# drets

revista valenciana de reformes democràtiques

número 3 - desembre 2018

# MEDIACIÓ

GENERALITAT VALENCIANA | TOTS A UNA veu

# PRESENTACIÓ

El tercer número de *Drets. Revista Valenciana de Reformes Democràtiques*, en format electrònic, pràcticament està dedicat de forma monogràfica a la mediació, un dels denominats mètodes alternatius de resolució de conflictes que, en major mesura, s'ha anat desenvolupant-se en els últims temps, i al qual les institucions europees han invocat com una efectiva via d'accés a la justícia, en el marc europeu de llibertat, seguretat i justícia.

Aquest mateix any, el ple de les Corts Valencianes del dia 21 de novembre ha aprovat, per unanimitat, la Llei 24/2018, de 5 de desembre, de mediació de la Comunitat Valenciana. La llei es va publicar en el DOGV núm. 8439, de 7 de desembre, i entrà en vigor el 7 de març de 2019.

La norma pretén "implantar, desenvolupar i impulsar un marc jurídic en el qual incardinar els procediments de mediació, presents i els que puguen establir-se en el futur, intrajudicials i extrajudicials, que es desenvolupen en l'àmbit territorial de la Comunitat Valenciana, en els termes i condicions regulats en la present llei. Així mateix, pretén garantir la professionalitat de la mediació a través de la formació i de l'especialització de les persones mediadores".

La redacció de l'avantprojecte de la llei aprovada va ser objecte d'una àmplia participació. Es van organitzar jornades i debats sobre el seu contingut en diferents ciutats, que van comptar amb una gran difusió, en els quals van participar multitud de professionals del sector i de la ciutadania.

Com es diu en el preàmbul: "El dret d'accés a la justícia és un dret fonamental i indispensable per a la garantia i protecció dels altres drets, ja siga a través de processos jurisdiccionals, de tots aquells procediments orientats a tractar o previndre conflictes, o de la labor d'òrgans no jurisdiccionals, com, entre altres, les institucions nacionals de drets humans, els organismes d'igualtat i els defensors del poble. Existeixen molts conflictes que no arriben als tribunals i es resolen per altres vies. Així, per exemple, totes les que es poden trobar dins dels denominats mètodes alternatius de solució de conflictes (MASC), resolució alternativa de litigis (RAL), o mètodes alternatius de resolució de conflictes (MARC o ADR, pel seu acrònim en anglès), que inclouen vies alternatives com la mediació, la negociació, la conciliació, el dret col·laboratiu i l'arbitratge. Aquests mètodes contribueixen al foment de la cultura de la pau, del diàleg, de la participació, de la convivència, de la justícia reparadora, de l'escolta i del reconeixement de l'altre, així com a la regeneració dels llaços socials. A més, la promoció d'aquest tipus de mecanismes alternatius o complementaris repercuteix en la reducció de

l'alt nivell de litigiositat i sobrecàrrega d'assumptes judicials, contribuint així a millorar l'efectivitat de l'administració de justícia".

Per tot això, es dedica el primer bloc de la *Revista Drets* al Monogràfic: mediació. Una secció conformada per set articles que aprofundeixen en alguns temes que, o bé segueixen en debat acadèmic, històric o jurídic sobre la matèria, o bé ens descriuen experiències i casos reals en els quals s'ha utilitzat aquest mètode de resolució de conflictes.

El segon bloc el componen dos articles en els quals se'ns presenten treballs relacionats amb la memòria històrica i democràtica, matèria la competència sobre la qual també té atribuïda la Conselleria de Justícia, Administració Pública, Reformes Democràtiques i Llibertats Públiques, i que resulta fonamental per a preservar la justícia, la veritat, la reconciliació i la convivència.

Amb la finalitat de garantir la seua qualitat científica, els articles han sigut sotmesos, prèviament a la seua publicació, a una avaluació d'experts, anònima tant per als autors i les autores, com per a les persones revisores. Així mateix, atès que la revista es publica en castellà i valencià, els articles, a més de publicar-se en la llengua original en la qual s'havia escrit, s'han traduït a l'altra llengua oficial de la Comunitat Valenciana.

A més, com a novetat d'aquesta edició, hem volgut incloure un tercer bloc denominat "Notes". En aquest cas també dedicat a la mediació, però que no es podria enquadrar en les seccions anteriors per la seua extensió o altres característiques, però que en tractar-se d'articles de gran interès científic, acadèmic o tractament de la matèria, en feien imprescindible la publicació.

Per a acabar, m'agradaria traslladar el meu agraïment als autors i autores que han participat en aquesta edició, a les persones revisores que han avaluat els treballs presentats, a l'equip de maquetació del Servei de Publicacions de la Generalitat, i del Portal de traduccions Salt, així com a totes aquelles persones que han col·laborat en l'elaboració d'aquest número.

València, juny 2019

JOSÉ GARCÍA AÑON

*Director General de Reformas Democràtiques i Accés a la Justícia*

ÍNDEX

Presentació ..... 1

**I. MONOGRÀFIC: MEDIACIÓ**

1. La figura del mediador com a catalitzador per a aconseguir una societat adulta i responsable. *Victorina Bastante Soler* ..... 5

2. Què pot aportar la mediació penal davant l'expulsió de ciutadans estrangers? *María Ángeles Casabò Ortí* ..... 23

3. Com encaixar la mediació i la tutela judicial efectiva. *Óscar Daniel Franco Conforti i Virginia Madrid del Toro* ..... 41

4. La mediació de conflictes socials sorgits en aplicar la Llei de Memòria Històrica. *María Isabel Leal Ruiz* ..... 67

5. La mediació està lligada indissolublement a l'ètica. *María Isabel Leal Ruiz* ..... 81

6. La mediació penal en el sistema de justícia juvenil espanyol. *Juan José Periago Morant* ..... 99

7. El veto a la mediació penal en els delictes de violència de gènere. *Valeriano Pitarch Artola* ..... 119

**II. ARTICLES**

1. L'Internat Escola Durruti: futur alumnat de l'Institut Obrer de València. *Víctor Benavides Escrivà* ..... 137

2. Creació d'un producte turístic del patrimoni bèl·lic de la Guerra Civil espanyola a la Comunitat Valenciana en la línia XYZ (Batalla de Llevant). *Eugeni-Josep De Manuel Rozalén* ..... 149

**III. NOTES**

1. El control de legalitat pels notaris, de l'acord mediat, conforme als arts. 25-2 de la Llei 5/2012, de 6 de juliol, i 39 de la Llei 24/2018, de 5 de desembre, de Mediació de la Comunitat Valenciana. *Salvador Alborch Domínguez* ..... 185

2. La mediació penal. Justícia restaurativa i política criminal. *Fernando Carceller Fabregat* ..... 191

3. Tramitació del procés civil després de l'acord de mediació. *José Manuel Marco Cos* ..... 207

Monogràfic: Mediació

# LA MEDIACIÓ COM A CATALITZADOR PER A ACONSEGUIR UNA SOCIETAT ADULTA I RESPONSABLE

Victorina Bastante Soler

**RESUM:** Aquest article pretén reflexionar sobre les aptituds i les actituds comunicatives que el mediador o mediadora ha d'imprimir en el procés de mediació per a aportar noves estratègies de comunicació entre les parts mediades. Estudiarem el conflicte com a part inherent a les diferències entre els éssers humans, al mateix temps que com a element positiu i necessari per a la seua evolució. Defensarem la multidisciplinarietat en l'àmbit de la mediació. Presentarem la mediació com un procés d'aprenentatge en el qual s'elimina la sensació de guanyadors i perdedors. S'hi introduiran tècniques de PNL per a la formulació de preguntes suscitadores i el desenvolupament de l'escolta activa.

**PARAULES CLAU:** Mediador, comunicació, responsabilitat, resolució de conflictes, multidisciplinarietat, PNL, intel·ligència 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, multidisciplinarity, NLP, Emotional Intelligence.

**SUMARI:** 1. Introducció.- 2. Historia de la Mediació.- 3. Definició de conflicte.- 4. La figura del mediador/mediadora.- 5. Conclusió.

## 1. Introducció

La mediació ja és una realitat a Europa i, tot i que a Espanya s'ha resistit, el nostre sistema judicial ja l'ha reconeguda com una ADR[1] que no pretén substituir ni reemplaçar la justícia representativa,[2] sinó que busca millorar i enriquir la democràcia en si. Com indica Ramírez Nárdiz, A., la mediació té la funció respecte de la justícia de "complementar-la, millorar-la i acostar-la als ciutadans. No busca eliminar-la, sinó, molt al contrari, aprofundir en aquesta mitjançant la incorporació d'instruments participatius que la facen més atractiva al ciutadà[3]". La seua característica principal és que retorna a la ciutadania el paper de protagonista en la resolució del conflicte. Les parts del litigi adopten un paper proactiu i responsable davant de la situació en la qual es troben, per a aconseguir, d'una manera creativa i autèntica, un acord vàlid per a les dues parts o, almenys, que restablisca la comunicació trencada entre aquestes.

La mediació és una via alternativa de resolució de conflictes, com pot ser la judicial, l'arbitratge o la conciliació, entre dues o més parts, que poden ser persones físiques o jurídiques, amb la diferència que sempre es tractarà d'un procediment extrajudicial.

Al llarg del territori espanyol, hi ha nombroses associacions de mediació com IVMED,[4] FEPAMED C.V.,[5] ASEMED,[6] CEMICAV,[7] ACDMA,[8] AMEDI[9], entre d'altres. Si bé els seus objectius són els mateixos, en la seua naturalesa associativa trobem perfils que van des d'associacions en què els professionals s'agrupen com en els antics gremis, fins a associacions en les quals el que prima és una perspectiva *multidisciplinària*. Aquest últim tipus d'associacions es compon de mediadores i mediadors que disposen de diferents formacions de base com ara: dret, criminologia, economia, comunicació, informàtica, psicologia, magisteri, medicina…, cosa que enriqueix la professionalitat de l'equip, ja que ofereix una perspectiva privilegiada.

Aquest aspecte de la multidisciplinarietat el desenvoluparem i argumentarem al llarg de l'article amb la finalitat d'apreciar que la professió de base no està renyida amb un bon acompliment en la professió de la mediació.

1 ADR és l'acrònim en anglés d'*Alternative Dispute Resolution*. Fa referència als sistemes o els mètodes alternatius de solució de conflictes (*MASC* en valencià) com ara l'arbitratge (*arbitration*), la mediació (*mediation*), la conciliació (*conciliation*), etc.

2 Justícia que s'exerceix per mitjà de representants sorgits d'eleccions lliures i periòdiques. Aquella que, per a resoldre una disputa, parteix d'una decisió final presa per un tercer de referència autoritària i coactiva que és el que representa, en definitiva, la sentència judicial o el laude arbitral. Real Academia de la Lengua.

3 RAMÍREZ NÁRDIZ, A., "La democracia participativa como elemento del modelo...", cit. També en aquest sentit, CHAVES GIRALDO, P., "Democracia participativa…", cit. pàg. 213-217; i CASTEL GAYÁN, S., "Descentralización política, participación ciudadana…", cit., pàg. 279-316.

4 In Valencia Mediación www.ivmed.es

5 Federació per a la Mediació de la Comunitat Valenciana www.fapromed.es

6 Associació Espanyola de Mediació www.asemed.org

7 Centre de Mediació de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de València www.mediacion.icav.es

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

9 Associació Andalusa de Mediació www.mediacionamedi.com

## 2. Història de la mediació

Sembla que aquesta manera de resoldre conflictes, ens referim a la mediació, així com la professió que comporta, és un invent nou, una cosa que trenca amb el que hi havia. Alguns, fins i tot, s'atreveixen a dir que es tracta d'una moda i etziben al mateix temps que "són ximpleries", i continuen creient que cal acudir als tribunals de justícia per a solucionar una disputa, però s'obliden que la vida és un continu, el que sembla el final d'una cosa es converteix en el principi d'aquesta mateixa cosa evolucionada. És per això que cal fer una passejada per la història per a trobar precedents històrics en la figura del mediador.

L'any 2000 aC ja hi havia el Codi d'Hammurabi,[10] en què, segons diversos autors assenyalen, es troben els inicis de la figura del mediador. Més tard, l'any 530 dC, ens trobem el Digest de Justinià,[11] i a Espanya apareix en el segle IV dC amb la figura del *defensor civitatis.*[12]

Com a referents mediadors trobem, en l'Edat Mitjana, Mahoma;[13] en l'Edat Moderna, Ferran d'Habsburg,[14] i ja és en l'Edat Contemporània, en el segle XX, quan la mediació, així com la figura del mediador, comença a professionalitzar-se i institucionalitzar-se. En la Convenció de la Haia del 18 d'octubre de 1970 se cita la solució de controvèrsies internacionals, s'inicia així el reconeixement de l'arbitratge i de la mediació jurídica com a mitjans no jurisdiccionals de resolució de conflictes. Als Estats Units trobem l'any 1947 el Federal Mediation and Conciliation Service, que pot considerar-se el primer servei de mediació a escala mundial per a la resolució de conflictes.

Per tot això, podem arribar a la conclusió que la figura del mediador deu la seua aparició a la realitat humana, en la qual el conflicte sempre ha estat, està i estarà present, ja que la vida consisteix a sortejar qüestions controvertides. En una societat es produeixen moltes situacions que s'alimenten de la por, la inseguretat, l'enveja, l'odi i la cobdícia, realitat que té suport en l'escissió dualista fonamental entre el jo i l'altre.

Al llarg de la història, les persones encarregades de gestionar i facilitar l'enteniment i la comunicació entre dues parts han adoptat diferents nomenclatures, al mateix temps que ha variat la manera de desenvolupar la seua funció a l'hora d'acostar les parts. La característica comuna que podem trobar en cada una d'aquestes figures, independentment de la cronologia, és que es tracta de persones que gaudien d'una bona reputació i que se les considerava dignes de confiança, alhora que eren persones *excel·lents en l'oratòria i la comunicació,* tant interper-

10 El Codi d'Hammurabi és un dels conjunts de lleis més antics que s'han trobat i un dels exemplars millor conservats d'aquest tipus de documents creats en l'antiga Mesopotàmia. El mediador exercia com a intèrpret entre les parts que volien fer un negoci.

11 Emperador de l'Imperi Romà d'orient, associat al tron pel seu oncle Justí I l'any 427. Va casar-se amb Teodora (que va influir de manera decisiva en l'emperador) i va rebre l'ajuda de dos generals importants: Belisari i Narsés. El mediador podia actuar en contractes mercantils, civils i assumptes familiars sempre que no ho fera de manera fraudulenta i que fora imparcial.

12 Un funcionari per a protegir els sectors de la població en condicions econòmiques, jurídiques i socials desfavorables davant del poder dels poderosos. El podem considerar com a protomediador o àrbitre.

13 Fundador de l'islam, tal com el coneixem hui dia, va haver de fugir de la Meca a Yatrib (Medina), on va litigar i va solucionar un conflicte entre tribus rivals de la ciutat.

14 Germà de l'emperador Carles V o I, va actuar com a mediador en un dels conflictes internacionals més potents en aquesta època, la reforma protestant. Ferran va aconseguir mediar entre catòlics i protestants i signar la Pau d'Augsburg, l'any 1555, i va evitar així que es buscara una solució al problema per la via armada.

sonal[15] com intrapersonal.[16] En el primer tipus de comunicació, la interpersonal, és necessari desenvolupar l'escolta activa i aplicar una gran dosi d'empatia[17] en la gestió de les relacions per a aconseguir l'entesa entre les parts. El segon tipus de comunicació, la intrapersonal, és la que se centra en el diàleg intern, aspecte important per a un mediador per dues raons: la primera perquè li permetrà reconéixer el seu propi diàleg intern per a poder detectar les seues pròpies emocions, judicis, prejudicis i creences amb la finalitat de mantindre's imparcial en el procés, i la segona perquè li permetrà percebre i gestionar les emocions i les motivacions de les persones en el conflicte d'una manera més constructiva.

## 3. Definició de conflicte

En les últimes dècades s'han escrit múltiples definicions de "conflicte", que han sigut desenvolupades des de nombroses disciplines i ciències. La majoria d'aquestes definicions ens situen davant d'una *idea negativa de la disputa*, una situació que és millor evitar o resoldre ràpidament si volem tindre una vida tranquil·la i sense problemes. Les definicions clàssiques de conflicte que trobem en el *Diccionario de la Real Academia Española*[18] en són una bona mostra.

Com puntualitza José Barrientos Rastrojo, la definició més senzilla i abraçadora de "conflicte" és la que proposaren l'any 1994 Rubin, Pruitt i Kim, que diu que: "Conflicte és la divergència percebuda d'interessos, o una creença que les aspiracions actuals de les parts no es poden aconseguir simultàniament". En la mateixa definició ja podem detectar que l'ús de la paraula "divergència" ja implica que hi ha dues o més posicions que lluiten per véncer; per tant, la situació ja està marcada per la competitivitat des del principi, ens situa en una relació guanyar-perdre, és a dir, el guany particular implica la pèrdua de l'altre i viceversa.

En la mediació, en contra del que s'ha exposat anteriorment, es defensa que qualsevol conflicte és una oportunitat per a generar creixement, solucions i millores. Seguint aquesta òptica, José Ortega y Gasset i Mario Bunge ja defensaven que el problema i el conflicte mobilitzen la persona a la seua resolució, és a dir, fan pensar; així mateix, trauen l'individu de l'immobilisme, impulsen la seua progressió i enforteixen les seues capacitats d'afrontament davant de les dificultats.

15 Es refereix a la comunicació que hi ha entre dues o més persones, en la qual és necessari desenvolupar la capacitat de percebre en els altres diferències d'estats d'ànim, les seues motivacions, les seues intencions i el seu temperament, per a poder reconéixer i entendre el seu missatge i comportament.

16 La comunicació intrapersonal és la que es produeix internament amb u mateix, és el que ens diem i com ens ho diem. Permet comprendre's a si mateix, conéixer-se millor i actuar d'acord amb aquest coneixement per a desimboldre's d'una manera eficient en la vida.

17 Empatia, 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 generar angustia y trastornos neuróticos.
6. m. desus. Momento en que la batalla es más dura y violenta.

Com a persones que som, sabem que la realitat és que quan estem en un conflicte hi ha dos punts de vista oposats, i qualsevol de nosaltres no hi pararia atenció, s'asseguraria que no escolta l'altra persona pensant com defensar, una vegada i una altra, els seus judicis, els seus valors i el seu punt de vista. Escoltar resultaria molt perillós, podríem canviar d'opinió i estar equivocats, això significaria que l'altra persona guanya i nosaltres perdem. Perdre és una cosa que tenim interioritzada com a negativa, molt negativa, una creença, reforçada per la cultura de societat global i competitiva en la qual vivim, que cada vegada penalitza més el fet de no "tindre raó" o de no "haver guanyat", i que elimina així el guany positiu de l'aprenentatge. A més, ho fa d'una manera mesquina, ja que focalitza la negativitat/pèrdua sobre la persona i no sobre la situació. Això es reflecteix en disputes en què, quan s'arriba a la conclusió que s'"ha perdut", ja no es busquen solucions per a millorar la situació, ni se n'extrau algun aprenentatge perquè servisca en un futur, sinó que la persona posa tota l'obstinació per a salvaguardar la seua persona, en aquest moment només queda l'atac i la defensa, el conflicte material s'enriqueix i això afegeix una controvèrsia emocional.

Les parts en discòrdia estan atrapades en un fort sentiment d'injustícia que s'ha comés cap a ells mateixos, i aquesta situació, per descomptat, l'ha causada la conducta desraonada de l'altra persona. Ací sorgeix una altra conseqüència de la dualitat de guanyar-perdre. Apareix el sentiment[19] de víctima, un sentiment que arrabassa el protagonisme en la situació, deixa desvalguda la persona i desperta la necessitat de defensar-se, i això fa que emergisquen emocions de tristesa, ira o ràbia, emocions que bloquegen la creativitat per a trobar i utilitzar recursos que solucionen o desbloquegen la situació.

## 4. La figura del mediador

La mediadora, o mediador, és un professional que exerceix un paper actiu dins de la resolució d'un conflicte, tot i que cedeix el protagonisme a les parts litigants i hi manté una postura neutral.

Metafòricament, podríem dir que un mediador, o mediadora, és un arquitecte de ponts de comunicació en les relacions humanes. És un professional que observa la naturalesa del sistema, sense influir en aquest, observa les característiques dels agents implicats per separat, sense jutjar-los, observa com interactuen entre ells i investiga els patrons de comunicació que mantenen entre si, per a poder crear un pont de diàleg constructiu entre els dos, un pont que unisca la separació que en aquest moment hi ha entre ells, caracteritzat per ser un terreny molt erosionat, per on es perd informació, es distorsionen els missatges i cada individu està tan ofuscat a donar prioritat a la seua part que s'oblida que un pont té dues entrades i dues eixides, i les dues són necessàries perquè siga transitable. Un bon arquitecte és aquell, o aquella, que pren suport en les característiques i les qualitats del terreny i les potencia per a facilitar-ne l'accés i la comunicació, al mateix temps que respecta la naturalesa intrínseca d'aquest. Només així, aquest pont serà útil, ecològic, admirat i respectat en el temps pels

19 Entenent "sentiment" com el significat conceptual que la persona atorga a l'emoció que sent des dels pensaments que li sorgeixen d'una situació donada.

usuaris, romandrà llest per a ser transitat en el moment adequat, per a així solucionar la necessitat que va portar les parts a iniciar el procés.

Estem davant d'una disciplina jove quant a legislació i desenvolupament professional reglat, per aquest motiu hi ha diversos dilemes actius en els quals espere que aquest article ajude a posar llum o, almenys, aporte una altra perspectiva per a poder defensar la multidisciplinarietat i interdisciplinarietat que es reclama a la professió.

Actualment ens trobem davant de controvèrsies com: ha de saber el mediador de lleis? És necessària una especialització per a la solució d'un conflicte determinat? Pot solapar-se la figura d'un mediador i d'un advocat? Un mediador ha de ser psicòleg? Si la llei defensa la multidisciplinarietat i la interdisciplinarietat en els professionals de la mediació, per què hi ha tantes barreres d'entrada perquè això es produïsca en les institucions democràtiques i civils?

És ben conegut que, com tot en aquesta vida, el saber no ocupa lloc i sempre podem fer ús d'un coneixement que tenim. En el contingut de les formacions acreditades pel Ministeri de Justícia s'imparteixen aspectes jurídics i econòmics, al mateix temps que es ressalta la importància de la detecció dels casos que es poden mediar i els que no, d'acord amb la llei, tenint sempre en compte que la funció del mediador, o de la mediadora, és mediar i no jutjar segons cap marc jurídic.

La mediació és un procediment que creu, confia i defensa que el client és qui sap el que l'afecta, cap a on vol dirigir-se, quins són els seus problemes fonamentals i quines les seues experiències. Un mediador pot ser una persona amb molta experiència en la solució de conflictes, però llevat que vulga demostrar la seua pròpia intel·ligència i els seus coneixements, el millor és confiar en la direcció que el client mateix imprimeix al procés. Aquesta manera de treballar és per a molts professionals una greu amenaça dels seus principis més preuats i inqüestionables.

Com s'ha dit anteriorment, el coneixement i l'experiència sobre litigis poden ajudar a l'hora de solucionar-los, encara que al mateix temps atorguen més responsabilitat, ja que s'haurà de fer un esforç extra per a assegurar-se que les seues creences i prejudicis, procedents de les seues experiències personals i professionals (integrades en la seua persona com a realitats inqüestionables) no impedeixen que faça la seua funció com a facilitador neutral en la cerca de solucions en la disputa.

Com indica Willian Ury,[20] negociador de conflictes internacionalment conegut, un mediador és el tercer actor amb un rol actiu en la mediació, és algú que aborda el conflicte però sense prendre-hi part. És la figura neutral en el conflicte. El mediador és de gran ajuda si és capaç de deixar de banda els seus propis sentiments i avaluacions, escoltar de manera comprensiva cada persona i esclarir els punts de vista que cada una defensa.

El mediador és un professional de la comunicació intrapersonal i interpersonal, la tasca del qual consisteix a gestionar fracassos de comunicació. En un conflicte, cada part experimenta dificultats en dos plànols: el primer mostra el trencament de comunicació en el seu interior, la qual cosa anomenarem conflicte intrapersonal, i el segon, com a resultat del primer, reflecteix

20 William Ury va ser cofundador i director associat del Harvard Negotiation Project. Durant més de tres dècades ha exercit d'assessor i mediador en conflictes bèl·lics, polítics i empresarials a l'Orient Mitjà, els Balcans, la Unió Soviètica i Veneçuela. Ha sigut assessor de la Casa Blanca, imparteix conferències arreu del món i col·labora amb *The New York Times*, el *Financial Times* i la BBC, entre d'altres.

una alteració de la comunicació amb els altres, conflicte interpersonal; és ací quan apareixen les incongruències que el mediador ha de detectar i retornar al sistema, de manera que siga d'ajuda per al procés. Hi ha eines que ens aporta la programació neurolingüística[21] que nodreixen el desenvolupament del facilitador en el conflicte. Aquestes eines o tècniques orienten i habiliten el mediador en la formulació de preguntes suscitadores i aconsegueixen crear un model de comunicació constructiu que aporta fluïdesa entre el diàleg dels protagonistes de la mediació, les parts mediades.[22] Aquest tipus de pregunta, la suscitadora, és, com Sergi Farré Salva indica, una pregunta oberta, que dona llibertat de resposta als seus receptors i, sovint, els inspira a reflexionar sobre aspectes importants de la situació conflictual, assumint i compartint la responsabilitat sobre la relació o del conflicte amb la persona qüestionada.[23]

Si ens centrem en la comunicació intrapersonal, trobem dos tipus d'incongruències que dificulten la solució de la controvèrsia, la qual cosa manté els individus en una situació estàtica, de la qual és impossible extraure noves idees per a modificar la situació. El primer tipus d'incongruència, que anomenarem X, és la que es produeix entre l'experiència de la situació que té la persona i la consciència que realment té de la situació donada. Aquest tipus d'incongruències es produeix perquè el significat que la persona dona a la seua experiència no coincideix amb l'experiència objectiva.[24] El segon tipus d'incongruències, que anomenarem Y, és quan el coneixement o la consciència de l'experiència que té la persona de la situació viscuda no coincideix amb el missatge que es dona a si mateixa (diàleg intern) o als altres.[25]

Quan el mediador ha de fer front a problemes de comunicació intrapersonal, és d'importància vital perquè siga d'ajuda en el procés que es faça per separat en una sessió caucus[26]. En aquesta sessió el mediador podrà facilitar i propiciar que l'individu narre el problema des d'una situació de seguretat i confiança per a facilitar que la persona siga conscient del significat que dona a la situació. Per a això s'aprofundirà en diversos àmbits: emocional, conceptual i resolutiu.

En una discòrdia trobem els dos tipus d'incongruències, intrapersonals i interpersonals, en què el més important és l'habilitat del mediador per a fer-les visibles als mediats i que aquests les transcendisquen i les transformen en aprenentatge perquè els ajude en el procés de trobar i aportar creativament una millora a la situació.

Una relació minada per aquest tipus d'incongruències retroalimenta la situació i dona més estabilitat al posicionament dualista de les parts. Això és perquè queden ancorats comportaments i sentiments en els individus que aconsegueixen establir un patró ineficaç de comunicació. Habitualment, les parts interessades a començar una mediació tenen com a

21 Disciplina que disposa d'eines i tècniques pròpies i d'altres disciplines per a construir un model de comunicació fluid i constructiu tant a escala intrapersonal com interpersonal.

22 Persones en conflicte que s'acullen a un procés de mediació per a resoldre la situació.

23 FARRÉ SALVA, S.: *Gestión de conflictos…* Pàg.58.

24 Exemple: María es creua amb Antonia i no la saluda perquè està pensant en el que li ha dit el seu fill i no la veu. Antonia pensa que María és una maleducada perquè no l'ha saludada.

25 Juan queda per a prendre café amb Aurora i es passa tota la vesprada mirant el rellotge. En acomiadar-se li diu a Aurora que ha gaudit molt de la seua companyia. Aurora ha percebut una incongruència entre el missatge verbal i el missatge no verbal de Juan, ja que en aquest últim Aurora ha entés que Juan estava desitjós d'acabar el café per a anar-se'n.

26 El caucus és una tècnica que s'utilitza en moments específics del procés de mediació que consisteix en una reunió individual amb els mediats i que és totalment confidencial.

objectiu dilucidar una situació específica que, amb ajuda del mediador, farà descobrir que aquesta controvèrsia, realment, és el resultat d'un conjunt de situacions que s'han produït en la relació, en què el patró de comunicació que s'ha mantingut al llarg del temps estava contaminat i ha propiciat malentesos, una relació tibant i, com a colofó, la situació que els va espentar a iniciar el procés de mediació.

### 4.1 Funció de la figura mediadora en un conflicte

Un mediador fa d'animador de la discussió i facilita la definició dels punts que cal tractar per a delimitar objectivament la disputa que s'ha de tractar i gestionar òptimament els recursos d'energia emocional que es depositen en el procés. El mediador és com un moderador, és qui cedeix l'ús de paraula per a vetlar per un ambient caracteritzat pel respecte i l'equitat entre els contrincants. La mediadora, o el mediador, va presentant xicotets resums de la discussió amb la finalitat de reenquadrar la situació i anar avançant en l'entesa de les parts, demana aclariment si detecta alguna incongruència i, si és necessari, que sol ser-ho massa freqüentment, el mediador té la tasca d'evitar enfrontaments personals.

Un mediador, com indica Ramón Alzate,[27] té com a funció aclarir les percepcions que poden impedir l'acord; invertir comportaments negatius o repetitius que obstaculitzen un diàleg autèntic i productiu; determinar i classificar les dades que poden ser necessàries per a la resolució de la disputa; separar les posicions dels interessos i desenvolupar espais de negociació; ajudar les parts a desenvolupar calendaris de negociació; temperar les posicions extremes que poden conduir les parts a un punt mort; ajudar les parts a desenvolupar alternatives creatives, i ajudar les parts a formular ofertes finals.

