Carlos V o I, actuó como mediador en uno de los conflictos internacionales más potentes en esta época, la Reforma Protestante. Fernando consiguió mediar entre católicos y protestantes y firmar la Paz de Augsburgo, en 1555, evitando así la búsqueda a la solución del problema por la vía armada.

Monográfico: Mediación

comunicación, tanto interpersonal¹⁵ como intrapersonal¹⁶. En el primer tipo de comunicación, la interpersonal, es necesario desarrollar la escucha activa y aplicar gran dosis de empatía¹⁷ en la gestión de las relaciones para lograr el entendimiento entre las partes. El segundo tipo de comunicación, la intrapersonal, es aquella que se centra en el diálogo interno, aspecto importante para un mediador/mediadora por dos razones: la primera porque le permitirá reconocer su propio diálogo interno para poder detectar sus propias emociones, juicios, prejuicios y creencias con el fin de mantenerse imparcial en el proceso. Y la segunda razón es que le permitirá percibir y gestionar las emociones y motivaciones de las personas en el conflicto de una forma más constructiva.

3. Definición de conflicto

En las últimas décadas se ha escrito múltiples definiciones de conflicto, que han sido desarrolladas desde numerosas disciplinas y ciencias. La mayoría de esas definiciones nos sitúan ante una *idea negativa de la disputa*, una situación que es mejor evitar o resolver rápidamente si queremos tener una vida tranquila y sin problemas. Las definiciones clásicas de conflicto que encontramos en el *Diccionario de la Real Academia Española*¹⁸ ya son una buena muestra de ello.

Como José Barrientos Rastrojo puntualiza, la definición más sencilla y omniabarcativa de conflicto es la propuesta en 1994 por Rubin, Pruitt y Kim que dice que: “Conflicto es la divergencia percibida de intereses, o una creencia de que las aspiraciones actuales de las partes no pueden ser alcanzadas simultáneamente”¹⁹. En la propia definición ya podemos detectar que el uso de la palabra “divergencia” ya implica que existen dos o más posiciones que luchan por vencer; por tanto, la situación ya está marcada por la competitividad desde el principio, nos hace situarnos en relación ganar-perder, es decir, la ganancia particular implica la pérdida del otro y viceversa.

En la mediación, en contra de lo anteriormente dicho, se defiende que todo conflicto es una oportunidad para generar crecimiento, soluciones y mejoras. Siguiendo esta óptica José Ortega

15 Se refiere a la comunicación que se da entre dos o más personas donde es necesario desarrollar la capacidad de percibir en los demás diferencias de estados de ánimo, sus motivaciones, sus intenciones y su temperamento, para poder reconocer y entender su mensaje y comportamiento.

16 La comunicación intrapersonal es la que se da internamente con uno mismo, es lo que nos decimos y como nos lo decimos. Permite comprenderse a sí mismo, conocerse mejor y actuar conforme a dicho conocimiento para desenvolverse de una manera eficiente por la vida.

17 Empatía, RAE

A partir del gr. *ἐμπάθεια*, *empátheia*.

1. f. Sentimiento de identificación con algo o alguien.
2. f. Capacidad de identificarse con alguien y compartir sus sentimientos.

18 Conflicto.

(Del lat. *conflictus*).

1. m. Combate, lucha, pelea. U.t en sent.fig.
2. m. Enfrentamiento armado.
3. m. Apuro, situación desgraciada y de difícil salida.
4. m. Problema, cuestión, materia de discusión.
5. m. Psicol. Coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de general angustia y trastornos neuróticos.
6. m. desus. Momento en que la batalla es más dura y violenta.

19 JOSÉ BARRIENTOS RASTROJO. P. 29

Monográfico: Mediación

y Gasset y Mario Bunge ya defendían que el problema y el conflicto movilizan a la persona a su resolución, es decir, dan que pensar; asimismo, sacan al individuo del inmovilismo, impulsan su progresión y fortalecen sus capacidades de afrontamiento ante las dificultades.

Como personas que somos, sabemos que la realidad es que cuando estamos en un conflicto, nos encontramos con dos puntos de vista opuestos, ante el que cualquiera de nosotros no prestaría atención, se aseguraría que no escucha a la otra persona pensando cómo defender, una y otra vez, sus juicios, sus valores y su punto de vista. Escuchar resultaría muy peligroso, podríamos cambiar de opinión y estar equivocados, eso significaría que la otra persona gana y nosotros perdemos. Perder es algo que tenemos interiorizado como negativo, muy negativo, una creencia, reforzada por la cultura de sociedad global y competitiva en la que vivimos, que cada vez penaliza más el hecho de no “tener razón” o de no “haber ganado”, eliminando así la ganancia positiva del aprendizaje. Además, lo hace de forma rastrera, ya que focaliza la negatividad/pérdida sobre la persona y no sobre la situación. Esto se refleja en disputas donde una vez llegada a la conclusión que se “ha perdido” ya no se buscan soluciones para mejorar la situación, ni se extrae algún aprendizaje para que sirva en un futuro, sino que la persona pone todo el empeño en salvaguardar su persona, en este momento sólo queda el ataque y la defensa, el conflicto material se enriquece añadiendo una controversia emocional.

Las partes en la discordia están atrapadas en un fuerte sentimiento de injusticia que se ha cometido hacia ellos mismos, y esa situación, por supuesto, la ha causado la conducta irrazonable de la otra persona. Aquí surge otra consecuencia de la dualidad de ganar-perder. Aparece el sentimiento²⁰ de víctima, un sentimiento que arrebatara el protagonismo en la situación, deja desvalida a la persona y despierta la necesidad de defenderse, haciendo que emerjan emociones de tristeza, ira o rabia, emociones que bloquean la creatividad para encontrar y utilizar recursos que solucionen o desbloqueen la situación.

4. La figura del mediador/mediadora

La mediadora, o mediador, es un profesional que ejerce un papel activo dentro de la resolución de un conflicto, aunque cede el protagonismo a las partes litigantes manteniendo una postura neutral.

Metafóricamente, podríamos decir que un mediador, o mediadora, es un arquitecto de puentes de comunicación en las relaciones humanas. Es un profesional que observa la naturaleza del sistema, sin influir en él, observa las características de los agentes implicados por separado, sin juzgarlos, observa cómo interactúan entre ellos e investiga los patrones de comunicación que mantienen entre sí, para poder crear un puente de diálogo constructivo entre ambos, un puente que una la separación que en ese momento existe entre ellos, caracterizado por ser un terreno muy erosionado, por donde se pierde información, se distorsionan los mensajes y cada individuo está tan ofuscado en dar prioridad a su parte que se olvida que un puente tiene dos entradas y dos salidas, y ambas son necesarias para que sea transitable. Un buen arquitecto/arquitecta es aquel, o aquella, que se apoya y potencia las características y cualidades del

20 Entendiendo sentimiento como el significado conceptual que la persona otorga a la emoción que siente desde los pensamientos que le surgen de una situación dada.

Monográfico: Mediación

terreno para facilitar su acceso y comunicación, al mismo tiempo que respeta la naturaleza intrínseca que hay en él. Solo así, este puente será útil, ecológico, admirado y respetado en el tiempo por los usuarios, permanecerá listo para ser transitado en su adecuado momento, para así solventar la necesidad que llevo a las partes a iniciar el proceso.

Puesto que estamos ante una disciplina joven en cuanto a su legislación y su desarrollo profesional reglado, nos encontramos con varios dilemas activos donde espero que este artículo ayude a poner luz, y/o al menos aporte otra perspectiva para poder defender la multidisciplinariedad e interdisciplinariedad que se le reclama a la profesión.

Actualmente nos encontramos ante controversias tales como: ¿Ha de saber el mediador de leyes? ¿Es necesaria una especialización para la solución de un conflicto determinado? ¿Puede solaparse la figura de un mediador y de un abogado? ¿Un mediador ha de ser psicólogo? Si la ley defiende la multidisciplinariedad e interdisciplinariedad en los profesionales de la mediación, ¿Porqué hay tantas barreras de entrada para que esto se produzca en las instituciones democráticas y civiles?

Es bien conocido que, como todo en esta vida, el saber no ocupa lugar y siempre podemos hacer uso de un conocimiento que tenemos. En el contenido de las formaciones acreditadas por el Ministerio de Justicia se imparten aspectos jurídicos y económicos al mismo tiempo que resalta la importancia de la detección de los casos que son mediables y los que no lo son acorde con la Ley, teniendo siempre en cuenta que la función del mediador y/o de la mediadora, es mediar y no juzgar acorde a ningún marco jurídico.

La mediación es un procedimiento que cree, confía y defiende que el cliente es quien sabe lo que le afecta, hacia donde quiere dirigirse, cuáles son sus problemas fundamentales y cuales sus experiencias. Un mediador puede ser una persona con mucha experiencia en solucionar conflictos, pero a menos que quiera demostrar su propia inteligencia y sus conocimientos, lo mejor es confiar en la dirección que el cliente mismo imprime al proceso. Esta forma de trabajar es para muchos profesionales una grave amenaza de sus principios más preciados e incuestionables.

Como se ha dicho anteriormente, el conocimiento y experiencia sobre litigios puede ayudar en la solución de estos, aunque al mismo tiempo otorga más responsabilidad ya que tendrá que hacer un esfuerzo extra para asegurarse que sus creencias y prejuicios, procedentes de sus experiencias personales y profesionales (integrados en su persona como realidades incuestionables) no impiden que realice su función cómo facilitador neutral en la búsqueda de soluciones en la disputa.

Como indica Willian Ury,²¹ negociador de conflictos internacionalmente conocido, un mediador es el tercer actor con un rol activo en la mediación, es alguien que aborda el conflicto pero sin tomar parte en él. Es la figura neutral en el conflicto, el mediador es de gran ayuda si es capaz de hacer a un lado sus propios sentimientos y evaluaciones, escuchar de manera comprensiva a cada persona y esclarecer los puntos de vista que cada uno defiende.

El mediador es un profesional de la comunicación intrapersonal e interpersonal, cuya tarea

21 William Ury fue cofundador y director asociado del Harvard Negotiation Project. Durante más de tres décadas ha ejercido de asesor y mediador en conflictos bélicos, políticos y empresariales en Oriente Medio, los Balcanes, la Unión Soviética y Venezuela. Ha sido asesor de la Casa Blanca, imparte conferencias en todo el mundo y colabora en The New York Times, el Financial Times y la BBC, entre otros.

Monográfico: Mediación

consiste en manejar fracasos de comunicación. En un conflicto, cada parte experimenta dificultades en dos planos: el primero, muestra la rotura de comunicación en su interior, lo que llamaremos conflicto intrapersonal, y el segundo, como resultado del primero, refleja una alteración de la comunicación con los demás, conflicto interpersonal, es aquí cuando aparecen las incongruencias que el mediador ha de detectar y devolver al sistema, de forma que sea de ayuda para el proceso. Existen herramientas que nos aporta la Programación Neurolingüística²² que nutren el desarrollo del facilitador en el conflicto. Estas herramientas o técnicas orientan y habilitan al mediador/mediadora en la formulación de preguntas elitivas consiguiendo crear un modelo de comunicación constructivo, aportando fluidez entre el diálogo de los protagonistas de la mediación, las partes mediadas.²³ Este tipo de pregunta, la elitiva, es como Sergi Farré Salva indica, una pregunta abierta, que da libertad de respuesta a sus receptores, inspirándoles a menudo a reflexionar sobre aspectos importantes de la situación conflictual, asumiendo y compartiendo la responsabilidad acerca de la relación o del conflicto con la persona cuestionada.²⁴

Centrándonos en la comunicación intra-personal encontramos dos tipos de incongruencias que dificultan la solución de la controversia, manteniendo a los individuos en una situación estática, de la que es imposible extraer nuevas ideas para modificar la situación. El primer tipo de incongruencia, que llamaremos X, es la que se da entre la experiencia de la situación que tiene la persona y la conciencia que realmente tiene de la situación dada. Este tipo de incongruencias viene dado porque el significado que la persona da a su experiencia no coincide con la experiencia objetiva.²⁵ El segundo tipo de incongruencias, que llamaremos Y, es cuando el conocimiento o conciencia de la experiencia que tiene la persona de la situación vivida, no coincide con el mensaje que se da ella misma (diálogo interno) y/o a los demás.²⁶

Cuando el mediador/mediadora ha de hacer frente a problemas de comunicación intrapersonal, es de suma importancia para que sea de ayuda en el proceso que se haga por separado en una sesión caucus²⁷. En esta sesión el mediador podrá facilitar y propiciar al individuo a que narre el problema desde una situación de seguridad y confianza para facilitar que la persona sea consciente del significado que da a la situación. Para ello se profundizará en varios niveles: emocional, conceptual y resolutivo.

En una discordia encontramos ambos tipos de incongruencias, intra e interpersonal, donde lo importante es la habilidad del mediador para hacerlas visibles a los mediados y que estos la trasciendan y la transformen en aprendizaje para que les ayude en el proceso de encontrar y aportar creativamente una mejora a la situación.

22 Disciplina que dispone de herramientas y técnicas propias y de otras disciplinas para construir un modelo de comunicación fluido y constructivo tanto a nivel intrapersonal como interpersonal.

23 Personas en conflicto que se acogen a un proceso de mediación para resolver la situación.

24 FARRÉ SALVA, S.: *Gestión de conflictos...* Pág. 58.

25 Ejemplo: María se cruza con Antonia y no le saluda porque está pensando en lo que le ha dicho su hijo y no la ve. Antonia piensa que María es una maleducada porque no le ha saludado.

26 Juan queda a tomar café con Aurora y se pasa toda la tarde mirando su reloj. Al despedirse le dice a Aurora que ha disfrutado mucho de su compañía. Aurora ha percibido incongruencia entre el mensaje verbal y el mensaje no verbal de Juan, ya que en este último Aurora ha entendido que Juan estaba deseoso de terminar el café para marcharse.

27 El caucus es una técnica que se utiliza en momentos específicos en el proceso de mediación que consiste en una reunión individual con los mediados bajo total confidencialidad.

Monográfico: Mediación

Una relación minada por este tipo de incongruencias, retroalimenta la situación, dando más estabilidad al posicionamiento dualista de las partes. Esto es debido a que quedan anclados comportamientos y sentimientos en los individuos, que consiguen establecer un patrón ineficaz de comunicación. Habitualmente, las partes interesadas en empezar una mediación tienen como objetivo dilucidar una situación específica, que con ayuda del mediador/mediadora descubrirán que esta controversia, realmente, es el resultado de un conjunto de situaciones que se han producido en la relación, donde el patrón de comunicación que se ha mantenido a lo largo del tiempo estaba contaminado, propiciando malos entendidos, una relación tensa y como colofón la situación que les empujó a iniciar el proceso de mediación.

4.1 Función de la figura mediadora en un conflicto.

Un mediador/mediadora hace de animador de la discusión facilitando la definición de los puntos a tratar, para acotar objetivamente la disputa a tratar y gestionar óptimamente los recursos de energía emocional que se depositan en el proceso. El mediador/mediadora es como un moderador, es quien cede el uso de palabra para velar por un ambiente caracterizado por el respeto y la equidad entre los contrincantes. La mediadora, o el mediador, va presentando pequeños resúmenes de la discusión con el fin de reencuadrar la situación e ir avanzando en el entendimiento de las partes, pide aclaración si detecta alguna incongruencia, y si es necesario, que suele serlo demasiado frecuente, el mediador tiene la tarea de evitar enfrentamientos personales.

Un mediador, como indica Ramón Alzate,²⁸ tiene como función clarificar las percepciones que pudieran impedir el acuerdo, invertir comportamientos negativos o repetitivos que obstaculicen un diálogo auténtico y productivo, determinar y clasificar los datos que pueden ser necesarios para la resolución de la disputa, separar las posiciones de los intereses y desarrollar espacios de negociación, ayudar a que las partes desarrollen calendarios de negociación, atemperar las posiciones extremas que pueden conducir a las partes a un punto muerto, ayudar a que las partes desarrollen alternativas creativas, ayudar a que las partes formulen ofertas finales

Como se ha dicho anteriormente, uno de los mayores retos del profesional de la mediación es el de ayudar a perfilar, con la máxima exactitud, la controversia, y para ello es importante que facilite la comunicación entre las partes medidas para que sean conscientes y sepan diferenciar entre la actitud que mantienen en la situación, los intereses que les han llevado a la mediación y de las necesidades básicas que han de ser resarcidas en el proceso.

4.1.1 Apertura de punto de vista y transformación de la actitud

Es importante que las partes mediadas sean conscientes de la actitud que confieren en el proceso y que ha estado caracterizando su modelo de comunicación, desde incluso antes que surgiera la disputa. La mediación busca el retorno del control y protagonismo en el conflicto a las partes implicadas, y para esto es necesario que la persona se sienta en primer lugar responsable de su comportamiento, y que entienda que las relaciones sociales funcionan como un

28 Ramón ALZATE, Resolución del conflicto. Programa para Bachillerato y educación secundaria.

Monográfico: Mediación

sistema, un sistema donde las partes mostrarán resistencia al cambio porque implica que ellas también tendrán que cambiar. Todo sistema actúa como una fuerte red elástica: si se estira de una pieza hacia fuera se mantendrá en la nueva posición sólo mientras se ejerza presión sobre ella. Tan pronto como se deja de ejercer la presión, volverá, para nuestra sorpresa y enojo, al lugar donde estaba antes. Cuando la persona se da cuenta de que esa obstinación es parte del sistema, y no malicia aislada, la resistencia no solo resulta comprensible, sino inevitable²⁹.

La buena noticia es que los sistemas son entes vivos en continuo movimiento, donde el cambio es la normalidad aunque es de esperar que se produzcan resistencias para mantener una cierta estabilidad, no obstante, un cambio de comportamiento es suficiente para influir en el sistema, como cuando lanzamos una piedra a un lago.

La principal barrera que se opone a la comunicación interpersonal es la tendencia espontánea a juzgar, evaluar, aprobar o reprobar afirmaciones de la otra persona.

La actitud del mediador ha de ser la de querer comprender la situación, manteniendo la confianza en los mediados como personas adultas y responsables, esta es condición fundamental para el éxito de la resolución del conflicto. Un mediador ha de entrar con una sola duda al proceso ¿Cómo puedo crear una relación de confianza para que estas personas la puedan utilizar para su propio desarrollo?

Y es que cuando las personas que intervienen en una disputa advierten que se les escucha y se les comprende, que alguien capta su modo de ver la situación, las afirmaciones se vuelven menos exageradas y defensivas, ya que desaparece la necesidad de aferrarse a la idea de que “yo tengo toda la razón y tu estas completamente equivocado”. Además este procedimiento tiene una característica importante, y es que puede ser iniciado por una de las partes sin esperar que la otra esté dispuesta, e incluso podría ser iniciado por una tercera persona neutral, en este caso estaríamos hablando del mediador/mediadora, siempre que logre un mínimo de cooperación por una de las partes. Como mediadora o mediador, estaríamos insertando un nuevo modelo de comunicación en el sistema relacional de las partes mediadas que se vería reflejado, por ejemplo, en un cambio de actitud en la otra parte del litigio. El buen mediador/mediadora, ducho en calibrar³⁰ a las personas podrá optimizar y gestionar mejor las energías del proceso, ya que estará en mejor posición de detectar cual de las dos partes está más preparada para crear y o mejorar el puente de comunicación que necesitan para andar hacia la solución.

Si una parte mediada logra despojarse de sus defensas, ello induce a la otra a imitarle, así ambas se aproximan a la verdad y ambas podrán abordar la solución de una forma creativa e inteligente. Esto se encuadra dentro de una consecuencia que deriva de la conectividad de las piezas de un sistema.

29 JOSEPH O'CONNOR, IAN MCDERMOTT, *Introducción al Pensamiento Sistémico*, p.42

30 En Programación Neurolingüística (PNL) se entrena la calibración ya que entiende que es una capacidad de detección de cualquier cambio fisiológico que se produzca en la persona por mínimo que sea. Se utiliza para saber si existe congruencia en la comunicación verbal y no verbal, identificar cambios que se producen en la comunicación no verbal del cliente mientras se comunica sobre un tema específico, advierte el impacto que produce en las partes los mensajes emitidos y reconoce las señales clave que indican si se está aproximando o relajando el objetivo de la mediación.

4.1.2 Diferenciación entre intereses y necesidades.

Una vez el mediador/mediadora ha ayudado a la exposición de los puntos de vista de las partes y ha podido influir en su actitud para que estos creen un modelo de comunicación óptimo, llega el momento de facilitar la diferenciación entre los intereses y las necesidades de los mediados.

El interés se vincula con aquello que la persona desea conseguir y que se percibe como incompatible con la ganancia del otro sujeto, estamos ante el modelo cultural de ganar-perder. El interés suele coincidir con la demanda de las partes en el proceso de mediación, aunque si se desea resolver la controversia, habrá que localizar cual es la necesidad donde se apoya dicho interés ya que un problema no puede ser disuelto en el mismo nivel que se generó. El interés es como la punta de un iceberg, el mediador ha de enseñar y acompañar a los mediados cómo bucear entre prejuicios, valores y creencias para encontrar la necesidad que soporta dicho interés, su demanda.

Es importante encontrar dicha diferencia puesto que si las partes en el conflicto son conscientes y entienden la necesidad de la que subyace la petición de la otra parte, al mismo tiempo que descubren que dicha necesidad no es incompatible con su propio interés, posiblemente ambas partes, que se creían irreconciliables en un principio, puedan encontrar una solución válida para la controversia que les ha llevado al proceso, salvaguardando sus propias necesidades. Y es que a diferencia de los intereses, las necesidades no son negociables. Por ello, una auténtica resolución de conflictos aceptada por las partes exige que las necesidades se satisfagan completamente. Si no es así, el acuerdo será débil y la razón de su aceptación e impositiva.³¹ Puesto que estamos ante un procedimiento extrajudicial, es de suma importancia que la resolución emerja de un auténtico convencimiento y deseo de llevarla a cabo, y para ello es indispensable que las personas se sientan parte protagonista del acuerdo y éste haya surgido de ellas mismas para estar totalmente comprometidas.

4.1.3 Cómo realizar preguntas elitivas para detectar incongruencias desde la Programación Neuro-lingüística (PNL)

Hasta ahora nos hemos centrado en lo que un buen profesional de la mediación ha de conseguir para facilitar la búsqueda de una solución, o mejora de la relación, entre las personas que están ante una controversia. Esta forma de proceder no incumbe, o compete a una profesión más que a otra puesto que se centra en construir un modelo de comunicación constructivo, no en exhibir conocimientos, ni en aconsejar acorde a la experiencia del profesional que acompaña en el proceso de mediación. Es por esto que la Ley de Mediación, al regular el estatuto del mediador,³² exige estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica en mediación defendiendo la multidisciplinariedad.

En este apartado nos centraremos en cómo conseguirlo, porque aunque la Ley también recoge cómo ha de ser la actuación del mediador,³³ lo hace de una forma muy vaga, y las

31 JOSÉ BARRIENTOES RASTROJO. *Resolución de conflictos desde la filosofía aplicada y desde la mediación*. P.71.

32 Ley 5/2012, Artículo 11. Condiciones para ejercer de mediador.

33 Ley 5/2012, Artículo 13, Actuación del mediador.

Monográfico: Mediación

herramientas que se estudian en los cursos acreditados por el Gobierno, se obvia que las actitudes no se aprenden sino que se viven, y para esto el profesional ha de intégralas como una filosofía en su forma de ser y actuar. Muy difícil es que un mediador, o mediadora, sea neutral si no puede detectar qué emociones está sintiendo, ya que de no ser consciente, su sistema neurológico se pondrá a conectar creencias, valores y experiencias personales con pensamientos, cosa que le propiciará tener un juicio ante la situación, sea consciente o no, y consecutivamente esto ocasionará un flaco favor a la actitud neutral que ha de mantener en el proceso. La Ley dice que el mediador/mediadora ha de ser neutral, y para saber cómo conseguirlo, un profesional que persiga la excelencia en la mediación tendrá que adentrarse en el estudio de la *Inteligencia Emocional*,³⁴ que hace referencia a las competencias personales del autoconocimiento,³⁵ la autoestima³⁶ y la autorrealización,³⁷ porque para guiar a los clientes en la mejora de sus habilidades emocionales, el profesional

Un profesional de la mediación formado, sabe que hay ciertas características relacionadas con la comunicación que ha de desarrollar. Entre ellas está: La escucha activa, la calibración de las partes de la disputa,³⁸ la empatía, la generación de confianza, la flexibilidad,³⁹ la capacidad de guardar silencio, que estaría ligada a la escucha activa, y capacidad para hacer preguntas poderosas.

Será en esta última característica donde nos centraremos, puesto que en las preguntas es donde radica la diferencia en mediación entre un profesional mediocre⁴⁰ o un profesional excelente.⁴¹

Mediante las preguntas, el mediador/mediadora influencia, no por sus consejos sino por propiciar un modelo de comunicación constructivo, la detección de incongruencias y transgresiones del lenguaje, permitiendo a los mediados aproximarse cada vez más a la verdad objetiva implícita en la relación.

Es así como se restablece y se mejora la relación y comunicación interpersonal que facilitará el llegar a un acuerdo o al menos mejorará la situación.

34 La capacidad de reconocer, aceptar y canalizar nuestras emociones para dirigir nuestras conductas a objetivos deseados, lograrlo y compartirlo con los demás. D.Goleman 1995.

35 El autoconocimiento permite conocer mejor la naturaleza del ser, facilita el ser consciente de cómo se piensa, como se siente, cuáles son sus fortalezas y sus debilidades, que son el catalizador del comportamiento hacia las personas y con las situaciones.

36 La autoestima es el sentimiento favorable o negativo que tiene una persona de su autoconocimiento, podríamos definirlo como el conjunto de sentimientos, pensamientos y conductas que hacen que la persona se considere digna de ser valorado y querido por sí mismo sin depender para ello de la valoración y el cariño de los demás. OLGA CASTANYER. Hazte experto en inteligencia emocional. P.60

37 Es el desarrollo de la personalidad, que libera a la persona de los problemas deficitarios de la juventud y de los problemas de la infancia, de la fantasía, innecesarios o irreales de la vida, de modo que le permite enfrentarse, soportar y batallar con los problemas "reales"... la persona se auto acepta y auto comprende. El hombre autorealizado. Pag.153.Colección Psicología. Ed. Karirós 1972.

38 La calibración comprendería observar el lenguaje verbal y no verbal, el tono, las posturas, los gestos... todo ello con el fin de constatar la congruencia o incongruencia en la que está basado el modelo de comunicación de los mediados.

39 Tener la capacidad de acomodar percepciones, creencias, valores y comportamientos diferentes a las propias.

40 RAE mediocre. Del lat. *mediocris*.

1. adj. De calidad media.

2. adj. De poco mérito, tirando a malo.

41 RAE excelente. Del lat. *excellens*, *-entis*.

1. adj. Que sobresale por sus óptimas cualidades.

2. adj. Tratamiento de dignidad.

Monográfico: Mediación

Este tipo de pregunta es la *Pregunta Elitiva* que, como Sergi Farré Salva indica, es una pregunta abierta, que da libertad de respuesta a sus receptores, inspirándoles a menudo a reflexionar sobre aspectos importantes de la situación conflictual, asumiendo y compartiendo la responsabilidad acerca de la relación o del conflicto con la persona cuestionada.⁴²

La Programación Neuro-lingüística⁴³ nos ofrece un gran abanico de herramientas de comunicación para realizar preguntas elitivas, a la vez de herramientas para trabajar las competencias personales del autoconocimiento, la autoestima y la autorrealización que como hemos dicho anteriormente, son necesarias para gozar de una buena inteligencia emocional. La PNL⁴⁴ se encarga del estudio del funcionamiento conjunto de la mente, el pensamiento, las emociones y el cuerpo físico, es decir, la “experiencia subjetiva” de una determinada situación.

Entre las herramientas de PNL de las que se pueden nutrir mediadores y mediadoras, para realizar preguntas elitivas, se encuentra el Meta-modelo del lenguaje⁴⁵ que les ayudará a detectar las mencionadas incongruencias y transgresiones del lenguaje,⁴⁶ al mismo tiempo que les permitirá reencuadrar el significado conceptual del individuo para esclarecer los puntos de vista entre las partes mediadas.

El profesional de la mediación, que posea una buena oratoria y conocimientos de PNL, podrá detectar los patrones de pensamiento y conducta que se dan en el modelo de comunicación existente. Podrá detectar incongruencias inmersas en dicho modelo y neutralizarlas o elevarlas a aprendizaje, realizando preguntas adecuadas, de la forma adecuada en el momento adecuado.

En el diseño de una pregunta elitiva, es imprescindible ser consciente de la idoneidad de las palabras para que el mensaje llegue en el modo que el mediado necesita, con el fin de que su significado coincida exactamente con la pregunta que realiza el mediador/mediadora, sólo de esta forma puede emerger información que de un sentido constructivo al proceso.

La importancia de las palabras que se utiliza para formar una frase, radica en que estas hacen referencias a conceptos que se han creado a partir interpretaciones de experiencias, proceso subjetivo, y se han asumido como algo real, utilizamos el lenguaje para representar nuestra experiencia.

El Meta-modelo del Lenguaje de PNL, sostiene que el lenguaje es la representación de nuestro mapa del mundo (de nuestra experiencia), lo que hablamos y cómo hablamos es producto de nuestra cultura, formación y experiencias. Utilizar esta herramienta de comunicación ayuda al mediador/mediadora a comprender mejor lo que la gente dice y no dice, ayuda al

42 FARRÉ SALVA, S.: *Gestión de conflictos...* Pág.58.

43 Disciplina que dispone de herramientas y técnicas propias y de otras disciplinas para construir un modelo de comunicación fluido y constructivo tanto a nivel intra-personal como interpersonal.

44 Las siglas PNL hacen referencia a Programación Neurolingüística, designada como la disciplina que estudia la estructura de la experiencia subjetiva. En España contamos con la Asociación Nacional de Programación Neuro-lingüística (AEPNL), quien bajo su código deontológico vela por las buenas prácticas profesionales.

45 El meta-modelo del lenguaje en la PNL nace a partir de la observación y el modelado de dos terapeutas Fritz Perls (creador de la terapia Gestalt) y Virginia Satir (terapeuta familiar). Este estudio es llevado a cabo por los fundadores de la PNL, Grinder y Bandler. El meta-modelo del lenguaje consiste en una serie de operaciones lingüísticas que desafían las transgresiones e incongruencias en la comunicación, focalizando más sobre la forma que sobre el contenido del mensaje, ayuda a hacer consciente a la persona de la experiencia vivida mediante el lenguaje que utiliza.

46 Entre las transgresiones más utilizadas se encuentran la generalización, la omisión y la distorsión.

Monográfico: Mediación

facilitador/facilitadora a observar cómo se traducen los pensamientos en palabras y es una guía a la hora de realizar preguntas constructivas.

Cómo J. Donoso Cortés⁴⁷ decía, lo importante no es lo que se dice, sino averiguar qué es lo que se piensa. Y es trabajo del mediador facilitar que las partes se digan lo que piensan de forma responsable y constructiva.

La Programación Neuro-lingüística invita al mediador/mediadora, a no asumir la veracidad del mensaje, y una vez detectada alguna incongruencia, se la desafía desde la curiosidad que tiene un niño, sin introducir juicios ni creencias personales. Existe un gran número de transgresiones del lenguaje, aunque para no hacer muy extensa la explicación y poder dar una utilidad práctica a esta parte final del artículo, hemos creado un caso ficticio de mediación vecinal donde nos centraremos en tres tipos de transgresiones: *las generalizaciones, eliminaciones y distorsiones*.

La detección de éstas, en un proceso de mediación enriquecerá al proceso de aprendizajes, ideas creativas y con una comunicación mucho más abierta, fluida y constructiva que la que había en un principio entre las partes.

Tipo de mediación: Vecinal

Mediado que demanda la mediación: Mario

Mediado acusado de hacer ruido se le demanda indemnización para mudarse de casa: Fernando

Mario: (dirigiéndose a Fernando de forma violenta) Siempre⁴⁸ estáis haciendo ruido, no paráis de arrastrar los muebles a todas horas, os da igual todo, no tenéis en cuenta nada ni a nadie, ¡es insufrible vivir bajo de vosotros!

Fernando: Y tú eres un amargado de la vida, sólo hay que mirarte la cara que tienes, yo no tengo culpa que tengas una vida tan aburrida.

Mediadora: Por favor, estáis aquí de forma voluntaria. Vamos a mantener el respeto eliminando insultos contra la persona y bajando la voz puesto que estamos todos en una sala pequeña donde nos podemos oír bien. Mario, me surge una duda de lo que acaba de decir: ¿Siempre, siempre, siempre están haciendo ruidos sus vecinos?

Mario: Bueno, siempre no porque los niños van al cole, menos mal que entre semana se van pronto a dormir y yo llego tarde de trabajar⁴⁹...

Mediadora: Entonces, exactamente cuándo es cuando le molesta el ruido que hacen sus vecinos?

47 Juan Francisco María de la Salud Donoso Cortés y Fernández Canedo, I marqués de Valdegamas (Valle de la Serena, Badajoz, 6 de mayo de 1809 - París, Francia, 3 de mayo de 1853), fue un filósofo, parlamentario, político y diplomático español, funcionario de la monarquía española bajo el régimen liberal. Fue evolucionando hacia una ideología conservadora, perteneciendo al entorno político del moderantismo, hasta llegar al movimiento de los neocatólicos o tradicionalistas.

48 Las *generalizaciones* surgen cuando de una experiencia original se llega a representar un todo. Aquí el emisor de la frase puede sentir, rabia, ira o tristeza porque se ve como una víctima, es culpa de la otra parte como se siente cosa que hace que magnifique y generalice la situación con lo que aviva el sentimiento.

49 Las *eliminaciones*, hacen que se preste atención de forma selectiva a ciertas dimensiones del problema, al tiempo que se excluyen otras.

Monográfico: Mediación

Mario: Pues los fines de semana, trabajo toda la semana por turnos y cuando llega el sábado o domingo quiero descansar.

Mediadora: ¿Que necesitaría usted para descansar los fines de semana?

Mario: Echarme una siesta, sin oír gritos, pelotas revotando, las carreras de coches por los pasillos...

Mediadora: Antes me ha parecido entender que le molestaban también los ruidos de movimiento de muebles ¿es así?

Mario: No sé lo que será, igual son los niños arrastrando los juguetes.

Mediadora: Fernando, ¿hay algún mueble que suelen cambiar de sitio los fines de semana?

Fernando: No, nosotros también solemos echar la siesta o ver una película a esas horas, no movemos muebles y los niños son pequeños para eso.

Mediadora: Fernando, y ese ruido ¿exactamente a qué horas es cuando le molesta?

Mario: Pues ya se lo he dicho, el sábado y el domingo después de comer, de 2 a 5 de la tarde.

Mediadora: Fernando, ¿cree que puede hacer algo para aliviar el malestar de Mario los fines de semana de 2 a 5 de la tarde?

Fernando: Hombre... ahora que he entendido lo que le molesta y porqué, podría poner una norma en casa para que mis hijos no jueguen a esas horas, o por lo menos que no jueguen con pelotas, coches o algo que haga ruido. Yo creía⁵⁰ que pretendía que mis hijos estuviesen sin jugar, ¿que voy a hacer? ¿tirar todos los juguetes que tienen porque no los pueden utilizar por un vecino que no para de quejarse?, Son niños, tendrán que jugar...

Mediadora: Fernando. ¿cree factible poner dicha norma en su casa? ¿Cree que su familia puede adoptar esta norma?

Fernando: Sí claro, tienen todo el fin de semana para jugar, tampoco les estoy diciendo que se estén quietos todo el día, ellos entenderán que Mario necesita descansar.

Mediadora: Mario ¿qué le parecería esta solución?

Mario: Me daría la vida porque lo que me trae aquí es pedir una indemnización para poder ir a otro sitio a vivir con todo el trastorno que eso conlleva y mi casa me gusta, sólo es que necesito descansar.

Este caso terminaría con un acuerdo surgido entre vecinos, originando mayor comprensión y aceptación de la propia responsabilidad, y con una ganancia positiva de una relación vecinal recuperada, donde los individuos se sienten más satisfechos y cómodos con la solución alcanzada, consigo mismos y con los demás.

50 La distorsión es el proceso que permite hacer cambios en la experiencia de los datos sensoriales percibidos. Nuestro sistema nervioso condiciona la información que nos llega desde nuestros cinco sentidos para que la situación coincida y refuerce nuestro sistema de creencias. En el ejemplo Fernando creía que Mario estaba molesto por no tener hijos y que entonces quería que los hijos de los demás fueran silenciosos como si no existiesen, Fernando estaba defendiendo la libertad a ser (su interés en el proceso) y estar de sus hijos. Cuando este se dio cuenta que lo que realmente le molestaba a Mario (la necesidad básica de descansar) cambio la forma de ver y sentir la situación desbloqueando la negociación.

5. Conclusión

Los conflictos son necesarios para madurar y crecer, un evitamiento podría ser perjudicial y encangrenar la situación, no hay que controlarlos sino gestionarlos con eficacia. Se suele asociar el conflicto con algo negativo, ya que las personas suelen presentar gran resistencia al cambio y prefieren mantenerse en la situación actual aunque sepan que no es lo mejor antes de cambiar. La resistencia aumenta la fuerza, como sucede en el gimnasio, y sólo endurece la posición de nuestro oponente. Por el contrario, una escucha activa y una pregunta bien formulada en el momento adecuado sacará a la luz y pondrá de manifiesto los intereses, deseos y necesidades de las partes. Estos intereses deben seguirse hasta sus raíces en nuestra propia psique, donde encontraremos las necesidades básicas que las personas puedan encararlos sin el enfado y el juicio que infravalora a su oponente.

La mediación, como sistema cooperativo de gestión, transformación y solución de conflictos favorece la comunicación entre las partes para que tomen libremente sus propias decisiones, por ello, es notable el compromiso de quienes participan en el proceso de mediación, lo que conlleva también un alto índice de cumplimiento de los acuerdos. Es por ello que se ha mostrado idóneo para ser aplicado en diferentes ámbitos.⁵¹

La mediación puede decirse que es un proceso de aprendizaje, un tipo de aprendizaje que no puede enseñarse, puesto que su esencia reside en el autodescubrimiento, una persona no puede enseñar a otra, ya que esto destruiría la esencia misma de la integración del conocimiento, que es el aprendizaje, la capacidad de reconocer los propios errores y admitirlos delante de los demás es el factor principal para lograr la congruencia entre pensamiento palabra y acción. En un proceso de mediación se busca que las partes mediadas empaticen con las causas y condiciones principales existentes detrás de una situación determinada. Un mediador, o mediadora, hábil desarrollará su papel como facilitador/facilitadora desbloqueando y modificando modelos de comunicación basados en un enfoque ignorante, agresivo y/o arrogante.⁵²

La mediadora/mediador que busque la excelencia, elegirá como acompañante incondicional la formación continua, para acertar en la manera de emplear los conocimientos y experiencias que dispone de su profesión de base para aplicar en el campo de las relaciones humanas. El mediador no es el protagonista en un proceso de mediación, y mucho menos alguien que se pueda poner la medalla por llegar a una solución, un mediador/mediadora es un profesional cuya misión es ayudar a crear una sociedad despierta y responsable en la que las personas tengan el coraje de trabajar en su propio bienestar y en el de los demás.

La mediación es un sistema cooperativo de gestión, transformación y de resolución de conflictos, el cual, por Ley,⁵³ se compone y complementa por distintas profesiones, es un *sistema multidisciplinario*. Y como sistema, es normal que se produzcan miedos, rechazos y resistencias (barreras de entrada) cuando se producen modificaciones en su ámbito, pero eso no es excusa para no que se reconozca el rico universo de mediadores con el que cuenta la mediación. Ya

51 SOLETO MUÑOZ, H. (2011): Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos. Ed. Tecnos, Madrid.

52 "El es una mala persona y me está molestando", este tipo de enfoque se basa en la ignorancia (no sabemos con qué nos enfrentamos) la agresividad (no nos damos cuenta que si estuviésemos en la misma situación haríamos lo mismo), y la arrogancia (creemos tener todas las respuestas).

53 Ley 5/2012. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9112>

Monográfico: Mediación

está bien de argumentos para salvaguardar el interés personal ante la evolución del sistema judicial y el crecimiento de la sociedad. No es verdad que la multidisciplinariedad del profesional de la mediación surge a raíz de la crisis económica, porque la buena comunicación no es posesión de ninguna profesión, sino que es parte de la humanidad en sí. No es verdad absoluta que las Instituciones Públicas están dando a conocer la mediación porque están colapsadas y necesitan ofrecer otro recurso más barato y rápido, sino que la mediación es la prueba de la evolución democrática. No es verdad que la mediación es una herramienta que pertenece sólo a abogados o psicólogos, porque cómo hemos argumentado durante todo este artículo, la mediación trata de restablecer patrones de interacción que estaban dañados, truncados o simplemente no eran constructivos.

La mediación es una filosofía de vida que devuelve la responsabilidad y la libertad al individuo para resolver sus propios conflictos, donde dejamos atrás la Teoría de Freud⁵⁴ inmersa en nuestra sociedad, desde el colegio, a la familia, la religión o la policía, donde el hombre es básicamente un pecador incapaz de gestionar su vida, necesita de un tercero, que ejerza el papel de adulto racional, que tome decisiones por él.

Este cambio de filosofía y cultura viene, necesariamente, acompañado de una modificación en el sistema educativo, para en un futuro, no muy lejano, conseguir, como indica Chögyam Trungpa⁵⁵, aquella sociedad donde podrán vivir las personas juntas de una forma armoniosa, donde la suma de todos ellos sea mucho más grande que la suma de sus partes.

Bibliografía

- BANDLER, R, GRINDER, J.: *La estructura de la magia: Vol I. Lenguaje y terapia*, Chile, Cuatro Vientos Editorial, 1980.
- BARONA VILAR, S.: «Fomento de las ADRS en España (Hacia un sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivización y la búsqueda de la paz social)», *Revista Seqüència*, nº 51, 2005, disponible en <https://dialnet.unirioja.es> a 1/09/2017
- BARRIENTOS RASTROJO, J.: *Resolución de conflictos desde la filosofía aplicada y desde la mediación*, Madrid, Vision Libros, 2010.
- BYUNG-CHUL HAN: *Psicopolítica*. Barcelona, Herder Editorial S.L, 2014.
- CAÑIZARES, O, Carmen G^a de Leaniz: *Hazte experto en Inteligencia Emocional*, Bilbao, Serendipity, 2015.
- CARL R. ROGERS: *El proceso de Convertirse en Persona*, Barcelona, Paidós, 1972.
- DALAI LAMA, T.n. HANH, P.CHÖDRÖNM CG, TRUNGPA, D.LOY, P.COYOTE, J.GOLDSTEIN, S. SAHN Y OTROS: *Política con Conciencia: La alternativa budhista para hacer del mundo un lugar mejor*, Barcelona, Kairós, 2016.

54 Que defiende que la naturaleza básica e inconsciente de la persona, está compuesta principalmente por instintos que, en caso de manifestarse libremente, aparecería el incesto, asesinato y otros crímenes.

55 DALAI LAMA, T.n. HANH, P.CHÖDRÖNM CG, TRUNGPA, D.LOY, P.COYOTE, J.GOLDSTEIN, S.SAHN Y OTROS: *Política con Conciencia: La alternativa budhista para hacer del mundo un lugar mejor*, p. 126.

Monográfico: Mediación

- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Evolución profunda originada por los cambios producidos en los hábitos y en las creencias sociales según Sistema de Derecho Civi*, Vol. IV, Madrid, 2016.
- FELDMAN BARRETT. L.: *Cómo se construyen las emociones*, Barcelona, Paidós, 2018.
- GARCÍA VILLALUENGA, L.; VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: «La mediación civil en España: Luces y sombras de un marco normativo», *Revista Política y Sociedad*, núm. 50, 2013, disponible en <https://revistas.ucm.es>
- https://elpais.com/ccaa/2018/01/28/valencia/1517139296_312329.html
- <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/oratoria-mediacion-mediadores-arbitros-632007365>
- <https://mediadoresvalladolidblog.com/2017/05/21/en-mediacion-no-todo-vale/>
- <https://revistas.uam.es/bajopalabra/article/viewFile/3276/3489>
- JAMENSON J. K, BODTKER, A.M, PORCH, D. Y JORDAN, W.: «Exploring the role of emotion in conflict transformation». (2009). *Conflict Resolution Quarterly*, 27, 167-192.
- O'CONNOR. J, MCDERMOTT. I.: *Introducción al pensamiento sistémico: Recursos esenciales para la creatividad y la resolución de problemas*, Barcelona, Urano, 1997.
- ORTUÑO MUÑOZ, J.P.; HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*. Fundación Alternativas, 2007.
- PEÑALVER. O.: *Emociones colectivas: La inteligencia emocional de los equipos*, Barcelona, Alienta Editorial, 2009.
- PRICE, J.: «Explaining human conflict: Human needs theory and the insight approach». En K. Avruch y C. Mitchell (Eds.), *Conflict resolution and human needs: Linking theory and practice* (pp. 108–123). Londres, Reino Unido: Routledge, 2013.
- SALVADOR A.CARRION LOPEZ, MARIA M. ALCAZAR: *Manual Curso de Practitioner PNL*, PNL Books Ediciones, 2010.
- SCHIFFRIN,A.: *Mediación: una transformación en la cultura*, Barcelona. 1996.
- SOTELO MUÑOZ, H.: *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Ed. Tecnos, Madrid, 2011.
- VÁZQUEZ DE CASTRO.E, GARCÍA VILLALUENGA, L.: «La mediación y la formación del mediador. ¿Dos caras de una misma moneda? , Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI», *La Mediación*. ed. Reus, Tomo I. Madrid, 2010.

¿QUÉ PUEDE APORTAR LA MEDIACIÓN PENAL ANTE LA EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS INFRACTORES?

M^{re} Angeles Casabó
Carla de Paredes

RESUMEN: La justicia restaurativa está alcanzando una mayor aplicación desde la perspectiva de la víctima. En este artículo, se va a enfocar la mediación desde el punto de vista del infractor extranjero. Actualmente se viene observando una creciente aplicación de respuestas alternativas como medidas sustitutivas al ingreso en prisión, unido a que es necesario un previo estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar. Se analiza la posibilidad de acudir a la mediación con la finalidad de conseguir una aplicación positiva de la sustitución de la pena en la expulsión del territorio español como pena sustitutiva a la pena privativa de libertad.

PALABRAS CLAVE: justicia restaurativa, mediación penal, expulsión, sustitución, arraigo, inmigración

ABSTRACT: Restorative justice is reaching a greater application from the perspective of the victim. In this article, mediation will be focused from the point of view of the offender, specifically when foreigner. Currently, there has been an increasing application of alternative responses as alternatives to admission to prison, together with the need for a prior study of the prisoner's specific circumstances, rooting and family situation. The possibility of resorting to mediation is analyzed in order to achieve a positive application of the substitution of punishment from expulsion from Spanish territory as a substitute punishment to the custodial sentence.

KEYWORDS: criminal mediation, restorative justice, penalty expulsion, substitution of punishment, roots, immigration

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. La Regulación en el Código Penal de las formas sustitutivas de las penas: expulsión de ciudadanos extranjeros (artículos 88 y 89 CP).- 3. Ciudadanos extranjeros y especial referencia a su situación de arraigo.- 4. Mediación y otras herramientas restaurativas.- 5. Conclusiones.- Bibliografía.

Monográfico: Mediación

1. Introducción

La justicia restaurativa es una de las perspectivas de justicia penal más novedosas que ha generado un gran interés por parte de la doctrina. En cuanto a su origen y en nuestro entorno nace como un movimiento cultural basado en la cultura de paz, en concreto surge de la mano de los movimientos cercanos a la victimología y al abolicionismo penal,¹ fomentado por una crisis del modelo de justicia penal preponderante.

No es este el lugar para entrar en profundidad en las definiciones de justicia restaurativa, en su relación con la mediación, reparación, conciliación, etc., sin embargo, coincidimos con Etxebarria, *“la justicia restaurativa no solo implica introducir la mediación u otros mecanismos similares, implica repensar los fines del sistema penal (por ejemplo si la reparación ha de ser un fin del derecho penal junto al de prevención de los ataques a bienes jurídicos) e implica repensar sobre todo los roles y las prácticas de los operadores jurídicos (evitar la victimización secundaria, respetar y escuchar a las víctimas, protegerlas, atender a sus necesidades...), inmersos como están en una cultura puramente punitiva”*.² *“Para la justicia en términos sociales, la mediación ofrece una nueva concepción, nuevas formas de respuesta penal con sentido educativo, promoviendo actitudes hacia la responsabilidad y la reparación”*.³

La mediación será uno de los instrumentos posibles para hacer efectiva esa justicia restaurativa, contando con la participación de la víctima en la gestión del conflicto, y haciendo que sean ella y el infractor quienes logren alcanzar un acuerdo dirigido a reparar/restaurar el daño.⁴

Desde la aprobación de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del delito, la mediación penal se ha visto reconocida dentro del ordenamiento jurídico español, dándole un enfoque del uso de la mediación penal desde la perspectiva de la víctima. En el Estatuto de la víctima del delito, la introducción de la intervención de la víctima en distintas fases de la ejecución de la pena, se ha visto concretada en el artículo 13. Por tanto, se ha puesto en valor a la víctima desde una perspectiva legal. Hay autores que consideran que hemos pasado del olvido de la víctima a una aparente sacralización,⁵ no lo compartimos, pero sí advertimos el olvido del victimario o del infractor de los estudios doctrinales, cuando también puede ser un gran beneficiado en una mediación, pues la justicia restaurativa supone pasar de un modelo autoritario-impositivo fundado en el castigo, hacia la composición del conflicto entre la víctima y la persona infractora o entre ésta y la sociedad.

Nos interesa especialmente, este infractor o victimario cuando es extranjero, pues la modificación del Código Penal L.O. 1/2015, de 30 de marzo tiene enormes consecuencias sobre

1 Entre otros, en FRANCÉS, P. “La justicia restaurativa y el art. 15 del Estatuto de la víctima del delito ¿un modelo de justicia o un servicio para la víctima?”, *e-Eguzkilore*, núm. 3, 2018.

2 ETXEBARRIA, X., “Justicia restaurativa y fines del Derecho penal”, en M. Martínez (Coord.), *Justicia Restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (págs. 47-68). Madrid, Instituto Complutense de mediación y gestión de conflictos, 2011.

3 DE PAREDES, C. “La mediación penal: especial atención a los extranjeros”, *Revista de mediación*, núm. 1, 2015, págs. 50-60, p. 52

4 ARMENGOT, A. “La incorporación de la mediación en el proceso penal español”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº. 106, 2014, p. 7

5 EN RENAT, F., “De olvido a sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena”. *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 2005, págs. 1-68. pág. 52: “no constituye un islote en el océano jurídico-penal, esto es, un acontecimiento aislado e inconexo, sino que se enmarca en una política criminal continuista de la corriente de neo-conservadurismo que asoló el continente europeo en la primera década del siglo XXI, como consecuencia del atentado de las torres gemelas de Nueva York, y que favoreció que la idea de la justicia como venganza continuara siendo popularmente atractiva”.

Monográfico: Mediación

la población extranjera que pueda verse en un procedimiento penal pues será expulsado de España a pesar de haber conseguido su residencia legal en nuestro país.

Por ello, en el presente artículo se plantea la necesidad de utilizar la mediación penal o cualquier otra herramienta de justicia restaurativa cuando una de las partes sea un extranjero a quienes una eventual sentencia condenatoria con la expulsión como sustitución de la pena privativa de libertad les ocasionara grave perjuicio.

Pretendemos efectuar una aproximación a la figura de la expulsión en el seno del proceso penal, prescindiendo por tanto de la inclusión en el estudio de la expulsión gubernativa regulada en el art. 57.2 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dado su carácter administrativo, y la utilización de la mediación penal. Veremos cómo en este sistema de justicia restaurativa podría tratarse la evitación de la expulsión del extranjero y la subsiguiente prohibición de regreso a territorio nacional, ya que se identificaría con los intereses y contenidos de rehabilitación y reinserción social frente al Derecho penal cuyo fin exclusivo es la persecución y prevención del delito.

Nos parece interesante la definición sobre Mediación que da Saez, desde una perspectiva empírica⁶ “como el sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral, en posesión de conocimientos y habilidades técnicas específicas, imparcial e independiente de los actores institucionales del proceso, ayuda a dos o más personas implicadas en un delito o falta en calidad de víctima e infractor (o en ambas posiciones) en los supuestos de denuncias cruzadas a comprender el origen del conflicto, sus causas y sus consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre el modo de reparación, tanto material como simbólica.

Pues el Derecho penal no debe ser en ningún caso instrumento de represión, sino garantía de libertad.(...) garantía de libertad moral y política, que precisamente hace posible en una sociedad pluralista el ejercicio pleno de todas las libertades reconocidas por la Constitución”.⁷

2. La Regulación en el Código Penal de las formas sustitutivas de las penas: expulsión de ciudadanos extranjeros (artículos 88 y 89 CP)

El legislador español en el Título III regula “Las Penas”, en concreto, en el Capítulo III “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”, Sección “De la sustitución de las penas privativas de libertad”. En concreto la expulsión judicial extranjero aparece regulada materialmente en los art. 89⁸ y 108⁹ del CP, sin que exista previsión alguna en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) sobre el trámite procesal para su adopción, debiéndose acudir a las breves menciones en la legislación penal sustantiva y, sobre todo, a la doctrina jurisprudencial.

6 SÁEZ RODRÍGUEZ, C. (Coord.): *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*. Editorial Thomson Arazandi. Navarra. 2008. p. 314.

7 RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*. Discurso leído el día 18 de febrero de 2002, en el acto de su recepción como Académico de Número, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. 2002.

8 Artículo 89 redactado por el número cuarenta y ocho del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE DE 31 marzo).

Monográfico: Mediación

El legislador es muy claro en su artículo 89: *“Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español”*.

GARCÍA-ESPAÑA ha entendido esta reforma como un instrumento con el que el ordenamiento jurídico se arma frente al extranjero delincuente es la expulsión como sustitución total o parcial de la pena de prisión del art. 89 CP.¹⁰

El artículo 89 no distingue tipo de extranjero y la expulsión lleva consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España (art.89.5). Ahora una condena penal de prisión de más de un año también supondrá la expulsión de los extranjeros con residencia legal, es decir, ya no se distingue entre situaciones de regularidad o irregularidad, o incluso ciudadanos de la Unión Europea. Así es como la condición de extranjero realza la vertiente subjetiva del supuesto de hecho de la norma con independencia de su situación administrativa, que pierde su carácter delimitador. Ya no existe dos modelos punitivos diferentes, en función de los sujetos a los que les es de aplicación, es decir, un modelo para los extranjeros que se encuentran en una situación administrativa de irregularidad en el estado español, y un segundo modelo, para los nacionales, los extranjeros administrativamente regulares y los extranjeros comunitarios. Esto supone una mayor posibilidad de aplicabilidad de la medida.

La expulsión conlleva una prohibición de regreso prevista en el art.89.5: *“El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado”*.

Por otro lado, el artículo 89 CP distingue tres supuestos en función de la pena a imponer: penas de prisión de hasta un año, penas de prisión de un año hasta cinco años, o penas de prisión superior a cinco años.

Sin embargo, el propio artículo reconoce la posibilidad de la sustitución de la expulsión cuando afirma: *“No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.”*(Art. 89.4).

La trascendente reforma LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, introduce el arraigo de la persona extranjera como elemento limitador de la expulsión.

En el artículo 108: *“Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España”*.

Modulada la expulsión como medida sustitutiva integral o parcial de la pena impuesta, la expulsión judicial suscita importantes dudas sobre su auténtica naturaleza jurídica.

La doctrina que ha estudiado esta medida entiende que la existencia del art. 89 del CP y esta es en realidad un instrumento al servicio de la política migratoria y no al de la política penal,

10 GARCÍA-ESPAÑA, E. “El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión”. *Migraciones*. Publicación del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones, 2018, no 44, p. 119-144. GARCÍA-ESPAÑA comenta varios instrumentos basándose en la idea de *crimmigration* para hacer referencia a la desdibujada frontera entre la política criminal y migratoria, y el sometimiento de aquella a favor de esta (Stumpf, 2006).p. 121.

Monográfico: Mediación

lo cual significa poner el Derecho penal al servicio del Derecho administrativo a los efectos del control de los flujos migratorios.¹¹

En este mismo sentido la STC 242/1994, de 20 de julio estableció que la expulsión “no se concibe como modalidad de ejercicio de *ius puniendi* del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero que el Estado...puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a una política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar”.

El carácter abstracto de la expulsión se puso de manifiesto en la STS 901/2004 de 8 de julio marcando, desde ese momento, una línea jurisprudencial que matiza el carácter preceptivo de la expulsión.¹²

“Para lograr la adecuada ponderación y salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, **parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia del penado y la motivación en la decisión.** Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como la única garantía de que, en la colisión de los bienes en conflicto, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad. Una vez más hay que recordar que, todo juicio es esencialmente individualizado, y si ello tiene una especial incidencia en la individualización judicial de la pena, es obvio que también debe serlo en aquellas medidas sustitutivas de la prisión”.

El TS ha considerado en algún supuesto como argumento válido para no aplicar la expulsión sustitutiva el considerar que dicha medida resulta discriminatoria respecto de colectivos, tales como los autóctonos y los extranjeros en situación regular (STS 1120/2005, de 28 septiembre).

En la Sentencia del Tribunal Supremo número 853/2010, de 15 de octubre: “se considera que con una aplicación automática y rutinaria (sin atender a las circunstancias específicas que lo justifiquen en el caso concreto) de la sustitución de la pena por la expulsión del acusado a su país de origen, se estaría promoviendo de forma incomprensible la comisión de delitos graves dentro del territorio nacional por ciudadanos extranjeros. De ahí que cuando las penas sean superiores a los tres años, y con más razón cuando se vayan aproximando a los seis años de prisión, no se estime razonable la concesión de la expulsión hasta que se cumpla la mitad de la pena”.

Del conjunto de las interpretaciones, este carácter preceptivo de la expulsión ha sido matizado por los demás elementos que el TS ha ido incorporando a la interpretación del art. 89 del CP. Por lo tanto se establece el trámite de audiencia del penado, así como también las circunstancias personales del condenado, arraigo y situación familiar “a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor” y la necesidad de motivar siempre la resolución sobre la expulsión.

11 MARTÍN, P.: *La expulsión de extranjeros del artículo 89 del Código Penal: Análisis jurídico penal y criminológico*. 2015. Tesis doctoral. Universitat de Girona. Véase en p. 25-30.

12 Estudiado por DURÁN, I: “El extranjero delincuente “sin papeles” y la expulsión (a propósito de la STS 8-7-2004)”, *Revista de derecho penal y criminología*, nº. 15, 2005.

3. Ciudadanos extranjeros y especial referencia a su situación de arraigo

Como afirmábamos al principio de este artículo, la mediación penal ha sido estudiada desde la perspectiva de la víctima o del menor, pero no suficientemente desde el victimario.

Desde hace años, se propugna un nuevo cambio de mentalidad en el Derecho Penal, un paso al frente a favor de una clase de justicia en la que el protagonismo se devuelva a las partes involucradas en el conflicto, tal como fue en sus orígenes, y esto solo se consigue poniendo a las partes involucradas en situación de igualdad. España es un país multicultural y plurirreligioso. Según el INE y su estadística del padrón, son extranjeros en situación de regularidad a 1 de enero de 2018, 4.719.418¹³. Según información de actualidad, la llegada de inmigrantes a España aumenta un 28% y hace crecer la población por segundo año consecutivo¹⁴. DE LUCAS¹⁵ afirma: “ frente al perfil típico del inmigrante de mediados de los años 90 que solía ser un hombre o una mujer sola, ha aumentado el número de familias. Tanto por efecto de la reagrupación familiar como por el hecho que, de forma creciente, la migración procedente de determinados países latinoamericanos es, en buena medida y desde el primer momento, una migración del grupo familiar que se realiza de forma escalonada. Es el caso, de forma muy destacada, de los nacionales de Ecuador en los últimos dos años. Otro indicador de la importante presencia de familias, un factor básico en la caracterización sociológica de las migraciones, es el número creciente de menores inmigrantes escolarizados”.

Esto nos lleva a la idea del arraigo de los inmigrantes. El arraigo es un concepto jurídico indeterminado puede complementarse con el contenido en el Art. 124¹⁶, Real Decreto 557/2011,

13 Instituto Nacional de estadística: <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/e245/p04/provi/I0/&file=0ccaa002.px> (consultado 15/09/2018).

14 Sanmartín, O.: 21 de junio 2018, en *El Mundo*: <http://www.elmundo.es/espana/2018/06/25/5b30be1dca4741905f8b465e.html> (consultado 15/09/2018).

15 DE LUCAS, F. J.: *Inmigración y globalización. Acerca de los presupuestos de una política de inmigración. En Inmigración y ciudadanía: perspectivas sociojurídicas*. Universidad de La Rioja, 2003. p. 23-52.p.51.

16 Artículo 124. Autorización de residencia temporal por razones de arraigo.

2. Por arraigo social, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años.

Además, deberá cumplir, de forma acumulativa, los siguientes requisitos:

a) Carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años.

b) Contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a un año. Dicha contratación habrá de estar basada en la existencia de un solo contrato, salvo en los siguientes supuestos:

1.º En el caso del sector agrario, cabrá la presentación de dos contratos, con distintos empleadores y concatenados, cada uno de ellos de duración mínima de seis meses.

2.º En el caso de desarrollo de actividades en una misma ocupación, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de un empleador, se admitirá la presentación de varios contratos, todos ellos de duración mínima de un año, y cuya suma debe representar una jornada semanal no inferior a treinta horas en el cómputo global.

c) Tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes o presentar un informe de arraigo que acredite su integración social, emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan su domicilio habitual.

A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges o parejas de hecho registradas, ascendientes y descendientes en primer grado y línea directa.

En los supuestos de arraigo social acreditado mediante informe, que deberá ser emitido y notificado al interesado en el plazo máximo de treinta días desde su solicitud, en éste deberá constar, entre otros factores de arraigo que puedan acreditarse por las diferentes Administraciones competentes, el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual, en el que deberá estar empadronado, los medios económicos con los que cuente, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción socio laborales y culturales. Simultáneamente y por medios electrónicos, la Comunidad Autónoma deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente.

Monográfico: Mediación

de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, referido al arraigo. Este arraigo puede ser por razones de arraigo laboral, social o familiar. Nos interesa especialmente cuando el extranjero tiene arraigo social.

La comisión de un hecho delictivo, así como la condena por el mismo tiene un plus de lesividad en este colectivo, pues muchas veces tienen parejas estables e hijos, y la expulsión conlleva posteriormente una deportación a la que se suma la imposibilidad de poder regresar tanto al estado que ejecutó la medida, como al conjunto de países del espacio Schengen. La aplicación de la medida suponga para los extranjeros una mayor carga retributiva, “entendiendo ésta en el sentido tradicional, donde no hay, ni puede existir una reeducación, o reinserción social de la persona condenada, solamente un castigo¹⁷”.

Con la nueva defensa social, el delincuente no debe ser sometido a la justicia penal con un fin de expiación, venganza o retribución; sino que la pena debe estar orientada al tratamiento del delincuente, con la concreta finalidad de devolver al autor del delito a una vida social libre y consciente.

Así ROXIN¹⁸ recalca que: “...la teoría de la retribución ya no se puede sostener hoy científicamente. Pues, si, ...la finalidad del Derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescinda de todos los fines sociales. La idea de retribución exige también una pena allí, donde sobre la base de la protección de bienes jurídicos no sería necesaria (cfr. nm. 3); pero entonces la pena ya no sirve a los cometidos del Derecho penal y pierde su legitimación social. Dicho de otra manera: el Estado, como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. la voluntad de los ciudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre en paz y en libertad; está limitado a esta tarea de protección. La idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el del sufrimiento de la pena), sólo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo.”

A dichos efectos, el órgano autonómico competente podrá realizar consulta al Ayuntamiento donde el extranjero tenga su domicilio habitual sobre la información que pueda constar al mismo.

El informe de arraigo referido anteriormente podrá ser emitido por la Corporación local en la que el extranjero tenga su domicilio habitual, cuando así haya sido establecido por la Comunidad Autónoma competente, siempre que ello haya sido previamente puesto en conocimiento de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

El informe de la Corporación local habrá de ser emitido y notificado al interesado en el plazo de treinta días desde la fecha de la solicitud. Simultáneamente y por medios electrónicos, la Corporación local deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente.

El órgano que emita el informe podrá recomendar que se exima al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, siempre y cuando acredite que cuenta con medios económicos suficientes. En caso de cumplirse los requisitos previstos en el artículo 105.3 de este Reglamento, se podrá alegar que los medios económicos derivan de una actividad a desarrollar por cuenta propia.

En caso de que el informe no haya sido emitido en plazo, circunstancia que habrá de ser debidamente acreditada por el interesado, podrá justificarse este requisito por cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

b) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

4. Por Orden del titular del Ministerio de la Presidencia a propuesta de los titulares de los Ministerios del Interior y de Trabajo e Inmigración y previo informe de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, se podrá determinar la aplicación de la situación nacional de empleo a las solicitudes de autorización de residencia temporal por razones de arraigo social.

17 BRANDARIZ, J.A.: “La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas”, núm. 2., *InDret*, 2014. p.

18 ROXIN, C.: *Derecho penal: parte general V. 1: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas, 1997.p. 84.

Monográfico: Mediación

Respecto al arraigo, la circular la Fiscalía General del Estado, CIRCULAR 7 /2015, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por LO 1/2015 (Ver Anexo 1):

“En los casos en que el arraigo personal haya sido el fundamento de la inaplicación de la expulsión sustitutiva, será posible valorar la pertinencia de la suspensión condicional de la pena en cualquiera de las modalidades previstas en los arts. 80 y ss. CP. La razón de ello radica en que la expulsión no se descarta por exigencias de prevención general o de afirmación del ordenamiento jurídico, sino para evitar la lesión de los derechos del condenado a la vida privada y familiar. La ejecución penitenciaria de la pena no constituye, por tanto, una alternativa obligada, sino que habrá de estarse a la gravedad del hecho. De este modo, rige el principio de igualdad de tratamiento del extranjero respecto de los penados de nacionalidad española, quedando expedito su acceso a las alternativas al cumplimiento de la prisión previstas en nuestro CP, si cumple los requisitos necesarios para ello.”

En relación con al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) es el destinado a enjuiciar las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en sus Protocolos por parte de los Estados parte de dicho Convenio. La doctrina legal establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que una orden de expulsión puede afectar al derecho de toda persona física a la protección de la familia con abstracción de cual sea la causa que constituya el substrato de la salida obligatoria de uno de los países firmantes del Convenio de Roma. Para ello, siguiendo su doctrina, para ponderar el grado de integración del extranjero en la sociedad española será necesario valorar los siguientes criterios:¹⁹

1. El arraigo de permanencia: se ha de valorar el tiempo de permanencia en nuestro país, siendo especialmente importante cuando se trate de inmigrantes de segunda generación o cuasi nacionales, es decir, que hayan nacido en el país de acogida, por otro lado, se ha de valorar la actividad laboral como compensación a la falta de arraigo en España. Para ello, el extranjero deberá acreditar que la actividad laboral le permite mantener unas condiciones de estabilidad y viabilidad futuras.
2. El arraigo familiar: sobre este criterio el TEDH ha señalado: ‘excluir a una persona de un país donde viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el respeto al derecho a la vida privada y familiar, protegida por el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH).

El art. 8.1 CEDH establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha deducido de aquel precepto un “derecho a la vida familiar”, que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (STEDH caso *Johansen*, de 27 de junio de 1996, § 52)

Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido que en algunos casos el art. 8.1 CEDH puede actuar como límite a la posibilidad de aplicación de las causas legales de expulsión de los extranjeros, si bien teniendo en cuenta a su vez los límites impuestos por

19 Recogida por MARTÍN, P., *Ob. cit.* Pág.58

Monográfico: Mediación

el art. 8.2 CEDH, las circunstancias del caso y la ponderación de los intereses en juego, entre muchas, STEDH caso *Dalia*, de 19 de febrero de 1988, §§ 39-45, 52-54.

Recientemente, el TEDH condenó a España TEDH 18 diciembre 2018, 3 de octubre, N.D. y N.T. vs. España, porque España expulsó injustamente a dos condenados por tráfico de drogas.

En concreto, España vulneró el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos en el caso de dos ciudadanos marroquíes que fueron expulsados tras ser condenados por tráfico de drogas, ya que no se tuvieron en cuenta su situación privada y familiar, sin tener en cuenta sus lazos familiares ni su arraigo en el país. Con 13 años, Aziz Saber estaba escolarizado en España, donde vivía con parte de su familia y donde siguen residiendo su madre y sus cinco hermanos. Hamza Boughassal llegó con 11 años y desde entonces ha vivido en Girona. Saber y Boughassal contaban con un permiso de residencia de larga duración cuando, en 2008, un tribunal catalán los condenó por tráfico de drogas. Las autoridades iniciaron los trámites de expulsión mientras cumplían la pena.

La Corte de Estrasburgo consideró que la orden de expulsión vulneró su derecho al respeto a la vida privada y familiar, que la Justicia española no examinó la “proporcionalidad” de la medida, que no se tuvo en cuenta la duración de su estancia ni los lazos sociales, culturales y familiares con España. Este hubiera sido un caso susceptible de mediación.

Para poder valorar la existencia de arraigo será necesario que el extranjero acredite no sólo la permanencia de sus familiares más próximos en el país de acogida, sino la existencia de relaciones reales y efectivas de vida familiar, incluso de mutua dependencia. Será necesario para no aplicar la medida de expulsión que la vida familiar exista en el momento que la expulsión va a ser efectivamente ejecutada.

Afirma De Paredes, que las circunstancias a valorar consisten fundamentalmente en los efectos negativos que puedan producirse como consecuencia de la separación de los componentes del grupo familiar provocada por la expulsión, tanto en relación con el extranjero extrañado como para los que de él dependa; donde tendría cabida la mediación previamente a formalizar la expulsión, en el sentido de valorar dichas circunstancias y dichos efectos negativos de la propia expulsión.

Por otro lado, la expulsión del extranjero es una intromisión en la vida familiar, ya que debe valorarse si la expulsión o rechazo del extranjero condenado hace imposible que la vida familiar pueda desarrollarse en el país al que el condenado es expulsado. Por lo tanto, la mejor manera para poder tratar este tema sea desde el punto de vista del mediador que es una persona imparcial pero conocedora de las necesidades del extranjero.²⁰

Veremos como en este sistema de justicia restaurativa puede tratarse la evitación de la expulsión del extranjero y la subsiguiente prohibición de regreso a territorio nacional, ya que se identificaría con los intereses y contenidos de rehabilitación y reinserción social frente al Derecho penal cuyo fin exclusivo es la persecución y prevención del delito.

20 DE PAREDES, C. *Ob. cit.*, Pág. 54.

4. Mediación y otras herramientas restaurativas

En la medida en que la mediación, en el diálogo interpersonal y en el acuerdo de reparación, tienen cabida en muchos aspectos del conflicto interpersonal que pueda subyacer al delito o en el conflicto que el delito haya generado, se amplían también los efectos pacificadores y preventivo especiales de la sentencia penal con proceso de mediación.

La participación directa de las partes implicadas en las decisiones que les afectan, así como el hecho de que el proceso de mediación esté orientado a la reparación de la víctima, la responsabilización activa del infractor y el reconocimiento y apoyo social al proceso resultan muy apreciados por aquéllas, además de incidir muy positivamente en la prevención de la reincidencia y la eliminación o reducción de la revictimización.²¹

La mediación penal en España parece estar pensada esencialmente para aquellos supuestos en que se produce la remisión de la misma por estar pendientes unas diligencias incoadas contra el infractor. Es por ello que se canalizará formalmente la mediación como un incidente en el mismo proceso.

El Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevén una serie de posibilidades a conceder prestaciones legales al infractor que hace el esfuerzo de compensar el daño a la víctima. El tipo de beneficio legal dependerá de la etapa del proceso y el tipo del crimen, por ejemplo, la mitigación de la pena, suspensión de la pena privativa de libertad o su sustitución por una pena, beneficios o licencias cuando el infractor está cumpliendo la pena de prisión, entre otros. De ahí que, de hecho, un proceso restaurativo, aunque no esté expresamente previsto por la ley, es posible en cualquier fase del proceso penal, también después de la sentencia, para cualquier tipo de delito, en el que haya una víctima personal o una entidad jurídica que haya sufrido pérdida o daño.²²

Es, por tanto, su flexibilidad y su posibilidad de que el acuerdo se alcance en cualquier fase del proceso, no quedando su presentación sometido a reglas preclusivas.

Podemos afirmar como primera dificultad la de “fijar los actores de la mediación”. En el caso del infractor extranjero, el idioma puede ser un obstáculo, pues cualquier traducción es algo interpuesto. Esto no sucedería con millones de inmigrantes de origen Iberoamericano. Por otro lado, también hay que tener en cuenta su hoja histórico-penal, pues si tiene muchos antecedentes penales, tiene clara su idea de Justicia y administración de justicia, basada en su propia experiencia, lo que será un obstáculo para la mediación. El perfil ideal es el delincuente primario, carente de todo tipo de antecedentes, incluso policiales.

A veces las penas de prisión de más de un año se pueden imponer por delitos como pueden ser las amenazas, calumnias o incluso delitos contra la propiedad industrial que para muchos extranjeros es la única opción que les queda ante la imposibilidad de encontrar trabajo.

En el caso de la víctima, plantea especial problema en el caso de la victimización terciaria, es decir, víctima difusa y generalizada en delitos de orden público.

21 CANO, M^a A.: *La mediación penal*. Pamplona, Aranzadi, 2015. Pág. 339.

22 CERÓN, M., CLAVAGUERA, J.: *Reconstruyendo el balance entre víctima y ofensor: la integración de un enfoque proactivo hacia la víctima en la mediación penal*. Diario La Ley, núm. 3908, 2015, p. 4

Monográfico: Mediación

No solo se puede conseguir esto a través de la mediación, sino a través de cualquier técnica de carácter restaurativo, en el que muchas veces es fundamental la intervención de ONGs. Por ejemplo, en el que se observa como a través de herramientas de marcado carácter restaurativo, se repara el daño, se satisface a la víctima (bien puede ser esta la sociedad en su conjunto) y se procura la reinserción del infractor/a.²³

En otros casos, cuando la víctima no desea o no se muestra capacitada para participar en el proceso, en estos casos, tal vez sería conveniente una mediación indirecta. En la mediación indirecta, la negociación se desarrolla sucesivamente, no simultáneamente, con el mediador y las partes, sin cara a cara entre ellas; no existe coincidencia física en el mismo espacio la víctima y el victimario. La técnica de mediación penal en estos casos es diversa porque las habilidades del mediador irán dirigidas a convertirse en vehículo de transmisión de información de una parte a otra.²⁴

En un proceso de mediación no se incide en el hecho, ni en la calificación, se va a trabajar en qué momento sucedió en sentido amplio, cómo vivieron lo sucedido, qué proponen y desean las partes y cómo se puede reparar la situación. En definitiva, se va a abordar el conflicto en sentido amplio y en el futuro de esa relación.

Otra dificultad es la confusión de mediación con la conformidad.²⁵ Una primera gran diferencia será la falta de intervención del mediador. La única incidencia que la voluntad del investigado puede tener en el proceso penal es la de evitar la celebración del juicio, en los casos y en el modo y forma en que la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 655, 688 y siguientes LE-Crim para el procedimiento ordinario, y artículos 784.3 y 787 LECrim para el procedimiento abreviado) o la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (artículo 50 LOTJ), permite su conformidad con la pena pedida por el acusado, dictándose sentencia de conformidad.

23 En SÁNCHEZ, M.P., "¿Es posible la mediación con drogodependientes?", en J. Tomás, et al. Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso, Editorial Reus, 2011. Recientemente acudió a nosotros la novia de un joven extranjero que se encontraba preventivo en la cárcel de Madrid VII (Estremera): Nos relató cómo, "angustiado por la falta de dinero y de papeles empezó a trapichear con hachís, en la esquina de la calle Leganitos con la calle Torija" (es decir, es la misma calle donde está situada la Comisaría de la Policía Nacional del distrito Centro de Madrid). Por su actitud, los agentes tardaron muy poco en detenerle y al interrogarle sobre si tenía más cantidad de sustancia les dijo que sí y les acompañó a su domicilio, abrió el alto del armario, sacó varias cajas y entregó a la Policía toda la droga que tenía. Ciertamente, el *modus operandi* no era el de quien ha hecho del tráfico de drogas su forma de vida o profesión.

Fuimos a visitarle a prisión, le escuchamos, nos relató los hechos, por qué había venido a España, su sueño truncado de triunfar en nuestro país y su desánimo. Él no se sentía un delincuente, pero el escrito de acusación y la sociedad decían que lo era, no podía con esa etiqueta. Quería salir, demostrar que era un honrado ciudadano, casarse con su novia y seguir, pero eso sólo era un sueño. Le animamos a pensar qué podía hacer para reparar el daño que había causado a todos aquellos que compraban la sustancia que él vendía y que estaban así causándose un grave daño a la salud.