Com s'ha dit anteriorment, un dels reptes més importants del professional de la mediació és ajudar a perfilar, amb la màxima exactitud, la controvèrsia, i per a fer-ho és important que facilite la comunicació entre les parts mediades perquè siguen conscients i sàpien diferenciar entre l'actitud que mantenen en la situació, els interessos que els han portat a la mediació i les necessitats bàsiques que han de ser rescabalades en el procés.

#### 4.1.1 Obertura de punt de vista i transformació de l'actitud

És important que les parts mediades siguen conscients de l'actitud que confereixen en el procés i que ha estat caracteritzant el seu model de comunicació, des de, fins i tot, abans que sorgira la disputa. La mediació busca el retorn del control i el protagonisme en el conflicte a les parts implicades i, per a aconseguir-ho, cal que la persona se senta en primer lloc responsable del seu comportament, i que entenga que les relacions socials funcionen com un sistema, un sistema en què les parts mostraran resistència al canvi perquè implica que aquestes també hauran de canviar. Tot sistema actua com una forta xarxa elàstica: si s'estira d'una peça cap a fora, aquesta es mantindrà en la nova posició només mentre s'hi exercisca la pressió. Tan prompte com es deixa d'exercir la pressió, aquesta tornarà, per a la nostra sorpresa i enuig,

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

al lloc on estava abans. Quan la persona s'adona que aquesta obstinació és part del sistema, i no malícia aïllada, la resistència no només resulta comprensible, sinó inevitable.[28]

La bona notícia és que els sistemes són ens vius en continu moviment en què el canvi és la normalitat, encara que és d'esperar que s'hi produïsquen resistències per a mantindre'n una certa estabilitat; no obstant això, un canvi de comportament és suficient per a influir en el sistema, com quan llancem una pedra a un llac.

La principal barrera que s'oposa a la comunicació interpersonal és la tendència espontània a jutjar, avaluar, aprovar o reprovar afirmacions de l'altra persona.

L'actitud del mediador ha de ser la de voler comprendre la situació i mantindre la confiança en els mediats com a persones adultes i responsables, aquesta és una condició fonamental per a l'èxit de la resolució del conflicte. Un mediador ha d'entrar amb un sol dubte al procés: com puc crear una relació de confiança perquè aquestes persones la puguen utilitzar per al seu propi desenvolupament?

I és que quan les persones que intervenen en una disputa s'adonen que se'ls escolta i se'ls comprén, que algú capta la seua manera de veure la situació, les afirmacions es tornen menys exagerades i defensives, ja que desapareix la necessitat d'aferrar-se a la idea de "jo tinc tota la raó i tu estàs completament equivocat". A més, aquest procediment té una característica important, i és que pot ser iniciat per una de les parts sense esperar que l'altra estiga disposada i, fins i tot, podria iniciar-se per una tercera persona neutral, en aquest cas estaríem parlant del mediador, sempre que aconseguisca un mínim de cooperació per una de les parts. Com a mediadora o mediador, estaríem inserint un nou model de comunicació en el sistema relacional de les parts mediades que es veuria reflectit, per exemple, en un canvi d'actitud en l'altra part del litigi. El bon mediador, expert a calibrar[29] les persones, podrà optimitzar i gestionar millor les energies del procés, ja que estarà en millor posició de detectar quina de les dues parts està més preparada per a crear i millorar el pont de comunicació que necessiten per a caminar cap a la solució.

Si una part mediada aconsegueix despullar-se de les seues defenses, això indueix l'altra a imitar-la, així les dues s'aproximaran a la veritat i les dues podran abordar la solució d'una manera creativa i intel·ligent. Això s'emmarca dins d'una conseqüència que deriva de la connectivitat de les peces d'un sistema.

### 4.1.2 Diferenciació entre interessos i necessitats

Una vegada el mediador ha ajudat en l'exposició dels punts de vista de les parts i ha pogut influir en la seua actitud perquè aquestes creen un model de comunicació òptim, arriba el moment de facilitar la diferenciació entre els interessos i les necessitats dels mediats.

28 JOSEPH O'CONNOR, IAN MCDERMOTT, *Introducción al Pensamiento Sistémico*, pàg. 42.

29 En programació neurolingüística (PNL) s'entrena el calibratge, ja que s'entén que és una capacitat de detecció de qualsevol canvi fisiològic que es produïsca en la persona, per mínim que siga. S'utilitza per a saber si hi ha congruència en la comunicació verbal i no verbal, identificar canvis que es produeixen en la comunicació no verbal del client mentre es comunica sobre un tema específic, advertir l'impacte que produeixen en les parts els missatges emesos i reconéixer els senyals clau que indiquen si s'està aproximant o relaxant l'objectiu de la mediació.

L'interés es vincula amb el que la persona desitja aconseguir i que es percep com a incompatible amb el guany de l'altre subjecte, estem davant del model cultural de guanyar-perdre. L'interés sol coincidir amb la demanda de les parts en el procés de mediació, tot i que, si es desitja resoldre la controvèrsia, caldrà localitzar quina és la necessitat en què pren suport aquest interés, ja que un problema no pot ser dissolt en el mateix nivell que es va generar. L'interés és com la punta d'un iceberg, el mediador ha d'ensenyar i acompanyar els mediats a bussejar entre prejudicis, valors i creences per a trobar la necessitat que dona suport a aquest interés, la seua demanda.

És important trobar aquesta diferència, ja que si les parts en el conflicte en són conscients i entenen la necessitat que subjau en la petició de l'altra part, al mateix temps que descobreixen que aquesta necessitat no és incompatible amb el seu propi interés, possiblement les dues parts, que es creien irreconciliables al principi, podran trobar una solució vàlida per a la controvèrsia que els ha portat al procés, salvaguardant les seues pròpies necessitats. I és que, a diferència dels interessos, les necessitats no són negociables. Per això, una autèntica resolució de conflictes acceptada per les parts exigeix que les necessitats se satisfacen completament. Si no és així, l'acord serà feble i la raó de la seua acceptació serà impositiva.[30] Estem davant d'un procediment extrajudicial i, per això, és d'importància vital que la resolució emergisca d'un autèntic convenciment i desig de dur-la a terme. És indispensable que les persones se senten protagonistes de l'acord i pensen que aquest ha sorgit d'elles per tal que estiguen totalment compromeses.

### 4.1.3 Com fer preguntes suscitadores per a detectar incongruències des de la programació neurolingüística (PNL)

Fins ara ens hem centrat en el que un bon professional de la mediació ha d'aconseguir per a facilitar la cerca d'una solució, o millora de la relació, entre les persones que estan davant d'una controvèrsia. Aquesta manera de procedir no incumbeix o competeix a una professió més que a una altra, ja que se centra a construir un model de comunicació constructiu, no a exhibir coneixements ni a aconsellar d'acord amb l'experiència del professional que acompanya en el procés de mediació. És per això que la Llei de mediació, pel fet de regular l'Estatut del mediador,[31] exigeix estar en possessió del títol oficial universitari o de Formació Professional Superior i tindre formació específica en mediació amb èmfasi en la multidisciplinarietat.

En aquest apartat ens centrarem en com aconseguir-ho, perquè, tot i que la llei també recull com ha de ser l'actuació del mediador,[32] ho fa d'una manera molt vaga, i en les eines que s'estudien en els cursos acreditats pel Govern s'obvia que les actituds no s'aprenen sinó que es viuen i, per a això, el professional ha d'integrar-les com una filosofia en la seua manera de ser i d'actuar. És molt difícil que un mediador, o mediadora, siga neutral si no pot detectar quines emocions està sentint, ja que si no n'és conscient, el seu sistema neurològic es posarà a connectar creences, valors i experiències personals amb pensaments, cosa que li propiciarà tindre un judici davant de la situació, en siga conscient o no, i consecutivament això no

30 JOSE BARRIENTOES RASTROJO. *Resolución de conflictos desde la filosofía aplicada y desde la mediación*. Pàg. 71.

31 Llei 5/2012, article 11. Condicions per a exercir de mediador.

32 Llei 5/2012, article 13, actuació del mediador.

ajudarà en l'actitud neutral que ha de mantindre en el procés. La llei diu que el mediador ha de ser neutral i, per a saber com ser-ho, un professional que perseguisca l'excel·lència en la mediació ha d'endinsar-se en l'estudi de la intel·ligència emocional,[33] que fa referència a les competències personals de l'autoconeixement,[34] l'autoestima[35] i l'autorealització,[36] per a guiar els clients en la millora de les seues habilitats emocionals.

Un professional de la mediació format sap que hi ha certes característiques relacionades amb la comunicació que ha de desenvolupar. Algunes d'aquestes característiques són l'escolta activa, el calibratge de les parts de la disputa,[37] l'empatia, la generació de confiança, la flexibilitat,[38] la capacitat de guardar silenci (que estaria lligada a l'escolta activa) i la capacitat per a fer preguntes poderoses.

Serà en aquesta última característica en la qual ens centrarem, ja que en les preguntes és on radica la diferència en mediació entre un professional mediocre[39] i un professional excel·lent.[40]

Mitjançant les preguntes, el mediador influencia, no pels seus consells sinó propiciant un model de comunicació constructiu, la detecció d'incongruències i transgressions del llenguatge, la qual cosa permet als mediats aproximar-se cada vegada més a la veritat objectiva implícita en la relació.

És així com es restableix i es millora la relació i la comunicació interpersonal que facilitarà el fet d'arribar a un acord o, almenys, millorarà la situació.

Aquest tipus de pregunta és la *pregunta suscitadora* que, com Sergi Farré Salva indica, és una pregunta oberta, que dona llibertat de resposta als seus receptors i, sovint, els inspira a reflexionar sobre aspectes importants de la situació conflictual, per tal d'assumir i compartir la responsabilitat sobre la relació o del conflicte amb la persona qüestionada.[41]

33 La capacitat de reconéixer, acceptar i canalitzar les nostres emocions per a dirigir les nostres conductes a objectius desitjats, aconseguir-ho i compartir-ho amb els altres. D. Goleman, 1995.

34 L'autoconeixement permet conéixer millor la naturalesa de l'ésser, facilita el fet de ser conscient de com es pensa, com se sent, quines són les seues fortaleses i les seues febleses, que són el catalitzador del comportament cap a les persones i les situacions.

35 L'autoestima és el sentiment favorable o negatiu que té una persona del seu autoconeixement. Podríem definir-la com el conjunt de sentiments, pensaments i conductes que fan que la persona es considere digna de ser valorada i estimada per si mateix sense dependre, per a això, de la valoració i l'afecte dels altres. OLGA CASTANYER. *Hazte experto en inteligencia emocional*. Pàg. 60

36 És el desenvolupament de la personalitat, que allibera la persona dels problemes deficitaris de la joventut i dels problemes de la infància, de la fantasia, innecessaris o irreals de la vida, de manera que li permet enfrontar-se, suportar i batallar amb els problemes "reals"… La persona s'autoaccepta i s'autocomprén. *El hombre autorealizado*. Pàg. 153. Colección Psicología. Ed. Karirós 1972.

37 El calibratge comprendria observar el llenguatge verbal i no verbal, el to, les postures, els gestos… Tot això amb la finalitat de constatar la congruència o la incongruència en la qual està basat el model de comunicació dels mediats.

38 Tindre la capacitat d'acomodar percepcions, creences, valors i comportaments diferents dels propis.

39 RAE mediocre. Del lat. *mediocris.*
1. adj. De calidad media.
2**.** adj. De poco mérito, tirando a malo.

40 RAE excelente. Del lat. *excellens, -entis.*
1. adj. Que sobresale por sus óptimas cualidades.
2. adj. Tratamiento de dignidad.

41 FARRÉ SALVA, S.: *Gestión de conflictos…* Pàg.58.

La programació neurolingüística[42] ens ofereix un gran ventall d'eines de comunicació per a fer preguntes suscitadores. Aquestes són, al mateix temps, eines per a treballar les competències personals de l'autoconeixement, l'autoestima i l'autorealització que, com hem dit anteriorment, són necessàries per a gaudir d'una bona intel·ligència emocional. La PNL[43] s'encarrega de l'estudi del funcionament conjunt de la ment, el pensament, les emocions i el cos físic, és a dir, "l'experiència subjectiva" d'una determinada situació.

Entre les eines de PNL de les quals es poden nodrir mediadors i mediadores per a fer preguntes suscitadores hi ha el metamodel del llenguatge,[44] que els ajudarà a detectar les mencionades incongruències i transgressions del llenguatge,[45] al mateix temps que els permetrà reenquadrar el significat conceptual de l'individu per a esclarir els punts de vista entre les parts mediades.

El professional de la mediació que posseïsca una bona oratòria i coneixements de PNL podrà detectar els patrons de pensament i conducta que es donen en el model de comunicació existent. Podrà detectar incongruències immerses en aquest model i neutralitzar-les o elevar-les a aprenentatge, fent les preguntes adequades, de la manera adequada i en el moment adequat.

En el disseny d'una pregunta suscitadora, és imprescindible ser conscient de la idoneïtat de les paraules perquè el missatge arribe de la manera que el mediat necessita, amb la finalitat que el seu significat coincidisca exactament amb la pregunta que fa el mediador, només d'aquesta manera pot emergir informació que done un sentit constructiu al procés.

La importància de les paraules que s'utilitzen per a formar una frase radica en el fet que aquestes fan referències a conceptes que s'han creat a partir d'interpretacions d'experiències, procés subjectiu, i s'han assumit com una cosa real, utilitzem el llenguatge per a representar la nostra experiència.

El metamodel del llenguatge de PNL sosté que el llenguatge és la representació del nostre mapa del món (de la nostra experiència), el que parlem i com parlem és el producte de la nostra cultura, formació i experiències. Utilitzar aquesta eina de comunicació ajuda el mediador a comprendre millor el que la gent diu i no diu, ajuda el facilitador a observar com es tradueixen els pensaments en paraules i és una guia a l'hora de fer preguntes constructives.

Com deia J. Donoso Cortés,[46] el que importa no és què es diu, sinó esbrinar què és el que es pensa. I és treball del mediador facilitar que les parts es diguen el que pensen de manera responsable i constructiva.

42 Disciplina que disposa d'eines i tècniques pròpies i d'altres disciplines per a construir un model de comunicació fluid i constructiu tant a escala intrapersonal com interpersonal.

43 Les sigles PNL fan referència a programació neurolingüística, designada com la disciplina que estudia l'estructura de l'experiència subjectiva. A Espanya tenim l'Associació Nacional de Programació Neurolingüística (AEPNL) que, amb el seu codi deontològic, vetla per les bones pràctiques professionals.

44 El metamodel del llenguatge en la PNL naix a partir de l'observació i el modelatge de dos terapeutes, Fritz Perls (creador de la teràpia Gestalt) i Virginia Satir (terapeuta familiar). Aquest estudi el duen a terme els fundadors de la PNL, Grinder i Bandler. El metamodel del llenguatge consisteix en una sèrie d'operacions lingüístiques que desafien les transgressions i les incongruències en la comunicació i que es focalitzen més en la forma que en el contingut del missatge, la qual cosa ajuda la persona a ser conscient de l'experiència viscuda mitjançant el llenguatge que utilitza.

45 Algunes de les transgressions més utilitzades són la generalització, l'omissió i la distorsió.

46 Juan Francisco María de la Salud Donoso Cortés y Fernández Canedo, I marqués de Valdegamas (Valle de la Serena, Badajoz, 6 de maig de 1809 - París, França, 3 de maig de 1853), va ser un filòsof, parlamentari, polític i diplomàtic espanyol, funcionari de la monarquia espanyola sota el règim liberal. Va anar evolucionant cap a una ideologia conservadora, va pertànyer a l'entorn polític del moderantisme fins a arribar al moviment dels neocatòlics o tradicionalistes.

La programació neurolingüística convida el mediador a no assumir la veracitat del missatge i que, quan es detecta alguna incongruència, se la desafie des de la curiositat que té un xiquet, sense introduir-hi judicis ni creences personals. Hi ha un gran nombre de transgressions del llenguatge, tot i que, per a no fer molt extensa l'explicació i poder donar una utilitat pràctica a aquesta part final de l'article, hem creat un cas fictici de mediació veïnal en què ens centrarem en tres tipus de transgressions: *les generalitzacions, les eliminacions i les distorsions.*

La detecció d'aquestes en un procés de mediació enriquirà el procés d'aprenentatge i les idees creatives, amb una comunicació molt més oberta, fluida i constructiva que la que hi havia al principi entre les parts.

*Tipus de mediació: Veïnal*

*Mediat que demanda la mediació: Mario*

*Mediat acusat de fer soroll (se li demana una indemnització per a mudar-se de casa): Fernando*

Mario: (dirigint-se a Fernando de manera violenta) "Sempre[47] esteu fent soroll, no pareu d'arrossegar els mobles a tota hora, us és igual tot, no teniu en compte res ni a ningú, és insofrible viure baix de vosaltres!!!"

Fernando: "I tu eres un amargat de la vida, només cal mirar-te la cara que tens, jo no tinc culpa que tingues una vida tan avorrida"

Mediadora: "Per favor, esteu ací voluntàriament. Hem de mantindre el respecte, eliminar els insults cap a l'altra persona i abaixar la veu perquè estem en una sala xicoteta i ens escoltem bé. Mario, em sorgeix un dubte sobre el que acaba de dir. Sempre, sempre, sempre estan fent sorolls els seus veïns?"

Mario: "Bé, sempre no perquè els xiquets van al col·legi, encara sort que entre setmana se'n van prompte a dormir i jo arribe tard de treballar[48]…"

Mediadora: "Aleshores, exactament quan li molesta el soroll que fan els seus veïns?"

Mario: "Doncs els caps de setmana, treballe tota la setmana per torns i quan arriba el dissabte o diumenge vull descansar"

Mediadora: "Què necessitaria vosté per a descansar els caps de setmana?"

Mario: "Fer una migdiada sense escoltar crits, pilotes rebotant, carreres de cotxes pels corredors..."

Mediadora: "Abans m'ha semblat entendre que el molestaven també els sorolls de moviment de mobles, és així?"

Mario: "No sé què serà, potser són els xiquets arrossegant els joguets"

Mediadora: "Fernando, hi ha algun moble que solen canviar de lloc els caps de setmana?"

47 Les *generalitzacions* sorgeixen quan d'una experiència original s'arriba a representar un tot. Ací l'emissor de la frase pot sentir ràbia, ira o tristesa perquè es considera una víctima, és culpa de l'altra part com se sent, cosa que fa que magnifique i generalitze la situació i això aviva el sentiment.

48 *Les eliminacions* fan que es pare atenció de manera selectiva a certes dimensions del problema, al mateix temps que se n'exclouen unes altres.

Fernando: "No, nosaltres també solem dormir o veure una pel·lícula al migdia, no movem mobles i els xiquets són xicotets per a fer-ho"

Mediadora: "Mario, i aquest soroll exactament a quines hores el molesta?"

Mario: "Doncs ja li ho he dit, els dissabtes i els diumenges, després de dinar, de 2 a 5 de la vesprada"

Mediadora: "Fernando, creu que pot fer alguna cosa per a alleujar el malestar de Mario els caps de setmana de 2 a 5 de la vesprada?"

Fernando: "Home… ara que he entés què el molesta i per què, podria posar una norma a casa perquè els meus fills no juguen a aquestes hores, o almenys perquè no juguen amb pilotes, cotxes o alguna cosa que faça soroll. Jo creia[49] que pretenia que els meus fills estigueren sense jugar... Què he de fer? Tirar tots els joguets que tenen perquè no els poden utilitzar per un veí que no para de queixar-se? Són xiquets, hauran de jugar…"

Mediadora: "Fernando, creu que és factible posar aquesta norma a la seua casa? Creu que la seua família pot adoptar aquesta norma?"

Fernando: "Sí, clar. Tenen tot el cap de setmana per a jugar, tampoc els estic dient que s'estiguen quiets tot el dia, ells entendran que Mario necessita descansar"

Mediadora: "Mario, què li semblaria aquesta solució?"

Mario: "Em donaria la vida perquè el que em porta ací és demanar una indemnització per a poder anar a un altre lloc a viure, amb tot el trastorn que això comporta, i la meua casa m'agrada, només és que necessite descansar"

Aquest cas acabaria amb un acord sorgit entre els veïns que ha originat una millor comprensió i acceptació de la pròpia responsabilitat i un guany positiu d'una relació veïnal recuperada, en què els individus se senten més satisfets i còmodes amb la solució que s'ha trobat, amb ells mateixos i amb els altres.

## 5. Conclusió

Els conflictes són necessaris per a madurar i créixer, ja que evitar-los podria ser perjudicial i gangrenar la situació, no cal controlar-los sinó gestionar-los amb eficàcia. Se sol associar el conflicte amb una cosa negativa, ja que les persones solen presentar una gran resistència al canvi i prefereixen mantindre's en la situació actual, encara que sàpien que no és el millor, abans de canviar. La resistència augmenta la força, com succeeix en el gimnàs, i només endureix la posició del nostre oponent. Per contra, una escolta activa i una pregunta ben formulada en el moment adequat trauran a la llum i posaran de manifest els interessos, els desitjos i les necessitats de les parts. Aquests interessos han de seguir-se fins a les seues arrels en la nos-

49 La distorsió és el procés que permet fer canvis en l'experiència de les dades sensorials percebudes. El nostre sistema nerviós condiciona la informació que ens arriba des dels nostres cinc sentits perquè la situació coincidisca i reforce el nostre sistema de creences. En l'exemple, Fernando creia que Mario estava molest per no tindre fills i que, aleshores, volia que els fills dels altres foren silenciosos com si no existiren, Fernando estava defensant la llibertat a ser (el seu interés en el procés) i estar dels seus fills. Quan aquest es va adonar del que realment molestava a Mario (la necessitat bàsica de descansar), va canviar la seua manera de veure i sentir la situació i això va desbloquejar la negociació.

tra pròpia psique, en la qual trobarem les necessitats bàsiques perquè les persones puguen encarar-los sense l'enuig i el judici que infravalora el seu oponent.

La mediació, com a sistema cooperatiu de gestió, transformació i solució de conflictes, afavoreix la comunicació entre les parts perquè prenguen lliurement les seues pròpies decisions. Per això, és notable el compromís dels qui participen en el procés de mediació, la qual cosa comporta també un alt índex de compliment dels acords. És per això que s'ha mostrat idònia per a ser aplicada en diferents àmbits.[50]

Pot dir-se que la mediació és un procés d'aprenentatge, un tipus d'aprenentatge que no pot ensenyar-se, ja que la seua essència resideix en l'autodescobriment, una persona no pot ensenyar a una altra, ja que això destruiria l'essència mateixa de la integració del coneixement, que és l'aprenentatge. La capacitat de reconéixer els propis errors i admetre'ls davant dels altres és el factor principal per a aconseguir la congruència entre pensament, paraula i acció. En un procés de mediació es busca que les parts mediades empatitzen amb les causes i les condicions principals que hi ha darrere d'una situació determinada. Un mediador, o mediadora, hàbil desenvoluparà el seu paper com a facilitador desbloquejant i modificant models de comunicació basats en un enfocament ignorant, agressiu o arrogant.[51]

La mediadora que busque l'excel·lència, triarà com a acompanyant incondicional la formació contínua, per a encertar en la manera d'emprar els coneixements i les experiències, disposa de la seua professió de base per a aplicar-los en el camp de les relacions humanes. El mediador no és el protagonista en un procés de mediació, i molt menys algú que es puga posar la medalla per arribar a una solució, un mediador és un professional la missió del qual és ajudar a crear una societat desperta i responsable en la qual les persones tinguen el coratge de treballar en el seu propi benestar i en el dels altres.

La mediació és un sistema cooperatiu de gestió, transformació i de resolució de conflictes, el qual, per llei,[52] es compon i complementa per diferents professions. És un *sistema multidisciplinari*, i com a sistema és normal que es produïsquen pors, rebutjos i resistències (barreres d'entrada) quan es produeixen modificacions en el seu àmbit, però això no és excusa perquè no es reconega el ric univers de mediadors de què disposa la mediació. Ja està bé d'arguments per a salvaguardar l'interés personal davant de l'evolució del sistema judicial i el creixement de la societat. No és veritat que la multidisciplinarietat del professional de la mediació sorgeix arran de la crisi econòmica, perquè la bona comunicació no és possessió de cap professió, sinó que és part de la humanitat en si. No és veritat absoluta que les institucions públiques estan donant a conéixer la mediació perquè estan col·lapsades i necessiten oferir un altre recurs més barat i ràpid, sinó que la mediació és la prova de l'evolució democràtica. No és veritat que la mediació és una eina que pertany només a advocats o psicòlegs, perquè, com hem argumentat durant tot aquest article, la mediació tracta de restablir patrons d'interacció que estaven danyats, truncats o que, simplement, no eren constructius.

La mediació és una filosofia de vida que retorna la responsabilitat i la llibertat a l'individu per

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

51 "Ell és una mala persona i m'està molestant", aquest tipus d'enfocament es basa en la ignorància (no sabem a què ens enfrontem), l'agressivitat (no ens adonem que si estiguérem en la mateixa situació faríem el mateix) i l'arrogància (creiem que tenim totes les respostes).

52 Llei 5/2012. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9112

a resoldre els seus propis conflictes, en què deixem arrere la teoria de Freud[53] immersa en la nostra societat, des del col·legi a la família, la religió o la policia, en què l'home és bàsicament un pecador incapaç de gestionar la seua vida que necessita l'ajuda d'un tercer que exercisca el paper d'adult racional, que prenga decisions per ell.

Aquest canvi de filosofia i cultura ve, necessàriament, acompanyat d'una modificació en el sistema educatiu, perquè en un futur, no gaire llunyà, es puga aconseguir, com indica Chögyam Trungpa[54], una societat en què podran viure les persones juntes amb harmonia, en què la suma de totes elles siga molt més gran que la suma de les seues parts.

## Bibliografia

BANDLER. R, GRINDER. J.: *La estructura de la mágia: 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 Gª 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 buddhista para hacer del mundo un lugar mejor*, Barcelona, Kairós, 2016.

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/

53 Que defensa que la naturalesa bàsica i inconscient de la persona està composta principalment per instints que, en cas de manifestar-se lliurement, farien aparéixer l'incest, l'assassinat i altres crims.

54 DALAI LAMA, T.n. HANH, P.CHÖDRÖNM CG,TRUNGPA, D.LOY, P.COYOTE, J.GOLDSTEIN, S.SAHN I ALTRES: *Política con Conciencia: La alternativa buddhista para hacer del mundo un lugar mejor*, pàg. 126

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). Lóndres, 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.

Monogràfic: Mediació

# QUÈ POT APORTAR LA MEDIACIÓ PENAL DAVANT DE L'EXPULSIÓ DE CIUTADANS ESTRANGERS INFRACTORS?

Mª Angeles Casabó
Carla de Paredes

**RESUM:** La justícia restaurativa està aconseguint una major aplicació des de la perspectiva de la víctima. En aquest article, s'enfocarà la mediació des del punt de vista de l'infractor estranger. Actualment, s'està observant una creixent aplicació de respostes alternatives com a mesures substitutives a l'ingrés a la presó, unit al fet que cal un previ estudi de les concretes circumstàncies del penat, arrelament i situació familiar. S'hi analitza la possibilitat d'acudir a la mediació amb la finalitat d'aconseguir una aplicació positiva de la substitució de la pena en l'expulsió del territori espanyol com a pena substitutiva a la pena privativa de llibertat.

**PARAULES CLAU:** justícia restaurativa, mediació penal, expulsió, substitució, arrelament, immigració

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, inmigration

**SUMARI:** 1.Introducció.- 2. La regulació en el Codi Penal de les formes substitutives de les penes: expulsió de ciutadans estrangers (articles 88 i 89 CP).- 3. Ciutadans estrangers i especial referència a la seua situació d'arrelament.- 4. Mediació i altres eines restauratives.- 5. Conclusions.- Bibliografia.

## 1. Introducció

La justícia restaurativa és una de les perspectives de justícia penal més noves que ha generat un gran interés per part de la doctrina. Quant a l'origen, i en el nostre entorn, naix com un moviment cultural basat en la cultura de pau, en concret sorgeix de la mà dels moviments pròxims a la victimologia i a l'abolicionisme penal,[1] fomentat per una crisi del model de justícia penal preponderant.

No és aquest el lloc per a entrar en profunditat en les definicions de justícia restaurativa, en la seua relació amb la mediació, reparació, conciliació, etc., no obstant això, coincidim amb Etxeberria, "*la justícia restaurativa no solament implica introduir la mediació o altres mecanismes similars, implica repensar les finalitats del sistema penal –per exemple, si la reparació ha de ser un fi del dret penal junt amb el de prevenció dels atacs a béns jurídics– i implica repensar sobretot els rols i les pràctiques dels operadors jurídics –evitar la victimització secundària, respectar i escoltar les víctimes, protegir-les, atendre les seues necessitats…), immersos com estan en una cultura purament punitiva".*[2] *"Per a la justícia en termes socials, la mediació ofereix una nova concepció, noves formes de resposta penal amb sentit educatiu, promovent actituds cap a la responsabilitat i la reparació".*[3]

La mediació és un dels instruments possibles per a fer efectiva aquesta justícia restaurativa, comptant amb la participació de la víctima en la gestió del conflicte, i fent que siguen ella i l'infractor els qui aconseguisquen arribar a un acord dirigit a reparar/restaurar el dany.[4]

Des de l'aprovació de la Llei 4/2015 de l'Estatut de la víctima del delicte, la mediació penal s'ha vist reconeguda dins de l'ordenament jurídic espanyol, donant-hi un enfocament de l'ús de la mediació penal des de la perspectiva de la víctima. En l'Estatut de la víctima del delicte, la introducció de la intervenció de la víctima en diferents fases de l'execució de la pena, s'ha vist concretada en l'article 13. Per tant, valorar la víctima des d'una perspectiva legal. Hi ha autors que consideren que hem passat de l'oblit de la víctima a una aparent sacralització,[5] no ho compartim, però sí que advertim l'oblit del victimari o de l'infractor dels estudis doctrinals, quan també pot ser un gran beneficiat en una mediació, perquè la justícia restaurativa suposa passar d'un model autoritari-impositiu fundat en el castic, cap a la composició del conflicte entre la víctima i la persona infractora o entre aquesta i la societat.

Ens interessa especialment aquest infractor o victimari quan és estranger, ja que la modificació del Codi Penal LO 1/2015, de 30 de març, té enormes conseqüències sobre la població estrangera que puga veure's en un procediment penal perquè serà expulsat d'Espanya malgrat haver-ne aconseguit la residència legal al nostre país.

1 Entre altres, 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 Etxeberria, X.,: "Justicia restaurativa y finalidades del Derecho penal", en M. Martínez (Coord.), *Justicia Restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (pàg. 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, pàg. 50-60, pàg. 52

4 Armengot, A.: "La incorporación de la mediación en el proceso penal español", *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 106, 2014, pàg. 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, pàg. 1-68, pàg. 52: "No constitueix un illot en l'oceà juridicopenal, això és, un esdeveniment aïllat i inconnex, sinó que s'emmarca en una política criminal continuista del corrent de neoconservadorisme que va assolar el continent europeu en la primera dècada del segle XXI, com a conseqüència de l'atemptat de les Torres Bessones de Nova York, i que va afavorir que la idea de la justícia com a venjança continuara sent popularment atractiva."

Per això, en aquest article es planteja la necessitat d'utilitzar la mediació penal o qualsevol altra eina de justícia restaurativa quan una de les parts siga un estranger als qui una eventual sentència condemnatòria amb l'expulsió com a substitució de la pena privativa de llibertat els ocasionara greu perjudici.

Pretenem efectuar una aproximació a la figura de l'expulsió en el si del procés penal, prescindint, per tant, de la inclusió en l'estudi, de l'expulsió governativa regulada en l'art. 57.2 Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seua integració social, donat el seu caràcter administratiu, i la utilització de la mediació penal. Veurem que en aquest sistema de justícia restaurativa podria tractar-se l'evitació de l'expulsió de l'estranger i la subsegüent prohibició de retorn a territori nacional, ja que s'identificaria amb els interessos i continguts de rehabilitació i reinserció social enfront del dret penal el fi exclusiu del qual és la persecució i prevenció del delicte.

Ens sembla interessant la definició sobre mediació que dóna Sáez, des d'una perspectiva empírica,[6] "com que el sistema de gestió de conflictes en què una part neutral, en possessió de coneixements i habilitats tècniques específiques, imparcial i independent dels actors institucionals del procés, ajuda dues o més persones implicades en un delicte o falta en qualitat de víctima i infractor (o en les dues posicions) en els supòsits de denúncies encreuades, a comprendre l'origen del conflicte, les causes i les conseqüències, a confrontar els punts de vista i a elaborar acords sobre la manera de reparació, tant material com simbòlica.

Perquè el dret penal no ha de ser en cap cas instrument de repressió, sinó garantia de llibertat. (…) garantia de llibertat moral i política, que precisament fa possible en una societat pluralista l'exercici ple de totes les llibertats reconegudes per la Constitució".[7]

## 2. La regulació en el Codi Penal de les formes substitutives de les penes: expulsió de ciutadans estrangers (articles 88 i 89 CP)

El legislador espanyol en el títol III regula les *penes*, en concret, en el capítol III "De les formes substitutives de l'execució de les penes privatives de llibertat i de la llibertat condicional", secció "De la substitució de les penes privatives de llibertat". En concret, l'expulsió judicial d'estranger ix regulada materialment en els art. 89[8] i 108[9] del CP, sense que hi haja cap previsió en la Llei d'enjudiciament criminal (LECrim) sobre el tràmit processal per a la seua adopció, i s'ha d'acudir als breus esments en la legislació penal substantiva i, sobretot, a la doctrina jurisprudencial.

El legislador és molt clar en l'article 89: *"Les penes de presó de més d'un any imposades a un ciutadà estranger seran substituïdes per l'expulsió del territori espanyol".*

6 Sáez Rodríguez, C. (coord.) (2008): *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación* (pàg. 314). Navarra: Editorial Thomson Arazandi.

7 Rodrigo Mourullo, G. (2002). *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional.* Discurso leído el día 18 de febrero de 2002, en el acto de su recepción com a académico de Número, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

8 Article 89 redactat pel número 48 de l'article únic de la LO 1/2015, de 30 de març, per la qual es modifica la LO 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal (BOE 31 març).

9

GARCÍA-ESPAÑA ha entés aquesta reforma com un instrument amb el qual l'ordenament jurídic s'arma enfront de l'estranger delinqüent és l'expulsió com a substitució total o parcial de la pena de presó de l'art. 89 CP.[10]

L'article 89 no distingeix tipus d'estranger i l'expulsió comporta l'arxiu de qualsevol procediment administratiu que tinguera per objecte l'autorització per a residir o treballar a Espanya (art.89.5). Ara, una condemna penal de presó de més d'un any també suposarà l'expulsió dels estrangers amb residència legal, és a dir, ja no es distingeix entre situacions de regularitat o irregularitat, o fins i tot ciutadans de la Unió Europea**.** Així és com la condició d'estranger realça el vessant subjectiu del supòsit de fet de la norma amb independència de la situació administrativa, que perd el caràcter delimitador. Ja no hi ha dos models punitius diferents, en funció dels subjectes als quals és aplicable, és a dir, un model per als estrangers que es troben en una situació administrativa d'irregularitat a l'Estat espanyol, i un segon model, per als nacionals, els estrangers administrativament regulars i els estrangers comunitaris. Això suposa una major possibilitat d'aplicabilitat de la mesura.

L'expulsió comporta una prohibició de retorn prevista en l'art.89.5: "L'estranger no podrà tornar a Espanya en un termini de cinc a deu anys, comptats des de la data de l'expulsió, ateses la durada de la pena substituïda i les circumstàncies personals del penat".

D'altra banda, l'article 89 CP distingeix tres supòsits en funció de la pena que cal imposar: penes de presó de fins a un any, penes de presó d'un any fins a cinc anys, o penes de presó superior a cinc anys.

No obstant això, el mateix article reconeix la possibilitat de la substitució de l'expulsió quan afirma: *"No procedirà la substitució quan, a la vista de les circumstàncies del fet i les personals de l'autor, en particular el seu arrelament a Espanya, l'expulsió resulte desproporcionada."* (Art. 89.4).

La transcendent reforma HO 1/2015, de 30 de març, de modificació del Codi Penal, introdueix l'arrelament de la persona estrangera com a element limitador de l'expulsió.

En l'article 108: "Si el subjecte fóra estranger no resident legalment a Espanya, el jutge o tribunal acordarà en la sentència, prèvia audiència d'aquell, l'expulsió del territori nacional com a substitutiva de les mesures de seguretat que li siguen aplicables, llevat que el jutge o tribunal, prèvia audiència del Ministeri Fiscal, excepcionalment i de forma motivada, aprecie que la naturalesa del delicte en justifica el compliment a Espanya".

Modulada l'expulsió com a mesura substitutiva integral o parcial de la pena imposada, l'expulsió judicial suscita importants dubtes sobre la seua autèntica naturalesa jurídica.

La doctrina que ha estudiat aquesta mesura entén que l'existència de l'art. 89 del CP i aquesta és en realitat un instrument al servei de la política migratòria i no al de la política penal, la qual cosa significa posar el dret penal al servei del dret administratiu a l'efecte del control dels fluxos migratoris.[11]

10 Garía-España, E.: "El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión". *Migraciones*. Publicació de l'Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones, 2018, núm. 44, pàg. 119-144 . GARCÍA-ESPAÑA comenta diversos instruments basant-se en la idea de crimmigration per a fer referència a la desdibuixada frontera entre la política criminal i migratòria, i la submissió d'aquella a favor d'aquesta (Stumpf, 2006), pàg. 121.

11 Martín, P.: *La expulsión de extranjeros del artículo 89 del Código Penal: Análisis jurídico penal i criminológico*. 2015. Tesi doctoral. Universitat de Girona. Vegeu en pàg. 25-30.

En aquest mateix sentit, la STC 242/1994, de 20 de juliol va establir que l'expulsió "no es concep com a modalitat d'exercici de *ius puniendi* de l'Estat enfront d'un fet legalment tipificat com a delicte, sinó com a mesura enfront d'una conducta incorrecta de l'estranger que l'Estat… pot imposar-li en el marc d'una política criminal, vinculada a una política d'estrangeria, que a aquell incumbeix legítimament dissenyar".

El caràcter abstracte de l'expulsió es va posar de manifest en l'STS 901/2004 de 8 de juliol marcant, des d'aquell moment, una línia jurisprudencial que matisa el caràcter preceptiu de l'expulsió.[12]

"Per a aconseguir l'adequada ponderació i salvaguarda de drets fonamentals superiors, en principi, a l'ordre públic o a una determinada política criminal**, sembla imprescindible ampliar l'excepció de l'expulsió, incloent-hi un estudi de les concretes circumstàncies del penat, arrelament i situació familiar per al que resulta imprescindible el tràmit d'audiència del penat i la motivació en la decisió**. Per això, haurà de concloure's amb la necessitat d'empeltar aquest tràmit com l'única garantia que, en la col·lisió dels béns en conflicte, s'ha salvaguardat el que es considere més rellevant, i amb això es conjura, eficaçment, la qualificació de possible inconstitucionalitat del precepte, tal com està en l'actualitat. Una vegada més cal recordar que, tot judici és essencialment individualitzat, i si això té una especial incidència en la individualització judicial de la pena, és obvi que també ha de ser-ho en aquelles mesures substitutives de la presó".

El TS ha considerat en algun supòsit com a argument vàlid per a no aplicar l'expulsió substitutiva considerar que aquesta mesura resulta discriminatòria respecte de col·lectius, tals com els autòctons i els estrangers en situació regular (STS 1120/2005, de 28 setembre).

En la sentència del Tribunal Suprem número 853/2010, de 15 d'octubre: "Es considera que amb una aplicació automàtica i rutinària –sense atendre les circumstàncies específiques que ho justifiquen en el cas concret– de la substitució de la pena per l'expulsió de l'acusat al seu país d'origen, s'estaria promovent de forma incomprensible la comissió de delictes greus dins del territori nacional per ciutadans estrangers. Per aquest motiu, quan les penes siguen superiors als tres anys, i amb més raó quan es vagen aproximant als sis anys de presó, no s'estime raonable la concessió de l'expulsió fins que es complisca la meitat de la pena".

Del conjunt de les interpretacions, aquest caràcter preceptiu de l'expulsió ha sigut matisat pels altres elements que el TS ha anat incorporant a la interpretació de l'art. 89 del CP. Per tant, s'estableix el tràmit d'audiència del penat, així com també les circumstàncies personals del condemnat, arrelament i situació familiar "a la vista de les circumstàncies del fet i les personals de l'autor" i la necessitat de motivar sempre la resolució sobre l'expulsió.

## 3. Ciutadans estrangers i especial referència a la seua situació d'arrelament

Com afirmàvem al principi d'aquest article, la mediació penal s'ha estudiat des de la perspectiva de la víctima o del menor, però no prou des del victimari.

12 Estudiat per Durán, I.: "El extranjero delincuente "sin papeles" y la expulsión: (a propósito de l'STS 8-7-2004)", R*evista de derecho penal y criminología*, núm. 15, 2005.

Des de fa anys, es propugna un nou canvi de mentalitat en el dret penal, un pas avant a favor d'una classe de justícia en la qual el protagonisme es retorne a les parts involucrades en el conflicte, tal com va ser en els seus orígens, i això només s'aconsegueix posant les parts involucrades en situació d'igualtat. Espanya és un país multicultural i plurirreligiós. Segons l'INE i la seua estadística del padró, són estrangers en situació de regularitat l'1 de gener de 2018, 4.719.418.[13] Segons informació d'actualitat, l'arribada d'immigrants a Espanya augmenta un 28% i fa créixer la població per segon any consecutiu.[14] DE LUCAS[15] afirma: " Enfront del perfil típic de l'immigrant de mitjan anys noranta, que solia ser un home o una dona sola, ha augmentat el nombre de famílies. Tant per efecte de la reagrupació familiar com pel fet que, de forma creixent, la migració procedent de determinats països llatinoamericans és, en gran manera, i des del primer moment, una migració del grup familiar que es realitza de forma escalonada. És el cas, de forma molt destacada, dels nacionals de l'Equador els últims dos anys. Un altre indicador de la important presència de famílies, un factor bàsic en la caracterització sociològica de les migracions, és el nombre creixent de menors immigrants escolaritzats".

Això ens porta a la idea de l'arrelament dels immigrants. L'arrelament és un concepte jurídic indeterminat que pot complementar-se amb el contingut en l'art. 124,[16] Reial decret 557/2011,

13 INE: http://www.ine.es/jaxi/datos.htm?path=/t20/e245/p04/provi/l0/&file=0ccaa002.px (consultat 15/09/2018)

14 Sanmartín, O.: 21 de juny 2018, *El Mundo*: http://www.elmundo.es/espana/2018/06/25/5b30be1dca4741905f8b465e.html (consultat 15/09/2018)

15 De Lucas, F. J.: *Inmigración y globalización. Sobre los presupuestos de una política de inmigración. En Inmigración y ciudadanía: perspectivas sociojurídica*s. Universitat de La Rioja, 2003, pàg. 23-52, pàg. 51.

16 Article 124. Autorització de residència temporal per raons d'arrelament.

2. Per arrelament social, poden obtindre una autorització els estrangers que acrediten la permanència continuada a Espanya durant un període mínim de tres anys.

A més, ha de complir, de forma acumulativa, els següents requisits:

a) Mancar d'antecedents penals a Espanya i al seu país d'origen o al país o països en què haja residit durant els últims cinc anys.

b) Disposar d'un contracte de treball signat pel treballador i l'empresari en el moment de la sol·licitud per a un període que no siga inferior a un any. Aquesta contractació ha d'estar basada en l'existència d'un sol contracte, excepte en els següents supòsits:

1r En el cas del sector agrari, és possible la presentació de dos contractes, amb diferents ocupadors i concatenats, cada un de durada mínima de sis mesos.

2n En el cas de desenvolupament d'activitats en una mateixa ocupació, treballant parcialment i de manera simultània per a més d'un ocupador, s'admet la presentació de diversos contractes, tots de durada mínima d'un any, i la suma dels quals ha de representar una jornada setmanal no inferior a trenta hores en el còmput global.

c) Tindre vincles familiars amb altres estrangers residents o presentar un informe d'arrelament que acredite la seua integració social, emés per la comunitat autònoma en el territori en què tinguen el seu domicili habitual.

A aquest efecte, els vincles familiars s'entenen referits exclusivament als cònjuges o parelles de fet registrades, ascendents i descendents en primer grau i línia directa.

En els supòsits d'arrelament social acreditat mitjançant informe, que ha de ser emés i notificat a l'interessat en el termini màxim de trenta dies des de la seua sol·licitud, en aquest ha de constar, entre altres factors d'arrelament que puguen acreditar-se per les diferents adminis*tracions competents, el temps de permanència de l'interessat en el seu domicili habitual, en el qual ha d'estar empadronat, els mitjans econòmics amb què compte, els vincles amb familiars residents a Espanya, i els esforços d'integració a través del seguiment de programes d'inserció soci laborals i culturals. Simultàniament i per mitjans electrònics, la comunitat autònoma ha de traslladar l'informe a l'O*ficina d'Estrangeria competent.

A aquests efectes, l'òrgan autonòmic competent pot realitzar consulta a l'Ajuntament on l'estranger tinga el seu domicili habitual sobre la informació que puga constar en aquest.

L'informe d'arrelament referit anteriorment el pot emetre la corporació local en la qual l'estranger té el domicili habitual, quan així ho haja establit la comunitat autònoma competent, sempre que això s'haja prèviament posat en coneixement de la Secretaria d'Estat d'Immigració i Emigració.

L'informe de la corporació local s'ha d'emetre i notificat a l'interessat en el termini de trenta dies des de la data de la sol·licitud. Simultàniament i per mitjans electrònics, la corporació local ha de traslladar l'informe a l'Oficina d'Estrangeria competent.

de 20 d'abril , pel qual s'aprova el Reglament de la Llei orgànica 4/2000, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seua integració social, referit a l'arrelament. Aquest arrelament pot ser per raons d'arrelament laboral, social o familiar. Ens interessa especialment quan l'estranger té arrelament social.

La comissió d'un fet delictiu, així com la condemna per aquest té un plus de lesivitat en aquest col·lectiu, perquè moltes vegades tenen parelles estables i fills, i l'expulsió comporta posteriorment una deportació a la qual se suma la impossibilitat de poder tornar tant a l'Estat que va executar la mesura, com al conjunt de països de l'espai Shengen. L'aplicació de la mesura suposa per als estrangers una major càrrega retributiva, "entenent aquesta en el sentit tradicional, on no hi ha, ni pot existir, una reeducació o reinserció social de la persona condemnada, sols un castic".[17]

Amb la nova defensa social, el delinqüent no ha de ser sotmés a la justícia penal amb un fi d'expiació, venjança o retribució; sinó que la pena ha d'estar orientada al tractament del delinqüent, amb la concreta finalitat de retornar l'autor del delicte a una vida social lliure i conscient.

Així ROXIN[18] recalca que: "… la teoria de la retribució ja no es pot sostindre hui científicament. Perquè, si, … la finalitat del dret penal consisteix en la protecció subsidiària de béns jurídics, llavors, per al compliment d'aquesta comesa, no està permés servir-se d'una pena que, de forma expressa, prescindisca de totes les finalitats socials. La idea de retribució exigeix també una pena allí on, sobre la base de la protecció de béns jurídics no seria necessària (cf. nm. 3); però llavors la pena ja no serveix a les comeses del dret penal i perd la seua legitimació social. Dit d'una altra manera: l'Estat, com a institució humana, no és capaç de realitzar la idea metafísica de justícia ni està legitimat per a això. la voluntat dels ciutadans l'obliga a assegurar la convivència de l'home en pau i en llibertat; està limitat a aquesta tasca de protecció. La idea que es pot compensar o suprimir un dany (el delicte) causant un altre dany addicional (el del sofriment de la pena), només és susceptible d'una creença o fe, a la qual l'Estat no pot obligar a ningú des del moment en què ja no rep el seu poder de Déu, sinó del poble".

Respecte a l'arrelament, la circular la Fiscalia General de l'Estat, CIRCULAR 7 /2015, sobre l'expulsió de ciutadans estrangers com a mesura substitutiva de la pena de presó després de la reforma operada per l'1/2015 (vegeu annex 1):

> "*En els casos en què l'arrelament personal haja sigut el fonament de la inaplicació de l'expulsió substitutiva, serà possible valorar la pertinència de la suspensió condicional de la pena en qualsevol de les modalitats previstes en els art. 80 et seq. CP. La raó d'ai-*

L'òrgan que emeta l'informe pot recomanar que s'eximisca l'estranger de la necessitat de disposar d'un contracte de treball, sempre que acredite que té mitjans econòmics suficients. En cas de complir-se els requisits previstos en l'article 105.3 d'aquest reglament, es pot al·legar que els mitjans econòmics deriven d'una activitat que desenvolupa per compte propi.

En cas que l'informe no s'haja emés en termini, circumstància que ha d'acreditar degudament l'interessat, pot justificar-se aquest requisit per qualsevol mitjà de prova admés en dret.

b) Quan es tracte de fills de pare o mare que hagen sigut originàriament espanyols.

4. Per ordre del titular del Ministeri de la Presidència a proposta dels titulars dels ministeris de l'Interior i de Treball i Immigració i previ informe de la Comissió Laboral Tripartida d'Immigració, es pot determinar l'aplicació de la situació nacional d'ocupació a les sol·licituds d'autorització de residència temporal per raons d'arrelament social.

17 Brandariz, J. A.: "La difusión de lógicas actuariales i gerenciales en las políticas punitivas", núm. 2,. *InDret* , 2014.

18 Roxin C. (1997): D*erecho penal: parte general V. 1: fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* Civitas, pàg. 84

*xò radica en el fet que l'expulsió no es descarta per exigències de prevenció general o d'afirmació de l'ordenament jurídic, sinó per a evitar la lesió dels drets del condemnat a la vida privada i familiar. L'execució penitenciària de la pena no constitueix, per tant, una alternativa obligada, sinó que haurà d'estar-se a la gravetat del fet. D'aquesta manera, regeix el principi d'igualtat de tractament de l'estranger respecte dels penats de nacionalitat espanyola, i queda expedit el seu accés a les alternatives al compliment de la presó previstes en el nostre CP, si compleix els requisits necessaris per a això."*

En relació amb al Tribunal Europeu de Drets Humans (d'ara en avant TEDH), és el destinat a enjudiciar les possibles violacions dels drets reconeguts en el Conveni europeu de protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals (CEDH) i en els seus protocols per part dels estats parteix d'aquest Conveni. La doctrina legal establida pel Tribunal Europeu de Drets Humans reconeix que una ordre d'expulsió pot afectar el dret de tota persona física a la protecció de la família amb abstracció de quina siga la causa que constituïsca el substrat de l'eixida obligatòria d'un dels països signants del Conveni de Roma. Per a això, seguint la seua doctrina, per a ponderar el grau d'integració de l'estranger en la societat espanyola serà necessari valorar els criteris següents.[19]

1. L'arrelament de permanència: s'ha de valorar el temps de permanència al nostre país. És especialment important quan es tracte d'immigrants de segona generació o quasi nacionals, és a dir, que hagen nascut al país d'acolliment; d'altra banda, s'ha de valorar l'activitat laboral com a compensació a la falta d'arrelament a Espanya. Per a això, l'estranger ha d'acreditar que l'activitat laboral li permet mantindre unes condicions d'estabilitat i viabilitat futures.

2. L'arrelament familiar: sobre aquest criteri el TEDH ha assenyalat: 'Excloure una persona d'un país on viuen els parents pròxims pot constituir una ingerència en el respecte al dret a la vida privada i familiar, protegida per l'art. 8 del Conveni europeu de drets humans (d'ara endavant CEDH).

El art. 8.1 CEDH estableix que "tota persona té dret al respecte de la seua vida privada i familiar, del seu domicili i de la seua correspondència". La jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans ha deduït d'aquell precepte un "dret a la vida familiar", que comprendria com un dels seus elements fonamentals el gaudi per pares i fills de la seua mútua companyia (STEDH *cas Johansen*, de 27 de juny de 1996, § 52)

D'altra banda, el Tribunal Europeu de Drets Humans ha admés que en alguns casos l'art. 8.1 CEDH pot actuar com a límit a la possibilitat d'aplicació de les causes legals d'expulsió dels estrangers, si bé tenint en compte al seu torn els límits imposats per l'art. 8.2 CEDH, les circumstàncies del cas i la ponderació dels interessos en joc, entre moltes, STEDH *cas Dalia*, de 19 de febrer de 1988, §§ 39-45, 52-54.

Recentment, el TEDH va condemnar a Espanya TEDH 18 desembre 2018, 3 d'octubre, N.D. i N.T. *vs.* Espanya, perquè Espanya va expulsar injustament dos condemnats per tràfic de drogues.

En concret, Espanya va vulnerar l'article 8 de la Convenció europea de drets humans en el cas de dos ciutadans marroquins que van ser expulsats després de ser condemnats per tràfic de drogues, ja que no es van tindre en compte la seua situació privada i familiar, sense tindre en compte els seus llaços familiars ni el seu arrelament al país. Amb 13 anys, Aziz Saber estava

19 Recollida per Martín, P., *Ob. cit*., pàg. 58.

escolaritzat a Espanya, on vivia amb part de la família i on continuen residint la mare i els cinc germans que té. Hamza Boughassal va arribar amb 11 anys i des de llavors ha viscut a Girona. Saber i Boughassal comptaven amb un permís de residència de llarga durada quan, en 2008, un tribunal català els va condemnar per tràfic de drogues. Les autoritats van iniciar els tràmits d'expulsió mentre complien la pena.

La Cort d'Estrasburg va considerar que l'ordre d'expulsió va vulnerar el seu dret al respecte a la vida privada i familiar, que la justícia espanyola no va examinar la "proporcionalitat" de la mesura, que no es va tindre en compte la durada de la seua estada ni els llaços socials, culturals i familiars amb Espanya. Aquest hauria sigut un cas susceptible de mediació.

Per a poder valorar l'existència d'arrelament cal que l'estranger acredite no solament la permanència dels familiars més pròxims al país d'acolliment, sinó l'existència de relacions reals i efectives de vida familiar, fins i tot de mútua dependència. Cal, per a no aplicar la mesura d'expulsió, que la vida familiar existisca en el moment que l'expulsió serà efectivament executada.

Afirma De Paredes, que les circumstàncies que cal valorar consisteixen fonamentalment en els efectes negatius que puguen produir-se com a conseqüència de la separació dels components del grup familiar provocada per l'expulsió, tant en relació amb l'estranger estranyat com per als que en depenguen; on seria admissible la mediació prèviament a formalitzar l'expulsió, en el sentit de valorar aquestes circumstàncies i aquests efectes negatius de la mateixa expulsió.

D'altra banda, l'expulsió de l'estranger és una intromissió en la vida familiar, ja que ha de valorar-se si l'expulsió o rebuig de l'estranger condemnat fa impossible que la vida familiar puga desenvolupar-se al país al qual el condemnat és expulsat. Per tant, la millor manera per a poder tractar aquest tema siga des del punt de vista del mediador, que és una persona imparcial però coneixedora de les necessitats de l'estranger.[20]

Veurem com en aquest sistema de justícia restaurativa pot tractar-se l'evitació de l'expulsió de l'estranger i la subsegüent prohibició de retorn a territori nacional, ja que s'identificaria amb els interessos i continguts de rehabilitació i reinserció social enfront del dret penal el fi exclusiu del qual és la persecució i prevenció del delicte.

## 4. Mediació i altres eines restauratives

En la mesura en què la mediació, en el diàleg interpersonal i en l'acord de reparació, són admissibles molts aspectes del conflicte interpersonal que puga subjaure al delicte o en el conflicte que el delicte haja generat, s'amplien també els efectes pacificadors i preventius especials de la sentència penal amb procés de mediació.

La participació directa de les parts implicades en les decisions que els afecten, així com el fet que el procés de mediació estiga orientat a la reparació de la víctima, la responsabilització activa de l'infractor i el reconeixement i suport social al procés resulten molt apreciats per aquelles, a més d'incidir molt positivament en la prevenció de la reincidència i l'eliminació o reducció de la revictimització[21].

La mediació penal a Espanya pareix estar pensada essencialment per a aquells supòsits en

20 De Paredes, C.: *Ob. cit*., pàg. 54.

21 Cano, Mª A. (2015): *La mediación penal* (pàg. 339). Pamplona: Aranzadi.

què es produeix la remissió d'aquesta per estar pendents unes diligències incoades contra l'infractor. És per això que es canalitza formalment la mediació com un incident en el mateix procés.

El Codi Penal i la Llei d'enjudiciament criminal preveuen una sèrie de possibilitats a concedir prestacions legals a l'infractor que fa l'esforç de compensar el dany a la víctima. El tipus de benefici legal dependrà de l'etapa del procés i el tipus del crim, per exemple, la mitigació de la pena, suspensió de la pena privativa de llibertat o la seua substitució per una pena, beneficis o llicències quan l'infractor està complint la pena de presó, entre altres. Per aquest motiu, de fet, un procés restauratiu, encara que no estiga expressament previst per la llei, és possible en qualsevol fase del procés penal, també després de la sentència, per a qualsevol tipus de delicte, en el qual hi haja una víctima personal o una entitat jurídica que haja patit pèrdua o dany.[22]

És, per tant, la seua flexibilitat i la seua possibilitat que l'acord s'aconseguisca en qualsevol fase del procés, i no queda la seua presentació sotmesa a regles preclusives.

Podem afirmar, com a primera dificultat, la de "fixar els actors de la mediació". En el cas de l'infractor estranger, l'idioma pot ser un obstacle, perquè qualsevol traducció és una cosa interposada. Això no succeiria amb milions d'immigrants d'origen iberoamericà. D'altra banda, també cal tindre en compte el seu full historicopenal, perquè si té molts antecedents penals, té clara la seua idea de justícia i administració de justícia, basada en la seua pròpia experiència, la qual cosa serà un obstacle per a la mediació. El perfil ideal és el delinqüent primari, mancat de tota mena d'antecedents, fins i tot policials.

A vegades les penes de presó de més d'un any es poden imposar per delictes com poden ser les amenaces, calúmnies o fins i tot delictes contra la propietat industrial que, per a molts estrangers, és l'única opció que els queda davant de la impossibilitat de trobar treball.

En el cas de la víctima, planteja especial problema en el cas de la victimització terciària, és a dir, víctima difusa i generalitzada en delictes d'ordre públic.

No solament es pot aconseguir això a través de la mediació, sinó a través de qualsevol tècnica de caràcter restauratiu, en el qual moltes vegades és fonamental la intervenció d'ONG. Per exemple, en el que s'observa com, a través d'eines de marcat caràcter restauratiu, es repara el dany, se satisfà la víctima –bé pot ser aquesta la societat en conjunt– i es procura la reinserció de l'infractor/a.[23]

22 Cerón, M., Clavaguera, J. (2015): *Reconstruyendo el balance entre víctima y ofensor: la integración de un enfoque proactivo hacia la víctima en la mediación penal* (pàg. 4). Diario La Ley, núm. 3908.