Días después nos envió una carta con distintas alternativas. Tenía un dinero ahorrado, ni su novia lo sabía. Era para la boda. Entregaría esa cantidad a la asociación APOYO para que ayudara a niños cuyos padres eran víctimas de las drogas. Montaríamos en el barrio una peluquería gratuita para indigentes (él es peluquero).

En la última visita que le hicimos en prisión acordamos que plantearíamos a la Audiencia Provincial diversas soluciones: consignó el dinero en la cuenta de la Sala (aunque no estaba fijada ninguna cantidad en concepto de responsabilidad civil) y proponía colaborar como voluntario en la asociación en actividades de ocio y tiempo libre con niños en situación de riesgo y exclusión social. La Audiencia Provincial le dio la libertad. Acude dos veces en semana a estas actividades, se implica con los niños, ha conocido su dura realidad y ha transformado su sueño de triunfar en el de acompañar y juntos crecer.

24 BARONA, S.: "Mediación penal: un instrumento para la tutela penal". *Revista del poder judicial*, núm. 94, 2012, p. 23-32.

25 BARONA, S.: "Conformidad en el proceso penal", en J.L. Gómez, J.L. González Cussac (Coord.), *La reforma de la justicia penal (estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Universitat Jaume I, 1997

Monográfico: Mediación

Otra diferencia será el ámbito de aplicación. La conformidad no puede prestarse en todos los procesos. La ley impone al juez o tribunal que dicte sentencia de conformidad “si la pena no excediere de seis años de prisión” (artículo 787.1 de la LECrim y artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado) o “fuese de carácter correccional” (artículo 655 de la LECrim) refiriéndose a las penas menos graves.

Es muy interesante lo que afirma Armengot respecto qué virtualidad tendrá el procedimiento mediador si va a ser en definitiva el juez el que imponga esa medida, previa petición del Ministerio Fiscal (MF), y tras la Audiencia de las partes -víctima e infractor- para respetar el derecho a ser oída de la primera y el derecho de defensa del segundo. Esta autora se cuestiona si las medidas reparadoras que finalmente va a imponer el Tribunal en la sentencia o son fruto de la negociación entre las partes o son fijadas por la ley. Cabe pues preguntarse si la utilidad del procedimiento mediador queda reducida a garantizar la audiencia de la víctima no personado como parte (el imputado debe ser oído en todo caso), así como la posibilidad de participar con el MF en la formulación de la acusación, proponiéndoles en el acuerdo mediador alguna o diversas medidas que hayan sido previstas por el legislador²⁶

Entendemos que el acuerdo mediador en la mayoría de los casos será más beneficioso para ambas partes que el mismo procedimiento, aunque el mismo haya sido adoptado con la participación del MF, pero en tal caso habría que poder determinar con mucha claridad el momento procesal adecuado para ello.

Buscando soluciones justas para el acusado, pero dentro siempre de los límites de la propia ley. La justicia restaurativa no afecta al principio de exclusividad de la jurisdicción penal ni afecta al monopolio estatal del ius puniendi, pues siempre serán los jueces y tribunales los que van a controlar los resultados de la mediación y los que, en su caso, atribuirán o no eficacia jurídica a lo acordado en la mediación.

5. Conclusiones

La Justicia ha de satisfacer las necesidades de la ciudadanía, tanto de víctimas como de infractores como de la comunidad, derivadas de la comisión de una infracción penal, con el fin de restablecer y mantener la paz social alterada por el hecho delictivo, y la justicia restaurativa es el medio más adecuado para tal logro.

El carácter preceptivo de la expulsión ha sido matizado por el TS que ha ido incorporando elementos a la interpretación del art. 89 del CP.

La mediación facilita al victimario la concienciación y la oportunidad de la asunción de responsabilidad de las propias acciones y consecuencias, así como la posibilidad de entender el delito y obtener beneficios previstos en el Código Penal, tales como atenuante genérica (artículo 21.5) de reparación del daño; atenuante muy cualificada (artículo 21) en la que el Juez puede apreciar y comprobar la firme voluntad de reparación a la víctima. Creemos, que también podría aplicarse los instrumentos alternativos a la medida de expulsión para resolver la problemática del extranjero condenado por la comisión de un delito, garantizando de esta manera un pleno cumplimiento de la expulsión por parte del extranjero sin tener que

²⁶ ARMENGOT, A. *Ob. cit.*

Monográfico: Mediación

imponerle a la vez la prohibición de regreso al territorio español ya que dicha prohibición supondría una vulneración del principio de proporcionalidad en nuestro Derecho Penal

La aplicación de la ejecución penal presenta enormes obstáculos, sobre todo en las medidas alternativas a la prisión, al no disponer de sistemas que garanticen el cumplimiento de las medidas complementarias a la sustitución de la pena, por ello, la mediación penal no solamente debe aplicarse en el enjuiciamiento de los delitos sino también en la ejecución de las penas, incluyendo los casos de expulsión de extranjeros o sustitución de las penas privativas de libertad con la finalidad de conseguir la reeducación o reinserción del extranjero.

Teniendo en cuenta la doble imposición que implica la expulsión de los extranjeros de la pena sustitutiva de la pena privativa de libertad impuesta en el Código Penal y la prohibición de vuelta durante un periodo de tiempo establecido por la propia ley como quebrantamiento de dicha medida sustitutoria, supone todo ello una posible vulneración de los derechos fundamentales a la vez que una vulneración del principio de proporcionalidad y del principio ne bis in ídem.

Mediante la mediación penal conseguiremos evitar todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando los derechos fundamentales en conflicto.

Bibliografía

- ARMENGOT, A. "La incorporación de la mediación en el proceso penal español", *La Ley*, núm. 339, 2014.
- ARMENTA, T. "Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico". *Revista General de Derecho Europeo*, 2018, no 44, p. 204-243.
- BARONA, S. "Conformidad en el proceso penal", en J.L. Gómez, J.L. González Cussac (Coord.), *La reforma de la justicia penal: (estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Universitat Jaume I, 1997.
- BARONA, S. "Mediación penal: un instrumento para la tutela penal". *Revista del poder judicial*, núm. 94, 2012.
- BRANDARIZ, J.A., "La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas", núm. 2., *InDret*, 2014.
- CALVO, M.; CUENCA, P. "Consecuencias penitenciarias del estatuto de la víctima". *Diario La Ley*, núm. 2018.
- CANCIO, M. "La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)". AAVV. *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Pamplona, Thomsom Civitas, 2005, p. 183-216.
- CANO, M^ª A. *La mediación penal*. Pamplona, Aranzadi, 2015.
- CERÓN, M., CLAVAGUERA, J. Reconstruyendo el balance entre víctima y ofensor: la integración de un enfoque proactivo hacia la víctima en la mediación penal. *Diario La Ley*, núm. 3908, 2015.

Monográfico: Mediación

- DE LUCAS, F. J. Inmigración y globalización. Acerca de los presupuestos de una política de inmigración. En *Inmigración y ciudadanía: perspectivas socio jurídicas*. Universidad de La Rioja, 2003. p. 23-52.
- DE PAREDES, C. "La mediación penal: especial atención a los extranjeros", *Revista de mediación*, núm. 1, 2015, p. 50-60, p. 52
- DEU, T. A. "Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico". *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 442018, p. 204-243.
- DURÁN, I. "El extranjero delincuente "sin papeles" y la expulsión:(a propósito de la STS 8-7-2004)", *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 15, 2005.
- ETXEBARRIA, X., "Justicia restaurativa y fines del Derecho penal", en M. Martínez (Coord.), *Justicia Restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid, Instituto Complutense de mediación y gestión de conflictos, 2011.
- FRANCÉS, P.; ITOIZ, E. "La mediación penal, ¿un modelo de justicia restaurativa en el sistema de justicia penal". *Nuevo Foro Penal*, núm. 75, 2013.
- FRANCÉS LECUMBERRI, P. "La justicia restaurativa y el art. 15 del Estatuto de la víctima del delito ¿un modelo de justicia o un servicio para la víctima?", e-Eguzkilore, núm. 3, 2018.
- GARCÍA-ESPAÑA, E. "El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión". *Migraciones. Publicación del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, núm. 44, 2018.
- GONZÁLEZ, M... La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión. *Estudios Penales y Criminológicos*, 36, 2016.
- MARTÍN, P., *La expulsión de extranjeros del artículo 89 del Código Penal: Análisis jurídico penal y criminológico*. 2015. Tesis doctoral. Universitat de Girona
- PAYERO, L. "Justicia de transición en España: claves para aprobar una asignatura pendiente". *Revista de Paz y Conflictos*, 2016, vol. 9, no 1, p. 209-234.
- RENAT, F., "De olvido a sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena". *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 2005.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional. Discurso leído el día 18 de febrero de 2002, en el acto de su recepción como Académico de Número*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2002.
- SÁNCHEZ, M.P. "¿Es posible la mediación con drogodependientes?", en J. Tomás, et al. *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Editorial Reus, 2011.
- SANMARTÍN, O., 21 de junio 2018, en El Mundo: <http://www.elmundo.es/espana/2018/06/25/5b30be1dca4741905f8b465e.html> (consultado 15/09/2018).
- SERRAMIÀ, L. "Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa en el sistema penal tras las reformas legales del año 2015: especial incidencia en la violencia de género". *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 2, 2018.
- SÁNCHEZ, J.M et al.; *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*. Editorial Reus, 2011.
- ROIG, M. "La mediación penal en España, Estados Unidos y Alemania". *Cuadernos de política criminal*, núm. 121, 2017.

Anexo 1

CIRCULAR 7 /2015 de la Fiscalía General del Estado sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por LO 1/2015

Epígrafe 4.2 Excepción absoluta: la necesidad de que la expulsión sea proporcionada

Dice el art. 89.4 CP, en su primer párrafo, que “no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada”, lo que resulta congruente con la afirmación del Preámbulo de la LO 1/2015 de que “la sustitución se condiciona, en todos los casos, a la proporcionalidad de la medida”.

La proporcionalidad exige valorar el impacto que el cumplimiento de la medida tendría en la vida privada y familiar del extranjero, así como la gravedad del hecho por el que ha sido condenado. Esta excepción excluye tanto la sustitución total como parcial de la pena de prisión: a ello obedece que el Preámbulo diga que en los términos de la sustitución penal la proporcionalidad opera “en todos los casos”. El arraigo personal del extranjero, además, compromete derechos del más alto rango, como el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE y el derecho a la vida privada y familiar en la formulación del art. 8 CEDH, de los que no puede ser privado sin una sólida justificación.

Dice el art. 8 CEDH:

“1.- Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2.- No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Con mayor motivo, será desproporcionada y no se aplicará la expulsión en aquellos casos en que la repatriación del penado comprometa su vida o integridad por las circunstancias del propio penado y de su país de origen (SSTS nº 791/2010, de 28 de septiembre y 853/2010, de 15 de octubre).

La correcta intelección de la excepción de proporcionalidad se facilita al incorporar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) que extrae del art. 8 CEDH una rica y variada casuística en la que se fijan los límites de la expulsión gubernativa o judicial. De dicha doctrina podemos inferir algunas líneas maestras que los Sres. Fiscales deberán atender en el manejo de la expulsión como sustitutivo de la prisión, como son:

a) El tiempo de residencia en suelo español del penado: a mayor tiempo, mayor arraigo cabrá esperar en razón de los vínculos sociales, laborales y familiares que habrá establecido. El arraigo será la norma en los residentes legales, pues la concesión de las autorizaciones administrativas se condiciona normalmente a la existencia de un contrato de trabajo, o de

Monográfico: Mediación

fuentes de ingresos suficientes para garantizar su autonomía económica, que generan un círculo virtuoso de integración activa en el tejido social del país de acogida que la condena penal sólo debe romper si la naturaleza y circunstancias del delito lo hacen estrictamente imprescindible para salvaguarda la seguridad y el orden interior.

No obstante, comoquiera que es posible que un residente legal no haya llegado a establecer vínculos efectivos con el país de acogida, no es posible establecer una presunción general de arraigo, por lo que habrán de ser examinados caso a caso.

b) El tipo de migrante: hay situaciones de asentamiento prolongado que convierten al inmigrante en un ciudadano efectivo del país:

Inmigrantes de segunda generación: son los hijos de inmigrantes que han nacido y vivido toda su vida en España manteniendo la nacionalidad de sus progenitores; es posible que no conserven relación alguna con el país de origen, no sepan desenvolverse con fluidez en el idioma de sus progenitores y hayan desarrollado todas sus relaciones sociales, culturales y afectivas, incluido el matrimonio, en nuestro país. En estas circunstancias —al margen de su nacionalidad formal— es lo cierto que materialmente nos hallamos ante verdaderos ciudadanos del país de acogida, y extranjeros en su país de origen.

Inmigrantes llegados en la infancia o durante su juventud que durante la mayor parte de su existencia hubieran permanecido en España, donde han sido escolarizados y, en general, establecido sus lazos familiares y sociales. En ellos concurren circunstancias similares a los anteriores no conservando con su país natal nada más que el simple lazo de la nacionalidad.

c) El estado de salud: la expulsión no debe implicar nunca un riesgo añadido en este aspecto. Será desproporcionada, pues, la expulsión del extranjero que se encuentre en un estado físico o psíquico de tal entidad que la aplicación de la medida le deje en situación de grave vulnerabilidad o agrave su situación (STEDH 13 de julio de 1995, Nasri contra Francia).

d) La situación familiar: no es proporcionada —salvo que concurren circunstancias muy poderosas— la expulsión de un extranjero que tenga establecida su familia en España si sus miembros guardan relaciones estables de convivencia o dependencia. Para el TEDH “excluir a una persona de un país donde viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el respeto al derecho de la vida privada y familiar, protegida por el artículo 8.1 de la Convención” (STEDH 11 de octubre de 2011, Emre contra Suiza).

Debe tratarse, en todo caso, de relaciones con parientes próximos: cónyuge o pareja de hecho, hijos, padres o hermanos (STEDH 17 de febrero de 2009, Onur contra el Reino Unido), sin descartar otros parientes en situación de dependencia material del penado (art. 3.2 Directiva 2004/38/CE).

Deben ser relaciones genuinas, que entrañen convivencia o asistencia material, para cuya acreditación no basta la alegación de un vínculo formal (SSTEDH 30 de noviembre de 1999, Baghli contra Francia; 11 de julio de 2002, Amrollahi contra Dinamarca; 13 de febrero de 2001, Ezzouhdi contra Francia; 17 de abril de 2003, Yilmaz contra Alemania; y 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia).

Debe haber una relación de convivencia real y estable, no basta alegar la existencia de una relación de parentesco. No se encuentra en esta situación quien es soltero, no tiene hijos, y no ha demostrado mantener relaciones estrechas ni con sus padres ni con sus hermanos y

Monográfico: Mediación

hermanas que habitaban en el país de acogida (STEDH de 30 de noviembre de 1999, Baghli contra Francia).

No basta con demostrar la existencia formal del matrimonio, es preciso que se acrediten otros factores que pongan en evidencia la efectividad de la vida en familia de la pareja (STEDH de 11 de julio de 2002, Amrollahi contra Dinamarca); no es suficiente probar que se tienen hijos residentes en el país receptor, es preciso que haya constancia de una efectividad de relaciones paterno filiales (SSTEDH de 7 de noviembre de 2000, Kwattie-Nti y Dufie contra Países Bajos; de 13 de febrero de 2001, Ezzouhdi contra Francia; de 17 de abril de 2003, Yilmaz contra Alemania; de 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia).

Es preciso considerar no sólo la situación familiar del penado en el momento en que se dicta sentencia, sino también en el momento en que se ejecuta la decisión de expulsión, si entre ambos ha transcurrido un periodo de tiempo relevante. Así lo entendió el TEDH en un caso en que la ejecución de la medida se demoró cuatro años debido a la tardanza en resolver por la autoridad competente el recurso interpuesto contra su expulsión por el afectado, “por no ser admisible echar la culpa al demandante de haber recurrido la resolución de expulsión (...) ni reprocharle ni imputarle la duración del procedimiento del recurso contra tal resolución” (STEDH de 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia).

e) El impacto de la medida en los miembros del núcleo familiar del penado: deben valorarse, igualmente, los efectos negativos que la expulsión produciría como consecuencia de la separación de los componentes del grupo familiar. En concreto, la imposibilidad o dificultad de acompañamiento. Si los familiares íntimos del extranjero se ven precisados a seguirle en su extrañamiento también ellos sufren la expulsión (STEDH 10 de abril de 2003, caso Mehemmi contra Francia); y si no pueden seguirle, se verán imposibilitados para ejercer de forma efectiva el derecho a la vida privada y familiar que les reconoce el artículo 8.1 CEDH. Por ello, aunque las dificultades de los cónyuges e hijos para acompañar al expulsado por sí mismas no son motivo suficiente para excluir la expulsión (STEDH 11 de julio de 2002, Amrollahi contra Dinamarca), deben ser necesariamente incorporadas al juicio de proporcionalidad (STEDH 2 de agosto de 2001, Boulouf contra Suiza), sobre todo cuando la separación es inevitable al no existir la posibilidad de instalarse juntos en un tercer país (SSTEDH 11 de julio de 2002, Amrollahi contra Dinamarca y 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia).

También se valora la relación dependencia. Para poder reconocer la existencia de arraigo familiar no es suficiente con probar la permanencia en el Estado de acogida de familiares más próximos, es preciso acreditar la existencia de relaciones reales y efectivas de vida familiar, incluso de mutua dependencia.

Para valorar el grado de dependencia es necesario tener en cuenta la edad de los hijos (STEDH de 2 de febrero de 2001, Boulouf contra Suiza) y las condiciones adicionales de dependencia. Cuanto de menor edad sean los hijos, más necesitados estarán de asistencia familiar.

Del mismo modo, la relación de dependencia se acentuará en caso de que el expulsado adolezca de un precario estado de salud (STEDH de 12 de enero de 2010, Khan contra el Reino Unido) o padezca de deficiencias físicas o psíquicas que solo pudieran ser atemperadas por la atención y cuidados de sus más allegados, o cuando la familia fuera el lugar idóneo donde encontrar un mínimo de equilibrio psicológico y social (STEDH de 13 de julio de 1995, Nasri contra Francia).

Monográfico: Mediación

f) Vinculación del afectado con el país de donde procede. Por fin, otro de los factores delimitadores del arraigo familiar en el país de acogida lo constituye la intensidad de los vínculos del afectado con su nación de origen. En efecto, el arraigo familiar no solo exige el dato positivo de que el núcleo familiar más próximo permanezca en el Estado de acogida, sino también el negativo de carecer de lazos sociales, culturales o familiares con su país de origen (SSTEDH 18 de febrero de 1991, Moustakin contra Bélgica; de 26 de septiembre de 1997, Mehemi contra Francia; de 17 de abril 2003, Yilmaz contra Alemania; de 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia; de 12 de enero de 2010, Khan contra el Reino Unido).

Al margen de las circunstancias del hecho y la existencia de arraigo hay que tomar en consideración otras circunstancias personales que pueden afectar al juicio de proporcionalidad. En concreto hay que valorar el riesgo actual de que el extranjero sometido a expulsión pueda quebrantar el orden o seguridad pública. Para ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora el comportamiento observado desde la comisión del delito hasta su expulsión (STEDH de 11 de julio de 2002 Amrollahi contra Dinamarca), el tiempo transcurrido desde el último delito cometido y la decisión de la expulsión (STEDH de 18 de febrero de 1991, Moustakin contra Bélgica), o desde su excarcelación si cumplió pena privativa de libertad, pues el transcurso de un significativo periodo de buena conducta con posterioridad a la comisión del delito necesariamente tiene un impacto en el riesgo que el recurrente supone para la sociedad (STEDH de 12 de enero de 2010, Khan contra el Reino Unido).

No se puede cerrar el análisis de la proporcionalidad sin recordar que el art. 89.4, 1 CP también alude a las circunstancias del hecho como elemento integrante del

Juicio de ponderación, por lo que la gravedad intrínseca del delito y la relevancia de los bienes jurídicos afectados tendrán igualmente un peso específico en la decisión; por ello, cuando el delito afecte de modo grave a la seguridad interior o exterior del Estado, y genere un sentimiento de inseguridad y zozobra en la población, pudiera no ser desproporcionada la expulsión sustitutiva del ciudadano extranjero, aunque hubiera acreditado una situación de arraigo personal.

En los casos en que el arraigo personal haya sido el fundamento de la inaplicación de la expulsión sustitutiva, será posible valorar la pertinencia de la suspensión condicional de la pena en cualquiera de las modalidades previstas en los arts. 80 y ss. CP. La razón de ello radica en que la expulsión no se descarta por exigencias de prevención general o de afirmación del ordenamiento jurídico, sino para evitar la lesión de los derechos del condenado a la vida privada y familiar. La ejecución penitenciaria de la pena no constituye, por tanto, una alternativa obligada, sino que habrá de estarse a la gravedad del hecho. De este modo, rige el principio de igualdad de tratamiento del extranjero respecto de los penados de nacionalidad española, quedando expedito su acceso a las alternativas al cumplimiento de la prisión previstas en nuestro CP, si cumple los requisitos necesarios para ello.

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_%207-2015.pdf?idFile=5640a72b-d8d6-4ace-8589-4ceb02548906

¿QUÉ PUEDE APORTAR LA MEDIACIÓN PENAL ANTE LA EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS INFRACTORES?

M^ª Angeles Casabó
Carla de Paredes

RESUMEN: La justicia restaurativa está alcanzando una mayor aplicación desde la perspectiva de la víctima. En este artículo, se va a enfocar la mediación desde el punto de vista del infractor extranjero. Actualmente se viene observando una creciente aplicación de respuestas alternativas como medidas sustitutivas al ingreso en prisión, unido a que es necesario un previo estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar. Se analiza la posibilidad de acudir a la mediación con la finalidad de conseguir una aplicación positiva de la sustitución de la pena en la expulsión del territorio español como pena sustitutiva a la pena privativa de libertad.

PALABRAS CLAVE: justicia restaurativa, mediación penal, expulsión, sustitución, arraigo, inmigración

ABSTRACT: Restorative justice is reaching a greater application from the perspective of the victim. In this article, mediation will be focused from the point of view of the offender, specifically when foreigner. Currently, there has been an increasing application of alternative responses as alternatives to admission to prison, together with the need for a prior study of the prisoner's specific circumstances, rooting and family situation. The possibility of resorting to mediation is analyzed in order to achieve a positive application of the substitution of punishment from expulsion from Spanish territory as a substitute punishment to the custodial sentence.

KEYWORDS: criminal mediation, restorative justice, penalty expulsion, substitution of punishment, roots, immigration

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. La Regulación en el Código Penal de las formas sustitutivas de las penas: expulsión de ciudadanos extranjeros (artículos 88 y 89 CP).- 3. Ciudadanos extranjeros y especial referencia a su situación de arraigo.- 4. Mediación y otras herramientas restaurativas.- 5. Conclusiones.- Bibliografía.

Monográfico: Mediación

1. Introducción

La justicia restaurativa es una de las perspectivas de justicia penal más novedosas que ha generado un gran interés por parte de la doctrina. En cuanto a su origen y en nuestro entorno nace como un movimiento cultural basado en la cultura de paz, en concreto surge de la mano de los movimientos cercanos a la victimología y al abolicionismo penal,¹ fomentado por una crisis del modelo de justicia penal preponderante.

No es este el lugar para entrar en profundidad en las definiciones de justicia restaurativa, en su relación con la mediación, reparación, conciliación, etc., sin embargo, coincidimos con Etxebarria, *“la justicia restaurativa no solo implica introducir la mediación u otros mecanismos similares, implica repensar los fines del sistema penal (por ejemplo si la reparación ha de ser un fin del derecho penal junto al de prevención de los ataques a bienes jurídicos) e implica repensar sobre todo los roles y las prácticas de los operadores jurídicos (evitar la victimización secundaria, respetar y escuchar a las víctimas, protegerlas, atender a sus necesidades...), inmersos como están en una cultura puramente punitiva”*.² *“Para la justicia en términos sociales, la mediación ofrece una nueva concepción, nuevas formas de respuesta penal con sentido educativo, promoviendo actitudes hacia la responsabilidad y la reparación”*.³

La mediación será uno de los instrumentos posibles para hacer efectiva esa justicia restaurativa, contando con la participación de la víctima en la gestión del conflicto, y haciendo que sean ella y el infractor quienes logren alcanzar un acuerdo dirigido a reparar/restaurar el daño.⁴

Desde la aprobación de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del delito, la mediación penal se ha visto reconocida dentro del ordenamiento jurídico español, dándole un enfoque del uso de la mediación penal desde la perspectiva de la víctima. En el Estatuto de la víctima del delito, la introducción de la intervención de la víctima en distintas fases de la ejecución de la pena, se ha visto concretada en el artículo 13. Por tanto, se ha puesto en valor a la víctima desde una perspectiva legal. Hay autores que consideran que hemos pasado del olvido de la víctima a una aparente sacralización,⁵ no lo compartimos, pero sí advertimos el olvido del victimario o del infractor de los estudios doctrinales, cuando también puede ser un gran beneficiado en una mediación, pues la justicia restaurativa supone pasar de un modelo autoritario-impositivo fundado en el castigo, hacia la composición del conflicto entre la víctima y la persona infractora o entre ésta y la sociedad.

Nos interesa especialmente, este infractor o victimario cuando es extranjero, pues la modificación del Código Penal L.O. 1/2015, de 30 de marzo tiene enormes consecuencias sobre

1 Entre otros, en FRANCÉS, P. “La justicia restaurativa y el art. 15 del Estatuto de la víctima del delito ¿un modelo de justicia o un servicio para la víctima?”, *e-Eguzkilore*, núm. 3, 2018.

2 ETXEBARRIA, X., “Justicia restaurativa y fines del Derecho penal”, en M. Martínez (Coord.), *Justicia Restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (págs. 47-68). Madrid, Instituto Complutense de mediación y gestión de conflictos, 2011.

3 DE PAREDES, C. “La mediación penal: especial atención a los extranjeros”, *Revista de mediación*, núm. 1, 2015, págs. 50-60, p. 52

4 ARMENGOT, A. “La incorporación de la mediación en el proceso penal español”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº. 106, 2014, p. 7

5 EN RENAT, F., “De olvido a sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena”. *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 2005, págs. 1-68. pág. 52: “no constituye un islote en el océano jurídico-penal, esto es, un acontecimiento aislado e inconexo, sino que se enmarca en una política criminal continuista de la corriente de neo-conservadurismo que asoló el continente europeo en la primera década del siglo XXI, como consecuencia del atentado de las torres gemelas de Nueva York, y que favoreció que la idea de la justicia como venganza continuara siendo popularmente atractiva”.

Monográfico: Mediación

la población extranjera que pueda verse en un procedimiento penal pues será expulsado de España a pesar de haber conseguido su residencia legal en nuestro país.

Por ello, en el presente artículo se plantea la necesidad de utilizar la mediación penal o cualquier otra herramienta de justicia restaurativa cuando una de las partes sea un extranjero a quienes una eventual sentencia condenatoria con la expulsión como sustitución de la pena privativa de libertad les ocasionara grave perjuicio.

Pretendemos efectuar una aproximación a la figura de la expulsión en el seno del proceso penal, prescindiendo por tanto de la inclusión en el estudio de la expulsión gubernativa regulada en el art. 57.2 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dado su carácter administrativo, y la utilización de la mediación penal. Veremos cómo en este sistema de justicia restaurativa podría tratarse la evitación de la expulsión del extranjero y la subsiguiente prohibición de regreso a territorio nacional, ya que se identificaría con los intereses y contenidos de rehabilitación y reinserción social frente al Derecho penal cuyo fin exclusivo es la persecución y prevención del delito.

Nos parece interesante la definición sobre Mediación que da Saez, desde una perspectiva empírica⁶ “como el sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral, en posesión de conocimientos y habilidades técnicas específicas, imparcial e independiente de los actores institucionales del proceso, ayuda a dos o más personas implicadas en un delito o falta en calidad de víctima e infractor (o en ambas posiciones) en los supuestos de denuncias cruzadas a comprender el origen del conflicto, sus causas y sus consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre el modo de reparación, tanto material como simbólica.

Pues el Derecho penal no debe ser en ningún caso instrumento de represión, sino garantía de libertad.(...) garantía de libertad moral y política, que precisamente hace posible en una sociedad pluralista el ejercicio pleno de todas las libertades reconocidas por la Constitución”.⁷

2. La Regulación en el Código Penal de las formas sustitutivas de las penas: expulsión de ciudadanos extranjeros (artículos 88 y 89 CP)

El legislador español en el Título III regula “Las Penas”, en concreto, en el Capítulo III “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”, Sección “De la sustitución de las penas privativas de libertad”. En concreto la expulsión judicial extranjero aparece regulada materialmente en los art. 89⁸ y 108⁹ del CP, sin que exista previsión alguna en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) sobre el trámite procesal para su adopción, debiéndose acudir a las breves menciones en la legislación penal sustantiva y, sobre todo, a la doctrina jurisprudencial.

6 SÁEZ RODRÍGUEZ, C. (Coord.): *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*. Editorial Thomson Arazandi. Navarra. 2008. p. 314.

7 RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*. Discurso leído el día 18 de febrero de 2002, en el acto de su recepción como Académico de Número, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. 2002.

8 Artículo 89 redactado por el número cuarenta y ocho del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE DE 31 marzo).

Monográfico: Mediación

El legislador es muy claro en su artículo 89: *“Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español”*.

GARCÍA-ESPAÑA ha entendido esta reforma como un instrumento con el que el ordenamiento jurídico se arma frente al extranjero delincuente es la expulsión como sustitución total o parcial de la pena de prisión del art. 89 CP.¹⁰

El artículo 89 no distingue tipo de extranjero y la expulsión lleva consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España (art.89.5). Ahora una condena penal de prisión de más de un año también supondrá la expulsión de los extranjeros con residencia legal, es decir, ya no se distingue entre situaciones de regularidad o irregularidad, o incluso ciudadanos de la Unión Europea. Así es como la condición de extranjero realza la vertiente subjetiva del supuesto de hecho de la norma con independencia de su situación administrativa, que pierde su carácter delimitador. Ya no existe dos modelos punitivos diferentes, en función de los sujetos a los que les es de aplicación, es decir, un modelo para los extranjeros que se encuentran en una situación administrativa de irregularidad en el estado español, y un segundo modelo, para los nacionales, los extranjeros administrativamente regulares y los extranjeros comunitarios. Esto supone una mayor posibilidad de aplicabilidad de la medida.

La expulsión conlleva una prohibición de regreso prevista en el art.89.5: *“El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado”*.

Por otro lado, el artículo 89 CP distingue tres supuestos en función de la pena a imponer: penas de prisión de hasta un año, penas de prisión de un año hasta cinco años, o penas de prisión superior a cinco años.

Sin embargo, el propio artículo reconoce la posibilidad de la sustitución de la expulsión cuando afirma: *“No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.”*(Art. 89.4).

La trascendente reforma LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, introduce el arraigo de la persona extranjera como elemento limitador de la expulsión.

En el artículo 108: *“Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España”*.

Modulada la expulsión como medida sustitutiva integral o parcial de la pena impuesta, la expulsión judicial suscita importantes dudas sobre su auténtica naturaleza jurídica.

La doctrina que ha estudiado esta medida entiende que la existencia del art. 89 del CP y esta es en realidad un instrumento al servicio de la política migratoria y no al de la política penal,

10 GARCÍA-ESPAÑA, E. “El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión”. *Migraciones*. Publicación del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones, 2018, no 44, p. 119-144. GARCÍA-ESPAÑA comenta varios instrumentos basándose en la idea de *crimmigration* para hacer referencia a la desdibujada frontera entre la política criminal y migratoria, y el sometimiento de aquella a favor de esta (Stumpf, 2006).p. 121.

Monográfico: Mediación

lo cual significa poner el Derecho penal al servicio del Derecho administrativo a los efectos del control de los flujos migratorios.¹¹

En este mismo sentido la STC 242/1994, de 20 de julio estableció que la expulsión “no se concibe como modalidad de ejercicio de *ius puniendi* del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero que el Estado...puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a una política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar”.

El carácter abstracto de la expulsión se puso de manifiesto en la STS 901/2004 de 8 de julio marcando, desde ese momento, una línea jurisprudencial que matiza el carácter preceptivo de la expulsión.¹²

“Para lograr la adecuada ponderación y salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, **parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia del penado y la motivación en la decisión.** Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como la única garantía de que, en la colisión de los bienes en conflicto, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad. Una vez más hay que recordar que, todo juicio es esencialmente individualizado, y si ello tiene una especial incidencia en la individualización judicial de la pena, es obvio que también debe serlo en aquellas medidas sustitutivas de la prisión”.

El TS ha considerado en algún supuesto como argumento válido para no aplicar la expulsión sustitutiva el considerar que dicha medida resulta discriminatoria respecto de colectivos, tales como los autóctonos y los extranjeros en situación regular (STS 1120/2005, de 28 septiembre).

En la Sentencia del Tribunal Supremo número 853/2010, de 15 de octubre: “se considera que con una aplicación automática y rutinaria (sin atender a las circunstancias específicas que lo justifiquen en el caso concreto) de la sustitución de la pena por la expulsión del acusado a su país de origen, se estaría promoviendo de forma incomprensible la comisión de delitos graves dentro del territorio nacional por ciudadanos extranjeros. De ahí que cuando las penas sean superiores a los tres años, y con más razón cuando se vayan aproximando a los seis años de prisión, no se estime razonable la concesión de la expulsión hasta que se cumpla la mitad de la pena”.

Del conjunto de las interpretaciones, este carácter preceptivo de la expulsión ha sido matizado por los demás elementos que el TS ha ido incorporando a la interpretación del art. 89 del CP. Por lo tanto se establece el trámite de audiencia del penado, así como también las circunstancias personales del condenado, arraigo y situación familiar “a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor” y la necesidad de motivar siempre la resolución sobre la expulsión.

11 MARTÍN, P.: *La expulsión de extranjeros del artículo 89 del Código Penal: Análisis jurídico penal y criminológico*. 2015. Tesis doctoral. Universitat de Girona. Véase en p. 25-30.

12 Estudiado por DURÁN, I: “El extranjero delincuente “sin papeles” y la expulsión (a propósito de la STS 8-7-2004)”, *Revista de derecho penal y criminología*, nº. 15, 2005.

3. Ciudadanos extranjeros y especial referencia a su situación de arraigo

Como afirmábamos al principio de este artículo, la mediación penal ha sido estudiada desde la perspectiva de la víctima o del menor, pero no suficientemente desde el victimario.

Desde hace años, se propugna un nuevo cambio de mentalidad en el Derecho Penal, un paso al frente a favor de una clase de justicia en la que el protagonismo se devuelva a las partes involucradas en el conflicto, tal como fue en sus orígenes, y esto solo se consigue poniendo a las partes involucradas en situación de igualdad. España es un país multicultural y plurirreligioso. Según el INE y su estadística del padrón, son extranjeros en situación de regularidad a 1 de enero de 2018, 4.719.418¹³. Según información de actualidad, la llegada de inmigrantes a España aumenta un 28% y hace crecer la población por segundo año consecutivo¹⁴. DE LUCAS¹⁵ afirma: “ frente al perfil típico del inmigrante de mediados de los años 90 que solía ser un hombre o una mujer sola, ha aumentado el número de familias. Tanto por efecto de la reagrupación familiar como por el hecho que, de forma creciente, la migración procedente de determinados países latinoamericanos es, en buena medida y desde el primer momento, una migración del grupo familiar que se realiza de forma escalonada. Es el caso, de forma muy destacada, de los nacionales de Ecuador en los últimos dos años. Otro indicador de la importante presencia de familias, un factor básico en la caracterización sociológica de las migraciones, es el número creciente de menores inmigrantes escolarizados”.

Esto nos lleva a la idea del arraigo de los inmigrantes. El arraigo es un concepto jurídico indeterminado puede complementarse con el contenido en el Art. 124¹⁶, Real Decreto 557/2011,

13 Instituto Nacional de estadística: <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/e245/p04/provi/10/&file=0ccaa002.px> (consultado 15/09/2018).

14 Sanmartín, O.: 21 de junio 2018, en *El Mundo*: <http://www.elmundo.es/espana/2018/06/25/5b30be1dca4741905f8b465e.html> (consultado 15/09/2018).

15 DE LUCAS, F. J.: *Inmigración y globalización. Acerca de los presupuestos de una política de inmigración. En Inmigración y ciudadanía: perspectivas sociojurídicas*. Universidad de La Rioja, 2003. p. 23-52.p.51.

16 Artículo 124. Autorización de residencia temporal por razones de arraigo.

2. Por arraigo social, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años.

Además, deberá cumplir, de forma acumulativa, los siguientes requisitos:

a) Carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años.

b) Contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a un año. Dicha contratación habrá de estar basada en la existencia de un solo contrato, salvo en los siguientes supuestos:

1.º En el caso del sector agrario, cabrá la presentación de dos contratos, con distintos empleadores y concatenados, cada uno de ellos de duración mínima de seis meses.

2.º En el caso de desarrollo de actividades en una misma ocupación, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de un empleador, se admitirá la presentación de varios contratos, todos ellos de duración mínima de un año, y cuya suma debe representar una jornada semanal no inferior a treinta horas en el cómputo global.

c) Tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes o presentar un informe de arraigo que acredite su integración social, emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan su domicilio habitual.

A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges o parejas de hecho registradas, ascendientes y descendientes en primer grado y línea directa.

En los supuestos de arraigo social acreditado mediante informe, que deberá ser emitido y notificado al interesado en el plazo máximo de treinta días desde su solicitud, en éste deberá constar, entre otros factores de arraigo que puedan acreditarse por las diferentes Administraciones competentes, el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual, en el que deberá estar empadronado, los medios económicos con los que cuente, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción socio laborales y culturales. Simultáneamente y por medios electrónicos, la Comunidad Autónoma deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente.

Monográfico: Mediación

de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, referido al arraigo. Este arraigo puede ser por razones de arraigo laboral, social o familiar. Nos interesa especialmente cuando el extranjero tiene arraigo social.

La comisión de un hecho delictivo, así como la condena por el mismo tiene un plus de lesividad en este colectivo, pues muchas veces tienen parejas estables e hijos, y la expulsión conlleva posteriormente una deportación a la que se suma la imposibilidad de poder regresar tanto al estado que ejecutó la medida, como al conjunto de países del espacio Schengen. La aplicación de la medida suponga para los extranjeros una mayor carga retributiva, “entendiendo ésta en el sentido tradicional, donde no hay, ni puede existir una reeducación, o reinserción social de la persona condenada, solamente un castigo¹⁷”.

Con la nueva defensa social, el delincuente no debe ser sometido a la justicia penal con un fin de expiación, venganza o retribución; sino que la pena debe estar orientada al tratamiento del delincuente, con la concreta finalidad de devolver al autor del delito a una vida social libre y consciente.

Así ROXIN¹⁸ recalca que: “...la teoría de la retribución ya no se puede sostener hoy científicamente. Pues, si, ...la finalidad del Derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescindiera de todos los fines sociales. La idea de retribución exige también una pena allí, donde sobre la base de la protección de bienes jurídicos no sería necesaria (cfr. nm. 3); pero entonces la pena ya no sirve a los cometidos del Derecho penal y pierde su legitimación social. Dicho de otra manera: el Estado, como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. La voluntad de los ciudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre en paz y en libertad; está limitado a esta tarea de protección. La idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el del sufrimiento de la pena), sólo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo.”

A dichos efectos, el órgano autonómico competente podrá realizar consulta al Ayuntamiento donde el extranjero tenga su domicilio habitual sobre la información que pueda constar al mismo.

El informe de arraigo referido anteriormente podrá ser emitido por la Corporación local en la que el extranjero tenga su domicilio habitual, cuando así haya sido establecido por la Comunidad Autónoma competente, siempre que ello haya sido previamente puesto en conocimiento de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

El informe de la Corporación local habrá de ser emitido y notificado al interesado en el plazo de treinta días desde la fecha de la solicitud. Simultáneamente y por medios electrónicos, la Corporación local deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente.

El órgano que emita el informe podrá recomendar que se exima al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, siempre y cuando acredite que cuenta con medios económicos suficientes. En caso de cumplirse los requisitos previstos en el artículo 105.3 de este Reglamento, se podrá alegar que los medios económicos derivan de una actividad a desarrollar por cuenta propia.

En caso de que el informe no haya sido emitido en plazo, circunstancia que habrá de ser debidamente acreditada por el interesado, podrá justificarse este requisito por cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

b) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

4. Por Orden del titular del Ministerio de la Presidencia a propuesta de los titulares de los Ministerios del Interior y de Trabajo e Inmigración y previo informe de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, se podrá determinar la aplicación de la situación nacional de empleo a las solicitudes de autorización de residencia temporal por razones de arraigo social.

17 BRANDARIZ, J.A.: “La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas”, núm. 2., *InDret*, 2014. p.

18 ROXIN, C.: *Derecho penal: parte general V. 1: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas, 1997.p. 84.

Monográfico: Mediación

Respecto al arraigo, la circular la Fiscalía General del Estado, CIRCULAR 7 /2015, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por LO 1/2015 (Ver Anexo 1):

“En los casos en que el arraigo personal haya sido el fundamento de la inaplicación de la expulsión sustitutiva, será posible valorar la pertinencia de la suspensión condicional de la pena en cualquiera de las modalidades previstas en los arts. 80 y ss. CP. La razón de ello radica en que la expulsión no se descarta por exigencias de prevención general o de afirmación del ordenamiento jurídico, sino para evitar la lesión de los derechos del condenado a la vida privada y familiar. La ejecución penitenciaria de la pena no constituye, por tanto, una alternativa obligada, sino que habrá de estarse a la gravedad del hecho. De este modo, rige el principio de igualdad de tratamiento del extranjero respecto de los penados de nacionalidad española, quedando expedito su acceso a las alternativas al cumplimiento de la prisión previstas en nuestro CP, si cumple los requisitos necesarios para ello.”

En relación con al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) es el destinado a enjuiciar las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en sus Protocolos por parte de los Estados parte de dicho Convenio. La doctrina legal establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que una orden de expulsión puede afectar al derecho de toda persona física a la protección de la familia con abstracción de cual sea la causa que constituya el substrato de la salida obligatoria de uno de los países firmantes del Convenio de Roma. Para ello, siguiendo su doctrina, para ponderar el grado de integración del extranjero en la sociedad española será necesario valorar los siguientes criterios:¹⁹

1. El arraigo de permanencia: se ha de valorar el tiempo de permanencia en nuestro país, siendo especialmente importante cuando se trate de inmigrantes de segunda generación o cuasi nacionales, es decir, que hayan nacido en el país de acogida, por otro lado, se ha de valorar la actividad laboral como compensación a la falta de arraigo en España. Para ello, el extranjero deberá acreditar que la actividad laboral le permite mantener unas condiciones de estabilidad y viabilidad futuras.
2. El arraigo familiar: sobre este criterio el TEDH ha señalado: ‘excluir a una persona de un país donde viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el respeto al derecho a la vida privada y familiar, protegida por el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH).

El art. 8.1 CEDH establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha deducido de aquel precepto un “derecho a la vida familiar”, que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (STEDH caso *Johansen*, de 27 de junio de 1996, § 52)

Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido que en algunos casos el art. 8.1 CEDH puede actuar como límite a la posibilidad de aplicación de las causas legales de expulsión de los extranjeros, si bien teniendo en cuenta a su vez los límites impuestos por

19 Recogida por MARTÍN, P., *Ob. cit.* Pág.58

Monográfico: Mediación

el art. 8.2 CEDH, las circunstancias del caso y la ponderación de los intereses en juego, entre muchas, STEDH caso *Dalia*, de 19 de febrero de 1988, §§ 39-45, 52-54.

Recientemente, el TEDH condenó a España TEDH 18 diciembre 2018, 3 de octubre, N.D. y N.T. vs. España, porque España expulsó injustamente a dos condenados por tráfico de drogas.

En concreto, España vulneró el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos en el caso de dos ciudadanos marroquíes que fueron expulsados tras ser condenados por tráfico de drogas, ya que no se tuvieron en cuenta su situación privada y familiar, sin tener en cuenta sus lazos familiares ni su arraigo en el país. Con 13 años, Aziz Saber estaba escolarizado en España, donde vivía con parte de su familia y donde siguen residiendo su madre y sus cinco hermanos. Hamza Boughassal llegó con 11 años y desde entonces ha vivido en Girona. Saber y Boughassal contaban con un permiso de residencia de larga duración cuando, en 2008, un tribunal catalán los condenó por tráfico de drogas. Las autoridades iniciaron los trámites de expulsión mientras cumplían la pena.

La Corte de Estrasburgo consideró que la orden de expulsión vulneró su derecho al respeto a la vida privada y familiar, que la Justicia española no examinó la “proporcionalidad” de la medida, que no se tuvo en cuenta la duración de su estancia ni los lazos sociales, culturales y familiares con España. Este hubiera sido un caso susceptible de mediación.

Para poder valorar la existencia de arraigo será necesario que el extranjero acredite no sólo la permanencia de sus familiares más próximos en el país de acogida, sino la existencia de relaciones reales y efectivas de vida familiar, incluso de mutua dependencia. Será necesario para no aplicar la medida de expulsión que la vida familiar exista en el momento que la expulsión va a ser efectivamente ejecutada.

Afirma De Paredes, que las circunstancias a valorar consisten fundamentalmente en los efectos negativos que puedan producirse como consecuencia de la separación de los componentes del grupo familiar provocada por la expulsión, tanto en relación con el extranjero extrañado como para los que de él dependa; donde tendría cabida la mediación previamente a formalizar la expulsión, en el sentido de valorar dichas circunstancias y dichos efectos negativos de la propia expulsión.

Por otro lado, la expulsión del extranjero es una intromisión en la vida familiar, ya que debe valorarse si la expulsión o rechazo del extranjero condenado hace imposible que la vida familiar pueda desarrollarse en el país al que el condenado es expulsado. Por lo tanto, la mejor manera para poder tratar este tema sea desde el punto de vista del mediador que es una persona imparcial pero conocedora de las necesidades del extranjero.²⁰

Veremos como en este sistema de justicia restaurativa puede tratarse la evitación de la expulsión del extranjero y la subsiguiente prohibición de regreso a territorio nacional, ya que se identificaría con los intereses y contenidos de rehabilitación y reinserción social frente al Derecho penal cuyo fin exclusivo es la persecución y prevención del delito.

20 DE PAREDES, C. *Ob. cit.*, Pág. 54.

4. Mediación y otras herramientas restaurativas

En la medida en que la mediación, en el diálogo interpersonal y en el acuerdo de reparación, tienen cabida en muchos aspectos del conflicto interpersonal que pueda subyacer al delito o en el conflicto que el delito haya generado, se amplían también los efectos pacificadores y preventivo especiales de la sentencia penal con proceso de mediación.

La participación directa de las partes implicadas en las decisiones que les afectan, así como el hecho de que el proceso de mediación esté orientado a la reparación de la víctima, la responsabilización activa del infractor y el reconocimiento y apoyo social al proceso resultan muy apreciados por aquéllas, además de incidir muy positivamente en la prevención de la reincidencia y la eliminación o reducción de la revictimización.²¹

La mediación penal en España parece estar pensada esencialmente para aquellos supuestos en que se produce la remisión de la misma por estar pendientes unas diligencias incoadas contra el infractor. Es por ello que se canalizará formalmente la mediación como un incidente en el mismo proceso.

El Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevén una serie de posibilidades a conceder prestaciones legales al infractor que hace el esfuerzo de compensar el daño a la víctima. El tipo de beneficio legal dependerá de la etapa del proceso y el tipo del crimen, por ejemplo, la mitigación de la pena, suspensión de la pena privativa de libertad o su sustitución por una pena, beneficios o licencias cuando el infractor está cumpliendo la pena de prisión, entre otros. De ahí que, de hecho, un proceso restaurativo, aunque no esté expresamente previsto por la ley, es posible en cualquier fase del proceso penal, también después de la sentencia, para cualquier tipo de delito, en el que haya una víctima personal o una entidad jurídica que haya sufrido pérdida o daño.²²

Es, por tanto, su flexibilidad y su posibilidad de que el acuerdo se alcance en cualquier fase del proceso, no quedando su presentación sometido a reglas preclusivas.

Podemos afirmar como primera dificultad la de “fijar los actores de la mediación”. En el caso del infractor extranjero, el idioma puede ser un obstáculo, pues cualquier traducción es algo interpuesto. Esto no sucedería con millones de inmigrantes de origen Iberoamericano. Por otro lado, también hay que tener en cuenta su hoja histórico-penal, pues si tiene muchos antecedentes penales, tiene clara su idea de Justicia y administración de justicia, basada en su propia experiencia, lo que será un obstáculo para la mediación. El perfil ideal es el delincuente primario, carente de todo tipo de antecedentes, incluso policiales.

A veces las penas de prisión de más de un año se pueden imponer por delitos como pueden ser las amenazas, calumnias o incluso delitos contra la propiedad industrial que para muchos extranjeros es la única opción que les queda ante la imposibilidad de encontrar trabajo.

En el caso de la víctima, plantea especial problema en el caso de la victimización terciaria, es decir, víctima difusa y generalizada en delitos de orden público.

21 CANO, M^a A.: *La mediación penal*. Pamplona, Aranzadi, 2015. Pág. 339.

22 CERÓN, M., CLAVAGUERA, J.: *Reconstruyendo el balance entre víctima y ofensor: la integración de un enfoque proactivo hacia la víctima en la mediación penal*. Diario La Ley, núm. 3908, 2015, p. 4

Monográfico: Mediación

No solo se puede conseguir esto a través de la mediación, sino a través de cualquier técnica de carácter restaurativo, en el que muchas veces es fundamental la intervención de ONGs. Por ejemplo, en el que se observa como a través de herramientas de marcado carácter restaurativo, se repara el daño, se satisface a la víctima (bien puede ser esta la sociedad en su conjunto) y se procura la reinserción del infractor/a.²³

En otros casos, cuando la víctima no desea o no se muestra capacitada para participar en el proceso, en estos casos, tal vez sería conveniente una mediación indirecta. En la mediación indirecta, la negociación se desarrolla sucesivamente, no simultáneamente, con el mediador y las partes, sin cara a cara entre ellas; no existe coincidencia física en el mismo espacio la víctima y el victimario. La técnica de mediación penal en estos casos es diversa porque las habilidades del mediador irán dirigidas a convertirse en vehículo de transmisión de información de una parte a otra.²⁴

En un proceso de mediación no se incide en el hecho, ni en la calificación, se va a trabajar en qué momento sucedió en sentido amplio, cómo vivieron lo sucedido, qué proponen y desean las partes y cómo se puede reparar la situación. En definitiva, se va a abordar el conflicto en sentido amplio y en el futuro de esa relación.

Otra dificultad es la confusión de mediación con la conformidad.²⁵ Una primera gran diferencia será la falta de intervención del mediador. La única incidencia que la voluntad del investigado puede tener en el proceso penal es la de evitar la celebración del juicio, en los casos y en el modo y forma en que la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 655, 688 y siguientes LE-Crim para el procedimiento ordinario, y artículos 784.3 y 787 LECrim para el procedimiento abreviado) o la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (artículo 50 LOTJ), permite su conformidad con la pena pedida por el acusado, dictándose sentencia de conformidad.

23 En SÁNCHEZ, M.P., "¿Es posible la mediación con drogodependientes?", en J. Tomás, et al. Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso, Editorial Reus, 2011. Recientemente acudió a nosotros la novia de un joven extranjero que se encontraba preventivo en la cárcel de Madrid VII (Estremera): Nos relató cómo, "angustiado por la falta de dinero y de papeles empezó a trapechar con hachís, en la esquina de la calle Leganitos con la calle Torija" (es decir, es la misma calle donde está situada la Comisaría de la Policía Nacional del distrito Centro de Madrid). Por su actitud, los agentes tardaron muy poco en detenerle y al interrogarle sobre si tenía más cantidad de sustancia les dijo que sí y les acompañó a su domicilio, abrió el alto del armario, sacó varias cajas y entregó a la Policía toda la droga que tenía. Ciertamente, el *modus operandi* no era el de quien ha hecho del tráfico de drogas su forma de vida o profesión.

Fuimos a visitarle a prisión, le escuchamos, nos relató los hechos, por qué había venido a España, su sueño truncado de triunfar en nuestro país y su desánimo. Él no se sentía un delincuente, pero el escrito de acusación y la sociedad decían que lo era, no podía con esa etiqueta. Quería salir, demostrar que era un honrado ciudadano, casarse con su novia y seguir, pero eso sólo era un sueño. Le animamos a pensar qué podía hacer para reparar el daño que había causado a todos aquellos que compraban la sustancia que él vendía y que estaban así causándose un grave daño a la salud.

Días después nos envió una carta con distintas alternativas. Tenía un dinero ahorrado, ni su novia lo sabía. Era para la boda. Entregaría esa cantidad a la asociación APOYO para que ayudara a niños cuyos padres eran víctimas de las drogas. Montaríamos en el barrio una peluquería gratuita para indigentes (él es peluquero).

En la última visita que le hicimos en prisión acordamos que plantearíamos a la Audiencia Provincial diversas soluciones: consignó el dinero en la cuenta de la Sala (aunque no estaba fijada ninguna cantidad en concepto de responsabilidad civil) y proponía colaborar como voluntario en la asociación en actividades de ocio y tiempo libre con niños en situación de riesgo y exclusión social. La Audiencia Provincial le dio la libertad. Acude dos veces en semana a estas actividades, se implica con los niños, ha conocido su dura realidad y ha transformado su sueño de triunfar en el de acompañar y juntos crecer.

24 BARONA, S.: "Mediación penal: un instrumento para la tutela penal". *Revista del poder judicial*, núm. 94, 2012, p. 23-32.

25 BARONA, S.: "Conformidad en el proceso penal", en J.L. Gómez, J.L. González Cussac (Coord.), *La reforma de la justicia penal (estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Universitat Jaume I, 1997

Monográfico: Mediación

Otra diferencia será el ámbito de aplicación. La conformidad no puede prestarse en todos los procesos. La ley impone al juez o tribunal que dicte sentencia de conformidad “si la pena no excediere de seis años de prisión” (artículo 787.1 de la LECrim y artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado) o “fuese de carácter correccional” (artículo 655 de la LECrim) refiriéndose a las penas menos graves.

Es muy interesante lo que afirma Armengot respecto qué virtualidad tendrá el procedimiento mediador si va a ser en definitiva el juez el que imponga esa medida, previa petición del Ministerio Fiscal (MF), y tras la Audiencia de las partes -víctima e infractor- para respetar el derecho a ser oída de la primera y el derecho de defensa del segundo. Esta autora se cuestiona si las medidas reparadoras que finalmente va a imponer el Tribunal en la sentencia o son fruto de la negociación entre las partes o son fijadas por la ley. Cabe pues preguntarse si la utilidad del procedimiento mediador queda reducida a garantizar la audiencia de la víctima no personado como parte (el imputado debe ser oído en todo caso), así como la posibilidad de participar con el MF en la formulación de la acusación, proponiéndoles en el acuerdo mediador alguna o diversas medidas que hayan sido previstas por el legislador²⁶

Entendemos que el acuerdo mediador en la mayoría de los casos será más beneficioso para ambas partes que el mismo procedimiento, aunque el mismo haya sido adoptado con la participación del MF, pero en tal caso habría que poder determinar con mucha claridad el momento procesal adecuado para ello.

Buscando soluciones justas para el acusado, pero dentro siempre de los límites de la propia ley. La justicia restaurativa no afecta al principio de exclusividad de la jurisdicción penal ni afecta al monopolio estatal del ius puniendi, pues siempre serán los jueces y tribunales los que van a controlar los resultados de la mediación y los que, en su caso, atribuirán o no eficacia jurídica a lo acordado en la mediación.

5. Conclusiones

La Justicia ha de satisfacer las necesidades de la ciudadanía, tanto de víctimas como de infractores como de la comunidad, derivadas de la comisión de una infracción penal, con el fin de restablecer y mantener la paz social alterada por el hecho delictivo, y la justicia restaurativa es el medio más adecuado para tal logro.

El carácter preceptivo de la expulsión ha sido matizado por el TS que ha ido incorporando elementos a la interpretación del art. 89 del CP.

La mediación facilita al victimario la concienciación y la oportunidad de la asunción de responsabilidad de las propias acciones y consecuencias, así como la posibilidad de entender el delito y obtener beneficios previstos en el Código Penal, tales como atenuante genérica (artículo 21.5) de reparación del daño; atenuante muy cualificada (artículo 21) en la que el Juez puede apreciar y comprobar la firme voluntad de reparación a la víctima. Creemos, que también podría aplicarse los instrumentos alternativos a la medida de expulsión para resolver la problemática del extranjero condenado por la comisión de un delito, garantizando de esta manera un pleno cumplimiento de la expulsión por parte del extranjero sin tener que

²⁶ ARMENGOT, A. *Ob. cit.*

Monográfico: Mediación

imponerle a la vez la prohibición de regreso al territorio español ya que dicha prohibición supondría una vulneración del principio de proporcionalidad en nuestro Derecho Penal

La aplicación de la ejecución penal presenta enormes obstáculos, sobre todo en las medidas alternativas a la prisión, al no disponer de sistemas que garanticen el cumplimiento de las medidas complementarias a la sustitución de la pena, por ello, la mediación penal no solamente debe aplicarse en el enjuiciamiento de los delitos sino también en la ejecución de las penas, incluyendo los casos de expulsión de extranjeros o sustitución de las penas privativas de libertad con la finalidad de conseguir la reeducación o reinserción del extranjero.

Teniendo en cuenta la doble imposición que implica la expulsión de los extranjeros de la pena sustitutiva de la pena privativa de libertad impuesta en el Código Penal y la prohibición de vuelta durante un periodo de tiempo establecido por la propia ley como quebrantamiento de dicha medida sustitutoria, supone todo ello una posible vulneración de los derechos fundamentales a la vez que una vulneración del principio de proporcionalidad y del principio ne bis in ídem.

Mediante la mediación penal conseguiremos evitar todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando los derechos fundamentales en conflicto.

Bibliografía

- ARMENGOT, A. "La incorporación de la mediación en el proceso penal español", *La Ley*, núm. 339, 2014.
- ARMENTA, T. "Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico". *Revista General de Derecho Europeo*, 2018, no 44, p. 204-243.
- BARONA, S. "Conformidad en el proceso penal", en J.L Gómez, J.L González Cussac (Coord.), *La reforma de la justicia penal: (estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Universitat Jaume I, 1997.
- BARONA, S. "Mediación penal: un instrumento para la tutela penal". *Revista del poder judicial*, núm. 94, 2012.
- BRANDARIZ, J.A., "La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas", núm. 2., *InDret*, 2014.
- CALVO, M.; CUENCA, P. "Consecuencias penitenciarias del estatuto de la víctima". *Diario La Ley*, núm. 2018.
- CANCIO, M. "La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)". AAVV. *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Pamplona, Thomsom Civitas, 2005, p. 183-216.
- CANO, M^{ra} A. *La mediación penal*. Pamplona, Aranzadi, 2015.
- CERÓN, M., CLAVAGUERA, J. Reconstruyendo el balance entre víctima y ofensor: la integración de un enfoque proactivo hacia la víctima en la mediación penal. *Diario La Ley*, núm. 3908, 2015.

Monográfico: Mediación

- DE LUCAS, F. J. Inmigración y globalización. Acerca de los presupuestos de una política de inmigración. En *Inmigración y ciudadanía: perspectivas socio jurídicas*. Universidad de La Rioja, 2003. p. 23-52.
- DE PAREDES, C. "La mediación penal: especial atención a los extranjeros", *Revista de mediación*, núm. 1, 2015, p. 50-60, p. 52
- DEU, T. A. "Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico". *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 442018, p. 204-243.
- DURÁN, I. "El extranjero delincuente "sin papeles" y la expulsión:(a propósito de la STS 8-7-2004)", *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 15, 2005.
- ETXEBARRIA, X., "Justicia restaurativa y fines del Derecho penal", en M. Martínez (Coord.), *Justicia Restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid, Instituto Complutense de mediación y gestión de conflictos, 2011.
- FRANCÉS, P.; ITOIZ, E. "La mediación penal, ¿un modelo de justicia restaurativa en el sistema de justicia penal". *Nuevo Foro Penal*, núm. 75, 2013.
- FRANCÉS LECUMBERRI, P. "La justicia restaurativa y el art. 15 del Estatuto de la víctima del delito ¿un modelo de justicia o un servicio para la víctima?", e-Eguzkilore, núm. 3, 2018.
- GARCÍA-ESPAÑA, E. "El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión". *Migraciones. Publicación del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, núm. 44, 2018.
- GONZÁLEZ, M... La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión. *Estudios Penales y Criminológicos*, 36, 2016.
- MARTÍN, P., *La expulsión de extranjeros del artículo 89 del Código Penal: Análisis jurídico penal y criminológico*. 2015. Tesis doctoral. Universitat de Girona
- PAYERO, L. "Justicia de transición en España: claves para aprobar una asignatura pendiente". *Revista de Paz y Conflictos*, 2016, vol. 9, no 1, p. 209-234.
- RENAT, F., "De olvido a sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena". *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 2005.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional. Discurso leído el día 18 de febrero de 2002, en el acto de su recepción como Académico de Número*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2002.
- SÁNCHEZ, M.P. "¿Es posible la mediación con drogodependientes?", en J. Tomás, et al. *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Editorial Reus, 2011.
- SANMARTÍN, O., 21 de junio 2018, en El Mundo: <http://www.elmundo.es/espana/2018/06/25/5b30be1dca4741905f8b465e.html> (consultado 15/09/2018).
- SERRAMIÀ, L. "Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa en el sistema penal tras las reformas legales del año 2015: especial incidencia en la violencia de género". *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 2, 2018.
- SÁNCHEZ, J.M et al.; *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*. Editorial Reus, 2011.
- ROIG, M. "La mediación penal en España, Estados Unidos y Alemania". *Cuadernos de política criminal*, núm. 121, 2017.

Anexo 1

CIRCULAR 7 /2015 de la Fiscalía General del Estado sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por LO 1/2015

Epígrafe 4.2 Excepción absoluta: la necesidad de que la expulsión sea proporcionada

Dice el art. 89.4 CP, en su primer párrafo, que “no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada”, lo que resulta congruente con la afirmación del Preámbulo de la LO 1/2015 de que “la sustitución se condiciona, en todos los casos, a la proporcionalidad de la medida”.

La proporcionalidad exige valorar el impacto que el cumplimiento de la medida tendría en la vida privada y familiar del extranjero, así como la gravedad del hecho por el que ha sido condenado. Esta excepción excluye tanto la sustitución total como parcial de la pena de prisión: a ello obedece que el Preámbulo diga que en los términos de la sustitución penal la proporcionalidad opera “en todos los casos”. El arraigo personal del extranjero, además, compromete derechos del más alto rango, como el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE y el derecho a la vida privada y familiar en la formulación del art. 8 CEDH, de los que no puede ser privado sin una sólida justificación.

Dice el art. 8 CEDH:

“1.- Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2.- No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Con mayor motivo, será desproporcionada y no se aplicará la expulsión en aquellos casos en que la repatriación del penado comprometa su vida o integridad por las circunstancias del propio penado y de su país de origen (SSTS nº 791/2010, de 28 de septiembre y 853/2010, de 15 de octubre).

La correcta intelección de la excepción de proporcionalidad se facilita al incorporar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) que extrae del art. 8 CEDH una rica y variada casuística en la que se fijan los límites de la expulsión gubernativa o judicial. De dicha doctrina podemos inferir algunas líneas maestras que los Sres. Fiscales deberán atender en el manejo de la expulsión como sustitutivo de la prisión, como son:

a) El tiempo de residencia en suelo español del penado: a mayor tiempo, mayor arraigo cabrá esperar en razón de los vínculos sociales, laborales y familiares que habrá establecido. El arraigo será la norma en los residentes legales, pues la concesión de las autorizaciones administrativas se condiciona normalmente a la existencia de un contrato de trabajo, o de

Monográfico: Mediación

fuentes de ingresos suficientes para garantizar su autonomía económica, que generan un círculo virtuoso de integración activa en el tejido social del país de acogida que la condena penal sólo debe romper si la naturaleza y circunstancias del delito lo hacen estrictamente imprescindible para salvaguarda la seguridad y el orden interior.

No obstante, comoquiera que es posible que un residente legal no haya llegado a establecer vínculos efectivos con el país de acogida, no es posible establecer una presunción general de arraigo, por lo que habrán de ser examinados caso a caso.

b) El tipo de migrante: hay situaciones de asentamiento prolongado que convierten al inmigrante en un ciudadano efectivo del país:

Inmigrantes de segunda generación: son los hijos de inmigrantes que han nacido y vivido toda su vida en España manteniendo la nacionalidad de sus progenitores; es posible que no conserven relación alguna con el país de origen, no sepan desenvolverse con fluidez en el idioma de sus progenitores y hayan desarrollado todas sus relaciones sociales, culturales y afectivas, incluido el matrimonio, en nuestro país. En estas circunstancias —al margen de su nacionalidad formal— es lo cierto que materialmente nos hallamos ante verdaderos ciudadanos del país de acogida, y extranjeros en su país de origen.

Inmigrantes llegados en la infancia o durante su juventud que durante la mayor parte de su existencia hubieran permanecido en España, donde han sido escolarizados y, en general, establecido sus lazos familiares y sociales. En ellos concurren circunstancias similares a los anteriores no conservando con su país natal nada más que el simple lazo de la nacionalidad.

c) El estado de salud: la expulsión no debe implicar nunca un riesgo añadido en este aspecto. Será desproporcionada, pues, la expulsión del extranjero que se encuentre en un estado físico o psíquico de tal entidad que la aplicación de la medida le deje en situación de grave vulnerabilidad o agrave su situación (STEDH 13 de julio de 1995, Nasri contra Francia).

d) La situación familiar: no es proporcionada —salvo que concurren circunstancias muy poderosas— la expulsión de un extranjero que tenga establecida su familia en España si sus miembros guardan relaciones estables de convivencia o dependencia. Para el TEDH “excluir a una persona de un país donde viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el respeto al derecho de la vida privada y familiar, protegida por el artículo 8.1 de la Convención” (STEDH 11 de octubre de 2011, Emre contra Suiza).

Debe tratarse, en todo caso, de relaciones con parientes próximos: cónyuge o pareja de hecho, hijos, padres o hermanos (STEDH 17 de febrero de 2009, Onur contra el Reino Unido), sin descartar otros parientes en situación de dependencia material del penado (art. 3.2 Directiva 2004/38/CE).

Deben ser relaciones genuinas, que entrañen convivencia o asistencia material, para cuya acreditación no basta la alegación de un vínculo formal (SSTEDH 30 de noviembre de 1999, Baghli contra Francia; 11 de julio de 2002, Amrollahi contra Dinamarca; 13 de febrero de 2001, Ezzouhdi contra Francia; 17 de abril de 2003, Yilmaz contra Alemania; y 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia).

Debe haber una relación de convivencia real y estable, no basta alegar la existencia de una relación de parentesco. No se encuentra en esta situación quien es soltero, no tiene hijos, y no ha demostrado mantener relaciones estrechas ni con sus padres ni con sus hermanos y

Monográfico: Mediación

hermanas que habitaban en el país de acogida (STEDH de 30 de noviembre de 1999, Baghli contra Francia).

No basta con demostrar la existencia formal del matrimonio, es preciso que se acrediten otros factores que pongan en evidencia la efectividad de la vida en familia de la pareja (STEDH de 11 de julio de 2002, Amrollahi contra Dinamarca); no es suficiente probar que se tienen hijos residentes en el país receptor, es preciso que haya constancia de una efectividad de relaciones paterno filiales (SSTEDH de 7 de noviembre de 2000, Kwattie-Nti y Dufie contra Países Bajos; de 13 de febrero de 2001, Ezzouhdi contra Francia; de 17 de abril de 2003, Yilmaz contra Alemania; de 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia).

Es preciso considerar no sólo la situación familiar del penado en el momento en que se dicta sentencia, sino también en el momento en que se ejecuta la decisión de expulsión, si entre ambos ha transcurrido un periodo de tiempo relevante. Así lo entendió el TEDH en un caso en que la ejecución de la medida se demoró cuatro años debido a la tardanza en resolver por la autoridad competente el recurso interpuesto contra su expulsión por el afectado, “por no ser admisible echar la culpa al demandante de haber recurrido la resolución de expulsión (...) ni reprocharle ni imputarle la duración del procedimiento del recurso contra tal resolución” (STEDH de 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia).

e) El impacto de la medida en los miembros del núcleo familiar del penado: deben valorarse, igualmente, los efectos negativos que la expulsión produciría como consecuencia de la separación de los componentes del grupo familiar. En concreto, la imposibilidad o dificultad de acompañamiento. Si los familiares íntimos del extranjero se ven precisados a seguirle en su extrañamiento también ellos sufren la expulsión (STEDH 10 de abril de 2003, caso Mehemmi contra Francia); y si no pueden seguirle, se verán imposibilitados para ejercer de forma efectiva el derecho a la vida privada y familiar que les reconoce el artículo 8.1 CEDH. Por ello, aunque las dificultades de los cónyuges e hijos para acompañar al expulsado por sí mismas no son motivo suficiente para excluir la expulsión (STEDH 11 de julio de 2002, Amrollahi contra Dinamarca), deben ser necesariamente incorporadas al juicio de proporcionalidad (STEDH 2 de agosto de 2001, Boulouf contra Suiza), sobre todo cuando la separación es inevitable al no existir la posibilidad de instalarse juntos en un tercer país (SSTEDH 11 de julio de 2002, Amrollahi contra Dinamarca y 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia).

También se valora la relación dependencia. Para poder reconocer la existencia de arraigo familiar no es suficiente con probar la permanencia en el Estado de acogida de familiares más próximos, es preciso acreditar la existencia de relaciones reales y efectivas de vida familiar, incluso de mutua dependencia.

Para valorar el grado de dependencia es necesario tener en cuenta la edad de los hijos (STEDH de 2 de febrero de 2001, Boulouf contra Suiza) y las condiciones adicionales de dependencia. Cuanto de menor edad sean los hijos, más necesitados estarán de asistencia familiar.

Del mismo modo, la relación de dependencia se acentuará en caso de que el expulsado adolezca de un precario estado de salud (STEDH de 12 de enero de 2010, Khan contra el Reino Unido) o padezca de deficiencias físicas o psíquicas que solo pudieran ser atemperadas por la atención y cuidados de sus más allegados, o cuando la familia fuera el lugar idóneo donde encontrar un mínimo de equilibrio psicológico y social (STEDH de 13 de julio de 1995, Nasri contra Francia).

Monográfico: Mediación

f) Vinculación del afectado con el país de donde procede. Por fin, otro de los factores delimitadores del arraigo familiar en el país de acogida lo constituye la intensidad de los vínculos del afectado con su nación de origen. En efecto, el arraigo familiar no solo exige el dato positivo de que el núcleo familiar más próximo permanezca en el Estado de acogida, sino también el negativo de carecer de lazos sociales, culturales o familiares con su país de origen (SSTEDH 18 de febrero de 1991, Moustaquin contra Bélgica; de 26 de septiembre de 1997, Mehemi contra Francia; de 17 de abril 2003, Yilmaz contra Alemania; de 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia; de 12 de enero de 2010, Khan contra el Reino Unido).

Al margen de las circunstancias del hecho y la existencia de arraigo hay que tomar en consideración otras circunstancias personales que pueden afectar al juicio de proporcionalidad. En concreto hay que valorar el riesgo actual de que el extranjero sometido a expulsión pueda quebrantar el orden o seguridad pública. Para ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora el comportamiento observado desde la comisión del delito hasta su expulsión (STEDH de 11 de julio de 2002 Amrollahi contra Dinamarca), el tiempo transcurrido desde el último delito cometido y la decisión de la expulsión (STEDH de 18 de febrero de 1991, Moustaquin contra Bélgica), o desde su excarcelación si cumplió pena privativa de libertad, pues el transcurso de un significativo periodo de buena conducta con posterioridad a la comisión del delito necesariamente tiene un impacto en el riesgo que el recurrente supone para la sociedad (STEDH de 12 de enero de 2010, Khan contra el Reino Unido).

No se puede cerrar el análisis de la proporcionalidad sin recordar que el art. 89.4, 1 CP también alude a las circunstancias del hecho como elemento integrante del

Juicio de ponderación, por lo que la gravedad intrínseca del delito y la relevancia de los bienes jurídicos afectados tendrán igualmente un peso específico en la decisión; por ello, cuando el delito afecte de modo grave a la seguridad interior o exterior del Estado, y genere un sentimiento de inseguridad y zozobra en la población, pudiera no ser desproporcionada la expulsión sustitutiva del ciudadano extranjero, aunque hubiera acreditado una situación de arraigo personal.

En los casos en que el arraigo personal haya sido el fundamento de la inaplicación de la expulsión sustitutiva, será posible valorar la pertinencia de la suspensión condicional de la pena en cualquiera de las modalidades previstas en los arts. 80 y ss. CP. La razón de ello radica en que la expulsión no se descarta por exigencias de prevención general o de afirmación del ordenamiento jurídico, sino para evitar la lesión de los derechos del condenado a la vida privada y familiar. La ejecución penitenciaria de la pena no constituye, por tanto, una alternativa obligada, sino que habrá de estarse a la gravedad del hecho. De este modo, rige el principio de igualdad de tratamiento del extranjero respecto de los penados de nacionalidad española, quedando expedito su acceso a las alternativas al cumplimiento de la prisión previstas en nuestro CP, si cumple los requisitos necesarios para ello.

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_%207-2015.pdf?idFile=5640a72b-d8d6-4ace-8589-4ceb02548906

CÓMO ENCAJAR LA MEDIACIÓN Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Franco Oscar Daniel Conforti
Virginia Madrid del Toro

RESUMEN: Se pretende determinar bajo qué presupuestos y condiciones, la mediación, como forma de acceso a la justicia, puede ser considerada tutela judicial efectiva.

La mediación de conflictos nace como un nuevo paradigma autocompositivo-reparador que busca ayudar a las partes a resolver sus diferencias, y así se presentó como alternativa a la jurisdicción. Aunque está claro que la mediación no tiene carácter jurisdiccional, la forma en que actualmente está planteada su incorporación a la jurisdicción, desde el punto de vista de la Tutela Judicial, resulta contradictoria y genera un buen número de tensiones trascendentales. Se propone la solución a este enfoque.

PALABRAS CLAVE: justicia, tutela judicial, acceso a la justicia, mediación de conflictos.

ABSTRACT: The appearance of mediation in the world of law has motivated some persons to argue that mediation is a way to access to Justice, and therefore is Legal Protection, and if in fact that should became true, we proposed under which condition it might be considered Legal Protection.

Mediation, as a new paradigm to resolve conflicts, is presented as an alternative to the court, but the way it was implemented result contradictory and has generated some transcendental tensions.

We will propose a solution in order to include the mediation into the Justice Administration.

KEYWORDS: justice, legal protection, access to justice, conflict mediation.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. La Tutela Judicial.- 3. La mediación de conflictos.- 4. Clarificando conceptos.- 5. Los dos escenarios posibles.- 6. Conclusión: claves para incorporar la mediación de conflictos en la jurisdicción.- Bibliografía.

1. Introducción

Dos son los apartados que se van a tratar en el presente artículo, por un lado, la tutela judicial (veremos en qué consisten los principales derechos fundamentales que comprende, cómo se obtiene y quién la ejerce), y de otro lado, la mediación de conflictos (a fin de conocer sus principales características y particularidades, negar su carácter jurisdiccional y establecer una definición de mediación intrajudicial).

El nudo del artículo lo constituyen el análisis del término *Justicia*, y el derecho fundamental de *acceso a la Justicia*.

Presentamos la situación actual y las *tensiones trascendentales* que la mediación ha generado, desarrollaremos el análisis del concepto *Justicia* y del derecho fundamental de *acceso a la Justicia*, para luego tratar los dos escenarios posibles, es decir, *la mediación como proceso y/o como procedimiento complementario* en la Administración de Justicia para concluir proponiendo, las que entendemos serían las claves para incorporar a la mediación de conflictos en la jurisdicción.

2. La Tutela Judicial

En doctrina se coincide al considerar que, con la abolición de la Justicia privada, aquel fenómeno social por el cual el ofendido o afectado en sus derechos reaccionaba contra la persona o bienes del infractor, se dio partida de nacimiento a la función jurisdiccional del Estado (de la Oliva Santos y Peitado Mariscal, 2009).