23 En Sánchez, M. P. "És posible la mediación con drogodependentes?", en J. Tomás, et al. Justicia restaurativa, mediación penal i penitenciaria: un renovado impulso, Editorial Reus, 2011.Recentment va acudir a nosaltres la nóvia d'un jove estranger que es trobava preventiu en la presó de Madrid VII (Estremera): ens va relatar com, "angoixat per la falta de diners i de "papers" va començar a fer tripijocs amb haixix, a la cantonada del carrer Leganitos amb el carrer Torija" (és a dir, és el mateix carrer on està situada la comissaria de la Policia Nacional del districte Centre de Madrid). Per la seua actitud, els agents van tardar molt poc a detindre'l i a interrogar-lo sobre si tenia més quantitat de substància; els va dir que sí i els va acompanyar al seu domicili, va obrir els dalts de l'armari, en va traure diverses caixes i va entregar a la Policia tota la droga que tenia. Certament, el modus operandi no era el de qui ha fet del tràfic de drogues la seua forma de vida o professió. Vam ser a visitar-lo a la presó, el vam escoltar, ens va relatar els fets, per què havia vingut a Espanya, el seu somni truncat de triomfar al nostre país i el seu descoratjament. Ell no se sentia un delinqüent, però l'escrit d'acusació i la societat deien que ho era, no podia suportar aquella etiqueta. Volia eixir, demostrar que era un honrat ciutadà, casar-se amb la seua nóvia i seguir, però això només era un somni. L'animàrem a pensar què podia fer per a reparar el dany que havia causat a tots aquells que compraven la substància que ell venia i que estaven així causant-se un greu dany a la salut.

En altres casos, quan la víctima no desitja o no es mostra capacitada per a participar en el procés, en aquests casos, tal vegada seria convenient una mediació indirecta. En la mediació indirecta, la negociació es desenvolupa successivament, no simultàniament, amb el mediador i les parts, sense cara a cara entre elles; no hi ha coincidència física en el mateix espai la víctima i el victimari. La tècnica de mediació penal en aquests casos és diversa perquè les habilitats del mediador van dirigides a convertir-se en vehicle de transmissió d'informació d'una part a l'altra.[24]

En un procés de mediació no s'incideix en el fet, ni en la qualificació, es treballa en quin moment va succeir en sentit ampli, com van viure el succés, què proposen i desitgen les parts i com es pot reparar la situació. En definitiva, s'aborda el conflicte en sentit ampli i en el futur d'aquesta relació.

Una altra dificultat és la confusió de mediació amb la conformitat.[25] Una primera gran diferència és la falta d'intervenció del mediador. L'única incidència que la voluntat de l'investigat pot tindre en el procés penal és evitar la celebració del judici, en els casos i en la manera i forma en què la Llei d'enjudiciament criminal (articles 655, 688 i següents LECrim per al procediment ordinari, i articles 784.3 i 787 LECrim per al procediment abreujat) o la Llei orgànica del Tribunal del Jurat (article 50 LOTJ), en permet la conformitat amb la pena demanada per l'acusat, dictant-se sentència de conformitat.

Una altra diferència és l'àmbit d'aplicació. La conformitat no pot prestar-se en tots els processos. La llei imposa al jutge o tribunal que dicte sentència de conformitat *"si la pena no excedeix de sis anys de presó"* –article 787.1 de la LECrim i article 50 de la Llei orgànica del Tribunal del Jurat– o "fora *de caràcter correccional"* (article 655 de la LECrim) referint-se a les penes menys greus.

És molt interessant el que afirma Armengot respecte a quina virtualitat tindrà el procediment mediador, és a dir, si serà en definitiva el jutge el que impose aquesta mesura, prèvia petició del Ministeri Fiscal (MF), i després de l'audiència de les parts (víctima i infractor) per a respectar el dret a ser sentida de la primera i el dret de defensa del segon. Aquesta autora es qüestiona si les mesures reparadores que finalment imposarà el tribunal en la sentència o són fruit de la negociació entre les parts o són fixades per la llei. És possible, doncs, preguntar-se si la utilitat del procediment mediador queda reduïda a garantir l'audiència de la víctima no personada com a part –l'imputat ha de ser sentit en tot cas–, així com la possibilitat de participar amb l'MF en la formulació de l'acusació, proposant-los en l'acord mediador alguna o diverses mesures que haja previst el legislador.[26]

Dies després, ens va enviar una carta amb diferents alternatives. Tenia uns diners estalviats, ni la seua nóvia ho sabia. Era per al casament. Entregaria aquella quantitat a l'associació APOYO perquè ajudara xiquets els pares dels quals eren víctimes de les drogues. Muntaríem en el barri una perruqueria gratuïta per a indigents (ell és perruquer).
En l'última visita que li vam fer a la presó acordàrem que plantejaríem a l'Audiència Provincial diverses solucions: va consignar els diners en el compte de la sala –encara que no estava fixada cap quantitat en concepte de responsabilitat civil– i proposava col·laborar com a voluntari en l'associació en activitats d'oci i temps lliure amb xiquets en situació de risc i exclusió social. L'Audiència Provincial li va donar la llibertat. Acudeix dues vegades per setmana a aquestes activitats, s'implica amb els xiquets, ha conegut la seua dura realitat i ha transformat el seu somni de triomfar en el d'acompanyar i junts créixer.

24 Barona, S.: "Mediación penal: un instrumento para la tutela penal". *Revista del poder judicial,* núm. 94, 2012, pàg. 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

26 Armengot, A.: *Op. cit.*

Entenem que l'acord mediador en la majoria dels casos és més beneficiós per a les dues parts que el mateix procediment, encara que aquest s'haja adoptat amb la participació de l'MF, però en aquest cas caldria poder determinar amb molta claredat el moment processal adequat per a això.

Buscant solucions justes per a l'acusat, però dins sempre dels límits de la mateixa llei. La justícia restaurativa no afecta el principi d'exclusivitat de la jurisdicció penal ni afecta el monopoli estatal del *ius puniendi*, perquè sempre seran els jutges i tribunals els que controlaran els resultats de la mediació i els que, si és el cas, atribuiran o no eficàcia jurídica a l'acord establit en la mediació.

## 5. Conclusions

La justícia ha de satisfer les necessitats de la ciutadania, tant de víctimes com d'infractors com de la comunitat, derivades de la comissió d'una infracció penal, amb la finalitat de restablir i mantindre la pau social alterada pel fet delictiu, i la justícia restaurativa és el mitjà més adequat per a aquest assoliment.

El TS ha matisat el caràcter preceptiu de l'expulsió, que ha anat incorporant elements a la interpretació de l'art. 89 del CP.

La mediació facilita al victimari la conscienciació i l'oportunitat de l'assumpció de responsabilitat de les mateixes accions i conseqüències, així com la possibilitat d'entendre el delicte i obtindre beneficis previstos en el Codi Penal, com ara atenuant genèric (article 21.5) de reparació del dany; atenuant molt qualificat (article 21) en la qual el jutge pot apreciar i comprovar la ferma voluntat de reparació a la víctima. Creiem, que també podrien aplicar-se els instruments alternatius a la mesura d'expulsió per a resoldre la problemàtica de l'estranger condemnat per la comissió d'un delicte, per garantir, d'aquesta manera, un ple compliment de l'expulsió per part de l'estranger sense haver d'imposar-li alhora la prohibició de retorn al territori espanyol, ja que aquesta prohibició suposaria una vulneració del principi de proporcionalitat en el nostre dret penal

L'aplicació de l'execució penal presenta enormes obstacles, sobretot en les mesures alternatives a la presó, ja que no disposa de sistemes que garantisquen el compliment de les mesures complementàries a la substitució de la pena, per això, la mediació penal no solament ha d'aplicar-se en l'enjudiciament dels delictes sinó també en l'execució de les penes, incloent-hi els casos d'expulsió d'estrangers o de substitució de les penes privatives de llibertat amb la finalitat d'aconseguir la reeducació o reinserció de l'estranger.

Tenint en compte la doble imposició que implica l'expulsió dels estrangers de la pena substitutiva de la pena privativa de llibertat imposada en el Codi Penal i la prohibició de tornada durant un període de temps establit per la mateixa llei com a trencament d'aquesta mesura substitutòria, suposa tot això una possible vulneració dels drets fonamentals, alhora que una vulneració del principi de proporcionalitat i del principi *ne bis in idem*.

Mitjançant la mediació penal aconseguirem evitar tot automatisme en l'adopció de la mesura de l'expulsió de l'estranger i cal, per contra, procedir-se a realitzar un examen individualitzat en cada cas concret, ponderant els drets fonamentals en conflicte.

## Bibliografia

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, pàg. 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 Rodriguez Mourullo*. Pamplona, Thomsom Civitas, 2005, pàg. 183-216.

Cano, Mª 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.

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. pàg. 23-52.

De Paredes, C. "La mediación penal: especial atención a los extranjeros", *Revista de mediación*, núm. 1, 2015, pàg. 50-60, pàg. 52

Deu, T. A. "Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico". *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 442018, pàg. 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, núm. 1, pàg. 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 juny de 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 Universidad 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.

## Annex 1

## CIRCULAR 7 /2015 de la Fiscalia General de l'Estat sobre l'expulsió de ciutadans estrangers com a mesura substitutiva de la pena de presó després de la reforma operada per l'1/2015

### Epígraf 4.2 Excepció absoluta: la necessitat que l'expulsió siga proporcionada

Diu l'art. 89.4 CP, en el seu primer paràgraf, que "no procedeix la substitució quan, a la vista de les circumstàncies del fet i les personals de l'autor, en particular el seu arrelament a Espanya, l'expulsió resulte desproporcionada", la qual cosa resulta congruent amb l'afirmació del preàmbul de la LO 1/2015 que "la substitució es condiciona, en tots els casos, a la proporcionalitat de la mesura".

La proporcionalitat exigeix valorar l'impacte que el compliment de la mesura tindria en la vida privada i familiar de l'estranger, així com la gravetat del fet pel qual ha sigut condemnat. Aquesta excepció exclou tant la substitució total com parcial de la pena de presó: això obeeix al fet que el preàmbul diu que en els termes de la substitució penal la proporcionalitat opera "en tots els casos". L'arrelament personal de l'estranger, a més, compromet drets del més alt rang, com el dret a la intimitat personal i familiar reconegut en l'art. 18.1 CE i el dret a la vida privada i familiar en la formulació de l'art. 8 CEDH, dels quals no pot ser privat sense una sòlida justificació.

Diu l'art. 8 CEDH:

> "1. Tota persona té dret al respecte de la seua vida privada i familiar, del seu domicili i de la seua correspondència.
>
> 2. No podrà haver-hi ingerència de l'autoritat pública en l'exercici d'aquest dret, sinó mentre aquesta ingerència estiga prevista per la llei i constituïsca una mesura que, en una societat democràtica, siga necessària per a la seguretat nacional, la seguretat pública, el benestar econòmic del país, la defensa de l'ordre i la prevenció del delicte, la protecció de la salut o de la moral, o la protecció dels drets i les llibertats dels altres."

Amb major motiu, serà desproporcionada i no s'aplicarà l'expulsió en aquells casos en què la repatriació del penat comprometa la seua vida o integritat per les circumstàncies del mateix penat i del seu país d'origen (SSTS núm. 791/2010, de 28 de setembre i 853/2010, de 15 d'octubre).

La correcta intel·lecció de l'excepció de proporcionalitat es facilita en incorporar la doctrina del Tribunal Europeu de Drets Humans (d'ara en avant TEDH) que extrau de l'art. 8 CEDH una rica i variada casuística en la qual es fixen els límits de l'expulsió governativa o judicial. D'aquesta doctrina podem inferir algunes línies mestres que els fiscals hauran d'atendre en el maneig de l'expulsió com a substitutiu de la presó, com són:

*a*) El temps de residència en sòl espanyol del penat: com més temps, més arrelament cal esperar en raó dels vincles socials, laborals i familiars que deu haver establit. L'arrelament és la norma en els residents legals, perquè la concessió de les autoritzacions administratives es condiciona normalment a l'existència d'un contracte de treball, o de fonts d'ingressos suficients per a garantir la seua autonomia econòmica, que generen un cercle virtuós d'integració

activa en el teixit social del país d'acolliment que la condemna penal només ha de trencar si la naturalesa i circumstàncies del delicte el fan estrictament imprescindible per a salvaguarda de la seguretat i l'ordre interior.

No obstant això, per tal com és possible que un resident legal no haja arribat a establir vincles efectius amb el país d'acolliment, no és possible establir una presumpció general d'arrelament, per la qual cosa han de ser examinats cas a cas.

*b*) El tipus de migrant: hi ha situacions d'assentament prolongat que converteixen l'immigrant en un ciutadà efectiu del país:

Immigrants de segona generació: són els fills d'immigrants que han nascut i viscut tota la vida a Espanya mantenint la nacionalitat dels seus progenitors; és possible que no conserven cap relació amb el país d'origen, no sàpien desinboldre's amb fluïdesa en l'idioma dels seus progenitors i hagen desenvolupat totes les seues relacions socials, culturals i afectives, incloent-hi el matrimoni, al nostre país. En aquestes circumstàncies –deixant de banda la seua nacionalitat formal– és la veritat que materialment ens trobem davant de vertaders ciutadans del país d'acolliment, i estrangers al seu país d'origen.

Immigrants arribats en la infància o durant la seua joventut que durant la major part de la seua existència hagueren romàs a Espanya, on han sigut escolaritzats i, en general, establit els seus llaços familiars i socials. En ells concorren circumstàncies similars als anteriors i no conserven amb el seu país natal res més que el simple llaç de la nacionalitat.

*c*) L'estat de salut: l'expulsió no ha d'implicar mai un risc afegit en aquest aspecte. És desproporcionada, doncs, l'expulsió de l'estranger que es trobe en un estat físic o psíquic de tal entitat que l'aplicació de la mesura el deixe en situació de greu vulnerabilitat o n'agreuge la situació (STEDH 13 de juliol de 1995, Nasri contra França).

d) La situació familiar: no és proporcionada –llevat que hi concórreguen circumstàncies molt poderoses– l'expulsió d'un estranger que tinga establida la família a Espanya si els seus membres guarden relacions estables de convivència o dependència. Per al TEDH "excloure una persona d'un país on viuen els seus parents pròxims pot constituir una ingerència en el respecte al dret de la vida privada i familiar, protegida per l'article 8.1 de la Convenció" (STEDH 11 d'octubre de 2011, Emre contra Suïssa.)

Ha de tractar-se, en tot cas, de relacions amb parents pròxims: cònjuge o parella de fet, fills, pares o germans (STEDH 17 de febrer de 2009, Onur contra el Regne Unit), sense descartar altres parents en situació de dependència material del penat (art. 3.2 Directiva 2004/38/CE).

Han de ser relacions genuïnes, que comporten convivència o assistència material, per a l'acreditació de la qual no n'hi ha prou amb l'al·legació d'un vincle formal (SSTEDH 30 de novembre de 1999, Baghli contra França; 11 de juliol de 2002, Amrollahi contra Dinamarca; 13 de febrer de 2001, Ezzouhdi contra França; 17 d'abril de 2003, Yilmaz contra Alemanya; i 15 de juliol de 2003, Mokrani contra França).

Ha d'haver-hi una relació de convivència real i estable, no n'hi ha prou d'al·legar l'existència d'una relació de parentiu. No es troba en aquesta situació qui és fadrí, no té fills, i no ha demostrat mantindre relacions estretes ni amb els seus pares ni amb els seus germans i germanes que habitaven al país d'acolliment (STEDH de 30 de novembre de 1999, Baghli contra França).

No n'hi ha prou de demostrar l'existència formal del matrimoni, cal que s'acrediten altres factors que posen en evidència l'efectivitat de la vida en família de la parella (STEDH d'11 de juliol de 2002, Amrollahi contra Dinamarca); no és suficient provar que es tenen fills residents al país receptor, cal que hi haja constància d'una efectivitat de relacions paternofilials (SSTEDH de 7 de novembre de 2000, Kwattie-Nti i Dufie contra Països Baixos; de 13 de febrer de 2001, Ezzouhdi contra França; de 17 d'abril de 2003,Yilmaz contra Alemanya; de 15 de juliol de 2003, Mokrani contra França).

Cal considerar no solament la situació familiar del penat en el moment en què es dicta sentència, sinó també en el moment en què s'executa la decisió d'expulsió, si entre tots dos ha transcorregut un període de temps rellevant. Així ho va entendre el TEDH en un cas en què l'execució de la mesura es va demorar quatre anys a causa de la tardança a resoldre per l'autoritat competent el recurs interposat contra la seua expulsió per l'afectat, "per no ser admissible tirar la culpa al demandant d'haver recorregut la resolució d'expulsió (...) ni retraure-li ni imputar-li la durada del procediment del recurs contra aquesta resolució" (STEDH de 15 de juliol de 2003, Mokrani contra França).

*e*) L'impacte de la mesura en els membres del nucli familiar del penat: han de valorar-se, igualment, els efectes negatius que l'expulsió produiria com a conseqüència de la separació dels components del grup familiar. En concret, la impossibilitat o dificultat d'acompanyament. Si els familiars íntims de l'estranger es veuen necessitats de seguir-lo en el seu estranyament també ells pateixen l'expulsió (STEDH 10 d'abril de 2003, cas Mehemi contra França); i si no poden seguir-lo, es veuran impossibilitats per a exercir de forma efectiva el dret a la vida privada i familiar que els reconeix l'article 8.1 CEDH. Per això, encara que les dificultats dels cònjuges i fills per a acompanyar l'expulsat per si mateixes no són motiu suficient per a excloure l'expulsió (STEDH 11 de juliol de 2002, Amrollahi contra Dinamarca), han de ser necessàriament incorporades al judici de proporcionalitat (STEDH 2 d'agost de 2001, Boultif contra Suïssa), sobretot quan la separació és inevitable ja que no hi ha la possibilitat d'instal·lar-se junts en un tercer país (SSTEDH 11 de juliol de 2002, Amrollahi contra Dinamarca i 15 de juliol de 2003, Mokrani contra França).

També es valora la relació dependència. Per a poder reconéixer l'existència d'arrelament familiar no és suficient de provar la permanència a l'Estat d'acolliment de familiars més pròxims, cal acreditar l'existència de relacions reals i efectives de vida familiar, fins i tot de mútua dependència.

Per a valorar el grau de dependència és necessari tindre en compte l'edat dels fills (STEDH de 2 de febrer de 2001, Boultif contra Suïssa) i les condicions addicionals de dependència. Com de menor edat siguen els fills, més necessitats estaran d'assistència familiar.

De la mateixa manera, la relació de dependència s'accentuarà en cas que l'expulsat emmalaltisca d'un precari estat de salut (STEDH de 12 de gener de 2010, Khan contra el Regne Unit) o patisca de deficiències físiques o psíquiques que només pogueren ser temperades per l'atenció i cures de les seues més reunits, o quan la família fóra el lloc idoni on trobar un mínim d'equilibri psicològic i social (STEDH de 13 de juliol de 1995, Nasri contra França).

*f*) Vinculació de l'afectat amb el país d'on procedeix. Per fi, un altre dels factors delimitadors de l'arrelament familiar al país d'acolliment el constitueix la intensitat dels vincles de l'afectat amb la seua nació d'origen. En efecte, l'arrelament familiar no solament exigeix la dada posi-

tiva que el nucli familiar més pròxim romanga a l'Estat d'acolliment, sinó també el negatiu de mancar de llaços socials, culturals o familiars amb el seu país d'origen (SSTEDH 18 de febrer de 1991, Moustaquin contra Bèlgica; de 26 de setembre de 1997, Mehemi contra França; de 17 d'abril 2003, Yilmaz contra Alemanya; de 15 de juliol de 2003, Mokrani contra França; de 12 de gener de 2010, Khan contra el Regne Unit).

Deixant de banda les circumstàncies del fet i l'existència d'arrelament cal prendre en consideració altres circumstàncies personals que poden afectar el judici de proporcionalitat. En concret cal valorar el risc actual que l'estranger sotmés a expulsió puga infringir l'ordre o seguretat pública. Per a això el Tribunal Europeu de Drets Humans valora el comportament observat des de la comissió del delicte fins a la seua expulsió (STEDH d'11 de juliol de 2002 Amrollahi contra Dinamarca), el temps transcorregut des de l'últim delicte comés i la decisió de l'expulsió (STEDH de 18 de febrer de 1991, Moustaquin contra Bèlgica), o des de la seua excarceració si va complir pena privativa de llibertat, perquè el transcurs d'un significatiu període de bona conducta amb posterioritat a la comissió del delicte necessàriament té un impacte en el risc que el recurrent suposa per a la societat (STEDH de 12 de gener de 2010, Khan contra el Regne Unit).

No es pot tancar l'anàlisi de la proporcionalitat sense recordar que l'art. 89.4, 1 CP també al·ludeix a les circumstàncies del fet com a element integrant del judici de ponderació, per la qual cosa la gravetat intrínseca del delicte i la rellevància dels béns jurídics afectats tindran igualment un pes específic en la decisió; per això, quan el delicte afecte de manera greu la seguretat interior o exterior de l'Estat, i genere un sentiment d'inseguretat en la població, poguera no ser desproporcionada l'expulsió substitutiva del ciutadà estranger, encara que haguera acreditat una situació d'arrelament personal.

En els casos en què l'arrelament personal haja sigut el fonament de la inaplicació de l'expulsió substitutiva, serà possible valorar la pertinència de la suspensió condicional de la pena en qualsevol de les modalitats previstes en els arts. 80 *et seq.* CP. La raó d'això radica que l'expulsió no es descarta per exigències de prevenció general o d'afirmació de l'ordenament jurídic, sinó per a evitar la lesió dels drets del condemnat a la vida privada i familiar. L'execució penitenciària de la pena no constitueix, per tant, una alternativa obligada, sinó que ha d'estar-se a la gravetat del fet. D'aquesta manera, regeix el principi d'igualtat de tractament de l'estranger respecte dels penats de nacionalitat espanyola, i queda expedit el seu accés a les alternatives al compliment de la presó previstes en el nostre CP, si compleix els requisits necessaris per a això.

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

Monogràfic: Mediació

# COM ENCAIXAR LA MEDIACIÓ I LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Franco Oscar Daniel Conforti
Virginia Madrid del Toro

**RESUM:** Es pretén determinar sota quins pressupostos i condicions, la mediació, com a forma d'accés a la justícia, pot ser considerada tutela judicial efectiva.
La mediació de conflictes naix com un nou paradigma autocompositiu i reparador que busca ajudar les parts a resoldre les seues diferències, i així es va presentar com a alternativa a la jurisdicció. Encara que és clar que la mediació no té caràcter jurisdiccional, la forma en què actualment està plantejada la seua incorporació a la jurisdicció, des del punt de vista de la tutela judicial, resulta contradictòria i genera un bon nombre de tensions transcendentals. Es proposa ací la solució a aquest enfocament.

**PARAULAS CLAU:** justícia, tutela judicial, accés a la justícia, mediació de conflictes.

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.

**SUMARI:** 1. Introducció.- 2. La tutela judicial.- 3. La mediació de conflictes.- 4. Aclarint conceptes.- 5. Els dos escenaris possibles.- 6. Conclusió: claus per a incorporar la mediació de conflictes en la jurisdicció.- Bibliografía.

## 1. Introducció

Dos són els apartats que es tractaran en aquest article, d'una banda, la tutela judicial —veurem en què consisteixen els principals drets fonamentals que comprén, com s'obté i qui l'exerceix—, i de l'altra, la mediació de conflictes —a fi de conéixer-ne les característiques i particularitats principals, negar-ne el caràcter jurisdiccional i establir una definició de *mediació intrajudicial*.

El nuc de l'article el constitueixen l'anàlisi del terme *justícia*, i el dret fonamental d'accés a la justícia.

Presentem la situació actual i les tensions transcendentals que la mediació ha generat, desenvoluparem l'anàlisi del concepte justícia i del dret fonamental d'accés a la justícia, per a després tractar els dos escenaris possibles, és a dir, *la mediació com a procés* i/o *com a procediment complementari* en l'administració de justícia, i conclourem proposant les que entenem que serien les claus per a incorporar la mediació de conflictes en la jurisdicció.

## 2. La tutela judicial

En doctrina es coincideix a considerar que, amb l'abolició de la justícia privada, aquell fenomen social pel qual l'ofés o afectat en els seus drets reaccionava contra la persona o béns de l'infractor, es va donar partida de naixement a la funció jurisdiccional de l'Estat (De la Oliva Santos i Peitado Mariscal, 2009).

Una de les explicacions al naixement de l'Estat és l'assumpció de la protecció de les eventuals lesions que els drets i interessos dels ciutadans pogueren patir, per garantir així el manteniment de la pau social obtinguda. A partir de llavors, l'Estat va prendre el compromís que denominem *tutela judicial efectiva,* amb la intenció d'aconseguir un ideal de pau social que permetera la convivència entre els éssers humans; a través d'aquest compromís.

La Constitució espanyola inclou una àmplia gamma de drets fonamentals als quals brinda una protecció particular. La primera idea que es concep en parlar de drets fonamentals és que representen interessos bàsics o elementals dels ciutadans que conformen l'Estat. El que els fa especials és que la seua modificació i/o eliminació queden fora de l'abast de la voluntat democràtica[1], la qual cosa en principi pot semblar incompatible amb la idea del sistema democràtic atés que els òrgans representatius de la sobirania popular no poden modificar o eliminar aquests drets.

1 Una de les explicacions respecte a l'abast dels drets fonamentals és la que exposa la idea que una societat que es dota d'aquests drets aconsegueix protegir els seus interessos bàsics sense caure en la temptació de modificar-los o eliminar-los en les ocasions en què les canviants majories que governen l'Estat puga perdre la raó reflexiu.
Una altra de les explicacions respecte al sentit i justificació dels drets fonamentals es troba en la protecció de les minories enfront de les majories que a vegades, de forma abusiva i/o irreflexiva, poden anar contra els que són o pensen de forma diferent. Per això, l'assoliment de la permanència i intangibilitat dels interessos protegits pels drets fonamentals es blinden perquè les generacions següents a la sanció de la Constitució no puguen fàcilment modificar o eliminar aquests drets.

*A priori,* tres[2] són els drets fonamentals que conformen el sistema de tutela judicial efectiva:

a) El lliure accés als jutges i tribunals.

b) El dret a obtindre un sentència d'aquests.

c) El dret que la sentència es complisca.

Així les coses, perquè una persona puga invocar el seu dret a la tutela judicial efectiva davant el jutge o tribunal que ha d'exercir-la, ha d'acreditar que:

— Ha patit un perjudici sobre un dret o interés legítim[3] pel qual s'està sol·licitant la tutela.

Cal pensar que si tota sentència desfavorable es poguera impugnar amb un recurs d'empara –pel fet de ser desfavorable a l'una o l'altra part–, això suposaria que el Tribunal Constitucional hauria de verificar si s'ha produït (o no) una vulneració d'un dret a la tutela judicial efectiva, analitzant el fons de l'assumpte per a poder determinar si aquests drets o interessos són en veritat legítims i mereixen ser tutelats amb una resolució que responga a les pretensions de l'actor, i aquesta activitat jurisdiccional alteraria la posició del Tribunal Constitucional, atés que aquest hauria de pronunciar-se com a òrgan jurisdiccional ordinari sobre el fons de qualsevol assumpte i no solament sobre els previstos pels art. 14 a 30 CE, activitat que podria, a més, convertir-se en un cercle viciós.

— L'activitat jurisdiccional no ha finalitzat en un pronunciament sobre el dret o interés que es persegueix.

Ací ens trobem amb un dret que per al seu exercici requereix dos requisits: d'una banda, que formulem les nostres peticions davant dels òrgans jurisdiccionals en observança de certes regles processals mínimes que condicionen la validesa del conjunt d'actuacions dirigides a obtindre una resolució, un pronunciament de la jurisdicció sobre el fons de l'assumpte que s'ha portat al seu coneixement, i de l'altra, cal que no concórreguen simultàniament un altre conjunt de situacions o supòsits processals, coneguts com a obstacles processals –posem per cas: els relatius a jurisdicció i competència o les resolucions amb eficàcia de cosa jutja-

2 És possible escindir fins a deu drets fonamentals: 1) El dret de lliure accés a la jurisdicció, 2) El dret al procés, 3) El dret als recursos, 4) El dret a l'acció, 5) El dret a l'execució, 6) El dret a un jutge ordinari predeterminat per llei, 7) El dret a la defensa i assistència d'un lletrat, 8) El dret a un procés públic sense dilacions innecessàries i amb totes les garanties, 9) El dret a utilitzar els mitjans de prova pertinents per a la seua defensa i 10) Els drets a ser informat de l'acusació formulada contra la part, a no declarar contra si mateix, a no confessar-se culpable i a la presumpció d'innocència.

3 Francisco Fernández Segado diu que "El concepte d''interés legítim' fa referència a la idea d'un interés protegit pel dret, en contraposició a altres que no són objecte d'aquesta protecció". (FERNÁNDEZ SEGADO, 1997: 267.)
No obstant això, aquesta visió de la tutela judicial efectiva ha motivat un gran nombre de recursos d'empara davant del Tribunal Constitucional, que ja té en relació amb el contingut de l'art. 24.1 CE, una abundant jurisprudència en la qual ha rebutjat aquesta visió o identificació del contingut del dret a la tutela judicial efectiva. Vegeu STC 223/2001 mitjançant la qual s'assenyala que "des de l'STC 37/1995, de 7 de febrer, aquest tribunal ha reiterat que el nucli del dret fonamental a la tutela judicial proclamat per l'article 24.1 CE consisteix en l'accés a la jurisdicció"; en sala primera. SENTÈNCIA 223/2001, de 5 de novembre de 2001 (BOE núm. 287 de 30 de novembre de 2001) ple. Amb idèntic sentit trobem també les STC 73/2004 en la sala segona. SENTÈNCIA 73/2004, de 22 d'abril de 2004. (BOE núm. 120 de 18 de maig de 2004) 237/2005 en sala segona. SENTÈNCIA 237/2005, de 26 de setembre de 2005 (BOE núm. 258 de 28 d'octubre de 2005), 119/2008 en sala primera. SENTÈNCIA 119/2008, de 13 d'octubre de 2008 (BOE núm. 263 de 31 d'octubre de 2008), 29/2010 en sala primera. SENTÈNCIA 29/2010, de 27 d'abril de 2010 (BOE núm. 129 de 27 de maig de 2010).

da–, que impedirien a la jurisdicció emetre un pronunciament de l'assumpte concret en un procés determinat.

— La sentència no s'ha motivat, i per tant, no respon a les peticions de les parts

La motivació és l'aportació de raons que el jutge fa per a justificar la seua decisió en la sentència i s'alça com l'única garantia enfront de l'arbitrarietat.

Una sentència pot estar fonamentada en dret però no estar motivada. És a dir, igual que esmentar normes no és sinònim de motivació, explicar detalladament sense basar-se en l'ordenament jurídic vigent tampoc comporta motivar la sentència. Per tant, la motivació significa haver d'explicar la fonamentació mitjançant un raonament jurídic lògic.

Amb la motivació de la sentència es pretenen aconseguir tres objectius: en primer lloc, evitar l'arbitrarietat judicial encara que vinga abrigallada del llenguatge forense, arbitrarietat que deixa de ser-ho per a convertir-se en judici raonat i raonable si s'expressen els raonaments i valoracions per a arribar a la sentència, i sustentar-la; en segon lloc, que la fonamentació actue com a mitjà d'incrementar la credibilitat de la justícia en la mesura que amb aquesta es tracta de convéncer les parts de la correcció de la decisió adoptada, i finalment en tercer lloc la falta de motivació atempta directament contra el sistema de recursos en la mesura que es priven les parts que la causa siga novament examinada per un tribunal diferent i superior al primer, examen que no es pot verificar en l'apel·lació o cassació si la sentència manca de fonamentació, és a dir, que el contralor de motivació de la sentència ens condueix a una espècie de supervisió de l'activitat judicial dels òrgans d'instància per part del Tribunal Superior quan coneixen de l'assumpte a través del sistema de recursos, ja siga a través de l'apel·lació o de la cassació.

— Sempre que concórreguen (és a dir, respectant) certs pressupostos materials.

— L'exercici de l'acció no és un dret incondicionat; val a dir que es troba sotmesa a la concurrència de certs pressupostos materials: *a*) que el pronunciament dels òrgans jurisdiccionals de l'Estat siga favorable al que pretén el sol·licitant dependrà que siga efectivament titular del dret subjectiu que li atorgue un poder, conforme a les normes substantives, respecte d'un bé determinat –per exemple: que el venedor que ha entregat el bé, té en virtut del contracte privat de compravenda un dret subjectiu al pagament del preu–, *b*) que l'obtenció de la tutela favorable implique que el contingut d'aquesta tutela siga precisament el que preveuen les normes substantives com a conseqüència de la lesió del dret subjectiu la titularitat del qual es té –per exemple: el venedor obtindrà la tutela judicial efectiva sempre que sol·licite el compliment o resolució del contracte, però no si sol·licita una altra cosa, ja que no es tracta de prestacions que les normes jurídiques lliguen al dret subjectiu lesionat i invocat; això també es coneix com a requisit d'accionabilitat–, *c*) el tercer requisit material té a veure amb la legitimitat tant activa com passiva, és a dir, que el que es demana siga sol·licitat per qui efectivament està jurídicament reconegut per a això i enfront de qui, al seu torn, està jurídicament reconegut a complir l'obligació –per exemple: el pare del venedor manca de legitimació activa, igual que el fill del comprador manca de legitimació passiva–, *d*) el dret a obtindre una tutela favorable està condicionat a l'existència d'interés, entés aquest com a necessitat de la intervenció dels òrgans jurisdiccionals, val a dir que ha d'existir una controvèrsia real entre les parts del procés.

La tutela judicial efectiva només es pot exercir pels canals establits pel legislador, és a dir, que no s'exerceix directament a partir de la Constitució, el ciutadà no pot anar a un jutjat o tribunal i dir "exigisc això o allò perquè estic en el meu dret a exigir-ho", o una cosa per l'estil. És un autèntic dret fonamental de caràcter autònom i amb contingut propi, és un dret de prestació.[4]

Aquest dret de lliure accés als jutges i tribunals és fonamental i jurídicament rellevant perquè és un dret incondicional reconegut a totes la persones sense distinció de nacionalitat, raça, etc., tanmateix, està sotmés a la concurrència de supòsits o pressupostos determinats[5]. Suposa que qualsevol ciutadà pot personar-se davant del jutge o tribunal per demanar tutela judicial sempre que complisca alguns pressupostos processals establits per la legislació vigent sense cap altra condició o requisit previ.[6]

La societat necessita que els seus drets estiguen protegits i alhora, que es done una solució oportuna i eficient als conflictes que afecten els seus drets (De la Oliva Santos, 1980).

En qualsevol cas, del que no hi ha dubte és del fet que, des del moment en què, per a aconseguir l'ideal de pau social, l'Estat assumeix el compromís de la tutela judicial efectiva, ha de dissenyar mecanismes per a la protecció d'aquests drets fonamentals, perquè no sols es tracta de reconéixer-los sinó també de garantir-ne l'eficàcia i la longevitat. Per això, es parla de sistema de tutela judicial efectiva.[7]

Tot això equival a dir que els ciutadans exerceixen el dret a demanar o exigir la tutela; mentre que qui tutela, és a dir, qui exerceix la tutela és l'Estat a través de la potestat jurisdiccional que li reconeix a jutges i magistrats en l'exercici de les seues funcions. Queda clar que és important no confondre l'obtenció de la tutela judicial efectiva (dret dels ciutadans) amb l'exercici de la tutela judicial efectiva (obligació i responsabilitat que pesa sobre jutges i magistrats).

4 Perquè una persona puga invocar el seu dret a la tutela judicial efectiva davant el jutge o tribunal que ha d'exercir-la, ha d'acreditar que: a) ha patit un perjudici sobre un dret o interés legítim pel qual s'està sol·licitant la tutela; b) que l'activitat jurisdiccional no ha finalitzat en un pronunciament sobre el dret o interés que es persegueix; c) que la sentència no s'ha motivat i, per tant, no respon a les peticions de les parts, i d) que sempre hi concórreguen (és a dir, respectant) certs pressupostos materials (CONFORTI, 2015b).

5 Des del punt de vista subjectiu, es pot dir que no hi ha persones físiques o jurídiques excloses, i des d'una dimensió objectiva, implica que no es pot establir rellevància en els àmbits (drets, interessos, relacions jurídiques) respecte dels quals no siga possible sol·licitar la tutela d'Estat.

6 El dret d'accés a la jurisdicció és traduït per alguns autors com a dret a la justícia (TORRES OSORIO, 2013: pàg. 20-21 i 235-347).

7 És fàcil advertir que els continguts dels preceptes constituents ni són flexibles, ni són mutables, dit en altres termes, els preceptes fixats pel constituent no es poden convertir en una cosa diferent del que ha pensat aquest en el moment de redactar-los, excepte que opere una modificació de la Constitució. No obstant això, a vegades la confusió de conceptes es fa de forma inadvertida i no queda clar si l'autor està manifestant els seus desitjos o pretén descriure l'estat actual de la qüestió, per exemple, "… és possible definir nous continguts integrant matisos, perquè la Constitució evoluciona i creix com a conseqüència de l'exercici dels drets pels individus i com a conseqüència de l'acció dels poders púbics. Les disposicions sobre drets fonamentals solen tindre textura àmplia, la qual cosa permetrà que puguen definir-se nous continguts perquè una Constitució és una cosa viva que evoluciona amb la societat.» (MORALES FERNÁNDEZ, 2014a: 295-296.)

## 3. La mediació de conflictes

És una forma de resolució de disputes[8], que es va donar a conéixer dins de les ADR[9]; va nàixer com un mètode més eficaç, eficient[10] i de forma alternativa[11] a la manera en la qual l'Estat proposa als ciutadans resoldre els seus conflictes. Encara que no menys cert és que aquesta alternativa a la jurisdicció s'està redefinint a si mateixa com a adequada 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).

S'ha assumit que el terme «alternatiu» indueix a pensar que el procés triat no és tan legítim com l'elecció real, que tots saben que és un tribunal.

Prenent com a punt de partida que qualsevol mètode de resolució de disputes que tinga èxit (o parcialment), és tan vàlid com qualsevol altre, la qual cosa interessa determinar és quin mètode de resolució de disputes és el més adequat per a cada tipus de disputa concreta.

En emprar el terme *apropiat* o *adequat*, el que s'estaria fent és indicar als potencials usuaris que la proposta és personalitzada i la que millor enfocament té per al seu cas.

La mediació, com a eina d'autocomposició, ajuda les parts, no solament per a arribar a un acord que resolga el conflicte, sinó que a més aporta les bases perquè les parts es reconeguen amb tot el protagonisme i la legitimació necessaris per a construir una relació o interrelació futura sana i harmoniosa (si així ho desitgen).

La mediació intrajudicial[12] ha sigut definida com: "… un procediment que es desenvolupa en un entorn particular i diferenciat, on les parts es troben en una relació jurídica amb el jutge o tribunal, que és totalment diferent de qualsevol altra, i el procediment es realitzarà sota condicions diferents de les de qualsevol altre dels entorns, parts i condicions assenyalades per a altres àmbits" (Conforti, 2015a).

En l'esforç per distingir la mediació de conflictes del procés judicial, s'han assenyalat diferències interessants[13], encara que jurídicament, la més rellevant és que la mediació de conflictes respon a un paradigma autocompositiu i reparador, en tant que en la jurisdicció el procés judicial atén un paradigma decisional i retributiu.

8 Fora de l'àmbit jurisdiccional, de l'assumpte conflictiu se'n diu disputa, controvèrsia, desacord, etc., una vegada que l'assumpte es judicialitza passa a anomenar-se litigi.

9 ADR és l'acrònim, en idioma Inglés, d'alternative dispute resolution, que s'ha traduït al valencià com a resolució alternativa de conflictes, disputes o controvèrsies.

10 En el mateix sentit, es va expressar Pascual Ortuño Muñoz en la ponència exposada en el III Simposi Tribunals i Mediació, organitzat pel Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación d'Espanya, els dies 26 i 27 de setembre 2013 a Madrid (ORTUÑO MUÑOZ, 2013).

11 L'alternança significa que una persona pot exercir l'opció de triar entre dues o més formes per a resoldre un conflicte. El procés judicial és reemplaçat per un altre mètode que s'utilitza per a les mateixes finalitats.

12 Dels tots els àmbits de la mediació, tractaré l'intrajudicial perquè, com es veurà en el punt que segueix, només té sentit parlar de tutela judicial efectiva en l'àmbit de l'Administració de justícia.

13 De forma no taxativa se solen assenyalar: a) intervé un tercer neutral, b) és un procés imparcial, c) són les parts les decideixen la solució del conflicte, d) és un procés voluntari, e) és un procés confidencial, f) és un procés no adversarial, g) és un procés informal -no reglat- i flexible, h) permet solucions innovadores i creatives independents de formules jurídiques, i) estableix o crea relacions, i, j) permet a les parts el control del resultat.

Els ciutadans conserven per a si la potestat de preservar la jurisdicció i competència sobre tots els assumptes que versen sobre drets subjectius de caràcter disponible (preàmbul de la Llei 5/2012,[14] ap. III, paràgraf I). Amb aquest límit, els ciutadans, poden exercir aquesta potestat i sostraure del coneixement de jutges i magistrats (autoritats estatals) els assumptes que vulguen resoldre per si mateixos o amb l'ajuda d'un mediador (tercer neutral).

Encara amb tot això, cal dir clarament i sense embuts, que la mediació, per si mateixa, no té caràcter jurisdiccional. Si en tinguera, el mediador hauria de poder obligar les parts a comparéixer a les audiències de mediació, tindria el poder coactiu de fer complir els acords aconseguits durant el procés, etc. Aquesta falta absoluta de poder coercitiu, que es verifica al llarg de tot el procés de mediació, és un clar obstacle per a considerar el caràcter jurisdiccional de la mediació.

Amb el que s'ha dit fins ací, podria haver quedat clar que la mediació de conflictes no té caràcter jurisdiccional. No obstant això, encara sembla necessari negar-ho de manera expressa:

– El mediador no és funcionari públic, no aplica la llei ni l'executa, no té jurisdicció pròpia o delegada. No té poder de decisió, els seus suggeriments per a aconseguir un acord, si n'hi haguera,[15] no són obligatòries per a les parts (Mayer, 2008). Les seues atribucions durant tot el procés de mediació depenen de la voluntat de les parts (Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils, art. 6 –d'ara en avant LMACM.

– És l'Estat el que atribueix força executòria a un acord de mediació a través de l'homologació.[16] És aquest acte jurisdiccional el que, respectant la voluntat de les parts plasmada en el contingut de l'acord, l'assumeix com una cosa pròpia i és per això que li atorga la condició d'acte jurisdiccional (LMACM, art. 25).

De forma no excloent, es pot dir que, des del poder judicial, les raons que s'han esgrimit, en favor de la mediació de conflictes, estaven directament relacionades amb la rapidesa, el baix cost econòmic que té (comparada amb un judici), i l'útil que seria per a posar fi al col·lapse dels jutjats.

Doctrinalment, els articles "La promesa de la mediació a Espanya, els termes del debat" i "Les raons del baix cost econòmic de la mediació"[17] han donat compte que els paràmetres de comparació deixen molt a desitjar per a pretendre que, tot i que puga ser cert que l'estalvi en temps i diners existeix, aquests puguen ser presos rigorosament i sense més. En tots dos articles subjauen les idees que "la mediació de conflictes ha de ser funcional als drets dels ciutadans" i que "no ha de ser vista com una eina funcional a l'Administració de justícia".

14 Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils. BOE, cap de l'Estat, Madrid, 7 jul. 2012a, secció I, núm. 162, pàg. 49224-49242.

15 Alguns autors, com Bernard Mayer, sostenen que el mediador ha de suggerir i realitzar propostes que puguen ajudar les parts a trobar la solució del conflicte (Mayer, 2008).

16 En l'àmbit privat hi ha la possibilitat d'elevar l'acord de mediació a instrument públic. Vegeu article 25 LMACM.

17 En el mateix sentit, vegeu els articles "La promesa de la mediación en España, los términos del debate» (CONFORTI, 2012a) i «Las razones del bajo coste económico de la mediación" (FABREGAT ROSAS, 2013).

Afortunadament, ara, alguns magistrats han pres aquest discurs i hui dia diuen que presentar la mediació com el recurs per a descarregar els tribunals no és correcte i que s'ha de pensar en el ciutadà.[18]

S'ha dit que:

> *«[…] cal posar l'accent és en les següents cinc raons per a anar a mediació i que la seua valoració econòmica és molt alta:*
>
> 1. En la mediació són els directius de les empreses o les parts, els protagonistes de la solució (no el jutge), ací el mediador emfatitza en la cooperació assistint les parts perquè elles arriben a un acord mútuament acceptable.
>
> 2. Les parts, els executius d'empresa tenen a les mans el control del resultat tot el temps —lliurement decideixen el que volen discutir i el que no, el que estan disposats a signar— asseguren així que siguen les millors idees les que finalment s'apliquen.
>
> 3. L'atenció personalitzada del mediador —a diferència d'un jutge ací sí que tenim temps per a les parts— en qualsevol moment pot demanar parlar en privat amb el mediador per al que necessite, com ara explorar una opció, redefinir un interés concret, contrastar valors, parlar de les seues emocions, sentiments, etc.
>
> 4. La confidencialitat i flexibilitat del procés garanteixen a les parts no haver de ventilar els seus assumptes davant d'estranys, i poder reunir-se fora d'horaris laborals i fins i tot els dissabtes. La mediació pot ser presencial o pot fer-se per Internet a través de videoconferència.
>
> 5. Generar valor; a través de la mediació es poden establir protocols d'actuació de cara al futur de la relació civil o comercial per evitar interrupcions en els negocis mercantils i alhora resoldre casos que fins ara eren desistits per diverses raons (poca suma, deterioració en les relacions, temps, etc.)» (Conforti, 2012b).

Això és importantíssim, perquè si bé és cert que els ciutadans han conegut la mediació de conflictes a través de l'Administració de justícia[19], el que no es pot perdre de vista és la finalitat d'aquesta.

## 4. Aclarint conceptes

*Justícia* i *el que és just* no solament no són el mateix, sinó que, a més, és clar que no van necessàriament de la mà en tots els casos. Mentre es conceba la justícia com aquella que emana del poder judicial, els acords d'un procés de mediació de conflictes, no ho són (Taruffo, 2007).

Fins i tot cal dir que l'homologació judicial d'un acord de mediació és un acte judicial que, respectant la voluntat de les parts reflectida en el contingut de l'acord, l'assumeix com una cosa pròpia, i és per això que li atorga la condició d'acte jurisdiccional (LMACM, art. 25), però no és de cap manera equiparable a una resolució que poguera haver sigut presa per un jutge

18 Vegeu l'entrevista "Los jueces no estan politizados" (ORTUÑO MUÑOZ, 2014).

19 Com ara la dels Estats Units d'Amèrica del Nord, Regne Unit, l'Argentina, Xile, entre altres països.

sobre la base de l'aplicació d'una determinada previsió legal, atés que la voluntat de les parts substitueix tant la voluntat del jutge com fins i tot una previsió legal que podria haver sigut aplicada al cas.

D'altra banda, també sembla clar que les *solucions més adaptades* a les necessitats i interessos de la parts en conflicte que es poden aconseguir en mediació són, des del punt de vista de les parts, *el que és just* (Bayon Mohino, 1991).

No obstant això, la confusió està servida atés que l'institut de la mediació que s'incorpora a l'ordenament jurídic és el que s'ha desenvolupat en *el common law* i no el propi, que per exemple podem trobar en el Fur XXXV de Jaume I, que va establir en 1239 la continuïtat i pervivència del Tribunal d'Aigües de València, i que més enllà d'algunes diferències de tipus tècnic, és citat sovint com a antecedent de la mediació de conflictes a Espanya (Giner Boira, 1995).

### 4.1. El concepte de justícia

Arribats a aquest punt, resulta indispensable comprendre la diferència conceptual de la idea de *justícia* en un sistema jurídic i l'altre. Vegem, encara que no siga més que en una atapeïda síntesi, quines són les concepcions de *justícia* des de la filosofia del dret per a després establir què entenen per *justícia* els ciutadans, tant del *common law* com del nostre *Civil Law,* atés que això pot aportar una mica de llum sobre la també important diferència conceptual entre *la justícia* i *el que és just.*

Per a comprendre, almenys en part, aquesta diferència evolutiva, crec convenient començar per Aristòtil, que sense cap dubte va posar la pedra fonamental del concepte *justícia* en el nostre sistema romanogermànic.

Per a Aristòtil la justícia té a veure amb donar a cada persona el que aquesta mereix. És ser-li igual grau de coses a iguals i, per a això, necessitem reflexionar sobre dos aspectes diferents: *a*) el primer és el que té a veure amb les característiques, finalitat i essència natural de les coses que s'han de donar o entregar a aquestes persones, i *b*) és el que guarda relació amb el propòsit o finalitat de la vida en societat, és a dir, quines qualitats, quina excel·lència, quina virtut és la que s'està honrant en aquestes persones (Aristòtil, 1993: 2005).

Tomás d'Aquino té una importància rellevant en el dret continental per dues raons, la primera és, evidentment, el seu treball en *la Summa Theologiae*, i la segona perquè ha operat com una anella a través de la qual es va materialitzar primer el rescat i després l'evolució del pensament aristotèlic.

Per a Tomás d'Aquino, la justícia és una virtut moral que consisteix a donar el que és degut a l'altre. Hi ha un cert ordenament cap al bé comú en el qual s'albira un grau d'equitat entre les relacions personals i amb la societat.

Tomás d'Aquino estableix que el bé comú, o el dret que sorgeix d'aquest i s'ha d'ordenar, és un requisit per a la justícia. El fixa en dos nivells: *a*) l'*ordo partium ad totum*, és a dir, la justícia general o legal, que regeix l'ordenació entre les persones respecte de la societat en la qual viuen; i *b*) la justícia particular, que regeix l'ordenació de les persones tant considerades entre si, *ordo partium ad parts,* o commutativa, com l'ordenació de la societat a les persones, *ordo totius ad parts,* o distributiva (d'Aquino, 1989).

La teoria del conseqüencialisme moral o filosofia de l'utilitarisme, a la qual va donar partida de naixement el treball de Jeremy Bentham, respon a la idea de la maximització de la utilitat, és a dir, el major benefici per a la major quantitat de gent possible.

Aquesta teoria va ser molt criticada per diverses qüestions, per exemple, presenta alguns problemes en relació amb el respecte als drets individuals, ja que el fet rellevant és el benestar col·lectiu; una altra de les crítiques importants té a veure amb l'anàlisi de cost-benefici, ja que aquest permet posar preu a la vida d'un ésser humà, quan en realitat no és possible utilitzar una única vara de mesurar (monetàriament parlant), perquè cada ésser humà és únic i ha de ser considerat individualment; finalment, s'ha dit que *omnicomprendre* els valors i preferències dels ciutadans és impossible, atés que això ens portaria a haver de distingir i decidir entre quins incorporar (o no) en la categorització (Troyer, 2003).

John Stuart Mill evoluciona aquest pensament; sosté que els desitjos empírics de les persones són la base en la que es fonamenta el nostre judici moral, d'allí que algú que ha experimentat tant el plaer com el sofriment podria distingir perfectament de una àmplia gamma de valors i plaers aquells que són els millors i que valen la pena ser categoritzats.

La crítica que va rebre el seu postulat és que es requeriria d'una persona educada i culta perquè poguera dur a terme l'operació intel·lectual d'establir el grau de plaer en funció de paràmetres evidentment relacionats amb l'educació i la cultura.

En l'utilitarisme, els ciutadans es converteixen en un instrument per a un propòsit social més rellevant. El concepte de justícia com a forma de realització de les preferències i valors individuals és equivocat (Troyer, 2003).

És en aquest cúmul de crítiques, i especialment en la lluita contra la idea que la gent puga ser utilitzada per al benestar col·lectiu, on podem trobar l'origen del liberalisme.

Robert Nozick va ser un dels filòsofs importants del liberalisme, ell va postular que el principi fonamental era el dret a la llibertat; llibertat que es materialitza en la consideració de les persones com a individus, és a dir, individualment considerats, que gaudeixen del dret a triar lliurement.

El seu desenvolupament teòric va abraçar tres postulats o principis bàsics: *a*) no a la sanció de lleis paternalistes, *b*) no a la legislació basada en principis morals, i *c*) no a les taxes i impostos per a redistribuir la riquesa (Wolff, 1991).

El liberalisme es basa no solament en la idea d'un estat minimalista, sinó també en la idea d'independència o acte-possessió de la persona.

John Locke va ser l'encarregat d'evolucionar la idea de l'acte-possessió a través del concepte de propietat privada.

Una de les grans idees de Locke va ser la de categoritzar els drets a la vida, a la llibertat i a la propietat com a drets naturals, és a dir, anteriors o preexistents a la constitució de la societat o Estat, són drets prepolítics.

Una altra de les grans idees de Locke va ser el consentiment. Va sostindre que la trilogia de drets vida-llibertat-propietat, com a drets fonamentals (naturals), no desapareixen quan la gent decideix unir-se per a crear conjuntament la societat civil, encara més, en una democràcia ni tan sols la majoria pot violar, amb les seues decisions, aquests drets fonamentals.

A partir del consentiment distingeix entre drets naturals, aquells que són inalienables i fonamentals i que serveixen per a crear certs límits respecte de la societat o Estat; i, els drets convencionals, que són aquells que creem a partir del consentiment que atorguem a l'hora de crear la societat o Estat (Gardner, 2009).

Les idees de Locke no han estat exemptes de crítiques, atés que la idea de drets inalienables xoca de cara amb la d'acte-possessió, i d'altra banda, perquè la idea del límit al govern legalment constituït no estaria en els drets inalienables, sinó en l'arbitrarietat en la qual l'Estat no ha d'incórrer amb les seues lleis.

Va ser Immanuel Kant el filòsof que, partint la teoria del raonament moral que dóna lloc al principi suprem de la moralitat, va arribar a establir el que ell va denominar imperatiu categòric.

La nostra capacitat de raonament ens fa persones individualment considerades i amb capacitat per a triar lliurement.

Actuem lliurement quan ho fem de forma autònoma, és a dir, d'acord a les regles i manaments que la persones ens autoimposem sobre la base dels nostres principis morals.

La nostra acció estarà revestida de moralitat quan hàgem triat actuar d'aquesta forma per un fi en si mateix.

Ací les persones no són un mer mitjà, sinó un fi en si mateixes; això és el que ens fa éssers humans dignes, ens revist de dignitat.

L'imperatiu categòric és un cert manament moral autoimposat a partir del qual la persona actuarà segons màximes que podria voler com a llei universal.

Queda clar que la persona no podria actuar privilegiant les seues necessitats particulars o els seus desitjos per damunt dels dels altres. Les seues raons per a actuar d'una manera determinada no haurien de dependre de les seues necessitats, interessos, circumstàncies personals, etc.

L'imperatiu categòric és possible perquè la idea de llibertat fa que les persones siguen partícips d'un món únic i intel·ligible per a tots (Kant, 1996).

Per a Kant, la idea d'un contracte en termes de justícia és el que ell va denominar idea de raó o motivacions per a l'acció, en definitiva no són més que un reflex de les diferències de poder negocial entre les parts.

I encara que un acord de parts, en aquests termes de diferència de poder negocial, puga ser el que és just per a elles, no menys cert és que, com a ideal de justícia, la fórmula deixa molt a desitjar (Beckley, 1992).

En certa forma és possible sostindre que el pensament kantià adquireix en John Rawls una nova dimensió, ja que aquest autor ha sigut qui ha intentat establir un ideal de justícia des d'una situació hipotètica en la qual les parts negociarien sota un vel d'ignorància en relació amb els seus respectius poders o capacitat negocial. D'aquesta forma, els acords passarien a ser instruments morals autosuficients.

Es podria dir que l'avanç filosòfic d'aquesta forma d'entendre el concepte de justícia es troba que no depén de circumstàncies alienes a l'ésser humà –en el nostre cas, a les parts implica-

des en una determinada situació de conflicte–, sinó que es basa en la idea d'obrar amb total i absoluta *imparcialitat* més enllà de les seues condicions particulars.

La força moral d'aquests acords la trobaríem sobre la base de dos elements clau: *a*) el consentiment com a expressió de l'autonomia de la voluntat, i *b*) el benefici mutu.

Així les coses, per a parlar en termes de principis de justícia, l'única possibilitat que hi ha és fer-ho a través d'un acord o contracte hipotètic entre iguals; és a dir, un contracte creat per les parts *després d'un vel d'ignorància* del seu poder negocial.

En favor d'aquesta idea de justícia, Rawls va utilitzar un principi que va denominar el *principi d'equitat qualificada o principi diferencial*, que es construeix sobre la base de dos arguments: *a*) què haurien triat les parts si l'elecció la feren *darrere d'un vel d'ignorància*?, i *b*) no es podria realitzar cap distribució fundada en punts de vista morals arbitràriament determinats, sinó sobre la base del dret a expectatives legítimes (Rawls, 1971).

Ara bé, és possible sostindre que, tant el pensament *filosòfic* com el *dret,* han evolucionat a ritmes diferents en els dos sistemes jurídics predominants a escala mundial, això és, el romanogermànic i el *common law.*

Les teories modernes sobre el concepte *justícia* no es basen en cap concepció particular del *bé* o de la *finalitat en la vida*, encara que no menys cert és que constitueixen un marc de referència que deixa al lliure albir de les persones triar la seua pròpia concepció del bé i propòsit en la vida.

Després d'aquest recorregut pel pensament filosòfic dels autors assenyalats, podem dir que ens trobem amb dues teories sobre el concepte *justícia.* La primera tracta sobre *donar a cada u el que correspon sobre la base de la veritat material*, i la segona sobre *la llibertat d'elecció per a decidir fer el que cal d'acord amb els principis morals autoimposats.*

S'adverteix amb facilitat la diferència conceptual substancial, perquè la bretxa entre *la justícia* i *el que és just* és més estreta en *el common law* que en *el dret continental.*

En aquest últim, és a dir, en els sistemes del *common law,* el ciutadà del carrer relaciona la *justícia* amb *el que és correcte*, és a dir, *amb el que s'ha de fer.*

En cas de disputa, les parts *competiran de forma adversarial en un pla d'igualtat.*

Si ascendim de nivell i passem a contemplar la idea de justícia des del punt de vista social o de l'Estat, el model paritari proposa una idea de justícia que suposa processos destinats a proporcionar iguals oportunitats de victòria a tots els contendents.

Mentre que per als ciutadans del *civil law* la idea de *justícia* es vincula amb *la determinació dels fets reals*, és a dir, *amb la veritat material*.

En cas de disputa preval una *morfologia inquisitiva,* és a dir*,* d'investigació, que serveix *per a implementar les polítiques de l'Estat.*

Ascendint de nivell, des del punt de vista social o de l'Estat, els models de tipus *jeràrquic* proposen una idea de justícia que consisteix que la part vencedora serà aquella que en major grau aconseguisca aproximar-se a la veritat material.