Una de las explicaciones al nacimiento del Estado es la asunción de la protección de las eventuales lesiones que los derechos e intereses de los ciudadanos pudieran sufrir, garantizando así el mantenimiento de la paz social lograda. A partir de entonces, el Estado tomó el compromiso que denominamos *tutela judicial efectiva*, con miras a alcanzar un ideal de paz social que permitiera la convivencia entre los seres humanos; a través de dicho compromiso,

La Constitución Española incluye una amplia gama de derechos fundamentales a los que brinda una protección particular. La primera idea que se concibe al hablar de derechos fundamentales es que representan intereses básicos o elementales de los ciudadanos que conforman el Estado. Lo que les hace especiales es que su modificación y/o eliminación quedan fuera del alcance de la voluntad democrática¹, lo que en principio puede parecer incompatible con la idea del sistema democrático toda vez que estos derechos no pueden ser modificados o eliminados por los órganos representativos de la soberanía popular.

1 Una de las explicaciones respecto al alcance de los derechos fundamentales 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. Otra de las explicaciones 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.

Monográfico: Mediación

A *priori*, tres² son los derechos fundamentales que conforman el sistema de tutela judicial efectiva:

- a. El libre acceso a los jueces y tribunales.
- b. El derecho a obtener un fallo de estos.
- c. El derecho a que el fallo se cumpla.

Así las cosas, para que una persona pueda invocar su derecho a la tutela judicial efectiva ante el Juez o Tribunal que ha de ejercerla, deberá acreditar que:

— Ha sufrido un perjuicio sobre un derecho o interés legítimo³ por el que se está solicitando la tutela.

Hay que pensar en que si toda sentencia desfavorable fuera pasible de ser impugnada por recurso de amparo (por el hecho de ser desfavorable a una u otra parte), ello supondría que el tribunal Constitucional debería verificar si se ha producido (o no) una vulneración de un derecho a la tutela judicial efectiva, analizando el fondo del asunto para poder determinar si tales derechos o intereses son en verdad legítimos y merecen ser tutelados con una resolución que responda a las pretensiones del actor, y esta actividad jurisdiccional alteraría la posición del tribunal Constitucional, toda vez que éste tendría que pronunciarse cual órgano jurisdiccional ordinario sobre el fondo de cualquier asunto y no sólo sobre los previstos por los arts. 14 a 30 CE, actividad que podría además convertirse en un círculo vicioso.

— La actividad jurisdiccional no ha finalizado en un pronunciamiento sobre el derecho o interés que se persigue.

Aquí nos encontramos con un derecho que para su ejercicio requiere de dos requisitos: por un lado, que formulemos nuestras peticiones ante los órganos jurisdiccionales en observancia de ciertas reglas procesales mínimas que condicionan la validez del conjunto de actuaciones dirigidas a obtener una resolución, un pronunciamiento de la jurisdicción sobre el fondo del asunto que se ha llevado a su conocimiento, y de otro lado, es necesario que

2 Es posible escindir hasta diez derechos fundamentales: 1) El derecho de libre acceso a la jurisdicción, 2) El derecho al proceso, 3) El derecho a los recursos, 4) El derecho a la acción, 5) El derecho a la ejecución, 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 a ser informado de la acusación formulada contra la parte, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia.

3 Francisco Fernández Segado dice que «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.» (ERNÁNDEZ SEGADO, 1997: 267).

Sin embargo, esta visión de la tutela judicial efectiva, ha motivado un gran número de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional el que ya tiene en relación con el contenido del art. 24.1 C.E., una abundante jurisprudencia en la que ha rechazado esta visión o identificación del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Ver STC 223/2001 mediante la cual se señala que «desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, este Tribunal ha venido reiterando que el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial proclamado por el artículo 24.1 CE consiste en el acceso a la jurisdicción»; en Sala Primera. SENTENCIA 223/2001, de 5 de noviembre de 2001 (BOE núm. 287 de 30 de noviembre de 2001) Pleno. Con idéntico sentido encontramos también las STC 73/2004 en Sala Segunda. SENTENCIA 73/2004, de 22 de abril de 2004. (BOE núm. 120 de 18 de mayo de 2004) 237/2005 en Sala Segunda. SENTENCIA 237/2005, de 26 de septiembre de 2005 (BOE núm. 258 de 28 de octubre de 2005), 119/2008 en Sala Primera. SENTENCIA 119/2008, de 13 de octubre de 2008 (BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2008), 29/2010 en Sala Primera. SENTENCIA 29/2010, de 27 de abril de 2010 (BOE núm. 129 de 27 de mayo de 2010).

Monográfico: Mediación

no concurren simultáneamente otro conjunto de situaciones o supuestos procesales, conocidos como óbices procesales (pongamos por ejemplo: los relativos a jurisdicción y competencia o las resoluciones con eficacia de cosa juzgada), que impedirían a la jurisdicción emitir un pronunciamiento del asunto concreto en un proceso determinado.

— La sentencia no se ha motivado, y por ende, no responde a las peticiones de las partes

La motivación es la aportación de razones que el Juez hace para justificar su decisión en la Sentencia y se alza como la única garantía frente a la arbitrariedad.

Una sentencia puede estar fundamentada en derecho pero no estar motivada. Es decir, al igual que citar normas no es sinónimo de motivación, explicar en detalle sin basarse en el ordenamiento jurídico vigente tampoco conlleva motivar la sentencia. Por tanto, la motivación significa el deber de explicar la fundamentación mediante un razonamiento jurídico lógico.

Con la motivación de la sentencia se pretenden conseguir tres objetivos: en primer lugar, evitar la arbitrariedad judicial aunque venga arropada del lenguaje forense, arbitrariedad que deja de serlo para convertirse en juicio razonado y razonable si se expresan los razonamientos y valoraciones para llegar al fallo, y sustentarlo; en segundo lugar, que la fundamentación actúe como medio de incrementar la credibilidad de la Justicia en la medida que con ella se trata de convencer a las partes de la corrección de la decisión adoptada, y por último en tercer lugar la falta de motivación atenta directamente contra el sistema de recursos en la medida que se priva a las partes a que su causa sea nuevamente examinada por un Tribunal distinto y superior al primero, examen que no se puede verificar en la apelación o casación si la sentencia carece de fundamentación, es decir, que el contralor de motivación de la sentencia nos conduce a una suerte de supervisión de la actividad judicial de los órganos de instancia por parte del Tribunal Superior cuando conocen del asunto a través del sistema de recursos, ya sea a través de la Apelación o de la Casación.

— Siempre que concurren (es decir, respetando) ciertos presupuestos materiales.

— El ejercicio de la acción no es un derecho incondicionado; vale decir que se encuentra sometida a la concurrencia de ciertos presupuestos materiales: a) que el pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales del Estado sea favorable a lo pretendido por el solicitante dependerá de que sea efectivamente titular del derecho subjetivo que le otorgue, conforme las normas sustantivas un poder respecto de un bien determinado (por ejemplo: que el vendedor que ha entregado el bien, tiene en virtud del contrato privado de compraventa un derecho subjetivo al pago del precio), b) que la obtención de la tutela favorable implique que el contenido de dicha tutela sea precisamente el previsto por las normas sustantivas como consecuencia de la lesión del derecho subjetivo cuya titularidad se ostenta (por ejemplo: el vendedor obtendrá la tutela judicial efectiva siempre que solicite el cumplimiento o resolución del contrato, pero si solicita otra cosa ya que no se trata de prestaciones que las normas jurídicas anuden al derecho subjetivo lesionado e invocado; esto también se conoce como requisito de accionabilidad), c) el tercer requisito material tiene que ver con la legitimidad tanto activa como pasiva, es decir, que lo que se pide sea solicitado por quien efectivamente está jurídicamente reconocido para ello y frente a quien a su vez está jurídicamente reconocido a cumplir con la obligación (por ejemplo; el padre del vendedor carece de legitimación activa, así como que el hijo del comprador carece de legitimación pasiva), d) el derecho a obtener una tutela favorable está condicionado a la existencia de interés, entendido éste como

Monográfico: Mediación

necesidad de la intervención de los órganos jurisdiccionales, vale decir que debe existir una controversia real entre las partes del proceso.

La tutela judicial efectiva sólo puede ejercerse por los cauces establecidos por el legislador, es decir, que no se ejerce directamente a partir de la Constitución, el ciudadano no puede ir a un Juzgado o Tribunal y decir algo así como *exijo esto o aquello porque estoy en mi derecho a exigirlo*. Es un auténtico derecho fundamental de carácter autónomo y con contenido propio, es un derecho de prestación⁴.

Este derecho de libre acceso a los jueces y tribunales es fundamental y jurídicamente relevante porque es un derecho incondicional reconocido a todas las personas sin distinción de nacionalidad, raza, etc., sin embargo, está sometido a la concurrencia de supuestos o presupuestos determinados⁵. Supone que cualquier ciudadano pueda *personarse* ante el Juez o Tribunal para pedir *tutela judicial* debiendo cumplir con algunas presupuestos procesales establecidos por la legislación vigente sin ninguna otra condición o requisito previo⁶.

La sociedad necesita que sus derechos estén protegidos y a la vez, que se le dé una solución oportuna y eficiente a los conflictos que afectan sus derechos (de la Oliva Santos, 1980).

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es que, desde el momento en que, para alcanzar el ideal de paz social, el Estado asume el compromiso de la *tutela judicial efectiva*, debe diseñar mecanismos para la protección de esos derechos fundamentales, porque no solo se trata de reconocerlos sino también de garantizar su eficacia y longevidad. De allí que se hable de «*Sistema de Tutela Judicial Efectiva*»⁷.

Todo ello equivale a decir que los ciudadanos ejercen el derecho a pedir o exigir la Tutela; mientras que quien tutela, es decir, quien ejerce la Tutela es el Estado a través de la potestad jurisdiccional que le reconoce a Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones. Queda claro que es importante no confundir *la obtención de la tutela judicial efectiva (derecho de los ciudadanos)* con *el ejercicio de la Tutela Judicial Efectiva (obligación y responsabilidad que pesa sobre jueces y magistrados)*.

4 Para que una persona pueda invocar su derecho a la tutela judicial efectiva ante el Juez o Tribunal que ha de ejercerla, deberá acreditar que: a) ha sufrido un perjuicio sobre un derecho o interés legítimo por el que se está solicitando la tutela; b) que la actividad jurisdiccional no ha finalizado en un pronunciamiento sobre el derecho o interés que se persigue; c) que la sentencia no se ha motivado y, por ende, no responde a las peticiones de las partes, y d) que siempre concurren (es decir, respetando) ciertos presupuestos materiales (CONFORTI, 2015b).

5 Desde el punto de vista subjetivo, se puede decir que no hay personas físicas o jurídicas excluidas de él, y desde una dimensión objetiva, implica que no se pueda establecer relevancia en los ámbitos (derechos, intereses, relaciones jurídicas) respecto de los que no sea posible solicitar la tutela de Estado.

6 El derecho de acceso a la jurisdicción es traducido por algunos autores como derecho a la justicia (TORRES OSORIO, 2013: pp. 20-21 y 235-347).

7 Es fácil advertir que los contenidos de los preceptos constituyentes ni son flexibles, ni son mutables, dicho en otros términos, los preceptos fijados por el constituyente no se pueden convertir en algo distinto de lo pensado por este al momento de redactarlos, excepto que opere una modificación de la Constitución. Sin embargo, en ocasiones la confusión de conceptos se hace de forma inadvertida y no queda claro si el autor está manifestando sus deseos o pretende describir el estado actual de la cuestión, por ejemplo, «...es posible definir nuevos contenidos integrando matices, porque la Constitución evoluciona y crece como consecuencia del ejercicio de los derechos por los individuos y como consecuencia de la acción de los poderes públicos. Las disposiciones sobre derechos fundamentales suelen tener textura amplia, lo cual permitirá que puedan definirse nuevos contenidos desde porque una Constitución es algo vivo que evoluciona con la sociedad.» (MORALES FERNÁNDEZ, 2014a: 295-296.)

3. La mediación de conflictos

Es una forma de resolución de disputas⁸, que se dio a conocer dentro de las ADR⁹; nació como un método más eficaz, eficiente¹⁰ y de forma alternativa¹¹ al modo en el que el Estado propone a los ciudadanos resolver sus conflictos. Aunque no menos cierto es que esta alternativa a la jurisdicción se está redefiniendo a sí misma como adecuada o apropiada «*The motives of alternative/appropriate dispute resolution (ADR) are to prevent disputes, resolve it if it has developed, or manage it from being dysfunctional.*» (OKECHUKWU et al., 2012).

Se ha asumido que el término «alternativo» induce a pensar que el proceso elegido no es tan legítimo como la elección real, que todos saben que es un tribunal.

Tomando como punto de partida que cualquier método de resolución de disputas que sea exitoso (o parcialmente exitoso), es tan válido como cualquier otro, lo que se interesa determinar es qué método de resolución de disputas es el más adecuado para cada tipo de disputa concreta.

Al emplear el término «apropiado» o «adecuado», lo que se estaría haciendo es indicar a sus potenciales usuarios que la propuesta es personalizada y la que mejor enfoque tiene para su caso.

La mediación, como herramienta de autocomposición, viene a ayudar a las partes, no solo para llegar a un acuerdo que resuelva el conflicto, sino que además aporta las bases para que las partes se reconozcan con todo el protagonismo y legitimación necesarios para construir una relación o inter-relación futura sana y armoniosa (si así lo desean).

La mediación intrajudicial¹² ha sido definida como: «... un procedimiento que se desarrolla en un entorno particular y diferenciado, donde las partes se encuentran en una relación jurídica con el Juez o Tribunal, que es totalmente diferente a cualquier otra, y el procedimiento se realizará bajo condiciones distintas a las de cualquier otro de los entornos, partes y condiciones señaladas para otros ámbitos» (Conforti, 2015a).

En el esfuerzo por distinguir a la mediación de conflictos del proceso judicial, se han señalado diferencias interesantes¹³, aunque jurídicamente, la más relevante es que la mediación

8 Fuera del ámbito jurisdiccional, al asunto conflictivo se le llama disputa, controversia, desacuerdo, etc., una vez que el asunto se judicializa pasa a denominarse litigio.

9 ADR es el acrónimo, en idioma Inglés, de *Alternative Dispute Resolution*, que se ha traducido al castellano como «Resolución Alternativa de Conflictos, Disputas o Controversias».

10 En el mismo sentido se expresó Pascual Ortuño Muñoz en la ponencia expuesta en el III Simposio Tribunales y Mediación, organizado por el Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación de España, los días 26 y 27 de septiembre 2013 en Madrid (ORTUÑO MUÑOZ, 2013).

11 La alternancia significa que una persona puede ejercer la opción de elegir entre dos o más formas para resolver un conflicto. El Proceso Judicial es reemplazado por otro método que se utiliza para los mismos fines.

12 De los todos los ámbitos de la mediación, daré tratamiento al intrajudicial porque, como se verá en el punto que sigue, solo tiene sentido hablar de tutela judicial efectiva en el ámbito de la Administración de Justicia.

13 De forma no taxativa se suelen señalar: a) interviene un tercero neutral, b) es un proceso imparcial, c) son las partes las deciden la solución del conflicto, d) es un proceso voluntario, e) es un proceso confidencial, f) es un pro-

Monográfico: Mediación

de conflictos responde a un paradigma autocompositivo-reparador, en tanto que en la jurisdicción el proceso judicial atiende a un paradigma decisonal-retributivo.

Los ciudadanos conservan para sí la potestad de preservar la jurisdicción y competencia sobre todos los asuntos que versen sobre derechos subjetivos de carácter disponible (Preámbulo de la Ley 5/2012¹⁴, Ap. III, párrafo I). Con dicho límite, los ciudadanos, pueden ejercer dicha potestad y sustraer del conocimiento de Jueces y Magistrados (autoridades estatales) los asuntos que quieran resolver por sí mismos o con la ayuda de un Mediador (tercero neutral).

Aún con todo ello, hay que decir claramente y sin rodeos que la mediación, por sí misma, no tiene carácter jurisdiccional. Si lo tuviera, el mediador debería poder obligar a las partes a comparecer a las audiencias de mediación, tendría el poder coactivo de hacer cumplir los acuerdos alcanzados durante el proceso, etc. Esta falta absoluta de poder coercitivo, que se verifica a lo largo de todo el proceso de mediación, es un claro óbice para considerar el carácter jurisdiccional de la mediación.

Con lo dicho hasta aquí, podría haber quedado claro que la mediación de conflictos no tiene carácter jurisdiccional. Sin embargo, aún parece necesario negarlo de manera expresa:

— El mediador no es funcionario público, no aplica la ley ni la ejecuta, no tiene jurisdicción propia o delegada. No tiene poder de decisión, sus sugerencias para alcanzar un acuerdo, si las hubiera¹⁵, no son obligatorias para las partes (Mayer, 2008). Sus atribuciones durante todo el proceso de mediación dependen de la voluntad de las partes (Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, art. 6. En adelante LMACM).

— Es el Estado el que atribuye fuerza ejecutoria a un acuerdo de mediación a través de la homologación¹⁶. Es este acto jurisdiccional el que, respetando la voluntad de las partes plasmada en el contenido del acuerdo, lo asume como algo propio y es por ello que le otorga la condición de acto jurisdiccional (LMACM, art. 25).

De forma no excluyente, se puede decir que, desde el poder judicial, las razones que se han esgrimido, en favor de la mediación de conflictos, estaban directamente relacionadas con la rapidez, el bajo coste económico que tiene (comparada con un juicio), y lo útil que sería para poner fin al colapso de los juzgados.

Doctrinalmente, los artículos *La promesa de la mediación en España, los términos del debate*

ceso no adversarial, g) es un proceso informal -no reglado- y flexible, h) permite soluciones innovadoras y creativas independientes de formulas jurídicas, i) establece o crea relaciones, y, j) permite a las partes el control del resultado.

14 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.

15 Algunos autores, como Bernard Mayer, sostienen que el mediador debe sugerir y realizar propuestas que puedan ayudar a las partes a encontrar la solución del conflicto (Mayer, 2008).

16 En el ámbito privado existe la posibilidad de elevar el acuerdo de mediación a instrumento público. Véase artículo 25 LMACM.

Monográfico: Mediación

y *Las razones del bajo coste económico de la mediación*¹⁷ han dado cuenta que los parámetros de comparación dejan mucho que desear como para pretender que, aún pudiendo ser cierto que el ahorro en tiempo y dinero existan, puedan ser tomados a rajatabla y sin más. En ambos artículos subyacen las ideas de que «*la mediación de conflictos ha de ser funcional a los derechos de los ciudadanos*» y que «*no debe ser vista como una herramienta funcional a la Administración de Justicia*».

Afortunadamente, ahora, algunos magistrados han tomado ese discurso y hoy día dicen que presentar a la mediación como el recurso para descargar a los tribunales no es correcto y que se debe pensar en el ciudadano¹⁸.

Se ha dicho que:

«[...] hay que hacer hincapié es en las siguientes cinco razones para ir a mediación y que su valoración económica es muy alta:

- 1) En la mediación son los directivos de las empresas o las partes, los protagonistas de la solución (no el Juez), aquí el mediador enfatiza en la cooperación asistiendo a las partes para que ellas lleguen a un acuerdo mutuamente aceptable.
- 2) Las partes, los ejecutivos de empresa tienen en sus manos el control del resultado todo el tiempo (libremente deciden lo que quieren discutir y lo que no, lo que están dispuestos a firmar) aseguran así que sean las mejores ideas las que finalmente se apliquen.
- 3) La atención personalizada del mediador (a diferencia de un Juez aquí si tenemos tiempo para las partes) en cualquier momento puede pedir hablar en privado con el mediador para lo que necesite por ejemplo explorar una opción, redefinir un interés concreto, contrastar valores, hablar de sus emociones, sentimientos, etc.
- 4) La confidencialidad y flexibilidad del proceso garantizan a las partes no tener que ventilar sus asuntos ante extraños, y poder reunirse fuera de horarios laborales e incluso los sábados. La mediación puede ser presencial o puede hacerse por Internet a través de videoconferencia.
- 5) Generar valor; a través de la mediación se pueden establecer protocolos de actuación de cara al futuro de la relación civil o comercial evitando interrupciones en los negocios mercantiles y a la vez resolviendo casos que hasta la actualidad eran desistidos por diversas razones (bajo monto, deterioro en las relaciones, tiempo, etc.)» (Conforti, 2012b).

Esto es importantísimo, porque si bien es cierto que la mediación de conflictos ha llegado a ser conocida por los ciudadanos a través de la administración de justicia,¹⁹ lo que no se puede perder de vista es la finalidad de la misma.

17 En el mismo sentido véanse los artículos «La promesa de la mediación en España, los términos del debate» (CONFORTI, 2012a) y «Las razones del bajo coste económico de la mediación» (FABREGAT ROSAS, 2013).

18 Véase la entrevista «Los jueces no están politizados» (ORTUÑO MUÑOZ, 2014).

19 Se pueden poner por ejemplo Estados Unidos de Norteamérica, Reino Unido, Argentina, Chile, entre otros países.

4. Clarificando conceptos

Justicia y lo justo no solo no son lo mismo, sino que además está claro que no van necesariamente de la mano en todos los casos. Mientras se conciba a la justicia como aquella que emana del poder judicial, los acuerdos de un proceso de mediación de conflictos, no lo son (Taruffo, 2007).

Incluso hay que decir que la homologación judicial de un acuerdo de mediación es un acto judicial que, respetando la voluntad de las partes reflejada en el contenido del acuerdo, lo asume como algo propio, y es por ello que le otorga la condición de acto jurisdiccional (LMACM, art. 25), pero no es en modo alguno equiparable a una resolución que pudiera haber sido tomada por un Juez en base a la aplicación de una determinada previsión legal, toda vez que la voluntad de las partes viene a sustituir tanto la voluntad del Juez como incluso una previsión legal que podría haber sido aplicada al caso.

Por otro lado, también parece claro que las *soluciones más adaptadas* a las necesidades e intereses de las partes en conflicto que se pueden alcanzar en mediación son, desde el punto de vista de las partes, *lo justo* (Bayon Mohino, 1991).

Sin embargo, la confusión está servida toda vez que el instituto de la mediación que se incorpora al ordenamiento jurídico es el que se ha desarrollado en el *Common Law* y no el propio, que por ejemplo podemos encontrar en el Fuero XXXV de Jaime I, que estableció en 1239 la continuidad y pervivencia del Tribunal de Aguas de Valencia, y que más allá de algunas diferencias de tipo técnico, es citado frecuentemente como antecedente de la mediación de conflictos en España (Giner Boira, 1995).

4.1. El concepto de Justicia

Llegados a este punto, resulta indispensable comprender la diferencia conceptual de la idea de *Justicia* en uno y otro sistema jurídico. Veamos, aunque no sea más que en una apretada síntesis, cuáles son las concepciones de *Justicia* desde la filosofía del derecho para luego establecer qué entienden por *Justicia* los ciudadanos, tanto del *Common Law* como de nuestro *Civil Law*, toda vez que ello puede arrojar algo de luz sobre la también importante diferencia conceptual entre *la Justicia* y *lo justo*.

Para comprender, al menos en parte, esta diferencia evolutiva, creo conveniente comenzar por Aristóteles, quién sin lugar a dudas puso la piedra fundamental del concepto *Justicia* en nuestro sistema Romano-Germánico.

Para Aristóteles la *justicia* tiene que ver con darle a cada persona lo que esta merece. Es *darle igual grado de cosas a iguales* y, para ello, necesitamos reflexionar sobre dos aspectos distintos: a) el primero de ellos es el que tiene que ver con las características, finalidad y esencia natural de las cosas que se han de dar o entregar a esas personas, y b) es el que guarda relación con el propósito o finalidad de la vida en sociedad, es decir, qué cualidades, qué excelencia, qué virtud es la que se esta honrando en dichas personas (Aristóteles, 1993: 2005).

Tomás de Aquino tiene una importancia relevante en el Derecho Continental por dos razones, la primera de ellas es, evidentemente, su trabajo en la *Summa Theologiae*, y la segunda

Monográfico: Mediación

porque ha operado como un eslabón a través del cual se materializó primero el *rescate* y luego la *evolución* del pensamiento aristotélico.

Para Tomás de Aquino, la *Justicia* es una *virtud moral* que consiste en *dar lo que es debido al otro*. Hay un cierto ordenamiento hacia el bien común en el que se vislumbra un grado de equidad entre las relaciones personales y con la sociedad.

Tomás de Aquino establece que el *bien común*, o el derecho que surge de él y se ha de ordenar, es un requisito para la *Justicia*. Lo fija en dos niveles: a) la *ordo partium ad totum*, es decir, la justicia general o legal, que rige la ordenación entre las personas respecto de la sociedad en la que viven; y b) la justicia particular, que rige la ordenación de las personas tanto consideradas entre sí, *ordo partium ad partes*, o conmutativa, como la ordenación de la sociedad a las personas, *ordo totius ad partes*, o distributiva (de Aquino, 1989).

La teoría del consecuencialismo moral o filosofía del utilitarismo, a la que dio partida de nacimiento el trabajo de Jeremy Bentham, responde a la idea de la *maximización de la utilidad*, es decir, el mayor beneficio *para la mayor cantidad de gente posible*.

Esta teoría fue muy criticada por varias cuestiones, por ejemplo, presenta algunos problemas en relación con el respeto a los derechos individuales ya que lo relevante es el bienestar colectivo; otra de las críticas importantes tiene que ver con el análisis de costo-beneficio, ya que este permite poner precio a la vida de un ser humano, cuando en realidad no es posible utilizar una única vara de medir (monetariamente hablando), pues cada ser humano es único y ha de ser considerado individualmente; finalmente, se ha dicho que omnicomprender todos los valores y preferencias de los ciudadanos es imposible, toda vez que ello nos llevaría a tener que distinguir y decidir entre cuáles incorporar (o no) en la categorización (Troyer, 2003).

John Stuart Mill evoluciona este pensamiento; sostiene que los deseos empíricos de las personas son la base en la que se fundamenta nuestro juicio moral, de allí que alguien que ha experimentado tanto el placer como el sufrimiento podría distinguir perfectamente de entre una amplia gama de valores y placeres aquellos que son los mejores y que merecen la pena ser categorizados.

La crítica que recibió su postulado es que se requeriría de una persona educada y culta para que pudiera llevar a cabo la operación intelectual de establecer el grado de placer en función de parámetros evidentemente relacionados con la educación y la cultura.

En el utilitarismo, los ciudadanos se convierten en un instrumento para un propósito social más relevante. El concepto de Justicia como forma de realización de las preferencias y valores individuales es equivocado (Troyer, 2003).

Es en este cúmulo de críticas, y en especial en la lucha contra la idea de que la gente pueda ser utilizada para el bienestar colectivo, donde podemos encontrar el origen del liberalismo.

Robert Nozick fue uno de los filósofos importantes del liberalismo, él postuló que el principio fundamental era el derecho a la libertad; libertad que se materializa en la consideración de las personas como individuos, es decir, individualmente considerados, que gozan del derecho a elegir libremente.

Monográfico: Mediación

Su desarrollo teórico abrazó tres postulados o principios básicos: a) no a la sanción de leyes paternalistas, b) no a la legislación basada en principios morales, y c) no a las tasas e impuestos para redistribuir la riqueza (Wolff, 1991).

El liberalismo se basa no solo en la idea de un Estado minimalista, sino también en la idea de independencia o auto-posesión de la persona.

John Locke fue el encargado de evolucionar la idea de la auto-posesión a través del concepto de propiedad privada.

Una de las grandes ideas de Locke fue la de categorizar a los derechos a la vida, a la libertad y a la propiedad como derechos naturales, es decir, anteriores o preexistentes a la constitución de la sociedad o Estado, son derechos pre-políticos.

Otra de las grandes ideas de Locke fue el *consentimiento*. Sostuvo que la trilogía de derechos vida-libertad-propiedad, como derechos fundamentales (naturales), no desaparecen cuando la gente decide unirse para conjuntamente crear la sociedad civil, es más, en una democracia ni siquiera la mayoría puede violar, con sus decisiones, esos derechos fundamentales.

A partir del consentimiento distingue entre *derechos naturales*, aquellos inalienables y fundamentales que sirven para crear ciertos límites respecto de la sociedad o Estado; y, los *derechos convencionales*, que son aquellos que creamos a partir del consentimiento que otorgamos a la hora de crear la sociedad o Estado (Gardner, 2009).

Las ideas de Locke no han estado exentas de críticas, toda vez que la idea derechos inalienables choca de bruces con la de auto-posesión, y por otro lado, porque la idea del límite al gobierno legalmente constituido no estaría en los derechos inalienables, sino en la arbitrariedad en la que el Estado no debe incurrir con sus leyes.

Fue Immanuel Kant el filósofo que, partiendo la teoría del razonamiento moral que da lugar al principio supremo de la moralidad, llegó a establecer lo que él denominó *imperativo categórico*.

Nuestra capacidad de razonamiento nos hace personas individualmente consideradas y con capacidad para elegir libremente.

Actuamos libremente cuando lo hacemos de forma autónoma, es decir, de acuerdo a las reglas y mandatos que la personas nos auto-imponemos en base a nuestros principios morales.

Nuestra acción estará revestida de moralidad cuando hayamos elegido actuar de esa forma por un fin en sí mismo.

Aquí las personas no son un mero medio, sino un fin en sí mismas; esto es lo que nos hace seres humanos dignos, nos reviste de dignidad.

El imperativo categórico es un cierto mandato moral auto-impuesto a partir del cual la persona actuará según máximas que podría querer como ley universal.

Queda claro que la persona no podría actuar privilegiando sus necesidades particulares o sus deseos por sobre los de los demás. Sus razones para actuar de una manera determinada no deberían depender de sus necesidades, intereses, circunstancias personales, etc.

El *imperativo categórico* es posible porque *la idea de libertad* hace a las personas partícipes de un mundo único e inteligible para todos (Kant, 1996).

Monográfico: Mediación

Para Kant, la idea de un contrato en términos de justicia es lo que él denominó *idea de razón* o motivaciones para la acción, en definitiva no son más que un reflejo de las diferencias de poder negocial entre las partes.

Y aunque un acuerdo de partes, en dichos términos de diferencia de poder negocial, pueda ser lo *justo* para ellas, no menos cierto es que, como ideal de justicia, la fórmula deja mucho que desear (Beckley, 1992).

En cierta forma es posible sostener que el pensamiento kantiano adquiere en John Rawls una nueva dimensión, ya que este autor ha sido quién ha intentado establecer un ideal de justicia desde una situación hipotética en la que las partes negociarían bajo un *velo de ignorancia* en relación con sus respectivos poderes o capacidad negocial. De esta forma, los acuerdos pasarían a ser *instrumentos morales auto-suficientes*.

Se podría decir que el avance filosófico de esta forma de entender el concepto de justicia se encuentra en que no depende de circunstancias ajenas al ser humano (en nuestro caso, a las partes implicadas en una determinada situación de conflicto), sino que se basa en la idea de obrar con total y absoluta *imparcialidad* más allá de sus condiciones particulares.

La fuerza moral de estos acuerdos la encontraríamos en base a dos elementos clave: a) el consentimiento como expresión de la autonomía de la voluntad, y b) el beneficio mutuo.

Así las cosas, para hablar en términos de principios de Justicia, la única posibilidad que cabe es hacerlo a través de un acuerdo o contrato hipotético entre iguales, es decir, un contrato creado por las partes *tras un velo de ignorancia* de su poder negocial.

En favor de esta idea de Justicia, Rawls utilizó un principio que denominó el *principio de equidad cualificada o principio diferencial*, que se construye en base a dos argumentos: a) ¿qué hubieran elegido las partes si la elección la hicieran *detrás de un velo de ignorancia?*, y b) no se podría realizar ninguna distribución fundada en puntos de vista morales arbitrariamente determinados, sino sobre la base del derecho a expectativas legítimas (Rawls, 1971).

Ahora bien, es posible sostener que, tanto el pensamiento *filosófico* como el *derecho*, han evolucionado a ritmos distintos en los dos sistemas jurídicos predominantes a nivel mundial, esto es, el Romano-Germánico y el *Common Law*.

Las teorías modernas sobre el concepto *Justicia* no se basan en ninguna concepción particular del *bien* o de la *finalidad en la vida*, aunque no menos cierto es que constituyen un marco de referencia que deja al libre albedrío de las personas elegir su propia concepción del bien y propósito en la vida.

Luego de este recorrido por el pensamiento filosófico de los autores señalados, podemos decir que nos encontramos con dos teorías sobre el concepto *Justicia*. La primera de ellas trata sobre *dar a cada quien lo que corresponde en base a la verdad material*, y la segunda sobre *la libertad de elección para decidir hacer lo que es debido de acuerdo a los principios morales auto-impuestos*.

Se advierte con facilidad la diferencia conceptual sustancial, pues la brecha entre *la Justicia* y *lo justo* es más estrecha en el *Common Law* que en el *Derecho Continental*.

En éste último, es decir, en los sistemas del *Common Law*, el ciudadano de a pie relaciona la *Justicia* con lo *que es correcto*, es decir, *con lo que se debe hacer*.

Monográfico: Mediación

En caso de disputa, las partes *competirán de forma adversarial en un plano de igualdad*.

Si ascendemos de nivel y pasamos a contemplar la idea de justicia desde el punto de vista social o del Estado, el modelo *Paritario* propone una idea de justicia que supone procesos destinados a proporcionar iguales oportunidades de victoria a todos los contendientes.

Mientras que para los ciudadanos del *Civil Law* la idea de *Justicia* se vincula con la *determinación de los hechos reales*, es decir, *con la verdad material*.

En caso de disputa prevalece una *morfología inquisitiva*, es decir, de investigación, que sirve *para implementar las políticas del Estado*.

Ascendiendo de nivel, desde el punto de vista social o del Estado, los modelos de tipo *Jerárquico* proponen una idea de justicia que consiste en que la parte vencedora será aquella que en mayor grado logre aproximarse a la verdad material.

4.2. El acceso a la Justicia²⁰

La tutela judicial efectiva solo existe en la jurisdicción y *solo se accede a la jurisdicción* cuando, una persona a la que se le reconoce el derecho, *acciona en juicio* porque la ley sustancial le atribuye un derecho subjetivo que ha sido cuestionado o violado (Taruffo, 1996); y si, como afirmamos, la mediación no integra el proceso judicial, ergo no se puede sostener que se ha accedido a la jurisdicción.²¹

20 Sin perjuicio de que el debate respecto a qué debe entenderse por Justicia está abierto, y que, frente a algunas ideas que se han manejado para definir el concepto de Justicia, que van desde la obligación para con los otros de cumplir con las leyes naturales y positivas (Sócrates), pasando por dar a cada quien lo suyo (Aristóteles) o las virtudes del hombre como parte de la conciencia moral -que es la actividad espiritual humana más allá de la actividad del conocimiento- (Kant), hasta la capacidad moral que tenemos para juzgar las cosas como justas apoyando esos juicios en razones, actuar de acuerdo con ellos y desear que otros actúen de igual modo. A la imparcialidad (Rawls), se contraponen otras que sostienen una dimensión Social de la Justicia, o una Justicia Universal, Transversal o Impropia [con este último se ha abierto un debate muy interesante, afirma Juan Luis Ibarra, que dicho concepto ha sido acuñado por la sociología jurídica (IBARRA, 2013) y de los conceptos falsos litigios y litigiosidad impropia que vienen siendo utilizados por Pascual Ortuño en varios artículos y ponencias para referirse a aquel sector de los conflictos para los que una solución pragmática y consensuada, siempre que sea posible, es mucho más efectiva que la tardía decisión de un tribunal (ORTUÑO MUÑOZ, 2007.)] es dable concluir en que puede entenderse por Justicia «lo que debe hacerse de acuerdo a lo razonable, lo equitativo o lo indicado por el derecho». El concepto tiene su origen en el término latino *iustitia* y permite denominar a la virtud cardinal que supone otorgar a cada uno aquello que le corresponde o pertenece, es decir que, se entiende por «Justicia» a la que emana de uno de los poderes del Estado, es decir, el Poder Judicial. Sobre el particular se pueden consultar: «Una aproximación a la idea de Justicia en la Cultura Jurídica Española del Siglo XX» (FERNÁNDEZ GARCÍA Y ANSUÁTEGUI ROIG, 2008: pp. 181-193); «La teoría de la Justicia de John Rawls» (CABALLERO, 2016: pp.1-22); *A Theory of Justice*.(RAWLS, 1971); *Justice: what's the right thing to do?* (SANDEL, 2009).

21 El propio Taruffo hace una distinción interesante desde el punto de vista filosófico, que es la siguiente, dice el autor que en una concepción más abierta y creativa, no se necesita tener un derecho vulnerado, sino que antes de los derechos existen los remedios, él denomina a este segundo enfoque *total justice*, de esta forma la posibilidad de acceder a un *remedy* jurisdiccional no queda subordinada a la existencia previa de un *right* sustancial. Deja en claro que el sistema ideal es aquel en el que tenga aplicación el principio de plenitud de los remedios, o sea, aquel en el que cada situación jurídica encuentre instrumentos jurisdiccionales adecuados capaces de asegurar tanto la posibilidad de obtener decisiones eficaces, como su efectiva realización (TARUFFO, 1996: 144). No podemos decir que el sistema de *total justice* se encuentre en vigencia toda vez que no hay plenitud de remedios jurisdiccionales, al menos de momento.

Monográfico: Mediación

De acuerdo a Michele Taruffo «...es impropio decir que la mediación sirva para ‘hacer Justicia’ o que la misma constituye una ‘Justicia alternativa’, al menos mientras al término ‘Justicia’ se le atribuya una connotación jurídica».²²

El vocablo *Justicia* no debería ser acompañado de argumentaciones que omiten información que permitiría al lector elaborar una *definición estipulativa*²³ porque generan multiplicidad de dudas respecto a su significado y aplicación, no es admisible que se emplee cual término *ligero* cuando quienes lo utilizan son Jueces o Magistrados.²⁴

Cuando *en o desde* la Administración de Justicia se habla de *Justicia*, se ha de hablar de aquella que *emana como resultado del proceso judicial* y que es puesta de manifiesto por Jueces y Magistrados a través de sus sentencias.²⁵ Dicho en otros términos, la Justicia es administrada única y exclusivamente por Jueces y Magistrados en sus respectivos Juzgados y Tribunales indefectiblemente a través del Proceso Judicial,²⁶ del cual, la mediación no forma parte.²⁷

22 En el mismo sentido se expresa Michele Taruffo, en la ponencia expuesta por el autor en el 9º Seminario sobre derecho y jurisprudencia (TARUFFO, 2007).

23 Las definiciones estipulativas son aquellas que ofrecen un mayor rigor y exactitud en la determinación del significado. Son definiciones basadas en una propuesta de cómo se ha de entender una palabra. Resultan relevantes en el ámbito del derecho cuando se utilizan por las autoridades de cualquiera de los tres poderes del Estado. Por otro lado, en términos generales, son el recurso que se emplea para lidiar con la vaguedad.

24 Cuando frases como la mediación es justicia, la mediación es tutela judicial, la mediación es acceso a la justicia, se leen en prensa especializada, resulta como mínimo irritante, pero cuando esas mismas frases se escuchan de boca de Jueces y Magistrados, causan escozor.

Por un lado, cabe distinguir la ambigüedad de la vaguedad; en la ambigüedad se desconoce el significado de una palabra, cuestión que se resuelve por medio del análisis del contexto y situación, estipulando o acordando entonces el significado de la palabra en cuestión. En tanto en la vaguedad, estamos frente a la indeterminación de la extensión o denotación de la palabra en relación con su connotación o intención. Podríamos resumir diciendo que la ambigüedad tiene por protagonista a la propiedad de la palabra, mientras que la vaguedad alude a la propiedad del concepto o significado del término. La vaguedad puede tener dos formas: a) palabras continuas, cuando la palabra tiene como criterio relevante de aplicación una propiedad continua (joven, alto, calvo, etc.), y b) duda al aplicar la palabra, propiedad definitoria del término, por ejemplo, vehículo (desplazamiento de un sitio a otro, para lo cual también son válidas: ascensor, escalera, etc.). Como conclusión, se puede decir que una palabra puede referirse a: a) ciertos objetos, b) que no se aplique a otros y c) que haya duda sobre su aplicación.

Y de otro lado, hay que poner en relieve que, entre muchas otras, una de las características atribuidas al papel del juez frente a la opinión pública, es la de actuar como agente clarificador, como educador, si se quiere; a ellos, los Jueces y Magistrados, corresponde transmitir de qué se está hablando y qué debe entenderse por Tutela Judicial, por Justicia, pues solo así se logrará alcanzar la «seguridad jurídica».

Los rasgos de la seguridad jurídica como principio estructural del ordenamiento jurídico son: a) la posibilidad de conocimiento por parte de los ciudadanos de las normas, en virtud de las cuales serán evaluadas jurídicamente sus acciones, b) la conciencia de que su interpretación del derecho aplicable coincide con la que la sociedad asume, y, c) la confianza en la efectividad del ordenamiento y, por tanto, en la adhesión al mismo por parte de los ciudadanos y en la aplicación consiguiente de sus normas (BALAGUER CALLEJÓN, 2010: 94).

25 Esto no significa que Jueces y Magistrados no puedan hablar de Justicia en otro sentido, por ejemplo un slogan, sino que, si así lo hicieran deberían preocuparse por dejar bien claro que no se habla en sentido jurídico, ya que solo así evitarán atentar contra la seguridad jurídica que ellos mismo deben promover.

26 La Constitución Española establece que únicamente Jueces y Magistrados serán los encargados de administrar Justicia (art.117.1 CE) conforme los procedimientos que por ley se establezcan (art. 117.3 CE).

27 Partiendo de una premisa equivocada, se sostiene que «...la mediación ha quedado insertada en el sistema de justicia tanto por lo que establece la Directiva (CE) 52/2008, como en el preámbulo de la Ley 5/2012 al proclamar en su primer párrafo la inserción de la mediación entre las garantías de la tutela judicial efectiva...» (ORTUÑO, 2013a:

Monográfico: Mediación

Da la impresión, desde el punto de vista filosófico, que no se ha entendido que *el paradigma autocompositivo-reparador*, en que se fundamenta la mediación, produce como resultado un acuerdo que, sin olvidar la ley, se basa en lo moral-ético;²⁸ mientras que del paradigma decisional-retributivo, en el que haya su fundamento el proceso judicial, se obtiene como resultado una sentencia que se basa en el derecho.²⁹

Pero eso no es lo único que parece no haberse entendido, desde el punto de vista de la filosofía del derecho, resulta aún más preocupante ver que se pierden de vista o tergiversan las funciones de la Administración de Justicia y la finalidad del proceso judicial en nuestro sistema de derecho. De acuerdo a Damaska en el *Civil Law*, la administración de justicia cumple, entre otras, la función de implementar las políticas de estado aprobadas legislativamente, valiéndose para ello del proceso judicial, cuya finalidad no es otra que la de aumentar las posibilidades de alcanzar un resultado sustantivo acertado, movilizándolo a los ciudadanos hacia objetivos estatales y, por ende, apartándolos de las preocupaciones privadas (Damaska, 2000).

Veamos la situación actual y las tensiones generadas por la inserción de la mediación en la *égida* del derecho jurisdiccional y procesal. *Ab initio* hemos de decir que, si recurriésemos a la LMAM en un intento por echar luz sobre el asunto, nos encontraríamos con que ésta es claramente contradictoria. En un párrafo sostiene que dentro de los sistemas de resolución de conflictos destaca la mediación «...como instrumento complementario de la Administración de Justicia.» (Preámbulo Ap. I segundo párrafo) y en el siguiente se contradice al decir

8); «La mediación como enfoque en la tutela judicial efectiva, es una propuesta realista, porque está integrada en la praxis forense en materia civil y mercantil y se han operado cambios procesales a ese fin...» (MORALES FERNÁNDEZ, 2014b: 105), digo que la premisa es equivocada porque ni de la Directiva, ni de la lectura del citado párrafo del texto del Preámbulo de la Ley 5/2012, se desprende que la mediación haya sido insertada en las garantías de la tutela judicial efectiva.

Transcribo a continuación todo el apartado I del Preámbulo de la LMAM. «Una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos. Esta función implica el reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y, a la vez, compleja.

En este contexto, desde la década de los años setenta del pasado siglo, se ha venido recurriendo a nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre los que destaca la mediación, que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia.

Entre las ventajas de la mediación es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad. La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto.»

Pero para más inri, el autor se contradice asimismo al decir: «También se ha echado de menos que el legislador hubiese optado por la obligatoriedad de acudir al recurso a la mediación como requisito previo de procedibilidad sin el cual no hubiese sido posible que el asunto fuera admitido a trámite por los tribunales.» (ORTUÑO MUÑOZ, 2013b: 50.) porque está reconociendo que hoy por hoy la mediación no integra el proceso judicial, y como sabemos la tutela judicial solo se brinda en un proceso judicial.

28 Y dónde habrá que tener en cuenta la máxima Pauliana «non omne quod licet honestum est» (no todo lo que es lícito es honesto) [La traducción me pertenece].

29 Dada la complejidad del tema, la relación entre Moral y Derecho ha sido denominada por Jhering como «el cabo de hornos» de la Filosofía del Derecho (PÉREZ VALERA, 2004: 212).

Monográfico: Mediación

que la mediación se configura «...como una **alternativa** al proceso judicial...» (Preámbulo Ap. I, tercer párrafo) [La negrita pertenece a este texto y no al original]. Aclaremos esta contradicción.

Al examinar la mediación de conflictos dentro del sistema de tutela judicial efectiva (Conforti, 2015b), nos encontramos con que, en su estado actual, su inserción ha generado las siguientes *tensiones*: i) Se advierte cierta tensión en el derecho de libre acceso a la jurisdicción si se cumplen simultáneamente con las siguientes condiciones: i_1) considerar que la mediación no forma parte del proceso judicial, i_2) considerar que la audiencia informativa o de pre-mediación es una de la etapas del proceso de mediación, i_3) si existe obligatoriedad de asistir a una sesión previa de pre-mediación o informativa y i_4) si no se modifican los requisitos para invocar vulneración de la tutela judicial efectiva. ii) Se advierte cierta tensión con el derecho al proceso si, no habiendo obligatoriedad de la homologación judicial de un acuerdo extrajudicial, el Juez requiere información sobre el asunto sobre el que se pide la homologación. iii) Se advierte cierta tensión en el derecho a la acción que, al igual que en el derecho al proceso, guardan relación con el rol del Juez a la hora de homologar un acuerdo de mediación por la obligación de pronunciarse sobre el fondo del asunto. iv) En principio, no se advierte tensión en cuanto al derecho a un Juez natural, aunque si la mediación de conflictos pasa a integrar el proceso judicial, podría haber alguna problemática en torno a la posible figura del Mediador natural. v) Respecto al derecho a un proceso público no se advierte ninguna tensión; sin embargo, en cuanto a las dilaciones innecesarias, entiendo que la indefinición de plazos configura una tensión; y finalmente, en relación con las garantías, creo que existe una tensión importante porque no solo no están determinadas, sino que además no está nada claro si el Juez debería o no verificar su cumplimiento.

5. Los dos escenarios posibles

Se hace necesario de forma previa al análisis de estos dos escenarios, aclarar dos conceptos a los que se les asigna el mismo calificativo de “alternativo” y “complementario” pero situados en distintos momentos del proceso, de lo cual derivan consecuencias trascendentales. A saber, denominamos proceso **alternativo** de mediación (asimilado a la mediación extrajudicial) cuando las partes, previamente a la instancia jurisdiccional, acuden a un tercero imparcial, mediador, para resolver su controversia. Y denominamos procedimiento **complementario** de mediación (asimilado a la mediación intrajudicial), cuando las partes, habiendo acudido al ámbito jurisdiccional e inmersos en un proceso judicial, bien voluntariamente, o bien por derivación judicial, se someten a un procedimiento de mediación, suspendiendo temporalmente los efectos del proceso judicial.

Por otra parte, lo cierto es que en el momento en el que instamos a la jurisdicción para resolver la controversia, iniciando un proceso judicial, lo que denominamos mediación intrajudicial (como vía complementaria al proceso judicial) podría ser introducida de forma **alternativa o complementaria** a dicho proceso judicial, es decir, como *proceso o procedimiento*.

Por norma general, el *proceso* implica un serie de pasos a seguir en el tiempo, mientras que el *procedimiento* es un método o forma de hacer una determinada cosa. El *proceso* es el todo, el conjunto de trámites en la jurisdicción que hacen posible la realización del Derecho a través de una resolución judicial, mientras que, el *procedimiento* es una fracción de dicha

Monográfico: Mediación

totalidad, es el modo concreto de proceder y desarrollar los trámites, dejando fuera o sin hacer cuestión sobre su naturaleza, jurisdiccional, administrativa, etc. (de la Oliva Santos, 2009; Torres Osorio, 2013: pp. 349-350).

Se desarrollan a continuación los dos escenarios de la mediación intrajudicial, posibles:

5.1. La mediación intrajudicial como proceso alternativo a la Justicia.

Uno de los grandes problemas que plantea la cuestión es el siguiente: si decimos que la mediación es un proceso alternativo, asumimos que no integra el proceso judicial³⁰.

Cuando el Juez deriva el caso a mediación, este *sale de su esfera de custodia*.

Desde el punto de vista de la tutela judicial, este punto es muy relevante, porque a diferencia de una pericia, aquí el caso puede (o no) regresar con un acuerdo *alcanzado fuera de la esfera de custodia del Juez y que puede poner fin al litigio*.

Cuando el Juez deriva a mediación, cabe preguntarse: ¿Se suspenden sus obligaciones respecto de la tutela que debe ejercer sobre el mismo?,

Aceptada la derivación a mediación por las partes, (no olvidemos que hasta la fecha, en España, no es obligatoria la audiencia a la sesión informativa, y que en numerosas derivaciones, dicha sesión informativa no llega a tener lugar, bien por decisión de las partes o sus letrados, bien por desconocimiento de las partes, que no son debidamente informadas) nos encontraríamos ante dos supuestos: 1) que las partes acordaran en mediación concluir el procedimiento judicial, lo que derivaría en la salida del ámbito jurisdiccional y, por ende, el cese de la tutela judicial, siempre que el asunto objeto del pleito fuese de libre disposición y bajo los preceptos del art. 19.1 de la LEC; 2) que las partes continuaran con el proceso judicial, suspendiendo sus efectos, pendientes de la posibilidad del acuerdo de mediación, supuesto en el que continuarían las obligaciones del juez respecto de la tutela judicial.

En el segundo supuesto, la respuesta la encontramos en la LMACM, art. 25.4 (“Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”). y a la Disposición final tercera, en su apartado uno, que modifica el apartado 1 del art. 19 de la LEC («1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.») ¿Quién supervisa y establece el interés general y el beneficio de tercero? Obviamente la respuesta es, el juez, bajo el mandato de ejercer la tutela judicial. ¿Qué grado de responsabilidad tiene

30 Si la mediación no integra el proceso judicial, no es posible sostener que sea Justicia y/o Tutela Judicial -ver supra confusión innecesaria-.

Sin embargo, quienes sostienen esta incongruente postura, no solo asimilan, erróneamente, al concepto jurídico de Justicia, otros que nada tienen que ver con el mismo, sino que luego, ello les conduce a confundir acceso a justicia (en sus múltiples variantes) con el acceso a la justicia, en el sentido jurídico desarrollado en la Constitución. Otro de sus argumentos es el que se vincula a la homologación del acuerdo de mediación. Si bien esta cuestión está contemplada en el art. 25 de la LMACM, de momento solo apuntaré (porque lo trataré luego) que hay una tensión trascendental no resuelta, que tiene por protagonista a la regla de confidencialidad de la mediación y el deber del Juez de conocer cómo se ha llegado al acuerdo que se somete a su homologación.

Monográfico: Mediación

el Juez sobre un posible *abuso de derecho* que se cometiera en un caso que se encontraba bajo su tutela? Es evidente que dicha responsabilidad persiste, aún cuando las partes solicitasen la suspensión del juicio, art. 19 LEC, y la derivación a mediación, de acuerdo a la LMACM, no significa que se *suspendan* las obligaciones que la Tutela Judicial Efectiva pone en cabeza del Juez, ya que nos encontramos en el escenario de la Administración de Justicia legalmente establecida.

Sin perjuicio de que afirmamos que con lo dicho precedentemente queda claro que la mediación en forma de proceso alternativo no es viable dentro de la Administración de Justicia, queda igualmente claro que entendemos la mediación intrajudicial como un procedimiento complementario al ámbito jurisdiccional y que, sometido el juez a su deber de ejercer la tutela judicial efectiva, debe ejercer el control de que el procedimiento de mediación, y por ende el acuerdo que las partes pretendieran homologar, ha sido seguido y alcanzado en cumplimiento de los principios y reglas de la mediación, y velando por que no haya existido abuso de derecho, de igual manera que ocurre en cualquier otra fase del proceso judicial. Según este planteamiento, a nuestro criterio, sí podemos afirmar que la mediación intrajudicial es justicia (en el aspecto jurisdiccional de la palabra. Su concepto ético, queda para otro tipo de reflexión.)

5.2. La mediación intrajudicial como procedimiento complementario del proceso judicial

El debate sobre la mediación como complemento del proceso judicial supone, para quienes sostienen esta postura (que no comparto), transmitir una visión extremadamente pesimista del Derecho de forma tal que parezca natural y plenamente *justificada* la inclusión de la mediación en el proceso judicial como forma de *salvar* la situación de saturación en la que se encuentran Juzgados y Tribunales y dar con ello partida de nacimiento a una nueva forma de Justicia.³¹

Está bastante generalizada, entre abogados, magistrados, jueces y operadores jurídicos en general, la idea de que la mediación mejora la tutela judicial efectiva, ya que suple los inconvenientes que tiene el proceso judicial en relación, por ejemplo, con la atención personal, la escucha y participación de los ciudadanos en, valga la redundancia, el proceso judicial³².

En términos generales, lo deseable es que operadores jurídicos y no jurídicos cuando hablen de Justicia, lo hagan en alusión a la forma en que el Estado organiza la resolución de conflictos, es decir, en cómo el Estado ha materializado el concepto Justicia a través de la Administración de Justicia.

En el sentido propuesto, el proceso judicial es entendido como un espacio de garantías constitucionales (Conforti, 2015b) y el rol del Juez como garante (Freire Pérez, 2011) de dicha protección suprema (Constitución Española, arts. 117.1 y 117.3).

En España no ha habido polémica en relación con la naturaleza de la mediación de conflictos puesto que se le ha reconocido en todo momento naturaleza jurídica. El instituto de la

31 Véase «La Justicia: hay que reinventarla» (CARMENA, 2015).

32 Sobre el particular ver la entrevista que ha realizado Luis Javier Sanchez a los vocales del Consejo General de Poder Judicial de España (SÁNCHEZ, 2015).

ediación reconoce como antecedente propio en el Fuero XXXV de Jaime I, que estableció en 1239 la continuidad y pervivencia del tribunal de aguas de Valencia, y que más allá de algunas diferencias de tipo técnico, es citado frecuentemente como antecedente de la mediación de conflictos en España.

Tampoco se ha dado una mesa redonda en torno a la idea de la *mediación obligatoria*³³ como requisito de procedibilidad, y por ende mucho menos respecto a cómo superar el planteamiento de quienes ven en ello *violencia estructural*, es conveniente recordar que «*Galtung define la violencia estructural como la violencia indirecta originada por la injusticia y la desigualdad como consecuencia de la propia estructura social, ya sea dentro de la propia sociedad o entre el conjunto de las sociedades (alianzas, relaciones entre Estados, etc.)*» (Hueso García, 2000: 130); sin embargo, uno de los incipientes debates³⁴ es el que tiene que ver con el papel que la mediación de conflictos ha de cumplir en el ámbito jurisdiccional.

¿*Cuál es la finalidad de la mediación en el ámbito jurisdiccional?* La mediación de conflictos solo tendrá sentido en el ámbito jurisdiccional si busca resolver la disputa a través del acuerdo. Esto es así porque las partes acuden a la jurisdicción en pleno conocimiento de que el proceso judicial ha de concluir con una sentencia, son las partes quienes van a solicitar se ponga punto final al litigio y, siendo que la mediación comparte con el proceso judicial objeto y finalidad, pretender una finalidad distinta sería caer en una incongruencia.

De entre todos los modelos de mediación más difundidos a nivel internacional,³⁵ es posible destacar los siguientes modelos: *transformativo* (Baruch Bush y Folger, 1996), de *resolución de conflictos* (Folberg y Taylor, 1996), *del compromiso* (Mayer, 2008) y el de *mediación apreciativa* (Conforti, 2008).

De acuerdo a Conforti,³⁶ sin entrar en el análisis detallado de cada uno de los modelos (lo que excedería el marco del presente trabajo), y siguiendo el nombre que precede a cada uno de ellos, podríamos decir que en el *transformativo* se busca modificar las relaciones entre las partes, en el de *solución de conflictos* se busca un acuerdo de carácter resolutivo, en el *del compromiso* se espera generar una actitud distinta de todos los implicados, incluido el mediador, y finalmente, en el de *mediación apreciativa* se busca re-crear éxitos del pasado en materia de resolución de conflictos.

6. Conclusión: claves para incorporar la mediación de conflictos en la jurisdicción

Con lo visto hasta aquí se pueden extraer dos conclusiones: por un lado, que *la mediación debe integrar el proceso judicial* (como uno más de los tantos procedimientos que lo alimentan),³⁷ lo que nos permitiría afirmar (aunque ya veremos más adelante que con alguna limitación) que la mediación es tutela judicial; y de otro lado, toda vez que la mediación intrajudicial al igual que el proceso judicial persigue poner fin al litigio, se debería optar por

33 Véase «La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España» (CONFORTI, 2015a).

34 Ibid.

35 Sobre el particular véase (CONFORTI, 2015b).

36 Ibid.

37 En el mismo sentido (MEJÍAS GÓMEZ, 2010: 24).

Monográfico: Mediación

un modelo que, atendiendo a las particulares de cada caso y a la idiosincracia de las partes, busque la *resolución de sus conflictos*.

Ensayemos un modelo de protocolo de actuación a efectos de visualizar los momentos clave de la mediación de conflictos dentro del proceso judicial.

Figura 1. Protocolo de actuación.



Elaboración propia.

El protocolo de actuación, que el gráfico describe, presenta dos flechas coloreadas en gris que representan dos³⁸ de los momentos clave de la mediación intrajudicial.

El primer momento clave es el de la derivación a mediación y limitación de la Tutela Judicial. Cuando un Juez deriva un caso a mediación, este sale de su esfera de control y conocimiento, el Juez no podrá cumplir con las obligaciones que sobre él³⁹ recaen por imperio de la Tutela

38 No se descarta la existencia de otros momentos clave, pero dada la extensión del presente artículo, nos circunscribimos únicamente a las que se señalan.

39 Como ya se ha explicado, a priori se podría pensar que, con cualquier otro procedimiento, pongamos por ejemplo que el Juez ordenase una pericia, podría suceder algo similar (el asunto sale de su esfera de custodia), pero en rigor, no es el caso puesto que ningún otro procedimiento (excepto la mediación) conlleva la posibilidad de devolver al proceso judicial un acuerdo que (previa homologación, que trataré en el punto que he denominado segundo momento, ponga fin al litigio). Nótese que se utiliza el término limitación, no suspensión, de la tutela judicial. Esta limitación, guarda directa relación con el hecho material de que la tutela judicial efectiva, pone en cabeza del Juez la obligación de conocer en todo momento, lo que sucede en el caso a efectos de controlar que no se produzca ninguna vulneración a los derechos de las partes y/o de los intereses públicos. Lo que sucede es que cuando el Juez deriva el caso a mediación, este «sale de su esfera de custodia» y por tanto de su control.

En este punto parece conveniente recordar que, en el procedimiento de mediación se aplican, entre otros, los principios de privacidad y confidencialidad, esto equivale a decir que lo que sucede durante la mediación está fuera del alcance u órbita de conocimiento y control del Juez.

Monográfico: Mediación

Judicial Efectiva debido a una evidente imposibilidad material. Si eso es así, lo lógico sería *limitar* temporalmente las obligaciones que la tutela judicial conlleva para su Señoría.

Desde el punto de vista práctico, hay que hacer la siguiente distinción: la mediación atiende al conflicto en ocasiones jurídico, mientras que el proceso judicial atiende al litigio jurídico; lo que puede dar lugar a que en una mediación pueda darse la necesidad de ampliar el proceso a terceros que jurídicamente no estén legitimados en el proceso judicial.

La pregunta que surge es: ¿Qué sucedería si en el proceso de mediación intrajudicial, el mediador cita a un tercero, que no siendo parte del proceso judicial, se encuentra legitimado⁴⁰ para intervenir en el proceso de mediación?, y más aún, ¿qué sucedería si además, el que aporta la solución (en el sentido de cubrir las necesidades de la otra parte) es ese tercero y no el demandado? ¿Cómo se resuelve jurídicamente la relación actor y demandado? ¿Sería posible para el Juez homologar un acuerdo en el que hay un tercero no demandado que asume ciertas obligaciones respecto de la parte actora?⁴¹

El segundo momento clave queda configurado cuando, celebrada la mediación y alcanzado el acuerdo, este debe ser homologado por el Juez. Esta es la segunda de las flechas coloreadas en gris.

La conexión entre los principios de privacidad y confidencialidad con las obligaciones del Juez de controlar el marco de legalidad y validez contractual (art. 19 LEC), entran en crisis aparente cuando se sostiene, como aquí se hace, que por imperio de la tutela judicial efectiva el Juez está obligado a incluir en el control de legalidad: (i) la justa composición de la litis, (ii) que no se haya producido ningún abuso de derecho, (iii) que no sea inhumano ni ilegal, (iv) vulneración a los derechos de las partes y/o (vi) de los intereses públicos.⁴²

Bien digo crisis aparente porque no debemos perder de vista que el conflicto particular deja de serlo desde el momento en que una de las partes acude a tribunales. En toda litis siempre habrá un interés público (la realización del proceso judicial, toda vez que es un deber del Estado dar respuesta a la petición de tutela judicial de sus ciudadanos) que estará presente

El procedimiento de mediación es para su Señoría una caja negra en toda regla. No tiene conocimiento material de lo que sucede en él, ni podría evitar un abuso de derecho al no poder materialmente ejercer el control sobre él mismo (TARUFFO, 1999).

Por tanto, cabe concluir que lo que se debe limitar es la responsabilidad y garantías que el Juez, en razón de la tutela judicial efectiva, ha de ofrecer, puesto que como queda visto, no está en disposición material de hacerlo.

40 Vale la pena recordar que la legitimación jurídica (capacidad para estar en juicio) difiere de la legitimación en mediación (capacidad para satisfacer las necesidades de la otra parte).

41 A efectos de la LEC se entiende por: a) Desistimiento (art. 20): cuando por el demandante se retira la demanda antes de contestación (ordinario) o citación (verbal), también es posible cuando después del emplazamiento del demandado, aunque en este supuesto se le debe dar audiencia (art. 20.3) Puede volver a presentarla después; b) Renuncia (art. 20): cuando el demandante renuncia a la acción o al derecho en que funde su pretensión, y ya no se puede volver a presentar la misma demanda. El juez dicta sentencia absolutoria. c) Transacción judicial (art. 19): acuerdo de ambas partes que pone fin al proceso, acuerdo que es homologado por el juez mediante Auto; d) Allanamiento (art. 21): Reconocimiento del demandado (total o parcial) de las pretensiones de la demanda. El juez dicta sentencia favorable al demandante; y, por último e) Sobreseimiento por satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida objeto (art. 22): la parte demandada satisface fuera del proceso las pretensiones del actor o el actor deja de tener interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida por alguna circunstancia sobrevenida, el demandante presenta un escrito poniéndolo en conocimiento del Juez que archiva el procedimiento mediante Auto (VALERO LLORCA, 2012: pp. 5-7).

42 Valorar la legalidad de acuerdo implicará que el Juez tome en cuenta los motivos que lo informan y determinan.

Monográfico: Mediación

en todo tipo de proceso y de forma independiente a que se trate de derechos disponibles⁴³ que son los que se estarán discutiendo en el proceso, esto es lo que Francesco Carnelutti denominó *justa composición de la litis*.⁴⁴

En tal sentido, hay que partir de la idea de que la injusticia perturba el orden y la paz social, y asumiendo que ante pretensiones que se encuentran en igual grado de razón⁴⁵ el Juez deberá, a fin de evitar que se altere el estado de paz social que el Estado pretende, hacer prevalecer los intereses socialmente relevantes sobre los intereses particulares y, en consecuencia, fallar en favor de aquella parte que mejor los represente en su pretensión.⁴⁶

También se ha de tener en cuenta que el concepto de *moral*⁴⁷ es más amplio que el Jurídico de *ilicitud* al relacionarse con conductas y disposiciones humanas que frontalmente se oponen a los sentimientos medios de ética, probidez, buenas costumbres o ciudadanía rectamente entendida y ordenadamente practicada, que son prevalentes en una comunidad normal y concertada de personas que convergen sus vidas individuales en el común social, y por ello resulta congruente y procedente relacionarlo directamente con el concepto de *justa composición de la litis* en el que se hacen prevalecer los *intereses sociales relevantes* a los *intereses particulares* con la finalidad de asegurar y garantizar la *paz social* que es la base del Estado (Carnelutti, 2003).

43 En cierto modo, en este aspecto entramos en el tema del rol de Juez. En este sentido en un auto del Juzgado de Primera Instancia nº 52 de Barcelona, la Juez ha impuesto una multa a una aseguradora por abusar del proceso judicial al no haber intentado previamente una mediación para resolver la cuestión planteada. Los argumentos esgrimidos por su Señoría son múltiples y variados, señala en auto que «Siendo incuestionable el derecho a la tutela judicial efectiva... lo cierto es que todos los derechos pueden utilizarse de forma inadecuada; por eso el art. 7.2 del Código Civil ya señala que la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.» agrega «Y ese abuso del derecho a la tutela judicial, con una clara consecuencia antisocial por lo que supone de aprovechamiento de recursos públicos en beneficio de la actividad de una mercantil, se da cuando no se utiliza como último recurso sino como primero, siendo como es que otros métodos de resolución de conflictos podrían utilizarse.» En el mismo sentido ver (ORTUÑO MUÑOZ, 2007: 30). Ha entendido la magistrada que «... las entidades aseguradoras, deberían ellas mismas procurar el acudir a sistemas alternativos como primera opción y sólo después de ese intento, si no ha tenido un resultado satisfactorio, pueda acudir al proceso judicial.» cerrando su línea argumental con la siguiente idea «... el proceder con rectitud, bajo criterios de ética y responsabilidad social no depende de que la ley lo imponga, sino de que los ciudadanos y empresas empiecen a ser conscientes de los beneficios y perjuicios que producen en la casa pública y actúen consecuentemente.» Es evidente que, en nombre del interés público, su Señoría reclama de la persona jurídica (mercantil) el cumplimiento de los deberes de observancia de la buena fe, ética y responsabilidad social en el ejercicio del Derecho, con mayor celo, si se quiere, que a una persona física.

Por otro lado, se ha de señalar que entendemos que el argumento de fondo que emplea su Señoría guarda directa relación y vinculación con el concepto promulgado por el Magistrado Pascual Ortuño de litigiosidad impropia que he señalado ut supra.

44 Véase (CARNELUTTI, 2003).

45 Si se encontrasen en diferente grado y/o una de las pretensiones fuera injusta, evidente, el Juzgador tendría en ello su fundamentación para sentenciar.

46 Dicho de otra forma, cuando en un litigio las dos pretensiones son legítimas en sentido legal y se encuentran en un pie de igualdad, el Juez ha de decidir el proceso en favor de aquella que asegure la paz social que el Estado debe perseguir y garantizar, aunque ello implique decidir por encima de los intereses particulares de los contendientes.

47 Hay autores que diferencian «moral» de «ética»; en tal sentido la Moral es el estudio de las costumbres, que en relación a la bondad o maldad de las acciones humanas se dan en una comunidad determinada; mientras que Ética, es la reflexión teórica, filosófica, en torno a la bondad o maldad de los actos humanos (PÉREZ VALERA, 2004: pp. 211-222).

Monográfico: Mediación

Amalgamar *publicidad* (del proceso judicial) con *privacidad y confidencialidad* (de la mediación) no es un imposible. Basta pensar que, tal como ya lo he mencionado antes, al acudir a la jurisdicción las partes aceptan que una de las reglas de oro del proceso es la publicidad, a partir de ahí, subordinar los principios de privacidad o confidencialidad a la tutela judicial efectiva, y en consecuencia, limitar sus efectos, es simplemente una cuestión lógica que además echa por tierra cualquier planteo de *violencia estructural*.

Se debería definir el rol de la mediación de conflictos en el ámbito intrajudicial.

Si se decidiera por establecer la mediación obligatoria, es decir, como requisito de procedibilidad, habría dos opciones: a) una reforma Constitucional que incluyera en el art. 24 a la mediación de conflictos —lo que, aunque deseable, parece algo improbable—; y, b) una modificación *lege ferenda* de la actual LMACM que establezca que la mediación integra el proceso judicial.

Finalmente y por establecida la mediación obligatoria, no referimos a la obligatoriedad de acudir a la sesión informativa y no la obligatoriedad de realizar un proceso de mediación al completo, se podrían seguir las siguientes líneas de trabajo:

1. de mediación intrajudicial para someterse a una sesión informativa y que, a resultas de esta, será potestad de la partes someterse o no a un proceso de mediación completo.

— Efectos de la derivación a mediación, sin perjuicio de los dispuesto en el art. 395 LEC, las partes estarán obligadas a comparecer a la audiencia informativa bajo apercibimiento de desobediencia.

— La potestad para derivar a mediación recae sobre el Juez o Tribunal, sea a petición de una de las partes, ambas o por propia iniciativa del juzgador. El mediador, como experto en la materia, será quien determine si el caso es mediable o no. La derivación judicial estará amparada en la discreción del Juez o Tribunal, los casos que se deriven deben responder como mínimo a las siguientes dos razones: i) una mejor o más adecuada resolución del conflicto y ii) el beneficio para las partes involucradas en él.

— Durante todo el tiempo que dure el proceso de mediación, y toda vez que el Juez o Tribunal pierde el control de las actuaciones, operará la suspensión del proceso. El Juez o Tribunal estará obligado a aceptar los términos de los acuerdos a los que pudieran llegar las partes, siempre que se ajusten a lo normado por el artículo 19 LEC y no sean contrarios a la ley, la moral y el orden público.

— Cuando el proceso de mediación concluya en acuerdo y el asunto en controversia esté revestido de un alto interés público, las partes tendrán que informar al Juez o Tribunal sobre las circunstancias y contenido del mismo. Si el acuerdo afecta a derechos de menores, incapaces o terceras personas dependientes, se dará intervención al Ministerio Público Fiscal y seguirá el trámite dispuesto por ley para estos caso.

— Si se insertase la mediación en el proceso judicial (de conformidad a lo normado por los art. 414.1º párrafo segundo LEC, art. 440.1 párrafo segundo LEC), cuando las partes llegasen al acuerdo y éste sea presentado ante el juez para su homologación, deberá tenerse en claro que en tal caso el juez no está juzgando pues no aplica el Derecho para resolver el litigio, lo que hace es dotar de eficacia jurídica al acuerdo que es fruto

Monográfico: Mediación

de la autonomía y voluntad de la partes en conflicto. Esa homologación no conlleva ejercicio de la potestad jurisdiccional y además no es una función exclusiva de los jueces; también puede hacerse por notarios, y por los letrados de la administración de justicia (art. 117.3 CE).

Deberíamos abandonar la idea de que establecer la *obligatoriedad de la audiencia informativa*, limitar a los *principios de privacidad y confidencialidad*, acordes con las particularidades de la mediación intrajudicial, es necesariamente pernicioso para las partes o para el proceso de mediación. En ese escenario, no es más que una falsa dicotomía.

Concluimos con que la implementación de esta inserción de la mediación en la vía jurisdiccional, necesita de un ingente trabajo en la elaboración de protocolos para la determinación de los casos que podrían seleccionarse para mediación, el estatuto del mediador, el mecanismo administrativo de derivación, formación de Jueces, funcionarios y mediadores intrajudiciales, etc. Lo que derivaría en el éxito y calidad de la mediación intrajudicial.

7. Bibliografía

- ARISTOTELES; *Ética a Nicómaco*. Libros I y IV. Traducción de M. Araujo y J. Marías. Colección: Educació. Materials de Filosofia. Dir.: Guillelmos Quintás Alonso. Universitat de València. 1993.
- Política*. Traducción, introducción y notas, Pedro López Barja de Quiroga y Estela García Fernández. Colección Fundamentos nº 220 Serie Clásicos del pensamiento Político. Istmo, Madrid. 2005.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.); *Manual de Derecho Constitucional*. Tecnos. 2010., p. 94.
- BARUCH BUSH, R. A. y FOLGER J. P.; *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*. (Aníbal Leal., Trad.): Ed. Granica. 1996.
- BAYON MOHINO, J. C.; *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de estudios constitucionales. 1991.
- BECKLEY, H.; *Passion for justice: retrieving the legacies of Walter Rauschenbush, John A. Ryan, and Reinhold Nieburh*. Westminster/John Knox Press, Louisville, Kentucky. 1992.
- CABALLERO, J. F. «La teoría de la Justicia de John Rawls», en *Revista Voces y Contextos*. Otoño, núm. II, año I, 2006, pp.1-22.
- CARMENA, M, «La Justicia: hay que reinventarla», en *Espacio Público*, 2015. Disponible en Internet en <<http://www.espacio-publico.com/la-justicia-hay-que-reinventarla>> (ví 13 de febrero de 2015).
- CARNELUTTI, F.; *Teoría General del Derecho: metodología del derecho*. Comares. 2003.
- CONFORTI, O. D. F.; *Mediación Apreativa*. Trabajo presentado en el Seminário sobre Mediação Apreativa de O Instituto de Mediação e Arbitragem de Portugal, Oporto y Lisboa, Portugal. 2008.

Monográfico: Mediación

La promesa de la mediación en España, los términos del debate, en *Diario Jurídico*, Madrid 2012a. Disponible en Internet en <<http://www.diariojuridico.com/la-promesa-de-la-mediacion-en-espana-losterminos-del-debate/>> (ví, 1 de abril 2015).

5 Razones para probar con la mediación de conflictos en *Lawyerpress*, Madrid. 2012b. Disponible en Internet en <http://www.lawyerpress.com/news/2012_12/0112_12_003.html> (ví, 13 de enero de 2019).

«La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España», en *Diario La Ley*, Madrid, España, Año XXXVI, Número 8486 pp. 6-12, 2015a. Disponible en www.francoconforti.com. Consultado el 25 de marzo 2015.

Tutela judicial efectiva y mediación de conflictos en España. Madrid: Tecnos. 2015b.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

DAMASKA, M. R.; *Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. 2000.

de AQUINO, T.; *Suma de Teología II. Parte I-II*. 2ª Ed. VV.AA. Biblioteca de autores cristianos. Pontificia Universidad de Salamanca. 1989.

de la OLIVA SANTOS, A.; *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional: La persona ante la administración de justicia*. Barcelona: Bosh. 1980.

de la OLIVA SANTOS, A., y PEITADO MARISCAL, P.; *Sistema de Tutela Judicial Efectiva*. Madrid: Centro de Estudios Financieros. 2009.

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.

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.

FERNÁNDEZ SEGADO, F.; *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dykinson. 1997.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E., y ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «Una aproximación a la idea de Justicia en la Cultura Jurídica Española del Siglo XX», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 11, 2007/2008, pp. 181-193.

FOLBERG, J., y TAYLOR, A.; *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*. (Beatriz E. Blanca Mendoza, Trad.). México: Limusa. 1996.

FREIRE PÉREZ, R.; La posición del Juez ante la mediación: ¿Espectador, participante, garante? en Soletto Muñoz, H. (dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos* (pp. 281-286). Madrid: Tecnos. 2001.

GARDNER, E. C. *Justice and Christian Ethics*. Digitally printed version 2009. Cambridge University Press. 1995.

GINER BOIRA, V.; *Documentación Gráfica*. Valencia: Javier Boronat Ed. 1995.

HUESO GARCÍA, V.; «Johan Galtung. La transformación de los conflictos por medios pacíficos» en *Cuadernos de estrategia*, Nº. 1111, 2000 (Ejemplar dedicado a: Ideas sobre prevención de conflictos), págs. 1125-1159.

Monográfico: Mediación

- IBARRA, J.L. «La mediación en la administración de Justicia» en la *presentación de GEM-ME-País Vasco. Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación*. San Sebastián, 16 de septiembre de 2013. Disponible en Internet en <<https://joseluis817.wordpress.com/1222-2>> (ví 17 de febrero de 2015),
- KANT, I.; *The Metaphysics of Morals*. Traducido y editado por Mary Gregor. Reimp. 2003. Cambridge University Press. 1996.
- MAYER, B.; *Más allá de la neutralidad: cómo superar la crisis de la resolución de conflictos*. Trad. Calvo Soler Raúl. Barcelona. Gedisa. 2008.
- MEJÍAS GÓMEZ, J. F.; *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*. Madrid: El Derecho, Quantor. 2010.
- MORALES FERNÁNDEZ, M. G.; *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos: La mediación. Sistemas complementarios al proceso. Nuevo enfoque constitucional del Derecho a la tutela judicial efectiva*. Sevilla: Hispalex. 2014a.
- «La mediación. Contenido de la Tutela Efectiva», en Lauroba Lacasa M^a Elena y Ortuño Muñoz, Pascual (Coord.), «*Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*» Barcelona: Huygens. 2014b., pp. 99-106.
- OKECHUKWU D. N., NNAMDI O., UCHE G. A. 2012. «Alternative(/appropriate dispute (conflict) resolution (ADR): the psychological facilitators» en *Research Journal in Organizational Psychology & Educational Studies* 1(2) 2012. págs. 83-89. Emerging Academy Resources (ISSN: 2276-8475).
- ORTUÑO MUÑOZ, P. «La mediación en el ámbito familiar», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 29, Enero de 2013a, pp. 1-23.
- «Apuntes críticos sobre la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de Mediación Civil y Mercantil, en García Villalueva, Leticia y Vázquez de Castro, Eduardo (Dir.), en *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, 2013b., pp. 45-69.
- «Los jueces no están politizados» en *Diario de Ibiza*, 28/12/2014. Disponible en Internet en <<http://www.diariodeibiza.es/pitiuses-balears/2014/12/28/jueces-politizados/740558.html>> (ví 1 de abril de 2015).
- PÉREZ VALERA, V. M. «Relación entre Moral y Derecho», en *Jurídica: anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, nº 33, 2004., pp. 212.
- RAWLS, J. A.; *Theory of Justice*. The belknap Press of Harvard University Press, Cambridge. Mass. 1971.
- SÁNCHEZ, L. J. «Entrevista a los vocales del Consejo General de Poder Judicial de España, Álvaro Cuesta y Concepción Sáez. Hay que divulgar que la mediación es otra forma de tutela judicial efectiva» en *Lawyerpress*. Disponible en Internet en <http://www.lawyerpress.com/news/2015_01/2101_15_007.html> (ví, 21 de enero de 2015).
- SANDEL, M.J.; *Justice: what's the right thing to do?* Farrar, Straus and Giroux, LLC. 2009.
- TARUFFO, M.; *La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible? Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996., pp. 135-150.
- «Aspectos de crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización» en *AFDUAM*, 3, nº 3, 1999., pp. 61-75.

Monográfico: Mediación

Texto de la ponencia expuesta por el autor en el 9º Seminario sobre derecho y jurisprudencia, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, los días 21-22 de julio de 2007. Tomo la cita de Berges Fantova, P. «Análisis DAFO de la Mediación Civil y Mercantil hoy en España: Por una mediación eficaz» en *CMICAV Artículos y Revistas de Mediación*. Disponible en Internet en <<http://www.mediacion.icav.es/contenido.php?idioma=es&menucat=4&id=110>> (ví 13 de febrero de 2015).

TORRES OSORIO, E.; *La mediación a la luz de la Tutela Judicial Efectiva*. Salamanca: Universidad de Salamanca. 2013.

TROYER, J.; *The classical Bentham and Mills*. Hackett Publishing Company Inc. Indianapolis. 2003.

VALERO LLORCA, J.; *Lecciones de Derecho Procesal Civil II, en Desarrollo Esquema de Derecho Procesal Civil*. UEM. No impreso. 2012.

WOLFF, J.; *Robert Nozick. Property, Justicia and the Minimal State*. Digital print 2003. Policy Press, Cambridge. UK. 1991.

LA MEDIACIÓN DE CONFLICTOS SOCIALES SURGIDOS AL APLICAR LA LEY DE LA MEMORIA HISTÓRICA

María Isabel Leal Ruiz

RESUMEN: Las leyes de la Memoria histórica en su aplicación, sobre todo en los aspectos relativos a la eliminación de monumentos y/o símbolos de la dictadura traen consigo conflictos sociales. La reparación del daño a las víctimas, siempre está en relación al paradigma del perdón y la mediación, así como la justicia restaurativa son herramientas fundamentales. En la práctica de la mediación de estos conflictos sociales se ha de tener en cuenta un conjunto de variables como son: el conflicto es heredado, el cambio de significado de los símbolos y ¿cómo se puede reparar el daño tras el tiempo transcurrido?

PALABRAS CLAVE: mediación, Memoria histórica, resentimiento, perdón, conflicto social.

ABSTRACT: The laws of Historical Memory in their application, especially in the aspects related to the elimination of monuments and / or symbols of the dictatorship, bring with them social conflicts. The reparation of the damage to the victims is always in relation to the paradigm of forgiveness and Mediation as well as restorative justice are fundamental tools. In the practice of mediating these social conflicts one must take into account a set of variables such as: conflict is inherited, the change of meaning of the symbols and how can the damage be repaired after the elapsed time?

KEYWORDS: mediation, historical memory, resentment, forgiveness, social conflict.

SUMARIO: 1. Punto de partida.- 2. Nuevas formas de reparar el daño.- 3. Resentimiento. Vencedores y vencidos.- 4. El Conflicto Social.- 5. Características propias de los conflictos sociales producidos por la aplicación de la Ley de la Memoria histórica.- 6. Conclusiones desde la experiencia.- Bibliografía.

1. Punto de partida

Para que una puerta no se abra, hay que cerrarla bien. Tras los años de dictadura en España, no se realizó adecuadamente el proceso de reconciliación, no se establecieron los principios de Verdad, Justicia y Reparación, que nos hubieran llevado a sanar la convivencia dañada. Y me parece oportuno iniciar este artículo con la frase de Xabier Etxeberria (2011, 1) filósofo de la Universidad de DEUSTO: “Nunca puede llamarse reconciliación a la que se consigue por la vía del olvido, porque reconciliarse supone reconocer que se vuelve a anudar una relación que se experimentó como rota.”¹

Cuando no se han llevado a cabo, tras un conflicto con violencia, los pasos de recuperación de la verdad, justicia y reconciliación de las víctimas y los agresores; la complejidad que ya en sí tiene el proceso de pacificación, se agudiza, pues el tiempo que transcurre nunca es neutro.

En la transición política española de la dictadura a la democracia, no se valoró como prioridad este proceso de reparación, se dieron ciertos pasos pero tímidos e incompletos y esto ha hecho que la aplicación de la Ley de la Memoria histórica que busca la reconciliación, cree nuevos conflictos en la sociedad.

Estos conflictos surgidos de la aplicación de la Ley, se generan por muy diversas causas, pero todos ellos son conflictos sociales que atentan contra la convivencia pacífica.

Por otro lado la mayoría de estos conflictos, se han creado en torno a la supresión de elementos de exaltación, de una parte de los actores del conflicto bélico. Tanto en la Ley 52/2007 de Memoria histórica nacional en su Artículo 15, como en la Ley 14/2017 de memoria democrática y para la convivencia de la Comunitat Valenciana en su Artículo 39, en estos dos artículos, las dos leyes, plantean la retirada de monumentos que han formado parte del mobiliario público, durante más de 73 años. Estos elementos del mobiliario público, han sido lugares de exaltación durante la dictadura y en algunos casos en democracia, de uno de los bandos de la guerra civil.

Con el paso de los años, estos monumentos o elementos públicos, la mayoría con símbolos religiosos, sobre todo cruces, han ido creando diversas simbologías en el imaginario social, visiones políticas, religiosas e incluso de costumbres, llegando a formar parte de la cultura de ese territorio. Estas diferentes visiones de los ciudadanos sobre estos elementos públicos y monumentos, es en mi criterio, uno de los factores que hace que su retirada origine conflictos sociales.

Este artículo parte de la experiencia de haber mediado conflictos derivados de la aplicación de la Ley de la Memoria histórica en la Comunitat Valenciana. Nos proponemos con este texto, el objetivo de aportar elementos para la reflexión y valoraciones a tener en cuenta en los procesos de mediación de estos conflictos.

Por lo que a lo largo del texto, se indicaran qué características tienen estos conflictos sociales y qué elementos específicos hay que tener en cuenta si se decide mediarlos.

1 ETXEBERRIA X., “La verdad que reconcilia en la justicia” Lima – Perú. 2011. http://www.verdadyreconciliacionperu.com/admin/files/articulos/1426_digitalizacion.pdf Consultado 5/09/2018

2. Nuevas formas de reparar el daño

No podemos contemplar la Justicia como un concepto inamovible sino como una virtud que evoluciona y se sitúa en cada contexto histórico y social. Por esto, la Justicia aplicada al grupo y manifestada en el Derecho tiene una evolución propia en cada sociedad. Lo que no cambia es el objetivo de la Justicia, que es favorecer la convivencia.

John Rawls (21 de febrero de 1921, Baltimore, Maryland, Estados Unidos a 24 de noviembre de 2002, Lexington, Massachusetts, Estados Unidos) en su “La justicia como equidad. Una reformulación”,² completa lo ya abordado en su anterior escrito, “Teoría de la justicia” publicado por primera vez 1971, donde introdujo el concepto de la Justicia como “equidad” y abrió la puerta a preguntas muy importantes que de una forma u otra han supuesto cambios en la aplicación de la Justicia por el Derecho (justicia aplicada), que plantean estas preguntas:

¿La aplicación de la Justicia en el contexto social es para aplicar el castigo o para reparar el daño? ¿La Justicia aplicada, aporta a las partes en conflicto, formas de nueva convivencia que aseguren que la venganza no sea el método de reconstruir y restaurar las relaciones? ¿Qué buscamos cuando somos víctimas en la Justicia, que se nos restituya el daño causado o la venganza desde las emociones que aparecen por el daño que nos han infringido?

Nos preguntamos si la Justicia aplicada, siempre se refiere a la Ley que se da una comunidad (en la práctica un Estado) o al daño causado a la dignidad humana. De esta cuestión podemos derivar la siguiente; ¿Qué papel juega en la aplicación de la Justicia la víctima?

Si la Justicia busca el bien común, siendo este de una gran complejidad y es aplicada desde la equidad, todas las preguntas anteriormente expresadas y otras más que podríamos hacernos, nos encontramos que en el momento actual se van encontrando respuestas y una de las nuevas respuestas es, la Justicia restaurativa, en la que el objeto básico es reparar el daño causado y que la víctima pueda expresar directamente ante el agresor, el daño que ha vivido.

La Justicia restaurativa se vincula directamente con los procesos pacíficos de solución de conflictos en concreto con la mediación. La mediación añade a la Justicia restaurativa el hecho de que las partes, tanto el ofensor como el ofendido, el dañado como el que ha ejercido el daño, son los que deciden cómo resolver sus diferencias. También incluyen en todos los casos a todos los dañados no sólo a la víctima directa sino a todos aquellos que han sido afectados por el daño ejercido, familiares, vecinos, amigos, etc.

La Justicia restaurativa, al igual que la mediación, persigue que el resentimiento sea sustituido por el perdón.

Es fundamental en este punto aclarar que cuando se habla de perdón de lo que hablamos es del “El paradigma del perdón” tal como lo expresa Margaret R. Holmgren (2012. 329): “... las actitudes básicas de respeto, compasión y auténtica benevolencia que fundamentan el paradigma del perdón, dispensadas a todas personas por igual, conducen a una teoría moral estructurada sobre la base de un principio central de justicia.”³

En ningún momento cuando se habla de “el paradigma del perdón” se habla de excusar o

2 RAWLS J., *La justicia como equidad. Una reformulación*. Barcelona. Editorial: PAIDOS IBERICA. 2001. Nº de páginas: 288 págs.

3 HOLMGREN M. R.: *¿Perdonar o castigar? Cómo responder al mal*. Madrid. Ed. Avarigani. 2012. Pag.329.

Monográfico: Mediación

justificar el acto realizado por el ofensor, ni de exculparlo, eximirlo, exonerarlo, absolverlo o indultarlo. De lo que se habla es de que el resentimiento que se provoca al dañado se transforme, de manera que el discurso de venganza pase a ser un discurso de convivencia en el que el respeto entre las partes pueda dar paso a una convivencia pacífica, manteniendo siempre la aceptación de las diferencias.

No es tampoco un perdón paternalista o de posición de poder, es la restauración de la convivencia desde la comprensión racional y emocional de los valores éticos entre iguales. Es reconocer la posibilidad de ser ofensor, al igual que ser el ofendido.

En este sentido la mediación como sistema de solución de conflictos aporta la posibilidad de que las partes del conflicto restauren bienes superiores en el tiempo, como lo es el poder construir sociedades, comunidades, en las que la cohesión social sea un hecho. En estos procesos de mediación hay que tener siempre en cuenta tres elementos fundamentales; la verdad de los hechos, la reparación del daño y la reconciliación social.

3. Resentimiento. Vencedores y vencidos

Tras la guerra civil en España el hablar de “vencedores y vencidos” parecería ser conceptos superados. Sin embargo cuando estableces diálogos entre los diferentes grupos afectados en los conflictos surgidos al aplicar las Leyes de la Memoria histórica, las partes hablan de estos conceptos. Se ha querido basar en el “olvido social”⁴ la reparación pero como dice Xavier Etxeberria (2011, 1), el olvido no repara, repara la verdad, la justicia, en resumen, el perdón tal y como lo exponemos en este artículo. Y el objetivo del perdón social, podríamos expresarlo con palabras de Etxeberria (2018, 30); “Su objetivo prioritario es, precisamente, buscar la convivencia más plena, no en genérico, sino cuando se ha roto, no propiamente rehaciéndola —tarea imposible—, sino restaurándola.”⁵

Podemos encontrarnos a diario en las relaciones sociales, en los discursos de los medios de comunicación, en las redes sociales, etc. que el sentimiento que sostiene el concepto de “vencedores y vencidos” está presente. Este sentimiento es el resentimiento.

Desde mi punto de vista es una pregunta crucial si cuando intentamos solucionar un conflicto, el objetivo que pretendemos es llegar a un acuerdo entre las partes o cambiar el resentimiento por el perdón. Dice Ricardo Gibu Shimabukuro en su artículo “Sobre el resentimiento y el perdón”: “La violencia del hombre contra el hombre entraña una dinámica irreversible de aislamiento y de soledad en la que el lenguaje, lejos de estar precedido por el deseo de dialogar, deviene en monólogo e imposición de las propias ideas”⁶ (2016). Este tipo de lenguaje lleva consigo el resentimiento.

4 Ver nota de pie de página 1

5 ETXEBERRIA MAULEÓN, X., *El perdón y la reconciliación en la convivencia cívica*. Colección «Eines de Pau, Seguretat i Justícia» Barcelona. www.icip.cat / icip@gencat.cat. 2018. Pág. 30

6 GIBU SHIMABUKURO R., *Open Insight* • Volumen VII • Nº 12 (julio-diciembre 2016) • pp. 9-29 Consultado el 7/09/2018.

Monográfico: Mediación

En la expresión de los conflictos, sobre todo en los que suceden tras la implantación de la Ley de la Memoria histórica,⁷ muchas veces observamos que lo que se intenta buscar es la venganza y volver de nuevo al paradigma de vencedores y vencidos. Por lo que es necesario analizar el resentimiento como emoción que impregna el conflicto.

El resentimiento ha sido muy analizado sobre todo por Nietzsche en su libro “La genealogía de la moral” de 1887 y por Scheler en su ensayo de 1912 “El resentimiento en la moral”; podemos decir que los dos autores sustentan el resentimiento en dos impulsos, el impulso de venganza en el que el objeto de dicha venganza se hace indeterminado y en el impulso de envidia, el deseo de tener lo que el otro tiene. Estas emociones, resentimiento, venganza, envidia, van derivando en absolutizar lo que es bueno y lo que es malo, como si los comportamientos humanos sólo se dividieran en posturas opuestas y no estuvieran recubiertas de multitud de emociones encontradas. Podemos decir que las emociones que embargan a víctima y ofensor son múltiples y complejas. En este sentido dice Liliana C. Molina González en su artículo “La dimensión social del perdón y la posibilidad de reinterpretarlo como un proceso de reconciliación con el daño” (2016):

“En este sentido muchas personas pueden optar por reclamar justicia recurriendo a las herramientas normativas disponibles, y en otros casos optar por la denuncia en espacios alternativos y compartidos con otras personas, mediante el tejido y la construcción de espacios colectivos de memoria. En estos casos los sentimientos y las razones que los justifican no se reducen al resentimiento ni al deseo de venganza y retribución del daño. Podemos imaginar que en algunos casos haya, por ejemplo, vergüenza, culpa, remordimiento, tal vez por haber sobrevivido al daño, por haberlo permitido, o por no haber podido evitar el daño sufrido por una persona cercana o un familiar. El universo de las emociones revela aún más su complejidad cuando establecemos relaciones entre ellas; mucho más cuando se trata de comprenderlas como respuestas posibles ante la experiencia concreta del daño. La vergüenza, el miedo, el resentimiento, la indignación, resuenan en la vida de personas afectadas pero también en la vida de sus allegados, y de las comunidades de las que son parte (familia, amigos, trabajo, barrio).”⁸

En el progresivo análisis del resentimiento, en los conflictos sociales, nos encontramos con dos características: la primera que el resentimiento va unido a múltiples emociones que comparten víctimas y ofensores, aunque en diverso grado de intensidad y un segundo que la víctima y el ofensor se desindividualizan y pasan a ser el grupo de personas que rodea a éstos los que también son víctimas. Ya no es el daño infringido entre dos, sino el daño que repercute en el grupo y/o la comunidad. Por eso el proceso de la mediación que se lleva a cabo en estos conflictos debe realizarse no sólo con las partes directamente afectadas aunque ellas son imprescindibles, sino con la comunidad.

7 Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.

8 MOLINA GONZÁLEZ, L. C.; DIALNET. *La dimensión social del perdón y la posibilidad de reinterpretarlo como un proceso de reconciliación con el daño*. «Estudios de Filosofía» Nº 54 (2016): pag.151-176.

4. El Conflicto Social

Es necesario que entremos a analizar el concepto de “conflicto social” ya que los conflictos sobre los que tratamos lo son y lo son porque enfrentan a diferentes grupos sociales por sus creencias, opiniones y valores divergentes. Y hablamos de grupos sociales en el sentido que lo que expresa Silva García, Germán (2008. 37)

“...los grupos son la categoría principal de organización de la sociedad; la mayoría de los individuos tienden a organizarse en grupos sociales, a veces, ubicándose en varios grupos de distinta especie; respecto de los grupos, no de los individuos, afluyen los conflictos sociales de mayor dimensión... Los grupos sociales, dueños de una fuerza variable, participan de un equilibrio oscilante, inestable y relativo, sujeto a un proceso social dinámico, que depende de los ajustes en los intereses, la actividad de los demás grupos en la interacción social y los cambios en posiciones y situación. Por ende, los grupos sociales permanecen en continuo movimiento, deshaciéndose y reintegrándose, de acuerdo a la dinámica señalada de la relaciones sociales y, en su caso, del conflicto social.”⁹

De la misma forma es necesario recordar que como dice Silva: “El conflicto social no es anómalo, en realidad, no es por definición ni bueno ni malo, es una consecuencia histórica y social natural de las relaciones sociales.”¹⁰ Y siempre producen cambios en la sociedad allí donde se dan.

En términos generales podríamos decir que un conflicto social es: La incompatibilidad de conductas, cogniciones (incluyendo las metas) y/o afectos entre individuos o grupos que pueden o no conducir a una expresión agresiva de su incompatibilidad social.

El conflicto social en términos generales tiene estas características:

- Las partes son grupos organizados pertenecientes a instituciones o no. (Aquí incluyo partidos políticos, corporaciones municipales, Iglesias, plataformas de diversos signos, etc...).
- En torno al conflicto se agrupan miembros de la sociedad que se posicionan con los diversos grupos organizados cuando el conflicto escala.
- La interacción contenciosa tiene una parte ideológica – cultural y otra parte vinculada a la acción en el medio social.
- La mayoría de las veces está implicada la administración pública.
- Los medios de comunicación y las redes sociales, intervienen y escalan o desescalan el conflicto.
- Los procesos del conflicto son complejos y esta complejidad aparece en los procesos de solución.
- Las emociones que se manifiestan, al hacerse públicas, se expresan de forma extrema.
- Pueden permanecer latentes muchos años.

9 SILVA GARCÍA, G., “La teoría del conflicto. Un marco teórico necesario”. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XI, núm. 22, julio-diciembre, 2008, pp. 29-43 Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia.

10 *Ibíd.*, p. 37

Monográfico: Mediación

Los conflictos sociales se pueden mediar, esto es indiscutible, pero tenemos que tener en cuenta que se tienen que mantener y esto conlleva dificultades, los principios esenciales de la mediación: La mediación es voluntaria. Hay que mantener la igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores. La neutralidad de los mediadores. La confidencialidad. Y por último las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo.

Tengamos siempre en cuenta que en un conflicto social la confidencialidad y la imparcialidad de los mediadores ha de vigilarse estrechamente. Para la confidencialidad es necesario llegar a un acuerdo inicial de las partes para salvaguardarla, sobre todo en los medios de comunicación y en las redes sociales. Y la imparcialidad de los mediadores ha de mantenerse y esto es difícil. Un medio eficaz para mantener la imparcialidad es la formación de un equipo de mediadores que además de ser aceptado por las partes, se formen en determinados aspectos, como son las técnicas de trabajo con grupos, los conceptos básicos de la Memoria histórica, el conocimiento de la legislación pertinente etc...

5. Características propias de los conflictos sociales producidos por la aplicación de la Ley de la Memoria histórica

En el apartado anterior hemos indicado las características generales de los conflictos sociales pero hay ciertas características que son propias y comunes cuando se aplica la Ley de la Memoria histórica en aquellos artículos que determinan la retirada de monumentos conmemorativos del final de la contienda o que hacen referencia a una de las partes de la guerra civil de 1936 – 1939.

Estas características son: El daño es heredado. Los símbolos en el conflicto. La reparación del daño. Los afectados por el daño. Estas características las analizaremos a continuación.

5. 1. El daño heredado

Hablamos de daño heredado cuando las personas que han sufrido el daño directo, en su mayoría han muerto. Esto va a aportar elementos complejos sobre todo en el ámbito emocional. Los datos sobre lo ocurrido no se conocen la mayoría de las veces, en su totalidad. En los conflictos bélicos los datos están sesgados y muchas veces matizados por las percepciones y/o intereses de las partes.

Cuando la historia no se ha podido contar desde todas las partes, la verdad de los hechos está distorsionada. Esta distorsión viene dada al recibir las partes la información de forma oral, por sus familiares directos o no.

Normalmente en la transmisión oral hacemos una selección positiva de los datos siempre intentando que lo contado, cree un relato positivo para la parte. En la transmisión familiar de los hechos no se da la manipulación intencionada de los hechos sino que son procesos normales de la transmisión oral.

Monográfico: Mediación

Emocionalmente lo que se transmite es el daño causado y el resentimiento es el centro de las emociones que al personalizarlo se transforma en rencor. Puede también transmitirse culpa, que lleva al que escucha a la impotencia y la ira contra los que causaron el daño, pero al no vivir ya las personas que dañaron, pasamos a sus herederos biológicos y/o ideológicos la responsabilidad de los hechos.

Muchas veces el conjunto de emociones sólo se puede solucionar creando comportamientos que se alejan de lo racional para dar paso a la liberación de emociones.

Muchos de los que se sienten parte del conflicto desconocen lo sucedido, solamente se posicionan desde las emociones. Crean estos procesos emocionales, en las partes, una obligación de enfrentamiento que es difícil de solucionar ya que está motivada, dicha obligación, por el compromiso de venganza adquirido familiarmente.

Todo esto con el paso de los años si se ha silenciado no significa que se haya resuelto y puede aparecer en el momento que por motivo de aplicación de una Ley, en sí justa, hace despertar todos estos sentimientos.

Abordar un conflicto heredado es complejo y requiere de tiempo y reparación de estos daños.

5.2. Los símbolos

Los símbolos son definidos por la Real Academia de la Lengua Española de la siguiente forma:

“Elemento u objeto material que, por convención o asociación, se considera representativo de una entidad, de una idea, de una cierta condición, etc. La bandera es símbolo de la patria. La paloma es el símbolo de la paz.”

O bien como:

“Forma expresiva que introduce en las artes figuraciones representativas de valores y conceptos, y que a partir de la corriente simbolista, a fines del siglo XIX, y en las escuelas poéticas o artísticas posteriores, utiliza la sugerencia o la asociación subliminal de las palabras o signos para producir emociones conscientes.”

Hablar de símbolos en el ámbito de los conflictos es establecer una relación directa con las emociones y muchas veces con emociones personales, aunque el símbolo haga referencia a un colectivo.

En el mundo del derecho en los últimos años en los que en Europa la libertad de religión, hace que los símbolos religiosos sean múltiples, ha llevado a los juristas a diversos análisis sobre cómo establecer la convivencia de los derechos personales ante sus creencias religiosas a utilizar sus símbolos en el espacio público y a la vez respetar la laicidad de estos espacios. Sobre esto es muy interesante el punto de vista de Rafael Palomino (2016) del que apporto dos citas de su artículo, “El símbolo religioso en el Derecho. Concepto y clases”:

“Los símbolos religiosos pueden verse rechazados en el contexto de la civilización occidental, ya sea por establecer un sentido de diferencia que amenaza la igualdad, ya por aspirar a un horizonte secular depurado de símbolos en posible concurrencia. No obstante, el espacio lógico y visual no puede resultar vacío, por lo que advienen nuevos símbolos que pretenden colonizar el horizonte y el imaginario social.”¹¹

11 PALOMINO LOZANO, R., “El símbolo religioso en el Derecho. Concepto y clases”. 2016. <http://eprints.ucm.es/40005/> Consultado

Monográfico: Mediación

“Por ello, y a la luz de otras propuestas doctrinales, se apuesta por la distinción entre símbolos religiosos personales e institucionales, que se adapta de forma más adecuada a los elementos entre los que bascula el estudio jurídico de los símbolos religiosos: el derecho fundamental de libertad religiosa y de creencias, por un lado, y el principio de neutralidad del Estado, por otro.”¹² Rafael Palomino Lozano (2016, 19)

Cuando en un conflicto, un mismo símbolo representa conceptos enfrentados entre las partes, es necesario llegar al reconocimiento de que esto es así.

En muchos casos de aplicación de retirada de monumentos que representan y ensalzan la victoria de una de las partes del conflicto, el símbolo es la cruz. Esto lleva a mezclar emociones religiosas, con posicionamientos políticos. Sin embargo si nos situamos en el proceso real de los acontecimientos podríamos observar que es un uso de la religión, por ambas partes en conflicto, para mantener el enfrentamiento y como consecuencia el poder.

Es necesario que este nuevo conflicto que se suma al de subsanar el daño sufrido por ciudadanos por una contienda bélica, no se transforme en un conflicto religioso. Desde mi punto de vista esto es una manipulación interesada y hay que aclarar a las autoridades religiosas que, desde la honestidad, no distorsionen el conflicto.

La transformación de un conflicto social en uno religioso hace imposible la mediación ya que estaremos hablando de fe y creencias y éstas no son mediables.

5.3. Reparar el daño

¿Cómo reparar un daño tras más de 50 años sin abordarlo?

En todo este tiempo la verdad no ha sido contada. Las leyes actuales sobre la Memoria histórica, no son claras, permitiendo caminos por los que el Derecho puede hablar de una forma y la contraria.

Se ha convencido, con mensajes a la ciudadanía, de que todo está ya olvidado, situación que se aleja de la realidad ya que cuando las personas se reúnen a hablar sobre este tema el resentimiento surge. Las familias siguen en su privacidad contando su propia historia de los hechos.

¿Cómo reparar el daño, si no reunimos a los familiares de un lado y de otro a escucharse sus versiones de lo acontecido, sus emociones, sus silencios, sus miedos?

Y cuando hablamos de reparar el daño en una sociedad que ha vivido un conflicto bélico seguido de una dictadura, no podemos hablar sólo en función de las grandes ciudades ya que en los pueblos de menos de 50.000 habitantes la realidad es mucho más conflictiva.

En estas ciudades pequeñas las personas viven en sus familias los recuerdos de los acontecimientos de los años entre 1934 al 1945 y siguen transmitiéndolos y esto hace que se creen rupturas entre familias por lo que la convivencia es difícil.

En muchos casos estas “tradiciones” familiares se han vinculado a partidos políticos y/o a organizaciones.

el 12/09/2018.

12 *Ibid.*, p. 17

Monográfico: Mediación

Mientras menos habitantes tengan las ciudades donde se aplica la retirada de monumentos más se agudiza el conflicto. Esto hace que la forma de abordar estos conflictos en ciudades pequeñas requiera de planteamientos diferentes al de las grandes ciudades.

5.4. Los afectados

En la aplicación de la Ley de la Memoria histórica no se establece desde el inicio un contacto con las familias de los afectados. Estos afectados serían los familiares de las personas que fueron asesinadas, exiliadas, les quitaron sus bienes etc. Y tengamos en cuenta que muchas veces no hay datos escritos, ni documentos que acrediten los hechos, por lo que es oportuno escuchar y reconocer a todos aquellos que se viven como afectados.

Es necesario que todo proceso de pacificación tenga como centro a los familiares y personas directamente afectadas ya que son ellos los que han vivido más directamente el daño.

Por otro lado existe un conjunto de personas, que aunque no sufrieron el daño directo, sí que sufrieron y sufren el daño como observadores pasivos. Este colectivo es importante tenerlo en cuenta porque viven el resentimiento y la culpa que les lleva a posicionarse en los momentos de aplicación de la Ley. Podríamos decir que las personas afectadas en el conflicto no son sólo las que recibieron directamente el daño sino aquellas que en el entorno sufrieron las consecuencias y por tanto, también son parte.

Todo esto nos llevará a plantear el proceso de reparación del daño de una manera abierta.

6. Conclusiones desde la experiencia

Estoy convencida de que la Justicia restaurativa y la mediación es el camino.

Partiendo de esta afirmación es necesario establecer una serie de premisas que son totalmente necesarias para llevar a término el proceso de pacificación.

En todo proceso de mediación de estos conflictos hay que garantizar la buena fe de las partes y para ello:

Primero

Los partidos políticos de la ciudad, estén en el gobierno o no, han de realizar un proceso de mediación en la que se llegue a un acuerdo. Este acuerdo entre partidos políticos debe ser siempre manteniendo sus diferencias democráticas, de forma que se comprometan a establecer la convivencia en su ciudad y defender los derechos humanos.

En este punto cabe recordar cómo el País Vasco, tras el anuncio de cese de la violencia por parte de ETA, está realizando el proceso de pacificación. Primero se llevó a cabo un acuerdo de los partidos en 2006 y en el momento actual se continúa en ello. En el Preámbulo del documento "Plan de Convivencia y Derechos Humanos 2017- 2020" dice:

"El 2 de mayo de 2006, en la VII Legislatura, el Consejo de Gobierno aprobó por vez primera un Plan de Paz y Convivencia concebido como una herramienta que, desde el Ejecutivo, debía planificar de una manera articulada un conjunto de iniciativas orientadas al mismo objetivo. En la VIII Legislatura, el 26 de diciembre de 2007, el Consejo

Monográfico: Mediación

de Gobierno aprobó el Plan Vasco de Educación para la Paz y los Derechos Humanos (2008-2011). El 8 de junio de 2010, el Consejo de Gobierno aprobó la Reformulación del Plan Vasco de Educación para la Paz y los Derechos Humanos, correspondiente a la IX Legislatura. El 26 de noviembre de 2013, en la X Legislatura, el Consejo de Gobierno aprobó el Plan de Paz y Convivencia 2013- 2016. Ahora, en marzo de 2017, se presenta el Plan de Convivencia y Derechos Humanos 2017-2020, que se proyecta al periodo de la XI Legislatura.”

“Este recorrido cronológico muestra, en primer lugar, una línea de continuidad. Lo que se proyecta hoy no puede ser entendido sin lo que se hizo ayer o antes de ayer. La construcción de la paz y la convivencia no empieza de cero. Es una obra coral, trenzada a lo largo del tiempo con múltiples y plurales aportaciones, tanto de gobiernos, partidos, grupos parlamentarios e instituciones, como de agentes sociales, movimientos asociativos y de la propia ciudadanía. En esta construcción compartida debe destacarse la actitud y aportación fundamental de las víctimas. Desecharon la posibilidad de cualquier reacción vindicativa, y canalizaron su repuesta a la injusticia del sufrimiento padecido poniendo su confianza en la Justicia, en la acción policial y en las instituciones del Estado de Derecho.”

“En segundo lugar, prueba que durante los últimos diez años gobiernos de composición diversa han buscado contribuir al final del terrorismo y la violencia y a los objetivos de la convivencia, la paz y los derechos humanos mediante la herramienta de un plan estratégico. Existe, por tanto, una línea de continuidad y coincidencia en relación con la utilidad de esta herramienta.”¹³

Donde se demuestra que es posible diferenciar las diversas posturas ideológicas, a las que democráticamente tienen derecho los partidos, de la paz social que todos deben defender.

Pero pensemos por otro lado, que el País Vasco ha llevado a cabo la acción de pacificación, en el momento del cese de violencia armada de ETA, sin embargo la pacificación del estado Español no se realizó al final de la guerra civil, ni tras largo años de dictadura donde también hubo violencia, ni en democracia ya que se ha tardado en comenzar un proceso de reparación, verdad y justicia. Esta diferencia es muy importante.

Segundo

Los medios de comunicación y las redes sociales han de llegar al acuerdo de no transmitir información posicionada en ninguna de las partes que intervienen en el proceso de mediación. La información, si se da, ha de ser de datos y acuerdos.

En mi experiencia si a los periodistas se les ofrece un referente del equipo de mediadores que comunica aquellos datos y procesos que las partes aprueban, los medios respetan este acuerdo y no interfieren en el proceso de mediación.

Sin embargo las redes sociales son más complejas, ya que muchas de las personas interviniendo en el proceso expresan en ellas sus opiniones, y esto dificulta la desescalada emocional del

13 Plan de Convivencia y Derechos Humanos 2017-2020. Gobierno Vasco. Consultado el 12/09/2018. http://www.irekia.euskadi.eus/uploads/attachments/9389/Plan_de_Convivencia_y_DDHH_.pdf

Monográfico: Mediación

conflicto. Desde mi experiencia hay que, desde el equipo de mediadores, seguir estas redes que nos indican qué pasos hay que dar en la escucha activa de las partes pero, de ninguna forma los mediadores del equipo deben participar en esos debates. El equipo de mediadores debe de mantenerse en silencio, que indicará su imparcialidad.

Tercero

Se ha de partir de la escucha activa de todas las “víctimas”, entendidas éstas como se ha expuesto anteriormente, aquellos familiares directos y aquellas personas que indirectamente se sienten dañadas.

En los conflictos mediados nos hemos encontrado que existen víctimas que no desean participar porque muchas de ellas aún tienen miedo de manifestar en público el daño que se les infringió.

La realización de caucus con el conjunto de víctimas es muy enriquecedor para avanzar en la mediación, ya que no es real que todos tengan la misma postura o defiendan los mismos intereses, ni siquiera comparten las mismas necesidades. En el diálogo con ellas van percibiéndose y escuchándose, de manera que muchas veces son las víctimas más directas las que se acercan más rápidamente a la postura del perdón y la reconciliación.

Diferente es el encuentro con los grupos que son víctimas indirectas que en su mayoría están ideologizadas y en algunos casos mantenidas por partidos políticos o por grupos religiosos. En esta situación solamente si los acercamos al concepto de bien común, comienzan un camino de acercamiento a la reconciliación.

Cuarto

En todo el proceso de mediación, se ha de trabajar en los valores democráticos, con lo que conlleva de compartir el diálogo con otros que piensan de diferente manera.

Sin embargo los valores de convivencia, el perdón y la pacificación no están arraigados en nuestra sociedad y no se ha formado a la sociedad para entender que éstos sólo se pueden dar desde la verdad, la justicia y la reparación.

Este aspecto es lo que más sorprende. Nos encontramos con un nivel educativo muy bajo en valores democráticos. Las escuelas en muchos pueblos, ya sean públicas o privadas no educan en el diálogo con las personas que no tienen los mismos valores y principios. Y los contenidos educativos no informan de los procesos históricos basados en la verdad; la República aún se entiende como no legal y como destructiva y la Dictadura como legal.

Quinto

El equipo de mediadores que trabaje estos procesos, debe estar formado en este tipo de mediaciones. Debe de estar dispuesto a trabajar desde la imparcialidad que supone el análisis de sus propias posturas personales en este tipo de conflictos. Y el grupo de mediadores debe estar claramente cohesionado.

Monográfico: Mediación

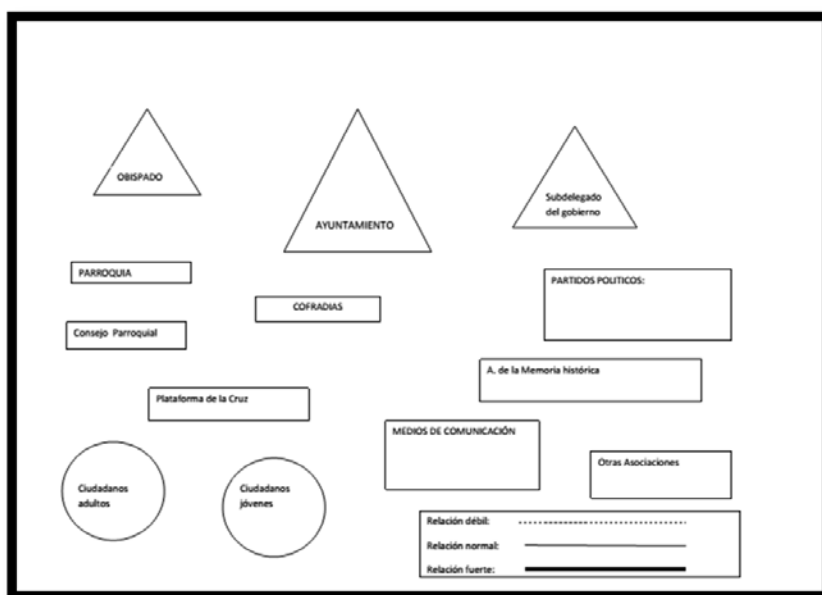
Para lograr esto entiendo que no se puede improvisar el equipo. Se ha de formar el equipo desde un trabajo inicial conjunto, en el que nos despojemos del peso de los posicionamientos que todos/as tenemos ante nuestra propia historia social. Y quisiera resaltar que muchas veces los mediadores que pertenecen a la ciudad en la que se lleva a cabo la mediación del conflicto, son más imparciales que los que llegan de fuera. Creo que esto sucede porque los mediadores de la ciudad en conflicto, para poder mediarlo, han tenido que hacer el proceso de perdón y reconciliación en su propia comunidad.

Tenemos que tener en cuenta que los mediadores en su mayoría han nacido en democracia y su percepción del conflicto vivido desde 1936 al final de la dictadura, es muy diverso y en su mayoría transmitido o bien por su familia o bien desde sus posturas ideológicas. Por esto el análisis conjunto del conflicto es fundamental que se haga en el equipo de mediación y si es posible con observadores que en todo el proceso sostengan la imparcialidad.

Sexto

No se puede iniciar este proceso sin un análisis serio del conflicto en el contexto concreto donde se dé, ya que las variables en cada situación darán paso a un proceso mediador diferente.

Aunque la raíz del conflicto es la misma, la realidad social de cada ciudad es diversa y hay que analizarla. Se deben emplear herramientas de análisis social como son los mapas sociales, encuestas, líneas de vida, etc... Desde mi punto de vista las herramientas usadas en la Investigación Acción Participativa (IAP) son las que mejor se ajustan a los procesos de mediación. Es muy interesante utilizar los “mapas sociales” en un inicio para situar a las partes y las relaciones entre ellas. Incluimos a continuación un mapa, sin las interrelaciones por mantener la confidencialidad, que fue el inicio del trabajo en uno de los conflictos mediados.



Cuadro de las partes sin interrelaciones de un conflicto mediado. Elaboración propia.

Monográfico: Mediación

El análisis del conflicto debe de tener un desarrollo permanente, de forma que tras cada acción se reformule el plan de actuación.

Séptimo

En todos los conflictos hay que detener los procesos judiciales y en estos conflictos también. No es posible mantener los contenciosos que pudieran existir ya que es incompatible con el concepto de mediación. O bien se resuelven y luego se inicia el proceso o bien se detienen.

Desde mi punto de vista y basado en los conflictos en los que he intervenido, debajo de los procesos judiciales que se inician en torno a estos conflictos, muchas veces hay intereses económicos y de partidos políticos que nada tienen que ver con la eliminación o no, de los monumentos o elementos del mobiliario público y en este sentido el equipo de mediadores debe hacer un análisis claro y veraz de las situaciones de manera que no se vea perjudicada la “buena fe” de las partes.

Para finalizar y profundizando en los procesos de mediación realizados, puedo decir que lo que buscamos es transformar sociedades de venganza en sociedades colaborativas. Para esto lo primero es implantar aquellos valores que lleva consigo una verdadera sociedad democrática, en un país que ha pasado por un proceso difícil y largo de división social. Se ha de reparar el daño causado a la sociedad buscando la reconciliación, la integración, la concordia y el respeto al pluralismo.

Bibliografía

- ENTELMAN REMO, F.: *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*. Barcelona. Ed. Gedisa 3ª edición, 2009.
- ETXEBERRIA MAULEÓN, X.: “La verdad que reconcilia en la justicia”, Lima – Perú. 2011. http://www.verdadyreconciliacionperu.com/admin/files/articulos/1426_digitalizacion.pdf Consultado 5/09/2018.
- ETXEBERRIA MAULEÓN, X.: *El perdón y la reconciliación en la convivencia cívica*. Colección Eines de Pau, Seguretat i Justícia, Barcelona. www.icip.cat / icip@gencat.cat. 2018.
- GIBU SHIMABUKURO R.: *Open Insight*, Volumen VII, nº 12 (julio-diciembre 2016), pp. 9-29 Consultado el 7/09/2018.
- HOLMGREM, M. R.: *¿Perdonar o castigar? Cómo responder al mal*. Madrid. Ed. Avarigani. 2012.
- HUAMANI OBE, G.: “Sobre las herramientas para el análisis de los conflictos sociales” Lima, Perú en *Transformación de conflictos Aportes al análisis y abordaje de conflictos para el desarrollo sostenible*. Editor Pro Diálogo, Prevención y Resolución de Conflictos, 2015, pp. 13-27.
- MARDONES, J. MATE REYES, M. (eds.): *La ética ante las víctimas*, Barcelona. Ed. Anthropos. 2003.
- MATE REYES: *Tratado de la injusticia*, Barcelona. Ed. Anthropos. 2011

Monográfico: Mediación

- MOLINA GONZÁLEZ, L. C. DIALNET.: “La dimensión social del perdón y la posibilidad de reinterpretarlo como un proceso de reconciliación con el daño”. *Estudios de Filosofía* nº 54 (2016): pag.151-176. Consultado el 12/09/2018.
- PALOMINO LOZANO, R.: “El símbolo religioso en el Derecho. Concepto y clases”. 2016. <http://eprints.ucm.es/40005/> Consultado el 12/09/2018.
- Plan de Convivencia y Derechos Humanos 2017-2020. Gobierno Vasco. Consultado el 12/09/2018. http://www.irekia.euskadi.eus/uploads/attachments/9389/Plan_de_Convivencia_y_DDHH_.pdf
- RAWLS, J.: *La justicia como equidad. Una reformulación*. Barcelona. Editorial: PAIDOS IBERICA. 2001, pp. 288.
- SILVA GARCÍA, G.: La teoría del conflicto. Un marco teórico necesario. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XI, nº 22, julio-diciembre, 2008, pp. 29-43, Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia.

LA MEDIACIÓN ESTÁ LIGADA INDISOLUBLEMENTE A LA ÉTICA

María Isabel Leal Ruiz

RESUMEN: En la situación social actual la Mediación es una herramienta esencial en la solución de conflictos. La confidencialidad que caracteriza la mediación hace que ésta se desarrolle en el ámbito de lo privado. En este ámbito privado la persona del mediador es el gestor de la ética, en el proceso de mediación. Los profesionales de la mediación en su formación han de incluir el estudio de la ética y diferenciaremos esto, del conocimiento de su código ético profesional. Es responsabilidad del profesional de la mediación, gestionar adecuadamente la ética, en las diferentes fases del proceso de solución pacífica del conflicto.

PALABRAS CLAVE: mediación, ética, privado, transparencia, confianza, buena fe.

ABSTRACT: In the current social situation, Mediation is an essential tool in the solution of conflicts. The confidentiality that characterizes mediation makes it develop in the private sphere. In this private sphere the person of the mediator is the manager of ethics, in the process of mediation. The mediation professionals in their training must include the study of ethics and we will differentiate this from the knowledge of their professional ethical code. It is the responsibility of the mediation professional to properly manage ethics, in the different phases of the process of peaceful conflict resolution.

KEYWORDS: mediation, ethics, privacy, transparency, trust, good faith.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. La mediación en la sociedad de hoy.- 3. ¿Lo privado está bajo el control de la Transparencia?.- 4. La ética en la mediación.- 5. La ética y los códigos éticos.- 6. La ética en el proceso de la mediación.- 7. La ética del Mediador.- 8. Conclusiones.- Bibliografía.

1. Introducción

En una sociedad globalizada por las TIC, mercantilizada en las formas sociales de relacionarse, empeñada en que la transparencia lo recorra todo; las personas en su individualidad, navegan entre corrientes que les llevan a puntos que no han buscado y muchas veces a situaciones que no saben definir. Porque nuestra realidad social es «compleja».¹ Edgar Morin (2014, 219).

Podemos decir al hablar de la sociedad actual:

“La complejidad no sólo impedirá toda teoría unificadora, sino que reconoce la imposibilidad de eliminar la incertidumbre, lo no racional, la contradicción y el reconocimiento de lo irreductible. La complejidad no es la respuesta, ella es un desafío cognitivo.”²

Por otro lado si observamos el mundo desde el punto de vista de Bauman (2005, 80),³ nos encontramos con la definición del «mundo líquido»:

“... nos habla del «mundo líquido». Un mundo donde todo es cambiante y poco duradero. En donde las personas cambian de identidad como cambian de ropa, viven en constante movimiento, y donde mientras se tengan los medios se obtiene lo deseado.”⁴

También Bauman nos habla de las relaciones en el «mundo líquido». Donde parece que tener compromisos a largo plazo es algo aterrador hoy en día. Y donde terminar nuestra relación con alguien, se ha vuelto algo extremadamente natural. Cambiamos de pareja con la misma facilidad que cambiamos de identidad. Es mejor mantener distancias o desconfianza entre las personas, porque se dice que relacionarse puede ser peligroso e inseguro. Sobre esto Bauman nos dice:

“En un extremo de la jerarquía global emergente están los que pueden componer y descomponer sus identidades más o menos a voluntad, tirando del fondo de ofertas extraordinariamente grande de alcance planetario. El otro extremo está abarrotado por aquellos a los que se les ha vedado el acceso de elección de identidad, gente a la que no se le da ni voz ni voto para decidir sus preferencias y que, al final, cargan con el lastre de identidades que otros les imponen y obligan a acatar.” (Bauman 2005, 86)⁵

1 MORIN, E., *El Método, 6 Ética*, 3era. Ed. Catedra, 2014, pág. 219

2 AUTOR (2016). CONGRESO FAPROMED “Mediación y participación ciudadana: Transparencia Social y Renovación ética”. 4-5 Nov. 2016. Villena (Alicante) Ponencia La “Ética del discurso en el proceso de la Mediación. Una propuesta.” Pág. 4

3 BAUMAN, Z., *Identidad*, Ed. Losada, 2005 Argentina. Pág. 80.

4 AUTOR (2016). Ponencia “La Ética del discurso en el proceso de la Mediación. Una propuesta.” CONGRESO FAPROMED “Mediación y participación ciudadana: Transparencia Social y Renovación ética”. 4-5 Nov. 2016. Villena (Alicante) Pág. 6

5 BAUMAN, Z., *Identidad*, Ed. Losada, 2005 Argentina. Pág. 86.

Y continúa hablando de la inseguridad social que está planteando un nuevo equilibrio con las libertades:

“La mayoría de nosotros estamos en un suspenso entre dos extremos jamás seguros de cuánto durará nuestra libertad para elegir lo que deseamos ni para renunciar a lo que nos molesta.” (Bauman 2005, 86).⁶

Estos dos autores Morin y Bauman plantean una visión nueva de la sociedad. En esta realidad social, la mediación puede ser el paradigma que equilibre las aguas.

Pero para que la mediación pueda establecer este equilibrio en la convivencia de las personas, es necesario, incluso imprescindible, que la mediación se asiente en la ética. Esta **inestabilidad, valorada como positiva, da cabida a lo diverso**, a lo que no se controla, como las emociones, la espiritualidad... Y esto abre las puertas a sistemas nuevos de equilibrio, en los que la ética es fundamental.

Si la sociedad se encuentra en esta encrucijada, la ética en la mediación, tiene que contar con dos valores fundamentales; la confidencialidad y la buena fe.

La buena fe es uno de los principios generales del derecho. Autores como Jesús González Pérez (1999, 74),⁷ dicen que la buena fe incorpora el valor ético de la confianza, siendo una de las vías que entrelazan los contenidos ético-social en el ordenamiento jurídico, y concretamente el valor de la confianza. Sirve de cauce la buena fe, para introducir reglas éticas como la de la fidelidad, la credibilidad y la confianza. La buena fe supone una regla de conducta o comportamiento social adecuado, una conducta normal, recta, seria y honesta.

La confidencialidad según la RAE es un adjetivo, “que se hace o se dice en la confianza de que se mantendrá la reserva de lo hecho o lo dicho”. Proviene de confidencia que significa secreto, declaración reservada.

Por otro lado la confidencialidad se deriva de los principios de dignidad, autonomía, confianza y es una manifestación particular y especial del derecho a la intimidad. Existe una relación clara entre el principio de confianza y la regla de confidencialidad.

Como vemos estos dos principios de la mediación; **confidencialidad y buena fe**, tienen en común el valor de **la confianza** y su vinculación con lo privado. Será necesario tenerlo muy en cuenta. Y tendremos que estar alertas ya que el valor de la confianza se desvanece en el proceso indiscriminado de la «transparencia», como veremos más adelante.⁸

2. La mediación en la sociedad de hoy.

Las personas nos desarrollamos socialmente en nuestras relaciones y toda relación lleva consigo la solución o no, de los conflictos. El entramado social se teje en la sucesión de conflictos y soluciones. Los conflictos deben ser vistos como las diferencias irreconciliables

6 *Ibíd.*, p. 23.

7 GONZALEZ PEREZ, J.; *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas (Monografías), Tercera Edición, 1999, p. 74.

8 Ver punto 3º del texto.

Monográfico: Mediación

ante la toma de decisiones, de dos partes, con posiciones intereses y necesidades, vividas de diferente forma. La mediación es un método de gestión de conflictos que persigue principalmente que se llegue al acuerdo entre las partes, sin ruptura de las relaciones.

¿Qué aporta la mediación a la solución de conflictos que la diferencie de otras formas de solucionar los conflictos? Se pueden indicar diversas diferencias, como; La mediación hace que las partes en conflicto se involucren en la solución de aquellas controversias que ellas han originado, haciendo que se responsabilicen de sus comportamientos, en resumen dan un paso hacia la participación social real. También podemos decir que además de los hechos, se resuelven los elementos emocionales que se han originado, por el daño ejercido entre las partes. Pero desde mi punto de vista, sobre todo la mediación, aporta que sitúa el conflicto en el ámbito de lo privado, excluyéndolo del ámbito público.

Al analizar esta última diferencia, se puede establecer una comparación entre la aplicación de la Justicia y la mediación. En el ámbito de la Justicia como aplicación de la Norma, se sitúa en el ámbito público ya que son establecidas por el Estado. Además las personas que imparten justicia, son personas que pertenecen al ámbito público, véase los Jueces y por otro lado los documentos que emanan de los juicios, también son públicos. Carmen García (2015) Se plantea en su Blog esta pregunta: “¿Son realmente públicas las sentencias?” y justifica que las sentencias sean públicas por el control que la sociedad civil puede hacer sobre ellas. En su texto cita a la corte suprema de EE.UU. y dice:

“Cualesquiera otros beneficios que la garantía de un juicio público pueda conferir a la sociedad, esta garantía es una salvaguardia contra cualquier intento de usar a los tribunales como medios de persecución. Saber que cada juicio está sujeto a la revisión de la opinión pública constituye un control efectivo sobre los posibles abusos del poder judicial” [Corte Suprema de EE.UU. en *In re Oliver* 333 U.S. 257 (1948)]⁹

Por otro lado sabemos que la Constitución Española, en su artículo 120, recoge claramente que las actuaciones judiciales serán públicas y que las sentencias se pronunciarán en audiencia pública.

Y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en su Artículo 266 dice:

“1. Las sentencias, una vez extendidas y firmadas por el juez o por todos los Magistrados que las hubieren dictado, serán depositadas en la Oficina judicial y se permitirá a cualquier interesado el acceso al texto de las mismas.

El acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes.”

9 Carmen García. 9 noviembre, 2015. <http://www.acalsl.com/blog/2015/11/son-realmente-publicas-las-sentencias>. Consultado el 28/07/2018

Monográfico: Mediación

Sin embargo en la mediación se exige en sus principios informadores la Confidencialidad¹⁰. Esta confidencialidad, hace de la mediación, que siempre que las partes así lo deseen, todo quede circunscrito al ámbito de lo privado.

Esta característica, cuando es entendida por los ciudadanos, hace que valoren especialmente este método de resolución de conflictos. Esto se aprecia claramente en los conflictos de las PYMES, sobre todo las familiares. Normalmente en las empresas familiares al unirse el ámbito familiar con el ámbito laboral, valoran mucho que los conflictos que surgen, sobre todo en la segunda generación, permanezcan en el ámbito privado y ven en la mediación una muy buena herramienta para resolver sus conflictos.

La mediación a través de la confidencialidad, deja la resolución de los conflictos en el ámbito privado. Pero lo privado se ve amenazado por la «necesidad de transparencia» de la sociedad actual y plantea una gran tensión de estos dos valores. El concepto de transparencia y el uso de las TIC, desde mi punto de vista, pone en riesgo el valor de lo confidencial.

Es necesario reflexionar ante estos acontecimientos, sobre qué es lo público, lo privado y lo íntimo y qué valores se encierran en cada uno de ellos.

3. ¿Lo privado está bajo el control de la Transparencia?

Los conceptos de público, privado e íntimo, han ido evolucionando a través del tiempo, no de una forma ascendente y/o descendente, agrandando y precisando sus ámbitos, sino que han difuminado sus fronteras. La evolución de estos conceptos, que se han reflejado en saberes como sociología, psicología, política y jurídico, se han desarrollado invadiendo espacios unos de otros, esto es, el espacio público ha invadido espacios privados. Y lo privado se ha refugiado en los ámbitos íntimos.

En el Renacimiento surge la Burguesía como clase social y son ellos los que rescatan de los derechos de los nobles derechos para un grupo social, y es la burguesía la que fuerza para que se les reconozca su privacidad, entendida esta como sujetos con derecho a la propiedad privada y asociado este derecho a derechos como el honor, el nombre, la imagen y el secreto de la correspondencia. Pero en otros momentos de la historia los desplazamientos de «las fronteras» entre privado y público, se han ubicado justo a la inversa, así lo podemos observar en la Rusia de 1922 donde la propiedad privada desaparece y junto con ellos ciertos derechos de lo privado pasan a lo público, por lo que vemos que estos conceptos evolucionan a lo largo de la historia y los países.

Podemos entender que estos conceptos privado, público, íntimo, van ligados a concepciones del orden social.

¿Qué sucede en el momento actual con estos tres conceptos y que consecuencias aporta a la convivencia de las personas?

Tendremos que comenzar por saber qué queremos decir cuando hablamos de público, de privado y de íntimo, para luego analizar qué sucede en el momento actual en el que las TIC han movido los límites de los tres conceptos.

¹⁰ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Art. 9

Monográfico: Mediación

Según Rubén Hernández (2008) citada por Romelia Sarmiento-Verbel, Adriana & (2016), afirma que lo privado es:

“Aquel conjunto de libertades fundamentales que la doctrina encuadra dentro del ámbito protector de la vida privada. La vida privada comprende, ante todo, la vida interior —los puros hechos de la conciencia, el pensamiento, la fantasía, el sentimiento de fe, etc. Y luego toda aquella parte de la vida exterior que no se considera parte del ámbito público. En otros términos, la vida privada del hombre moderno abarca hasta donde se extiende su libertad y no se restringe únicamente al dominio interno de su conciencia, o a la persona física o al inmediato ambiente actual o habitual del individuo, ya que esta libertad se manifiesta en otro campo vastísimo que se encuentra más allá de cualquier control político directo: el mundo de la cultura. El derecho a la intimidad protege también el entorno familiar de la persona, por lo que cada uno tiene el derecho de exigir respeto no sólo a sus actuaciones como ser individual, sino también como parte integrante de un núcleo familiar, dado que esos vínculos inciden en la propia esfera de la personalidad de cada uno.”¹¹(El subrayado es propio).

Si la vida privada se extiende «allí donde se extiende su libertad» ¿no estaremos poniendo en el momento actual, los límites de lo privado con la vida pública, en manos de los estados?

Por otro lado el concepto de íntimo, como dice Diego Gracia (2001, prólogo) nos lleva a lo que nos identifica como personas.

“La intimidad no está constituida por el llamado mundo de los hechos, sino por el mundo de los valores. Los valores son los que nos dan identidad y nos diferencian de las demás personas. Los valores son nuestra más profunda seña de identidad. Lo que nos define como seres humanos son los valores religiosos, filosóficos, estéticos, políticos, etc. que hemos asumido como propios. Los valores somos nosotros mismos. Sin los valores no seríamos nada. Por eso por los valores se mata y se muere...Somos nuestros valores”.¹²

Y esto significa que debemos tener un gran cuidado en invadir lo íntimo ya que estaremos descomponiendo las interrelaciones personales.

Por último el ámbito público se ha vinculado al territorio de acción de los poderes que ejercen los cambios sociales. En el momento actual con la incorporación real de la mujer a este ámbito, podemos ver cómo evoluciona este concepto. En este sentido la definición de Barbieri (1996, 120-121) de lo público dice:

“... como el espacio de conocimiento y reflexión de la sociedad sobre sí misma y de las propuestas y acciones colectivas que tienden a mantener o alterar el estado de cosas vigente en la sociedad, o en sectores particulares de la misma.

11 SARMIENTO-VERBEL, R., ARDILA-BARRERA, A., BÁEZ-PIMIENTO, A.; “Aportaciones no jurídicas al concepto de «la intimidad»: reflexiones interdisciplinarias” (2016) *dixi* 26. Abril 2016. Pág. 45. doi: <http://dx.doi.org/10.16925/di.v18i23.1290> pag. 48

12 GRACIA, D. Prólogo. En: SÁNCHEZ CARO J Y SÁNCHEZ CARO J. *El médico y la intimidad*. Madrid: Díaz de Santos, 2001.

Monográfico: Mediación

Se trata de un ámbito heterogéneo, donde es posible distinguir niveles diferentes".¹³

Barbieri, (1996, 128) habla desde una nueva perspectiva, más acorde al momento de desarrollo social actual. Y nos da a conocer su pensamiento sobre la relación público - privado, en un momento de cambio:

"Público y privado son ya hoy, como tantos autores han señalado y analizado, inoperantes: restringen y confunden el conocimiento sobre las sociedades y la comprensión de sus actores. Parece entonces necesario representar a las sociedades actuales con otros ámbitos, de manera de dar cuenta de la diversidad en que transcurre la vida social"¹⁴.

Creo necesario introducir en este momento el concepto de transparencia. Es en el siglo XX cuando aparece el concepto de transparencia, vinculado a la eliminación de la corrupción en la sociedad. Este concepto-valor se ha ido desarrollando y ocupando nuevos espacios sociales, de forma que comenzó como exigencia ciudadana a los ámbitos públicos y se ha ido extendiendo a los ámbitos privados y en situaciones concretas, al ámbito de lo íntimo.¹⁵

La transparencia como concepto actual,¹⁶ podríamos decir que se introduce como valor inapelable. Posiblemente esta transparencia que se reclama a los poderes ejecutivos y legislativos de los estados, muchas veces se reclama al ámbito judicial.

El concepto-valor de la transparencia se ha vinculado a la acción pública y a la «buena gobernanza», pero sea con intención o no, se está extendiendo como valor absoluto a todos los aspectos de la vida de las personas.

Hablar de la transparencia vinculada solo a aportar información, produce una «transparencia desnuda», no contextualizada. Es una ilusión pensar que basta con que los datos sean públicos, para que reine la verdad, en política o en las instituciones e incluso en los grupos sociales. Además del acceso a los datos públicos, está la cuestión de su significado.

Poner en la red grandes cantidades de datos y documentos no basta; hay que interpretarlos, entender las condiciones en las que se han producidos, sin olvidar que generalmente solo dan cuenta de una parte de la realidad. Obsesionarse con la transparencia descuidando todo lo demás, equivale a equivocarse.

Separar lo esencial de lo anecdótico, analizar y situar en una perspectiva adecuada los datos exige personas cualificadas con una verdadera formación ética que además dispongan de tiempo y competencias cognitivas.

13 DE BARBIERI T.; "Los ámbitos de acción de las mujeres", Narda Henríquez (ed.). *Encrucijadas del saber: los estudios de género en las ciencias sociales*. Lima, Pontificia Univ. Católica del Perú, 1996, p. 107-132.

14 *Ibíd.*, p. 128.

15 Podemos ver casos de políticos que han sido destituidos por comportamientos íntimos y/o privados. En España el caso último el de la presidenta de la Comunidad de Madrid, ante la publicación del video del robo en unos almacenes.

16 Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

El filósofo Byung-Chul Han (2013, 69) hablado de la “Sociedad íntima” dice:

“La pérdida de la esfera pública deja un vacío en el que se derraman intimidades y cosas privadas. En lugar de lo público se introduce la publicación de la persona. La esfera pública se convierte con ello en un lugar de exposición. Se aleja cada vez más del espacio de la acción común”¹⁷

Y nos habla de una “sociedad psicologizada” para luego afirmar:

“La sociedad de la transparencia no solo carece de verdad, sino de apariencia”¹⁸

Cuando el autor habla de apariencia, le da un valor positivo, ya que Byung-Chul Han, piensa que en la vida pública lo que se hace es un “teatro” que revitaliza el conjunto social.

Si analizamos todo lo expuesto veremos cómo el momento social actual está en cambio y este cambio no solo hace que las estructuras se transformen sino que los valores evolucionen y/o cambien. Pero tengamos en cuenta que una sociedad de transparencia es una sociedad de control ya que en una sociedad transparente tal como dice Byung-Chul Han:

“Cada uno entrega a cada uno a la visibilidad y al control, y esto hasta dentro de la esfera privada. Esta vigilancia total degrada la «sociedad transparente» hasta convertirla en una inhumana sociedad de control” Byung-Chul Han (2013, 90)¹⁹.

E insiste el autor:

“La sociedad de la transparencia es una sociedad de la desconfianza y de la sospecha, que, a causa de la desaparición de la confianza, se apoya en el control”. Byung-Chul Han (2013, 92)²⁰

4. La ética en la mediación

Si la mediación sucede en ámbito de lo privado, como hemos dicho y en el momento social actual, en el que como hemos expuesto anteriormente, lo privado y la confianza, están siendo empujados por la transparencia, hacia su disolución o por lo menos a un cambio no conocido, lo primero es valorar si tiene sentido hablar de ética en la mediación.

Lo primero es afirmar que la mediación, desde las características de confidencialidad y buena fe, puede desempeñar un papel fundamental en la cohesión social, resolviendo los conflictos interpersonales, comunitarios y sociales de manera participativa y corresponsable. De la misma forma la mediación admite de manera evidente la diversidad cultural. Al ser las partes quienes exponen lo que piensan y el porqué de sus posturas, intereses y necesidades, ante el conflicto, pueden comunicar sus características culturales y diversas. Tenemos que asumir que la sociedad actual, es un hecho, es diversa. La mediación resuelve los conflictos allí donde se originan y el participe externo, el mediador, se obliga por su profesión a la confidencialidad y a imparcialidad – neutralidad.

17 BYUNG-CHUL HAN.2013: *La sociedad de la transparencia*. Ed. Herder. Pensamiento Herder. Barcelona. Pág. 69

18 *Ibid.*, p. 79

19 *Ibid.*, p. 90

20 *Ibid.*, p. 92

Monográfico: Mediación

Lo que acabamos de exponer, desde mi punto de vista, nos lleva a decir que la mediación puede aportar mucho en los cambios sociales que ya han comenzado.

Ahora bien, el hecho de que la mediación no esté regulada en los procesos por lo público, esto es por las leyes, plantea diversos problemas que hay que analizar.

¿Es ético el aceptar cualquier conflicto en mediación, sabiendo que hay otras formas más adecuadas de resolverlo? ¿El mediador, por el hecho de serlo, puede resolver cualquier conflicto? ¿En el proceso de mediación, cuando las partes provienen de diversos contextos éticos, cómo podemos llegar a una ética común en los acuerdos? ¿Tenemos los profesionales de la mediación un procedimiento ético interiorizado que en el espacio privado de la mediación garantice la ética del proceso y del acuerdo?

Estas cuestiones y otras se deben de analizar y en la medida de lo posible, resolver.

Es importante tomar conciencia de que la solución del conflicto se deja en manos de las partes, con la colaboración del profesional de la mediación. Algunas personas mediadoras afirman que son suficientes las leyes para que el proceso y el acuerdo sean éticos, yo pienso que no. Pero sí creo que los/las mediadores/as son los responsables, de que el proceso mediador y el acuerdo, sean éticos.

Muchas veces tanto en el proceso de la mediación como en los acuerdos se pueden superar los límites de la ley. Veamos un caso de conflicto entre vecinos; Un joven de 16 años rompe el cristal de la ventana de una casa de su barrio donde vive solo, un señor de 80 años. Esta persona denuncia los hechos a la policía que se acerca al domicilio. En la conversación la víctima de la agresión le comenta al policía. «No quiero dinero quiero que por respeto, me pida perdón. La ventana ya la arreglo yo». El policía conecedor de la mediación, invita a las partes a resolver el conflicto de esta forma. Las partes llegan a un acuerdo; el joven además de pedir perdón, irá durante un mes, todas las tardes a pasar media hora con su vecino. Como vemos en la mediación se ha superado la ley, en el acuerdo.

Pero para que todo esto suceda, se ha de tener muy en cuenta, la formación ética de la persona que gestiona la mediación y su manera de aplicar la ética en el proceso.

Por otro lado es necesario tener un conocimiento actual de la ética. La ética, tal como la propone el filósofo, Dr. Emilio Martínez Navarro (2016, 3) es como me parece que se tiene que desarrollar en la mediación.

“El saber ético se puede comparar a una brújula, que como todos sabemos es un pequeño instrumento que se limita a señalar el Norte, sin forzarnos de ningún modo a tener que seguir esa dirección ni ninguna otra. De manera semejante, la ética nos indica lo que está bien y lo que no, lo que es correcto y lo que no lo es, lo que es deseable y lo que no lo es, aportando al mismo tiempo los argumentos, las razones, las justificaciones, que nos permiten entender y aceptar de buen grado el seguimiento del buen camino; pero tampoco la ética nos coacciona de ninguna manera a realizar lo moralmente correcto, sino que apela a nuestra conciencia personal para que hagamos en cada momento lo consideremos que es lo mejor. Las leyes, el derecho, el ordenamiento jurídico, sí que amenazan a las personas con castigos en caso de incumplimiento; en efecto, el Estado se encarga de perseguir y castigar a quienes incumplen las leyes. Pero en

Monográfico: Mediación

el caso de la ética es diferente. Aunque la mayor parte de las leyes se inspiran en principios éticos, no siempre las leyes son justas, y por eso debe prevalecer siempre la conciencia personal a la hora de actuar. La conciencia, si está bien formada, toma en cuenta la ética y también el derecho, y con esas orientaciones a la vista, toma la decisión que honestamente considere oportuna.”²¹

6. La ética y los códigos éticos

En el mundo profesional de la mediación, cuando se habla de ética, en la mayoría de los casos se habla de códigos deontológicos. Y es necesario precisar la diferencia entre «principios éticos» que orientan y «códigos deontológicos» que obligan como las leyes, ya que su transgresión lleva consigo sanciones.

Martínez Navarro nos dice:

“Los valores, principios y actitudes señalados en el paso tercero²² pueden ser expresados, para mayor claridad, en documentos de orientación ética como códigos éticos, códigos de conducta, códigos de buenas prácticas, declaraciones de principios éticos, protocolos de actuación ética para casos problemáticos, etc. Los llamados «Códigos deontológicos» no suelen coincidir con lo que aquí entendemos por códigos éticos, porque aquellos tienen normalmente un carácter más jurídico que ético (puesto que contemplan posibles sanciones disciplinarias). Por otra parte, los documentos éticos, en principio, no añaden nada sustancialmente nuevo a lo que se haya establecido en los pasos anteriores, pero pueden ser útiles para recordar más fácilmente las orientaciones éticas que conviene seguir para que los profesionales tengan la moral alta.

Pero la mera existencia de códigos éticos no significa que se hayan elaborado correctamente y que cumplan adecuadamente su función orientadora.”

Y en el caso de la mediación, los códigos éticos, deontológicos, en el Estado Español, lo que hacen es desarrollar la normativa de la legislación, hablando de la obligación de la imparcialidad, neutralidad, confidencialidad etc... En este sentido dice Garrigos Sirvent:

“En este punto en principio, un código deontológico es un texto ético y, en consecuencia, de cumplimiento voluntario y valor auto-regulativo hasta que, eventualmente, todas o algunas de sus recomendaciones se convierten en derecho al ser recogidas en un texto legal, transformándose entonces dichas recomendaciones en obligaciones o prescripciones sometidas a control y a un determinado régimen sancionador. Esto es lo que sucede con el Código de conducta europeo para mediadores (UE 2004), redactado por la Comisión Europea como una serie de recomendaciones, las cuales se convierten en prescripciones con la publicación de la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (PE 2012).

21 Martínez Navarro, E.; CONGRESO FAPROMED “Mediación y participación ciudadana: Transparencia Social y Renovación ética”. 4-5 Nov. 2016. Villena (Alicante) Ponencia: Ética en las tareas de mediación. Pág. 3

22 El paso tercero, indica que los valores básicos de la ética cívica son: la libertad responsable, la igualdad cívica, la solidaridad universalista, el respeto activo y la actitud de diálogo. *Ibid.*, p. 7

Monográfico: Mediación

Algo parecido sucede con el Código deontológico de la abogacía española, que fue aprobado por el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (PE 2001).

También puede darse el caso que el código deontológico de una determinada actividad surja después de que la ley regule dicha actividad. En ese caso, a menudo, tal código no es más que una perifrasis -generalmente brillante y extensa- del contenido de los textos legales que regulan dicha actividad. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con el Código de conducta para los mediadores de la Institución de Mediación de Les Illes Balears (IMIB s.f.) o con el mismo Código de buenas prácticas de la persona mediadora de la Federación Nacional de Asociaciones de Profesionales de la Mediación (FAPROMED 2011).²³

Lo expuesto por Garrigós Sirvent,²⁴ es muy clarificador y nos sitúa en el espacio real de la diferencia entre códigos éticos y la ética en la mediación.

La ética en la mediación está vinculada a la persona del mediador, que de igual manera que tiene herramientas para facilitar la comunicación, desactivar los enfrentamientos, llevar a las partes a la negociación colaborativa de los acuerdos, tiene que tener herramientas para que el proceso de mediación esté dentro de la ética.

Es posible que nos encontremos con las opciones personales de los/las mediadores/as y con la posibilidad real de que pueda acogerse a diferentes escuelas filosóficas.

Llegados a este punto tendremos que encontrar un marco referencial que garantice el proceso ético. Este marco referencial podrían ser los derechos universales, derechos humanos de las diversas generaciones, que parten de valores universales consensuados. Somos conscientes que existe todo un debate de los derechos de cuarta, quinta y sexta generación, pero este análisis correspondería a otro momento.²⁵

También debemos encontrar los/las mediadores/as, la forma en la que las partes en conflicto, en el proceso de comunicación que se establece en la mediación, sean capaces de realizar un diálogo ético.

Creo muy adecuada la ética discursiva de Apel (Düsseldorf, 15 de marzo de 1922-Niederrhausen, 15 de mayo de 2017) y Habermas (Düsseldorf, 18 de junio de 1929), como forma de que el proceso de mediación siempre esté dentro de la ética. Estos filósofos fundamentan la ética del discurso en los «actos del habla». En estos diálogos siempre tienen que estar implícitos, según los autores, estas cuatro características que harán el diálogo válido desde el punto de vista ético: – Inteligibilidad – Sinceridad – Verdad – Corrección. En la Inteligibilidad: lo que decimos es entendido por el que nos oye. La Sinceridad: lo que decimos es lo que

23 Garrigós Sirvent, Francesc. Ponencia: "Propuesta de fundamentación ética de la actividad de mediación 2016 CONGRESO FAPROMED "Mediación y participación ciudadana: Transparencia Social y Renovación ética". 4-5 Nov. 2016. Villena (Alicante)". Pág. 39.

24 *Ibid.*, p. 39 - 45

25 Mientras se desarrolla este debate, propongo que los/las mediadores/as lean a Rodríguez Palop M. E.; (2011). *Claves para entender los nuevos derechos humanos*. Editorial Catarata. Madrid.

realmente pensamos. La Verdad: lo que decimos es verdad, ceñido a los hechos objetivos. Y por último la Corrección: lo que decimos es conforme a las reglas intersubjetivas.

Sin la aceptación por parte de los interlocutores de estos principios, la comunicación, dicen los autores, es imposible. Y a su vez los acuerdos a los que se lleguen no serán éticos.

Creo que es la aplicación de la ética dialógica la mejor alternativa para la mediación.²⁶

6. La ética en el proceso de la mediación

En este apartado voy a desarrollar ciertas pautas que son indispensables, a mi parecer, para que existan unos puntos de referencia mínimos que encuadren el proceso ético, en la mediación.

Existen cuatro etapas fundamentales a lo largo de la mediación, que requieren un tratamiento ético específico, estas son: El análisis del conflicto. La etapa del «cuéntame». La negociación colaborativa. El acuerdo.

6.1. El análisis del conflicto

He observado que muchas veces esta fase del análisis del conflicto, no se lleva a cabo y se inicia la mediación solo ante la demanda de las partes o de una de las partes y creo que esto puede conducir a varias situaciones que a mi parecer no son éticas.

En el análisis del conflicto tenemos que contemplar diferentes pasos; la recogida de información de las partes y del “conflicto demandado para solucionar”²⁷, definir el conflicto, conocer los desequilibrios de poder, llegar a conocer las posturas y si es posible intereses y necesidades, saber en qué fase de la escalada del conflicto, se encuentra éste. Claro está que para analizar el conflicto, los/las mediadores/as deben estar formados en Conflictología. Sin este análisis, seguro que el proceso ético no se dará y si se da, es por azar.

En el análisis de los conflictos se ha de recoger la mayor información posible, dichas informaciones aportadas por las partes tenemos que constatar que sean veraces. Muchas veces las partes al informarnos traen consigo «agendas ocultas». Algunas veces los datos que nos ocultan las partes, lo hacen conscientemente para tener ventajas en la mediación, otras veces, estas agendas ocultas, son inconscientes y se nos revelan por actitudes y/o emociones que transmiten, al darnos la información. No es necesario sacar a la luz las informaciones que nos ocultan, pero sí es necesario saber, que existen y saber manejarlas. Un ejemplo clásico en las mediaciones de parejas, en la que hay que llevar a cabo el acuerdo sobre el reparto de los bienes, es que una de las partes se reserve cuentas bancarias o ciertos bienes que desea queden en su propiedad. En este caso es necesario y así se les expondrá que aporten sus declaraciones de renta, y otros datos, aunque hay bienes que no constan en documentos y pueden a lo largo de la mediación aparecer, como por ejemplo la tenencia de un perro, que

26 AUTOR (2016). Ponencia “La Ética del discurso en el proceso de la Mediación. Una propuesta.” CONGRESO FAPRO-MED “Mediación y participación ciudadana: Transparencia Social y Renovación ética”. 4-5 Nov. 2016. Villena (Alicante).

27 Muchas veces la presentación del conflicto por las partes no es el verdadero conflicto y en el análisis hay que poder definir el verdadero conflicto.

Monográfico: Mediación

pueden ser importantes en el acuerdo.

En el análisis del conflicto, se ha de saber si el medio más adecuado para la resolución del mismo, es la mediación o hay que derivarlo a otros sistemas, como el judicial, la negociación, el arbitraje etc. Un caso muy claro sucede en los conflictos multiparte, si más del 50% de las personas implicadas no quieren establecer un dialogo y no tienen una postura proactiva, el conflicto no puede mediar y muchas veces un arbitraje resulta más económico y eficaz.

En el análisis del conflicto hay que valorar si el coste económico va a ser excesivo y esto se dará si el tiempo de la mediación no es proporcional al conflicto planteado. Mi postura en cuanto al tiempo es que los conflictos deben resolverse en un máximo de 6 sesiones, aunque en el tiempo puede espaciarse, pudiendo llegar a varios meses.