## 4.2. L'accés a la justícia[20]

La tutela judicial efectiva només existeix en la jurisdicció i només *s'accedeix a la jurisdicció* quan una persona a la qual se li reconeix el dret, *acciona en judici* perquè la llei substancial li atribueix un dret subjectiu que ha sigut qüestionat o violat (Taruffo, 1996); i si, com afirmem, la mediació no integra el procés judicial, no es pot sostindre que s'ha accedit a la jurisdicció.[21]

D'acord a Michele Taruffo "*… és impropi dir que la mediació servisca per a 'fer justícia' o que aquesta constitueix una 'justícia alternativa', almenys mentre al terme justícia se li atribuïsca una connotació jurídica".*[22]

El vocable *justícia* no hauria de ser acompanyat d'argumentacions que ometen informació que permetria al lector elaborar-ne una *definició estipulativa*[23] perquè generen multiplicitat de dubtes respecte al seu significat i aplicació, no és admissible que s'empre com a terme *lleuger* quan els qui l'utilitzen són jutges o magistrats.[24]

20 Sense perjudici que el debat respecte a què ha d'entendre's per justícia està obert, i que, enfront d'algunes idees que s'han manejat per a definir el concepte de justícia, que van des de l'obligació envers els altres de complir les lleis naturals i positives (Sòcrates), passant per donar a cada qui el seu (Aristòtil) o les virtuts de l'home com a part de la consciència moral –que és l'activitat espiritual humana més enllà de l'activitat del coneixement– (Kant), fins a la capacitat moral que tenim per a jutjar les coses com a justes basant aquests judicis en raons, actuar d'acord amb aquests i desitjar que altres actuen d'igual manera. A la imparcialitat (Rawls), se'n contraposen d'altres que sostenen una dimensió social de la justícia, o una justícia universal, transversal o impròpia [amb aquest últim s'ha obert un debat molt interessant, afirma Juan Luis Ibarra, que aquest concepte ha sigut encunyat per la sociologia jurídica (IBARRA, 2013) i dels conceptes falsos litigis i litigiosidad impròpia, que són utilitzats per Pascual Ortuño en diversos articles i ponències per a referir-se a aquell sector dels conflictes per als quals una solució pragmàtica i consensuada, sempre que siga possible, és molt més efectiva que la tardana decisió d'un tribunal (ORTUÑO MUÑOZ, 2007.)] és factible concloure que pot entendre's per justícia «el que ha de fer-se d'acord al que és raonable, equitatiu o indicat pel dret». El concepte té l'origen en el terme llatí iustitĭa i permet denominar la virtut cardinal que suposa atorgar a cada u allò que li correspon o pertany, és a dir que, s'entén per "justícia" la que emana d'un dels poders de l'Estat, és a dir, el poder judicial.
Sobre aquesta qüestió es poden consultar: Una aproximación a la idea de justicia en la Cultura Jurídica española del Sigle XX (FERNÁNDEZ GARCÍA I ANSUÁTEGUI ROIG, 2008: pàg. 181-193); La teoría de la justicia de John Rawls (CABALLERO, 2016: pàg.1-22); A Theory of Justice. (RAWLS, 1971); Justice: what's the right thing to do? (SANDEL, 2009).

21 El mateix Taruffo fa una distinció interessant des del punt de vista filosòfic, que és la següent, diu l'autor que en una concepció més oberta i creativa, no es necessita tindre un dret vulnerat, sinó que abans dels drets hi ha els remeis, ell anomena aquest segon enfocament total justice, d'aquesta forma la possibilitat d'accedir a un remedy jurisdiccional no queda subordinada a l'existència prèvia d'un right substancial. Deixa en clar que el sistema ideal és aquell en el qual tinga aplicació el principi de plenitud dels remeis, o siga, aquell en el qual cada situació jurídica trobe instruments jurisdiccionals adequats capaços d'assegurar tant la possibilitat d'obtindre decisions eficaces, com la seua efectiva realització (TARUFFO, 1996: 144). No podem dir que el sistema de total justice es trobe en vigència atés que no hi ha plenitud de remeis jurisdiccionals, almenys de moment.

22 En el mateix sentit s'expressa Michele Taruffo, en la ponència exposada per l'autor en el 9é Seminari sobre Dret i Jurisprudència (TARUFFO, 2007).

23 Les definicions estipulatives són aquelles que ofereixen un major rigor i exactitud en la determinació del significat. Són definicions basades en una proposta de com s'ha d'entendre una paraula. Resulten rellevants en l'àmbit del dret quan les utilitzen les autoritats de qualsevol dels tres poders de l'Estat. D'altra banda, en termes generals, són el recurs que s'empra per a bregar amb la vaguetat.

24 Quan frases com la mediació és justícia, la mediació és tutela judicial, la mediació és accés a la justícia, es lligen en premsa especialitzada, resulta com a mínim irritant, però quan aquestes mateixes frases se senten de boca de jutges i magistrats, causen coentor.
D'una banda, cal distingir ambigüitat de vaguetat; en ambigüitat es desconeix el significat d'una paraula, qüestió que es resol per mitjà de l'anàlisi del context i situació, estipulant o acordant llavors el significat de la paraula en qüestió;

*Quan en l'Administració de justícia o des d'aquesta es parla de justícia, s'ha de parlar d'aquella que emana com a resultat del procés judicial i que és posada de manifest per jutges i magistrats a través de les seues sentències.*[25]*. Dit en altres termes, la justícia és administrada únicament i exclusivament per jutges i magistrats en els seus respectius jutjats i tribunals indefectiblement a través del procés judicial,*[26] *del qual, la mediació no forma part.*[27]

Fa l'efecte, des del punt de vista filosòfic, que no s'ha entés que *els paradigma autocompositiu i reparador*, en què es fonamenta la mediació, produeix com a resultat un acord que,

---

mentre que en vaguetat, estem enfront de la indeterminació de l'extensió o denotació de la paraula en relació amb la seua connotació o intenció. Podríem resumir dient que ambigüitat té per protagonista la propietat de la paraula, mentre que vaguetat al·ludeix a la propietat del concepte o significat del terme. Vaguetat pot tindre dues formes: a) paraules contínues, quan la paraula té com a criteri rellevant d'aplicació una propietat contínua (jove, alt, calb, etc.), i b) dubte a aplicar la paraula, propietat definitòria del terme, per exemple, vehicle (desplaçament d'un lloc a un altre, per a la qual cosa també són vàlides: ascensor, escala, etc.). Com a conclusió, es pot dir que una paraula pot referir-se a a) certs objectes, b) que no s'aplique a altres i c) que hi haja dubte sobre 'aplicació.
I d'altra banda, cal posar en relleu que, entre moltes altres, una de les característiques atribuïdes al paper del jutge enfront de l'opinió pública és la d'actuar com a agent aclaridor, com a educador, si es vol; a ells, els jutges i magistrats, correspon transmetre de què s'està parlant i què ha d'entendre's per tutela judicial, per justícia, perquè només així s'aconseguirà la "seguretat jurídica".
Els trets de la seguretat jurídica com a principi estructural de l'ordenament jurídic són: a) la possibilitat de coneixement per part dels ciutadans de les normes, en virtut de les quals seran avaluades jurídicament les seues accions, b) la consciència que la seua interpretació del dret aplicable coincideix amb la que la societat assumeix, i, c) la confiança en l'efectivitat de l'ordenament i, per tant, en l'adhesió a aquest per part dels ciutadans i en l'aplicació consegüent de les seues normes (BALAGUER CARRERÓ, 2010: 94).

25 Això no significa que jutges i magistrats no puguen parlar de justícia en un altre sentit, per exemple un eslògan, sinó que, si així ho feren, haurien de preocupar-se per deixar ben clar que no es parla en sentit jurídic, ja que només així evitaran atemptar contra la seguretat jurídica que ells mateixos han de promoure.

26 La Constitució espanyola estableix que únicament jutges i magistrats seran els encarregats d'administrar justícia (art.117.1 CE) conforme els procediments que per llei s'establisquen (art. 117.3 CE).

27 Partint d'una premissa equivocada, se sosté que "… la mediació ha quedat inserida en el sistema de justícia tant pel que estableix la Directiva (CE) 52/2008, com en el preàmbul de la Llei 5/2012 en proclamar en el primer paràgraf la inserció de la mediació entre les garanties de la tutela judicial efectiva…" (ORTUÑO, 2013a: 8); "La mediació com a enfocament en la tutela judicial efectiva, és una proposta realista, perquè està integrada en la praxi forense en matèria civil i mercantil i s'han operat canvis processals a aqueixa fi…" (MORALES FERNÁNDEZ, 2014b: 105), dic que la premissa és equivocada perquè ni de la Directiva, ni de la lectura de l'esmentat paràgraf del text del preàmbul de la Llei 5/2012, es desprén que la mediació haja sigut inserida en les garanties de la tutela judicial efectiva.
Transcric a continuació tot l'apartat del preàmbul de la LMCAM. "Una de les funcions essencials de l'Estat de dret és la garantia de la tutela judicial dels drets dels ciutadans. Aquesta funció implica el repte de la implantació d'una justícia de qualitat capaç de resoldre els diversos conflictes que sorgeixen en una societat moderna i, alhora, complexa.
En aquest context, des de la dècada dels anys setanta del passat segle, s'ha recorregut a nous sistemes alternatius de resolució de conflictes, entre els quals destaca la mediació, que ha anat cobrant una importància creixent com a instrument complementari de l'Administració de justícia.
Entre els avantatges de la mediació, cal destacar-ne la capacitat per a donar solucions pràctiques, efectives i rendibles a determinats conflictes entre parts i això la configura com una alternativa al procés judicial o a la via arbitral, dels quals s'ha de separar amb claredat. La mediació està construïda entorn de la intervenció d'un professional neutral que facilita la resolució del conflicte per les mateixes parts, d'una forma equitativa, de tal manera que això permet el manteniment de les relacions subjacents i conservar el control sobre el final del conflicte.»
Però per a més inri, l'autor es contradiu així mateix en dir: "També s'ha trobat a faltar que el legislador haguera optat per l'obligatorietat d'acudir al recurs a la mediació com a requisit previ de procedibilitat sense el qual no hauria sigut possible que l'assumpte fóra admés a tràmit pels tribunals.» (ORTUÑO MUÑOZ, 2013b: 50.) perquè està reconeixent que ara com ara la mediació no integra el procés judicial, i, com sabem, la tutela judicial sols es brinda en un procés judicial.

sense oblidar la llei, es basa en el *moralitat i l'ètica;*[28] mentre que del *paradigma decisional i retributiu*, en què en troba el fonament el procés judicial, s'obté com a resultat una sentència que es basa en el *dret.*[29]

Però això no és l'única cosa que sembla no haver-se entés, des del punt de vista de la filosofia del dret, resulta encara més preocupant veure que es perden de vista o tergiversen les funcions de l'Administració de justícia i la finalitat del procés judicial en el nostre sistema de dret. D'acord a Damaska en *el civil law,* l'Administració de justícia acompleix, entre altres, la funció d'implementar les polítiques d'estat aprovades legislativament, valent-se, per a això, del procés judicial, la finalitat del qual no és altra que la d'augmentar les possibilitats d'aconseguir un resultat substantiu encertat, mobilitzant els ciutadans cap a objectius estatals i, per tant, apartant-los de les preocupacions privades (Damaska, 2000).

Vegem la situació actual i les tensions generades per la inserció de la mediació en *l'ègida* del dret jurisdiccional i processal. *Ab initio* hem de dir que, si recorreguérem l'LMACM en un intent per aportar llum a l'assumpte, ens trobaríem amb el fet que aquesta és clarament contradictòria. En un paràgraf, sosté que dins dels sistemes de resolució de conflictes destaca la mediació "*... com a instrument* ***complementari*** *de l'Administració de justícia.» (preàmbul ap. I segon paràgraf) i en el següent es contradiu en dir que la mediació es configura "... com* ***una alternativa*** *al procés judicial…"* (preàmbul ap. I, tercer paràgraf) [La negreta pertany a aquest text i no a l'original]. Aclarim aquesta contradicció.

En examinar la mediació de conflictes dins del sistema de tutela judicial efectiva (Conforti, 2015b), ens trobem que, en l'estat actual, la seua inserció ha generat les següents *tensions*: i) S'adverteix certa tensió en el dret de lliure accés a la jurisdicció si es compleixen simultàniament les següents condicions: $i_1$) considerar que la mediació no forma part del procés judicial, $i_2$) considerar que l'audiència informativa o de premediació és una de l'etapes del procés de mediació, $i_3$) si hi ha obligatorietat d'assistir a una sessió prèvia de premediació o informativa i $i_4$) si no es modifiquen els requisits per a invocar vulneració de la tutela judicial efectiva. ii) S'adverteix certa tensió amb el dret al procés si, no havent-hi obligatorietat de l'homologació judicial d'un acord extrajudicial, el jutge requereix informació sobre l'assumpte sobre el qual es demana l'homologació. iii) S'adverteix certa tensió en el dret a l'acció que, igual que en el dret al procés, guarden relació amb el rol del jutge a l'hora d'homologar un acord de mediació per l'obligació de pronunciar-se sobre el fons de l'assumpte. iv) En principi, no s'adverteix tensió quant al dret a un jutge natural, encara que si la mediació de conflictes passa a integrar el procés judicial, podria haver-hi alguna problemàtica entorn de la possible figura del mediador natural. v) Respecte al dret a un procés públic no s'adverteix cap tensió; no obstant això, quant a les dilacions innecessàries, entenc que la indefinició de terminis configura una tensió; i finalment, en relació amb les garanties, crec que hi ha una tensió important perquè no solament no estan determinades, sinó que a més no està gens clar si el jutge hauria de verificar-ne o no el compliment.

28 I on caldrà tindre en compte la màxima Pauliana "senar omne quod licet honestum est" (no tot el que és lícit és honest) [La traducció em pertany].

29 Donada la complexitat del tema, la relació entre moral i dret ha sigut denominada per Jhering com «el cap d'Hornos» de la filosofia del dret (PÉREZ VALERA, 2004: 212).

## 5. Els dos escenaris possibles

Es fa necessari de forma prèvia a l'anàlisi d'aquests dos escenaris, aclarir dos conceptes als quals se'ls assigna el mateix qualificatiu d'alternatiu i complementari, però situats en diferents moments del procés, de la qual cosa deriven conseqüències transcendentals. A saber, denominem procés **alternatiu** de mediació –assimilat a la mediació extrajudicial– quan les parts, prèviament a la instància jurisdiccional, acudeixen a un tercer imparcial, mediador, per a resoldre la controvèrsia. I anomenem procediment **complementari** de mediació –assimilat a la mediació intrajudicial–, quan les parts, havent acudit a l'àmbit jurisdiccional i immersos en un procés judicial, bé voluntàriament, o bé per derivació judicial, se sotmeten a un procediment de mediació, suspenent temporalment els efectes del procés judicial.

D'altra banda, la veritat és que en el moment en el qual instem la jurisdicció per a resoldre la controvèrsia, iniciant un procés judicial, la qual cosa denominem mediació intrajudicial –com a via complementària al procés judicial– podria ser introduïda de **forma alternativa** o **complementària** a aquest procés judicial, és a dir, com a *procés* o *procediment*.

Per norma general, el *procés* implica un sèrie de passos a seguir en el temps, mentre que el *procediment* és un mètode o forma de fer una determinada cosa. El *procés* és el tot, el conjunt de tràmits en la jurisdicció que fan possible la realització del dret a través d'una resolució judicial, mentre que, el *procediment* és una fracció d'aquesta totalitat, és la manera concreta de procedir i desenvolupar els tràmits, deixant fora o sense fer qüestió sobre la seua naturalesa, jurisdiccional, administrativa, etc. (De la Oliva Santos, 2009; Torres Osorio, 2013: pàg. 349-350).

Es desenvolupen a continuació els dos escenaris de la mediació intrajudicial, possibles:

### 5.1. La mediació intrajudicial com a procés alternatiu a la justícia.

Un dels grans problemes que planteja la qüestió és el següent: si diem que la mediació és un procés alternatiu, assumim que no integra el procés judicial.[30]

Quan el jutge deriva el cas a mediació, aquest *ix de la seua esfera de custòdia.*

Des del punt de vista de la tutela judicial, aquest punt és molt rellevant, perquè a diferència d'una perícia, ací el cas pot (o no) tornar amb un acord *aconseguit fora de l'esfera de custòdia del jutge i que pot posar fi al litigi*.

Quan el jutge deriva a mediació, cal preguntar-se: se suspenen les seues obligacions respecte de la tutela que ha d'exercir sobre el mateix? Acceptada la derivació a mediació per les parts –no oblidem que fins hui, a Espanya, no és obligatòria l'audiència a la sessió informativa, i que en nombroses derivacions, aquesta sessió informativa no arriba a tindre lloc, bé

30 Si la mediació no integra el procés judicial, no és possible sostindre que siga justícia i/o tutela judicial –vegeu supra confusió innecessària.
No obstant això, els qui sostenen aquesta incongruent postura, no solament assimilen, erròniament, al concepte jurídic de justícia, altres que res tenen a veure amb aquest, sinó que després, això els condueix a confondre accés a justícia (en les seues múltiples variants) amb l'accés a la justícia, en el sentit jurídic desenvolupat en la Constitució. Un altre dels seus arguments és el que es vincula a l'homologació de l'acord de mediació. Si bé aquesta qüestió està contemplada en l'art. 25 de l'LMACM, de moment només apuntaré (perquè ho tractaré després) que hi ha una tensió transcendental no resolta, que té per protagonista la regla de confidencialitat de la mediació i el deure del jutge de conéixer com s'ha arribat a l'acord que se sotmet a la seua homologació.

per decisió de les parts o els seus lletrats, bé per desconeixement de les parts, que no són degudament informades–, ens trobaríem davant de dos supòsits: 1) que les parts acordaren en mediació concloure el procediment judicial, la qual cosa derivaria en l'eixida de l'àmbit jurisdiccional i, per tant, el cessament de la tutela judicial, sempre que l'assumpte objecte del plet fora de lliure disposició i sota els preceptes de l'art. 19.1 de la LEC; 2) que les parts contiuaren amb el procés judicial, suspenent-ne els efectes, pendents de la possibilitat de l'acord de mediació, supòsit en què continuarien les obligacions del jutge respecte de la tutela judicial.

En el segon supòsit, la resposta la trobem en l'LMACM, art. 25.4 –"Quan l'acord s'haguera aconseguit en una mediació desenvolupada després d'iniciar un procés judicial, les parts podran sol·licitar del tribunal la seua homologació d'acord amb el que es disposa en la Llei d'enjudiciament civil"–. i a la disposició final tercera, en l'apartat u, que modifica l'apartat 1 de l'art. 19 de la LEC –"1. Els litigants estan facultats per a disposar de l'objecte del judici i podran renunciar, desistir del judici, aplanar-se a la demanda, sotmetre's a mediació o a arbitratge i transigir sobre el que siga objecte d'aquest, excepte quan la llei ho prohibisca o establisca limitacions per raons d'interés general o en benefici de tercer"–. Qui supervisa i estableix l'interés general i el benefici de tercer? Òbviament la resposta és, el jutge, sota el manament d'exercir la tutela judicial. Quin grau de responsabilitat té el jutge sobre un possible *abús de dret* que es cometera en un cas que es trobara sota la seua tutela? És evident que aquesta responsabilitat persisteix, encara quan les parts sol·licitaren la suspensió del judici, art. 19 LEC, i la derivació a mediació, d'acord a l'LMACM, no significa que se *suspenguen* les obligacions que la tutela judicial efectiva posa al capdavant del jutge, ja que ens trobem en l'escenari de l'Administració de justícia legalment establida.

Sense perjudici que afirmem que amb el que s'ha dit precedentment queda clar que la mediació en forma de procés alternatiu no és viable dins de l'Administració de justícia, queda igualment clar que entenem la mediació intrajudicial com un procediment complementari a l'àmbit jurisdiccional i que, sotmés el jutge al seu deure d'exercir la tutela judicial efectiva, ha d'exercir el control que el procediment de mediació, i per tant l'acord que les parts pretengueren homologar, ha sigut seguit i aconseguit en compliment dels principis i regles de la mediació, i vetlant per que no hi haja hagut abús de dret, d'igual manera que ocorre en qualsevol altra fase del procés judicial. Segons aquest plantejament, al nostre criteri, sí que podem afirmar que la mediació intrajudicial és justícia –en l'aspecte jurisdiccional de la paraula. El seu concepte ètic, queda per a un altre tipus de reflexió.

### 5.2. La mediació intrajudicial com a procediment complementari del procés judicial

El debat sobre la mediació com a complement del procés judicial suposa, per als qui sostenen aquesta postura (que no compartisc), transmetre una visió extremadament pessimista del dret de forma tal que semble natural i plenament *justificada* la inclusió de la mediació en el procés judicial com a forma *de salvar* la situació de saturació en la qual es troben jutjats i tribunals i donar amb això partida de naixement a una nova forma de justícia.[31]

Està bastant generalitzada, entre advocats, magistrats, jutges i operadors jurídics en general,

31 Vegeu La justicia: hay que reinventarla (CARMENA, 2015).

la idea que la mediació millora la tutela judicial efectiva, ja que supleix els inconvenients que té el procés judicial en relació, per exemple, amb l'atenció personal, l'escolta i la participació dels ciutadans en el procés judicial, valga la redundància.[32]

En termes generals, el que és desitjable és que operadors jurídics i no jurídics quan parlen de justícia, ho facen en al·lusió a la forma en què l'Estat organitza la resolució de conflictes, és a dir, en la manera com l'Estat ha materialitzat el concepte justícia a través de l'Administració de justícia. En el sentit proposat, el procés judicial és entés com un espai de garanties constitucionals (Conforti, 2015b) i el rol del jutge com a garant (Freire Pérez, 2011) d'aquesta protecció suprema (Constitució espanyola, arts. 117.1 i 117.3).

A Espanya no hi ha hagut polèmica en relació amb la naturalesa de la mediació de conflictes posat que se l'ha reconegut en tot moment naturalesa jurídica. L'institut de la mediació reconeix com a antecedent propi en el Fur XXXV de Jaume I, que va establir en 1239 la continuïtat i pervivència del Tribunal d'Aigües de València, i que més enllà d'algunes diferències de tipus tècnic, és citat sovint com a antecedent de la mediació de conflictes a Espanya.

Tampoc s'ha fet una taula redona entorn de la idea de la *mediació obligatòria*[33] com a requisit de procedibilitat, i per tant molt menys respecte a com superar el plantejament dels qui veuen en això *violència estructural,* és convenient recordar que "*Galtung defineix la violència estructural com la violència indirecta originada per la injustícia i la desigualtat com a conseqüència de la pròpia estructura social, ja siga dins de la mateixa societat o entre el conjunt de les societats (aliances, relacions entre estats, etc.)".* (Hueso García, 2000: 130); no obstant això, un dels incipients debats[34] és el que té a veure amb el paper que la mediació de conflictes ha de complir en l'àmbit jurisdiccional.

*Quina és la finalitat de la mediació en l'àmbit jurisdiccional?* La mediació de conflictes només tindrà sentit en l'àmbit jurisdiccional si busca resoldre la disputa a través de l'acord. Això és així perquè les parts acudeixen a la jurisdicció en ple coneixement que el procés judicial ha de concloure amb una sentència, són les parts les que sol·licitaran que es pose punt final al litigi i, com que la mediació comparteix amb el procés judicial objecte i finalitat, pretendre una finalitat diferent seria caure en una incongruència.

De tots els models de mediació més difosos a escala internacional,[35] és possible destacar els següents models: *transformatiu* (Baruch Bush i Folger, 1996), de *resolució de conflictes* (Folberg i Taylor, 1996), *del compromís* (Mayer, 2008) i el de *mediació apreciativa* (Conforti, 2008).

D'acord a Conforti,[36] sense entrar en l'anàlisi detallada de cada un dels models –el que excediria el marc del present treball–, i seguint el nom que precedeix cada un, podríem dir que en *el transformatiu* es busca modificar les relacions entre les parts, en el de *solució de*

32 Sobre el aquesta qüestió vegeu l'entrevista que ha realitzat Luis Javier Sanchez als vocals del Consell General de Poder judicial d'Espanya (SÁNCHEZ, 2015).

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

34 Ibid.

35 Sobre açò vegeu (CONFORTI, 2015b).

36 Ibid.

*conflictes* es busca un acord de caràcter resolutiu, en *el del compromís* s'espera generar una actitud diferent de tots els implicats, inclòs el mediador, i finalment, en el de *mediació apreciativa* es busca recrear èxits del passat en matèria de resolució de conflictes.

## 6. Conclusió: claus per a incorporar la mediació de conflictes en la jurisdicció

Amb el que hem vist fins ací es poden extraure dues conclusions: d'una banda, que *la mediació ha d'integrar el procés judicial* –com un més dels tants procediments que l'alimenten–[37], la qual cosa ens permetria afirmar –encara que ja veurem més avant que amb alguna limitació– que la mediació és tutela judicial; i d'altra banda, atés que la mediació intrajudicial igual que el procés judicial persegueix posar fi al litigi, s'hauria d'optar per un model que, ateses les particulars de cada cas i a la idiosincracia de les parts, busque la *resolució dels conflictes*.

Assagem un model de protocol d'actuació a l'efecte de visualitzar els moments clau de la mediació de conflictes dins del procés judicial.

*Figura 1. Protocol d'actuació*




*Elaboració pròpia*

*El protocol d'actuació, que el gràfic descriu, presenta dues fletxes grises que representen dos*[38] *dels moments clau de la mediació intrajudicial.*

*El primer moment clau és el de la derivació a mediació i limitació de la tutela judicial.*

37 En el mateix sentit (MEJÍAS GÓMEZ, 2010: 24).

38 No es descarta l'existència d'altres moments clau, però donada l'extensió del present article, ens circumscrivim únicament a les que assenyalades.

*Quan un jutge deriva un cas a mediació, aquest ix de la seua esfera de control i coneixement, el jutge no podrà complir les obligacions que sobre aquest[39] recauen per imperi de la tutela judicial efectiva a causa d'una evident impossibilitat material. Si això és així, la cosa lògica seria limitar temporalment les obligacions que la tutela judicial comporta per a sa senyoria.*

*Des del punt de vista pràctic, cal fer la següent distinció: la mediació atén el conflicte a vegades jurídic, mentre que el procés judicial atén el litigi jurídic, que pot donar lloc al fet que en una mediació puga donar-se la necessitat d'ampliar el procés a tercers que jurídicament no estiguen legitimats en el procés judicial.*

La pregunta que sorgeix és: Què succeiria si en el procés de mediació intrajudicial, el mediador cita un tercer, que no sent part del procés judicial, es troba legitimat[40] per a intervindre en el procés de mediació?, i més encara, què succeiria si a més, el que aporta la solució –en el sentit de cobrir les necessitats de l'altra part– és aquest tercer i no el demandat? Com es resol jurídicament la relació actor i demandat? Seria possible per al jutge homologar un acord en el qual hi ha un tercer no demandat que assumeix certes obligacions respecte de la part actora? [41]

*El segon moment clau queda configurat quan, celebrada la mediació i aconseguit l'acord, aquest ha de ser homologat pel jutge. Aquesta és la segona de les fletxes grises.*

*La connexió entre els principis de privacitat i confidencialitat amb les obligacions del jutge*

39 Com ja s'ha explicat, a priori es podria pensar que, amb qualsevol altre procediment, posem per cas que el jutge ordenara una perícia, podria succeir una cosa similar –l'assumpte ix de la seua esfera de custòdia–, però en rigor, no és el cas posat que cap altre procediment –excepte la mediació– comporta la possibilitat de retornar al procés judicial un acord que –prèvia homologació, que tractaré en el punt que he denominat segon moment, pose fi al litigi–. Noteu que s'utilitza el terme limitació, no suspensió, de la tutela judicial. Aquesta limitació, guarda directa relació amb el fet material que la tutela judicial efectiva, posa davant del jutge l'obligació de conéixer en tot moment, la qual cosa succeeix en el cas a l'efecte de controlar que no es produïsca cap vulneració als drets de les parts i/o dels interessos públics. El que succeeix és que quan el jutge deriva el cas a mediació, aquest «ix de la seua esfera de custòdia» i per tant del seu control.
En aquest punt sembla convenient recordar que, en el procediment de mediació s'apliquen, entre altres, els principis de privacitat i confidencialitat, això equival a dir que el que succeeix durant la mediació està fora de l'abast o òrbita de coneixement i contralor del jutge.
El procediment de mediació és per a sa senyoria una caixa negra en tota regla. No té coneixement material del que hi succeeix, ni podria evitar un abús de dret ja que no pot materialment exercir el contralor sobre ell mateix (TARUFFO, 1999).
Per tant, cal concloure que el que s'ha de limitar és la responsabilitat i garanties que el jutge, en raó de la tutela judicial efectiva, ha d'oferir, ja que com queda vist, no està en disposició material de fer-ho.

40 Val la pena recordar que la legitimació jurídica (capacitat per a estar en judici) difereix de la legitimació en mediació (capacitat per a satisfer les necessitats de l'altra part).

41 A l'efecte de la LEC s'entén per: a) Desistiment (art. 20): quan pel demandant es retira la demanda abans de contestació (ordinari) o citació (verbal), també és possible quan després de l'emplaçament del demandat, encara que en aquest supòsit se li ha de donar audiència (art. 20.3) Pot tornar a presentar-la després; b) Renúncia (art. 20): quan el demandant renúncia a l'acció o al dret en què funde la seua pretensió, i ja no es pot tornar a presentar la mateixa demanda. El jutge dicta sentència absolutòria. c) Transacció judicial (art. 19): acord de totes dues parts que posa fi al procés, acord que és homologat pel jutge mitjançant interlocutòria; d) Aplanament (art. 21): Reconeixement del demandat (total o parcial) de les pretensions de la demanda. El jutge dicta sentència favorable al demandant; i, finalment e) Sobreseïment per satisfacció extraprocessal o carència sobrevinguda objecte (art. 22): la part demandada satisfà fora del procés les pretensions de l'actor o l'actor deixa de tindre interés legítim a obtindre la tutela judicial pretesa per alguna circumstància sobrevinguda, el demandant presenta un escrit en què ho posar en coneixement del jutge, que arxiva el procediment mitjançant interlocutòria (VALERO LLORCA, 2012: pàg. 5-7).