Y para que hubiera un proceso ético de análisis del conflicto, tenemos que antes de entrar en mediación, tener claro si el proceso de mediación puede satisfacer a las partes, y para poder analizar esto, hay que saber si lo que buscan las partes es «venganza» o si existe capacidad para el perdón.²⁸

También tendremos en cuenta qué efecto va a producir en las partes el proceso de mediación. Y en este caso no para no llevar a cabo la mediación sino para asegurar en el proceso la capacidad de asumir el cambio en las relaciones que se produzca. Por aclarar este punto indicaré como en una mediación, entre cuatro hermanos propietarios de una empresa, en el proceso de la misma, tres de ellos constataron que el cuarto no estaba empeñado en salvar la empresa sino que sus intereses eran solo, conseguir él personalmente, el mayor beneficio económico posible, no le importaba la continuidad de la empresa. Esto supone que a lo largo de la mediación hay que empoderar a los otros hermanos que lo que perseguían era la continuidad de la empresa.

Por otro lado tendremos que analizar si la solución de un conflicto va a plantear nuevos conflictos. En este caso se deberían de jerarquizar los conflictos y saber si lo mejor es comenzar por aquel conflicto que puede llevar a las partes a solucionar ellos por sí mismos, los demás conflictos. Esta situación se produce siempre en los conflictos de relaciones comunitarias sobre todo en barrios. En mi experiencia el análisis de Pareto,²⁹ cuando se analiza el conflicto, ayuda a tomar la decisión de por dónde comenzar el proceso.

Por ultimo creo que es fundamental para mantener la ética en esta fase, resolver **la imparcialidad y/o la neutralidad disfrazada**. Este punto no es fácil ya que los/las mediadores/as creemos que nuestras opiniones, valores, opciones,... somos capaces de mantenerlas al margen, pero es algo complejo. Vamos a escuchar posturas, intereses y necesidades que muchas veces o son las nuestras o están muy lejos de nosotros y esto nos va situando, sin tomar conciencia de ello, en posiciones que pueden afectar a la mediación. Por esto lo me-

28 Recomendamos la siguiente lectura. Holmgren. M. R. (2014) *¿Perdonar o castigar? Cómo responder al mal*. 1era. Edición castellana. Avarigani Editores. Madrid.

29 El Análisis de Pareto es una comparación cuantitativa y ordenada de elementos o factores según su contribución a un determinado efecto. El objetivo de esta comparación es clasificar dichos elementos o factores en dos categorías: Las "Pocas Vitales" (los elementos muy importantes en su contribución) y los "Muchos Triviales" (los elementos poco importantes en ella)

Monográfico: Mediación

jor es analizar el conflicto en equipo y con personas que no vayan a mediar. El análisis con observadores nos proporciona una visión más clara de nuestra imparcialidad y neutralidad.

6.2. La etapa del «cuéntame»

La mediación se inicia con la sesión informativa en la que las partes deben de recibir toda la información sobre el proceso de una forma clara y precisa e incluso por escrito. Se les debe plantear las opciones de elegir un profesional de la mediación o varios, se les debe informar para que decidan en qué lengua quieren desarrollar la mediación, el espacio y las sesiones aproximadas en las que van a participar, se les informa de qué son los «caucus» y se les aporta cualquier información que haga de la mediación un proceso libre de elección. Tras esta sesión firmarán el compromiso que adquieren para participar en la mediación. Después de estos requisitos, en la sesión siguiente se inicia la narración de su visión respectiva del conflicto, a este momento lo denominamos la fase del «cuéntame» aquí la persona del mediador a través de preguntas, de reformulación, de resúmenes, de escucha activa etc., van desactivando las tensiones emocionales y van haciendo que las partes se alejen de lo personal en el conflicto, para situarse solo en el conflicto y la manera de encontrar una solución.

Esta etapa es fundamental en la mediación y desde el punto de vista ético, donde tendremos que los y las mediadores/as, aportar herramientas éticas.

Existen desde mi punto de vista varias situaciones que podemos señalar: La aparición de dilemas y su solución. Mantener criterios éticos a lo largo de las sesiones. Dejar que se desarrolle la «influencia» pero no la manipulación, sobre todo por medio del chantaje emocional. Y la legitimación de las partes.

En el momento actual las personas, por término general, tienen una baja formación ética, pero esto no significa que no decidan comportamientos éticos.

En esta fase de la mediación muchas veces aparecen dilemas³⁰ que se han de saber manejar. Desde mi punto de vista el dilema lo debe resolver la persona que se lo plantea ya que hace referencia a su ética personal. Podemos presentar este ejemplo; en una mediación de pareja, en la que una parte ha sido infiel y este comportamiento ha originado el conflicto que se lleva a la mediación, la parte dañada por la infidelidad, en el proceso del «cuéntame» expone: «Si le perdono la infidelidad, me siento mal porque es un valor que siempre he defendido, pero si no le perdono voy contra mis propios sentimientos, porque lo quiero mucho» En este momento nos plantean un dilema que solamente puede resolver quien se lo plantea.

Diferente es y más complejo, cuando los dilemas aparecen en grupo, esta situación es más fácil que aparezca en la fase de los acuerdos. Veamos un caso; En un barrio popular de niveles socio económico bajo, una Asociación ha creado una «Batucada» para jóvenes con el fin de conseguir que los jóvenes desescolarizados se motiven en actividades que les ayuden a retomar su formación. La Asociación de vecinos del barrio ha presentado varias quejas por el ruido, ya que hay vecinos que les molesta mucho esta actividad. Cuando se llega al proceso de negociar el acuerdo la Asociación de vecinos se plantea; si limitamos los tiempos de los

30 Un dilema es aquella situación en la que dos alternativas diferentes ante una toma de decisiones nos plantean dudas y/o tensiones morales ya que las dos posibilidades se oponen a nuestros valores.

Monográfico: Mediación

ensayos de la Batucada, los jóvenes estarán desocupados y volverán a la pequeña delincuencia pero si dejamos que los horarios sean amplios los vecinos molestos seguirán sintiéndose mal. En este caso y en el proceso de mediación hay que realizar un debate lo más amplio posible sobre este tema en el que participen personas de las dos partes del conflicto, por lo que se deberán aplicar técnicas grupales colaborativas. La solución ética la tiene el grupo.

Debemos saber que son los dilemas y tener herramientas para que las partes los resuelvan, ya que siempre aparecen estos en el proceso de la mediación.

¿Cómo podemos mantener criterios éticos en el «cuéntame»? Mi opción es desarrollar la ética dialógica, como ya se ha expuesto, a lo largo de toda la mediación.³¹

Si a lo largo del proceso del «cuéntame» en mediación, observamos los principios de la ética dialógica, podamos tener la certeza de que el proceso es ético.

Por último quisiera expresar que la legitimación de las partes entre sí es una salvaguarda de la ética de la mediación. El hecho de que mutuamente se reconozcan como personas válidas y suficientes hace que difícilmente ocurra la manipulación. Si el otro es tan válido como yo mismo y sus intereses y necesidades tienen el mismo valor que los míos, aunque no los comparto, los respetaré y llegaré a aceptarlos.

6.3. La negociación colaborativa

Cuando llegamos a esta fase de la mediación el camino recorrido debe dar paso a una **negociación colaborativa**. En la mediación para llegar al acuerdo, siempre hay una etapa de negociación, pero esta tiene que tener las características propias de la mediación y estas son las que corresponden a la negociación colaborativa. La negociación colaborativa es aquella en la que se trabaja en base a los intereses comunes, los negociadores deben llegar a ganancias mutuas y esto se ha de construir por medio de la cooperación. En este tipo de negociación, es importante colaborar por la necesidad que tenga la otra parte, siempre y cuando esto no signifique una pérdida sustancial para ninguna de las dos. Es un proceso de apertura, de respeto y transformador de las relaciones. Valores que encajan perfectamente con la ética de la mediación. Y en esta negociación los y las mediadores/as, solo ayudará a que ambas partes conozcan el MAAN y el PAAN,³² para que después acuerden sobre ellos.

6.4. El acuerdo

Los acuerdos siempre estarán dentro del marco de la ley, pero tras todo lo expuesto afirmo que además deben estar dentro de los derechos universales para que el acuerdo sea ético.

Muchas veces los acuerdos en mediación son más exigentes que las sentencias en justicia,

31 Podemos ver cómo se puede aplicar la ética dialógica en el artículo del AUTOR (2016), pág. 37.

32 GUILLÉN, S. FRANKLIN PANIAGUA. RANDALL ARIAS. *Manual de Formación en Negociación Basada en Intereses para Conflictos Colectivos*. San José (Costa Rica). Segunda edición, Fundación para la Paz y la Democracia (FUNPADEM) 2011. p. 126

http://www.funpadem.org/app/webroot/files/publication/files/12_pub179_ibbtrainingmanualspanish.pdf (consultado el 10/08/2018)

Monográfico: Mediación

pues las partes en conflicto, en la escucha activa que han realizado, encuentran alternativas particulares, que la norma no puede detallar.

El acuerdo será ético si el proceso lo ha sido. Sin embargo siempre hay que constatar que podemos contestar a las siguientes cuestiones: ¿Nos parece justo para ambas partes, el acuerdo? ¿Creemos que este acuerdo resolverá el conflicto o creará nuevos conflictos? ¿Las partes han satisfecho sus necesidades e intereses?

Si se comenzó el proceso ético de la mediación con un análisis profesional del conflicto, se debe trabajar el acuerdo con la misma profundidad, de manera que tengamos la mayor certeza posible de que éticamente es correcto.

Es fundamental analizar el acuerdo con las mismas personas que analizaron el conflicto al inicio, los observadores, ya que siempre aportan un feedback constructivo e imparcial ayudando a que el acuerdo sea ético.

Y si el acuerdo, aunque aceptable legalmente, no lo creemos ético, debemos plantearlo a las partes y resolverlo.

7. La ética del Mediador

El 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, en su Artículo 4, 1. Dice: “La formación específica de la mediación deberá proporcionar a los mediadores conocimientos y habilidades suficientes para el ejercicio profesional de mediación, comprendiendo, como mínimo, en relación con el ámbito de especialización en el que presten sus servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos.”³³ La ley es clara hablando de que el mediador deberá tener conocimientos y habilidades en el ámbito de «la ética de la mediación». No sabemos si el legislador tenía una visión extensa del proceso de mediación, pero sí percibió que el mediador ejercería mal su profesión sin una buena formación en ética.

Difícilmente se encuentran en el Estado Español programas de formación para los/las mediadores/as, que tengan alguna asignatura que sea de ética, como mucho se expone algún tema sobre el código deontológico.

Reafirmo lo que en 2016 decía:³⁴

“Los conflictos llevan consigo actuaciones morales. Cuando en la Mediación se busca un acuerdo entre las partes, el mediador no solo puede tener como referencia la ley, sino que ha de conocer los fundamentos de la Ética (Un saber ra-

33 La LEY 24/2018, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de mediación de la Comunitat Valenciana, en su Art. 26, 1 no habla de la “ética del mediador” sino “de los principios de la ética de la mediación”, esto establecería desde mi punto de vista un debate.

34 AUTOR. Ponencia “La Ética del discurso en el proceso de la Mediación. Una propuesta.” CONGRESO FAPROMED “Mediación y participación ciudadana: Transparencia Social y Renovación ética”. 4-5 Nov. 2016. Villena (Alicante) pág.29

Monográfico: Mediación

cional, un saber que orienta la acción), ya que su desconocimiento puede hacer que tanto en el proceso de la Mediación, como en los acuerdos, nos comportemos de manera no aceptable Moralmente”.

Nos parece fundamental que el mediador se forme en ética pero dado el poco tiempo que la mediación lleva implantada en España hay que promover investigaciones y estudios en torno a la ética en mediación. Sin estos estudios no haremos más que cubrir con buena voluntad un camino que la sociedad de hoy nos demanda con urgencia, que sea de calidad, con profesionales técnicamente capaces y moralmente íntegros.

8. Conclusiones

Estas conclusiones no son cerradas ni en su contenido, ni siquiera en la diversidad, pero sí hacen referencia a la exposición del artículo.

- ∅ La mediación puede restablecer el equilibrio en la convivencia de las personas, para ello es necesario, incluso imprescindible, que la mediación se asiente en la ética.
- ∅ En nuestra sociedad «compleja», tenemos que recuperar los valores de la confianza y la buena fe en las relaciones personales y sociales, sin éstos la mediación no es posible.
- ∅ La mediación sucede en el ámbito privado en un momento social en el que el límite entre público, privado e íntimo se ha difuminado. La mediación abre un camino a la privacidad que ayuda a que el control que se quiere ejercer desde el concepto de transparencia, se reduzca y se fortalezca la libertad personal
- ∅ La ética en la mediación no se circunscribe a los códigos éticos profesionales.
- ∅ En la mediación hay momentos fundamentales de aplicación de la ética estos son: el análisis del conflicto, la fase del «cuéntame», la negociación colaborativa y el acuerdo.
- ∅ La formación de los profesionales de la mediación en ética es fundamental. De la misma manera es necesario que la investigación en el campo de la ética en la mediación se desarrolle.

Bibliografía

- AUTOR (2016). Ponencia “La Ética del discurso en el proceso de la Mediación. Una propuesta.” CONGRESO FAPROMED “*Mediación y participación ciudadana: Transparencia Social y Renovación ética*”. 4-5 Nov. 2016. Villena (Alicante).
- BOLAÑOS CARTUJO, J. I., BUSTELO ELICABE-URRIOL, D. J., ANTÓN MILLÁN, T., “Formación y ética del mediador”. “*Jornadas Internacionales de Mediación Familiar*”, 2000, ISBN 84-930480-8-9, págs. 189- 230
- BYUNG-CHUL HAN. “*La sociedad de la transparencia*”. Barcelona. Editorial Herder. Pensamiento Herder. (2013).

Monográfico: Mediación

- DE BARBIERI T.; "Los ámbitos de acción de las mujeres", Narda Henríquez (ed.). *"Encrucijadas del saber: los estudios de género en las ciencias sociales"*. Lima, Pontificia Univ. Católica del Perú, (1996). p. 107-132.
- FABREGAT ROSAS, A., "¿Ser mediador o hacer mediación? Una respuesta desde la ética". *"Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario: cuestiones de actualidad"* / coord. ORTEGA GIMÉNEZ, A., MARÍA, COBAS COBIELLA, E., BARONA VILAR, S., 2013, ISBN 978-84-15150-36-7, págs. 149-174
- GARCÍA, C.; 9 noviembre, 2015. <http://www.acalsl.com/blog/2015/11/son-realmente-publicas-las-sentencias> (consultado el 28/07/2018).
- GARRIDO SOLER, S., MUNUERA GÓMEZ, P., "Contra la neutralidad. Ética y estética en el modelo circular - narrativo de mediación de conflictos". *"Revista telemática de filosofía del derecho"* (RTFD), ISSN-e 1575-7382, Nº. 17, 2014, págs. 139-166
- GARRIGÓS SIRVENT, F. "Propuesta de fundamentación ética de la actividad de mediación." CONGRESO FAPROMED *"Mediación y participación ciudadana: Transparencia Social y Renovación ética"*. 4-5 Nov. 2016. Villena (Alicante) Ponencia: (2016).
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *"El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo"*, Madrid, Civitas (Monografías), Tercera Edición, p. 74. (1999).
- GRACIA, D. Prólogo. En: Sánchez Caro J y Sánchez Caro J. *"El médico y la intimidad"*. Madrid. Díaz de Santos, (2001).
- GUILLÉN, S. *"Manual de Formación en Negociación Basada en Intereses para Conflictos Colectivos"* Segunda edición, Fundación para la Paz y la Democracia (FUNPADEM) 2011. p. 126 http://www.funpadem.org/app/webroot/files/publication/files/12_pub179_ibbtrainingmanualspanish.pdf (consultado el 10/08/2018)
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. L., "Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias (MASC): Ética y deontología de la mediación". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, ISSN 1575- 8427, Nº. 11, 2007, págs. 27-48
- HOLMGREN. M. R. "¿Perdonar o castigar? Cómo responder al mal". Madrid. 1era. Edición castellana. Avarigani Editores. (2014)
- MARTÍNEZ NAVARRO, E.; *"Ética en las tareas de mediación"*. CONGRESO FAPROMED *"Mediación y participación ciudadana: Transparencia Social y Renovación ética"*. 4-5 Nov. 2016. Villena (Alicante) Ponencia: (2016).
- OTERO PARGA, M. M., "La ética del mediador". *"Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos"* / coord. Por CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C., SOLETO MUÑOZ, H., (dir.), 2017, ISBN 978-84- 309-7273-9, págs. 159-177
- REINA, F., "Una ética para la mediación". *"Anuario de mediación y solución de conflictos"*, ISSN 2340-9681, Nº. 2, 2014, págs. 111- 123
- RODRÍGUEZ PALOP, M. E. *Claves para entender los nuevos derechos humanos*. Madrid. Editorial Catarata. (2011).

Monográfico: Mediación

ROMELIA SARMIENTO-VERBEL, A. ARDILA-BARRERA, J. R. BÁEZ-PIMIENTO, A. *Aportaciones no jurídicas al concepto de “la intimidación”: reflexiones interdisciplinarias.* dixi 26. Abril 2016. Pág. 45. doi: <http://dx.doi.org/10.16925/di.v18i23.1290>. (2016)

LA MEDIACIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL ESPAÑOL

Juan José Periago Morant

RESUMEN: La justicia restaurativa incluye una variedad de enfoques y prácticas. Nuestro sistema de justicia juvenil español permite el empleo de la conciliación y la reparación por medio de los procesos de mediación. El presente artículo tiene como objetivo determinar las cuestiones de interés de estas dos instituciones tanto durante la tramitación de la instrucción del procedimiento como durante la ejecución de la medida una vez impuesta la condena en sentencia al menor infractor.

PALABRAS CLAVE: justicia juvenil, menores, mediación, conciliación, reparación.

ABSTRACT: Restorative Justice includes a variety of approaches and practices. Our Spanish juvenile justice system allows the use of the conciliation and repair through mediation processes. This article aims to identify issues of interest of these alternatives in the pre-trial proceedings and when the young offender is condemned.

KEYWORDS: Justice juvenile, minor, mediation, conciliation and repair.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. La justicia restaurativa en menores: documentos y normativa internacional.- 3. La regulación legal de los programas de justicia restaurativa en nuestra legislación penal juvenil.- 4. La conciliación y la reparación durante la instrucción del procedimiento.- 5. La conciliación y reparación en la fase de ejecución de la medida. 6. Conclusiones.- 7. Referencias bibliográficas.

Monográfico: Mediación

1. Introducción

Las principales diferencias existentes entre la justicia restaurativa y la retributiva han sido tratadas por diversos autores,¹ la mayoría de ellos coinciden en que la justicia restaurativa se contraponen a la retributiva por la principal voluntad del Estado de castigar al infractor con una sanción penal por su conducta, tras un procedimiento contradictorio con todas sus garantías. La justicia restaurativa se caracteriza en que, tras escuchar a la víctima y ser informada, serán atendidas sus necesidades y en que se brindará al infractor la oportunidad de disculparse con la víctima en la forma en la que se acuerde tal disculpa o reparación.

La criminalidad de jóvenes y menores tiene un interés capital, desde el punto de vista teórico (criminológico) y político criminal. Cómo destaca GARCIA-PABLOS DE MOLINA,² “tan solo la ignorancia o la insensibilidad puede llevar a etiquetar la delincuencia juvenil como una delincuencia menor. La criminalidad de jóvenes y menores (lo reconozca o no el mundo de los adultos) refleja los valores oficiales y subterráneos de este último. En buena medida, los reinterpreta y traduce, porque el joven es un imitador que escenifica y repite lo que ve, lo que le enseñan, lo que aprende”.

Una de las preocupaciones que debe afrontar cualquier ordenamiento jurídico es cómo ofrecer la respuesta a las conductas delictivas cometidas por los menores de edad.³ La minoría de edad supone una fase de evolución en el ser humano y por las especialidades que la rodean requiere que el derecho le proporcione un tratamiento específico y diferenciado al del adulto infractor.

En lo que afecta al Derecho Penal, la atención al menor se centra fundamentalmente en dos bloques. El primero, pone su atención en dotar de adecuada protección a los menores que son víctimas de agresiones. El segundo, tiene como tarea diseñar un sistema de reproche penal para el infractor menor de edad.

Ante la comisión de un hecho delictivo por parte de un menor, el derecho penal como mecanismo de control social ha de valorar si es necesario ofrecer una respuesta sancionadora y cuando proporcionarla. Si se opta por castigar, es preciso fundamentar el reproche con una óptica distinta a la que se emplea con el adulto y para ello se tendrán en cuenta las características del hecho y de su autor. Existen situaciones en las que imponer una sanción penal al menor, como solución al conflicto, se convierte en una convicción errónea. Son los casos en los que nuestro derecho existen alternativas que contienen una respuesta más efectiva y a la par educativa.

En estos supuestos, la reconstrucción de la paz jurídica viene de la mano de la justicia restaurativa, que con un enfoque diferente, se distancia de los postulados tradicionales del derecho penal retributivo obsesionado por la facultad punitiva del Estado.⁴

1 Entre otros CERVELLÓ DONDERIS, V. “los principios penales como criterio regulador en la selección de delitos mediables” en V. DOMINGO (coord.) *Una mirada hacia la justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido*. Criminología y justicia, núm.4, 2012, 35; CANO SOLER, M. A.; *La mediación penal*, Pamplona, Aranzadi, 2015.

2 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Presupuestos criminológicos y político criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm.15, 19.

3 Vid. en este sentido FERREIROS MARCOS, C. E; *La mediación en el Derecho Penal de Menores*, Madrid, Dykinson, 2011, 55.

4 Vid. GORDILLO SANTILLANA, L. F.; *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Iustel, 2007,43. URBANO CASTRILLO, E., “La justicia restaurativa penal”, *LA LEY Penal*, núm. 73, 2010,5-22.

Monográfico: Mediación

El concepto de justicia restaurativa fue adoptado oficialmente por la doctrina científica en el Congreso Internacional de Criminología de Budapest celebrado en 1993⁵ extendiéndose esta denominación en otros simposios internacionales como el de Victimología en Adelaide de 1994 y los de Ámsterdam de 1997 y Montreal en el año 2000.

La justicia restaurativa es una metodología para solucionar problemas que, de varias maneras, involucra a la víctima, al ofensor, a las redes sociales, las instituciones judiciales y la comunidad.⁶

Acertadamente GIMENEZ SALINAS⁷ señala que “el conflicto penal no pertenece ni en exclusiva ni prioritariamente al Estado. Que el conflicto pertenece a la propia sociedad, a los hombres y mujeres que la formamos”. Consideramos que esta idea debe complementarse en la línea de lo expuesto por CERVELLÓ DONDERIS.⁸ Esta autora estima que en el modelo de justicia restaurativa, en cuyo seno se desarrolla la mediación penal, concurren algunas diferencias con el modelo tradicional de justicia retributiva que han de ser tratadas con cierta cautela para no quebrar el sistema de garantías. Pero también hay importantes coincidencias, ya que en los procesos de mediación se parte de que el delito no sólo atañe a la víctima, sino también a la comunidad, el delito no depende de la voluntad de la víctima en su persecución, ya que mantiene su carácter público, es más los acuerdos no dependen sólo de la víctima, sino que exigen la presencia de un mediador que debe respetar los principios legales propios de un Estado de Derecho.

La implementación de la justicia restaurativa dentro del sistema de justicia penal precisa de una serie de programas. Los programas de mediación víctima-delincuente (programas de reconciliación víctima-delincuente) constituyen inicialmente sus primeras experiencias. La literatura especializada ubica el empleo de la mediación, como manifestación de justicia restaurativa, cuando nacen los programas canadienses y norteamericanos “Victim-offender Reconciliation Program” (VORP) y “Victim Offender Mediation” (VOM) en los años 70.⁹

Curiosamente los orígenes de la mediación penal se ubican en el marco propio del sistema que sirve para exigir la responsabilidad a los menores en conflicto con la ley, de hecho el primer antecedente de mediación penal se produjo en 1974 en Ontario (Canadá) con dos jóvenes que, bajo los efectos de las drogas, destrozaron diversos automóviles proponiendo el Juez a los jóvenes infractores que reconociesen los hechos ante las víctimas, les solicitaran disculpas y se comprometieran a reparar los daños ocasionados, siendo esta solución valorada de modo muy positivo por su comunidad.¹⁰

5 GONZALEZ CUSSAC, J.L. y TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.); *Justicia Penal de Menores y Jóvenes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, 48.

6 OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, Nueva York, Naciones Unidas, 2006,6.

7 GIMENEZ-SALINAS E., “La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado”, *EGUZKILORE Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 10, 1996, 212.

8 CERVELLO DONDERIS V., “Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico”, *Revista Penal*, núm. 31, 2013, 23.

9 UMBREIT, M.S., COATES, R.B. y VOS, B. “Victim-Offender Mediation: Three Decades of Practice and Research”, *CONFLICT RESOLUTION QUARTERLY*, vol. núm.22, 2004, 279.

10 GORDILLO SANTANA, L.F.; *La Justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Iustel, 2007, 261.

Monográfico: Mediación

En Europa aparecen por primera vez a finales de la década de los setenta siendo en primer lugar Gran Bretaña la que implanta un programa de reparación en 1977. A mitad de la década de los años 80 tanto Holanda como Alemania dan sus primeros pasos en este campo y Austria establece su primer modelo en Salzburgo en 1985. Finalmente, en la década de los años 90, Francia, España, Italia y Bélgica se suman a la experiencia.¹¹

En opinión de BARONA VILAR¹² la mediación en España existe como medio de tutela que favorece y complementa el sistema procesal judicial en su conjunto. Podemos encontrar que la mediación ha penetrado en determinados campos sin apenas darnos cuenta y se ha ido consolidado. Existen en este sentido, diferentes normativas autonómicas dedicadas a la mediación familiar y una gran variedad normativa que tiene a la mediación como protagonista en distintos sectores del ordenamiento jurídico.

En la actualidad, una buena parte de los diferentes sistemas de justicia penal frecuentemente emplean programas vinculados a la justicia restaurativa. Dichos programas donde se desarrollan con más profundidad es en el seno de los conflictos de jóvenes con la ley penal. Estas experiencias suponen un buen campo de prueba o de laboratorio para el desarrollo futuro de la mediación penal en la delincuencia adulta.¹³

2. La justicia restaurativa en menores: documentos y normativa internacional

Antes de examinar nuestra regulación legal, se puede observar que la inclusión de los elementos propios de la justicia restaurativa en los sistemas de justicia juvenil es una demanda constante que se reclama desde distintas instancias internacionales como Naciones Unidas y la Unión Europea. A continuación se revisan las principales referencias.

Una breve revisión cronológica nos lleva a partir en primer lugar de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”)¹⁴ de 28 de noviembre de 1985 (resolución 40/33 de la Asamblea General). Estas reglas son en opinión de VAZQUEZ GONZALEZ¹⁵ “el primer instrumento jurídico internacional que comprende normas pormenorizadas sobre la administración de justicia de menores”. Concretamente la regla 11, que se refiere a la “remisión de casos”, entiende que es la respuesta adecuada

11 Op. cit. GIMENEZ-SALINAS, E., “La mediación...”, 202. Vid también CAMARA ARROYO, S., “Justicia Juvenil Restaurativa: Marco internacional y su desarrollo en América Latina”, *Revista de Justicia Restaurativa*, núm. 1, 2011.

12 BARONA VILAR, S.; *La mediación algunas cuestiones de actualidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015 (TOL 5.207.647).

13 Con respecto a los adultos aparece en nuestro ordenamiento jurídico el primer tipo de mediación relativo a asuntos civiles y mercantiles en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aunque esta ley excluye en su artículo 2 de manera expresa la mediación penal. Finalmente la mediación ha llegado al propio Código Penal, en la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015), donde en la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena prevista en el artículo 84.1 se señala la posibilidad del juez o tribunal de suspender la ejecución de la pena si se cumple el acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación. Vid. COLÁS TURÉGANO, A., “Hacia una humanización de la justicia penal: la mediación en la justicia juvenil española. Principios y ámbito aplicativo en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores” en *Revista boliviana de derecho*, núm. 20, 2015, 142-167.

14 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores se adoptaron por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985. Estas reglas se aprobaron en el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Milán (Italia) del 26 de agosto a 6 de septiembre de 1985.

15 VAZQUEZ GONZALEZ, C.; *Derecho Penal Juvenil*, Madrid, Dykinson, 2006, 69.

Monográfico: Mediación

cuando la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado de forma adecuada y constructiva, ya que permite la supresión del procedimiento ante la justicia penal y con ella se evitan los efectos negativos de la continuación del procedimiento judicial.

Otro documento importante es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, de 29 de noviembre de 1985 (resolución 40/34 de la Asamblea General). En su apartado A.7 insta a que “se utilice también en la justicia de menores los mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas”.

La importancia de la materia ha calado incluso en la principal norma internacional en materia de infancia. En el artículo 40.3 b) de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (resolución 44/25 de la Asamblea General)¹⁶ se impulsa la desjudicialización de los procedimientos en los que se vean inmersos los menores en conflicto con la ley.

En el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente La Habana (Cuba) celebrado del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990 se aprobaron una serie de normas; los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para las medidas no privativas de la libertad.

Destaca la rotundidad con que las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) de 14 de diciembre de 1990 (resolución 45/110 de la Asamblea General) señalan la posibilidad de ocuparse de los delincuentes en la comunidad, evitando recurrir a procesos formales o juicios ante los tribunales.

Como se puede observar, Naciones Unidas siempre ha manifestado interés en el tema de la delincuencia juvenil y la justicia de menores, no sólo en el VII y VIII Congreso, sino también en otros posteriores¹⁷.

Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) de 14 de diciembre de 1990 (resolución 45/112 de la Asamblea General), uno de los principales documentos internacionales en materia de justicia juvenil, alienta a orientar las políticas de justicia juvenil a adoptar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño, por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás, y sustraer a los menores y jóvenes en la medida de lo posible del sistema de justicia penal.

Por otra parte se puede apreciar que importantes organismos de Naciones Unidas, también se han pronunciado en este sentido. Se puede mencionar al Comité de los Derechos del Niño en la Observación General nº 10 “Los derechos de los niños en la justicia de menores”.

El Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, como órgano que tiene una importante labor técnica concerniente en justicia restaurativa dentro de los sistemas de justicia juvenil,

16 Se convirtió en Ley en 1990, después de ser firmada y aceptada por 20 países, entre ellos España por Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990, Boletín Oficial del Estado-España- núm. 313, de 31 de diciembre de 1990), entrando en vigor el 5 de enero de 1991.

17 IX Congreso celebrado en El Cairo (Egipto) 28 de abril a 5 de mayo de 1985, el X Congreso celebrado en Viena (Austria) del 10 a 17 de abril de 2000, el XI Congreso celebrado en Bangkok (Tailandia) del 18 al 25 de abril de 2005, el XII Congreso celebrado en Salvador (Brasil) del 12 al 19 de abril de 2010.

Monográfico: Mediación

ha emitido diversos documentos técnicos al respecto. Entre éstos, la Resolución 1997/30 en el anexo Proyecto de directrices de acción sobre el niño en el sistema de justicia penal de 21 de julio de 1997. Dicho documento insta a que deben utilizarse mecanismos oficiosos para solucionar controversias, en casos en que estén involucrados delincuentes infantiles, comprendiendo la mediación y las prácticas de justicia restitutiva o tradicional, en particular en los procesos en que intervienen las víctimas.

Otros documentos que merecen ser destacados de este organismo que se pronuncian en iguales términos son; la Resolución de Consejo Económico y Social 2007/23 de Apoyo a los esfuerzos nacionales e internacionales para la reforma de la justicia de menores y la Resolución de Consejo Económico y Social 2009/26 de Apoyo a los esfuerzos nacionales e internacionales para la reforma de la justicia de menores, de 30 de julio de 2009.

Además otro organismo, el Consejo de Derechos Humanos¹⁸ emitió la resolución 24/12 de 26 de septiembre de 2012 relativa a los derechos humanos en la administración de justicia, incluida la justicia juvenil¹⁹ que anima a los Estados a promover, entre otras cosas, la utilización de medidas alternativas, como las medidas extrajudiciales y la justicia restitutiva.

Recientemente, la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de Naciones Unidas emitió un proyecto de resolución, destinado a que sea tomado en consideración por la Asamblea General de Naciones Unidas, de fecha 16 de abril de 2018 sobre la Justicia restaurativa en asuntos penales. En el punto 7 invita a los Estados Miembros a que elaboren y pongan en marcha programas y servicios de justicia restaurativa en el ámbito de la justicia de menores.

En el marco de la Unión Europea nos vamos a detener en una serie de textos. En primer lugar, por su especial significación dentro de la justicia juvenil, la Resolución del Comité de Ministros Nº78 (62), sobre transformación social y delincuencia juvenil, de 29 de noviembre de 1978. En ella, se efectúan una serie de recomendaciones a los gobiernos de los estados miembros sobre la prevención de la delincuencia y sobre la socialización de los jóvenes aludiendo a la posibilidad de acudir a soluciones extrajudiciales.

También, la Recomendación Nº R87 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa “reacciones sociales ante la delincuencia juvenil” (adoptada por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1987, durante la 410ª reunión de los Delegados de los Ministros) en su punto II insta al desarrollo de la mediación como instrumento para evitar que los menores se integren en el sistema de justicia penal.

Igualmente la Recomendación Rec (2003) 20 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil (adoptada por el Comité de Ministros el 24 de septiembre 2003 en la reunión 853 de los Delegados de los Ministros) indica como nuevas respuestas en su punto III que se debería seguir desarrollando medidas alternativas a los procedimientos judiciales tradicionales. Recomendación a los estados miembros a desarrollar un conjunto más amplio de medidas o sanciones

18 El Consejo de Derechos Humanos es un organismo intergubernamental de las Naciones Unidas encargado de fortalecer la promoción y protección de los derechos humanos en todo el mundo y para hacer frente a situaciones de violaciones de los derechos humanos y formular recomendaciones sobre ellos. El Consejo está compuesto por 47 Estados Miembros de las Naciones Unidas que son elegidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas. El Consejo de Derechos Humanos sustituido a la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

19 A/HRC/RES/24/12.

Monográfico: Mediación

destinadas a este colectivo, caracterizadas por la innovación y la eficacia y, llegado el caso y si fuera posible, se deberían permitir también la mediación, la reparación de los perjuicios ocasionados y la indemnización a la víctima.

El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea”²⁰ mantiene que en la evolución de los sistemas de justicia juvenil ha emergido una concepción restaurativa o reparadora de la justicia a la que califica como “modelo idóneo para el sistema de justicia del menor por su escaso valor estigmatizante, su alto valor pedagógico y su carácter de menor represión”.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de junio de 2007 sobre la delincuencia juvenil “el papel de las mujeres, la familia y la sociedad”²¹ destaca que, para atajar de forma sustancial el fenómeno de la delincuencia juvenil, se requiere una estrategia integrada a escala tanto nacional como europea que combine medidas según tres directrices: medidas de prevención, medidas judiciales y extrajudiciales y medidas de inclusión social de todos los jóvenes. En este documento se pide a la Comisión Europea que se encargue de concebir un programa de acciones cofinanciadas que incluya la medición y el análisis de la eficacia que pueden tener a largo plazo sistemas recientemente desarrollados de gestión de los menores infractores, como el de la justicia restaurativa.

La Recomendación (2008)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Reglas Europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas, adoptada en fecha 5 de noviembre de 2008, aunque tratándose de un documento específico destinado a la ejecución de medidas privativas de libertad, no olvida la posibilidad de acudir a la justicia restaurativa mencionando en la regla A.12 que la mediación y otras medidas restaurativas deberán ser incentivadas en todas las fases del tratamiento con menores.

La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 206/800 relativa a las garantía procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales de 11 de mayo de 2016²² en su artículo 20.4 insiste en que la formación de las personas que presten apoyo o servicios de justicia reparadora a los menores alcance un nivel adecuado para garantizar que los menores reciban un trato respetuoso, imparcial y profesional.

Este elenco de proclamaciones internacionales nos proporcionan una idea del interés que las instancias supranacionales tienen por integrar la justicia restaurativa en los sistemas de justicia juvenil de sus estados miembros y del protagonismo que la soluciones extrajudiciales está adquiriendo actualmente. Si bien muchos documentos no son de eficacia directa, no por ello dejaremos de admitir que tienen una notable influencia al servir de inspiración en las futuras modificaciones legislativas a practicar en los ordenamientos internos.

La regulación legal de los programas de justicia restaurativa en nuestra legislación penal juvenil.

En el ámbito de nuestra justicia juvenil fue la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores,

20 Vid. *Diario Oficial de la Unión Europea* 9 de mayo de 2006.

21 Vid. *Diario Oficial de la Unión Europea* 12 de junio de 2008.

22 Vid. *Diario Oficial de la Unión Europea* de 21 de mayo de 2016.

Monográfico: Mediación

la que introdujo la reparación del daño al perjudicado. Su artículo 2 (que daba una nueva redacción al artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948) comprendía la posibilidad que se concluyesen las actuaciones dirigidas contra un menor en los supuestos de hechos de poca gravedad donde no se hubiese empleado violencia o intimidación, cuando el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima. El artículo 3 permitía la suspensión del fallo siempre que, de común acuerdo, el menor, debidamente asistido, y los perjudicados, acepten una propuesta de reparación extrajudicial.

Con anterioridad a esta ley se pueden encontrar experiencias de esta misma naturaleza, como por ejemplo la llevada a cabo en el año 1990 en Cataluña con un programa de mediación-reparación en el contexto de la jurisdicción de menores, impulsado por el entonces Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña.

Actualmente, nuestro sistema de justicia juvenil tiene como principales referentes legislativos a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM) y a su reglamento de desarrollo el Real Decreto 1774/2004 de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.²³

En la propia Exposición de Motivos de la LORPM se destacan textualmente los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los característicos de una defensa esencialmente basada en la prevención general que pudiera resultar contraproducente para el futuro.

La LORPM posibilita emplear la reparación y la conciliación procedimentalmente en dos ocasiones.

Primeramente durante la instrucción, donde el artículo 19 contempla el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima. También, en un momento posterior, durante la ejecución de la medida, puesto que el artículo 51 da cabida a la revisión y sustitución de la medida impuesta si se produce el acuerdo conciliatorio entre menor infractor y víctima.

El desarrollo del procedimiento para llevar a cabo las soluciones extrajudiciales durante la instrucción se establece en el artículo 5 del reglamento de la LORPM. Siendo en el artículo 15 del mismo reglamento donde se fijan las pautas del procedimiento para la práctica de la conciliación y la reparación en fase de ejecución, como mecanismos de revisión de la medida impuesta.

En estas cuestiones, la opinión de la Fiscalía General del Estado se ha manifestado de modo favorable, tal y como expone en su Circular 9/2011, diciendo que “las soluciones extrajudiciales gozan de gran aceptación por parte de las víctimas, que se sienten reconocidas y se les ofrece la posibilidad de un resarcimiento moral, evitando al tiempo el proceso, con la carga de victimización secundaria que conlleva. También son muy valoradas por los menores infractores, a quienes permite eludir el contenido estigmatizante del proceso”.

23 BOE núm. 209, de 30 de agosto de 2004.

Monográfico: Mediación

A continuación se expondrán las distintas cuestiones que plantean la conciliación y la reparación en esos dos momentos a los que se hacía alusión.

4. La conciliación y la reparación durante la instrucción del procedimiento.

El texto actual del artículo 19²⁴ referido a la conciliación o la reparación durante la instrucción es fruto de la reforma²⁵ operada en la Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores²⁶ y de las enmiendas que se hicieron en su momento al Proyecto de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores de fecha 16 de marzo de 1999.

La instrucción en nuestro proceso penal de menores consiste en la fase, donde por orden del Fiscal de Menores, se llevan a cabo los actos de investigación para el esclarecimiento de los hechos a fin de comprobar si se ha producido el ilícito penal. Este período sirve también para determinar la identidad del presunto infractor y proponerle la medida sancionadora educativa que sea más acorde teniendo en cuenta el interés superior del menor.

El sobreseimiento del expediente se presenta como una manifestación práctica del principio de oportunidad en el expediente de reforma cuando se materialice la conciliación o la reparación.

El primer elemento a tener en cuenta para que sea posible el sobreseimiento del hace referencia a la gravedad del delito²⁷ “podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo

24 Artículo 19. Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores.

25 En el texto Publicado el 13 de enero de 2001 (BOE núm. 11) el punto 2 del artículo 19, tenía una redacción diferente al actual, en este sentido en la primera redacción aparecía en el párrafo final del artículo 19.2 “... Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta, regulada en esta Ley”. El actual texto reduce dicho párrafo simplificándolo desde un punto de vista técnico y en este sentido dice “...Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil”.

26 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 290, de 5 de diciembre de 2006.

27 Al respecto vid. DOLZ LAGO M.J.; *Comentarios a la Legislación Penal de Menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007(TOL1.050.039).

Monográfico: Mediación

particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos²⁸...El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta”.²⁹

A la luz de lo previsto en el artículo 19, en la mente de todos aparecen ejemplos de conflictos entre menores en los que acudir a la respuesta penal no se consideraría lo más adecuado. Pensemos en los casos de riñas, injurias, o hurtos de escasa entidad junto con otros tipos de delitos leves y menos graves sin empleo de violencia e intimidación.

Por lo tanto, es preciso atender a los artículos 13 y 33 del Código Penal que nos establecen la cualidad de delitos graves, menos graves y leves. No obstante autores como COLÁS TURÉ-GANO³⁰ estiman que este impedimento para emplear la mediación en los delitos graves no es adecuado si las partes están dispuestas al diálogo y los expertos lo consideran positivo.

En segundo lugar, también se imposibilita acudir a estos instrumentos cuando se dan supuestos de violencia e intimidación grave. Dado que estos términos adolecen de cierta imprecisión, ESCORIHUELA GALLÉN³¹ manifiesta que en la práctica las fiscalías y juzgados de menores “En aras de esta justicia reparadora y para así dar una respuesta ágil y real a los supuestos concretos vienen interpretando de una forma flexible estos preceptos, llegando incluso a desistir determinados delitos dadas las circunstancias particulares del caso concreto, como pudiera tratarse de supuestos de robo con violencia e intimidación cuando ésta no haya sido de gran entidad”.

En cuanto a las posibilidades de acudir a la conciliación y la reparación en algunos fenómenos delictivos singulares en la delincuencia juvenil y que se describen a continuación hemos de tener presente una serie de pautas.

En los casos de violencia intrafamiliar y de acoso escolar conviene efectuar una adecuada valoración antes de ser sometidos a una actividad conciliatoria. En los supuestos de violencia intrafamiliar la reparación extrajudicial no debe descartarse inicialmente si se trata de manifestaciones iniciales de malos tratos a los padres. Puede presentarse como una adecuada solución al conflicto, siempre susceptible de ser revocada, si el denunciado incumple sus obligaciones o incurre en nuevas conductas de maltrato. Por ello, el menor deberá tener suficientemente claro que la repetición de esos comportamientos le puede acarrear una respuesta más contundente desde el sistema penal. No deberá acudirse a la reparación extrajudicial cuando

28 Esta redacción es producto de la enmienda número 180 propuesta por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU), al texto de la ley y que finalmente accedió a su texto definitivo. La referencia a la gravedad no venía en el texto del proyecto. Se solicitó añadir la carencia de gravedad de la violencia o intimidación en la comisión de los hechos justificando que la conciliación entre la víctima y su agresor se pudiese llevar a efecto cuando el hecho delictivo consistía en la comisión de agresiones o amenazas leves por la frecuencia en que éstas se llevan a cabo entre los adolescentes.

29 Esta exigencia tiene su origen en una enmienda del Grupo parlamentario vasco (EAJ-PNV) al Proyecto de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores de fecha 16 de marzo de 1999 que propuso añadir un párrafo en el punto 1 del artículo 19 condicionando a que el desistimiento sea sólo posible si el hecho imputado era delito menos grave o falta justificándose en caso de delitos graves debe de continuar el expediente aunque medie conciliación. Vid. Boletín Oficial Cortes Generales (Congreso Diputados) VI Legislatura núm. 144-10. Boletín Oficial Cortes Generales VI Legislatura. Serie A: 3 de noviembre de 1998 Núm. 144-1 PROYECTOS DE LEY PROYECTO DE LEY 121/000144 Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

30 COLÁS TURÉ-GANO, A.; “Mediación juvenil: el equilibrio entre la reparación a la víctima y el interés superior del menor” en A. Montesinos (coord.), *Tratado de Mediación*. Tomo II. Mediación Penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017 (TOL6.428518)

31 Vid ESCORIHUELA GALLÉN, C.V.; *El Ministerio Fiscal y la Responsabilidad Penal de los Menores (Aplicación práctica del Principio de Oportunidad en la fase instructora)*, Tesis Doctoral, Castellón, Universitat Jaume I, 2016, 357.

Monográfico: Mediación

el menor no exteriorice su voluntad de conducirse adecuadamente con su familia. Tampoco cuando la víctima, a causa del daño experimentado no tenga la suficiente confianza en el éxito de la mediación, encontrándose en una posición en la que los profesionales desaconsejen este tipo de soluciones.³²

En los supuestos de acoso escolar en ocasiones es arriesgado acudir a la conciliación debido a las dificultades de atajar que el arrepentimiento del acosador sea espontáneo y que finalmente se consiga atajar la conducta de hostigamiento.³³

En materia de violencia de género con implicación de adolescentes algunos autores³⁴ consideran que la mediación puede ser un medio adecuado y eficaz para resolver las agresiones de género entre adolescentes. Ello sería solo posible cuando se tratase de conflictos en los que se pueda lograr un cierto equilibrio entre las partes y se pueda contar con una participación absolutamente voluntaria de ambas. Además se argumenta que al ser la LORPM, una ley penal específica para menores cuya competencia es de los juzgados de menores, se trataría de casos que quedarían fuera de la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer y por ende no afectados por la prohibición introducida por el artículo 44.5 la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. A esto se añade el argumento de contenido educativo que tiene esta herramienta porque permite que la víctima pueda ser escuchada y que el infractor asuma el reconocimiento del hecho.

En cuanto a los elementos subjetivos que intervienen en la conciliación o reparación durante la instrucción del expediente prevista en el artículo 19 de la LORPM son el Fiscal de menores, el equipo técnico, el menor, la víctima, los representantes legales y el abogado del menor. A continuación nos referiremos a una serie de aspectos de interés respecto de los sujetos.

En el artículo 19 de la LORPM se representan diferentes niveles de participación de los distintos implicados. En un momento inicial conforme al artículo 19 y 27 de la LORPM y el artículo 5 de su reglamento, corresponde al Fiscal (de oficio o a instancia del letrado del menor) remitir el asunto litigioso a este tipo de solución. Igualmente el equipo técnico puede proponer al Fiscal iniciar esta vía.

La regulación nos muestra que el equipo técnico y el Fiscal de Menores forman un tándem en nuestro sistema. El Fiscal, desde la valoración jurídica del hecho punible, efectúa el estudio de la viabilidad del caso. El equipo técnico evaluará la pertinencia de estas soluciones, cuando desde sus conocimientos relacionados con las ciencias de la conducta atendiendo a las características de menor infractor (asunción del hecho y capacidad de enmienda) y de la víctima, lo estime oportuno.

Las labores de mediación las puede llevar el equipo técnico de los juzgados y fiscalía de menores o pueden ser encomendadas a un servicio de mediación convenido con la entidad pública.

32 Vid FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO; "Circular 1/2010 Sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes", Madrid, Fiscalía General del Estado. Ministerio de Justicia, 2010, 20.

33 ESCORIHUELA GALLÉN, C.V.; *El Ministerio Fiscal y la Responsabilidad Penal de los Menores...*, óp. cit., 354.

34 COLÁS TUREGANO, A. y CERVELLÓ DONDERIS, V., "Mediación y violencia de género en menores de edad. Un enfoque educativo", Conferencia impartida en el seno de la IV Conferencia internacional del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, Bruselas, 2014. Texto disponible en: http://www.oijj.org/sites/default/files/oijjconf2014_cervello_colas.pdf. En sentido parecido vid. RÍOS MARTÍN, J.C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A., SEGOVIA BERNABÉ, J.L.; *La mediación penal y penitenciaria*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2016.

Monográfico: Mediación

La intervención del técnico del equipo, que guiará el procedimiento tal y como está previsto en el artículo 5 del reglamento de la LORPM, requiere que aquel cuente con suficientes dotes para la comunicación y que actúe con neutralidad, igualdad e imparcialidad. Como manifiesta CRUZ MARQUES³⁵ la atención en el proceso debe centrarse en aquellos aspectos que no supongan obstáculos siendo adecuado mantener una perspectiva flexible en su desarrollo.

En este sentido es conveniente ser sensible y en principio no excluir de la mediación a aquellos menores que presenten dificultades de socialización o que pertenezcan a un entorno familiar desestructurado. Si se asumen actitudes estereotipadas se corre el riesgo de etiquetar a dicho colectivo como menores reacios a asumir responsabilidades y de tener capacidad para reparar los daños causados.

El éxito del proceso para conseguir la conciliación o la reparación va a depender fundamentalmente de la actitud del menor infractor (junto a su abogado y representantes legales³⁶) y la de la víctima.

En lo que concierne al menor infractor, éste debe reconocer los hechos que han perjudicado a la víctima y presentar un pronóstico favorable de viabilidad que permita alcanzar la solución. En lo que concierne al reconocimiento de hechos coincidimos con EGEA TÉLLEZ³⁷ que es fundamental contrastar que los hechos se produjeron efectivamente cuando el menor incurre en contradicciones o se duda de su verosimilitud. De lo que se trata aquí es de entender que la participación del menor no supone simplemente una confesión de culpabilidad sino que lo importante es que se traduce en una voluntad de cooperación.

El pronóstico favorable significa que el menor infractor muestra su intención y su voluntad en ofrecer disculpas a la víctima o de participar en el programa. Se requerirá a su vez que el menor disponga de la capacidad suficiente para entender la alternativa que se le propone y para prestar el oportuno consentimiento, debiendo contar siempre con el asesoramiento de su abogado.³⁸

Cuando la víctima fuera menor de edad o un incapaz, el compromiso para la conciliación o reparación habrá de ser asumido por su representante legal y ser aprobado por el juez de menores conforme al artículo 19.6 de la LORPM. En estas situaciones como dice ORNOSA FERNANDEZ³⁹ el juez debe apreciar si la víctima ha accedido a la conciliación o reparación de forma voluntaria o ha podido sufrir algún tipo de presión para ello, lo que conllevaría la pérdida de sentido de esta institución.⁴⁰ Por el contrario creemos, como lo hace ESCORIHUE-

35 CRUZ MÁRQUEZ, B., "La mediación en la ley orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: Conciliación y reparación del daño". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005,7-14, 21.

36 Como dice GARCÍA-ROSTÁN GALVÍN G, *El proceso Penal de Menores*, Pamplona, Aranzadi, 2007, 95 "Resulta cuanto menos chocante que el menor tenga capacidad para reconocer los hechos y conformarse con la medida que para él solicite la acusación sin necesidad del acuerdo de sus representantes legales (artículos 35 y 36) y no la tenga para poder participar en la mediación".

37 EGEA TÉLLEZ, A.; "Mediación Penal en menores" en A. MONTESINOS (coord.), *Tratado de Mediación*. Tomo II. Mediación Penal. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017 (TOL6.428.516).

38 BUENO ARUS F. (Coord.), LEGAZ CERVANTES F., PERIAGO MORANT J.J., SALINAS IÑIGO A.; *Comentarios al reglamento de la ley orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Murcia, Colección Estudios Jurídicos, 2008,194.

39 ORNOSA FERNANDEZ M.R.; *Derecho Penal de Menores*, Madrid, Bosch, 2007,484.

40 Vid. Auto de la AP de Huelva 16/2011, de 11 de enero de 2011 (EDJ 2011/120180)

Monográfico: Mediación

LA GALLÉN,⁴¹ que debe ser el fiscal inicialmente quien debe advertir si existen vicios en la conciliación y, si se dan, entonces no admitirla, fundamentalmente por su labor de defensa de los derechos de los menores contemplada en el artículo 6 de la LORPM y para garantizar el correcto ejercicio del principio de oportunidad.

Siguiendo con las cuestiones que afectan a los sujetos, en lo que se refiere a la defensa técnica de las partes, el artículo 5 del reglamento se refiere exclusivamente al abogado del menor sin referirse a la acusación particular. No obstante si se hace una lectura integradora del artículo 25 de la LORPM entenderemos que no hay obstáculo para la participación de la acusación particular en el proceso previsto en el artículo 19.

Con respecto al controvertido tema del sentido inverso de la participación de la acusación particular en las soluciones extrajudiciales. Este caso se produce cuando la intervención en el expediente que efectúa la acusación particular consiste en manifestar su disconformidad con lo resuelto en estas soluciones extrajudiciales en determinadas situaciones. Otro tema distinto es que la acusación particular se hubiera opuesto de inicio a la conciliación, ya que la misma nunca se puede realizar sin el consentimiento de la víctima.

Al respecto, hay jurisprudencia que confirma la resolución judicial dictada por el Juzgado de Menores acordando el archivo a instancia del Fiscal en un supuesto en que, intentada la conciliación, ésta no prosperó por causas ajenas al menor infractor. El órgano jurisdiccional encargado de resolver el recurso entendió, que concurriendo los requisitos del artículo 19.4 de la LORPM y pese a la no existencia de conciliación real, el Fiscal tiene facultad exclusiva para solicitar el sobreseimiento, sin que en dicho trámite se otorgue intervención a la acusación particular, careciendo de relevancia su petición de que el procedimiento siga adelante.

El criterio de excluir a la acusación particular, como único interesado en la continuación del procedimiento en estos casos, parece el criterio mayoritario en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. La acusación particular no está legitimada para recurrir la realización de una actividad reparadora. Pero la existencia de ciertos pronunciamientos contrarios en algunas Audiencias hace que se proponga una modificación legislativa en el sentido de excluir expresamente la intervención de la acusación particular cuando el Fiscal, en aplicación del principio de oportunidad, apoye las soluciones extrajudiciales.

Son dos las vías para lograr el acuerdo y solucionar el conflicto de modo extrajudicial. Las soluciones previstas en el artículo 19 de la LORPM consisten en la conciliación y la reparación.⁴²

La idea de “conciliación” implica el acuerdo entre sujetos que parten, en principio, de posturas discrepantes o posiciones de intereses enfrentadas.⁴³ La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuan-

41 ESCORIHUELA GALLÉN, C.V.; *El Ministerio Fiscal y la Responsabilidad Penal de los Menores...*, óp. cit., 366.

42 En la redacción del proyecto de 1999 originariamente aparecía “Artículo 19. Sobreseimiento del expediente por conciliación entre el menor y la víctima”. La enmienda número 181 propuesta por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU) al proyecto de 1999 solicitó añadir al título del artículo 19 la referencia a la “reparación”, al considerarla a la conciliación como otra vía para llegar al sobreseimiento del expediente. Como se puede comprobar finalmente en el título definitivo del texto del artículo constan ambas vías.

43 PÉREZ SANZBERRO, G.; *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Granada, Comares, 1999, 22.

Monográfico: Mediación

do el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe,⁴⁴ y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón.

En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica. Se requiere algo más, concretamente que el menor ejecute el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado.

Un extremo que no queda suficientemente aclarado en nuestra ley es el alcance de la actividad educativa prevista en el artículo 19 y en el artículo 27.2. Tampoco si su contenido debe ser asimilado a las tareas socioeducativas del artículo 7 de la LORPM. El motivo es que el texto definitivo y consolidado del artículo 19, después de la reforma de la LORPM con la Ley Orgánica 8/2006 (que es posterior al reglamento del año 2004), siguió sin pronunciarse sobre la posibilidad de la realización de prestaciones en beneficio de la comunidad o tareas socioeducativa en los supuestos donde la reparación o conciliación no son posibles por causas no imputables al menor. La redacción se mantiene igual que la del texto originario del año 2000, *“También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe”* sin determinar los casos en los que el menor debe realizar dicha actividad educativa.

Ello nos obliga a seguir acudiendo a la vía reglamentaria (artículo 5 del reglamento de la LORPM) para justificar técnicamente aquellas situaciones de realización de prestaciones en beneficio de la comunidad o de unas tareas socioeducativas: 1) cuando la actividad reparatoria no se haya podido verificar por causas no imputables al menor, 2) cuando se trate delitos sin víctima personalizada, 3) también en los casos donde la víctima se niegue a la conciliación o a aceptar la reparación (supuesto que tiene un difícil acomodo con los postulados propio de la justicia restaurativa, que se basan en que la solución al conflicto tiene su sede entre las partes, y como se puede observar en este caso, finalmente la situación es solventada por un tercero —el equipo técnico— avalada por el Fiscal y el Juez sin la anuencia de la víctima).

El efecto fundamental de este procedimiento es que el Fiscal, una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la

44 El texto del proyecto de 1999 decía en el artículo 19.2 *“...se entenderá producida la conciliación cuando el menor se arrepienta del daño causado ante la víctima y se esfuerce en su reparación”*. El Grupo Parlamentario Mixto propuso una enmienda al texto y que finalmente recogió el articulado definitivo en el sentido *“...se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima...”*. La justificación proporcionada por la parlamentaria BEGOÑA LASAGABASTER que defendió esta enmienda es que no tiene sentido exigir el arrepentimiento como una condición imprescindible de la conciliación, puesto que responsabilizarse y arrepentirse no es lo mismo; más aún cuando esta exigencia ha desaparecido respecto de los adultos para la atenuante del artículo 21.5 del Código Penal español, siendo lo importante que el menor en todo momento se implique voluntariamente en el procedimiento. No obstante, la referencia al arrepentimiento del menor sí figura en la exposición de Motivos de la LORPM *“...La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado...”*.

Monográfico: Mediación

voluntad del menor,⁴⁵ dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

Por el contrario en caso de no cumplir el menor con los compromisos adoptados por causas a él imputables entonces el procedimiento instructorio continuará.

Este último supuesto nos traslada a otro tema en el que existe una laguna legal en nuestro sistema. La controversia se plantea cuando el menor infractor reconoce los hechos pero finalmente el proceso del artículo 19 de la LORPM no culmina con éxito y por lo tanto debe continuar la tramitación del expediente.

En esta situación el principio de presunción de inocencia puede quedar afectado si en la decisión del juzgador se ha llegado a tener cuenta los extremos mencionados anteriormente. Entendemos que las manifestaciones tratadas por las partes en el proceso de mediación deben estar sujetas a la más absoluta de las reservas y no deben constituir elemento probatorio por su naturaleza extraprocesal al procedimiento penal del menor. Si se diera por fracasado el proceso de mediación y quedara de nuevo abierto el procedimiento en la vía judicial es necesario que la culpabilidad del menor quede probada en el acto de la audiencia con absoluto respeto al principio de presunción de inocencia.

Por último señalaremos que a nivel de cifras, la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2018,⁴⁶ que arroja los datos de 2017, señala que en Comunidad Valenciana se llegaron a 694 soluciones extrajudiciales (Alicante: 132, Castellón: 62 y Valencia: 500) de las 4403 que se realizaron en España (en el 2016 fueron 4974, en 2015 la cifra es de 4745, en 2014 de 5117 y 2014 de 4706).

A continuación se tratará la reparación y la conciliación durante la ejecución de la medida.

5. La conciliación y reparación en la fase de ejecución de la medida

La posibilidad de acudir a la conciliación y a la reparación durante la ejecución de la medida aparece regulada en el artículo 13 y 51.3 de la LORPM.⁴⁷ Las referencias normativas en el reglamento de la LORPM las encontramos en el artículo 15,⁴⁸ que regula el procedimiento

45 En la enmienda número 42 del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida al proyecto de 1999 se proponía añadir al artículo 19.2 el siguiente texto "...En el caso de que la víctima se niegue a la conciliación o a aceptar la reparación, el equipo técnico podrá articular una reparación en beneficio de la comunidad...". Esta enmienda no se incorporó al texto definitivo, y hubo que esperar al año 2004, con la publicación del reglamento de la LORPM cuyo artículo 5.1 f) (que si bien no refiriéndose expresamente a la oposición de la víctima a aceptar la conciliación o la reparación), es el que permite al equipo técnico proponer la realización de tareas socioeducativas o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

46 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO; *Memoria año 2018*, Madrid, Fiscalía General del Estado. Ministerio de Justicia, 2018, 684.

47 Artc 13 LORPM "El Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de menores podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta" y el artc 51.3 "La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor."

48 Si se contrasta el artículo 15 del reglamento de la LORPM el lector verá que la referencia se hace al artículo 51.2 de la LORPM (debe entenderse al artículo 51.3 de la LORPM conforme a la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2006) ello es debido a que no se ha corregido el texto reglamentario.

Monográfico: Mediación

para la conciliación y reparación en fase de ejecución como mecanismos para la revisión de la medida impuesta y en el artículo 5 del reglamento de la LORPM en lo concerniente a las actuaciones de los distintos protagonistas.

La gran diferencia existente entre la conciliación y reparación en la fase de instrucción y la contemplada en este epígrafe afecta a los límites a la naturaleza de los hechos delictivos cometidos. Para la conciliación o la reparación en la fase de instrucción se precisa que los hechos delictivos constituyan delitos menos graves en los que no concurra violencia o intimidación grave en su comisión. Sin embargo para la conciliación o la reparación en fase de ejecución, los hechos cometidos no tienen estos límites. Sin perjuicio que la naturaleza de los hechos delictivos se tenga en cuenta para valorar que la conciliación y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor”.

Otra diferencia existente es que las fórmulas durante la instrucción permitan en algunos casos que la víctima no participase, esto no ocurre en las soluciones durante la ejecución que si requieren de la participación activa de la víctima.

El artículo 51 de la LORPM fija un requisito de naturaleza temporal consistente en que el tiempo de duración de la medida ya cumplido “expresen suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor”. Lo más adecuado en este sentido, será para evitar fraudes de ley al sistema es respetar por lo menos a los periodos de seguridad contemplados en el artículo 10.1 b) y 10.2 b) de la LORPM en los casos previstos en esos artículos⁴⁹.

Otra de las diferencias existentes con la anterior es que aquí es la entidad pública la que impulsa el procedimiento ya que es quien informará al juzgado de menores y al Ministerio Fiscal de la posibilidad de la conciliación o la reparación del menor condenado con su víctima. Además será la entidad pública la que realizará las funciones de mediación directamente o por medio de convenio será un servicio de mediación.

El pronóstico favorable supone que el menor haya dado muestras favorables acerca de su intención y su voluntad de ofrecer disculpas a la víctima o de participar en programas de mediación y de reparación a la misma. Ello se extrae de la evolución del menor mostrada durante la intervención educativa. Aquí los distintos operadores del sistema de justicia juvenil pueden recabar dicha información por medio de los informes de evolución emitidos por los técnicos encargados de la ejecución de la medida.

Los efectos serán el de dejar sin efecto la medida impuesta si la conciliación o reparación tiene éxito. Aunque el artículo exprese literalmente “dejar sin efecto la medida impuesta” estimamos que sería conveniente que cupiese no solo el cese de la medida sino también la sustitución, especialmente si la medida en ejecución es una medida de internamiento, pudiendo ser sustituida por una libertad vigilada si el interés superior del menor así lo aconseja.

Las funciones de mediación llevadas a cabo con menores internados no podrán suponer una alteración del régimen de cumplimiento de la medida impuesta. Por lo tanto es importante atender a lo establecido en el programa individualizado de ejecución de medida del menor y a otros aspectos reglamentarios como por ejemplo el régimen de autorizaciones para salidas o permisos.

49 PERIAGO MORANT, J.J.; La ejecución de la medida de internamiento de menores infractores, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 189.

Monográfico: Mediación

En el supuesto de violencia intrafamiliar plantearse la utilización de las soluciones examinadas en estos casos, por ejemplo durante la ejecución de la convivencia en grupo educativo, requiere de un riguroso estudio de las circunstancias psico socio educativas del menor y de su familia. Junto a ello, deberá quedar patente un conjunto de avances consolidados en la intervención familiar desplegada con el menor y su familia que nos muestren una completa recuperación de los vínculos familiares. Aquí es determinante el papel de los técnicos encargados de la ejecución de la medida al conocer de primera mano los términos en los que está discutiendo la ejecución de la medida y la intervención familiar. En estos casos donde existe la viabilidad y posibilidades de éxito, ellos pueden proponer a los operadores correspondientes la posibilidad de modificar la medida acudiendo a la reparación o la conciliación.

6. Conclusiones

Una vez analizada las particularidades que se desprenden de nuestro sistema penal juvenil podemos concluir que se trata de un sistema dotado de suficientes garantías para las partes en la materia objeto de este artículo. Nuestro sistema goza de una adecuada regulación ya que cuenta con las principales aportaciones que desde los instrumentos internacionales se aconsejan a los derechos internos. De esta forma se posiciona en la vanguardia de los sistemas de justicia juvenil en lo que se refiere al derecho comparado en cuanto al empleo de la justicia restaurativa.

Como claras manifestaciones de la justicia restaurativa nos encontramos con el archivo por interés del menor a propuesta del equipo técnico por haberse producido una conciliación o reparación (artículo 19 o 51.3 LORPM) y la modificación, sustitución o dejar sin efecto el cumplimiento de una medida (artículo 13 y 51 LORPM).

La práctica nos demuestra que el empleo de la conciliación y la reparación está más consolidado durante la fase de instrucción que en la ejecución de la medida acordada por el juzgado de menores. De hecho, la información estadística del uso de ambas es menor que la que se dispone del fenómeno en la instrucción. En este sentido, es conveniente apostar por una mayor práctica de estas instituciones durante la ejecución de la medida como mecanismo de sustitución, modificación o finalización de la medida impuesta. Especialmente será aconsejable su impulso en los casos de violencia intrafamiliar adoptando las prevenciones que se han hecho referencia.

Siendo conscientes que en instituciones como la conciliación y la reparación las partes tienen un notable protagonismo como uno de los principios inherentes en justicia restaurativa. El profesional del equipo técnico adquiere una posición relevante en nuestro sistema de justicia juvenil ya que tiene encomendada la tarea de vislumbrar las capacidades de éxito del proceso en función de los perfiles del menor y de la víctima. Ello nos lleva a concluir que deben ser profesionales con una contrastada experiencia y formación. Siendo la formación un elemento de capital importancia.

La experiencia acumulada en el empleo de las instituciones como la conciliación y la reparación en el sistema de justicia juvenil, puede servir de ayuda a la futura consolidación de éstas en el sistema de adultos, como así ha ocurrido con instituciones como la libertad vigilada de

notable predicamento en el sistema de justicia juvenil y que finalmente ha sido trasladada al derecho penal.

7. Referencias bibliográficas

- BARONA VILAR S.; *La mediación algunas cuestiones de actualidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- BARONA VILAR, S., *Solución Extrajudicial de conflicto «Alternative dispute resolution» ADR y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- BUENO ARÚS, F. (Coord.), LEGAZ CERVANTES, F., PERIAGO MORANT, J.J., SALINAS IÑIGO, A.; *Comentarios al reglamento de la ley orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Murcia, Colección Estudios Jurídicos, 2008.
- CAMARA ARROYO, S., "Justicia Juvenil Restaurativa: Marco internacional y su desarrollo en América Latina", *Revista de Justicia Restaurativa*, núm. 1, 2011.
- CANO SOLER, M. A.; *La mediación penal*, Pamplona, Aranzadi, 2015.
- CERVELLÓ DONDERIS V., "Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico", *Revista Penal*, núm. 31, 2013.
- CERVELLÓ DONDERIS, V. "los principios penales como criterio regulador en la selección de delitos mediables" en V. DOMINGO (coord.) *Una mirada hacia la justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido*. Criminología y justicia, núm. 4, 2012.
- CERVELLÓ DONDERIS V.; *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- COLÁS TUREGANO, A. y CERVELLÓ DONDERIS, V., "Mediación y violencia de género en menores de edad. Un enfoque educativo", *Conferencia impartida en el seno de la IV Conferencia internacional del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil*, Bruselas, 2014. Texto disponible en: http://www.oijj.org/sites/default/files/oijjconf2014_cervello_colas.pdf.
- COLÁS TURÉGANO, A.; "Hacia una humanización de la justicia penal: la mediación en la justicia juvenil española. Principios y ámbito aplicativo en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores" en *Revista boliviana de derecho*, núm. 20, 2015.
- COLÁS TURÉGANO, A.; "Mediación juvenil: el equilibrio entre la reparación a la víctima y el interés superior del menor" en A. Montesinos (coord.), *Tratado de Mediación. Tomo II. Mediación Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- CUESTA MERINO, J. L., "La mediación penal en España: presente y perspectivas de futuro" I Congreso Iberoamericano de Mediación Policial, Castellón, 2014.
- CRUZ MÁRQUEZ, B., "La mediación en la ley orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: Conciliación y reparación del daño". *Revista Electrónica De Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005.
- DOLZ LAGO, M.J.; *Comentarios a la Legislación Penal de Menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

Monográfico: Mediación

- ESCORIHUELA GALLÉN, C.V.; *El Ministerio Fiscal y la Responsabilidad Penal de los Menores (Aplicación práctica del Principio de Oportunidad en la fase instructora)*, Tesis Doctoral, Castellón, Universitat Jaume I, 2016.
- EGEA TÉLLEZ, A.; “Mediación Penal en menores” en A. Montesinos (coord.), *Tratado de Mediación. Tomo II. Mediación Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- FERREIROS MARCOS, C. E.; *La mediación en el Derecho Penal de Menores*, Madrid, Dykinson, 2011.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO; “Circular 1/2010 Sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes”, Madrid, Fiscalía General del Estado. Ministerio de Justicia, 2010.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO; *Memoria año 2018*, Madrid, Fiscalía General del Estado. Ministerio de Justicia, 2018.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Presupuestos criminológicos y político criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores” *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm.15.
- GARCÍA-ROSTÁN GALVÍN G, *El proceso Penal de Menores*, Pamplona, Aranzadi, 2007.
- GIMENEZ-SALINAS E., “La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado”, *EGUZZILORE Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 10, 1996.
- GONZALEZ CUSSAC, J.L. y TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.); *Justicia Penal de Menores y Jóvenes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- GORDILLO SANTANA, L.F.; *La Justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Iustel, 2007.
- LARRAURI PIJOAN, E.; “Justicia reparadora y violencia doméstica” en *Mujeres y sistema penal*, Buenos Aires, B de F, 2008.
- MONTESINOS, A (coord.), *Tratado de Mediación. Tomo II. Mediación Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- ORNOSA FERNANDEZ, M.R.; *Derecho Penal de Menores*, Madrid, Bosch, 2007.
- PARDO IRANZO, V.; *La mediación. Algunas cuestiones de actualidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- PÉREZ SANZBERRO, G.; *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía?*, Granada, Comares, 1999.
- PERIAGO MORANT, J.J.; *La ejecución de la medida de internamiento de menores infractores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- RÍOS MARTÍN, J.C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A., SEGOVIA BERNABÉ, J.L.; *La mediación penal y penitenciaria*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2016.
- SAN MARTÍN LARRINOVA, M. B., “Mediación en el Justicia Penal de Menores”, *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, núm.121, 2007.
- TAMARIT SUMALLA, J. M. “La mediación reparadora en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”, en *Justicia Penal de Menores y Jóvenes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- TAMARIT SUMALLA, J. M. (coord.) *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada Comares, 2012.

Monográfico: Mediación

URBANO CASTRILLO, E., “La justicia restaurativa penal”, *LA LEY Penal*, núm. 73, 2010.

UMBREIT, M.S., COATES, R.B. y VOS, B. “Victim-Offender Mediation: Three Decades of Practice and Research”, *CONFLICT RESOLUTION QUARTERLY*, vol. núm.22, 2004.

VAZQUEZ GONZALEZ C.; *Derecho Penal Juvenil*, Madrid, Dykinson, 2006.

EL VETO A LA MEDIACIÓN PENAL EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Valeriano Pitarch Artola

RESUMEN: En la actualidad existe una alternativa a la vía punitiva para la resolución de conflictos en el ámbito judicial penal: la justicia restaurativa. El presente artículo trata de profundizar en la posibilidad de introducir la Mediación Penal en los delitos de violencia de género. Para ello, se aborda el estudio del bien jurídico protegido, efectuando un análisis de su regulación positiva, evolución legislativa e interpretación doctrinal; prestando una atención constante al contenido de la Ley, tanto en su vertiente material como formal. Asimismo, se ofrece una visión particular de los inconvenientes y ventajas del establecimiento de la mediación penal en este tipo de conflictos, y de los motivos que llevan al legislador a prohibirla expresamente.

PALABRAS CLAVE: justicia restaurativa, mediación penal, violencia de género, conflictos interpersonales, punitivismo, reformas penales.

ABSTRACT: Currently, there is an alternative to the punitive route for the resolution of conflicts in the criminal justice field: restorative justice. The present article tries to deepen in the possibility of introducing the Criminal Mediation in the crimes of gender violence. For this, the study of the protected legal good is approached, making an analysis of its positive regulation, legislative evolution and doctrinal interpretation; paying constant attention to the content of the Law, both in its material and formal aspects. It also offers a particular view of the disadvantages and advantages of establishing criminal mediation in this type of conflict, and the reasons that lead the legislator to expressly prohibit it.

KEYWORDS: restorative justice, criminal mediation, gender violence, interpersonal conflict, punitivism, criminal reforms.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2 Análisis sobre la prohibición del artículo 44.5 LO 1/2004.- 3. Pros y contras de la mediación en los delitos de violencia de género.- 4. Conclusiones.- Bibliografía.

1. Introducción

El concepto “violencia de género” da nombre a un grave problema, que incluso hace bien poco, formaba parte de la vida personal de las personas, sin despertar ningún tipo de interés social ni jurídico; era considerado un asunto de familia que no debía trascender de puertas para fuera y, por lo tanto, en el que no se debía intervenir. Considerar tal violencia como un asunto personal supedita a las mujeres a una situación de subordinación respecto del hombre, e implica asumir las relaciones de poder históricamente desiguales entre ambos y a través de las cuales se legitima al hombre a mantener una posición de dominación, incluso a través de la violencia.

Se trata de un concepto relativamente nuevo, y si bien, el origen y las características esenciales de este tipo de violencia ya se habían apuntado con anterioridad en dos resoluciones aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas,¹ podría decirse que no fue hasta la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en septiembre de 1995 en Beijing,² donde además de lograrse una asistencia sin precedentes, se acuñó una definición clara de lo que hoy conocemos por violencia de género. Íntimamente conectado a aquella, la Ley 11/2007, del 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género,³ recoge de forma más aproximada el concepto de lo que hoy en día entendemos por violencia de género, esto es, “cualquier acto violento o agresión, basados en una situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de dominación de los hombres sobre las mujeres que tenga o pueda tener como consecuencia un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas de tales actos y la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si ocurren en el ámbito público como en la vida familiar o personal.”⁴ Se trata, por tanto, de una violencia que afecta a las mujeres por el mero hecho de serlo. Constituye un atentado contra la integridad, la dignidad y la libertad de las mujeres, independientemente del ámbito en el que se produzca.

Previamente, teniendo en cuenta el rechazo que en los últimos años se había mostrado ante este tipo de violencia, en nuestro ordenamiento jurídico, esta lacra social recibió un tratamiento especial a través de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género⁵, haciéndose eco de las orientaciones y recomendaciones provenientes tanto de organismos internacionales, como de la propia Unión Europea.

Ya en la Exposición de Motivos de la citada Ley se señala que los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a los derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Asumiendo estas directrices, en el art. 1 de dicho cuerpo legal se contempla por primera vez en nuestro Derecho un concepto de violencia de género, indicando que por tal debe entenderse “toda violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre

1 Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, y la Declaración sobre eliminación de la violencia contra la mujer, Resolución 48/104, de 20 de diciembre de 1993.

2 Disponible: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>.

3 Publicado en DOG núm. 152, de 7 de agosto de 2007 y BOE núm. 226, de 20 de septiembre de 2007.

4 Artículo 1.2 de la Ley 11/2007, del 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género.

5 Publicado en BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

Monográfico: Mediación

las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quiénes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. Esta violencia comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.

Por su extraordinaria magnitud, la violencia de género requiere de respuestas multidisciplinarias, encaminadas hacia políticas sociales, no solo del Derecho Penal que por definición “llega tarde”, aunque también. Como sucede en general con cualquier transgresión que el orden penal sanciona, la necesidad de ofrecer una respuesta punitiva no es más que el fruto del fracaso del que tenía que haber sido el marco óptimo para evitar el nacimiento mismo del conflicto. En la vida, casi todo puede ser mejorable, y aunque no sería justo achacar el problema al Derecho penal o al mal funcionamiento de la justicia, por cuanto la última palabra en este tipo de violencia continúan teniéndola, desgraciadamente, los agresores, sí se considera interesante abrir la mente a una nueva alternativa a la resolución de conflictos como la que nos ofrece la Mediación Penal.

En este sentido, la Mediación Penal se podría entender como una alternativa a la resolución de conflictos que permite que las partes implicadas cobren mayor protagonismo, colaborando para alcanzar una solución al conflicto, basada en la reparación del daño, a través de la intervención de un tercero imparcial, que permita la restauración de la comunicación entre las partes implicadas en conflicto, con el objetivo de crear un acuerdo que se mantenga en el tiempo y satisfaga a ambas partes.

Se trata de un instrumento que, reconociendo que el crimen causa daños a las personas y a la sociedad, se encamina hacia la reparación del daño y la rehabilitación del infractor, atendiendo conjuntamente a las necesidades de las víctimas y de los agresores. El Estado, proveyendo de normas y órganos destinados a garantizar el control social, es el encargado de reparar esos daños, y las partes, de este modo, ya no son los auténticos marginados del proceso, sino que pueden participar de forma más directa en éste. Los afectados por el delito pasan a estar al frente de los procesos de toma de decisiones, tienen la oportunidad de participar en la resolución del conflicto que les afecta, y de ser escuchados.

En el ámbito concreto de la violencia de género, la naturaleza flexible de la mediación, hace posible atender a la vertiente persuasiva de la norma penal, sin desatender las necesidades e intereses de los protagonistas de cada caso de manera individualizada. La mediación penal favorece el empoderamiento y autonomía de la mujer, proporcionándole herramientas que le faculten para prevenir estados futuros análogos, al tiempo que hace frente a su situación actual. La mujer deja de ser mostrada como el ser dependiente e incapaz que subyace de la legislación vigente en violencia de género, para convertirse en un ser autónomo capaz de abordar y gestionar su propia realidad.⁶

Sin embargo, llama poderosamente la atención que en los delitos de violencia de género se prohíba tajantemente la mediación.⁷ A diferencia de la mediación familiar, cuyo éxito es

6 CASTILLEJO MANZANARES, R. ; CATALINA BENAVENTE, M.Á. (EDS.): *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, cit., p. 43.

7 Artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género: “En todos estos casos está vedada la mediación.”

Monográfico: Mediación

patente, en este caso, por el hecho de existir —independientemente de su gravedad— un episodio de violencia de género, para los afectados, directa e indirectamente por el conflicto, quedará la resolución en manos de un órgano “impersonal”, que desde la respuesta punitiva tratará de erradicar esta lacra social, sin tener en cuenta otras alternativas que podrían lograr unos fines más adecuados a los intereses de las partes del proceso.

Así, mediante el presente artículo se va a tratar de analizar la necesidad de eliminar la prohibición de la mediación penal como alternativa a la resolución de conflictos por la vía judicial. Realmente es una necesidad este método de resolución de conflictos en una institución de estas características ya que la familia debería representar para el individuo el ámbito de la seguridad y de la protección. Por ello, esta herramienta es útil para apaciguar los conflictos y enfrentarlos de una manera positiva, devolviendo a la mujer, en este caso, a una condición de igual de la que nunca debía haber sido degradada por razón de la imposición del rol de dominio machista por parte de su pareja.

Por todo ello, se hace del todo necesaria cierta humanización de la justicia, y este es el motivo por el que la mediación se considera ya el instrumento principal de la, nueva y necesaria, justicia restaurativa.

2. Análisis sobre la prohibición del artículo 44.5 LO 1/2004

Con anterioridad a que la mediación penal fuera expresamente admitida en el artículo 15 de la Ley Orgánica 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito⁸ la única referencia era, curiosamente, para excluirla.

Así, la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en su art. 44 adiciona un art. 87 *ter* a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial (LOPJ)⁹ que en el apartado 5 prohíbe expresamente la mediación “*en todos aquellos casos*” competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Sin embargo, en la Exposición de Motivos no se recoge explicación alguna sobre esta prohibición, que por otro lado, partiendo de la base de que se está vetando algo que como ya se ha indicado no está siquiera regulado, deberá entenderse ésta como una norma visionaria, anticipada a la más que probable instauración de la mediación, y la consecuente creación de nuevas normas procesales, cubriéndose con ese veto, y bajo el escudo protector de la Ley Orgánica, por tanto, la posibilidad que brinda la mediación como alternativa a la resolución de conflictos en este ámbito.

Llegados a este punto, hay diversas cuestiones que se antojan inevitables: ¿Qué motivos llevan al legislador a vetar la mediación? Tratándose la violencia de género de un fenómeno que excede del ámbito penal y teniendo en cuenta que en otras disciplinas sí existe un marco legal ¿será extensible tal prohibición a los procesos civiles conexos? ¿Abarcaría también la prohibición a las competencias de fiscales y jueces de menores cuando conocen sobre un delito de violencia de género cuyo responsable es un menor?

Para responder a la primera pregunta, debemos situarnos en un contexto en el cual la situación

⁸ Publicado en BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015.

⁹ Publicado en BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

Monográfico: Mediación

de la violencia de género es una cuestión de orden público y de máxima prioridad para las autoridades, tanto judiciales y policiales, como políticas; llevados hasta el extremo de limitar la autonomía de la voluntad de las mujeres víctimas de este tipo de violencia, a través de determinados preceptos jurídicos impregnados de esa consideración paternalista en virtud de la cual, las víctimas de esta tipología de delitos no están en condiciones de decidir por sí mismas, parten de una posición indubitada de desigualdad estructural entre las partes¹⁰ y, por lo tanto, es el Estado quien asume la capacidad de decidir por el bien de la víctima y para evitar, no sólo a ésta sino a la Sociedad en general, determinados daños y perjuicios.

Si entendemos por paternalismo jurídico aquella intervención coactiva por parte del Estado en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma, y en virtud de la cual se ejercita un determinado poder con el propósito de impedir que ese sujeto lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo y/o le supongan un incremento del riesgo de daño,¹¹ y dicho ejercicio de poder se justifica sobre la base de que tal acción evita daños importantes y es necesaria por cuanto el sujeto sobre el que se ejerce el poder no está en condiciones de cuidar de sus propios intereses.¹²

Se da la paradoja, por tanto, de reconocer y ampliar los derechos de las víctimas en el proceso penal, y por otro lado, limitar la capacidad de decisión de las mismas cuando éstas lo son de la violencia de género. Se ha llegado a afirmar que *“el legislador ha intentado potenciar la colaboración de la víctima de violencia de género a través de la adopción de medidas para mejorar la situación de ésta como partícipe necesario del proceso penal”*¹³. Por un lado, tratando de aminorar las consecuencias negativas que la participación en el propio proceso tiene para la víctima —la llamada victimización secundaria— [...]. Por otro, satisfaciendo una de las necesidades de estas víctimas tras el sufrimiento de la agresión violenta: la búsqueda de protección para su situación personal», pero en la práctica no podemos compartir la afirmación de que *“atención a la víctima y cumplimiento de los objetivos de política criminal se mezclan con la intención de dar un trato más favorable a las mujeres que han sufrido actos de violencia de género y devolverlas, en la medida de lo posible, a un papel central en el proceso penal.”*¹⁴ Lo cierto es que, sin cuestionar esa necesaria protección y seguridad de la víctima, a ésta no se le atribuye un papel central en el proceso penal, sino más bien de mero figurante: la víctima debe denunciar, y una vez hecho esto, ya se ocupa la maquinaria estatal de todo lo demás, sin atender a cuáles puedan ser los verdaderos deseos de la mujer, quien es considerada como un sujeto de capacidad limitada, incapaz de dilucidar lo que más le conviene, bajo la premisa de que no está en condiciones de decidir libremente y, por tanto, cuya voluntad debe considerarse jurídicamente irrelevante.

10 Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Violencia de género, igualdad y autonomía de la voluntad. Claves para entender la prohibición de mediar en el proceso penal por estos delitos” en *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor; 2012, p. 414

11 Cfr. GARZÓN VALDÉS, E.: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 5, 1988, pp. 155-173.

12 Cfr. Alemany, M.: “El concepto y la justificación del paternalismo jurídico”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, nº 28 (2005), pp. 265-303.

13 F. Baamonde, X.: “El proceso penal como elemento estratégico en la lucha contra la violencia de género”, *Justicia: revista de derecho procesal*, 3, 2009, pp. 151-192.

14 Ibid., p. 154.

Monográfico: Mediación

Por tanto, desde este punto de vista, en los supuestos donde existe violencia de género, está presente esa falta de seguridad y el peligro de causar nuevos perjuicios tanto materiales como morales, por existir un desequilibrio de poder o temor al otro, lo que no permite un espacio seguro para la discusión y resolución de las diferencias, faltando el clima de cooperación, situándose las víctimas en un plano de desigualdad y, por tanto, del respeto necesario para la mediación.

En cuanto a la siguiente cuestión, la ley no deja lugar a dudas, y en este mismo sentido se ha pronunciado en varias ocasiones la jurisprudencia.¹⁵ La citada exclusión, alcanzará tanto al ámbito civil como al penal, no pudiéndose llevar a cabo en ningún supuesto en el que haya violencia de género con independencia de si la naturaleza del conflicto es civil o penal, por su ubicación en un apartado distinto tras hacer referencia a la competencia en cada uno de estos órdenes.

Pretende de este modo dar una respuesta integral, inmediata y conjunta a las víctimas de la violencia de género mediante una acción coordinada entre los diferentes órdenes jurisdiccionales, evitando respuestas aisladas, debiendo ser abordada desde los diversos aspectos en los que incide esta problemática, pues sólo de este modo se conseguirán eliminar definitivamente las causas que lo originan.¹⁶

Por tanto, la adopción de vías alternativas como la justicia restaurativa en todos los asuntos civiles relacionados con el divorcio, separación, relaciones paterno filiales y otros semejantes, cuando alguna de las partes del proceso haya sido víctima de violencia de género supondría un perjuicio para la mujer, la cual aparecería como parte implicada en el conflicto y no como su víctima, al tener que asumir su cuota de culpa en aras de la salvación de la pareja y de la familia. Por tanto, se hacía necesario que la jurisdicción penal y civil mejoraran su respuesta y tratamiento conjunto ante los casos de violencia familiar, de tal manera que la víctima pudiera conseguir una adecuada protección ante ambas jurisdicciones, sin tiempos muertos o dilaciones que pudieran producir una disfunción en la respuesta judicial.¹⁷

Por ello, el Juzgado especializado tiene competencia en ambos órdenes, ésta es también la razón de que la orden de protección prevé medidas penales y civiles.¹⁸

Sin embargo, resulta paradójico que, a pesar de la prohibición fundamentada en una posición desigual de las partes en conflicto, sí se permitan ante los Juzgados de Violencia de género acuerdos consensuados mediante convenio regulador en los procesos matrimoniales conexos a la violencia de género, llevados a cabo por letrados cuya labor, a priori distante de las emociones y sentimientos de las partes, no se enmarca en un campo que sería más propio de un mediador.

15 Por todas, resulta especialmente clarificadora la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de enero de 2007 (JUR/2007/178637), en la que se discutían aspectos meramente civiles de un divorcio se establece que «no es posible proseguir el proceso de terapia conjunta que había sido aconsejada por los especialistas, ni tampoco iniciar el proceso de mediación familiar que recomienda la psicóloga que ha emitido el dictamen, puesto que el artículo 44.5 de la LO 1/2004 de medidas contra la violencia sobre la mujer, impide expresamente (artículo 87 ter LOPJ), la utilización de la mediación en estos casos».

16 GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J.; COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M.: *Legislación contra la violencia de género: normativa internacional, europea, estatal y autonómica de Andalucía para la protección integral de las víctimas de la violencia de género*, 1a. ed, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, prólogo.

17 GUTIERREZ ROMERO, F.M.: "Violencia de Género: Justicia y Práctica", *Diario La Ley*, 7073, 2008, p. 213.

18 BARONA VILAR, S.: *Mediación penal: fundamentos, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 63.

Monográfico: Mediación

Del mismo modo, resulta contradictorio que se prohíba la mediación pero sin embargo se fomenta normativamente en la legislación procesal criminal —Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)—¹⁹ la conformidad privilegiada dentro de los juicios rápidos (artículo 795.1.2ª.a y en el artículo 801 LECrim). De hecho, en términos procesales, unido a un acuerdo de mediación en el contexto de un proceso penal en trámite, éste tiene un perfecto encaje en el seno de una sentencia de conformidad, tanto ante el Juzgado de Instrucción —art. 779.1.5 LECrim— como ante los órganos enjuiciadores. En la conformidad, el acusado se aquieta con la más grave de las acusaciones, dando lugar a que, de haberse emitido el consentimiento de forma libre y consciente y de no estimar necesario el letrado defensor la continuación del juicio, el Juez o Tribunal, si estima legalmente correcta la calificación y procedente la pena, dicte sentencia asumiendo la propuesta de las partes. En la generalidad de los casos es el resultado de una negociación entre operadores jurídicos (Ministerio Fiscal y abogados), de la que habitualmente se encuentran marginados la víctima y el acusado.

En lo referente a la última de las cuestiones que se plantean, podemos descartar que la prohibición establecida en el artículo 87 ter párrafo 5 de la LOPJ afecte de manera directa a la mediación en la Jurisdicción de menores. La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM),²⁰ por su finalidad educadora/sancionadora y a fin de lograr una respuesta acorde al “*interés superior del menor*”, conjuga junto a la posibilidad del ejercicio del principio de oportunidad los institutos de la reparación y conciliación del menor con la víctima, construyendo así un escenario coherente con la aplicación del instituto de la mediación.²¹

Los artículos 19 y 27.3 regulan la posibilidad del sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación,²² que complementa el artículo 5 del Reglamento (Real Decreto 1774/2004)²³ canalizando dichas derivaciones al desarrollo de una mediación entre víctima y menor.²⁴ En este sentido, si la prohibición en los procesos penales por violencia de género, en el caso de adultos, se ve limitada por la “falta de capacidad de la víctima” para consensuar, ¿qué sucede en el escenario (normal en el que se darían estos supuestos) en los que la víctima es un menor de edad?

La LORPM no incluye ninguna previsión especial en materia de violencia sobre la mujer, ni puede considerarse afectada por la Ley Integral de Protección frente a la violencia de género.

19 Publicado en BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

20 Publicado en BOE núm. 11, de 13 de Enero de 2000.

21 DE URBANO CASTRILLO, E.; DE LA ROSA CORTINA, J.M.; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Comentarios a la Ley orgánica de responsabilidad penal del menor*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, p. 31.

22 Artículo 19: Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima. 1.- También podrá el Ministerio fiscal desistir de la incoación del expediente atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia e intimidación graves en la comisión de los hechos y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se hay comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en si informe. El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

23 Publicado en BOE núm. 209, de 30 de agosto de 2004.

24 Artículo 5: Modo de llevar a cabo las soluciones extrajudiciales. 1.-e) Si la víctima se mostrase conforme a participar en la mediación, el equipo técnico citará a ambos a un encuentro para concretar los acuerdos de conciliación o reparación.

Monográfico: Mediación

Además, la prohibición establecida en la LOPJ afecta directamente a las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Por ello en los casos en que la LORPM permite la mediación y conciliación, como fórmulas de derivación de la respuesta judicial podrían tener cabida perfectamente los supuestos de violencia de género causados por un menor. Recordemos que la LORPM sólo limita la utilización de estas instituciones en los casos de violencia o intimidación “graves” y a que el hecho constituya un delito menos grave o delito leve.

3. Pros y contras de la mediación en los delitos de violencia de género

A. Barreras legales y garantías procesales

Establecer un marco legal donde tenga encaje la mediación penal, y más concretamente en el ámbito de la violencia de género, se antoja, a priori, complicado, debido a los obstáculos que nos vamos a encontrar tanto de índole jurídica, como económica e incluso sociológica. Implicaría disponer de los medios, personales y materiales necesarios para hacer frente a la infraestructura administrativa que exige un servicio institucionalizado de mediación. Y también, supondrá informar y concienciar a la ciudadanía, y a los profesionales jurídicos de las pretendidas bondades que pueden seguirse de la implantación de un modelo tan ajeno a nuestra tradición jurídico-penal, y con unos principios radicalmente contrarios a aquellos en que descansa el modelo de Justicia restaurativa.

Como es sabido, el sistema de Justicia penal español se haya secularmente informado por el principio de legalidad y de oficialidad. Que esto sea así responde al entendimiento de que, por encima de cualquier interés particular, existe un interés público en la represión de determinadas conductas que, precisamente por resultar reprobables por el conjunto de la sociedad, se tipifican como ilícitas y resultan merecedoras de sanción (principio de legalidad penal). Es, por tanto, el interés público en no dejar sin respuesta determinadas conductas tipificadas como delitos, públicos o semipúblicos, o como faltas lo que justifica que el Estado asuma en exclusiva el *ius puniendi* y lo que impide a un tiempo predicar de los particulares cualquier derecho subjetivo a perseguir y castigar o a que se persigan y/o castiguen aquellas infracciones penales.²⁵

Coherentemente con la consideración del Derecho Penal como asunto de interés público, la aplicación de la mayor parte de esta parcela del Ordenamiento jurídico se reserva, también en exclusiva, al proceso. Sólo, por tanto, los Jueces y Magistrados integrantes de aquel orden de la jurisdicción (principio de exclusividad jurisdiccional) y sólo a través del proceso cabe satisfacer el interés público que subyace a la mayoría de normas penales (principio de legalidad o necesidad procesal penal).²⁶

La configuración del proceso penal como instrumento necesario para actuar el Derecho Penal explica, a su vez, que la voluntad de los sujetos afectados por el hecho delictivo no resulte de-

25 MONTERO AROCA, J.; MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial de la legislación contra la violencia de género”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género : la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*. Publicacions Universitat Jaume I, 2007, pp. 133-148

26 AGUILERA MORALES, M.: «La mediación penal: ¿quimera o realidad?», *REDUR* 9, diciembre 2011, pp. 127-146

Monográfico: Mediación

terminante respecto de su inicio y su tramitación, toda vez que, para los denominados órganos oficiales de la persecución penal, se impone la obligación de incoar o de instar la incoación del proceso penal ante la noticia de un hecho aparentemente delictivo y de no prescindir del proceso mientras exista materia criminis (principio de necesidad y de oficialidad).

De igual forma no podemos perder de vista que, si se depositan en la mediación las claves para la resolución del conflicto penal,²⁷ esto puede dar lugar a que cada acuerdo llegue a soluciones distintas, lo que provocaría que el principio de proporcionalidad se pusiera en entredicho, con el consecuente riesgo a dejar en manos privadas competencias exclusivas del Estado;²⁸ lo que ya se ha llamado como una peligrosa privatización del derecho penal.²⁹

A su vez, hay quien critica de manera reiterada que, si la solución del problema de la víctima pasa por colocar en un segundo plano la reacción represiva, se está desatendiendo a las víctimas futuras, y es por este mismo argumento por el que entiendo justificada la imposibilidad de tratar la mediación como una alternativa al proceso penal que impida la intervención punitiva.

Pero sin duda, uno de los mayores problemas a los que se enfrentaría la implantación de la mediación penal en nuestro sistema penal atañe a la presunción de inocencia. De un lado, a la posibilidad de que la sola decisión del infractor de someterse a mediación pueda, de fracasar ésta y no cristalizar en un acuerdo, llegar a tener trascendencia probatoria y ser valorada para fundar una sentencia de condena.

De otro, a la posibilidad de que el acuerdo resultante de la mediación comporte la asunción de determinados compromisos por parte del infractor y/o la imposición de una pena (más favorable en comparación con la que resultaría de no haberse alcanzado un acuerdo con la víctima), sin que se haya desarrollado actividad probatoria alguna que permita fundar un juicio de culpabilidad. Así sucedería, por ejemplo, si el acuerdo alcanzado quedará finalmente reflejado en un escrito de conformidad con el escrito de acusación o en un escrito de conformidad presentado conjuntamente por acusación y defensa.

En este sentido, aun carente del valor de prueba, el solo dato de acceder al procedimiento de mediación es circunstancia que no es neutra desde la perspectiva global de la valoración de la prueba (más, si ha precedido un reconocimiento total o parcial de los hechos por parte del infractor), como no lo es tampoco el reconocimiento de hechos por parte del imputado que, de facto, suele preceder a la mediación.³⁰

. La voluntad de someterse a la mediación puede, pues, tener trascendencia probatoria, lo que es muy distinto de afirmar que aquella voluntad baste por sí sola para fundar un juicio de culpabilidad, pues sólo en este último caso cabría entender violada la constitucional presunción de inocencia.

En cuanto a la posibilidad —en absoluto remota— de que el proceso penal concluya con una sentencia condenatoria tras una mediación penal y sin que preceda actividad probatoria

27 BARONA VILAR, S.: *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos, experiencia en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile*, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 123-124.

28 GORDILLO SANTANA, L.F.: *La justicia restaurativa y la mediación penal*, 1a ed, Iustel, Madrid, 2007, pp. 161,162.

29 MARTÍNEZ ARRIETA, M.: "La Mediación como tercera vía de respuesta a la infracción penal", *Familia: Revista de ciencias y orientación familiar*, 41, 2010, p. 73.

30 DEL MORAL GARCÍA, A. "La mediación en el proceso penal. Fundamentos, problemas, experiencias", *cit.*, pp. 64-66.

Monográfico: Mediación

alguna, no podemos por menos que reconocer que tal consecuencia difícilmente se concilia con la presunción de inocencia. Con todo, la incoherencia —lógica y constitucional— de admitir una sentencia condenatoria sin prueba de cargo lícita y suficiente no es defecto que quepa atribuir directa y exclusivamente a la mediación penal, sino más bien a otro tipo de negocios-jurídicos con el que aquella se relaciona como la conformidad.³¹

Otra de las amenazas que se cierne sobre la mediación penal afecta a un tiempo a determinadas garantías y derechos fundamentales de alcance procesal, como el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), y a una de las notas esenciales de la mediación: la voluntariedad.

B. Otros posibles obstáculos

Asimismo, según SALVADOR CONCEPCIÓN:³²

“tenemos que aludir al riesgo de que el proceso de mediación suponga una exposición para la víctima porque el autor aproveche el encuentro para reiterar su comportamiento ofensivo. Más en concreto, en los casos de violencia de género existe el peligro de que el autor trate en la mediación de mantener su control sobre la víctima. Esta es la razón por la que hay que plantearse la posibilidad de que la mediación sea una intromisión estatal traumatizante para la víctima, dada la exposición al victimario y la posible instrumentación que ésta pueda sentir al encontrarse obligada a someterse a la mediación”.

Por este motivo, una de las exigencias del proceso de mediación es que las partes estén en un plano igualitario y que ambas participen en el mismo en igualdad de condiciones,³³ y para ello soy de la opinión que ante determinados supuestos penales, más aún los de violencia de género, previamente a iniciarse la mediación, hay que garantizar la equidad de ambas partes, lo que en ocasiones conllevará, no lo dudo, la necesidad de una intervención psicológica previa que atienda a las partes y las prepare para ese proceso de mediación.

Idéntico peligro planea sobre la mediación penal, máxime si su regulación anuda al logro de un acuerdo entre infractor y víctima un desenlace procesal anticipado, se consolida la idea de potenciar la mediación derivando hacia ella un considerable número de asuntos. Se impone, pues, que el legislador ponga desde un principio los medios para evitarlo. De otro modo, la mediación perderá su razón de ser, su antropología, para convertirse en un disfraz de corte muy similar a las actuales conformidades;³⁴ incrementando así el riesgo de que la voluntad del infractor de someterse a la mediación resulte mediatizada no ya tanto por obtener los beneficios penológicos que se ligan a la reparación o conciliación con la víctima, cuanto por evitar la agravación punitiva que pudiera producirse de rechazar el infractor someterse a ella.

31 DE LA OLIVA SANTOS, A.: «Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad», en *Revista Derecho y Proceso*, nº 2 (2005-2006), p. 14.

32 SALVADOR CONCEPCIÓN, R.: “Beneficios y perjuicios del uso de la mediación en el ámbito pena”. *La Ley Penal*, nº 112, Sección Estudios, Enero-Febrero 2015, ed. La Ley, pp. 5-6.

33 El artículo 7 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, recoge de forma expresa que «En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas».

34 AGUILERA MORALES, M.: “La mediación penal: ¿quimera o realidad?”, *cit.* pp. 127-146.

Monográfico: Mediación

C. Razones para creer en la mediación: Una visión tridimensional del delito.

Podría afirmarse que en el Derecho Comparado se plantea con grandes expectativas la utilización de la mediación en el ámbito penal y así lo avalan las normas internacionales promoviendo la aplicación de la mediación penal a cualquier tipo de infracción penal.³⁵

Las ventajas más evidentes de la mediación, que es que ésta se desarrolla en un entorno humano, flexible y comunicativo, fuera de la rigidez formal del proceso judicial, con lo que es de entender que resultará menos intimidante y más receptiva a las necesidades individuales de las víctimas.³⁶ La mediación se presenta así como un mecanismo más abierto donde las partes se convierten en protagonistas³⁷, ya que la prioridad de este método son las necesidades humanas reales, por lo que se asegura la participación y la comunicación de los sentimientos.

La denominada justicia restaurativa, además de ser una herramienta celer y eficaz para la resolución de conflictos, se erige como la única institución donde tienen cabida los tres intereses involucrados en el delito, esto es, víctima, el victimario y el Estado, sin prescindir de las garantías propias del Derecho penal. Sin perder de vista al entorno familiar, víctimas también de la situación de violencia generada, y que de esta forma perciben a sus progenitores o familiares como socios concernidos en tomar decisiones venideras, evitando la incertidumbre sobre su futuro familiar.

Según RODRÍGUEZ LAÍN,³⁸ se trata de ofrecer una solución a tres bandas:

“en primer lugar, se garantiza el interés del Estado en reprimir, en su caso, la infracción criminal cometida. En segundo lugar, se da respuesta al conflicto concreto surgido con motivo de la comisión de la infracción criminal, a través del reconocimiento del hecho por parte del agresor y de la garantía del resarcimiento moral, y en su caso patrimonial, de la víctima. Pero, además, y esto es especialmente importante, puede darse respuesta al conflicto subyacente que hay detrás de la comisión de la concreta infracción criminal, aunque con las limitaciones obvias del objeto de la mediación; permitiendo al menos establecer como objetivo abrir la vía al diálogo como forma de solventar el conflicto subyacente”.

Por conflicto subyacente debe entenderse aquella relación subjetiva, precedente a la comisión del hecho punible por virtud de la cual, o en cuyo contexto, tiene su razón de ser la comisión del delito. Aunque cabe la posibilidad de que sea la comisión del delito lo que desencadene directamente el conflicto intersubjetivo con trascendencia en el ámbito de la violencia de género, detrás de una amenaza leve en el contexto de una discusión entre consortes habrá normalmente un contexto anterior de malas relaciones de pareja, que, a su vez, podrá tener una o varias causas; pero que sirve de elemento predisponente para la comisión del delito, que no en vano, es consecuencia de tal ambiente deteriorado. Abordar el hecho mismo de la agresión verbal no evitará que el ambiente enrarecido en el entorno de la pareja se mantenga

35 BARONA VILAR, S.: *La mediación penal para adultos*, cit. p. 82.

36 ESQUINAS VALVERDE, P.: *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género: la mediación entre la víctima y el agresor en el ámbito de la violencia de género: ¿una oportunidad o un desatino?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 26.

37 CASTILLEJO MANZANARES, R.; CATALINA BENAVENTE, M.Á. (eds.): *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, cit., p. 610.

38 RODRÍGUEZ LAÍN, J.L.: “Mediación penal y violencia de género.” *Diario La Ley*, Nº 7557, Sección doctrina, 28 de enero de 2011, Año XXXII, Ref. 36, ed. La Ley, p. 6.

Monográfico: Mediación

y pueda generar situaciones en las que el hecho criminal vuelva a repetirse, incluso acrecentado en su intensidad y potencialidad lesiva; sin embargo, adentrándonos en el conflicto subyacente, buscando sus causas y tratando de encontrar una solución, pase por la definitiva ruptura de la relación de pareja o por la reconciliación, daremos respuesta al delito y a ese problema de fondo del que trae causa.

Los conflictos familiares derivados de una situación de crisis o ruptura del matrimonio o pareja, así como las situaciones de tensión en el ámbito familiar que desembocan en la presentación de una denuncia penal, requiere una reflexión sobre su modo de intervención, garantizándose un mayor papel a los protagonistas (víctima/infractor), siendo la mediación penal un instrumento válido para rebajar las tensiones producidas y prevenir la reiteración de hechos violentos similares.

El proceso de mediación parte del ineludible presupuesto del reconocimiento del agresor de haber causado mal a la víctima. En un proceso penal convencional el reconocimiento del mal infligido es, como mucho, una de las posibles metas del sistema represivo; el cual parte de la imposición de la verdad judicial y de la sanción que ello conlleva, no del reconocimiento del hecho por parte del autor. Con la descriminalización del conflicto se evita el injusto rechazo del entorno personal y familiar tanto propio como del agresor, que suele presentar a éste, aun condenado, como una víctima del sistema; y a la víctima como alguien exagerado, sin piedad ni escrúpulos, capaz de llevar al calabozo o a la cárcel al marido por intereses propios.³⁹

Respecto a los derechos fundamentales del acusado, el mediador se convierte en un instrumento añadido de tutela —bajo la supervisión judicial— de la presunción de inocencia, ya que podrá concluir el trámite si detectare un imputado que no cometió el hecho o al que amparan buenas razones para enfrentar con éxito la pretensión acusatoria. A ello le obligan su profesionalidad y su compromiso moral. Su autonomía es una garantía a esos efectos.⁴⁰

En este sentido, la mediación en el ámbito penal no pretende una confrontación con los procedimientos judiciales formales ni con el marco de garantías que representan, sino que, partiendo del reconocimiento del derecho penal como derecho público, se propone contribuir a una justicia penal menos retributiva, que tenga más en cuenta a la víctima y al infractor y lo que para ellos representa el conflicto.⁴¹

Para posibilitar la no subordinación del procedimiento de mediación —que obedece a lógicas diferentes a las que gobiernan el juicio penal—, proteger la sinceridad del diálogo y las garantías de proceso debido, en concreto la igualdad de partes así como las derivadas del derecho de defensa,⁴² todo el contenido de las entrevistas y del diálogo será confidencial, sin que puedan aprovecharse para la prueba —ni trasladar su rendimiento al juicio— las afirmaciones y posiciones del imputado y del perjudicado. Los hechos expuestos, las informaciones obtenidas sobre el suceso y la personalidad de los intervinientes es objeto de una

39 cfr SÁEZ VALCÁRCEL, R.; ORTUÑO MUÑOZ, J.P.: España (eds.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 186.

40 ORTUÑO MUÑOZ, P.; SÁEZ VALCARCE, R.: *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, 1a ed, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007, p. 74.

41 cfr RÍOS MARTÍN, J.C.: “La mediación penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal”, *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, pp. 139-161.

42 ORTUÑO MUÑOZ, P. y otros (eds.): *Alternativas a la judicialización de los conflictos*, cit., p. 187.

Monográfico: Mediación

reserva absoluta. Con ese carácter privado se pretende preservar el espacio de la mediación como un lugar de encuentro y de diálogo, sin interferencias y permitir un libre intercambio entre las partes.

Por otro lado, las penas privativas de libertad y en concreto, la prisión, no puede ser la única respuesta a la infracción cometida, ni el derecho penal debe constituirse en la única fórmula de arreglo de los conflictos entre un hombre y una mujer ligados por relación matrimonial o análoga relación de afectividad. Por ello, el derecho penal debe tener como finalidad no sólo el castigo del delincuente, sino evitar futuras situaciones peores o más graves para las víctimas, debiendo actuar sobre la persona del maltratador a través de los planes de reeducación.

En el sistema tradicional el castigo refleja el deber de pagar a la sociedad por el daño generado, y la publicidad de este proceso alcanza fines meramente disuasorios, por lo que este modelo olvida la necesaria responsabilidad por la conducta infractora, el aprendizaje de actitudes de empatía, el esfuerzo por la reparación, y la atenuación de la que ya se conoce como la violencia institucional del modelo tradicional.

Cabe destacar en este sentido, además, que la instauración de la mediación reduciría considerablemente el riesgo de victimización secundaria, dado que la víctima no se siente responsable, ni culpable de la eventual sanción penal impuesta a su pareja, máxime cuando la pena principal por delito de violencia de género lleva aparejada la pena accesoria de alejamiento, con las consecuencias negativas que ello pudiera derivar para aquellas víctimas que deciden reconciliarse o restaurar la relación con el agresor, o incluso respecto a las relaciones con los hijos comunes.

Por consiguiente, la utilización de la mediación en el ámbito penal, nos permitiría plantearnos un derecho penal orientado a la resocialización y a la pacificación,⁴³ al facilitar una atención especial a las condiciones de la víctima, a los hechos, y a la significación jurídico penal de la condena para el autor.⁴⁴ Y, más concretamente en los casos de violencia de género permitirá una valoración de la víctima consiguiendo una igualdad y un equilibrio beneficioso no sólo para ella, sino para el resto del núcleo familiar que no se conseguiría fácilmente en un contexto de criminalización del conflicto.

4. Conclusiones

Una vez se ha profundizado en las ventajas e inconvenientes que ofrece la mediación como método de resolución de conflictos, admito que debería ser aceptada en el ámbito de los delitos de violencia de género siempre y cuando la misma se rija por sus principios inspiradores, esto es, voluntariedad, libre disposición y plena igualdad de las partes, que actuarán entre sí conforme a la lealtad, buena fe, y respeto mutuo. Y todo ello, con base en la premisa de que el derecho penal puede dar cabida a respuestas diferentes de la estrictamente punitiva sin perder por ello su función esencial.⁴⁵

43 GORDILLO SANTANA, L.F.: *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*, cit., p. 70

44 BARONA VILAR, S.: *La mediación penal para adultos*, cit., p. 21.

45 Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: "Sobre la mediación y la conciliación en el sistema penal español: situación y perspectiva de futuro", en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, 2011, pp. 501-528, ed. La Ley. Grupo Wolters Kluwer, 2011, p. 508.

Monográfico: Mediación

No obstante, según BONET NAVARRO:⁴⁶ “no es el proceso el que tiene que llevarse a la altura de la mediación para beneficiarse de su utilidad, sino que es la mediación la que tiene que ponerse a la altura del primero”; lo que quiere decir que hay que dotar a la mediación de un mayor control institucional. Para ello habría de regularse de manera escrupulosa su forma de intervención en el proceso penal porque de lo que se trata es de integrar soluciones en el derecho penal y no de actuar a espaldas de él,⁴⁷ y ni mucho menos desvirtuarlo.

Del mismo modo, la eficacia de la mediación no debería limitarse a determinados tipos de delitos, elegidos con criterio cualitativo, o cuantitativo con base a la pena que lleven aparejada, sino que considero que resultaría mejor utilizar un criterio más subjetivo según características específicas de cada proceso en concreto. Porque ello conduciría a privar a las víctimas en determinados casos de las ventajas propias del proceso de mediación.⁴⁸

Por tanto, la mediación no puede ser planteada con la fórmula simplista que la concibe como un modo de reducir la carga de los tribunales, o como método de ahorro de tiempo en la gestión o resolución de los conflictos.⁴⁹ Muy al contrario, la mediación tendría que proveerse de un equipo multidisciplinar, con presencia obviamente de atención psicosocial,⁵⁰ y garantizándose también la equidad en un servicio que, entre otras cosas, debería de ser heterogéneo, esto es, masculino y femenino.

Se trata de combinar mediación y proceso,⁵¹ concebir la mediación dentro del sistema penal, y por ello es cierto que la mediación no puede ser utilizada como una forma de evitación del proceso, sino más bien como una consecuencia de éste.

De esta forma, la mediación debería articularse en la ejecución de la condena, ya que mediación no debe ser sinónimo de pérdida de intervención punitiva, sino que de lo que se trata es de dar a la mediación la posibilidad de encajar en el proceso penal respetando todas las garantías que esta vía asegura para la víctima y el victimario. El enjuiciamiento de un delito penal requiere de la intervención punitiva del Estado por la obligación de éste de responder penalmente ante los delitos,⁵² y es por ello que sería adecuado que sea el propio Tribunal el que proponga la derivación a la mediación, por la fuerza y el rigor que va a conllevar esta intervención de la autoridad judicial.

Según GONZÁLEZ CANO,⁵³ “la mediación no se puede entender como un sistema donde los delincuentes se sustraigan a la justicia penal, ya que deberíamos analizar que condicionar el sobreseimiento al sometimiento de las reglas de comportamiento impuestas en la mediación podría provocar la debilitación de la justicia penal, lo que no dejaría de tener su efecto en la

46 Cfr. BONET NAVARRO, Á. (ED.): *Proceso civil y mediación: su análisis en la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Ed, Aranzadi Navarra, 2013, p. 80.

47 CFR. GONZÁLEZ CANO, M.I.: “La mediación penal en España”, en *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos: (experiencia en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*, 2009, ISBN 978-84-9876-672-1, págs. 19-52, Tirant lo Blanch, 2009, p. 23.

48 BARONA VILAR, S.: *La mediación penal para adultos*, cit., p. 210.

49 BONET NAVARRO, Á. (ED.), *Proceso civil y mediación*, cit., p. 79.

50 CASTILLEJO. MANZANARES, R. y otros: “Mediación en violencia de género”, cit., p. 44.

51 ESQUINAS VALVERDE, P.: *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, cit., p. 108.

52 QUINTERO. OLIVARES, G.: “Sobre la mediación y la conciliación en el sistema penal español”, cit., p. 507.

53 GONZÁLEZ. CANO, M.I.: “La mediación penal en España”, cit., p. 45.

Monográfico: Mediación

pérdida evidente de la, también necesaria, función disuasoria de la pena". Reforzándose de este modo, el argumento de que el lugar de la mediación en el proceso penal debería estar en la fase de ejecución de condena.

Y es que en definitiva, estoy de acuerdo con la falta de disponibilidad de las partes en el proceso penal,⁵⁴ ya que no debe de existir autotutela ante este tipo de asuntos penales y es imprescindible la intervención punitiva de manera íntegra. Asimismo, y en lo referente ahora a la violencia de género, debemos resaltar que al igual que con otros delitos, ha costado años de esfuerzo conseguir que la violencia ejercida en la esfera privada se contemple como una conducta con relevancia penal, es decir, como un delito de carácter público, y no podemos dejar que la intervención de la mediación como una alternativa al proceso penal mengue la eficacia que supone que se siga considerando la violencia de género y la doméstica, como una infracción merecedora de sanción penal con todo el reproche que conlleva su persecución penal.

De alguna manera me planteo si el uso de la mediación incidiría de forma más oportuna en un sistema de prevención especial que parta del tratamiento del autor, y de la perspectiva correctora de su conducta; respondiendo mejor también al dictado que reproducíamos y que estableció la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, y que llamaba la atención acerca de la necesidad de rehabilitación de los agresores.

El propio Preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles,⁵⁵ en su apartado I, valora la mediación por su «capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes», así, ¿por qué estos supuestos de violencia no pueden ser merecedores de esta fructífera técnica de resolución de conflictos entre las partes?

Y en este sentido, considero como alternativa válida y conveniente dentro de la mediación, el modelo de mediación transformativa cuyos resultados serán más productivos sobre la víctima y, sobretodo, sobre el victimario. De forma que el modelo transformativo, analizado por autores como GORDILLO SANTANA,⁵⁶ incide sobre el aprendizaje de las personas, *“siendo un instrumento de pacificación para el que lo fundamental no es el pacto alcanzado sino posibilitar el cambio de los participantes ya que lo que busca es propiciar un cambio social más humanizador y para que así las personas implicadas en la disputa entiendan que el fin de la mediación es solventar sus diferencias de modo permanente, priorizando el objeto resocializador y pacificador que ha de perseguir, atendiendo más profundamente a los hechos acontecidos, a su origen y sus consecuencias, y a las circunstancias y condiciones de los sujetos del delito”*.

Si los hombres maltratan por creencias, por estereotipos, por valores patriarcales pueden cambiar porque estos valores son aprendidos, son ideas que les han transmitido y que muchas de las veces no tienen conciencia de que las han adquirido, imita ciertos patrones adquiridos. Son también víctimas de un pasado en una unidad familiar carente de valores sólidos. Y estos valores, como aprendidos que son, también se pueden resocializar, y no permitir que queden

54 MONTERO AROCA, J.: *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, 1a. ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 15.

55 Publicado en BOE nº 162, de 7 de julio.

56 GORDILLO SANTANA, L.F.: *La justicia restaurativa y la mediación penal*, 1a ed, Iustel, Madrid, 2007, p. 182.

Monográfico: Mediación

como único culpable, no ahondando en las razones que le condujeron a cometer el ilícito, observando solo el resultado y no los motivos que causaron su realización.

En definitiva, esto es lo que se conoce en mediación como la técnica del reconocimiento y que se refiere a la capacidad de comprender al otro, lo que podemos describir como que cada parte reinterprete su propia conducta a la luz de esa nueva perspectiva, que renuncie al propio punto de vista, y con esto admita expresamente una interpretación distinta del conflicto a la que llegue según ese reconocimiento de la percepción del problema que pudiera tener la otra, lo que hará que se logre valorar y apreciar de manera empática a la otra parte hasta una transformación conjunta. Dicho de otro modo esta técnica requerirá la búsqueda de puntos comunes entre las partes para a partir de ahí, construir las bases del acuerdo, donde se respete la verdad vista desde los ojos de la otra parte tanto como la nuestra propia.

De cualquier forma, valgan estas líneas para plantear un punto de necesaria reflexión acerca de las posibilidades y beneficios que podría tener la intervención de la mediación en un ámbito como es el penal, y dentro del mismo, en el enjuiciamiento de casos de violencia de género de escasa relevancia; ya que si de lo que se trata es de expandir una cultura conciliadora en la que no tenga cabida ninguna forma violenta, ni sometimiento o poder de ninguna persona hacia nadie a quien discrimine y minusvalore, ¿por qué no confiar en la mediación para impulsar la toma de conciencia de las partes hacia este extremo y la posible consecución de un compromiso de corrección y superación de estos problemas?

“La mejor victoria es aquella en la que ganan todos”, Salomón.

Bibliografía

- AGUILERA MORALES, M.: “La mediación penal: ¿quimera o realidad?”, ed. REDUR, Madrid, 2011
- ALEMANY, M.: “El concepto y la justificación del paternalismo jurídico”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 28 (2005), 2016.
- BAAMONDE, X. F.: “El proceso penal como elemento estratégico en la lucha contra la violencia de género”, *Justicia: revista de derecho procesal*, 3, 2009.
- BARONA VILAR, S. (ed.): *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos: (experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- BARONA VILAR, S.: *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- BONET NAVARRO, Á. (ed.): *Proceso civil y mediación: su análisis en la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, ed. Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- CASTILLEJO MANZANARES, R.; CATALINA BENAVENTE, M. Á. (eds.): *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

Monográfico: Mediación

- CASTILLEJO MANZANARES, R.; TORRADO TARRÍO, C.; ALONSO SALGADO, C.: "Mediación en violencia de género", *Revista de mediación*, 7, 2011.
- DEL MORAL GARCÍA, A.: "Aspectos penales de la violencia doméstica: la actuación del ministerio fiscal", en Encuentros Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.: "Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad", en *Revista Derecho y Proceso*, 2 (2005-2006).
- ESQUINAS VALVERDE, P.: *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género: la mediación entre la víctima y el agresor en el ámbito de la violencia de género: ¿una oportunidad o un desatino?*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J.; COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M.: *Legislación contra la violencia de género: normativa internacional, europea, estatal y autonómica de Andalucía para la protección integral de las víctimas de la violencia de género*, 1a. ed, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.
- GARZÓN VALDÉS, E.: "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, 1988.
- GONZÁLEZ CANO, M. I.: "La mediación penal en España", en *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos : (experiencia en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GORDILLO SANTANA, L. F.: *La justicia restaurativa y la mediación penal*, ed. Iustel, Madrid, 2007.
- GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: "Violencia de Género: Justicia y Práctica", *Diario La Ley*, 7073, 2008.
- MARTÍNEZ ARRIETA, A.: "La Mediación como tercera vía de respuesta a la infracción penal", *Familia: Revista de ciencias y orientación familiar*, 41, 2010.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E.: "Violencia de género, igualdad y autonomía de la voluntad. Claves para entender la prohibición de mediar en el proceso penal por estos delitos" en *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012
- MONTERO AROCA, J.: *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- MONTERO AROCA, J.; MARTÍNEZ GARCÍA, E.: "Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial de la legislación contra la violencia de género", *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género : la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*. Publicacions Universitat Jaume I, 2007.
- QUINTERO OLIVARES, G.: "Sobre la mediación y la conciliación en el sistema penal español: situación y perspectiva de futuro", en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.
- RÍOS MARTÍN, J. C.: "La mediación penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal", *Alternativas a la judicialización de los conflictos : la mediación*, ed. Consejo General del poder judicial, Madrid, 2007.

Monográfico: Mediación

RODRÍGUEZ LAÍN, J.L.: “Mediación penal y violencia de género”. Diario La Ley, 7557, Sección doctrina, 28 de Enero de 2011, Año XXXII, ed. La Ley.

SÁEZ VALCÁRCEL, R.; ORTUÑO MUÑOZ, J. P.: ESPAÑA (eds.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

SALVADOR CONCEPCIÓN, R.: “Beneficios y perjuicios del uso de la mediación en el ámbito pena. La Ley Penal”, 112, Sección Estudios, Enero-Febrero 2015, ed. La Ley.

URBANO CASTRILLO, E. DE; ROSA CORTINA, J. M. DE LA; MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Comentarios a la Ley orgánica de responsabilidad penal del menor*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.

EL INTERNADO ESCUELA DURRUTI: FUTURO ALUMNADO DEL INSTITUTO OBRERO DE VALENCIA

Víctor Benavides Escrivà

RESUMEN: El Internado Escuela Durruti (1937-1939) fue una iniciativa de la Confederación Nacional del Trabajo, Sección-Defensa, Subsección-Escuelas, que tenía como objetivo capacitar a jóvenes libertarios de ambos sexos para ingresar en el Instituto Obrero de Valencia. La Confederación pensaba que la mejor arma del progreso era la cultura. Los exalumnos: Carmen Bernal Pedro, Agustín Quiles Mantas, Ángeles Espí Silvestre y Francisco Ramírez Izquierdo, entre otros, fueron protagonistas de ese proyecto educativo diseñado durante la Guerra Civil. Por medio de sus palabras nos introducimos en el tiempo de su juventud, cargado de ilusiones por el inicio de un mundo nuevo a través de la educación.

PALABRAS CLAVE: historia de la educación, escuela y guerra, educación libertaria, educación de adultos, Instituto Obrero.

ABSTRACT: The Boarding School Durruti (1937-1939) was an initiative of the National Confederation of Labor, Defense Section, Subsection Schools, to train young people of both sexes libertarians and prepare them to join the Valencia's Institute of Workers. The Confederation thought it was the best weapon of the progress of culture. Ex-Students: Carmen Bernal Pedro, Agustín Quiles Mantas, Ángeles Espí Silvestre and Francisco Ramírez Izquierdo, among others, were protagonists of this educational project designed during the Civil War. Through his words we enter the time of his youth, full of hopes for the beginning of a new world through education.

KEYWORDS: History of education, school and war, libertarian education, adult education, Institute of Workers.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. La preocupación por la educación de los jóvenes libertarios.- 3. El Internado Escuela Durruti de la CNT.- 4. El alumnado del Internado Durruti.- 5. Docentes y colaboradores.- 6. Conclusiones.- Bibliografía.

1. Introducción

La acción educativa del movimiento ácrata en Valencia, durante la Guerra Civil Española, ha sido tratada por especialistas como el profesor Javier Navarro, que en año 2012 prologó el libro *Cultura para todos. El movimiento libertario y la educación, 1936-1939*.¹ En él escribe: “Cuesta imaginar que en ese momento hubiera energía, tiempo y moral para acometer iniciativas culturales”.² Entre las propuestas culturales y educativas que se desarrollaron en Valencia, es destacable la labor realizada en el Internado Escuela Durruti para formar a cuadros libertarios de ambos sexos con el objetivo de que aprobaran los exámenes para ingresar en las Escuelas de Guerra o en el Instituto Obrero de Valencia (en adelante IOV). Nos centraremos en esta experiencia poco conocida por la historia de la educación.

El Internado Escuela Durruti fue un proyecto de la Confederación Nacional del Trabajo (CNT) Sección-Defensa, Subsección-Escuelas. Embrionariamente nace el año 1937 y concluyó con el final de la Guerra Civil Española. La investigación parte de la historia oral y de fuentes primarias documentales, ante la escasez de bibliografía concreta de esta experiencia. Por tanto, se ha podido redactar este texto gracias a la contrastación de las palabras del alumnado que lo protagonizó.

En el número uno de la revista *Orientaciones. Órgano de la Federación Regional de Sindicatos de la Enseñanza del Centro*, de la CNT, editada en Madrid, leemos: “para hacer la Revolución constructiva antes hay que hacer una Revolución cultural”. La CNT necesitaba generar más personalidad y protagonismo del Movimiento Libertario en las funciones organizativas del Gobierno; además de las aspiraciones económicas y morales anarquistas, pretendían conseguir su incorporación en las tareas administrativas de los organismos públicos del Estado, y esto pasaba por llenar las escuelas de libertarios. El mejor camino para ello era que su juventud ingresara en aulas de los Institutos Obreros. En la editorial de la misma revista se apuntaba que “los hombres de la Confederación no solo tienen la misión concreta de acabar con el fascismo, firmes en primera línea de fuego, sino esta obra específica de estructurar la Revolución”.³

Ingresar en el IOV suponía asegurarse personas afines al anarquismo en los cuadros profesionales, políticos, intelectuales, artísticos y científicos. Recordemos que los Institutos para Obreros fueron un ensayo pedagógico —regulado por Decreto 21 de noviembre de 1936— encaminado a formar a los y las mejores estudiantes declarados antifascistas, mayores de quince años, con capacidad de asumir un bachiller abreviado e intensivo en cuatro semestres.⁴ Para ello, jóvenes de ambos sexos tenían que demostrar sus aptitudes y afrontar dos años de esfuerzo intelectual “hasta conseguir el título de Bachiller con plena validez académica”.

1 NAVARRO NAVARRO, F. J., en ESCRIVÀ MOSCARDÓ, C. i MAESTRE MARÍN, R., *Cultura para todos. El movimiento libertario y la educación, 1936-1939*, Valencia, L'Eixam, 2012.

2 Ibid. p.10.

3 “Mañana hablaremos de cultura...”, *Orientaciones. Órgano de la Federación Regional de Sindicatos de la Enseñanza del Centro*, CNT-AIT, núm. 1, 13 febrero 1937, p. 1.

4 Escrivà Moscardó, C., “Estudiar en guerra, 1936-1939. El Instituto Obrero de Valencia, IOV”, en M. AZNAR SOLER; J. L. Barona; J. Navarro (eds.), *València, capital cultural de la República, 1936-1937*. Congrés internacional, València, PUV, 2008, p. 567.

Artículos

mica”.⁵ Sus directrices iban dirigidas a la igualdad de género, con enseñanza laica, científica y activa, abonando a los estudiantes una indemnización económica como aportación a los gastos familiares, en régimen de internado y mediopensionista para profesores y alumnado mixto. Se abrieron institutos obreros, por este orden, en Valencia, Sabadell, Barcelona y Madrid. El IOV, primero en inaugurarse y el que más tiempo estuvo en activo —por el desenlace de la guerra—, se benefició del plantel de docentes que se trasladaron allí tras el asedio a la capital de España. Su misión oficial, como recordaban constantemente los órganos de propaganda, fue la de formar a los dirigentes de la nueva sociedad, profesionales de la medicina, matemáticas, farmacia, literatura, etc., surgidos del pueblo:

“Hacia la construcción de un futuro necesario de ciudadanos nuevos cuya formación, además de adentrarse en el terreno del crecimiento personal, se dirigiera igualmente al desarrollo colectivo, a la construcción del porvenir de una sociedad que se quería nueva, distinta a aquella contra la que se luchaba en esa guerra incivil”.⁶

Estos Institutos fueron para todos los sindicatos, organizaciones y partidos políticos, el puente para que sus afiliados accedieran a la cultura necesaria para construir el nuevo país que imaginaban.

2. La preocupación por la educación de los jóvenes libertarios

La cultura fue un objetivo perseguido por las clases trabajadoras, que obtuvieron con la Constitución republicana de 1931 unas leyes que auguraban un futuro mejor para los hijos e hijas del pueblo. “La bienvenida de la República en 1931 fue también una salutación a lo que se creyó que traería el futuro, sobre todo el cambio de una situación de súbito por otra de ciudadano”.⁷

El golpe de Estado que inició la guerra en julio de 1936 fue el inicio de la Revolución Libertaria y con ella la transformación educativa con mirada hacia la capacitación de la clase trabajadora. Se fomentaron los ateneos,⁸ las bibliotecas, las escuelas racionalistas, la constitución de colonias en régimen colectivo de niños y niñas evacuados de los frentes de guerra,⁹ y la culminación educativa que se organizó en Madrid, a través del Consejo Local de Cultura, con la constitución de un Bachillerato Confederal.¹⁰

5 Escrivà Moscardó, C. *Los Institutos para obreros. Un hermoso sueño republicano*, Valencia, L’Eixam, 2008, p. 31.

6 Fernández Soria, J. M., “Profesores, escolares y textos en el Instituto para Obreros de Valencia”, en M. AZNAR SOLER; J. L. Barona; J. Navarro (eds.), *València, capital cultural de la República, 1936-1937*. Congreso internacional, València, PUV, 2008, p. 487.

7 Ibid, p. 484.

8 Navarro Navarro, F. J., *Ateneos y grupos ácratas. Vida y actividad cultural de las asociaciones anarquistas valencianas durante la Segunda República y la Guerra Civil*, Valencia, Generalitat, 2002.

9 Escrivà Moscardó, C. i Maestre Marín, R., *Cultura para todos. El movimiento libertario y la educación, 1936-1939*, Valencia, L’Eixam, 2012, pp. 183-201.

10 Fernández Soria, J. M., *Educación y cultura en la Guerra Civil. España 1936-1939*, Valencia, Nau llibres, 1984, p. 102.

Artículos

Anarquistas y anarcosindicalistas apostaron “por un modelo de escuela racionalista, laica y coeducadora”,¹¹ como principio de libertad y justicia. Una doctrina, como apunta el profesor Juan Manuel Fernández Soria, “libre de la funesta influencia de una pedagogía dogmática”¹² y que, en las circunstancias que se vivían, tenía que ser facilitada de una forma rápida para aquellos jóvenes que ya habían pasado la edad escolar, que eran el presente y serían el futuro. “Por eso, el único afán de la juventud debe de ser: estudiar, capacitarse profesionalmente y socialmente, para dar un cauce sensato a la nueva sociedad que nace”.¹³

Existen voces críticas que apuntan que esta educación iba dirigida a formar iconoclastas, pero no hemos encontrado en los testimonios consultados esta creencia. Al contrario, en las entrevistas conservadas, el alumnado del Durruti está orgulloso de recibir una educación científica y neutra, alejada de la escuela anterior a la Segunda República. Pese a ello, sabemos que los textos que trabajaban y las lecturas, estaban politizadas en muchos casos, como veremos más adelante. En el caso del IOV sí que localizamos pruebas del peso de los partidos políticos, especialmente el PCE, que hizo que cesaran al comisario-director por no querer censurar unos carteles del POUM.

Durante la guerra, la juventud ácrata necesitaba, además de instrumentos formativos, sindicales: “Somos partidarios de que la capacitación de la juventud, como materia pensante y creadora, ha de pulimentarse en el seno de las Juventudes y robustecerse en los Sindicatos”.¹⁴ En el artículo “Triple revolución” se explican las líneas a seguir para conseguir ese objetivo, reclamando el protagonismo de los libertarios:

“Debemos hacer la revolución cultural, dar rienda suelta a nuestros cerebros, desembotar nuestras inteligencias, renovar las ciudades, fertilizar los campos y construir un mundo nuevo [...]. Las inteligencias claras, hijas nacidas de las entrañas del pueblo, estaban obscurecidas y condenadas a la miseria por carecer de recursos económicos y medios para desenvolverse [...]. No ha habido selección de los mejores. Ha habido imposición del dinero. Pero no ordenaremos la nueva vida social y económica sino realizamos la revolución cultural”.¹⁵

Por tanto, bajo la perspectiva de ese tiempo, era el momento de forzar el rumbo hacia un cambio estructural de la sociedad a través de la educación. Los jóvenes anarquistas que reclamaban su formación asumieron el reto de convertirse en dirigentes y el alumnado del Internado Durruti fomentó esa creencia:

“Una vez capacitados revolucionariamente sabremos pedir la cultura que ha de convenir a la próxima sociedad española, no consentiremos que a los futuros

11 Navarro Navarro, F. J., *A la revolución por la cultura. Prácticas culturales y sociabilidad libertarias en el PV, 1931-1939*, Valencia, PUV, 2004, p. 102.

12 Fernández Soria, J. M., *Educación y cultura en la Guerra Civil. España 1936-1939*, Valencia, Nau llibres, 1984, p.102.

13 “La juventud, forjadora de una nueva sociedad”, *Revolución. Semanario de la Federación Local de Juventudes Libertarias de Madrid*, núm.16, 21 de julio de 1937, p. 2.

14 Busto Hoyos, R., “Capacidad constructiva de la juventud”, *Revolución. Semanario de la Federación Local de Juventudes Libertarias de Madrid*, núm. 15, 14 de julio de 1937, p. 2.

15 A., P., “Triple revolución”, *Orientaciones. Órgano de la Federación Regional de Sindicatos de la Enseñanza del Centro, CNT-AIT*, núm.1, 13 de febrero de 1937, p. 1.

Artículos

productores se les encaucen por principios sectarios, porque con ello haríamos un gran daño, no solo a nuestras ideas, sino que clavaríamos un dardo envenenado en nuestra generación. La cultura que nosotros exigimos, basada en el más puro racionalismo, [...] la haremos llegar hasta los Institutos, hasta las universidades. [...] jamás hemos concebido que el auténtico valor científico pueda materializarse hasta el extremo de que, como ocurría en la sociedad capitalista, un sabio llegara a serlo por el estímulo de la vida confortable [...]”.¹⁶

Ese deseo era el objetivo utópico que se planteaban, y para muchos de esos jóvenes las clases que el Internado Durruti ofrecía eran las puertas para lograrlo, primero capacitándose para conseguir entrar en el IOV y después en las universidades. Aprovecharon el proyecto diseñado desde el Ministerio de Instrucción Pública del Frente Popular, con el ministro comunista Jesús Hernández Tomás al frente, y cuando el ministerio pasó a manos del anarcosindicalista Segundo Blanco González, desde abril de 1938, obtuvieron más respaldo institucional.

3. El Internado Escuela Durruti de la CNT

Como ya hemos dicho, el Durruti fue un centro educativo para facilitar el ingreso en las Escuelas Militares y en el IOV. Un ejemplo parecido lo tenemos en el Internado Escuela de Guerra de Sarriá que organizó la CNT en Barcelona, donde también se ofreció la preparación para acceder al Instituto Obrero de la Ciudad Condal. Cabe señalar un dato: la única mujer que consiguió ingresar y que aprobó fue Adoración Sánchez Sánchez.¹⁷

La idea de la organización del Intentado Durruti se remonta a finales de 1936, cuando el Comité Nacional residía en Valencia. Así lo narró Macario Royo Lisbona,¹⁸ cuando contaba con 92 años:

“Cuando yo estaba en Valencia en el Comité Nacional, debido a que en el ambiente de la CNT eran contrarios a ser jefes, ni comisarios, en el primer curso que hubo en el comisariado de voluntarios se llamó también a la CNT y al llegar el examen no aprobaron a ninguno y justamente en ese momento —que yo era encargado de la Sección Defensa— y con un profesor que era también de la CNT, me dijo: Mira, parece que han querido burlarse de eso de ser comisarios. Han mandado hasta analfabetos. Eso nos hizo crear un internado. Como a Durruti le mataron el 20 de noviembre del 36, y eso ya fue después de su muerte, pues se llamó Internado Durruti. Y, al mismo tiempo, el gobierno hizo un decreto para estudiar el bachillerato abreviado en dos años [...], al crear el Internado Durruti y al ser aprobados por los profesores propios, pues también eran aprobados tanto para comisarios como para tenientes en campaña, que también se hacían las dos cosas, y lo mismo para el bachillerato. Si no consiguieron —el bachillerato—

16 Jiménez Cano, F., “Las Juventudes lo esperan todo de la Revolución”, *Revolución. Semanario de la Federación Local de Juventudes Libertarias de Madrid*, núm. 4, 28 de abril de 1937, p. 11.

17 Escrivà Moscardó, C. i Maestre Marín, R., *Cultura para todos. El movimiento libertario y la educación, 1936-1939*, Valencia, L’Eixam, 2012, p. 205.

18 Macario Royo Lisbona, anarquista aragonés. Impulsor de las ideas libertarias en Mas de las Matas (Teruel), donde en 1933 promovió la implantación del comunismo libertario.

Artículos

fue por la guerra que fue mal, pero sí les valió como a ese del Ciprés¹⁹ que luego estaba aquí en una empresa de las principales [...]”.²⁰

En el año 1937 se inicia la actividad en el Durruti dirigida a la formación para el ingreso en las academias de guerra. La primera información documental a la que hemos tenido acceso está datada el 2 de abril, avalando a Agustín Romeu Deval para la escuela preparatoria de la Organización Confederal de Valencia.²¹

El Durruti, como organismo al servicio de la juventud de ideales libertarios para facilitar el acceso a la segunda convocatoria del IOV, inició las clases a finales del mes de julio de 1937. La Federación Local envió a todos los sindicatos de la CNT la convocatoria. Desde junio hasta finales de julio de 1937 se generaron los avales, abriéndose un periodo de inscripción para ingreso en el Durruti, con la ayuda de los sindicatos de la Región. Las propuestas obligatoriamente tenían que ser avaladas por el sindicato del oficio donde se militaba, enviando hombres y mujeres muchas veces surgidos tras votación de la asamblea, a quienes consideraban con cualidades para el estudio.

El Internado ocupó un céntrico convento situado en la calle Balmes 29. Un edificio que perteneció a la CNT, tras la incautación de este, según testimonio oral.²² Las clases se impartían en unos locales también incautados de la calle Carniceros, que habían pertenecido a las Escuelas Pías.²³

Francisco González del Valle fue el encargado de realizar reparaciones de mantenimiento en el Internado. Él recordaba:

“Era como un colegio mayor universitario, había secciones [...]. Nada estaba cerrado con llave. Las habitaciones eran individuales, pero también otras, como salones, dedicados a dormitorios compartidos. En las mesillas de noche había libros y la ropa estaba plegada. Todo muy cuidado y aseado”.²⁴

Sus características eran: formación para alumnos de ambos sexos, en régimen de internado; enseñanza, hospedaje, manutención²⁵ y lavado de ropa gratuito; material escolar facilitado por el Centro y Biblioteca.

19 Manuel Ciprés Buñuel, alumno del Durruti. Exiliado en Francia. En 1948, ingresó en la Federación Local de la CNT de Saint Henri. Su padre José Ciprés “Sarramiou” formó parte de la Resistencia francesa, en la red de evasión del grupo Ponzán, para ayudar a evadirse de los nazis.

20 Entrevista realizada por Andrés Añón Serrano en Barcelona en julio de 1988.

21 Escrivà Moscardó, C., *El Internado-Escuela Durruti, 1937-1939*, Valencia, L'Eixam, 2011, p. 53.

22 Testimonio de Carmen Bernal Pedro, alumna del Internado Escuela Durruti y más tarde del Instituto Obrero.

23 Testimonio de Agustín Quiles Manta, alumno del Internado Escuela Durruti y más tarde del Instituto Obrero.

24 Escrivà Moscardó, C., *El Internado-Escuela Durruti, 1937-1939*, Valencia, L'Eixam, 2011, p. 54.

25 El comedor fue atendido por el Sindicato Gastronómico. Afirmación de Carmen Bernal Pedro, alumna del Internado. Su padre pertenecía a ese sindicato.

Artículos

La prensa confederal se hizo eco de la noticia de la apertura de las convocatorias para el IOV, invitando a participar a los obreros y obreras “cuyas condiciones de inteligencia y vocación al estudio les pueden permitir alcanzar una sólida formación intelectual”.²⁶

Las enseñanzas en el Durruti eran de cultura general y específica para el ingreso en el IOV. Los aspirantes tendrían que contestar ante el Comité seleccionador sobre conocimientos generales, preparación y datos biográficos; lecturas comentadas de dos autores modernos, uno elegido por el Comité y otro por el aspirante; dos ejercicios de redacción, uno libre y otro por el Comité y problemas sencillos de matemáticas, en relación con la profesión habitual del aspirante.²⁷

Por eso, las asignaturas comprendían: Historia, Geografía, Matemáticas, Ciencias Naturales, Redacción y Lectura comentada. La permanencia en el Internado estaba comprendida desde el ingreso hasta la verificación de las pruebas de aptitud en el IOV. Se ofrecía la tramitación de documentación y en caso de suspenso se produciría automáticamente la baja. La edad para la admisión era entre 15 y 35 años, jóvenes no movilizados o que fueran heridos de guerra. El alumnado tenía que dedicar casi exclusivamente las horas entre clases en el aula y el estudio.

En los meses que transcurrieron entre el segundo y tercer curso semestral del IOV, desde septiembre de 1937, el Internado continuó funcionando. En noviembre de 1937 se daban clases de preparación de *Agentes*, como lo demuestran las nóminas redactadas desde la calle de la Paz número 29, sede de la Federación Regional de Enseñanza de la CNT de Valencia, práctica continuada hasta febrero de 1938. En el mes de marzo, bajo el epígrafe “Preparación de la Juventud para su ingreso en el Instituto Obrero” apareció una nueva Circular dirigida a las Juventudes Libertarias, la Agrupación de Mujeres Libres y sindicatos de la CNT, firmada conjuntamente por la Secretaría de la Federación Regional de Sindicatos de la Enseñanza y el secretario del Comité. Dicha circular aporta una importante información:

“Ya en el pasado año se realizó esta labor. De las 150 plazas que pedía el Ministerio de Instrucción Pública, para el Instituto Obrero, la mayoría correspondieron a muchachos de la CNT, previamente preparados en el Internado Durruti, por profesores competentes. Y, comprendiendo que debíamos seguir haciendo esta obra cultural y de elevación intelectual de la juventud, disponiéndola para una mayor capacitación, nos proponemos hacer lo del año anterior. Para este año, el Ministerio de Instrucción Pública, solamente pide 75 plazas para el Instituto Obrero de Valencia. Actualmente tenemos en el Internado, cerca de un centenar de muchachos. Es de esperar que los resultados sean tan satisfactorios como en el ejercicio anterior. En el Internado los muchachos están bien atendidos y para ello el Comité Regional y la Federación Regional de Sindicatos de la Enseñanza se afanan y ponen todo su cariño e interés”.²⁸

26 *Fragua Social. Órgano de la Confederación Regional del Trabajo de Levante*, 29 de julio de 1937, p. 3.

27 *La Hora. Diario de la juventud*, 23 de julio de 1937, p. 8.

28 *Boletín del Comité Regional de la Confederación Regional de Levante*, núm. 7, 15 de marzo de 1938, p. 4.

Artículos

El día 9 de noviembre de 1938 aparece en la *Gaceta de la República* una nueva convocatoria para el IOV —estaba programado el inicio del cuarto semestre el día 2 de enero de 1939— y el Internado vuelve a impartir clases de capacitación para sus jóvenes sindicalistas. La guerra llega a su fin, pero pese a ello la mayoría del alumnado del Durruti aprueba los exámenes. Se completaron un total de tres cursos, finalizando el último en 1939.

4. El alumnado del Internado Durruti

El esfuerzo que el alumnado realizó para preparar las pruebas de ingreso al IOV, fue máximo. Los aspirantes de las provincias de Valencia, Alicante, Castellón, Murcia y Albacete presentaron avales de sus sindicatos. Muchos de estos libertarios consiguieron ingresar en el IOV, entre ellos he podido consultar las entrevistas a Graciano Aparicio, Salvador Gandía, Carmen Bernal Pedro, Consuelo Montesinos y Ángeles Espí Silvestre, de la segunda convocatoria. Agustín Quiles, Joaquín, Francisco Ramírez y Francisco Santana de la tercera convocatoria y Celedonio Aparici, de la cuarta convocatoria del IOV que en 1939 ya no pudo iniciar las clases por concluir la guerra.

Los jóvenes del Durruti descubrieron aspectos de la vida que hasta ese momento desconocían “por nuestra ignorancia” comentó Graciano Aparicio Selvi, reclamando por ejemplo información sobre relaciones sexuales, como manifestó Joaquín Juste Redó: “nosotros exigimos a nuestros maestros nos hablaran con todo detalle sobre las enfermedades venéreas”. Los recuerdos de estos exalumnos forman parte del Archivo Oral de la Asociación Cultural Instituto Obrero, además de las anotaciones que se pudieron obtener en sus tertulias semanales, hasta el año 2012.²⁹ En una de ellas, Francisco Santana Aznar recordó la siguiente frase “El que padezca el mal de creer en Dios, que se lo guarde en su conciencia y en ella lo adore y cobije hasta que la instrucción le cure”.

De todos ellos Francisco Ramírez Izquierdo fue quien aportó más datos sobre la docencia que se impartía. Siguiendo sus palabras, el profesor José María Catret explicó la Revolución Francesa y les encargó una redacción sobre el tema “Libertad, Igualdad, Fraternidad”. Estuvo redactándola gran parte de la noche. Al día siguiente el profesor iba diciendo las notas de los compañeros. Paco se impacientaba, la suya la dejó para el final. La puntuó con un 10 y un punto más. La excelente nota, escrita en rojo, fue para Ramírez causa de orgullo. Recordó también las conferencias y charlas que se realizaban diariamente de ocho a nueve de la tarde en la biblioteca, y donde la compañera Consuelo Montesinos Bresó, que había sido anteriormente alumna del Durruti, les explicaba el funcionamiento del mismo en su calidad de delegada del Sindicato en el claustro de profesores del IOV.³⁰

La biblioteca estaba compuesta de un gran número de libros y de prensa confederal: “en Valencia llegaron a editarse casi cuarenta publicaciones periódicas relacionadas con los medios ácratas y confederales durante la guerra”.³¹

29 Las reuniones se realizaban en la sede de la Societat Coral el Micalet de Valencia.

30 Escrivà Moscardó, C., *El Internado-Escuela Durruti...*, p. 195.

31 Navarro Navarro, F. J., “Cultura, movimiento libertario y Guerra Civil, Valencia, 1936-1939”, en M. AZNAR SOLER; J. L. Barona; J. Navarro (eds.), *València, capital cultural de la República, 1936-1937*. Congrès internacional, València, PUV, 2008, p. 715.

Artículos

Francisco Ramírez, guardó algunos de esos diarios y gracias a ese hecho, impreso en una página, tenemos la imagen de uno de los sellos.



Sello de la Juventudes Libertarias del Internado Durruti. AACIO

Otra información nos llega de la voz de Regina Gil Pedro, que comentó que en el Internado se estudiaba esperanto y que como libro de referencia tenían *Sembrando Flores* de Federico Urales. Ella “perteneció a las Juventudes Libertarias de Mas de las Matas”.³²

Joaquín Juste Redó recordó el buen ambiente que se respiraba y la hermandad que se inició entre los admitidos. Las enseñanzas se dirigían a preparar aquellos temas que solían salir en las pruebas de aptitud, donde la oralidad y la formación en contenidos políticos y revolucionarios se valoraban en extremo. Agustín Quiles Mantas recordó haber realizado un trabajo sobre la Revolución Mexicana con Zapata y Pancho Villa y que ese tema le sirvió para su ingreso en el IOV.

Respecto a los profesores, Quiles añadió que uno de ellos había sido cura antes de la guerra y que todo era social. Carmen Bernal y Ángeles Espí nos hablaron de la profesora de Ciencias Naturales, Azucena Pérez Pont, quien les recomendó leer textos de Federica Montseny, añadiendo Carmen: “nos preparó bien”.³³

La educación impartida consiguió que de la primera convocatoria ingresaran en el IOV 50 alumnos, más de un tercio del total de los seleccionados.³⁴ En la siguiente convocatoria el resultado aún fue mayor, de las 150 plazas ofertadas, más de la mitad fue alumnado del Durruti. En el tercer y último curso que se realizó –que tenía que iniciarse a finales del año 1938–, es de presagiar que también se consiguieron buenos resultados. La dinámica de la guerra hacía que entre el alumnado cada vez hubiera más mujeres y entre los varones algunos fueran mutilados y refugiados procedentes de otras regiones del país.

32 Castillo Cañiz, A., “Volvían con un poco más de luz en los ojos. Entre Aragón y Catalunya. Migraciones y militancia”, en A. Aldea Celada (ed.) *Los lugares de la Historia*, Salamanca, Hergar Ediciones Antema, 2013, p. 1.266.

33 Escrivà Moscardó, C., *El Internado-Escuela Durruti...*, p. 210.

34 Fernández Soria, J. M., “Profesores, escolares y textos en el Instituto para Obreros de Valencia” ..., p. 488.

Artículos

Celedonio Aparici Aparici, estudiante del último curso del Durruti, dijo que después de aprobar la prueba de aptitud al IOV regresó en 1939 a Alcoy, con la recomendación de que en casa le marcaran toda la ropa con su nombre y consiguiera los útiles de aseo, pero el IOV ya no continuó. “Un día, mi padre me rodeo con su brazo mientras subíamos por la calle de San Nicolás y me dijo: Celedonio hemos perdido la guerra. Y lo que empezó en ese momento fue el túnel de los tiempos”.³⁵

5. Docentes y colaboradores

En septiembre de 1938 se pone en marcha un Reglamento para el funcionamiento del Internado Durruti, designándose a Luis Úbeda Canero como su delegado.³⁶ Anteriormente fue L. Rodríguez. La residencia también funcionó como casa de invitados vinculados a la Organización. Entre las personas que pernoctaron estuvo el periodista libertario Mauro Bajatierra Morán.

Según la documentación investigada en el Centro Documental de la Memoria Histórica, referente a las nóminas del profesorado y la correspondencia emitida, el Internado discurrió con la colaboración del Sindicato Único de la Enseñanza, cuando su Secretario era Dantón Canut. Después fue el Maestro nacional Enrique Beta Espert, que llegó a ser director provincial de Primera enseñanza de Valencia.³⁷ En abril del año 1937 la Federación de Sindicatos Únicos de la Enseñanza de la CNT, tenía como Secretaria a Azucena Pérez Pont.

Dantón Canut Martorell nació en Valencia en 1907. Fue uno de los colaboradores y un reputado profesor de la escuela Normal de Maestros de la Federación Universitaria Escolar (FUE) de Magisterio, cuando en sus primeros momentos mantuvo una escuela nocturna.³⁸ Como docente trabajó en la Escuela Mixta Graduada Casa de la Democracia y fue secretario del Sindicato Único de la Enseñanza de Valencia de la CNT, con carné número 2. En abril de 1937 fue nombrado por el Ministerio de Instrucción Pública miembro de la comisión encargada de elaborar un nuevo plan de estudios para la escuela primaria, del cual fue sustituido a finales del mismo mes.³⁹ El 19 de mayo de 1937 partió hacia México junto a la expedición de los niños de Morelia, donde fue responsable de los niños refugiados de la guerra. Murió a los 83 años en la ciudad de México.

Azucena Pérez Pont nació en Valencia, licenciándose en Ciencias en 1933. Se doctoró en Madrid, alojándose en la Residencia de Señoritas en el curso 1933-1934. Fue secretaria del Sindicato Único de la Enseñanza de Valencia, CNT y directiva de la Escuela Cossío de Valencia en 1937. Nombrada delegada del Consejo Nacional de la Infancia Evacuada en Valencia en abril de 1938, en agosto de ese año desempeñó la Dirección de los servicios generales de Residencia y evacuación, personal y orientación pedagógica e inspección de Colonias en lo

35 Escrivà Moscardó, C., *El Internado-Escuela Durruti...*, p. 201.

36 *Nosotros. Portavoz de la Federación Anarquista Ibérica*, núm. 79, 19 de septiembre de 1938, p. 2.

37 *Gaceta de la República*, núm.159, 8 de junio de 1938, p. 1.243.

38 Ruiz Rodrigo, C., *Política y educación en la II República. Valencia 1931-1936*, Valencia, Universitat, 1993, p. 191.

39 *Gaceta de la República*, núm. 120, 30 de abril de 1937, p. 467.

Artículos

relativo a instalación, organización y labor pedagógica.⁴⁰ Casada con Eduardo Albertos García, en el primer franquismo vivió de dar clases particulares en su domicilio.⁴¹

Entre los profesores del Durruti se encontraban: Estanislao Brull y Tomás Tortajada, de Historia; L. Campos, de Geografía; D. Recio, Cipriano Montañana y Manuel Fuertes, de Matemáticas; L. Casado, R. Pla, J. Santandreu y J. Muñoz, de Lectura comentada; Rafael Martínez e Ismael Martínez, de Ciencias Naturales; y Amalio Santandreu, Antonio Peiró, José María Catret y Vicente Cervell, de Redacción.