*de controlar el marc de legalitat i validesa contractual (art. 19 LEC), entren en crisi aparent quan se sosté, com ací es fa, que per imperi de la tutela judicial efectiva el jutge està obligat a incloure en el control de legalitat: (i) la justa composició del litigi, (ii) que no s'haja produït cap abús de dret, (iii) que no siga immoral ni il·legal, (iv) vulneració als drets de les parts i/o (vi) dels interessos públics.*[42]

*Bé dic crisi aparent perquè no hem de perdre de vista que el conflicte particular deixa de ser-ho des del moment en què una de les parts acudeix a tribunals. En tot litigi sempre hi haurà un interés públic –la realització del procés judicial, atés que és un deure de l'Estat donar resposta a la petició de tutela judicial dels seus ciutadans– que estarà present en tot tipus de procés i de forma independent al fet que es tracte de drets disponibles*[43] *que són els que s'estaran discutint en el procés, això és el que Francesco Carnelutti va denominar justa composició del litigi*.[44]

*En tal sentit, cal partir de la idea que la injustícia pertorba l'ordre i la pau social, i assumint que davant de pretensions que es troben en igual grau de raó* [45] *el jutge, a fi d'evitar que s'altere l'estat de pau social que l'Estat pretén, ha de fer prevaldre els interessos socialment rellevants sobre els interessos particulars i, en conseqüència, dictar sentència en favor d'aquella part que millor els represente en la seua pretensió*.[46]

També s'ha de tindre en compte que el concepte de *moral* [47] és més ampli que el jurídic d'il·licitud en relacionar-se amb conductes i disposicions humanes que frontalment s'oposen als

42 Valorar la legalitat d'acord implicarà que el jutge prenga en compte els motius que l'informen i determinen.

43 En certa manera, en aquest aspecte entrem en el tema del rol de jutge. En aquest sentit en una interlocutòria del jutjat de primera instància núm. 52 de Barcelona, la jutgessa ha imposat una multa a una asseguradora per abusar del procés judicial per no haver intentat prèviament una mediació per a resoldre la qüestió plantejada. Els arguments esgrimits per sa senyoria són múltiples i variats, assenyala en interlocutòria que "Com que inqüestionable el dret a la tutela judicial efectiva… la veritat és que tots els drets poden utilitzar-se de forma inadequada; per això l'art. 7.2 del Codi Civil ja assenyala que la llei no empara l'abús del dret o l'exercici antisocial d'aquest"; agrega "I aquest abús del dret a la tutela judicial, amb una clara conseqüència antisocial pel que suposa d'aprofitament de recursos públics en benefici de l'activitat d'una mercantil, es dona quan no s'utilitza com a últim recurs sinó com primer, sent com és que altres mètodes de resolució de conflictes podrien utilitzar-se". En el mateix sentit vegeu (ORTUÑO MUÑOZ, 2007: 30). Ha entés la magistrada que «… les entitats asseguradores, haurien de procurar recórrer a sistemes alternatius com a primera opció i només després d'aquest intent, si no ha tingut un resultat satisfactori, puguen recórrer al procés judicial"; tancant la seua línia argumental amb la següent idea «… la conducta amb rectitud, sota criteris d'ètica i responsabilitat social, no depén que la llei ho impose, sinó que els ciutadans i empreses comencen a ser conscients dels beneficis i perjudicis que produeixen a la casa pública i actuen conseqüentment". És evident que, en nom de l'interés públic, sa senyoria reclama de la persona jurídica (mercantil) el compliment dels deures d'observança de la bona fe, ètica i responsabilitat social en l'exercici del dret, amb major zel, si es vol, que a una persona física.
D'altra banda, s'ha d'assenyalar que entenem que l'argument de fons que empra sa senyoria guarda directa relació i vinculació amb el concepte promulgat pel magistrat Pascual Ortuño de litigiositat impròpia que he assenyalat ut supra.

44 Vegeu (CARNELUTTI, 2003).

45 Si es trobaren en diferent grau i/o una de les pretensions fora injusta, evident, el jutjador tindria en això la seua fonamentació per a sentenciar.

46 Dit d'una altra forma, quan en un litigi les dues pretensions són legítimes en sentit legal i es troben en un peu d'igualtat, el jutge ha de decidir el procés en favor d'aquella que assegure la pau social que l'Estat ha de perseguir i garantir, encara que això implique decidir per damunt dels interessos particulars dels contendents.

47 Hi ha autors que diferencien moral d'ètica; en tal sentit la moral és l'estudi dels costums, que en relació amb la bondat o maldat de les accions humanes es donen en una comunitat determinada; mentre que ètica, és la reflexió teòrica, filosòfica, entorn de la bondat o maldat dels actes humans (PÉREZ VALERA, 2004: pàg. 211-222).

sentiments mitjans d'ètica, probitat, bons costums o ciutadania rectament entesa i ordenadament practicada, que són prevalents en una comunitat normal i concertada de persones que convergeixen les seues vides individuals en el comú social, i per això resulta congruent i procedent relacionar-ho directament amb el concepte de *justa composició del litigi* en el qual es fan prevaldre els *interessos socials rellevants* als *interessos particulars* amb la finalitat d'assegurar i garantir la *pau social,* que és la base de l'Estat (Carnelutti, 2003).

Amalgamar *publicitat* (del procés judicial) amb *privacitat i confidencialitat* (de la mediació) no és un impossible. N'hi ha prou de pensar que, tal com ja ho he esmentat adés, en acudir a la jurisdicció les parts accepten que una de les regles d'or del procés és la publicitat, a partir d'ací, subordinar els principis de privacitat o confidencialitat a la tutela judicial efectiva, i en conseqüència, limitar-ne els efectes, és simplement una qüestió lògica que a més tira per terra qualsevol plantejament de *violència estructural*.

S'hauria de definir el rol de la mediació de conflictes en l'àmbit intrajudicial.

Si es decidira per establir la mediació obligatòria, és a dir, com a requisit de procedibilitat, hi hauria dues opcions: *a*) una reforma constitucional que incloguera en l'art. 24 la mediació de conflictes —cosa que, encara que desitjable, sembla una cosa improbable—; i, *b*) una modificació *lege ferenda* de l'actual LMACM que establisca que la mediació integra el procés judicial.

Finalment i per establida la mediació obligatòria, no referim a l'obligatorietat d'acudir a la sessió informativa i no l'obligatorietat de realitzar un procés de mediació al complet, es podrien seguir les següents línies de treball:

1. El jutge o tribunal podrà ordenar a les parts i els seus lletrats que compareguen davant del servei de mediació intrajudicial per a sotmetre's a una sessió informativa i que, a resultes d'aquesta, serà potestat de la parts sotmetre's o no a un procés de mediació complet.

– Efectes de la derivació a mediació, sense perjudici del que disposa l'art. 395 LEC, les parts estan obligades a comparéixer a l'audiència informativa sota prevenció de desobediència.

– La potestat per a derivar a mediació recau sobre el jutge o tribunal, siga a petició d'una de les parts, totes dues o per pròpia iniciativa del jutjador. El mediador, com a expert en la matèria, és qui determina si el cas és mediable o no. La derivació judicial està emparada en la discreció del jutge o tribunal, els casos que es deriven han de respondre com a mínim a les següents dues raons: i) una millor o més adequada resolució del conflicte i ii) el benefici per a les parts involucrades.

– Durant tot el temps que dure el procés de mediació, i atés que el jutge o tribunal perd el control de les actuacions, ha d'operar la suspensió del procés. El jutge o tribunal està obligat a acceptar els termes dels acords als quals pogueren arribar les parts, sempre que s'ajusten al que estableix l'article 19 LEC i no siguen contraris a la llei, la moral i l'ordre públic.

– Quan el procés de mediació concloga en acord i l'assumpte en controvèrsia estiga revestit d'un alt interés públic, les parts han d'informar el jutge o tribunal sobre les circumstàncies i contingut d'aquest. Si l'acord afecta drets de menors, incapaços o

terceres persones dependents, es dona intervenció al ministeri públic fiscal i segueix el tràmit disposat per llei per a aquests cas.

– Si s'inserira la mediació en el procés judicial –de conformitat amb el que estableixen els art. 414.1r paràgraf segon LEC, art. 440.1 paràgraf segon LEC–, quan les parts arribaren a l'acord i aquest siga presentat davant del jutge per a la seua homologació, ha de tindre's en clar que, en aquest cas, el jutge no està jutjant perquè no aplica el dret per a resoldre el litigi, el que fa és dotar d'eficàcia jurídica l'acord que és fruit de l'autonomia i voluntat de la parts en conflicte. Aquesta homologació no comporta exercici de la potestat jurisdiccional i a més no és una funció exclusiva dels jutges; també ho poden fer notaris i els lletrats de l'Administració de justícia (art. 117.3 CE).

Hauríem d'abandonar la idea que establir l'obligatorietat *de l'audiència informativa, limitar als principis de privacitat i confidencialitat, concordes amb les particularitats de la* mediació intrajudicial, és necessàriament perniciós per a les parts o per al procés de mediació. En aquest escenari, no és més que una falsa dicotomia.

Concloem dient que la implementació d'aquesta inserció de la mediació en la via jurisdicional, necessita un ingent treball en l'elaboració de protocols per a la determinació dels casos que podrien seleccionar-se per a mediació, l'estatut del mediador, el mecanisme administratiu de derivació, formació de jutges, funcionaris i mediadors intrajudiciales... cosa que derivaria en l'èxit i qualitat de la mediació intrajudicial.

## 7. Bibliografia

ARISTOTELES; *Ética a Nicómaco.* Libros I y IV. Traducción de M. Araujo y J. Marías. Col·lecció: Educació. Materials de Filosofía. Dir.: Guillermos 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 Apreciativa.* Trabajo presentado en el Seminário sobre Mediação Apreciativa de O Instituto de Mediação e Arbitragem de Portugal, Oporto y Lisboa, Portugal. 2008.

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 Soleto 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.

IBARRA, J.L. «La mediación en la administración de Justicia» en la *presentación de GEMME-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.* Trand. 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 Mª 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(/appropiate 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 Villaluenva, Leticia y Vázques 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.

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.

Monogràfic: Mediació

# LA MEDIACIÓ DE CONFLICTES SOCIALS SORGITS EN APLICAR LA LLEI DE MEMÒRIA HISTÒRICA

María Isabel Leal Ruiz

**RESUM**: Les lleis de la memòria històrica en l'aplicació, sobretot en els aspectes relatius a l'eliminació de monuments i/o símbols de la dictadura, comporten conflictes socials. La reparació del dany a les víctimes sempre està en relació amb el paradigma del perdó i la mediació, així com la justícia restaurativa són eines fonamentals. En la pràctica de la mediació d'aquests conflictes socials s'ha de tindre en compte un conjunt de variables, com són el conflicte és heretat, el canvi de significat dels símbols i com es pot reparar el dany després del temps transcorregut.

**PALABRAS CLAVE:** mediació, memòria històrica, ressentiment, perdó, conflicte 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.

**SUMARI:** 1. Punt de partida.- 2. Noves formes de reparar el dany.- 3. Ressentiment. Vencedors i vençuts.- 4. El conflicte social.- 5. Característiques pròpies dels conflictes socials produïts per l'aplicació de la llei de memòria històrica.- 6. Conclusions des de l'experiència.- Bibliografía.

## 1. Punt de partida

Perquè una porta no s'òbriga, cal tancar-la bé. Després dels anys de dictadura a Espanya, no es va realitzar adequadament el procés de reconciliació, no es van establir els principis de veritat, justícia i reparació, que ens hagueren portat a sanar la convivència danyada. I em sembla oportú iniciar aquest article amb la frase de Xabier Etxeberria (2011, 1), filòsof de la Universitat de Deusto: "Mai no pot anomenar reconciliació la que s'aconsegueix per la via de l'oblit, perquè reconciliar-se suposa reconéixer que es torna a lligar una relació que es va experimentar com a trencada."[1]

Quan no s'han dut a terme, després d'un conflicte amb violència, els passos de recuperació de la veritat, justícia i reconciliació de les víctimes i els agressors; la complexitat que ja en si té el procés de pacificació, s'aguditza, ja que el temps que transcorre mai no és neutre.

En la transició política espanyola de la dictadura a la democràcia, no es va valorar com a prioritat aquest procés de reparació; es van fer certs passos, però tímids i incomplets, i això ha fet que l'aplicació de la llei de memòria històrica, que busca la reconciliació, cree més conflictes en la societat.

Aquests conflictes sorgits de l'aplicació de la llei es generen per molt diverses causes, però tots són conflictes socials que atempten contra la convivència pacífica.

D'altra banda, la majoria d'aquests conflictes, s'han creat entorn de la supressió d'elements d'exaltació, d'una part dels actors del conflicte bèl·lic. Tant en la Llei 52/2007 de memòria històrica nacional, en l'article 15, com en la Llei 14/2017, de memòria democràtica i per a la convivència de la Comunitat Valenciana, en l'article 39, en aquests dos articles, les dues lleis, plantegen la retirada de monuments que han format part del mobiliari públic, durant més de 73 anys. Aquests elements del mobiliari públic, han sigut llocs d'exaltació durant la dictadura i en alguns casos en democràcia, d'un dels bàndols de la Gerra Civil.

Amb el pas dels anys, aquests monuments o elements públics, la majoria amb símbols religiosos, sobretot creus, han anat creant diverses simbologies en l'imaginari social, visions polítiques, religioses i fins i tot de costums, fisn al punt d'arribar a formar part de la cultura d'aquest territori. Aquestes diferents visions dels ciutadans sobre aquests elements públics i monuments, és al meu entendre, un dels factors que fa que la seua retirada origine conflictes socials.

Aquest article parteix de l'experiència d'haver mediat conflictes derivats de l'aplicació de la llei de memòria històrica en la Comunitat Valenciana. Ens proposem amb aquest text, l'objectiu d'aportar elements per a la reflexió i les valoracions a tindre en compte en els processos de mediació d'aquests conflictes.

Per això, al llarg del text, s'indicaran quines característiques tenen aquests conflictes socials i quins elements específics cal tindre en compte si es decideix mediar-hi.

1 ETXEBERRIA X.: *La verdad que reconcilia en la justicia* (2011). Lima (Perú). http://www.verdadyreconciliacionperu.com/admin/files/articulos/1426_digitalizacion.pdf Consultat 5/09/2018

## 2. Noves formes de reparar el dany

No podem entendre la justícia com un concepte inamovible, sinó com una virtut que evoluciona i se situa en cada context històric i social. Per això, la justícia aplicada al grup i manifestada en el dret té una evolució pròpia en cada societat. El que no canvia és l'objectiu de la justícia, que és afavorir la convivència.

John Rawls —21 de febrer de 1921, Baltimore, Maryland (EUA)-24 de novembre de 2002, Lexington, Massachusetts (EUA— en la *La justícia com a equitat. Una reformulació,*[2] completa el ja havia abordat en el seu anterior escrit, *Teoria de la justícia,* publicat per primera vegada 1971, en què va introduir el concepte de la justícia com a "equitat" i va obrir la porta a preguntes molt importants que, d'una forma o una altra, han suposat canvis en l'aplicació de la justícia pel dret (justícia aplicada), que plantegen aquestes preguntes:

L'aplicació de la justícia en el context social és per a aplicar el **castic** o per a reparar el **dany**? La justícia aplicada, aporta a les parts en conflicte formes de nova convivència que asseguren que **la venjança** no siga el mètode de reconstruir i restaurar les relacions? Què busquem quan som víctimes en la justícia, que se'ns restituïsca el dany causat o la venjança des de les emocions que apareixen pel dany que ens han infringit?

Ens preguntem si la justícia aplicada sempre es refereix a la llei que es dona una comunitat —en la pràctica un Estat— o al dany causat a la dignitat humana. D'aquesta qüestió deriva la següent: quin paper representa en l'aplicació de la justícia la víctima?

Si la justícia busca el bé comú, que és d'una gran complexitat, i és aplicada des de l'equitat, totes les preguntes anteriorment expressades i altres més que podríem fer-nos, ens trobem que en el moment actual es van trobant respostes i una de les noves respostes és la justícia restaurativa, en la qual l'objecte bàsic és reparar el dany causat i que la víctima puga expressar directament davant de l'agressor, el dany que ha viscut.

La justícia restaurativa es vincula directament amb els processos pacífics de solució de conflictes en concret amb la mediació. La mediació afig a la justícia restaurativa el fet que les parts, tant l'ofensor com l'ofés, el danyat com el que ha exercit el dany, són els que decideixen com resoldre les seues diferències. També inclouen en tots els casos tots els danyats, no solament la víctima directa, sinó tots aquells que han resultat afectats pel dany exercit, familiars, veïns, amics, etc.

La justícia restaurativa, igual que la mediació, persegueix que el **ressentiment** siga substituït pel **perdó.**

*És fonamental en aquest punt aclarir que quan es parla de perdó del que parlem és del "paradigma del perdó", en paraules de Margaret R. Holmgren (2012. 329): "… les actituds bàsiques de respecte, compassió i autèntica benevolència que fonamenten el* **paradigma del perdó,** dispensades a totes persones igualment, condueixen a una teoria moral estructurada sobre la base d'un principi central de justícia."[3]

En cap moment, quan es parla del "paradigma del perdó" es parla d'excusar o justificar l'acte realitzat per l'ofensor, ni d'exculpar-lo, eximir-lo, exonerar-lo, absoldre'l o indultar-lo. Del que

2 Ruawls J.: *La justicia com equidad. Una reformulación* (2001). Barcelona, editorial PAIDOS IBERICA. Nre. de pàgines: 288.

3 Holgrem M. R.: *¿Perdonar o castigar? Cómo responder al mal* (2012). Madrid: ed. Avarigani. Nre. de pàg. 329.

es parla és que el ressentiment que es provoca al danyat es transforme, de manera que el discurs de venjança passe a ser un discurs de convivència en el qual el respecte entre les parts puga deixar pas a una convivència pacífica, mantenint sempre l'acceptació de les diferències.

No és tampoc un perdó paternalista o de posició de poder, és la restauració de la convivència des de la comprensió racional i emocional dels valors ètics entre iguals. És reconéixer la possibilitat de ser ofensor, igual que ser l'ofés.

En aquest sentit, la mediació com a sistema de solució de conflictes aporta la possibilitat que les parts del conflicte restauren béns superiors en el temps, com és poder construir societats, comunitats, en les quals la cohesió social siga un fet. En aquests processos de mediació, cal tindre sempre en compte tres elements fonamentals: la veritat dels fets, la reparació del dany i la reconciliació social.

### 3. Ressentiment. Vencedors i vençuts

Després de la Gerra Civil a Espanya, parlar de "vencedors i vençuts" pareix que són conceptes superats. No obstant això, quan estableixes diàlegs entre els diferents grups afectats en els conflictes sorgits en aplicar les lleis de la memòria històrica, les parts parlen d'aquests conceptes. S'ha volgut basar en el "oblit social"[4] la reparació però, com diu Xabier Etxeberria (2011, 1), l'oblit no repara, repara la veritat, la justícia, en resum; el perdó tal com l'exposem en aquest article. I l'objectiu del perdó social, podríem expressar-lo amb paraules d'Etxeberria (2018, 30); "El seu objectiu prioritari és, precisament, buscar la convivència més plena, no en genèric, sinó quan s'ha trencat, no pròpiament refent-la —tasca impossible—, sinó restaurant-la."[5]

Podem trobar-nos diàriament en les relacions socials, en els discursos dels mitjans de comunicació, en les xarxes socials, etc., que el sentiment que sosté el concepte de "vencedors i vençuts" està present. Aquest sentiment és el ressentiment.

Des del meu punt de vista, és una pregunta crucial si quan intentem solucionar un conflicte, l'objectiu que pretenem és arribar a un acord entre les parts o canviar el ressentiment pel perdó. Diu Ricardo Gibu Shimabukuro, en el seu article "Sobre el ressentiment i el perdó": "La violència de l'home contra l'home comporta una dinàmica irreversible d'aïllament i de soledat **en la qual el llenguatge**, lluny d'estar precedit pel desig de dialogar, esdevé monòleg i imposició de les pròpies idees"[6] (2016). Aquest tipus de llenguatge comporta **el ressentiment**.

En l'expressió dels conflictes, sobretot en els que succeeixen després de la implantació de la llei de memòria històrica[7], moltes vegades observem que el que s'intenta buscar és la venjança i tornar de nou al paradigma de vencedors i vençuts, raó per la qual cal analitzar el ressentiment com a emoció que impregna el conflicte.

4 Vegeu nota núm. 1.

5 ETXEBERRIA MUALEÓN, X.: *El perdón i la reconciliación en la convivencia cívica* (p. 30). Col·lecció Eines de Pau, Seguretat i Justícia. Barcelona. ww.icip.cat / icip@gencat.cat. 2018.

6 GIBU SHIMABUKURO R.: *Open Insight*, volum VII, núm. 12 (juliol-desembre 2016), pp. 9-29 Consultat el 7/09/2018.

7 Llei 52/2007, de 26 de desembre, per la qual es reconeixen i amplien drets i s'estableixen mesures en favor dels qui van patir persecució o violència durant la Gerra Civil i la dictadura.

El ressentiment ha sigut molt analitzat, sobretot per Nietzsche, en el seu llibre *La genealogia de la moral* de 1887 i per Scheler en el seu assaig de 1912 *El ressentiment en la moral*; podem dir que els dos autors basen el ressentiment en dos impulsos, **l'impuls de venjança,** en el qual l'objecte d'aquesta venjança es fa indeterminat, i en **l'impuls d'enveja**, el desig de tindre el que l'altre té. Aquestes emocions: ressentiment, venjança, enveja... van derivant en absolutitzar el que és bo i el que és roín, com si els comportaments humans només es dividiren en postures oposades i no estigueren recobertes de multitud d'emocions oposades. Podem dir que les emocions que embarguen víctima i ofensor són múltiples i complexes. En aquest sentit, diu Liliana C. Molina González, en el seu article "La dimensió social del perdó i la possibilitat de reinterpretar-lo com un procés de reconciliació amb el dany" (2016)**:** "En aquest sentit, moltes persones poden optar per reclamar justícia recorrent a les eines normatives disponibles, i en altres casos optar per la denúncia en espais alternatius i compartits amb altres persones, mitjançant el teixit i la construcció d'espais col·lectius de memòria. En aquests casos, els sentiments i les raons que els justifiquen no es redueixen al ressentiment ni al desig de venjança i retribució del dany. Podem imaginar que en alguns casos hi haja, per exemple, vergonya, culpa, remordiment, tal vegada per haver sobreviscut al dany, per haver-lo permés, o per no haver pogut evitar el dany patit per una persona pròxima o un familiar. L'univers de les emocions revela encara més la seua complexitat quan establim relacions entre aquestes; molt més quan es tracta de comprendre-les com a respostes possibles davant de l'experiència concreta del dany. La vergonya, la por, el ressentiment, la indignació, ressonen en la vida de persones afectades, però també en la vida dels seus afins, i de les comunitats de les quals són part —família, amics, treball, barri—." [8]

En la progressiva anàlisi del ressentiment, en els conflictes socials, ens trobem amb dues característiques: la primera, que el ressentiment va unit a múltiples emocions que comparteixen víctimes i ofensors, encara que en divers grau d'intensitat, i una segona que la víctima i l'ofensor es desindividualitzen i passen a ser el grup de persones que envolta aquests, que també són víctimes. Ja no és el dany infringit entre dos, sinó el dany que repercuteix en el grup i/o la comunitat. Per això, el procés de la mediació que es du a terme en aquests conflictes ha de realitzar-se, no solament amb les parts directament afectades encara que elles són imprescindibles, sinó amb la comunitat.

## 4. El conflicte social

És necessari que entrem a analitzar el concepte de conflicte social, ja que els conflictes sobre els quals tractem ho són, i ho són perquè enfronten diferents grups socials per les seues creences, opinions i valors divergents. I parlem de grups socials en el sentit que el que expressa Silva García, Germán (2008. 37)

> "… els grups són la categoria principal d'organització de la societat; la majoria dels individus tendeixen a organitzar-se en grups socials, a vegades, situant-se en diversos grups de diferent espècie; respecte dels grups, no dels individus, aflueixen els conflictes socials de major dimensió… Els grups socials, amos d'una força variable, participen d'un equilibri oscil·lant, inestable i relatiu, subjecte a un procés social dinàmic, que depén

8 MOLINA GONZÁLEZ, L. C.; Dialnet (2016): "La dimensión social del perdón y la posibilidad de reinterpretar-lo com un proceso de reconciliación con el daño" (pp.151-176). *Estudios de Filosofía*, núm. 54.

dels ajustos en els interessos, l'activitat dels altres grups en la interacció social i els canvis en posicions i situació. Per tant, els grups socials estan en continu moviment, desfent-se i reintegrant-se, d'acord a la dinàmica assenyalada de les relacions socials i, si és el cas, del conflicte social."[9]

De la mateixa manera, cal recordar que, com diu Silva: "El conflicte social no és anòmal, en realitat, no és per definició ni bo ni roín, és una conseqüència històrica i social natural de les relacions socials."[10] I sempre produeixen canvis en la societat, allí on es donen.

En termes generals, podríem dir que un conflicte social és la incompatibilitat de conductes, cognicions (incloent-hi les metes) i/o afectes entre individus o grups que poden o no conduir a una expressió agressiva de la seua incompatibilitat social.

El conflicte social en termes generals té aquestes característiques:

— Les parts són grups organitzats pertanyents a institucions o no –ací incloc partits polítics, corporacions municipals, esglésies, plataformes de diversos signes, etc.

— Entorn del conflicte s'agrupen membres de la societat que es posicionen amb els diversos grups organitzats quan el conflicte escala.

— La interacció contenciosa té una part ideològica –cultural i una altra part vinculada a l'acció en el mitjà social.

— La majoria de les vegades hi està implicada l'Administració pública.

— Els mitjans de comunicació i les xarxes socials, intervenen en el conflicte i l'augmenten o el disminueixen.

— Els processos del conflicte són complexos i aquesta complexitat apareix en els processos de solució.

— Les emocions que es manifesten, en fer-se públiques, s'expressen de forma extrema.

— Poden romandre latents molts anys.

En els conflictes socials es pot mediar, això és indiscutible, però hem de tindre en compte que s'han de mantindre i això comporta dificultats, els principis essencials de la mediació: la mediació és **voluntària**. Cal mantindre **la igualtat de les parts** i la **imparcialitat dels mediadors**. La **neutralitat** dels mediadors. **La confidencialitat.** I finalment las parts subjectes a mediació actuaran entre si conforme als principis de lleialtat, bona fe i respecte mutu.

Tinguem sempre en compte que en un conflicte social la confidencialitat i la imparcialitat dels mediadors han de vigilar-se estretament. Per a la confidencialitat, cal arribar a un acord inicial de les parts per a salvaguardar-la, sobretot en els mitjans de comunicació i en les xarxes socials. I la imparcialitat dels mediadors ha de mantindre's i això és difícil. Un mitjà eficaç per a mantindre la imparcialitat és la formació d'un equip de mediadors que, a més de ser acceptat per les parts, es formen en determinats aspectes, com són les tècniques de treball amb grups, els conceptes bàsics de la memòria històrica, el coneixement de la legislació pertinent etc.

9 SILVA GARCÍA, G. (2008): "La teoría del conflicto. Un marco teórico necesario". *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XI, núm. 22, juliol-desembre, p. 29-43. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotà, Colòmbia.

10 Ibid. pàg. 37.

## 5. Característiques pròpies dels conflictes socials produïts per l'aplicació de la llei de memòria històrica

En l'apartat anterior, hem indicat les característiques generals dels conflictes socials però hi ha certes característiques que són pròpies i comunes quan s'aplica la llei de memòria històrica en aquells articles que determinen la retirada de monuments commemoratius del final de la contesa o que fan referència a una de les parts de la Gerra Civil de 1936-1939.

Aquestes característiques són: El dany és heretat. Els símbols en el conflicte. La reparació del dany. Els afectats pel dany. Aquestes característiques les analitzarem a continuació.

### *5.1 El dany heretat*

Parlem de dany heretat quan les persones que han patit el dany directe, la major part han mort. Això aportarà elements complexos sobretot en l'àmbit emocional.

Les dades sobre el que ha ocorregut no es coneixen la major part de les vegades, íntegrament. En els conflictes bèl·lics les dades estan esbiaixades i moltes vegades matisades per les percepcions i/o interessos de les parts.

Quan la història no s'ha pogut contar des de totes les parts, la veritat dels fets està distorsionada. Aquesta distorsió es produeix en rebre les parts la informació de forma oral pels familiars directes o no.

Normalment, en la transmissió oral fem una selecció positiva de les dades sempre intentant que el que es conta cree un relat positiu per a la part. En la transmissió familiar dels fets no es dona la manipulació intencionada dels fets, sinó que són processos normals de la transmissió oral.

Emocionalment, el que es transmet és el dany causat i el ressentiment és el centre de les emocions que, en personalitzar-lo, es transforma en rancor. Pot també transmetre's culpa, que porta el qui escolta a la impotència i la ira contra els qui van causar el dany, però, com que no viuen ja les persones que van danyar, passem als seus hereus biològics i/o ideològics la responsabilitat dels fets.

Moltes vegades el conjunt d'emocions només es pot solucionar creant comportaments que s'allunyen de la racionalitat per deixar pas a l'alliberament d'emocions.

Molts dels qui se senten part del conflicte desconeixen el que ha succeït, sols es posicionen des de les emocions. Creen aquests processos emocionals, en les parts, una obligació d'enfrontament que és difícil de solucionar ja que està motivada, aquesta obligació, pel compromís de venjança adquirit familiarment.