El Sindicato Único de la Enseñanza de la CNT fue refugio de profesores derechistas que vivieron durante la guerra camuflados entre sus siglas y Enrique Beta Espert tuvo mucho que ver en ese hecho.⁴² Entre el profesorado del Durruti encontramos varios docentes que eran de derechas e incluso sacerdotes, como "Amalio Santandreu, cura de Burjasot, Estanislao Brull coadjutor de la parroquia de Santa Mónica e Ismael Martínez, presbítero y director de la Academia Santo Tomás de Villanueva".⁴³ La CNT proporcionaba avales y era más fácil conseguirlos por los exiguos requerimientos del sindicato anarquista. También en el IOV varios de sus profesores se afiliaron a la CNT para salvaguardar su empleo, actuando algunos de ellos como quintacolumnistas. Y efectivamente, consiguieron vivir durante la guerra y seguir desarrollando su profesión durante el franquismo.

6. Conclusiones

El Internado Escuela Durruti fue un puente para la militancia política libertaria hasta el Instituto Obrero de Valencia. Por los resultados obtenidos, ese puente funcionó a la perfección. La creencia que llevó a su concreción fue la necesidad de conseguir una nueva formación para la nueva sociedad. En la estructuración de este nuevo orden de vida era a la juventud a quien correspondía esa tarea. Si esto responde a una idealización en mayor o menor grado, en el caso del Internado Durruti no hemos encontrado documentos que lo corroboren, aunque sí podemos tirar de varios hilos.

Más allá de esta mirada utópica, arraigada en los testimonios consultados para el presente estudio, parece que el Centro tenía otra utilidad, que podemos calificar como "objetivo" porque no sabemos si se realizó de forma sistémica o aislada. Se trataría de la concienciación política indirecta del alumnado, mediante el análisis de textos y lecturas vinculadas al movimiento anarquista. Por otro lado, sí que parece clara la voluntad de colocar a estos jóvenes en el lugar en el que, presumiblemente, se estaban formando los nuevos pilares de la Segunda República dentro de una revolución, como una hipotética formación de agentes. Cabe destacar el hecho de que el Internado también sirviera como casa de invitados vinculados a la organización anarquista.

40 *Gaceta de la República*, núm. 220, 8 de agosto de 1938, p. 629.

41 Vázquez Ramil, R., *Mujeres y educación en la España Contemporánea. La Institución Libre de Enseñanza y la Residencia de Señoritas de Madrid*. Madrid, Akal, 2012. p. 465.

42 Ibáñez Tarín, M., "El Sindicato de Profesiones Liberales de la CNT durante la Guerra Civil Española, refugio de profesores de instituto derechistas", *CIAN. Revista de Historia de las Universidades*, núm.17, 2014, p. 157.

43 *Ibid.* p.158.

Artículos

El llamamiento fue exclusivo para las organizaciones afines a su misma ideología. Estas, enviarían a su juventud para que recibieran una excelente preparación. Gracias a los testimonios consultados, podemos conocer los detalles de una época de cambios, en un espacio en el que, mediante la formación, se intentaría generar una nueva sociedad.

Referencias Bibliográficas

- A., P., "Triple revolución", *Orientaciones. Órgano de la Federación Regional de Sindicatos de la Enseñanza del Centro CNT-AIT*, núm.1, 13 de febrero de 1937, p. 1.
- Boletín del Comité Regional de la Confederación Regional de Levante*, núm. 7, 15 de marzo de 1938, p. 4.
- BUSTO HOYOS, R., "Capacidad constructiva de la juventud", *Revolución. Semanario de la Federación Local de Juventudes Libertarias de Madrid*, núm. 15, 14 de julio de 1937, p. 2.
- CASTILLO CAÑIZ, A., "Volvían con un poco más de luz en los ojos. Entre Aragón y Catalunya. Migraciones y militancia", en ALDEA CELADA, A. (ed.) *Los lugares de la Historia*, Salamanca, Hergar Ediciones Antema, 2013, p. 1.266.
- ESCRIVÀ MOSCARDÓ, C., *Los Institutos para obreros. Un hermoso sueño republicano*, Valencia, L'Eixam, 2008.
- ESCRIVÀ MOSCARDÓ, C., "Estudiar en guerra, 1936-1939. El Instituto Obrero de Valencia, IOV", en M. AZNAR SOLER; J. L. BARONA; J. NAVARRO (eds.), *València, capital cultural de la República, 1936-1937. Congrés internacional*. València, PUV, 2008, pp. 567-587.
- ESCRIVÀ MOSCARDÓ, C., *El Internado-Escuela Durruti, 1937-1939*, Valencia L'Eixam, 2011.
- ESCRIVÀ MOSCARDÓ, C. i MAESTRE MARÍN, R., *Cultura para todos. El movimiento libertario y la educación, 1936-1939*, Valencia, L'Eixam, 2012.
- FERNÁNDEZ SORIA, J. M., *Educación y cultura en la Guerra Civil. España 1936-1939*, Valencia, Nau llibres, 1984.
- FERNÁNDEZ SORIA, J. M., "Profesores, escolares y textos en el Instituto para Obreros de Valencia", en M. AZNAR SOLER; J. L. BARONA; J. NAVARRO (eds.), *València, capital cultural de la República, 1936-1937. Congrés internacional*, València, PUV, 2008, pp. 481-506.
- Fragua Social. Órgano de la Confederación Regional del Trabajo de Levante*, 29 de julio de 1937, p. 3.
- Gaceta de la República*, núm. 120, 30 de abril de 1937, p. 467.
- Gaceta de la República*, núm. 220, 8 de agosto de 1938, p. 629.
- IBÁÑEZ TARÍN, M., "El Sindicato de Profesiones Liberales de la CNT durante la Guerra Civil Española, refugio de profesores de instituto derechistas", *CIAN. Revista de Historia de las Universidades*, 17, 2014, pp. 141-169.
- JIMÉNEZ CANO, F., "Las Juventudes lo esperan todo de la Revolución", *Revolución. Semanario de la Federación Local de Juventudes Libertarias de Madrid*, núm. 4, 28 de abril de 1937, p. 11.
- La Hora. Diario de la juventud*, 23 de julio de 1937 p. 8.
- "La juventud, forjadora de una nueva sociedad", *Revolución. Semanario de la Federación Local de Juventudes Libertarias de Madrid*, núm. 16, 21 de julio de 1937, p. 2.
- "Mañana hablaremos de cultura...", *Orientaciones. Órgano de la Federación Regional de Sindicatos de la Enseñanza del Centro CNT-AIT*, núm. 1, 13 de febrero de 1937), p. 1.

Artículos

- NAVARRO NAVARRO, F. J., *A la revolución por la cultura. Prácticas culturales y sociabilidad libertarias en el PV, 1931-1939*, Valencia, PUV, 2004.
- NAVARRO NAVARRO, F. J., *Ateneos y grupos ácratas. Vida y actividad cultural de las asociaciones anarquistas valencianas durante la Segunda República y la Guerra Civil*, Valencia, Generalitat, 2002.
- NAVARRO NAVARRO, F. J., "Cultura, movimiento libertario y Guerra Civil, Valencia, 1936-1939". M. AZNAR SOLER; J. L. BARONA; J. NAVARRO (eds.), *València, capital cultural de la República, 1936-1937. Congrés internacional*, València, PUV, 2008, pp. 697-721.
- Nosotros. Portavoz de la Federación Anarquista Ibérica*, núm. 79, 19 de septiembre de 1938, p. 2.
- RUIZ RODRIGO, C., *Política y educación en la II República. Valencia 1931-1936*, Valencia, Universitat, 1993.
- VÁZQUEZ RAMIL, R., *Mujeres y educación en la España Contemporánea. La Institución Libre de Enseñanza y la Residencia de Señoritas de Madrid*, Madrid, Akal, 2012.

CREACIÓN DE PRODUCTO TURÍSTICO DEL PATRIMONIO BÉLICO DE LA GUERRA CIVIL ESPAÑOLA EN LA COMUNIDAD VALENCIANA EN LA LÍNEA XYZ (BATALLA DE LEVANTE)

Eugeni-Josep De Manuel Rozalén
Vicent Gil Olmedo

RESUMEN: Los vestigios de la Batalla de Levante de la Guerra Civil española son una valiosa oportunidad para el desarrollo sostenible del espacio territorial XYZ. Dotados de protección cultural los recursos, como BRL, se impulsa la configuración del producto turístico MEMORIA capaz de generar actividad económica en un territorio interior caracterizado por la «demotanasia» y pequeños municipios.

Sobre la base de un relato histórico y científico se ponen sobre la mesa tres nodos turísticos, rutas e itinerarios y centros de interpretación. La colaboración público-privada es considerada clave para garantizar el éxito.

PALABRAS CLAVE: Guerra Civil española, Batalla de Levante, Línea XYZ, Desarrollo sostenible del territorio, Producto turístico, Memoria, Rutas e Itinerarios, Centros de Interpretación, Colaboración público-privada.

ABSTRACT: **FALTA TRADUCCIÓN**

KEYWORDS: Spanish Civil War, Battle of Levante, XYZ Line, Sustainable development of the territory, Tourist Product, Memoria, Routes and itineraries, Interpretation Center, Public&Private collaboration.

SUMARIO: 1. Relato histórico.- 2. El territorio. Actores y herramientas.- 3. Desarrollo. Las tres S.- 4. De recurso a producto.- 5. Sistema de actuación.- 6. Público objetivo.- 7. Nodos turísticos.- 8. Traslación en otros espacios del País Valenciano.- 9. Conclusiones.

Artículos



Exposición Proyecto Landscapes of War. Viver (2008) Fondo Documental FVMP

1. Relato histórico

La Batalla de Levante es un episodio de la Guerra Civil española que se está dando a conocer en los últimos años gracias a varias publicaciones recientes. Este ostracismo nos puede llevar a pensar que se trata de un episodio bélico menor, pero nada más lejos de la realidad, pues las razones han sido otras. De hecho, el número de bajas, el total de soldados participantes o el gasto de armamento hablan por si solas sobre la entidad de los acontecimientos que se vivieron en los pueblos de Castelló y de Teruel. Estas razones son, por un lado, políticas, pues el resultado de la Batalla de Levante fue desfavorable a quienes ganaron la guerra y escribieron la historia durante muchos años. Pero también se ha silenciado desde la historiografía republicana, para centrarse desde València (que siempre fue retaguardia) en otros campos de estudio, como las colectividades, la revolución política, los poderes alternativos, la cultura antifascista, la agitación y propaganda, las experiencias educativas, la represión y la violencia de retaguardia. Con eso se minusvaloró la vertiente militar del conflicto, de los soldados de alpargata, que se dio con excepcional fuerza en Castelló, donde existía cierto vacío historiográfico.

El 15 de abril de 1938, el ejército de Franco ocupó Vinaròs y consiguió separar Cataluña del resto del territorio republicano. Después de este golpe, Franco decidió continuar avanzando hacia el sur, una decisión que siempre ha generado muchos debates y controversias entre los historiadores, pero que a posteriori podemos juzgar como un fracaso, algo directamente relacionado con el hecho que la Batalla de Levante sea conocida también como la Batalla Olvidada (1) o la Batalla Silenciada (2).

El ejército sublevado planeaba proseguir su rápido avance y llegar a València a los pocos días, pero la orografía, la buena organización del Ejército republicano y la participación del pueblo, conformando un auténtico Ejército Popular de la República, consiguieron poner freno. La intensidad del fuego artillero y de la aviación (especialmente la leal a Franco: Aviazione Legionaria y Legion Kondor), así como las decididas maniobras de la infantería, dieron pie a algunos de los episodios bélicos de mayor dureza de toda la Guerra Civil española. Por la

Artículos

parte republicana, los generales Rojo y Leopoldo Menéndez siguieron una táctica muy efectiva, que consistió en la creación sobre el mapa de toda una serie de líneas defensivas para retrasar el avance franquista y, mientras tanto, fortificar contundentemente la línea principal, llamada XYZ. A pesar de que habitualmente se ha asociado el significado de sus letras a lo que se denomina en cartografía la referencia para situar los puntos de la latitud, la "X", la longitud, la "Y" y la altura "Z", que es como se designan las coordenadas de la UTM, era, pues, la situación cartográfica de las posiciones construidas. Aun así, se le dio este nombre pensando más en su carácter finalista, es decir, después de la XYZ ya no había nada, y todo estaba perdido para la ciudad de València. Este es el sentido que le dio en sus memorias el comandante de Estado Mayor de la 54 División Gonzalo Castelló, que participó en la Batalla de Levante en la defensa de Viver (3).

El territorio era el lugar escogido para presentar la gran batalla, puesto que era el lugar ideal para neutralizar la superioridad de la aviación y la artillería del ejército rebelde, como así fue.



La Costalata. GASCÓ, Rogelio. Fondo Documental FVMP

El lema del Ejército republicano era «resistir es vencer», pues el tiempo era importante para poder fortificar y también para esperar una reacción otros países europeos o el inicio de la Segunda Guerra Mundial. Hitler con la invasión de los Sudetes estaba creando las condiciones necesarias para que estallara un conflicto en el que, a pesar de todos los desprecios hacia la República española por parte de las democracias europeas, se convertirían en aliados en la lucha contra el fascismo.

Tal como hemos comentado antes, el desarrollo de la Batalla de Levante se dio a una velocidad muy menor de la prevista por las tropas de Franco. Éstas avanzaban, pero no se trataba de un avance continuado, sino a saltos, todo ello fruto de la táctica republicana basada en líneas de defensa (4). Por ejemplo, en el río Sant Miquel, al sur de Alcalà de Xivert, las tropas republicanas resistieron del 6 de mayo al 11 de junio, hasta que las posiciones fueron rodeadas por el interior a través de una tercera vía.

Artículos

La línea XYZ, también conocida como «Línea Matallana», se planificó el 3 de mayo de 1938 por una comisión presidida por Tomás Ardid, y su construcción se inició muy rápido a cargo de la Comandancia General de Ingenieros del Grupo Ejércitos de la Región Central. Su trazado (5) estaba formado por 14 puntos de resistencia:

1. Alturas de Almenara por el norte, hasta las balsas y con posiciones avanzadas en Villagut y la Llosa
2. Vértice Picayo
3. Km 18 de la carretera de Soneja a Nules
4. Km 7 de la carretera de Almedíjar a Aín
5. Matet
6. Norte de Gaibiel
7. Viver-Jérica, con posiciones entre Viver y Teresa para batir el llano
8. Bejís
9. Canales
10. Andilla
11. Abejuela
12. La Yesa
13. Arcos de las Salinas
14. Santa Cruz de Moya

En esta línea trabajaron más de 14.000 personas y en ella se enfrentaron prácticamente medio millón de soldados: unos 220.000 por la parte republicana y 260.000 por la parte sublevada. Sus 150 kilómetros de longitud, repletos de trincheras, búnkers y todo tipo de construcciones, la convierten en la mayor línea fortificada de toda la historia de España (6).

Hay que explicar que la línea estaba planificada en profundidad, es decir, que era una línea compuesta de líneas en diferentes niveles de vanguardia y retaguardia (7). En otras palabras, no era una línea estrecha, sino una franja de territorio fortificada. Tampoco se trataba de una construcción ininterrumpida, sino de tramos discontinuos, escalonados y estratégicamente situados. Los enfrentamientos en esta línea fueron los más intensos y los más mortíferos de toda la Batalla de Levante, especialmente para las tropas leales a Franco, que quisieron atravesarla sin éxito a pesar del enorme gasto humano empleado. Cuando el ejército atacante pasaba por su peor momento, el 25 de julio de 1938, el general Vicente Rojo aprovechó para iniciar una ofensiva desde Cataluña que desembocó en la Batalla del Ebro y que supone el final de la Batalla de Levante.

En palabras de Beevor (8) referidas a los combates de la XYZ:

Esta acción republicana, puramente defensiva, fue una victoria mucho mayor que la tan famosa de Guadalajara, aunque fuera menos espectacular. Con 20.000 bajas nacionales por 5.000 republicanas, el eslogan «resistir es vencer» tenía, al fin, algún sentido. Lo lamentable fue que los dirigentes republicanos no aprendieron de esta ba-

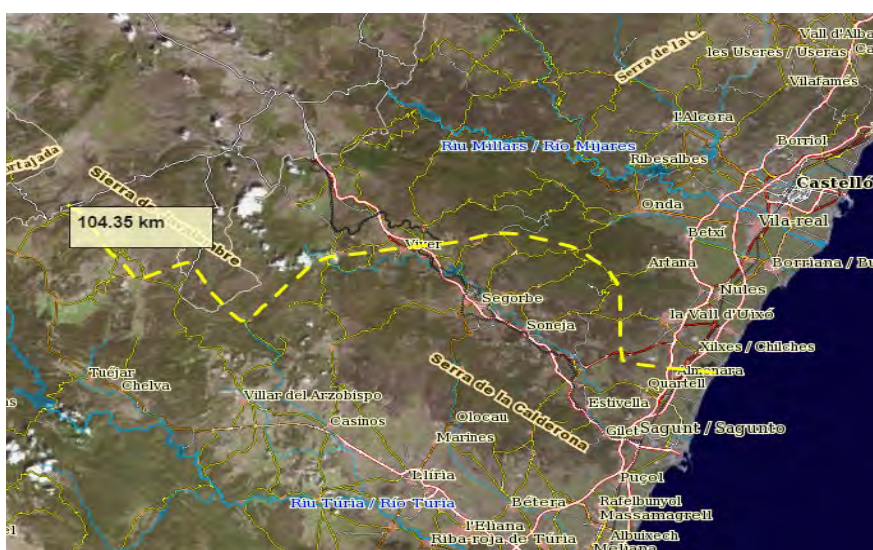
Artículos

talla y continuaron dando prioridad a consideraciones políticas y de propaganda sobre la eficacia militar.

También cabe destacar la eficacia de los conocidos como búnkers trinchera, con un nombre bastante descriptivo, pues estas trincheras disponían de un búnker en el que protegerse de los bombardeos para poder volver inmediatamente a la posición antes de la llegada de la infantería, que solía asaltar las posiciones después de largas preparaciones artilleras y de la aviación, que buscaban provocar la desbandada para allanar el camino.

El frente se estabilizó durante meses en la línea XYZ, tiempo que se aprovechó para levantar fortificaciones y para que los republicanos lanzaran algunos contraataques de gran dureza, entre los que destaca el fallido de noviembre de 1938 en Nules, en el que los atacantes sufrieron cerca de 5.000 bajas. Este tiempo para fortificar lo aprovecharon los zapadores del ejército de Franco para construir los búnkers de Nules o las trincheras de Villamalur que, por su buena conservación y belleza estética, serán dos enclaves a tener en cuenta desde el punto de vista turístico y patrimonial (9).

La Cátedra Interuniversitaria de Memoria Democrática creada en 2017 e impulsada por la Consellería de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas de la Generalitat Valenciana, con participación de la Universitat Jaume I (UJI), la Universitat d'Alacant (UA), la Universitat de València (UV) ha propiciado nuevas sinergias que permiten avanzar en el conocimiento y la difusión del periodo histórico que comprende desde el 14 de abril de 1931 hasta la entrada en vigor del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, el 10 de julio de 1982. La transferencia de técnicas de investigación y de metodologías ha generado la aparición de nuevos estudios locales sobre varios aspectos del período histórico que dan a conocer y valoran los acontecimientos vividos en el territorio. De esta manera, son una realidad la edición de nuevas publicaciones (10) y la organización y celebración de congresos o jornadas.



Trazado Línea XYZ. MENSUA, Sergio 2017 Fondo Documental FVMP

Artículos

En resumen, la línea XYZ estuvo fortificada a conciencia y, aunque el paso del tiempo ha sido demoledor, han llegado a nuestros días abundantes vestigios de aquellos combates. Todos ellos deben ser protegidos para garantizar su conservación, pero además es necesario planificar su puesta en valor desde una visión totalizadora, pues actualmente muchas iniciativas surgen a nivel local y están destinadas a ámbitos de actuación limitados. Las iniciativas, generalmente desinteresadas, han sido un primer paso, pero estas se tienen que vertebrar de una forma más sistemática y planificar una serie de actuaciones con el objetivo de dar un valor añadido a unos bienes que tienen su mayor potencial, no en su belleza sino precisamente en su valor histórico.

2. EL territorio. Actores y herramientas

La Línea XYZ fue un paisaje de guerra (11). Un espacio de combate directo en el que se produjeron bombardeos, artillería pesada y ligera, movilización de tropas. Población desplazada, estrategias y tácticas militares... desaparecidos. Ahora se convierte en un paisaje de paz para conocimiento público de residentes y turistas. Se pretende impulsar el desarrollo económico y turístico del territorio sobre la base de la recuperación de la memoria histórica. Se trata de conciliar la memoria con el desarrollo turístico del territorio, cohesionándolo y vertebrándolo.



Memoria, desarrollo económico y vertebración. DE MANUEL ROZALÉN, Eugeni (2016)

Como tangible clúster (12), el espacio territorial de la Línea XYZ en el País Valenciano supone 104,35 kilómetros. En su construcción trabajaron 14.000 personas y aglutinó a 500.000 soldados. Además, la Batalla de Levante supuso la construcción de diferentes líneas de apoyo: La Intermedia (Chelva, Andilla...), y La Inmediata (La Vallesa...).

Es un territorio altamente antropizado donde se localizan trincheras, búnkers, refugios, aeródromos, polvorines, cementerios..., con espacios protegidos medioambientalmente. Resaltan el Parque Natural de la Serra d'Espadà y el Parque de la Calderona. De fácil acceso a puntos difusores y con pueblos con encanto.

Los actores principales para la puesta en valor del producto MEMORIA se pueden establecer en las siguientes categorías:

Artículos

a) Relacionados con la Administración pública (13)

El territorio incluye 43 municipios de los cuales el 69 % tienen menos de 1.000 habitantes y el 51 %, menos de 500 habitantes. Esto es, responden a la tipología de pequeños municipios con su caracterización variable. Están operativas mancomunidades como la de la Plana Baixa, Alt Palància, Espadà-Mijares. La Diputación de Castelló como apoyo a las entidades locales. Turismo Comunidad Valenciana tiene en marcha 13 Tourist Info en 11 municipios.

b) Iniciativa privada y tercer sector (14)

El espacio contempla emprendedores que tienen en cartera la experiencia turística en la visita del patrimonio bélico. En todo el ámbito existen como oferta reglada 112 casas rurales, 29 hoteles y 122 restaurantes.

Existen asociaciones y entidades de corte memorialista que organizan rutas y vistas a lugares emblemáticos. Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica del Alto Palancia, Grup d'Investigació i Documentació de la UJI...

c) Investigación

Las universidades, la Cátedra Interuniversitaria de Memoria Democrática (15), tienen el papel esencial de fijar el relato histórico científico. El rigor de la información para la experiencia turística tiene que estar residenciado en el relato histórico. En el espacio de la Línea XYZ, la contribución de la UJI ha sido y es esencial.

La clave de éxito de la puesta en valor del producto turístico MEMORIA reside en la cooperación institucional y en la colaboración interasociativa. Exige concertación, agendas comunes, establecimiento de objetivos y liderazgo. Aunar el paso de las instituciones, del sector turístico empresarial, de las entidades y de la ciudadanía.

Desde una perspectiva estratégica se consideran a las personas y estructuras organizativas de misión como herramientas que tienen un papel relevante en la cadena de valor de construcción del producto turístico MEMORIA.



Cooperación y colaboración. DE MANUEL ROZALÉN, Eugeni J. (2017)

Artículos

En el ámbito territorial trabajan agentes de empleo y desarrollo local experimentados en iniciativas de promoción local. Al mismo tiempo, también conocen el territorio estructuras locales y territoriales de dinamización turística.

Los profesionales de las empresas turísticas y del ámbito cultural tienen que asociar agendas, por lo tanto es de interés la formación en el terreno por parte de Turisme Comunitat Valenciana (Programa Creaturisme) y la Diputación provincial.

Un espacio importante lo ocupa los grupos de acción local Leader Castelló Sur 14-20 (16). Y las redes autonómicas, como las impulsadas por la Federación Valenciana de Municipios y Provincias (FVMP): la Red de Municipios para la puesta en valor de la Memoria Histórica -RMMH- (17), formada por 94 ayuntamientos, y la Red de Servicios Municipales de Desarrollo Local (18), integrada por 134 entidades locales.



94 Municipios miembros de la Red de Municipios por la puesta en valor de la Memoria Histórica. LA DEFENSA DE VALÈNCIA 80 AÑOS DESPUÉS (octubre 2018). D. 8

94 Municipios miembros de la Red de Municipios por la puesta en valor de la Memoria Histórica. LA DEFENSA DE VALÈNCIA 80 AÑOS DESPUÉS (octubre 2018). D. 8

La RMMH se inició en diciembre de 2015 con una convocatoria de la FVMP al Consell Valencià de Cultura, Consellería de Investigación, Educación, Cultura y Deporte, y ayuntamientos que disponían de delegación de Memoria Histórica (Segorbe y Alicante). La agenda de la RMMH ha ido dando respuesta a las demandas de los municipios, Generalitat y asociaciones memorialistas: intercambio de experiencias, difusión de iniciativas, protección del patrimonio de la Guerra Civil, recuperación del relato histórico democrático, buenas prácticas...

Artículos



Actuaciones 2016 – 2018 Red de Municipios por la puesta en valor de la Memoria Histórica.
LA DEFENSA DE VALÈNCIA 80 AÑOS DESPUÉS (octubre 2018). D. 10

3. Desarrollo. Las tres S

El dualismo valenciano (19) y sus desequilibrios continúa siendo una realidad entre la franja litoral del País Valenciano y del interior. Diferentes tipos de grado de desarrollo. Las mayores oportunidades se han residenciado en el litoral, dejando en el espacio interior con un grado menor de desarrollo. El interior está caracterizado por mucho territorio y poca población. La «demotanasia» exige políticas públicas gubernamentales para cambiar el círculo vicioso de la despoblación y de la baja actividad económica y empresarial.

Los actores del interior se ven abocados a procesos de «calvinización» del campo valenciano (20). Esto es, a usar los recursos disponibles (medioambientales, culturales, históricos...) para relanzar la actividad económica y fijar la población. El patrimonio bélico de la Guerra Civil española entraría en este capítulo de recursos como palanca del desarrollo local de estos municipios.

A la hora del diseño de las actuaciones necesarias para la creación del producto MEMORIA no es conveniente impulsar iniciativas que conduzcan al crecimiento desmesurado y meramente especulativo. El desarrollo económico tiene que adoptar las tres «S» (21):

A) Sostenible

Actividades y actuaciones que respetan el medio natural y los valores culturales de la población autóctona (22).

Artículos

B) Sostenido

En el tiempo a corto y medio plazo. De muy poco sirve acceder a una ayuda puntual o tratar de cazar el búfalo de forma inconexa o planificada (solicitar cualquier tipo de línea de ayudas). La correcta planificación profesional es estratégica para poder garantizar buenos resultados.

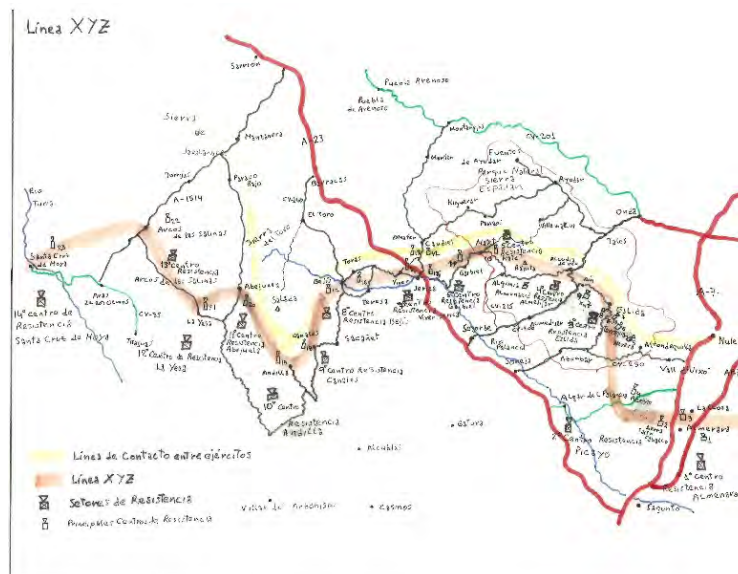
C) Sustentado

Desde el «exterior» del espacio territorial. Sin ayuda externa las posibilidades de cambiar el rumbo de un círculo vicioso de subdesarrollo o desarrollo limitado en un círculo virtuoso de desarrollo integrado sostenible son nimias.

Así pues, la puesta en valor turístico del patrimonio bélico, arqueológico e histórico de la Batalla de Levante en la Línea XYZ es un acicate para el desarrollo económico sostenible del ámbito territorial, que está orientado a activar el pulso de los pueblos, mejorar los servicios para los residentes y los turistas en su experiencia, y poner freno a la «demotanasia», fijando población ante los índices decrecientes demográficos.

4. De recurso a producto

La Línea Matallana, como también se conoce a la XYZ, fue el conjunto de construcciones bélicas que sirvieron de escenario a la Batalla de Levante (1938), que fue ganada por el ejército constitucional de la II República. La Batalla se olvidó deliberadamente al significar una derrota del ejército rebelde y también al quedarse fuera del foco de interés del sistema propagandístico de los líderes anarquistas y comunistas.



Línea XYZ Trazado <http://www.senderosconhistoria.com/linea-defensiva-xyz-o-matallana/>

Artículos

En la actualidad se está realizando un análisis crítico de la historia oficial del golpe militar contra el Gobierno democrático de la Segunda República, la consecuente guerra y la dictadura franquista. Se está produciendo un “cambio metahistórico” (23) sobre la historia oficial que se elaboró por los sediciosos, de parte y de forma interesada. Historia oficial del franquismo construida e inculcada socialmente a golpe de martillo.

El relato científico, elaborado por la UJI, es la base de la creación del producto turístico MEMORIA. Otorga a la Batalla de Levante (1938) una dimensión internacional puesto que la Guerra Civil española finalizó oficialmente el 1 de abril de 1939 y solo cinco después (justos) dio inicio la II Guerra Mundial, con estas potencias militares que probaron sus estrategias, la ingeniería militar y la eficacia de su armamento: la Alemania nazi de Hitler, la Italia fascista de Mussolini y la URSS de Stalin.

5. Sistema de actuación

El turismo como actividad económica configura productos a través de precio. La demanda está dispuesta a ceder parte de su renta para obtener una experiencia turística. Los productos y servicios que se ofrecen son de diversa tipología: desde el alojamiento o la restauración hasta el ocio, los negocios, la naturaleza o la cultura. En la relación entre la oferta y la demanda no solamente influye el precio del bien o servicio, sino la calidad y la innovación.

El producto MEMORIA (24) está incardinado en el turismo cultural y, según la localización de los vestigios, en el turismo de naturaleza asociado a prácticas senderistas, ciclismo y turismo urbano de interior.

Es necesario diferenciar entre recurso y producto. La Línea XYZ está regada de muchos vestigios que son recursos potenciales para la elaboración del Producto MEMORIA. Se identifican con recursos culturales tangibles a los que hay que incorporar el relato histórico como elemento explicativo intangible. Los recursos tienen que ser objeto de una valoración antrópica y turística para ser transformados en producto, incorporándolo al mercado a través de precio. El producto MEMORIA está teniendo una amplia repercusión en los mass media (25).

Los recursos potenciales de la Batalla de Levante hacen referencia a un conjunto de hechos históricos muchos de ellos plasmados en una arquitectura militar digna de conocer y de visitar. Trincheras desde la Vila Vella hasta Viver pasando por la Ràpita, les Dos Tetes, la Costalata... aeródromos donde sirvieron personajes insignes. Personas consideradas heroínas o traidoras relacionadas con la mitología popular. Exposiciones, museos, lugares memorialistas. Todo esto en un espacio que históricamente fue también otro paisaje de guerra como la guerra de Espadà en 1526, aliñado de tradiciones y fiestas y de una gastronomía autóctona. Esto es, hablamos de recursos basados en la autenticidad, sin cartón piedra, que pueden ser objeto de un desarrollo territorial turístico sostenible.

1. El sistema de actuación correcto y seguido hasta hoy es el siguiente:
2. Inventariar los recursos culturales existentes
3. Documentar científicamente los recursos
4. Proteger los recursos culturales
5. Crear productos culturales, basados en el relato y en la interpretación

Artículos

6. Promocionar los productos culturales
7. Comercializar los productos culturales



Sistema de actuación puesta en valor patrimonio. DE MANUEL ROZALÉN, Eugeni J. (2017)

El uso turístico del patrimonio cultural XYZ tiene que combinar un enfoque de conservación y vigilancia, un enfoque de revalorización turística y el enfoque de sostenibilidad (26).

La clave de sostenibilidad también está orientada a la fijación de límites de capacidad de carga (qué actividad, cuántos visitantes...) siendo de interés tener en cuenta los siguientes ítems:

- Accesibilidad: flujos de movilidad. Gestión de horarios. Condiciones.
- Investigación: Retroalimentación permanente a través de fuentes fiables y contrastadas. Conocimientos.
- Formación: Gestores culturales; dinamizadores turísticos. Información del Patrimonio, del lugar de origen de los turistas. Sensibilización de la población local y agentes.
- Promoción y comercialización: diversificar la oferta. Creación de nuevos productos.
- Interpretación: diferentes formatos basados en la autenticidad e identidad local.
- Presentación: según segmentos de la demanda: excursionistas, estudiantes, familias...
- Financiación: procurar una tasa de regreso en el proceso de comercialización. Desgravaciones fiscales al ser actividades económicas en el espacio rural e interior del País Valenciano.
- Coordinación y cooperación entre agentes públicos y privados. En su caso, estructuras organizativas de dinamización territorial.

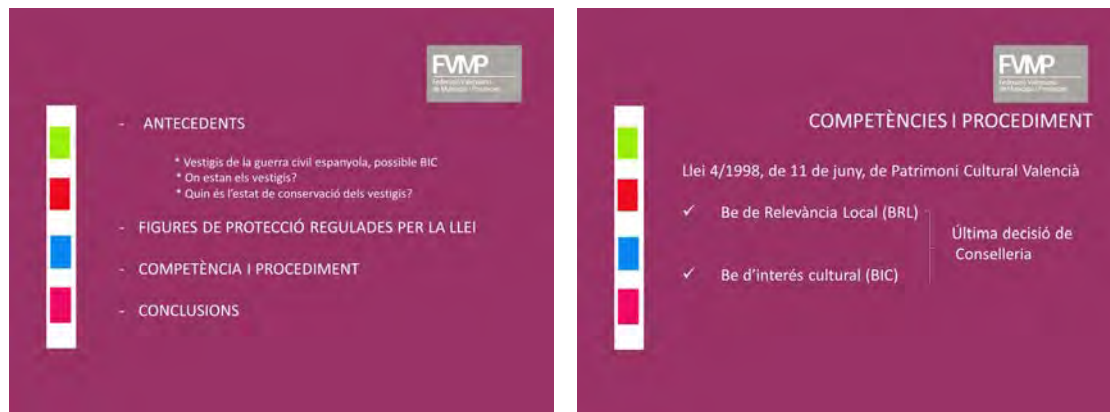
Artículos

Es esencial la gestión tecnológica en la sostenibilidad turística. El uso de las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones son útiles:

- En relación con la empresa turística: otorga seguridad, calidad, información, tiempo y eficiencia. Proceso de desintermediación: reducir la tasa de dependencia con mayoristas.
- En relación con la definición del producto o servicio: entre los agentes que forman la cadena de distribución, aminorar el poder del mayorista en favor del emprendedor local. Coexistencia de las grandes y de las pequeñas empresas. Relevancia del personal en contacto.
- Satisfacción de la demanda: antes, durante y después de la experiencia turística.

No es aconsejable introducir en el mercado turístico productos sobre patrimonio cultural que no estén protegidos. La desprotección de los vestigios frenó la elaboración de productos, puesto que los impulsores temían usos inadecuados de estos.

La Red de Municipios para la puesta en valor de la Memoria Histórica incorporó en su agenda la protección de las construcciones civiles y militares de la Guerra Civil. Para garantizar esa reivindicación se argumentó la declaración de bien de interés cultural de esa tipología patrimonial a semejanza de la conocida como Ley de Castillos. La cuestión entró en la agenda de la Red en su sesión celebrada en Chelva el 19 de octubre de 2016:



Debate sobre protección RMMH (2016)

La Ley 9/2017, de 7 de abril, de la Generalitat, de modificación de la Ley 4/1998, del patrimonio cultural valenciano, que entró en vigor el 1 de mayo de 2017 (27), protegió los vestigios como bienes de relevancia local (BRL). En el preámbulo de la Ley argumenta:

«Por su importancia histórica y cultural se considera fundamental la protección de los aeródromos, refugios, trincheras simples o compuestas, trincheras simuladas, parapetos, polvorines, zanjas de tirador y para mortero, canales de comunicación, observatorios, lugares de mando, elementos de resistencia blindados (nidos de ametralladoras, lugares de tirador, casamatas, búnkeres o fortines), balsas para refrigeración, abrigos

Artículos

para tropa, almacenes subterráneos, galerías subterráneas, refugios, memoriales y todos aquellos elementos constructivos relacionados con la arquitectura militar de este conflicto». (...) Para su construcción fue necesaria la intervención de arquitectos, obreros, carpinteros, picapedreros, voluntarios sindicales, tomados y reemplazados del llamamiento quinto del saco, todos ellos y ellas protagonistas de una tragedia que no tiene que repetirse».

De este modo se modificó la disposición adicional quinta con el siguiente articulado:

«3. El patrimonio histórico y arqueológico civil y militar de la Guerra Civil en la Comunitat Valenciana, además de los espacios singulares relevantes e históricos de la capitalidad valenciana, como todos aquellos edificios que se utilizaron de sede del gobierno de la República, además de los espacios relevantes que utilizaron personajes importantes de nuestra historia durante el período de guerra de 1936 a 1939. Todos estos inmuebles deben estar construidos con anterioridad al año 1940.

En relación con este patrimonio histórico y arqueológico de la Guerra Civil, sin perjuicio de su reconocimiento legal de bien de relevancia local a la entrada en vigor de esta ley, la conselleria competente en materia de cultura, con la colaboración de la Junta de Valoración de Bienes, deberá ejecutar un inventario específico de estos bienes en el que se diferenciará explícitamente entre bienes protegidos y bienes solo a documentar, conforme a su relativa importancia patrimonial. Así como los lugares de la memoria, que pasarán a ser documentados por su importancia histórica».

LINEA XYZ. BATALLA DE LEVANTE
PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

Ley 9/2017, de 7 de abril, de la Generalitat, de modificación de la Ley 4/1998, del patrimonio cultural valenciano, que entró en vigor el 1 de mayo de 2017, protegió los vestigios como **BIENES DE RELEVANCIA LOCAL (BRL)**

CONCLUSIONES

- A falta de vestigios directos de protección por la zona declarada.
- Mantenimiento de la actuación global.
- Referencia en el Decreto sobre protección de bienes.
- No se ha una presencia de declaración global de bienes como BRL.
- Trámites a su Conselleria para que establezca en procedimiento adecuado de declaración.

“Por su importancia histórica y cultural se considera fundamental la protección de los **aeródromos, refugios, trincheras simples o compuestas, trincheras simuladas, parapetos, polvorines, zanjas de tirador y para mortero, canales de comunicación, observatorios, lugares de mando, elementos de resistencia blindados (nidos de ametralladoras, lugares de tirador, casamatas, búnkeres o fortines), balsas para refrigeración, abrigos para tropa, almacenes subterráneos, galerías subterráneas, refugios, memoriales y todos aquellos elementos constructivos relacionados con la arquitectura militar de este conflicto**”. (...) Para su construcción fue necesaria la intervención de arquitectos, obreros, carpinteros, picapedreros, voluntarios sindicales, presos y reemplazados de la llamada quinta del saco, todos ellos y ellas protagonistas de una tragedia que no debe repetirse”

www.dogv.gva.es/datos/2017/04/11/pdf/2017_3091.pdf

Protección del Patrimonio. Presentación RMMH, sesión Alicante 26 octubre de 2017

Artículos

Definitivamente, los ayuntamientos tienen un importante papel a la hora de iniciar el procedimiento de declaración de BRL. La FVMP ha elaborado una guía para la declaración de bien de relevancia local del patrimonio civil y militar de la Guerra Civil española en el País Valenciano. La guía está dirigida a orientar los pasos de los pequeños municipios a la hora de iniciar y seguir la tramitación (28).

6. Público objetivo

Es necesario conocer al turista, al cliente de nuestro servicio. El perfil del turista consumidor del producto cultural patrimonio bélico está marcado por la curiosidad histórica, para conocer los avatares del territorio que visita.

En otros estados europeos el turismo relacionado con la II Guerra Mundial está consolidado. Es el caso de Normandía, Peenemunde, Berlín, campos y subcampos de concentración (Mauthausen-Gusen, Auschwitz-Birkenau, Varsovia...). Cada uno con un atributo especial (desembarco, misiles – armas de destrucción masiva – viajes espaciales, Terror y Holocausto...) son lugares de atracción de visitantes y turistas interesados para conocer el pasado, ver los lugares y sentir-se de forma presencial parte de una historia.

Se considera que este tipo de turista (29) está situado en una escala medio-alta y alta respecto al patrón formativo y cultural. Con un nivel adquisitivo medio-alto. Sitúa la experiencia como actividad complementaria en una región o país. Una parte importante realiza el desplazamiento por motivos ideológicos o memorialistas. Un turista responsable y respetuoso.

En el País Valenciano no se ha realizado ninguna encuesta profesional e independiente sobre esta materia. Se han realizado ocasionales sondeos cuantitativos y se perciben visitas de fin de semana a lugares emblemáticos.

Un segmento valioso es el educativo. La puesta en marcha de visitas escolares a lugares específicos es una de las vertientes de la pedagogía de la memoria (30) que sirva para comprender lo ocurrido (sus causas y sus consecuencias), construir valores democráticos, promover la reconciliación y la paz, y generar una cultura de derechos humanos.

Los espacios de memoria, como la Línea XYZ, no pueden caer en la banalización y en dinámicas de perversión turística del patrimonio cultural. Son espacios de respeto.

Una fuente de información útil es conocer la experiencia del Museo de Gandesa (Centro de estudios de la Batalla del Ebro).



Ruta de familiarización. La Costalata. TENAS, Antonio. ARMH Alt Palància (2017)

7. Nodos turísticos

El espacio territorial de la Línea XYZ aglutina unos nodos turísticos (31) relacionados con los productos tangibles y con el relato homogéneo en todo el espacio territorial pero específico y concreto en cada nodo. Se trata de establecer una complementariedad basada en los atributos más relevantes de cada subespacio o nodo.



Nodos Turísticos. Presentación rutas línea XYZ Casa de los Caracoles, Castelló 10 de julio de 2018 D. 24

El espacio Línea XYZ es un paisaje de guerra auténtico y cierto. Es un paisaje semiológico (32) puesto que se interrelacionan elementos etnológicos, antropológicos, históricos y culturales.

Una vez analizado el espacio territorial se han diseñado tres nodos turísticos:

A. NODO LITORAL. La Plana.

El más oriental. Espacio litoral. Municipios significativos: Almenara, Sagunt, la Villavella, la Vall d'Uixó. Dominio marítimo. Guerra de trincheras. Comunicaciones.

B. NODO MEDIANO. Serra d'Espadà. Espacio intermedio. Onda, Soneja, Alcúdia de Veo, Valle de Almonacid, Pavías, Altura. Guerra de posiciones. Bombardeos, artillería pesada y ligera. Campos de concentración.

C. NODO INTERIOR. Valle del Palancia. El más occidental. Municipios significativos: Jérica, Viver, El Toro, Caudiel. Combate directo. Estrategias militares. Aeródromos.

Artículos



NODOS XYZ. PRESENTACIÓN RUTAS LÍNEA XYZ Casa de los Caracoles, Castelló 10 de julio de 2018 D. 25

Los tres nodos están interrelacionados y facilitan la visita escalonada del público interesado. Los nodos cuentan con las siguientes características:

- Tienen un relato común en el espacio y un contenido específico en el nodo
- Son complementarios
- Cuentan con lugares que «tienen que ser visitados»
- Incluyen un itinerario urbano o interurbano
- Disfrutan de rutas a los parajes
- Disponen de una carta de actividades, principales y derivadas. Actividades complementarias medioambientales, etnológicas...
- Disponen de guías de turismo o de acceso a tecnologías, que facilitan información turística y cultural necesarias

Cada nodo turístico tiene que contar con al menos una puerta de entrada. La puerta de entrada no tiene que coincidir necesariamente con la existencia de vestigios patrimoniales. La puerta de entrada se establece atendiendo a:

- La garantía de una movilidad eficaz y eficiente a lugares del nodo (rutas de acceso)
- La existencia de oficinas de información turística
- La existencia de una oferta turística suficiente en alojamiento, restauración

Artículos



DÍPTICOS RUTAS. Convenio FVMP – Agència Valenciana del Turisme 2017 Contato UJI 2017

7.1. Rutas, itinerarios de la Memoria

Durante la primera fase, el equipo de la UJI dirigido por Rosa Monlleó (33) se marcó unas pautas y se crearon 3 rutas como muestra; una de cada nodo: Valle del Palancia, Serra d'Espadà y la Plana.

Durante la segunda fase se amplía la oferta hasta un total de 15 rutas:

- Torás: Refugios de Peñarroya.
- Teresa: Cinturón defensivo al sur de Teresa.
- Viver:
 - búnkers franquistas al Ragudo
 - Fortificaciones republicanas del entorno de Viver
- Jérica:
 - Trincheras de la Vegatilla
 - Línea de la Mola-Aceitenebro desde Novaliches
- Gaibiel: Línea de la Mola-Aceitenebro al término de Gaibiel.
- Alcúdia de Veo: Fortificaciones de «Las Tetas» y ascenso a la Ràpita.
- Aín: Los parapetos-trinchera del Gurugú o Ventana y Peña Pastor.
- Valle de Almonacid: Parapetos de la Costalata.
- Eslida: El Benalí, Puntal del Aljibe, la Costera y el búnker de Eslida.

Artículos

- Xóvar: Fortificaciones en la Nevera, el Castillo de Castro, el Taraguan y la Cruz.
- Alfondeguilla: La XYZ a la altura de Alfondeguilla.
- La Vall d'Uixó: búnkers y trincheras en el entorno de la Vall d'Uixó.
- Almenara-la Llosa: Castillo y búnkers en la zona de los Estanys.

Además de estas, se estudia la posibilidad de crear una ruta transversal sobre la línea XYZ, para los amantes de los largos recorridos a pie, una ruta ciclista para visitar los búnkers de la Plana y una ruta que enlace los vestigios visitables en automóvil.

Así mismo, algunas cuestiones están sobre la mesa. Por un lado, se tiene que garantizar que el camino sea transitable, tanto por el estado de conservación, por el control de la vegetación y por la cuestión de la propiedad privada. Si se cree necesario, los recorridos marcados en las rutas se pueden modificar y se pueden incluir nuevos puntos de interés. Por otro lado, las rutas necesitan una señalización, y un paso previo es el de realizar una propuesta de homogeneización. Para ello se tiene que crear un logotipo distintivo para las Rutas de Memoria, que aparecerá en los paneles y en todo el material divulgativo. También se tienen que escoger unos colores con lo que se marcarán los senderos y el modelo que tienen que tener los paneles y señales de dirección. Una vez creado un modelo se procederá al diseño y redacción de los paneles, que constarán de tres niveles de lectura.

Son cinco las líneas de trabajo puestas en marcha: trípticos, mapa, página web, libros de rutas y libro divulgativo de la Batalla de Levante y la XYZ.

Durante la primera fase se crearon los primeros trípticos, el primer libro de rutas y la página web. Para la segunda fase se amplía la oferta de rutas, y además se crea un libro divulgativo y un mapa turístico de ubicación de las rutas.

Cada ruta tiene un tríptico con información muy básica: algunas fotos, el mapa, una breve explicación y un código QR que enlaza con la página web. El mapa turístico tendrá marcadas todas las rutas en su ubicación, así como la ubicación de las empresas patrocinadoras, mientras que en el reverso se dará una breve descripción de cada ruta.



POSICIÓN DE RESISTENCIA (COTA 850). Esteban Clemente <http://www.senderosconhistoria.com/posicion-de-resistencia-cotas-850-las-tetas/>

Artículos

En los libros de rutas la información es más detallada, pues se añade una explicación detallada de la ruta y el número de fotos es también mayor.

Se están realizando tres libros de rutas, uno por cada nodo:

Nodo 1 – Valle del Palancia: Torás, Teresa, Viver (dos), Jérica (dos) y Gaibiel.

Nodo 2 – Serra d’Espadà: Alcúdia de Veo, Aín, Valle de Almonacid, Eslida, Xòvar y Alfondguilla.

Nodo 3 – La Plana: la Vall d’Uixó, Almenara - la Llosa más información complementaria.

La página web www.liniaxyz.com tiene el patrocinio de la FVMP y Turismo Comunidad Valenciana y está elaborada por la UJI. En la página web se ofrece toda la información disponible sobre cada ruta, tal como marca el modelo de las rutas ya creadas durante la primera fase. El diseño es sencillo y amigable, así como adaptable a todos los dispositivos. En la página de inicio se muestran miniaturas de todas las rutas y un pequeño texto. Al abrir cualquiera de ellas accedemos a toda la información detallada, una selección de fotografías, enlaces para descargar las rutas en GPX y KMZ, así como un enlace a un mapa interactivo de Google Maps en el que figura el trazado de la ruta y los puntos de interés con fotografías.

Finalmente, el libro divulgativo de la línea XYZ y la Batalla de Levante estará redactado por el especialista Vicent Grau Reig (34). Hay que especificar que la primera versión de todo el material divulgativo estará íntegramente en valenciano, pero se prevén traducciones al castellano, inglés y francés.



PLAN DE TRABAJO. COMUNICACIÓN.

Memoria del Convenio Agència Valenciana del Turisme – FVMP. UJI 2017 Contrato

Artículos

El plan de trabajo contempla una serie de medidas que se van implementando y retroalimentando entre si, y están dirigidas a la divulgación del patrimonio bélico:

a) Actividades

- Congresos y conferencias
- Formación del Profesorado: CEFIRE
- Actividades didácticas para escolares. Visitas guiadas
- Certámenes literarios
- Concurso de fotografía, audiovisuales, pintura, carteles
- Marchas senderistas. Carreras de montaña
- Presencia en TV y radio

b) Publicaciones

- Folletos informativos: tríptico global, trípticos por nodo, de cada centro de interpretación, de puntos clave
- Mapa XYZ
- Libro de publicación sería enfocado al turismo (alrededor de 50 páginas)
- Artículos en medios

c) Internet y redes

- Web: www.liniaxyz.com
- Descarga de folletos en PDF
- Mapa interactivo y rutas (wikiloc)
- Difusión de actividades
- Contacto. Promoción de servicios turísticos
- Facebook, Twitter...

El conjunto de actuaciones de todo tipo se asienta sobre un relato histórico científico, contrastado y riguroso en el que la documentación de archivos, en cualquier soporte, alcanza un valor decisivo. La Ley de memoria democrática y por la convivencia (35) podría ser el punto de partida para que la Generalitat acometa una política archivística como eje básico de su protección de la memoria con una dotación presupuestaria suficiente (36).

Artículos



DOCUMENTO POSICIONES, <http://muntanyesdelaguerra.blogspot.com/2010/03/las-trincheras-de-villamalur-280310.html>

Es necesario ser consciente que el Estado con sus sistemas de archivo ya no dispone del monopolio sobre lo que se recuerda y lo que se olvida, sino que esto ha pasado en otros lugares, físicos o virtuales, donde se gestiona la memoria (37).

Y es provechoso tener presente que la sociedad está viva y que los cambios del entorno son permanentes. El diseño inicial de actuaciones que compilan la documentación tiene que saber adaptarse a esos cambios. La colaboración interinstitucional, la captación de donaciones y el refuerzo de los vínculos emocionales o ideológicos... son también cuestiones relevantes (38).



COLECCIÓN DETRÁS DEL ESPEJO. Fondo familiar privado Eugeni De Manuel Giménez (1999)

Artículos

7.2. Centros de interpretación

Los centros de interpretación (CI) son espacios físicos en los que se comunica el hecho histórico, su dimensión, actores y acontecimientos en el territorio. Pueden albergar exposiciones y generar actividades de difusión, atención y orientación al público interesado.

Los CI están diseñados, deliberadamente, siguiendo las siguientes premisas que se consideran básicas:

1. Son contenedores culturales complementarios a museos y con una idiosincrasia propia. No son museos o colecciones museográficas que están sujetas a unas rigurosas exigencias normativas (39) y requisitos de espacio y funcionamiento (metros cuadrados útiles, titulación del personal, horario de apertura al público...).
2. Con independencia de su tipo de gestión (pública, privada, asociación memorialista...) tienen que contar con un explícito espaldarazo institucional multinivel, para tratar de evitar casos no deseados como el relativo al The Peenemünde Historical Technical Museum, y practicar la gobernanza colaborativa con la participación de asociaciones ciudadanas (40).
3. Tienen que servir para hacer aflorar materialidades culturales (documentación, objetos muebles, cascos, armamento, uniformes...) en poder de particulares y fruto, en unas ocasiones, de herencias familiares o cesiones de amigos, y en otras, del saqueo más o menos sistemático del territorio.

El aval institucional a los CI favorecerá la recopilación de esas materialidades culturales y su exhibición para conocimiento público.

La FVMP dispone de un modelo tipo para CI elaborado de forma profesional (41) a través del Convenio Agència Valenciana del Turisme-FVMP 2017. El modelo está a disposición de los agentes que estén interesados en poner en marcha los CI.



Artículos



1. ANTECEDENTES

La Red de Municipios por la puesta en valor de la Memoria Histórica tiene como objetivo esencial configurar en la FVMP y con ámbito autonómico un foro estable de debate, análisis, intercambio de experiencias y consulta de la problemática de las iniciativas municipales de recuperación de la memoria histórica y su puesta en valor.

Forman parte de la red 70 municipios de la Comunitat Valenciana, entre ellos las ciudades de Alicante, Castellón, y Valencia.



Además de los Ayuntamientos, integran la red de Memoria Histórica las Consellerías de Cultura y Justicia de la Generalitat Valenciana, el Consell Valencià de Cultura y la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica.

CENTROS DE INTERPRETACIÓN PGTurística 2017 Memoria del Convenio AV del Turisme-FVMP. Contrato.

En los municipios puerta de entrada podrían situarse CI. Sería adecuado un centro de interpretación (CI) por nodo. La ubicación de los centros de interpretación dependerá de la voluntad y disponibilidad de las entidades locales. Consta el interés de los ayuntamientos de Nules, Benlloch, Almenara y Altura para situar en su término municipal un CI.



Las Tetras, Escenario de Guerra.

<http://caminandoconcarlos.blogspot.com/2012/03/las-tetas-escenario-de-guerra.html>

Artículos

La experiencia en países europeos nos comunica que la interpretación de los vestigios y del espacio es la parte más relevante en el conocimiento público de los residentes y en la configuración del producto turístico.

No son necesarias grandes inversiones en obra. No se trata de rehabilitaciones. La inversión se tiene que dedicar al relato y a la puesta en escena en el lugar y con el/la intérprete (guía turístico...), siguiendo patrones profesionales. Trasladar información y transmitir a los visitantes sensaciones de los acontecimientos acaecidos.

Todo esto sin gran aparato, con compostura y acierto. Se trata de situar al visitante en la con-tienda para que, según su vivencia personal, saque sus propias conclusiones, si así lo desea.

8. Traslación en otros espacios del País Valenciano

El proyecto europeo *Landscapes of War* (2006-2009, Cultura 2000) supuso el trabajo conjunto de instituciones gubernamentales, universidades y entidades de Italia, Alemania, Francia, Gran Bretaña y España, sobre los conflictos bélicos del siglo XX. Los socios españoles fueron la FVMP (vicepresidencia del proyecto) y el Consell Valencià de Cultura. Significó, con la aplicación de una metodología común, el primer inventario del patrimonio bélico en el País Valenciano, la realización del Congreso Internacional (28 y 29 de mayo 2009, València) con ponencias y comunicaciones de relevancia local, y sobre todo la transferencia de sistemas de actuación y puesta en valor para conocimiento público de los vestigios existentes.

Paisajes de Guerra también abordó la realización de unidades didácticas, dirigidas sobre todo al ámbito educativo. Las unidades didácticas se realizaron sobre la línea fortificada XYZ: zona de combate directo (trincheras y construcciones bélicas en Viver, Castelló. Trincheras y construcciones bélicas frente a frente. Paraje de las Dos Tetas. Serra d'Espadà).



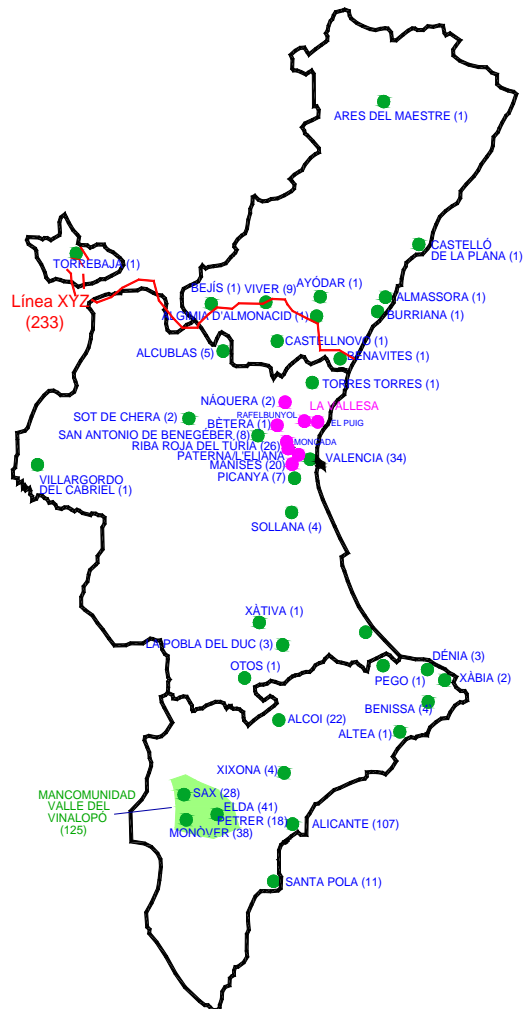
La recopilación del patrimonio bélico, realizada a través del formulario del proyecto fue re-llenado por los municipios y asociaciones locales, y dio un resultado notable.

En el mapa adjunto se visualizan los municipios con el número de recursos.

Cabe destacar la desinteresada e inestimable colaboración de la Asociación para la Recupera-ción de la Memoria Histórica del Alto Palancia, que junto a municipios recopiló 233 recursos de la Línea XYZ.

La Mancomunidad de la Vall del Vinalopó recopiló 129 recursos y el Ayuntamiento de Ali-cante, 107.

Artículos



La recopilación generó el convencimiento de la necesidad de proteger ese patrimonio cultural, como se mostró en varios foros e iniciativas, tanto desde el ámbito técnico de la FVMP como en la Comisión de Legado del Consell Valencià de Cultura (42).

Y también abordó tres ejemplos más en el País Valenciano:

Artículos

LINEA XYZ. BATALLA DE LEVANTE

LANDSCAPES OF WAR

PAISAJES DE GUERRA



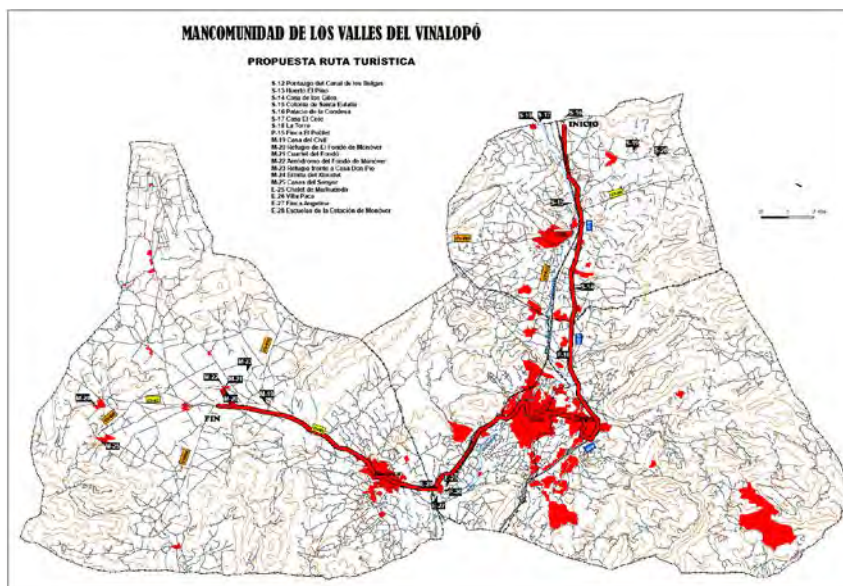
La **Unidad Didáctica** contempla los siguientes ejemplos:

1. **La línea fortificada XYZ: zona de** Combate directo
 2. Trincheras y construcciones bélicas en Viver...
 • Trincheras y construcciones bélicas frente a frente. Paraje de las dos tetas. Sierra de Espadán.
2. **La línea de defensa inmediata de Valencia: una línea defensiva de** Retaguardia
 Los bosques de la Vallesa de Mandor, en los términos municipales de Paterna y L'Elia. • La Montaña de 'la Patà' en El Puig.
3. **Los refugios antiaéreos: la** Protección de la población civil **en las ciudades valencianas**
 • Visita al refugio antiaéreo de la Guerra Civil española 'Cervantes' en Alcoi
 • Visita a la ruta de los refugios antiaéreos de la Guerra Civil en la Pobla del Duc
4. **Lugares de acogida en el Valle del Vinalopó: la** Cara humanitaria **del conflicto**
 • Conocer el proyecto cultural y turístico 'Territorio de acogida' de la Mancomunidad Intermunicipal del Valle del Vinalopó (Elda, Monovar, Petrer y Sax)
 • Visita a diversos paisajes de guerra relacionados con el final de la Guerra Civil española en la comarca del Vinalopó y con su función de territorio de acogida.

MEMÒRIA CASTELLANO VALENCIANO INGLÉS FRANCÉS ALEMÁN ITALIANO



Cuatro unidades didácticas *Landscapes of War*.



Propuesta de ruta unidad didáctica *Landscapes of War*. Lugares de acogida Valls del Vinalopó

Las cuatro unidades didácticas (43) están redactadas en castellano, valenciano, inglés, francés, alemán e italiano.

Artículos



Cartel exposiciones *Landscapes of War*

The image shows a page of additional information for the exhibition "LANDSCAPES OF WAR". The title is in a stylized, jagged font. Below it, the subtitle reads "MATERIAL ADICIONAL". The page is divided into two sections: "Información complementaria" and "Material para el profesor para preparar la visita y el estudio de dos paisajes de guerra de la Línea de defensa inmediata de Valencia". The first section contains two bullet points with links to PDF files: "Líneas defensivas de retaguardia .pdf" and "La Línea El Puig-Cara-sols: una línea de retaguardia y un ejemplo de ruta turística .pdf". The second section contains two bullet points: "Los bosques de la Valles de Mandor, en los términos municipales de Paterna y L'Eliana" and "La Montaña de 'la Patà' en El Puig". At the bottom right, there is a small text "[date // presentation title]" and a page number "13".

MATERIAL PARA EL PROFESORADO. Unidad didáctica

Artículos



Casi todos los refugios valencianos se mantuvieron en pie durante la Segunda Guerra Mundial, pero a partir de los años 50 empezaron a ser demolidos. Con frecuencia, la demolición fue parcial. Se derribaba sólo la parte superior, caso de existir, y las dependencias quedaban intactas bajo el asfalto. Eso ha permitido redescubrir algunos que no estaban documentados o cuyo recuerdo se había perdido.

Algunas poblaciones y ciudades valencianas han conservado y rehabilitado refugios civiles de la época de la Guerra Civil. El caso paradigmático es el de Alcoi, que ha rehabilitado el refugio Cervantes, uno de los 25 con que llegó a contar la ciudad, para albergar una exposición permanente que recrea mediante fotografías y documentales de testimonios directos la vida diaria en la Guerra.

Otro ejemplo es La Pobla del Duc, que ha rehabilitado los dos refugios militares antiaéreos del aeródromo de Missana, construido por el ejército republicano en la primavera de 1938, y los ha integrado en una ruta cultural y turística.

Antiguo refugio existente en la Plaza del Carmen de Valencia durante la Guerra Civil española (arriba), acapillamento demolido (abajo).
(Fuente: Archivo Histórico Municipal de Valencia y CHC)

[date // presentation title] -- // 17

Muestra MATERIAL PARA EL PROFESORADO. Unidad didáctica

RECOPILACIÓN INFORMATIVA. INVENTARIO Y BASES PARA LA CATALOGACIÓN DE LAS MANIFESTACIONES CULTURALES (PATRIMONIO MILITAR Y DE USO CIVIL) DE LA GUERRA CIVIL ESPAÑOLA EN LOS MUNICIPIOS DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

PROYECTO CULTURA 2000

Perspectiva

- Paz
- Participación Democrática
- Libertad
- Tolerancia

➔ **Educación para la ciudadanía democrática**

Fecha de inicio Proyecto: 26 de junio de 2006.
Fecha de finalización del Proyecto: mayo de 2009.

fvmp@fvmp.es Octubre 2006

PAISAJES DE GUERRA. Presentación Comité de Expertos 2006. D.3

El conjunto de recursos recopilados, las exposiciones realizadas (8 en 2008: Viver, Onda, Alcoi, Elda, València, l'Elia, Montcada, el Puig, con un total de 33.130 visitantes; 14 exposiciones más en 2009), así como las Conclusiones del Congreso Internacional Final del proyecto que se realizó en València los días 28 y 29 de mayo de 2009, fueron remitidos al titular de la Consellería de Educación y Cultura, que obtuvieron como respuesta el silencio administrativo.

9. Conclusiones

Los vestigios patrimoniales de la Línea XYZ y la historia de la Batalla de Levante (1938) son una verdadera oportunidad para el desarrollo económico sostenible de las comarcas del sur de Castelló y norte de la provincia de València.

Es posible acoplar el memorialismo democrático con el uso turístico del patrimonio civil y militar del conflicto. Hablamos de un turismo responsable y respetuoso. Los lugares del espacio XYZ albergaron sufrimiento, esperanza, anhelos, heridas y muerte. El conocimiento público es deseable tanto para los residentes como para los turistas. El turismo de paisajes de guerra (II Guerra Mundial) es una firme realidad en otros países de la Unión Europea.

La elaboración del producto turístico MEMORIA se está desarrollando sobre bases sólidas. Inventariados los recursos y dotados de la figura de protección patrimonial como BRL, se abre el camino de configurar el producto animando a la iniciativa privada a su comercialización.

El papel de la Administración pública ha sido y es esencial. Los desarrollos normativos (44) en el ámbito de la memoria democrática, en la consideración del patrimonio bélico como patrimonio cultural potencialmente protegido, y en el requisito y obligación de identificación conservación y promoción de los recursos de primer orden para ser reconocido como municipio turístico estatutario, muestran una contrastada sensibilidad institucional. Turisme Comunitat Valenciana y la FVMP han financiado durante 2016, 2017 y 2018, y la Dirección General de Reformas Democráticas en 2018, una serie de actuaciones que han conducido a que, principalmente, la Universitat Jaume I confeccionara un relato científico sobre el que se sustenta la elaboración del producto, y diseñara rutas e itinerarios de memoria.

Una tarea esencial por parte de los ayuntamientos consiste en el inicio de declaración de los vestigios como BRL. A tal fin se está redactando una guía que facilite el proceso. La labor de la Agencia, a través de Creaturisme, es fundamental para conducir con éxito todo el proceso.

La definición en el espacio XYZ de tres nodos turísticos complementarios ayuda a la diversificación y especialización de actuaciones mejorando las experiencias turísticas en el territorio. El establecimiento de centros de interpretación, con un modelo homogéneo y con contenidos complementarios, significará la visualización de actividades que tienen que ser retroalimentadas y vertebradoras.

La localización de los centros de interpretación, su tipo de gestión multinivel, la señalística homogénea, el mejor conocimiento de la demanda... son tareas que se tienen que abordar en el corto plazo.

El uso de las nuevas tecnologías y redes sociales se muestra útil en la configuración del producto, su promoción y comercialización.

La experiencia se puede trasladar, sobre materiales elaborados, a otros espacios del País Valenciano, en los que el 1 de abril de 1939 finalizó en el puerto de Alicante, oficialmente la Guerra Civil española: y 4 meses justos después se inició la II Guerra Mundial con la invasión alemana de Polonia (dimensión internacional del conflicto).

Artículos

Bibliografía

- (1) MONLLEÓ PERIS, Rosa; OLIVER EXPÓSITO, David, FORNAS PALLARÉS, Alfredo (Eds.) (2017): Nules, un municipio estratégico en la Batalla de Levante. Universitat Jaume I.
- (2) FUERTES PALATSÍ, Juan Francisco y MALLECH SANZ, Carlos (2013): La batalla olvidada. Vila-real, editorial Divalentis.
- (3) Memoria justificativa Convenio 2018 DG Reformas Democráticas-FVMP. "Itinerarios Didácticos puesta en valor del Patrimonio vinculado a la Línea XYZ (Batalla de Levante) en las comarcas del sur de Castellón". UJI (BADENES-GASSET RAMOS, Inmaculada; MONLLEÓ PERIS, Rosa; FORNAS PALLARÉS, Alfredo; ALCÓN SORNICHERO, Eva; GRAU REIG, Vicent; MEDALL CHIVA, Ivan; OLIVER EXPÓSITO, David; SAURA GÓMEZ, David); p.14.
<http://www.fvmp.es/wp-content/uploads/2018/11/memoria-justicia-2018-dgrd-definitiva.pdf>
- (4) JUAN NAVARRO, Ramón (2010): Resistir es vencer. El frente de Vivero en la Guerra Civil española. Ed. Lulu.com.
- (5) Archivo General Militar de Ávila, C.343, Cp. 10, Sr. 1/12.
- (6) GALDÓN CASANOVES, Edelmir, MALLECH SANZ, Carlos [et. al.] (2011): La guerra Civil en el alto Palancia. La comarca en la defensa de Valencia (1938). ICAP.
- (7) VICENTE MARCO, Blas y MALLECH SANZ, Carlos (2016): «La fortificación de Campaña: la Línea XYZ». En: Revista ares, nº 49. Valladolid. Galland Books. «La fortificación de Campaña: la fortificación nacional». En: Revista ARES, nº 50. Valladolid. Galland Books.
- (8) BEEVOR, Antony (2005): La Guerra Civil española; p. 546. Barcelona, Crítica.
- (9) MALLECH SANZ, Carles, (2014): «El patrimoni militar de la Guerra Civil a la Plana Baixa». En: revista Saó, nº 392. València. SAÓ edicions.
- (10) RUIS LÓPEZ Juan José (2018): Los vestigios de la Guerra Civil en Chelva, Ed. Ayuntamiento de Chelva- Museo Arqueológico de Chelva.
- (11) Proyecto UE CULTURA 2000 Paisajes de Guerra: mejora del conocimiento público a través de la compilación e inventariado del patrimonio bélico del siglo XX en la Unión Europea. Recopilación informativa. Inventario y bases para la catalogación de las manifestaciones culturales (patrimonio militar y de uso civil) de la Guerra Civil española en los municipios de la Comunitat Valenciana. (2006-2009). Socios Europeos: Estado Español: FVMP - Consell Valencià de Cultura. República Federal de Alemania: Hansestadt Rostoc. Reino Unido: English Heritage, government's statutory adviser on the historic environment, Coventry University. República de Francia: Centre de Conservation du Libre. República de Italia: Regione de Calabria, CONISMA, Consorcio nacional interuniversitario para la ciencia del mar. Bluimage Production. DE MANUEL ROZALÉN, Eugeni Josep, Steering Committee. Presentación Proyecto octubre 2006. Fondo Documental FVMP.
<https://www.filmac.com/desarrollo-web-landscapes-of-war/amp/>

Artículos

- Arqueología de la guerra <http://guerraenlauniversidad.blogspot.com/2009/05/congreso-internacional-landscapes-of.html?m=1>
- (12) PORTER, Michael E. (1998): "Cluster and the new economics of competition". London. Harvard Business Review, p. 77-90. Aplicabilidad: SERRET ÁLAMO, Daniel. (2011): Estudio de la competitividad de clústeres: el caso de clúster TIC 22@
- (13) BAÑÓN, Rafael y CARRILLO, Ernest (1992): Tipología de Municipios de la Comunidad Valenciana. 2ª edición. FVMP, Publicaciones nº 8. Actualización de datos. Banco de Datos Municipal, ARGOS http://www.argos.gva.es/bdmun/pls/argos_mun/dmedb_util.indexc
- (14) TURISME COMUNITAT VALENCIANA. Registro de empresas turísticas http://www.turisme.gva.es/opencms/opencms/turisme/es/contents/tramitacion/listado_empresas/listado_empresa.html
- DE MANUEL ROZALÉN, Eugeni J., Máster Administración de Empresas especialidad en gestión de empresas hoteleras. Marketing, p. 23 y ss. UJI (2005, 2006, 2007).
- (15) CÁTEDRA INTERUNIVERSITARIA DE MEMORIA DEMOCRÁTICA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA. <http://www.justicia.gva.es/es/web/reformas-democraticas-y-acceso-a-la-justicia/catedra-interuniversitaria-memoria-democratica> <https://www.uji.es/institucional/estrategia/plans/comunicacio/patrocinimecenatge/comcolaborar/catedres/empresa/catedramemoria/>
- (16) GRUP, D'ACCIÓ LOCAL CASTELLÓ SUD 14-20. 5 GAL en Castelló, 4 en València y 2 en Alicante. Ayudas desarrollo local participativo <http://www.agroambient.gva.es/es/web/desarrollo-rural/leader2> http://www.gva.es/va/inicio/procedimientos;jsessionid=rX9kckvQTJVQ18zTVcyyQhHt5pWHP7zjrGYKlgg-8QjF6nTDjPrIV!1441843528!1545891664059?id_proc=19400
- (17) RED DE MUNICIPIOS PARA LA PUESTA EN VALOR DE LA MEMORIA HISTÓRICA <http://www.fvmp.es/temas/memoria-historica/> Sesiones: Segorbe (2016), Elda (2016), Chelva (2016), Ontinyent (2017), Alicante (2017), Vila-real (2018), Paterna (2019). MEMORIA FVMP (2015 – 2017), p. 39. DE MANUEL ROZALÉN, Eugeni J., Red de Municipios para la puesta en valor de la Memoria Histórica. La Memoria democrática en la Comunitat Valenciana: Estado de la cuestión (2018) UA, p. 387 y ss.
- (18) RED DE SERVICIOS MUNICIPALES DE DESARROLLO LOCAL. MEMORIA FVMP (2015-2017), p. 40. Fruto del Convenio entre FVMP y ADLYPSE (2015).
- (19) REGLÁ, Juan (1967) El dualismo en València y sus desequilibrios. Saitabi: revista de la Facultad de Geografía e Historia, nº. 17, 1967, p. 51-69.
- (20) DE MANUEL ROZALÉN, Eugeni J. El turismo rural en el sistema turístico valenciano (2006). Turismo en Espacios rurales: 8º Congreso de turismo universidad y emprendida, p. 323-334. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2238314>
- (21) DE MANUEL ROZALÉN, Eugeni J. Desarrollo integrado y Turismo Rural (2009) D. 33. Máster en Gestión Ambiental y Desarrollo Sostenible. IMEDES 13, 14 y 15 Edición (2007, 2008, 2009). Máster Universitario Internacional en Turismo y Hostelería. Universitat

Artículos

- Politécnica de València. Políticas y estrategias para el desarrollo del Turismo. D. 16 La Antigua (Guatemala) AECIT (2005 y 2006). València (2006).
- (22) DE MANUEL ROZALÉN, Eugeni J. Turismo de interior y cultura Autóctona (1994) I Jornadas sobre cultura en la Comunidad Valenciana. Consell Valencià de Cultura, p. 248-249. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6446868> La Financiación de los Municipios Turísticos. Congreso Internacional de Turismo de la Euroregión del Arco Mediterráneo. Instituto Ignasi Villalonga. Palma de Mallorca (2005).
- (23) DE ALMEIDA, Gisele I. (2018): Cambios Metahistóricos, p. 76-77, viñas, ricard (dir.). Diccionario de la Memoria Colectiva. Ed. Egedisa.
- (24) DE MANUEL ROZALÉN, Eugeni J. Distintas presentaciones. Producto turístico del patrimonio bélico Línea XYZ (Batalla de Levante) Guerra Civil española, IV Jornadas Científico-Técnicas de investigación en turismo AECIT (2017). Producto turístico del patrimonio bélico Línea XYZ. XXI Congreso Internacional de Turismo Universidad y Empresa. UJI (2018, abril). Producto turístico del patrimonio bélico Línea XYZ (Batalla de Levante). Congreso Internacional Batalla de Levante. Cátedra Interuniversitaria Memoria Democrática UJI (2018). Memoria justificativa Convenio 2018 Agencia Valenciana del Turismo, p.83-91 <http://www.fvmp.es/la-fvmp-presenta-memoria-convenio-turismo/>
Ponencia Municipalismo memorialista. El Patrimonio y la Historia de la guerra civil como a oportunidad para el desarrollo el territorio. Jornadas La defensa de València 80 años después: LIO (Lecturas del Instituto Obrero Revista de pensamiento y acción social) nº 2 (en edición).
- (25) Repercusión en diferentes medios. Entre otros:
<http://www.finanzas.com/noticias/economia/20180710/nueva-linea-convertira-patrimonio-3873479.html> ;
<https://www.levante-emv.com/cultura/2008/03/30/02inventario-guerra-civil/425682.html>
https://www.google.com/amp/s/elpais.com/ccaa/2018/07/14/Valencia/1531563883_603697.amp.html
<https://www.publico.es/politica/linea-magnot-ii-republica.html>
<https://www.google.com/amp/s/amp.europapress.es/comunitat-Valenciana/noticia-fvmp-impulsa-traves-proyecto-europeo-recuperacion-patrimonio-belico-difusion-cultural-turistica-20090528141020.html>
https://m.eldiario.es/cv/politica/patrimonio-guerra-civil-recopilara-particulas_0_852164810.html
- (26) DE MANUEL ROZALÉN, Eugeni J. (2018): El contexto turístico a escala municipal, p. 37-39. XVII Edición Curso de Especialización en Turismo Cultural. Fundación Cañada Blanch. <http://www.fundacioncanadablanch.org/curso-de-especializacion-en-turismo-cultural/>
- (27) Ley 9/2017, de 7 de abril, de la Generalitat, de modificación de la Ley 4/1998, del patrimonio cultural valenciano. Presidencia de la Generalitat Valenciana, publicada en el DOCV nº 8019 del 11 de abril de 2017 y BOE nº 112 del 11 de mayo de 2017. https://www.dogv.gva.es/datos/2017/04/11/pdf/2017_3091.pdf

Artículos

- (28) Guía para la declaración de Bien de Relevancia Local del patrimonio civil y militar de la Guerra Civil española. Memoria justificativa Convenio 2018 DG Reformas Democráticas-FVMP, p. 30-37. <http://www.fvmp.es/wp-content/uploads/2018/11/memoria-justicia-2018-dgrd-definitiva.pdf>
- (29) TURISMO CULTURAL EN LA COMUNIDAD VALENCIANA (2012) Observatorio Turístico CV. P 6; 12 y 13.
http://www.turisme.gva.es/turisme/es/files/pdf/observatorio/estudios_mercado/turismo_cultural_cv_2012.pdf
- (30) MAEIRA OCHOA, Luz (2018): p. 388-389, viñas, ricard (dir.), Diccionario de la Memoria Colectiva. Ed. Egedisa.
- (31) IVARS-BAIDAL, Josep | VERA-REBOLLO, José Fernando (2008): espacios turísticos: mercantilización, paisaje e identidad. Universitat d'Alacant.
[hilo:///C:/Users/User/Downloads/Libro%20Coloquio%20Geograf%C3%ADa-Turismo.pdf](http://C:/Users/User/Downloads/Libro%20Coloquio%20Geograf%C3%ADa-Turismo.pdf)
- (32) URRY, John, Psychology Press, (2000) Sociology Beyond Societies: Mobilities for the Twenty-first Century
<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.688.5317&recibe=recibe1&type=pdf>
SOTELO NAVALPOTRO, Jose Antonio (1991): Paisaje, semiología y análisis geográfico.
<http://revistas.ucm.es/ghi/02119803/articulos/aguc9191110011a.pdf>
- (33) MONLLEÓ, Rosa. Convenio AVT-FVMP. Contrato UJI
<http://www.fvmp.es/temas/memoria-historica/>
- (34) GRAU, Vicent. autor de la tesis Segona República i Guerra Civil a Castelló. Discurs republicà, mobilització política i sindicalisme revolucionari y uno de los mayores especialistas en la materia.
- (35) Ley de Memoria Democrática y por la convivencia de la Comunidad Valenciana. http://www.dogv.gva.es/datos/2017/11/13/pdf/2017_10176.pdf
- (36) VALLÉS CASANOVES, Santi (2018): "Els arxius de la memòria democràtica valenciana". (2018). LLIBRE BLANC DELS ARXIUS VALENCIANS. p. 85. Associació d'Arxivers i Gestors de documents valencians.
- (37) PONS, Anaclet (2018): "Entre arxivers i historiadors: reaxivant el pasat". LLIBRE BLANC DELS ARXIUS VALENCIANS. P. 358. Associació d'Arxivers i Gestors de documents valencians.
- (38) ALCARAZ RAMOS, Manuel. "Arxius, democràcia, memòria històrica: a propòsit de l'Arxiu de la Democràcia de la Universitat d'Alacant". LLIBRE BLANC DELS ARXIUS VALENCIANS. P. 53. Associació d'Arxivers i Gestors de documents valencians.
- (39) Museos y colecciones museográficas. Título IV, Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano 1 (Diario Oficial nº 3267 de 18.06.1998).
http://www.dogv.gva.es/auto/dogv/docvpub/rlgv/1998/l_1998_04_ca_l_2017_09.pdf

Artículos

- (40) DE MANUEL ROZALÉN, Eugeni J. (2011): Conflicto y técnicas de negociación y participación. El Lenguaje de la negociación, p. 187. GESTIÓN Y PROMOCIÓN DEL DESARROLLO LOCAL. Javier Esparcia Pérez, Joan Noguera Tur, M. Dolores Pitarch. Universitat de València.
- (41) SUBIRATS, Mayte. PGTurística RED CENTROS Recuperación Memoria Histórica. Memoria Justificativa Convenio Agencia Valenciana del Turisme-FVMP, p. 91-121.
<http://www.fvmp.es/wp-content/uploads/2019/01/red-centros-memoria-1.pdf>
- (42) HUGUET, Jesús y MUÑOZ PUELLES, Vicente (2008): Informe sobre la Línea Defensiva Puig-Carcassoles.
<hilo:///C:/Users/User/Downloads/INFORMO%20SOBRE%20LA%20LINEA%20DEFENSIVA%20PUIG.pdf>
- (43) UNIDAD DIDÁCTICA Paisajes de Guerra (2009). Proyecto UE CULTURA 2000. Ver (11).
http://www.fvmp.es/wp-content/uploads/2019/01/lowdvd_cvcfvmp_081030_es.pdf
http://www.fvmp.es/wp-content/uploads/2019/01/lowdvd_cvcfvmp_081030_eng.pdf
- (44) Ver (27) y (35)
Ley 5/2018, de 7 de junio, de la Generalitat, de Turismo, Ocio y Hospitalidad de la Comunidad Valenciana http://www.dogv.gva.es/portal/ficha_disposicion_pc.jsp?sig=005674/2018
La legislación sobre Patrimonio Histórico en España <https://youtu.be/0wa5vhxa8ti>

Fotografías y otras imágenes. Por número de página (P)

- P. Inicial. Exposición Proyecto Landcapes of War. Viver (2008) Fondo Documental FVMP
- P.3. La Costalata. GASCÓ, Rogelio. Fondo Documental FVMP
- P.5. Trazado Línea XYZ. MENSUA, Sergio (2017) Fondo Documental FVMP
- P.6. Memoria, desarrollo económico y vertebración. DE MANUELROZALÉN, Eugeni (2016)
- P.7. Cooperación y colaboración. DE MANUEL ROZALÉN, Eugeni J. (2017)
- P.8. 94 Municipios miembros de la Red de Municipios por la puesta en valor de la Memoria Histórica. La defensa de València 80 años después (octubre 2018). D. 8
- P.9. Actuaciones 2016-2018 Red de Municipios por la puesta en valor de la Memoria Histórica. La defensa de València 80 años después (octubre 2018). D. 10
- P.10. Línea XYZ Trazado <http://www.senderosconhistoria.com/linea-defensiva-xyz-o-matalana/>
- P.12. Sistema de actuación puesta en valor patrimonio. DE MANUEL ROZALÉN, Eugeni J. (2017)
- P.13. Debate sobre protección RMMH (2016)

Artículos

- P.14. Protección del Patrimonio. Presentación RMMH, sesión Alicante 26 de octubre de 2017
- P.16. Ruta de familiarización. La Costalata. TENAS, Antonio. ARMH Alto Palancia (2017).
- P.16. Nodos Turísticos. Presentación rutas línea XYZ Casa de los Caracoles, Castelló, 10 de julio de 2018 D. 24.
- P.17. Nodos XYZ. Presentación rutas Línea XYZ Casa de los Caracoles, Castelló, 10 de julio de 2018 D. 25.
- P.18. Dípticos Rutas. Convenio FVMP-Agència Valenciana del Turisme 2017 Contrate UJI 2017
- P.19. Posición de resistencia (Cota 850). Esteban Clemente.
<http://www.senderosconhistoria.com/posicion-de-resistencia-cotas-850-las-tetas/>
- P.20. Plan de Trabajo. Comunicación. Memoria del Convenio AV del Turisme-FVMP. UJI 2017 Contrato.
- P.21. Documento Posiciones, <http://muntanyesdelaguerra.blogspot.com/2010/03/las-trincheras-de-villamalur-280310.html>
- P.22. Colección Detrás del Espejo. Fondo familiar privado de Eugeni De Manuel Giménez (1999).
- P.23. Centros de Interpretación PGTurística 2017 Memoria del Convenio AV del Turisme-FVMP. Contrato.
- P.23. Las Tetos, Escenario de Guerra. <http://caminandoconcarlos.blogspot.com/2012/03/las-tetas-escenario-de-guerra.html>
- P.25. Recursos recopilados Paisajes de Guerra. NIEMBRO, Juan Carlos (2009). Fondo Documental FVMP.
- P.26. Cuatro unidades didácticas Landscapes of War.
- P.26. Propuesta de Ruta Unidad Didáctica Landscapes of War. Lugares de acogida Valls del Vinalopó.
- P.27. Cartel exposiciones Landscapes of War.
- P.28. Muestra Material para el profesorado. Unidad didáctica.
- P.28. Paisajes de Guerra. Presentación Comité de Expertos 2006. D.3

EL CONTROL DE LEGALIDAD POR LOS NOTARIOS, DEL ACUERDO MEDIADO, CONFORME A LOS ARTS. 25-2 DE LA LEY 5/2012 DE 6 DE JULIO Y 39 DE LA LEY 2472018 DE 5 DE DICIEMBRE DE MEDIACIÓN DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

Salvador Alborch Dominguez

Tras un proceso de mediación en el que se consigue llegar a un acuerdo, ¿qué ocurre después de disponer del acuerdo? Después de tener un acuerdo firmado de mediación, hay que elevarlo a público.

I. ¿Por qué hay que elevarlo a público? ¿Cuál es su justificación?

Porque el laudo de derecho es emitido por un profesional jurídico conocedor del Derecho; sin embargo, en la mediación no es exigible la intervención de tal profesional y la presencia de un Notario en la elevación a público garantiza que el acuerdo reúna los requisitos exigidos por la Ley, y que no es contrario a Derecho.

II. ¿En qué casos es aconsejable elevar a público el acuerdo?

Es aconsejable siempre elevar a público el acuerdo de mediación y, especialmente, cuando las obligaciones son a largo plazo o de tracto sucesivo, prorrogado en el tiempo; y ello por varias razones.

1. Porque atribuye fuerza ejecutiva: artículo 517-2º LEC y artículo 23-3, apartado 2º Ley de Mediación cuando dice: “el mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo”.
2. Garantía de conservación: por formar parte del protocolo notarial.
3. Reforzamiento del acuerdo, porque supone una renovación del consentimiento, ante Notario.
4. Reducción del riesgo de nulidad, previsto en el artículo 23-4 de la Ley al decir: “contra lo convenido en el acuerdo de mediación solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”, a saber por inexistencia de consentimiento objeto o causa.

Notas

5. Reducido coste económico en la formalización, puesto que se trata de un documento sin cuantía según la disposición adicional tercera de la Ley de Mediación.
6. Consecuencias sancionadoras graves: como la prevista en el artículo 44-2-3º de la Ley valenciana de Mediación que considera falta muy grave “la adopción de acuerdos manifiestamente contrarios a Derecho. Por tanto, con la intervención notarial en la elevación a público se puede impedir que ello ocurra.

III. ¿Cuándo o en qué momento se debe elevar el acuerdo?

Cuanto antes, con inmediatez, al calor de la satisfacción del acuerdo logrado.

IV. ¿Quién eleva a escritura pública?

Las partes, dos o más, con la copia del acta de la sesión constitutiva y de la sesión final; partes que deberán tener capacidad y facultades representativas suficientes a juicio del Notario como luego diremos.

¿Qué cuestiones nos plantea la elevación a escritura pública por las partes?:

- A. ¿Qué ocurre si una de las partes se niega a elevar a público el acuerdo alcanzado? Se debe:
 - a) Acudir a la vía judicial según previene el artículo 1279 del CC.
 - b) Protocolizar unilateralmente el acuerdo, solo a efectos de fecha fehaciente.
- B. Para evitarlo es conveniente siempre introducir en el acuerdo una cláusula de compromiso de elevación a público.
- C. ¿Cabe la posibilidad de que las partes modifiquen el acuerdo de mediación en la escritura de elevación?

Se pueden introducir modificaciones no sustanciales para adecuar el acuerdo a la legalidad; puesto que las partes son los titulares del acuerdo mediado y por unanimidad pueden cambiarlo para mejorarlo, para hacerlo más eficaz o para completar cláusulas o previsiones.

La doctrina se encuentra dividida porque hay un sector que considera que este nuevo acuerdo no tiene ya eficacia ejecutiva.

V. ¿Cuál es la amplitud y a qué se extiende el control de legalidad?

El control de legalidad recogido en el artículo 25-2º de la Ley cuando dice “para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el Notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho”; es en definitiva este artículo una transposición de lo recogido en el artículo 17 bis párrafo 2º letra a) de la Ley del Notariado cuando dice “el Notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes”.

Notas

Dicho artículo 25 está ímplicitamente recogido en el artículo 39 de la Ley 24/2018 de mediación de la Comunitat Valenciana cuando, al referirse a la ejecución de los acuerdos alcanzados y tribunales competentes para la ejecución de los acuerdos de mediación dice: “la atribución de carácter ejecutivo a los acuerdos de mediación alcanzados y la determinación de los tribunales competentes para la ejecución de los mismos se regirán por lo dispuesto en la legislación del Estado”.

Por tanto, el Notario dará fe:

1. Respecto de las partes;

- Identidad de otorgantes;
- Juicio de capacidad, que debe ser la misma que para alcanzar el acuerdo mediado y las obligaciones asumidas, por lo que la capacidad dependerá del tipo de negocio jurídico en el que se concrete el acuerdo, que normalmente consistirá en una transacción, acompañada de otros elementos adicionales o accesorios (en nuestro Derecho la transacción es considerada como un acto dispositivo: artículos 1810 y siguientes del CC);
- La legitimación o representación debe constar en documento público de acuerdo con el artículo 1280-5º del CC;

2. Respecto del contenido del acuerdo. Este debe reunir lo siguientes requisitos:

- Tratarse de materia disponible por las partes; por tanto, no puede estar sustraída a la autonomía de la voluntad (art. 2.1 de Ley de Mediación).
- Que no se trate de un supuesto de mediación excluido por la Ley: penal, con las Administraciones Públicas, laboral (art. 2.2. de Ley de Mediación).
- No puede ser antijurídico; por lo que el contenido del acuerdo no puede contravenir normas imperativas o prohibitivas y no puede ser contrario al orden público. No se puede elevar a público un acuerdo de mediación en el que se haya aceptado la polian-dria, la poligamia, la renuncia a la patria potestad, la renuncia a la herencia en vida del causante...

3. Respecto del procedimiento:

- A. El Notario debe comprobar que de las actas aportadas y de las manifestaciones de las partes resulte que en la consecución del acuerdo se han respetado los principios de la mediación y que el acuerdo ha sido adoptado con información suficiente y libertad, es decir, sin vicio de consentimiento de ninguna de las partes por error, violencia, dolo o intimidación.
- B. El Notario debe verificar que se celebró y documentó la sesión constitutiva y la sesión final y que se formalizó el acuerdo de mediación.

Notas

Ello nos plantea las siguientes cuestiones:

- a) ¿Qué ocurre si no existe acta de sesión final pero sí existe acuerdo? Creo que la existencia de la sesión final reflejada en el acta correspondiente y la voluntad de las partes al acuerdo alcanzado es requisito sustantivo, formal e indispensable en el control notarial de legalidad del proceso acogido a la Ley.
- b) ¿Qué ocurre si no existe acta final pero sí acuerdo posterior que se eleva a escritura pública? Creo que en este caso, para que el título lleve a aparejada ejecución, no se aplicaría lo previsto en el art. 517-2º de la LEC cuando se refiere a “los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de Mediación de asuntos civiles y mercantiles”, sino que se aplicaría el 517-4º cuando se refiere a “las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda, que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con la citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes”.
- c) ¿Qué ocurre si se niega a firmar el acta final y suscribe el acuerdo en total conformidad con los consensos alcanzados en la sesión final y expresada en el acta? Creo que si se eleva a público está amparado por la Ley de mediación: art. 22-3º párrafo 2º cuando dice: “el acta deberá ir firmada por todas las partes y por el mediador o mediadores y si entregará un ejemplar original a cada uno de ellas. En caso de que alguna de las partes no quisiera firmar el acta, el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen”.
- d) A nuestro juicio no constituyen defectos para autorizar la escritura pública los siguientes:
 - Inexistencia o falta de acreditación de solicitud formal para el inicio de la mediación;
 - Inexistencia o falta de acreditación de la sesión informativa prevista en el artículo 17 de la Ley;
 - Omisión o consignación defectuosa de los requisitos formales del acta de la sesión constitutiva prevista en el artículo 19, ya que se trata de requisitos establecidos en garantía de los Mediados, libremente renunciable. Lo que no parece preterible es la copia del Acta inicial, ya que contiene la concreción de los elementos personales, objetivos y territoriales de la mediación.
 - La omisión de toda referencia a las sesiones intermedias.
 - Referencia al coste de la mediación o al pago de honorario.
 - Incumplimiento del plazo inicialmente acordado para la duración del proceso de mediación.
 - Duración de lapso entre sesión final y el acuerdo de mediación.
- C. El Notario debe explicar a las partes las reservas y advertencias legales, indicándoles las consecuencias derivadas del otorgamiento notarial, de todo tipo: civiles, fiscales... (es decir, de las obligaciones que las partes contraen).

Notas

- D En la escritura de elevación a público cabe que exista un contenido atípico, como puede ser la liquidación del régimen económico-matrimonial, la adjudicación de inmuebles y asunción de deudas hipotecarias, la extinción sobre vivienda unifamiliar...

VI. Carácter de título ejecutivo de la escritura pública

La elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, le atribuye fuerza ejecutiva siempre que tenga contenido obligacional.

De acuerdo con la LEC se asimila el acuerdo de mediación elevado a escritura pública, al laudo arbitral y a la sentencia judicial, y así viene recogido en los siguientes preceptos:

- Artículo 517, que equipara los tres supuestos.
- Artículo 518, que fija la caducidad de las acciones a los cinco años.
- Artículo 548, que regula el plazo de espera de la ejecución.
- Artículo 566, que regula la oposición a la ejecución.
- Y artículo 580, que dispensa del requerimiento de pago a los títulos ejecutivos que consistan en resoluciones judiciales, arbitrales y acuerdos de mediación.

Finalmente, tenemos que señalar que el Notario tiene amplia libertad y flexibilidad para cumplir el mandato de verificación de los requisitos legales, pero lo que no puede es dejar de hacer ese cumplimiento.

LA MEDIACIÓN PENAL. JUSTICIA RESTAURATIVA Y POLÍTICA CRIMINAL

Fernando Carceller Fabregat

RESUMEN: Con este trabajo pretendo dar una idea de cómo debería entenderse la Mediación Penal. En el sentido de servir como instrumento a la Justicia Restaurativa. Realizando un reducido análisis de la evolución histórica del sistema penal, del derecho comparado y de nuestro sistema penal. Intento explicar cómo debería estar regulada la mediación y qué función debería cumplir en el sistema penal.

PALABRAS CLAVE: mediación penal, justicia restaurativa, política criminal.

SUMARIO: 1. Evolución de los sistemas penales.- 2. Notas de justicia restaurativa en nuestro ordenamiento.- 3. La mediación penal.- 4. Derecho comparado.- 5.- Consideraciones finales.

1. Evolución de los sistemas penales

Durante la evolución histórica de nuestros sistemas sociales se ha venido cuestionando el modelo del sistema penal, así de la venganza privada ante un ataque al grupo o a uno de sus componentes que podía existir las sociedades más antiguas se llega, con la aparición del Estado, a un sistema en el que queda proscrita toda conducta de la víctima que tienda a tomarse la justicia por su mano. El desarrollo histórico del Estado produce de esta forma la neutralización de la víctima en el proceso .

La primera de las etapas la podemos situar en la época “pre-estatal”, en aquellas sociedades sin estructura de poder estatal, de estructura familiar o tribal, donde los conflictos interpersonales encontraban su solución en la autodefensa bien de la persona, bien del grupo o familia.

Tras estos sistemas primitivos se fue generando la idea del Estado tutelar que, asume la tarea de velar por la víctima. En esta segunda etapa, con la aparición de un poder público estatal, el conflicto se valora y se soluciona a través del prisma del poder y en función normalmente de la moral imperante en cada momento y lugar. Se da el paso de lo privado a lo público, el paso de la respuesta individual del ofendido por una agresión, a la de ser arropado por su grupo, a un modelo de respuesta colectivista.

Notas

Las reformas del proceso penal y las políticas vienen unidas históricamente, pues ambos obedecen a la cultura y valores sociales imperantes. En la época antigua correspondiente a la de los griegos y romanos, comienza a diferenciarse el derecho penal del derecho privado, se desarrolla un derecho penal que defiende los intereses del estado frente a los ataques más graves a los valores sociales, el Estado empieza a monopolizar el control de la respuesta frente a los delitos.

Tomando en cuenta los elementos romanos y canónicos imperantes en Edad Media, por la importancia y poder que ostentaba la Iglesia, nace y se desenvuelve el proceso penal común (siglo XII), debido inicialmente a la labor de los jurisconsultos italianos. Este proceso se difundió rápidamente fuera de Italia cuya característica era el ser primordialmente inquisitivo.

En España con los Reyes Católicos se unen por un lado la Iglesia, para dirigir la respuesta jurídica eclesiástica ante el delito y por otro los nobles, que deseaban crear un poder central. Y crean un sistema que monopoliza la respuesta estatal ante el delito de forma inquisitiva y que tiene una de sus manifestaciones más genuinas en la Santa Hermandad. Cuadrilleros de la Santa Hermandad que acudían para intervenir en un conflicto que no era suyo.

Durante la Edad Media a medida que el señor feudal fortalece su poder, se va haciendo más uniforme el derecho, como fruto de la unión del antiguo derecho romano y del derecho canónico. Cobra fuerza el derecho canónico, proveniente de la religión católica que se imponía en Europa por ser la religión que se había extendido junto con el Imperio Romano. El poder punitivo se ejercía en nombre de Dios. Confundió lo ilícito con lo inmoral o el pecado.

Queda así definitivamente consagrado el carácter público de la actividad represiva, y se establece que la finalidad de la pena es la expiación, es decir, la retribución del mal causado, como medio de intimidación, para que el hecho no se repita. Se ahonda en la idea de la respuesta violenta, de las penas corporales, y la pena de muerte. La pena no tiene una finalidad reparadora, se regula la sanción como necesidad de castigo frente a un determinado comportamiento que se pretende evitar en el futuro.

Más adelante al surgir la filosofía racionalista y manifestarse los impulsos de libertad que tomaron cuerpo en la segunda mitad del siglo XVIII, surgieron aspiraciones de reforma del proceso penal, que ya resultaba inadecuado a las nuevas exigencias y a la tutela de los derechos humanos que fueron reivindicados.

Con las ideas de la ilustración se empieza una etapa de humanización del Derecho Penal que acabará en la formulación de los principios y derechos fundamentales que van a llegar hasta nuestros días. De esta forma el derecho penal se centra en el trato al agresor, se tiende a que el agresor empiece a no ser brutalmente castigado, perdiendo importancia en la regulación aquél que está padeciendo los efectos del sistema, que es la víctima.

Se empieza a ver la pena desde la perspectiva de la educación. Hasta entonces las penas eran: torturas, mutilaciones y pena de muerte agravada por crueles suplicios. Existía desproporción entre el delito y la pena. Se permitía la aplicación analógica de la ley penal. El procesado carecía de defensa en juicio. Esta arbitrariedad desencadenó la reacción y surgieron nuevas ideas basadas en el derecho natural y la razón, esto se concretó en el Movimiento Filosófico de la "ilustración" donde sobresalieron Montesquie, Rousseau y otros; estas obras influyeron directamente sobre Beccaria quien en su libro de *Los Delitos y Las Penas* propugnaría

Notas

un profundo cambio, basándose en la racionalidad, legalidad de las leyes, publicidad: que solo deben ser creadas y aplicadas por el Estado, igualdad y proporcionalidad de las penas y crítica la pena de muerte. Y enfocada la justicia hacia el agresor, véase la Escuela Liberal,¹ el Positivismo,² el Finalismo,³ Teorías retribucionistas,⁴ Teorías relativas,⁵ se produce el olvido de aquel a quien teóricamente el Estado quería echar una mano: la víctima.

Siendo positiva la eficacia preventiva del sistema penal contemporáneo que permite el tránsito de la venganza privada al monopolio del Estado, estableciéndose su legitimidad mientras respete una serie de principios y derechos humanos. Se puede hacer una reflexión crítica del mismo, pues separa a la víctima del proceso penal y por lo tanto de la solución del conflicto que surge tras la comisión de un hecho delictivo, que genera en ocasiones con el proceso penal una experiencia dolorosa para las víctimas, surgiendo así lo que se conoce como victimización secundaria. Señala el sociólogo Neil Christie: “La víctima en un caso penal es una especie de perdedor por partida doble, en primer lugar frente al infractor y después frente al Estado. Está excluido de cualquier participación en su propio conflicto, el Estado le roba su conflicto. Todo es llevado a cabo por profesionales quienes a causa de su instrucción son incapaces de dejar que las partes decidan lo que crean pertinente”.

1 “Ya tenemos el derecho penal liberal construido por unos hombres que lo creen definitivo. Conviene recordar que Carrara le confía a sus discípulos el encargo de dedicarse más bien al derecho adjetivo, al derecho formal y ritual, que al derecho material, el cual creía asentado para siempre.” (Jiménez de Asúa).

2 Ante los avances de la ciencia y el afán por superar el Estado Liberal no intervencionista, buscando afrontar su ineficacia respecto al nuevo crecimiento de la criminalidad, nace el positivismo. Su idea es que la lucha contra la criminalidad debe hacerse de una forma integral permitiendo la intervención directa del Estado. Las mayores críticas contra los autores positivistas radican en el olvido de las garantías individuales, ya que su foco es la peligrosidad social del delincuente. Escuela Positivista Italiana: su fundador fue César Lombroso quien cambió el enfoque del delito como ente jurídico para dirigirlo hacia el delincuente como hecho observable. Lombroso escribió ‘L'uomo delinquente’ en 1876, colocando al delincuente como fenómeno patológico, respecto del cual sostiene la existencia de una predisposición anatómica para delinquir, por lo que afirma la existencia de un delincuente nato por una malformación en el occipital izquierdo. Para Lombroso el que delinque es un ser que no ha terminado su desarrollo embrionario. Lombroso no era un jurista, por lo que Enrico Ferri será quien le de trascendencia jurídica a las teorías de Lombroso. Ferri rotula como ‘delincuente nato’ al ‘uomo delinquente’ de Lombroso. El punto central de Ferri es que para su positivismo el delito no es la conducta de un hombre, sino el síntoma de un mecanismo descompuesto. El delito es síntoma de peligrosidad, por ello la medida de la pena está dada por la medida de la peligrosidad y no del acto ilícito. Con el ‘estado peligroso sin delito’ se quiso limpiar la sociedad de vagos, alcohólicos y todo aquel que demostrara peligrosidad predelictual. Con Rafael Garófalo se completa el trío positivista italiano, y con él queda demarcada la tesis de ‘guerra al delincuente’. Con él surge la idea de un ‘delito natural’, ya que las culturas que no compartían las pautas valorativas europeas eran tribus degeneradas que se apartaban de la recta razón de los pueblos superiores, y que eran a la humanidad lo que el delincuente a la sociedad. El delito natural sería el que lesione los sentimientos de piedad y justicia, que eran los pilares de la civilización occidental.

3 El renacimiento del derecho natural en los primeros años de la segunda posguerra, era un necesario volver a fundar el derecho penal en límites precisos y garantistas. La más modesta de todas las ‘remakes’ de la doctrina del derecho natural fue la de Hans Welzel con su teoría de las estructuras lógico reales. Se trataba de un derecho natural en sentido negativo: no pretendía decir cómo debería ser el derecho, sino sólo lo que no era derecho. A diferencia del neokantismo, para el cual el valor era lo que ponía orden en el caos del mundo y lo hacía disponible, para el ontologismo welzeliano el mundo tiene varios órdenes a los que el legislador se vincula por las estructuras lógicas de la realidad. Según Welzel, cuando se las ignora o quiebra, el derecho pierde eficacia, salvo que quiebre la que lo vincula a la estructura del ser humano como persona, en cuyo caso deja de ser derecho.

4 Nacen con Hegel y Kant, Las ideas retribucionistas actuales buscan la reafirmación del Derecho y la expiación de las penas, lo que choca con la inclusión en los Códigos Penales de figuras que acortan, evitan y permiten sustituir las penas de prisión para facilitar la reinserción social del responsable del delito buscando la no recaída en el delito (lo que son razones de prevención especial que más adelante se explican), sin embargo las últimas tendencias de reforma penal reflejan una vuelta a la retribución por incrementar la punición de las conductas delictivas, desplazando el interés por facilitar la reinserción social.

5 En este caso la pena no persigue fines absolutos de Justicia, sino relativos y circunstanciales de prevención de delitos futuros, lo que se puede alcanzar a través de dos mecanismos: A través de la prevención general la pena se dirige a perseguir fines preventivos en la sociedad en general, es decir el destinatario de estos objetivos sería colectivo ya que se pretende que los ciudadanos en general no cometan delitos, bien por la amenaza de la ley o por su carácter integrador. Y a través de la prevención especial los objetivos se dirigen individualmente al sujeto que ya ha delinquido para que no vuelva a hacerlo, y no al resto de la sociedad.

Notas

La evolución del papel de la víctima en el proceso penal, muestra la historia de la expropiación de su conflicto y de la paulatina expulsión de la misma del proceso de decisión. A partir de esa realidad, y en virtud de la necesidad de humanizar y modernizar la respuesta que supone la comisión de un hecho delictivo, resulta imprescindible reposicionar a la víctima, dándole un papel preponderante en la resolución del conflicto. Debe incorporarse la reparación a los daños causados como una vía diferente y legítima, complementaria o sustitutiva de la pena, e incluso instrumentando y regulando formas alternativas de solucionar el conflicto entre víctima e infractor, que es lo que pretende la mediación penal.

El sistema que monopoliza el Estado, de persecución y castigo del delito, empieza a verse deslegitimado, el Estado en muchas ocasiones, se muestra incapaz de dar respuesta a los conflictos que se generan. Ante esta situación las sociedades empiezan a darse cuenta que la forma actual de resolución de conflictos derivados del delito no ofrece soluciones satisfactorias, surgiendo así ideas alternativas.

Se plantea dar a la víctima de un rol de protagonismo, negado hasta ahora, dado que, como titular de un interés directo que ha sido vulnerado, no puede ser desatendido su derecho a obtener una reparación de su ofensor.

Y además en las últimas décadas se ha producido una constante revisión en el sistema de sanciones bajo la perspectiva de evaluar la legitimidad de las penas desde su eficacia punitiva y preventiva, es decir, sólo se debería calificar de legítima a aquella pena que además de ser adecuada para castigar por los delitos cometidos también lo fuera para prevenir futuras conductas delictivas.

Todo ello ha contribuido a una crítica a nuestros sistemas penales actuales, que junto al funcionamiento lento de una justicia colapsada, ha creado un sentimiento, por parte de la ciudadanía, de que el sistema penal sólo en ocasiones llega a solucionar los problemas que se le plantean. Todos los que trabajamos en el sistema penal hemos oído más de una vez a la víctima, tras la finalización del proceso, decir aquello de “ si me vuelve a ocurrir algo así, no vuelvo a denunciar”.

Se instala la percepción de que la pena impuesta al finalizar el proceso no contribuye a mejorar la situación en que la víctima se encuentra. Y surge el temor que las diversas instancias por las que debe pasar la víctima supongan un claro perjuicio económico y personal para ella, que le hacen sentir re-victimizado por el proceso penal. Esto crea un recelo en la necesidad de denunciar los hechos y en poner en marcha el engranaje del sistema penal, que probablemente no va a solucionar los problemas de la víctima y le va a generar reales perjuicios.

Ante esta compleja situación, centrar de nuevo la atención en la víctima del delito y en sus necesidades supone abrir una vía para un modelo de justicia más próximo a las personas, y en especial para aquellas que han visto alterada su vida con la comisión del delito. La incorporación de la reparación en el sistema penal constituye, más que una teoría de la pena, una verdadera orientación para todo el derecho penal, procesal y sustantivo.

Por otro lado el Estado se ve inmerso en una ineficacia del sistema penitenciario y sus penas en aras a conseguir una disminución de la actividad delictiva y en aras a conseguir la rehabilitación del delincuente. Aspectos que son los que le deben dar legitimidad para monopolizar la imposición de penas. Y asimismo las necesidades de grupos sociales afectados por el delito

Notas

y los perjuicios que les crea, tampoco se ven atendidos por el Estado a la hora de solucionar los perjuicios ocasionados por la delincuencia.

La justicia restaurativa es un nuevo movimiento en el campo de la victimología y criminología. Reconociendo que el crimen causa daños a las personas y comunidades, se insiste en que la justicia debe reparar esos daños. Para ello se considera imprescindible que víctima, grupos sociales afectados por la comisión del delito, y delincuente participen en dar una respuesta adecuada al crimen. Ellos llegan a ser el centro del proceso de justicia penal, que debe apuntar a la responsabilidad del infractor como medio de conseguir su rehabilitación, a la reparación a la víctima que será la que manifestará y exigirá sus necesidades, y a la comunidad en la medida en que se vea perjudicada por la comisión del delito.

Una de las preguntas en cualquier proceso restaurativo es “¿Qué necesita la víctima para sentirse reparada, recuperarse y recobrar un sentido de seguridad?” Las víctimas pueden necesitar información; pueden necesitar la posibilidad de expresar su ira hacia las personas que les han hecho daño; pueden necesitar la reparación de dichos daños. Tal vez los infractores también necesiten liberarse de los sentimientos de culpa y del temor; resolver los conflictos o problemas subyacentes que condujeron al delito; tener la oportunidad de reparar los daños.

La responsabilidad va más allá de que los infractores comprendan que han violado la ley y cumplan la pena, también tienen que participar en reparar el daño causado a la víctima y comprender que sus conductas que causan un perjuicio en un entorno social deben ser evitadas.

Es de esperar que los infractores expliquen su conducta, de modo que la víctima y la comunidad puedan tratar de entenderla. El delito provoca divisiones entre las personas y dentro de las comunidades. El proceso restaurativo se dirige a reconciliar a la víctima y el

infractor, y a que ambos se reintegren en la comunidad. Una de las premisas de la justicia restaurativa es que los papeles de “víctima” e “infractor” deben ser de carácter temporal y no vitalicio. Se debe guiar tanto a una como al otro hacia un futuro en que se vean liberados de rol de víctima y victimario, y que socialmente no aparezcan como tales. La criminalidad provoca perjuicios, pero al mismo tiempo la criminalidad puede poner al descubierto determinadas injusticias preexistentes. Las mismas pueden ser de carácter personal (como por ejemplo, una vieja enemistad entre el “infractor” y la “víctima” que dé lugar a una conducta criminal). También pueden ser desigualdades sistemáticas por razones de origen racial o posición económica, que si bien no justifican la conducta del infractor, deben resolverse para fortalecer a la comunidad y convertirla en un lugar justo y seguro donde se pueda vivir.

La participación de determinados grupos sociales o sus representantes dentro del proceso penal se hace evidente. Pues éstos aportarán soluciones destinadas a evitar y reparar perjuicios al grupo social, y en ocasiones participarán en la solución de las causas criminógenas, facilitando la reincorporación del infractor dentro del grupo social.

No es difícil descubrir que la Justicia Penal, entendida como Justicia Restaurativa va más allá de la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado por parte de los Tribunales. Se enmarca en algo más amplio que el Estado debe abordar y que debe entenderse como política criminal, en cuyo desarrollo deben adoptarse medidas de seguridad, medidas sociales y reformas legales, que coadyuvan a la resocialización del delincuente y a la reparación de los daños a la víctima.

Notas

El estado debe conseguir con las oportunas reformas legales, que dentro del proceso penal y paralelamente al mismo participen agentes que no sean exclusivamente los jueces, que tiendan a valorar y procurar dar respuestas a las necesidades de la víctima del delito, que sepan reordenar el proceso hacia soluciones que beneficien a la sociedad en su conjunto y asimismo trabajen en fórmulas que tiendan a conseguir la responsabilidad y la rehabilitación del infractor. En definitiva agentes que desarrollen la política criminal del estado durante el trascurso del proceso penal y cuyas aportaciones puedan tener reflejo en las resoluciones judiciales que se dicten.

Esto que parece extraño en nuestro Estado y que no se acomoda a nuestro sistema penal, no lo es tanto en la medida en que en el mismo podemos ver figuras que apuntan a la justicia restaurativa, aunque probablemente instauradas más por una influencia de otros sistemas penales que apuntan hacia la justicia restaurativa, que por una política criminal desarrollada en el sentido antes descrita.

2. Notas de justicia restaurativa en nuestro ordenamiento

Aunque sea para negar este sistema, la Ley Integral para la Protección contra la Violencia de Género se refiere de forma expresa a la mediación penal, aunque en un sentido negativo, al prohibirla en las causas que sean competencia de los juzgados especializados en la materia (art. 44-5). Cuestión esta discutible al ser precisamente en este tipo de conflictos, como ha demostrado la experiencia en otros países de nuestro entorno, donde la mediación puede tener un mayor efecto satisfactorio y reparador si se aplican las técnicas mediadoras adecuadas, aunque por supuesto adoptando las cautelas precisas como consecuencia de la particular situación en la que en cada supuesto puede encontrarse la víctima.

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito tiene como finalidad la de elaborar una regulación integral del estatuto jurídico de la víctima del delito y ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos que su condición puede generar el proceso penal, todo ello con independencia de su situación procesal. Además pretende, partiendo del reconocimiento de la dignidad de las víctimas, la defensa de sus bienes materiales y morales y, con ello, los del conjunto de la sociedad. Y todo ello en línea con la normativa europea en la materia y con las demandas que plantea nuestra sociedad.⁶ Con este Estatuto, España aglutinará en un solo texto legislativo el catálogo de derechos de la víctima, de un lado transponiendo las Directivas de la Unión Europea en la materia y, de otro, recogiendo la particular demanda de la sociedad española. Estableciendo el art. 15 de su articulado el derecho de la víctima a recurrir a los servicios de justicia restaurativa en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito

-En materia procesal: con la finalidad de que la víctima pueda mostrarse parte en el proceso y pueda ejercitar tanto la acción penal como la civil, contempla la ley procesal penal española

6 Ver exposición de motivos

Notas

el deber de informarle de ambas posibilidades. Es el denominado ofrecimiento de acciones al que se refieren con carácter general los arts. 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece el deber de los servicios sociales y demás instituciones (autoridad judicial, Ministerio Fiscal, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, oficinas de atención a la víctima, instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas) de facilitar a las víctimas de la violencia doméstica la solicitud de la orden de protección. Deben facilitar con esta finalidad información, formularios y, en su caso canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal (art. 544 ter apartado 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Y de otro lado, se establece que una de las medidas que pueden adoptarse para la protección de la víctima (la orden de protección) implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado, así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del agresor (apartado 9 del art. 544 ter Lecrim).

- **En nuestro derecho sustantivo:** el Código Penal de 1995 ha sido el primer texto jurídico penal que ha introducido en España la reparación a la víctima como elemento generador de distintas consecuencias que pueden moderar la aplicación de la pena asignada al infractor adulto. El Código Penal español recoge actualmente, en varios artículos, diferentes posibilidades de reparación, acompañada de determinados efectos jurídicos: La atenuante genérica, recogida en el art. 21.5 del Libro I del CP⁷ y las atenuantes específicas del Libro II. La genérica se aplica, de forma general, a todo tipo de supuestos o delitos en los que se haya producido la reparación en beneficio de la víctima, y la específica se aplica exclusivamente a determinados supuestos previamente tipificados en el Libro II del Código Penal.⁸

También en el Código Penal encontramos preceptos que reconocen algunos efectos a la reparación del daño que puede traducirse en el perdón del ofendido. El art. 130-5º del Código Penal determina que la responsabilidad penal se extingue por el perdón del ofendido, cuando la Ley así lo prevea. El art. 201-3 Código Penal reconoce este efecto para los delitos de descubrimiento y revelación de derechos. El art. 215 Código Penal para los delitos de calumnia e injuria. Y el art. 267 Código Penal lo prevé para el delito de daños causado por imprudencia grave.

El art. 80 del Código Penal establece la posibilidad de que el Juez acuerde la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, pero para adoptar esta resolución valorará las

7 El art. 21 regula las circunstancias atenuantes aplicables a los delitos. En su ap. 5.º establece: «La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.»

8 La parte especial del Código Penal se da entrada a algunos aspectos que dan oportunidad a la justicia restaurativa: Regula la reparación del daño causado como atenuante específica en varios supuestos concretos. En estos casos puede entenderse que únicamente entra en juego esta atenuante especial que es de aplicación preferente y que sólo se aplica en los supuestos que regula. Se trata de los siguientes delitos:

1) Delitos sobre el ordenamiento del territorio (art. 319 y ss. del CP).

2) De los delitos sobre el patrimonio histórico (art. 321 y ss. del CP).

3) De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 325 y ss. del CP).

4) De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos (art. 332 y ss. del CP).

Todos estos delitos quedan regulados en el título XVI del Libro II del Código Penal. En el último capítulo de este título («Disposiciones comunes») el art. 340 establece que «si el culpable de cualquiera de estos delitos hubiese procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los jueces y tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas».

Notas

circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

3. La mediación penal

En este contexto de Justicia Restaurativa se incorpora la mediación penal como un nuevo sistema de resolución de conflictos. La mediación, entre delincuente y víctima, introduce su diálogo dentro del proceso penal. Entendida la mediación como un proceso por medio del cual y a través del diálogo un tercero imparcial, el mediador, intenta que las partes lleguen a acuerdos que satisfagan sus necesidades.

Se trata de crear un espacio de diálogo y entendimiento entre víctima e infractor, en el cual ambos deberán mostrar sus intereses en el conflicto creado por el delito, y ambos deberán llegar a acuerdos que satisfagan esos intereses. La víctima como hemos visto debe tener un interés en verse reparada a la situación predelictual, el victimario debe tener interés en satisfacer esos intereses y en reordenar su conducta.

De esta forma, la mediación se muestra como uno de los instrumentos imprescindibles dentro de la justicia restaurativa, en cuanto mecanismo que busca respuestas positivas al conflicto, y aporta nuevas respuestas a la demanda social a través de una justicia más útil para todos, apartándose de una justicia retributiva. Con ella se puede conseguir reparar el daño y conseguir la reinserción social del infractor al hacerlo responsable de sus actos, consiguiendo, en definitiva, una justicia más efectiva que tiende a conseguir la paz social, restableciendo, en la medida de lo posible, el tejido social roto tras la comisión delictiva. Con ello, puede conseguirse la confianza de los ciudadanos en el orden penal, al comprobar su eficacia de prevención y solución del conflicto generado por el hecho delictivo.

Como señala DEL RÍO FERNANDEZ en su obra "El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad", esta filosofía se ha traducido en varias experiencias, así dice: "SEGOVIA BERNABÉ cita el Programa de Mediación Penal Comunitaria de Adultos en el seno del colectivo Apoyo de Madrid. Se trata de una intervención pluridimensional: a) política, en cuanto busca minimizar la intervención estatal, que el infractor asuma los hechos y se nivele la situación de asimetría en que presumiblemente se encontraba: por ejemplo, recuperándose de su drogodependencia; b) comunitaria, porque no está residenciada en los Juzgados, ni la realiza una empresa de servicios, sino que genera tejido social, crea sinergias, mejora la calidad de vida, etc.; c) provocativa, pues evidencia la inutilidad y costes del sistema penal y muestra sus contradicciones; d) pedagógica, ya que no es sólo ocasión de encauzar hacia un recurso terapéutico que rehabilita la causa del delito —la drogodependencia, por ejemplo— sino de ayudar al infractor a asumir las consecuencias de la infracción, poniéndose en el lugar del agredido que, a su vez, se habrá puesto también, en no pocos casos, en el suyo, y e) finalmente, reparadora, por cuanto la víctima encuentra, según los casos, una reparación patrimonial, simbólica, afectiva o explicativa del daño sufrido, amén de los efectos terapéuticos de la mediación: pérdida de miedo, reducción notable del susto y del trauma post-delictual, etc."

Notas

Así entendida la mediación, como instrumento a usar dentro de un sistema penal restaurativo. Donde no solo participa el poder judicial juzgando y ejecutando lo juzgado, sino que se entremezclan diversos agentes trabajando con la finalidad de restaurar el daño causado por el delito. Donde, por tanto, el poder legislativo regulará todo este sistema de justicia restaurativa. Los órganos judiciales aplicarán dicha legislación. Y el poder ejecutivo, aplicando también el marco legal, dotará de medios materiales y personales necesarios a este sistema dirigiendo una política criminal a través de sus agentes, que tienda a la reparación del daño, la reinserción del delincuente, la satisfacción de los intereses sociales ante la actividad delictiva y con ello la paz social.

Evidentemente que la institución de la mediación deberá estar regulada legalmente, de forma que coadyuve en el proceso penal a generar la solución más adecuada, que deberán adoptar los tribunales, y participar de esa política criminal dirigida por el poder ejecutivo.

En ese sentido la mediación penal se desmarca significativamente de otro tipo de mediaciones como pueden ser la civil, familiar o laboral. La mediación no solo va a ser útil para solucionar un conflicto entre partes, sino que va a estar dirigida y orientada hacia un finalidad de política criminal, la reinserción del delincuente. Y sus soluciones van a tener que verse reflejadas en un proceso penal, dentro del cual se decidirá, según el principio dispositivo del sistema penal que impere, el castigo penal o no del delincuente y cual debe ser la pena más adecuada a esa reinserción.

La mediación penal deber estar dirigida por una política criminal responsable que dirija toda acción encaminada hacia la justicia restaurativa. Los agentes que intervengan en ella deberán recibir instrucciones, y su actividad deberá estar regulada de forma específica tanto en su forma como en las sus consecuencias dentro del proceso penal.

Todo ello obliga a que los mediadores, que participan en esa política criminal, al igual que otros agentes implicados, como Fiscales, Letrados de la Administración de Justicia, servicios sociales, oficinas de atención a la víctima de delito, Servicios Sociales penitenciarios, etc., tengan un estatuto específico y participen de una actividad organizada dentro del poder ejecutivo tendente a desplegar la política criminal dentro del Estado.

La mediación así entendida no puede confundirse con la mediación ordinaria que pueda conseguirse entre las partes, está, evidentemente podrá conseguir un acuerdo en lo que las partes puedan disponer fuera del proceso penal. Pero nunca podrá entenderse como mediación penal, en el sentido que apunto.

Una política criminal victimológicamente orientada, criminológicamente fundamentada y socialmente avanzada debe ser capaz de hallar los elementos de conexión existentes entre la preocupación por la víctima, por el infractor y por la sociedad. La necesidad de asistir a la víctima y la de tratar al delincuente, deben inspirar al sistema. El monopolio estatal del sistema penal no cabe defenderlo ni ejercerlo como fin en si mismo, sino al servicio de la comunidad de víctimas reales y potenciales, la comunidad a cuyos intereses el Estado Social de Derecho está llamado a servir. La mediación penal no trata de reprivatizar el sistema penal, sino de hacerlo más efectivo. La mediación penal no se queda en el ámbito privado, ya que una mediación privada no puede sustituir en modo alguno al sistema estatal de persecución del delito, pero sí puede contribuir a mejorarlo haciéndolo más eficaz.

Notas

La tarea consiste en pensar qué cabe hacer para conseguir una respuesta efectiva ante el delito sin detrimento de los principios del Derecho Penal, establecidos constitucionalmente, dar satisfacción a los intereses de la víctima no constituye el fin primario del proceso penal, pero tal constatación no impide negar que tales intereses sean del todo ajenos, deben ser atendidos, al igual que el resto de principios, derechos y finalidades que rigen en el sistema penal.

El Informe del Secretario General del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, correspondiente al 11 periodo de sesiones, días 16 a 25 de abril de 2002 en Viena, de la Comisión de Prevención Del delito y Justicia Penal, ha señalado que en los últimos años, la justicia restaurativa, como enfoque alternativo de las prácticas de justicia penal, ha suscitado considerable interés en los profesionales y los encargados de formular políticas. La intención fundamental de la justicia restaurativa es reparar el daño causado y restablecer al delincuente y a la víctima, en cuanto fuese posible, a su estado anterior a la comisión del delito. Desde esa perspectiva la justicia restaurativa ofrece al proceso de justicia penal una alternativa a las modalidades establecidas de enjuiciamiento y castigo, y permite incorporar a la comunidad y a toda la sociedad en el proceso restaurativo.

Por lo tanto la mediación penal, como herramienta de la justicia restaurativa no puede ser ajena a la misma y debe participar de ella, no quedándose sólo en el ámbito de lo disponible para las partes. Abordando tareas tales como el descubrimiento de causas criminógenas, efectividad en la inserción del delincuente o en la satisfacción de la víctima, consecución de intereses sociales en la resolución del conflicto y cumplimiento del marco normativo que regula el sistema penal, que no siempre es disponible para las partes.

Así hoy es ampliamente reconocido el hecho de que una reparación voluntaria de las consecuencias del delito por parte de su autor puede cumplir en parte los fines de la pena y, simultáneamente, procurar a la víctima ventajas tangibles. El concepto de reparación también trae consigo elementos punitivos, esto es, que al autor no solo se le exige la simple indemnización del daño material sino también, más allá, prestaciones compensatorias para reparar lo que llama el Consejo de Europa, en su Decisión del año 2002 “daño delictivo ideal”. Dado que por regla general, el autor debe aportar algo más de lo que supone el daño material, debe comprender el daño que ha causado y responsabilizarse en su reparación y colaborar, en la medida de lo posible, en que dicho actuar no se reitere, también tiene lugar entonces el efecto intimidatorio. De esa forma se mezclan los elementos de la pena y la reparación.⁹

4. Derecho comparado

En Francia, como en otros países de Europa, se han puesto en marcha, a lo largo de los últimos años, nuevos recursos de justicia. Tienen el doble objetivo de proporcionar una alternativa a las penas clásicas y generar mayor eficacia en la labor de los juzgados. La “mediación penal” es uno de estos recursos: permite, resolver el conflicto personal o material entre el denunciante y el presunto culpable. Si este encuentro de intercambio llegan a buen fin, puede que

9 La Decisión del Consejo de la Unión Europea de 8.10.2002 dice que la justicia reparadora implica un planteamiento amplio donde la reparación material e inmaterial de la relación alterada entre la víctima, la comunidad y el infractor constituye un principio general de orientación en el proceso de justicia penal. Y que si bien, hasta ahora, la justicia reparadora se ha manifestado en formas diversas de mediación entre las víctimas y los infractores (mediación víctima-infractor), cada vez se aplican más otros métodos, como por ejemplo los consejos de familia.

Notas

el fiscal acuerde el archivo diligencias de investigación penales.

Este recurso del sistema penal francés, coloca a la víctima en el centro del proceso penal. Existen dos formas de mediación en el ámbito penal: Una para conflictos no judicializados y otra para asuntos que ya han tenido entrada en el sistema penal.

La primera se lleva a cabo por mediadores, compuesto por personal que trabaja para algunas asociaciones de ayuda a la víctima que han firmado un convenio con el Ministerio de Justicia para este fin.¹⁰ Este sistema surgió con la idea de evitar los atascos de la Administración de Justicia.

En la mayoría de los casos, se trata de infracciones menores que el propio Fiscal, probablemente, hubiera renunciado a perseguir, de no existir la mediación. El Ministerio de la Justicia, en Francia, ha desarrollado una política nacional de sistematización del acceso a la mediación, consiguiendo una generalización de tal calibre que coloca la mediación en el conjunto de los recursos de los que dispone la política penal para responder a todo tipo de delito, incluido los delitos menores.

La segunda forma de mediación, la intrajudicial y después de varias experiencias, la se introdujo en el Código Penal Francés por Ley del 4 de enero de 1993. El art. 41.1 del Código de Procedimiento Penal (CPP en adelante) prevé las medidas de ese tipo que el Fiscal puede elegir con un triple objetivo: asegurar la reparación de los perjuicios ocasionados a la víctima, hacer cesar los disturbios al orden público y contribuir al tratamiento social del autor.¹¹

Antes de toda decisión sobre la acción pública el Fiscal puede, si la medida puede garantizar la reparación del daño causado a la víctima o poner fin a la perturbación resultante de la infracción o contribuir a la reclasificación del autor de los hechos (art. 41 CPP). Así puede:

- Orientar a esta persona hacia una estructura sanitaria, social, profesional (por ejemplo terapias de deshabitación a dependencias o educativas).
- Pedirle que regularice su situación respecto a la ley y a los reglamentos (por ejemplo infracciones en locales de ocio por exceso de sonido, horario de apertura, etc).
- Pedirle la reparación del daño.
- Hacer ejercer una misión de mediación penal entre él y la víctima.
- Proponer un acuerdo sobre la medida a cumplir como sustitutiva de una condena penal (art. 41.2 CPP).

Al término de la ejecución de la medida si la misma ha sido ejecutada correctamente, el expediente se archiva y no se ejerce la persecución. El Fiscal puede sobreseer la persecución durante un cierto plazo de tiempo al final del cual comprobará el cumplimiento de ellas medidas adoptadas.¹²

10 Comité de Conciliation de Valence, Sos; reSSIONES-Conflicts de Paris, Comutes Comunales de Prevención del Crimen, etc.

11 Desde 1999: la ley 515 de 23 de junio de 1999 atribuyó al fiscal, en el art. 41.1 CPP, la facultad de promover un proceso de mediación entre la víctima y el autor de los hechos, antes de ejercer la acción penal, siempre con el consentimiento de las partes; esta previsión se completó con la reforma del art. 6 CPP, que estableció la extinción de la acción penal por transacción.

12 Existe una Nota orientativa del Ministerio de Justicia de 1992, que viene entendiendo la mediación para delitos menores y siempre que no haya reincidencia. Y señala esta nota:

- El Fiscal solo puede utilizar el archivo bajo condición ante una infracción penalmente tipificada y susceptible de originar un procedimiento penal.

Notas

La legislación francesa ha favorecido la creación de servicios de ayuda a las víctimas. Son aportados por asociaciones y oficinas municipales que tienen por objetivo organizar la capacidad de responder a las múltiples necesidades de las víctimas. Los servicios de ayuda a las víctimas ofrecen una acogida que integra todas las dimensiones del problema: psicológica, ayuda e información en relación a las acciones a emprender, ayudas económicas y sociales, etc. En el año 1986 se creó el Instituto Nacional de Ayuda a las Víctimas y de la Mediación (INAVEM), con la idea de generar una red nacional de servicios de ayuda a las víctimas que fuera cercana y accesible a éstas.

En Bélgica con la ley de 10 de febrero de 1994 se regula una fórmula de mediación en la fase de instrucción que implica el archivo de la causa y consiste en el ofrecimiento, por parte del Ministerio Público, al autor que previamente haya reconocido su responsabilidad en los hechos, de no continuar con el procedimiento a cambio de haber reparado el daño causado tanto en su aspecto económico como moral. Para que se aplique debe tratarse de un delito que sea sancionable con multa o pena de prisión inferior a cinco años.

Así en estos supuestos la Fiscalía puede:

- Invitar al autor a indemnizar a la víctima.
- Convocar, además al autor de los hechos y a la víctima a una mediación sobre la posible indemnización y las diferentes modalidades posibles.
- Proponer al autor de los hechos un tratamiento médico o cualquier otra terapia con una duración máxima de seis meses.
- Proponer al autor de los hechos efectuar un trabajo en beneficio de la comunidad de 120 horas como máximo, a realizar en el término de 1 a 6 meses.
- Proponer al autor de los hechos, el pago de los daños materiales ocasionados o prestar garantía con bienes de hacerlo.

Según señala GORDILLO SANTANA : Para aplicar un procedimiento en Francia de mediación penal el autor ha de ser mayor de edad penal en el momento de los hechos y reconocer su participación en los mismos. Para la mediación penal se han creado tres nuevas funciones, dependen todas las del gabinete del fiscal del Rey:

- a) A cada tribunal de primer instancia, le ha sido designado un fiscal adjunto como magistrado de enlace para la mediación penal (magistrado de mediación). Esta persona no efectúa el trabajo de mediación propiamente dicho, pero es el encargado

- El archivo bajo condición no puede aplicarse si no cuando existan hechos reconocidos por el encausado. La duda sobre la imputabilidad sólo puede dilucidarse en un proceso judicial.

- La petición de indemnización a la víctima debe justificarse y la decisión del Fiscal sobre ellas se ha de basar en esas justificaciones, a falta de estas se debe pronunciar el Juez.

- La alternativa a la persecución penal no es una pena, ello obliga a requerir el consentimiento del encausado sobre la condición que se le impone, previamente a dar este consentimiento ha de estar informado de sus derechos, entre los que se incluye el de la defensa, pudiendo solicitar el nombramiento de un abogado.

Si la medida no ha sido cumplida correctamente, el fiscal podrá ordenar una composición penal, o, continuar la acción pública, persiguiendo al autor. La composición penal consiste en proponer una o varias obligaciones al autor: pago de una multa de «composición», privación del permiso de conducir o de cazar, reparación de los daños ocasionados, ejecución de un trabajo gratuito, etc. La lista de los delitos por la que se permite una composición penal está limitada por ley a lo que se podría llamar la delincuencia urbana, algunas violencias, llamadas telefónicas malévolas, agresiones sonoras, amenazas, delitos familiares, robo simple, degradaciones, ofensa, uso ilícito de estupefacientes, etc.

Notas

de la selección de los expedientes, de la vigilancia del trabajo y mediación y de la sesión de mediación final que tiene lugar en su gabinete.

- b) En el seno del servicio del fiscal del Rey junto a los mismos tribunales, uno o varios trabajadores sociales figuran como “asistentes de mediación”. Estos últimos son los que efectúan las tareas concretas que levan a las cuatro formas de mediación penal posibles: comunicar inicialmente con las partes para informar de la mediación, preparar las condiciones, proceder a la mediación en el caso donde exista víctima, hacer el informe para el magistrado y dar curso a los acuerdos o a las condiciones de mediación.
- c) A nivel de cada corte de apelación, en el seno del gabinete del fiscal general, dos “consejeros en mediación” (criminólogos) son nombrados para coordinar el trabajo de los asistentes de mediación, tanto como para sustentar a estos últimos, como también para elaborar una política penal en materia de mediación.

Si la mayor parte del trabajo de mediación, y también la mediación propiamente dicha, se efectúa por los asistentes de mediación, el proceso se acaba por una sesión de mediación oficial, dirigida por el magistrado competente. Durante el proceso tanto el delincuente como la víctima tienen derecho a la asistencia letrada .

Tras la instrucción puede darse la mediación reparación que se produce en el ámbito de la determinación de la pena por el tribunal: Se remite a las partes a un servicio de mediación y si estas se muestran voluntarias para ello, con la finalidad de lograr una solución satisfactoria entre ellas, si hay acuerdo se redacta un documento recogiendo el acuerdo de las partes y se remite al Fiscal para que lo aporte al expediente para conocimiento del tribunal, y el Juez juzgará a las partes con ese contrato unido, teniendo efectos en la determinación de la pena a imponer.

Tras la condena y en ejecución de penas también se han hecho programas ideados por el Ministerio de Justicia aplicados en algunas prisiones, que consisten en que durante la carcelación se den las condiciones necesarias para que se de la reparación del daño a la víctima y la preparación de la reintegración a la vida social del condenado.

5. Consideraciones finales

Así entendida la mediación, como instrumento de la Justicia Restaurativa, debe tener un significado diferente a lo que se viene entendiendo como mediación en términos generales. Si bien en ella un mediador intentará crear un espacio de diálogo y encuentro entre las partes, para que puedan éstas descubrir sus intereses, y aportar soluciones y negociar la más adecuada para satisfacer sus intereses. En la Penal, debido al monopolio e interés del Estado en dar solución a este conflicto, la solución al conflicto es más compleja.

El Estado tiene la responsabilidad de conseguir la rehabilitación del delincuente, para esto la mediación puede ser útil en la medida en que repara el daño a la víctima. Pero la rehabilitación del mismo va más allá de la sola reparación, debe conseguir que el delincuente no reitere su

Notas

actividad y esa responsabilidad la debe adquirir tras el proceso penal. Para ello la criminología siempre ha pretendido averiguar cuales son las causas que llevan a una persona a delinquir, y tras descubrirlas evitarlas. Para ello la mediación sirve de gran utilidad pues pone al descubierto los motivos que llevan a una persona a delinquir (drogodependencia, pertenencia a un grupo criminal, facturas de educación o culturales) conocidos éstos deben adoptarse las medidas que los eviten y conseguir el compromiso del infractor en someterse a las medidas médicas, trerapeúticas, educativas o de otra índole que ayuden a su reinserción social.

La mediación debe ser analizada y valorada, al igual que el resto de medidas de Justicia Restaurativa, desde un prisma de eficacia para conseguir la reparación del daño, la rehabilitación del delincuente y la no reiteración de la actividad delictiva. Y esto debe ser analizado por parte del Estado, pues recae en el la responsabilidad de conseguir un sistema eficaz. Eso supone que el mediador debe facilitar información para valorar la eficiencia de la misma en estas finalidades. Y así el Estado en el ejercicio de su política criminal decidirá aplicar la misma o no, por ejemplo : A determinadas víctimas, en determinados momentos procesales, o para determinados delitos. Se convierte así el mediador en un agente participativo de la Política Criminal del Estado.

La solución adoptada en el proceso penal debe incorporarse a un proceso penal, en el cual las partes no tienen la libre disposición del mismo. Normalmente será el Ministerio Fiscal el que esté legitimado por parte del Estado para hacer las peticiones oportunas para que lo acordado en mediación tenga traslado al proceso penal. Así por ejemplo solicitará la suspensión del procedimiento por un tempo para conseguir la reparación del daño, solicitar la disminución de la petición pública de la pena por aplicación de una atenuante de reparación del daño, solicitarla suspensión de la pena privativa de libertad por ser adecuada para la rehabilitación del condenado, o solicitar la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, con la misma finalidad. Etc. Evidentemente que lo acordado en el proceso de mediación penal debe estar conducido a que el Ministerio Fiscal pueda hacer este tipo de peticiones en el proceso. Alcanzando una categoría la mediación penal, que no la tiene la mediación civil, familiar u otra de estricto ámbito privado. En este sentido todos los agentes que trabajan alrededor de la Política Criminal de un Estado, entre ellos mediadores, deberán estar instruidos y dirigidos a conseguir que la misma sea lo más efectiva posible.

Por todo lo anterior, se hace necesario que el mediador en materia penal tenga una formación especial, reciba unas instrucciones dentro del conjunto de la Política Criminal del Estado, ofrezca información adecuada para la efectividad de la misma y trabaje dentro de un conjunto organizado. Siempre por supuesto con respeto a la normativa aplicable en la materia, que no siempre va a ser disponible por las partes a diferencia de lo que ocurre en otras materias.

Por ello se hace necesario, desde mi punto de vista :

- 1º. Que el mediador en materia penal, tenga un estatuto regulado y diferenciado del resto de mediadores que operan en otras materias. Que regulará sus derechos, obligaciones, forma de ser elegido y el marco en el que desempeñará su función.
- 2º. Que aunque pueda ser elegido por las partes al igual que otros mediadores, lo sea entre aquellos que participen en la labor del Estado en implantar una Justicia Restaurativa.

Notas

- 3º. La mediación penal no puede ser regulada, ni desarrollada al margen de un sistema de Justicia Restaurativa. De nada sirve hacer referencias a la mediación en la ley penal, bien procesal y sustantiva, si no hay una regulación sistemática y homogénea que permita desarrollar la Justicia Restaurativa.
- 4º. La Justicia Restaurativa, entendida como se entiende doctrinalmente, en el derecho comparado y en el derecho internacional. No sólo debe comprender medidas legales y afectar a la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado, aplicando la ley. Debe suponer una mayor responsabilidad del Poder Ejecutivo en el desarrollo de políticas criminales que consigan, con la colaboración del poder legislativo, ejecutivo y judicial la eficacia del sistema penal. Entendido el sistema penal como las medidas y decisiones que los tres poderes del Estado deben adoptar para dar una respuesta satisfactoria y eficaz ante la comisión del delito. Todo ello para garantizar a los ciudadanos que las alternativas al modelo clásico de justicia retributiva no afectan el compromiso del Estado y de la sociedad de alcanzar la reinserción social del delincuente y la reparación efectiva de la víctima.
- 5º. Se requiere la capacitación de expertos en justicia penal restaurativa, entre los que figuran los mediadores, (entre otros operadores como Fiscales, Jueces, Letrados de la Administración de Justicia, trabajadores en oficinas de ayuda a la víctima del delito, etc). Esta formación debe ser adecuada para atender y responder a las necesidades de las víctimas del delito, de los delincuentes y de la comunidad afectada por el delito.
- 6º. No se puede entender la mediación penal como una parte privada dentro del proceso penal, donde las partes pactan lo que les es disponible, es algo más que participa de la Justicia Restaurativa. No se trata de una privatización del proceso penal. Las excepciones que se consigan a la imposición de una determinada pena o en su caso a la continuación del proceso penal, no pueden valorarse como una privatización del sistema penal done las partes disponen de él. Si no como un sistema más eficaz que el retributivo para conseguir la rehabilitación del delincuente y la reparación del daño, y por ende, de la paz social.
- 7º. Por último debe entenderse que la mediación no trabaja aislada del resto de medidas e instrumentos al servicio de la Justicia Restaurativa. Como podrían ser medidas de ayuda social, económicas, económicas, judiciales, policiales, etc. Y asimismo podrá cohabitar con otros medios de autocomposición que se puedan instaurar en un sistema de Justicia Restaurativa, como : Reuniones o conferencias de restauración, círculos de sentencia, programas de restitución, foros asociativos. Que son otros sistemas de autocomposición pero dentro de un ámbito familiar, o en los cuales intervienen grupos sociales por medio de sus representantes.

Bibliografía:

A. Libro, monografía

GORDILLO SANTANA, L.F.: *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Editorial Iuste, marzo 2007

B. Artículos

VANEGAS, A.: Evolución y características del proceso penal a través de la historia. Monografias .com. (<https://www.monografias.com/trabajos87/evolucion-caracteristicas-proceso-penal/evolucion-caracteristicas-proceso-penal3.shtml>)

El desarrollo de la Justicia Restaurativa en Europa: Estudio comparado con la legislación española. Autor: Anna Vall Rius

DEL RÍO FERNANDEZ, L.: El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad . *Revista Jurídica La ley*, N.º 3 , 2006.

GASCÓN INCHAUSTI , F.: Los procesos penales en Europa : Líneas de evolución y tendencias de reforma. *Revista de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid*, 2009

ESTRADA CHACÓN, M.: La tridimensionalidad de la culpabilidad en el Derecho Penal, *Revista de Pensamiento Penal*, 2011 .

PASCUAL RODRÍGUEZ, E.: La Mediación en el Derecho Penal de Adultos: Un estudio sobre la experiencia piloto en el Juzgado de lo Penal N.º 20 de Madrid. *Repertorio Jurídico Científico del CEJ*, 2007

CARCELLER FABREGAT, J.: La intervención del Ministerio Fiscal respecto a la víctima del delito. Intervención del Ministerio Fiscal en la Conformidad y en la Mediación Penal. Problemas planteados en los macrojuicios respecto a las víctimas. *Repertorio Jurídico Científico del CEJ*, 2007

Ruiz Ruiz, R.M.: La Mediación Penal: "Una Realidad". *Repertorio Jurídico Científico del CEJ*, 2016

Justicia Restaurativa; modelo de mediación en el ámbito penal, encaje en el procedimiento tradicional y relación de los distintos operadores jurídicos con el proceso de mediación. Autor: Carlos Romera Antón, mediador.

LA MEDIACIÓN CÓMO CATALIZADOR PARA ALCANZAR UNA SOCIEDAD ADULTA Y RESPONSABLE

José Manuel Marco Cos

I. Introducción

Es sabido que la mediación es otra forma de resolver los conflictos, que está modificando, al menos en parte, el limitado enfoque adversarial que ha venido imperando, con arreglo al cual la solución y la respuesta a toda divergencia que pueda tener alguna base normativa solo podía venir dada por los tribunales.

La mediación ofrece una solución más adecuada en aquellos casos -que son muchos- en los que la respuesta judicial, la sentencia, aún siendo correcta desde el punto de vista jurídico, es insatisfactoria y frustrante, incluso para la parte que ha vencido en el juicio. Ello puede deberse a que la jurisdicción aparece a veces desconectada de los ciudadanos, de sus conflictos y de sus sentimientos. El tribunal solo estudia aquello que considera relevante para dictar la resolución, por lo que prescinde de las emociones, de todo lo que considera “no relevante” para dictar una sentencia estrictamente jurídica.

Al día de hoy no es escasa la base normativa -en sentido amplio- que sustenta la mediación, a nivel supra e intranacional.

En este sentido, cabe citar de forma muy sucinta, la Recomendación del Consejo de Europa sobre mediación familiar de 21 de enero de 1998; la Recomendación n° 19 (1999) del Consejo de Europa sobre mediación en asuntos penales; la Recomendación número 10 de 2002, sobre mediación civil.

En el marco de la Unión Europea, el hito fundamental es la Directiva 2008/52, sobre mediación para asuntos civiles y mercantiles y más recientemente la Directiva 2013/11, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. En el ámbito penal, que no es el de estos breves apuntes, la Directiva 2012/29, de normas mínimas sobre derechos, apoyo y protección de las víctimas de delitos, que introduce la justicia reparadora en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

En sede nacional, es fundamental la Ley 5/2012, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuya confesada finalidad es la adaptación de la Directiva de 2008.

Notas

Con este presupuesto, no son pocas las referencias a la mediación en la normativa orgánica y procesal (arts. 22 octies, 438, 456 Ley Orgánica del Poder Judicial -que enumera la mediación entre las competencias de los Letrados de la Administración de Justicia, arts. 19, 39, 65, 66, 206, 414, 517 y otros de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

II. Acuerdo de mediación y terminación del proceso

Se conoce como mediación intrajudicial aquella que se suscita una vez comenzando el procedimiento. Mediante la misma se pretende un cambio de escenario: desde el adversarial y de enfrentamiento al del diálogo. Tiene lugar mediante la que se viene llamando “derivación”, que consiste en que el tribunal o el Letrado de la Administración de Justicia dictan una resolución acordando que las partes se planteen abordar -siempre de manera voluntaria- la solución del conflicto a través de la mediación. La que se conoce como derivación a mediación en el seno del proceso viene amparado por lo dispuesto en los artículos 414.1 y 440.1 LEC cuando, refiriéndose al juicio ordinario y al verbal, respectivamente, contemplan la posibilidad de que el tribunal sugiera la conveniencia de la mediación; también en el art. 777.2 al regular el proceso de separación o divorcio de mutuo acuerdo.

La mediación se caracteriza, entre otros, por su carácter voluntario y por la libertad que en todo momento se concede a las partes intervinientes para poner fin en cualquier momento al proceso de mediación, aunque no hayan negado a ningún acuerdo, o precisamente por no alcanzarlo. En estos casos, el proceso judicial sigue su curso.

Admitiendo las innegables ventajas de haber entablado un diálogo, aunque no se llegue a ningún acuerdo, lo deseable es que se llegue a una avenencia, acuerdo o transacción.

En estos casos, puede plantearse cómo poner fin al proceso. Son varios los cauces aunque en mi opinión solo uno de ellos es deseable, por la seguridad jurídica y otras ventajas que ofrece.

1. Archivo. Las partes, en un escrito conjunto, que se ponga fin al procedimiento judicial, sin imposición de costas.

Es perfectamente admisible, dado el carácter dispositivo del proceso civil, en el que por lo común se sustancian intereses esencialmente privados.

En estos casos, el procedimiento puede terminar por Decreto del Letrado de la Administración de Justicia.

2. Desistimiento. Formulado por la parte demandante, en ejercicio del poder de disposición sobre el objeto del proceso. No es así en los procesos de familia, con arreglo al art. 751.1 LEC. Contemplado por el art. 20 LEC, en principio conlleva la imposición de las costas a quien desiste, que ha provocado al demandado gastos de forma inútil e improductiva, en términos estrictamente procesales.

Puesto que este desistimiento tiene su causa en el acuerdo de mediación, lo normal será que, salvo que se haya convenido otra cosa, la parte demandada se avenga —normalmente en el mismo escrito— a consentir el desistimiento, sin imposición de las costas causadas.

Notas

3. *Carencia sobrevenida de objeto o satisfacción extra procesal.* Regulada en el art. 22 LEC.

El acuerdo de mediación da lugar a que el proceso judicial deje de tener sentido, pierda su objeto. Y puede afirmarse que también genera la satisfacción extra procesal, en la medida en que las partes han obtenido en mediación una solución que han encontrado satisfactoria, aunque no sea la misma que se pretendía en la demanda.

El apartado 1 del citado artículo establece la terminación del proceso por Decreto del Letrado de la Administración de Justicia, sin condena en costas. Si no lo hay, decide el tribunal.

Las tres formas de poner fin al proceso que acaban de exponerse no tienen cabida cuando se substancien intereses que no tenga carácter estrictamente privado, o que deban terminar en resolución que cause estado (piénsese en afectación de menores, en procedimientos matrimoniales).

4. *Transacción homologada judicialmente.* El Código Civil regula la transacción, entre los contratos, en los artículos 1809 y siguientes.

Es la forma de terminación del proceso tras el acuerdo de mediación que ofrece más garantías y mayor seguridad jurídica.

a) En primer lugar porque, aún tratándose de la solución de un conflicto estrictamente privado, el juez ante el que se presenta el acuerdo para su homologación debe verificar si el acuerdo adoptado es contra el orden público o perjudica a terceros

Si se trata de un procedimiento en que resulte afectado el interés de un menor, debe contarse con la opinión del Ministerio Fiscal (art. 751.2.1 LEC).

b) Por otra parte, porque el acuerdo homologado judicialmente constituye título suficiente para, en caso de incumplimiento, instar con base en el mismo la ejecución judicial.

El art. 1816 del Código Civil prevé la procedencia de la vía de apremio si se trata de transacción judicial, en cuyo ámbito cabe entender comprendido el acuerdo de mediación judicialmente homologado.

El art. 517.2.2º LEC enumera entre los títulos en base a los que puede promoverse la ejecución el acuerdo de mediación, siempre que conste en escritura pública con arreglo a lo establecido en la Ley de Mediación.

Aunque no se menciona expresamente la resolución mediante la que se homologa la mediación, debe entenderse incluida la misma en el apartado 3º, que se refiere a las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen acuerdos logrados en el proceso y no cabe duda de que la mediación tiene este carácter. Por otra parte, el art. 206.2.2º LEC menciona, entre las resoluciones que deben revestir forma de Auto, los acuerdos de mediación.

Por el contrario, a falta de homologación judicial o, en su defecto, plasmación del acuerdo en escritura pública, el incumplimiento de los compromisos asumidos en la mediación solo podrá remediarse instando el cumplimiento del contrato en que consiste el acuerdo, a través del procedimiento ordinario que corresponda.

Notas

III. Conclusión

En conclusión, solo puede instarse la ejecución directa del acuerdo de mediación si éste se ha recogido en escritura pública, o ha sido aprobado judicialmente.

En mi opinión, esta segunda es la solución más económica, por razones obvias, y la que menos cabida ofrece a la alegación de, por ejemplo, vicios en la prestación del consentimiento, por la restricción legal de motivos de oposición a la ejecución basada en la resolución judicial que aprueba el acuerdo de mediación (art. 556 LEC).