Tot això amb el pas dels anys, si s'ha silenciat, no significa que s'haja resolt i pot aparéixer en el moment que, per motiu d'aplicació d'una llei, en si justa, fa despertar tots aquests sentiments.

Abordar un conflicte heretat és complex i requereix de temps i reparació d'aquests danys.

### *5.2. Els símbols*

Els símbols són definits per la RAE de la manera següent:

> "Element o objecte material que, per convenció o associació, es considera representatiu d'una entitat, d'una idea, d'una certa condició, etc. La bandera és símbol de la pàtria. El colom és el símbol de la pau."

O bé com a:

> "Forma expressiva que introdueix en les arts figuracions representatives de valors i conceptes, i que a partir del corrent simbolista, a les acaballes del segle XIX, i a les escoles poètiques o artístiques posteriors, utilitza el suggeriment o l'associació subliminar de les paraules o signes per a produir emocions conscients."

Parlar de símbols en l'àmbit dels conflictes és establir una relació directa amb les emocions i moltes vegades amb emocions personals, encara que el símbol faça referència a un col·lectiu.

En el món del dret, en els últims anys, en què a Europa hi ha llibertat de religió, els símbols religiosos són múltiples, i això ha portat els juristes a diverses anàlisis sobre com establir la convivència entre els drets personals i les creences religioses, entre utilitzar els símbols en l'espai públic i alhora respectar el laïcisme d'aquests espais. Sobre això, és molt interessant el punt de vista de Rafael Palomino (2016) del qual aporte dues citacions del seu article, "El símbol religiós en el Dret. Concepte i classes":

> "Els símbols religiosos poden veure's rebutjats en el context de la civilització occidental, ja siga per establir un sentit de diferència que amenaça la igualtat, ja per aspirar a un horitzó secular depurat de símbols en possible concurrència. No obstant això, l'espai lògic i visual no pot resultar buit, per la qual cosa advenen nous símbols que pretenen colonitzar l'horitzó i l'imaginari social."[11]

> "Per això, i a la llum d'altres propostes doctrinals, s'aposta per la distinció entre símbols religiosos personals i institucionals, que s'adapta de forma més adequada als elements entre els quals bascula l'estudi jurídic dels símbols religiosos: el dret fonamental de llibertat religiosa i de creences, d'una banda, i el principi de neutralitat de l'Estat, per l'altre."[12] Rafael Palomino Lozano (2016, 19).

Quan en un conflicte, un mateix símbol representa conceptes enfrontats entre les parts, cal arribar al reconeixement que això és així.

En molts casos d'aplicació de retirada de monuments que representen i enalteixen la victòria d'una de les parts del conflicte, el símbol és la creu. Això porta a mesclar emocions religioses, amb posicionaments polítics. No obstant això, si ens situem en el procés real dels esdeveniments podríem observar que és un ús de la religió, per les dues parts en conflicte, per a mantindre l'enfrontament i com a conseqüència el poder.

Cal que aquest nou conflicte que se suma al d'esmenar el dany patit per ciutadans per una contesa bèl·lica, no es transforme en un conflicte religiós. Des del meu punt de vista, això és una manipulació interessada i cal aclarir a les autoritats religioses que, des de l'honestedat, no distorsionen el conflicte.

11 PALOMINO LOZANO, R.: "El símbolo religioso en el Derecho. Concepto y clases" (2016). http://eprints.ucm.es/40005/ Consultat el 12/09/2018.

12 Ibid. pàg. 17.

La transformació d'un conflicte social en un de religiós fa impossible la mediació, ja que estarem parlant de fe i creences i així no és possible la mediació.

### *5.3. Reparar el dany*

Com reparar un dany després de més de cinquanta anys sense abordar-lo?

En tot aquest temps, la veritat no ha sigut contada. Les lleis actuals sobre la memòria històrica no són clares, i això possibilita camins pels quals el dret pot parlar d'una forma i la contrària.

S'ha convençut a la ciutadania, amb missatges, que tot està ja oblidat, situació que s'allunya de la realitat, ja que quan les persones es reuneixen a parlar sobre aquest tema el ressentiment sorgeix. Les famílies segueixen en la seua privacitat contant la seua pròpia història dels fets.

Com reparar el dany, si no reunim els familiars d'un costat i de l'altre a escoltar les seues versions de que ha passat, les emocions, els silencis, les pors?

I quan parlem de reparar el dany en una societat que ha viscut un conflicte bèl·lic seguit d'una dictadura, no podem parlar només en funció de les grans ciutats ja que als pobles de menys de 50.000 habitants la realitat és molt més conflictiva.

En aquestes ciutats xicotetes, les persones viuen en les seues famílies els records dels esdeveniments succeïts entre 1934 i 1945, i continuen transmetent-los, i això fa que s'encreuen ruptures entre famílies, raó per la qual la convivència és difícil.

En molts casos aquestes "tradicions" familiars s'han vinculat a partits polítics i/o a organitzacions.

Com menys habitants tinguen les ciutats on s'aplica la retirada de monuments més s'aguditza el conflicte. Això fa que la forma d'abordar aquests conflictes en ciutats xicotetes requerisca plantejaments diferents del de les grans ciutats.

### *5.4. Els afectats*

En l'aplicació de la llei de memòria històrica no s'estableix des de l'inici un contacte amb les famílies dels afectats. Aquests afectats serien els familiars de les persones que van ser assassinades, exiliades, els van llevar els béns etc. I tinguem en compte que moltes vegades no hi ha dades escrites, ni documents que acrediten els fets, per la qual cosa és oportú escoltar i reconéixer tots aquells que es consideren afectats.

Cal que tot procés de pacificació tinga com a centre els familiars i les persones directament afectades, ja que són ells els qui han viscut més directament el dany.

D'altra banda, hi ha un conjunt de persones que, encara que no van patir el dany directe, sí que van patir i pateixen el dany com a observadors passius. Aquest col·lectiu és important tindre'l en compte perquè viuen el ressentiment i la culpa que els porta a posicionar-se en els moments d'aplicació de la llei. Podríem dir que les persones afectades en el conflicte no són només les que van rebre directament el dany sinó les qui, en l'entorn, van patir les conseqüències i, per tant, també en són part.

Tot això ens portarà a plantejar el procés de reparació del dany d'una manera oberta.

6. Conclusions des de l'experiència

Estic convençuda que la justícia restaurativa i la mediació és el camí.

Partint d'aquesta afirmació cal establir una sèrie de premisses que són totalment necessàries per a portar a terme el procés de pacificació.

En tot procés de mediació d'aquests conflictes, cal garantir la bona fe de les parts, i per a això:

*Primer*

Els partits polítics de la ciutat, estiguen en el govern o no, han de realitzar un procés de mediació en el qual s'arribe a un acord. Aquest acord entre partits polítics ha de ser sempre mantenint les diferències democràtiques, de manera que es comprometen a establir la convivència a la seua ciutat i defendre els drets humans.

En aquest punt, cal recordar com el País Basc, després de l'anunci de cessament de la violència per part d'ETA, està realitzant el procés de pacificació. De primer es va dur a terme un acord dels partits en 2006 i en el moment actual es continua en això. En el preàmbul del document *Pla de convivència i drets humans 2017- 2020* diu:

> "El 2 de maig de 2006, en la VII legislatura, el Consell de Govern va aprovar per primera vegada un Pla de pau i convivència concebut com una eina que, des de l'executiu, havia de planificar d'una manera articulada un conjunt d'iniciatives orientades al mateix objectiu. En la VIII legislatura, el 26 de desembre de 2007, el Consell de Govern va aprovar el Pla basc d'educació per a la pau i els drets humans (2008-2011). El 8 de juny de 2010, el Consell de Govern va aprovar la reformulació del Pla basc d'educació per a la pau i els drets humans, corresponent a la IX legislatura. El 26 de novembre de 2013, en la X legislatura, el Consell de Govern va aprovar el Pla de pau i convivència 2013- 2016. Ara, el març de 2017, es presenta el Pla de convivència i drets humans 2017-2020, que es projecta al període de la XI legislatura."
>
> "Aquest recorregut cronològic mostra, en primer lloc, una línia de continuïtat. El que es projecta hui no pot ser entés sense el que es va fer ahir o despús-ahir. La construcció de la pau i la convivència no comença de zero. És una obra coral, trenada al llarg del temps amb múltiples i plurals aportacions, tant de governs, partits, grups parlamentaris i institucions, com d'agents socials, moviments associatius i de la mateixa ciutadania. En aquesta construcció compartida, ha de destacar-se l'actitud i aportació fonamental de les víctimes. Van rebutjar la possibilitat de qualsevol reacció vindicativa, i van canalitzar la seua reposta a la injustícia del sofriment patit posant la confiança en la justícia, en l'acció policial i en les institucions de l'Estat de dret."
>
> "En segon lloc, prova que durant els últims deu anys governs de composició diversa han buscat contribuir al final del terrorisme i la violència i als objectius de la convivència, la pau i els drets humans mitjançant l'eina d'un pla estratègic. Hi ha, per tant, una línia de continuïtat i coincidència en relació amb la utilitat d'aquesta eina."[13]

13 Pla de convivència i drets humans 2017-2020. Govern Basc. Consultat el 12/09/2018. http://www.irekia.euskadi.eus/uploads/attachments/9389/Pla_de_Convivència_i_DDHH_.pdf

On es demostra que és possible diferenciar les diverses postures ideològiques, a les quals democràticament tenen dret els partits, de la pau social que tots han de defendre.

Però pensem, d'altra banda, que el País Basc ha dut a terme l'acció de pacificació, en el moment del cessament de violència armada d'ETA, per contra, la pacificació de l'Estat espanyol no es va fer al final de la Gerra Civil, ni després de llarg anys de dictadura, en què també va haver-hi violència, ni en democràcia, ja que s'ha tardat a començar un procés de reparació, veritat i justícia. Aquesta diferència és molt important.

*Segon*

Els mitjans de comunicació i les xarxes socials han d'arribar a l'acord de no transmetre informació posicionada en cap de les parts que intervenen en el procés de mediació. La informació, si se'n dona, ha de ser de dades i d'acords.

En la meua experiència, si als periodistes se'ls ofereix un referent de l'equip de mediadors que comunica aquelles dades i processos que les parts aproven, els mitjans respecten aquest acord i no interfereixen en el procés de mediació.

En canvi, les xarxes socials són més complexes, ja que moltes de les persones intervinents en el procés hi expressen les seues opinions, i això dificulta la disminució emocional del conflicte. Des de la meua experiència cal, des de l'equip de mediadors, seguir aquestes xarxes que ens indiquen quins passos cal fer en l'escolta activa de les parts però, de cap manera els mediadors de l'equip han de participar en aquests debats. L'equip de mediadors ha de mantindre's en silenci, que n'indicarà la imparcialitat.

*Tercer*

S'ha de partir de l'escolta activa de totes les "víctimes", enteses aquestes com s'ha exposat anteriorment, aquells familiars directes i aquelles persones que indirectament se senten danyades.

En els conflictes en què s'ha mediat, ens hem trobat que hi ha víctimes que no desitgen participar-hi perquè moltes d'elles encara tenen por de manifestar en públic el dany que se'ls va infligir.

La realització de sessions individuals amb el conjunt de víctimes és molt enriquidor per a avançar en la mediació, ja que no és real que tots tinguen la mateixa postura o defeguen els mateixos interessos, ni tan sols comparteixen les mateixes necessitats. En el diàleg amb elles, van percebent-se i escoltant-se, de manera que moltes vegades són les víctimes més directes les que s'acosten més ràpidament a la postura del perdó i la reconciliació.

Diferent és la trobada amb els grups que són víctimes indirectes que en la seua majoria estan ideologitzades i en alguns casos mantingudes per partits polítics o per grups religiosos. En aquesta situació, sols si els acostem al concepte de ben comú, enceten un camí d'acostament a la reconciliació.

*Quart*

En tot el procés de mediació, s'ha de treballar en els valors democràtics, i això implica compartir el diàleg amb altres que pensen de diferent manera.

Ara bé, els valors de convivència, el perdó i la pacificació no estan arrelats en la nostra societat i no s'ha format la societat per a entendre que aquests només es poden donar des de la veritat, la justícia i la reparació.

Aquest aspecte és el que més sorprén. Ens trobem amb un nivell educatiu molt baix en valors democràtics. Les escoles en molts pobles, ja siguen públiques o privades no eduquen en el diàleg amb les persones que no tenen els mateixos valors i principis. I els continguts educatius no informen dels processos històrics basats en la veritat; la república encara s'entén com a no legal i com a destructiva i la dictadura com a legal.

*Cinqué*

L'equip de mediadors que treballe aquests processos, ha d'estar format en aquest tipus de mediacions. Ha d'estar disposat a treballar des de la imparcialitat que suposa l'anàlisi de les seues pròpies postures personals en aquest tipus de conflictes. I el grup de mediadors ha d'estar clarament cohesionat.

Per a aconseguir això, entenc que no es pot improvisar l'equip. S'ha de formar l'equip des d'un treball inicial conjunt, en el qual ens desfem del pes dels posicionaments que tots i totes tenim davant de la nostra pròpia història social. I voldria fer ressaltar que sovint els mediadors que pertanyen a la ciutat en la qual es du a terme la mediació del conflicte, són més imparcials que els que arriben de fora. Crec que això succeeix perquè els mediadors de la ciutat en conflicte, per a poder intervindre-hi, han hagut de fer el procés de perdó i reconciliació en la seua pròpia comunitat.

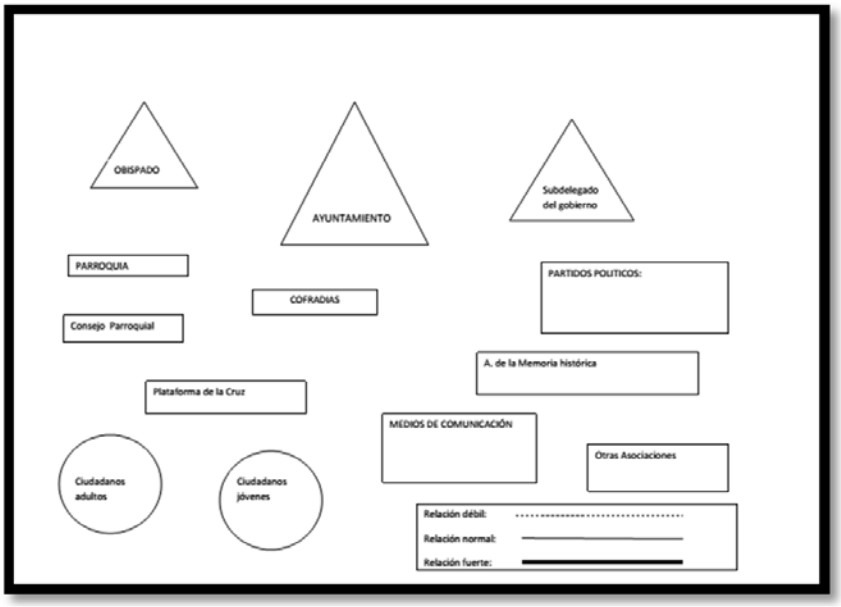
Hem de tindre en compte que la major part dels mediadors han nascut en democràcia i la seua percepció del conflicte viscut des de 1936 fins al final de la dictadura és molt divers i en gran part transmés o per la família o des de les seues postures ideològiques. Per això l'anàlisi conjunta del conflicte és fonamental que es faça en l'equip de mediació i si és possible amb observadors que en tot el procés sostinguen la imparcialitat.

*Sisé*

No es pot iniciar aquest procés sense una anàlisi seriosa del conflicte en el context concret on es done, ja que les variables en cada situació deixaran pas a un procés mediador diferent.

Encara que l'arrel del conflicte és la mateixa, la realitat social de cada ciutat és diversa i cal analitzar-la. S'han d'emprar eines d'anàlisi social com són els mapes socials, enquestes, línies de vida, etc. Des del meu punt de vista les eines usades en la investigació d'acció participativa (IAP) són les que millor s'ajusten als processos de mediació. És molt interessant utilitzar els "mapes socials" en un inici per a situar les parts i les relacions entre elles. Hi incloem un mapa, sense les interrelacions per mantindre la confidencialitat, que va ser l'inici del treball

en un dels conflictes mediats




Quadre de les parts sense interrelacions d'un conflicte mediat. Elaboració pròpia.

L'anàlisi del conflicte ha de tindre un desenvolupament permanent, de manera que després de cada acció es reformule el pla d'actuació.

*Seté*

En tots els conflictes cal detindre els processos judicials i en aquests conflictes també. No és possible mantindre els contenciosos que pogueren existir, ja que és incompatible amb el concepte de mediació. O bé es resolen i després s'inicia el procés o bé es detenen.

Des del meu punt de vista i basant-me en els conflictes en què he intervingut, sota els processos judicials que s'inicien entorn d'aquests conflictes, moltes vegades hi ha interessos econòmics i de partits polítics que res tenen a veure amb l'eliminació o no dels monuments o elements del mobiliari públic i, en aquest sentit, l'equip de mediadors ha de fer una anàlisi clara i veraç de les situacions de manera que no es veja perjudicada la "bona fe" de les parts.

Per acabar i aprofundint en els processos de mediació realitzats, puc dir que el que busquem és transformar societats de venjança en societats col·laboratives. Per a això, primer de tot cal implantar aquells valors que comporten una verdadera societat democràtica, en un país que ha passat per un procés difícil i llarg de divisió social. S'ha de reparar el dany causat a la societat buscant la reconciliació, la integració, la concòrdia i el respecte al pluralisme.

## Bibliografia

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. ww.icip.cat / icip@gencat.cat. 2018.

GIBU SHIMABUKURO R.: *Open Insigh*t, 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 victimas*, Barcelona. Ed. Anthropos. 2003.

MATE REYES: *Tratado de la injusticia*, Barcelona. Ed. Anthropos. 2011

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 MEDIACIÓ ESTÀ LLIGADA INDISSOLUBLEMENT A L'ÈTICA

María Isabel Leal Ruiz

**RESUM:** En la situació social actual, la mediació és una eina essencial en la solució de conflictes. La confidencialitat que caracteritza la mediació fa que aquesta es desenvolupe en l'àmbit del privat. En aquest àmbit privat, la persona del mediador és el gestor de l'ètica en el procés de mediació. Els professionals de la mediació en la seua formació han d'incloure l'estudi de l'ètica i diferenciarem això del coneixement del seu codi ètic professional. És responsabilitat del professional de la mediació gestionar adequadament l'ètica en les diferents fases del procés de solució pacífica del conflicte.

**PARAULES CLAU:** mediació, ètica, privat, transparència, confiança, bona 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.

**SUMARI:** 1.Introducció.- 2. La mediació en la societat de hui.- 3. L'àmbit privat està sota el control de la transparència?.- 4. L'ètica en la mediació.- 5. L'ètica i els codis ètics.- 6. L'ètica en el procés de la mediació.- 7. L'ètica del mediador.- 8. Conclusions.- Bibliografía.

## 1. Introducció

En una societat globalitzada per les TIC, mercantilitzada en les formes socials de relacionar-se, obstinada que la transparència ho recórrega tot; les persones, en la seua individualitat, naveguen entre corrents que els porten a punts que no han buscat i moltes vegades a situacions que no saben definir. Perquè la nostra realitat social és «complexa».[1] Edgar Morin (2014, 219).

Podem dir, en parlar de la societat actual:

> "La complexitat no solament impedirà qualsevol teoria unificadora, sinó que reconeix la impossibilitat d'eliminar la incertesa, el no racional, la contradicció i el reconeixement de l'irreductible. La complexitat no és la resposta, aquella és un desafiament cognitiu."[2]

D'altra banda, si observem el món des del punt de vista de Bauman (2005, 80),[3] ens trobem amb la definició del «món líquid»:

> "… ens parla del «món líquid». Un món on tot és canviant i poc durador. On les persones canvien d'identitat com canvien de roba, viuen en constant moviment, i on mentre es tinguen els mitjans s'obté allò que es desitja."[4]

També Bauman ens parla de les relacions en el «món líquid», on sembla que tindre compromisos a llarg termini és una cosa aterridora hui dia, i on acabar la nostra relació amb algú s'ha tornat una cosa extremadament natural. Canviem de parella amb la mateixa facilitat que canviem d'identitat. És millor mantindre distàncies o desconfiança entre les persones, perquè es diu que relacionar-se pot ser perillós i insegur. Sobre això Bauman ens diu:

> "En un extrem de la jerarquia global emergent hi ha els que poden compondre i descompondre les seues identitats més o menys a voluntat, tirant del fons d'ofertes extraordinàriament gran d'abast planetari. L'altre extrem es troba abarrotat per aquells als quals s'ha vedat l'accés d'elecció d'identitat, gent a la qual no es dona ni veu ni vot per a decidir les seues preferències i que, al remat, carreguen amb el llast d'identitats que altres els imposen i obliguen a acatar." (Bauman 2005, 86)[5]

I continua parlant de la inseguretat social que està plantejant un nou equilibri amb les llibertats:

> "La majoria de nosaltres ens trobem en un suspens entre dos extrems mai segurs de quant durarà la nostra llibertat per a triar el que desitgem ni per a renunciar al que ens molesta." (Bauman 2005, 86)"[6]

1 MORIN, E., *El Método, 6 Ética*, 3a edició, Cátedra, 2014, p. 219.

2 AUTORA (2016). CONGRÉS FAPROMED "Mediación y participación ciudadana: Transparencia Social y Renovación ética". 4-5 nov. 2016, Villena (Alacant). Ponència "La ética del discurso en el proceso de la mediación. Una propuesta." p. 4.

3 BAUMAN, Z., *Identidad*, Editorial Losada, Argentina, 2005, p. 80.

4 AUTORA (2016). CONGRÉS FAPROMED "Mediación y participación ciudadana: Transparencia Social y Renovación ética". 4-5 nov. 2016, Villena (Alacant). Ponència "La ética del discurso en el proceso de la mediación. Una propuesta." p. 6.

5 BAUMAN, Z., *Identidad*, Editorial Losada, Argentina, 2005, p. 86.

6 Ibíd., p. 23.

Aquests dos autors, Morin i Bauman, plantegen una visió nova de la societat. En aquesta realitat social, la mediació pot ser el paradigma que equilibre les aigües.

Però per tal que la mediació puga establir aquest equilibri en la convivència de les persones, és necessari, fins i tot imprescindible, que la mediació s'assente en l'ètica. Aquesta **inestabilitat, valorada com a positiva, dona cabuda a allò divers**, a allò que no es controla, com les emocions, l'espiritualitat… I això obri les portes a sistemes nous d'equilibri en els quals l'ètica és fonamental.

Si la societat es troba en aquesta cruïlla, l'ètica en la mediació ha de comptar amb dos valors fonamentals: la confidencialitat i la bona fe.

La bona fe és un dels principis generals del dret. Autors com Jesús González Pérez (1999, 74)[7] diuen que la bona fe incorpora el valor ètic de la confiança, i és una de les vies que entrellacen els continguts eticosocials en l'ordenament jurídic, i concretament el valor de la confiança. Serveix de via —la bona fe— per a introduir regles ètiques com les de la fidelitat, la credibilitat i la confiança. La bona fe suposa una regla de conducta o comportament social adequat, una conducta normal, recta, seriosa i honesta.

La confidencialitat segons la RAE, és un adjectiu "que es fa o es diu en la confiança que es mantindrà la reserva del que s'ha fet o s'ha dit". Prové de *confidència* que significa 'secret, declaració reservada'.

D'altra banda, la confidencialitat deriva dels principis de dignitat, autonomia, confiança, i és una manifestació particular i especial del dret a la intimitat. Hi ha una relació clara entre el principi de confiança i la regla de confidencialitat.

Com veiem, aquests dos principis de la mediació, **confidencialitat i bona fe**, tenen en comú el valor de la **confiança** i la seua vinculació amb l'àmbit privat. Serà necessari tindre-ho molt en compte. I haurem d'estar alertes ja que el valor de la confiança s'esvaeix en el procés indiscriminat de la «transparència», com veurem més avant.[8]

## 2. La mediació en la societat de hui

Les persones ens desenvolupem socialment en les nostres relacions, i tota relació comporta la solució, o no, dels conflictes. L'entramat social es teixeix en la successió de conflictes i solucions. Els conflictes han de ser vistos com les diferències irreconciliables davant de la presa de decisions, de dues parts, amb posicions, interessos i necessitats viscudes de diferent forma. La mediació és un mètode de gestió de conflictes que persegueix principalment que s'arribe a l'acord entre les parts sense ruptura de les relacions.

Què aporta la mediació a la solució de conflictes que la diferencie d'altres maneres de solucionar els conflictes? Es poden indicar diverses diferències, com ara que la mediació fa que les parts en conflicte s'involucren en la solució d'aquelles controvèrsies que aquestes han originat, fent que es responsabilitzen dels seus comportaments; en resum, fan un pas cap a la participació social real. També podem dir que, a més dels fets, es resolen els elements

7 GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, 3a ed., Civitas, Madrid, 1999, p. 74.

8 Vegeu el punt 2 de l'article.

emocionals que s'han originat pel dany exercit entre les parts. Però, des del meu punt de vista, sobretot la mediació situa el conflicte en l'àmbit privat i l'exclou del públic.

En analitzar aquesta última diferència, es pot establir una comparació entre l'aplicació de la justícia i la mediació. En l'àmbit de la justícia com a aplicació de la norma, se situa en l'àmbit públic, ja que són establides per l'estat. A més, les persones que imparteixen justícia són persones que pertanyen a l'àmbit públic, vegeu els jutges i, d'altra banda, els documents que emanen dels judicis, també són públics. Carmen García (2015) es planteja en el seu blog aquesta pregunta: "Són realment públiques les sentències?" i justifica que les sentències siguen públiques pel control que la societat civil en pot fer. En el seu text cita la cort suprema dels EUA i diu:

> "Qualssevol altres beneficis que la garantia d'un judici públic puga conferir a la societat, aquesta garantia és una salvaguarda contra qualsevol intent d'usar els tribunals com a mitjans de persecució. El fet de saber que cada judici està subjecte a la revisió de l'opinió pública constitueix un control efectiu sobre els possibles abusos del poder judicial." [Cort Suprema dels EUA en In re Oliver 333 US 257 (1948)][9]

D'altra banda, sabem que la Constitució espanyola, en l'article 120, recull clarament que les actuacions judicials seran públiques i les sentències es pronunciaran en audiència pública.

I la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial, en l'article 266, diu:

> "1. Les sentències, una vegada esteses i signades pel jutge o per tots els magistrats que les han dictades, es depositen en l'oficina judicial i es permet l'accés al text d'aquestes a qualsevol interessat.
>
> L'accés al text de les sentències, o a determinats extrems d'aquestes, pot quedar restringit quan aquest puga afectar el dret a la intimitat, els drets de les persones que requerisquen un especial deure de tutela o a la garantia de l'anonimat de les víctimes o perjudicats, quan escaiga, així com, amb caràcter general, per a evitar que les sentències puguen ser usades amb finalitats contràries a les lleis."

No obstant això, en la mediació s'exigeix, en els seus principis informadors, la confidencialitat[10]. Aquesta confidencialitat fa de la mediació que, sempre que les parts així ho desitgen, tot quede circumscrit a l'àmbit privat.

Aquesta característica, quan és entesa pels ciutadans, fa que valoren especialment aquest mètode de resolució de conflictes. Això s'aprecia clarament en els conflictes de les pimes, sobretot les familiars. Normalment, en les empreses familiars, en unir-se l'àmbit familiar amb l'àmbit laboral, valoren molt que els conflictes que sorgeixen, sobretot en la segona generació, es mantinguen en l'àmbit privat i veuen en la mediació una molt bona eina per a resoldre els seus conflictes.

La mediació a través de la confidencialitat deixa la resolució dels conflictes en l'àmbit privat. Però l'àmbit privat es veu amenaçat per la «necessitat de transparència» de la societat ac-

9 GARCÍA, CARMEN. http://www.acalsl.com/blog/2015/11/son-realmente-publicas-las-sentencias. 9 novembre, 2015. [Data de consulta: 28.07.2018]

10 Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils, art. 9.

tual i planteja una gran tensió d'aquests dos valors. El concepte de transparència i l'ús de les TIC, des del meu punt de vista, posa en risc el valor del confidencial.

És necessari reflexionar, davant d'aquests esdeveniments, sobre què és l'àmbit públic, el privat i l'íntim i quins valors hi ha en cada un.

### 3. L'àmbit privat està sota el control de la transparència?

Els conceptes de públic, privat i íntim han anat evolucionant a través del temps, no d'una forma ascendent i/o descendent, engrandint i precisant els seus àmbits, sinó que han difuminat les seues fronteres. L'evolució d'aquests conceptes, que s'han reflectit en sabers com la sociologia, la psicologia, la política i el jurídic, s'han desenvolupat envaint espais els uns dels altres; això és, l'espai públic ha envaït espais privats. I l'àmbit privat s'ha refugiat en els àmbits íntims.

En el Renaixement sorgeix la burgesia com a classe social i són aquests els que rescaten dels drets dels nobles drets per a un grup social, i és la burgesia la que força perquè se'ls reconega la seua privacitat, entesa aquesta com a subjectes amb dret a la propietat privada i associat aquest dret a drets com l'honor, el nom, la imatge i el secret de la correspondència. Però en altres moments de la història els desplaçaments de «les fronteres» entre privat i públic, s'han situat just al revés. Així ho podem observar en la Rússia de 1922, on la propietat privada desapareix i juntament amb ells certs drets de l'àmbit privat passen al públic, per la qual cosa veiem que aquests conceptes evolucionen al llarg de la història i dels països.

Podem entendre que aquests conceptes (privat, públic i íntim) van lligats a concepcions de l'ordre social.

Què succeeix en el moment actual amb aquests tres conceptes i quines conseqüències aporta a la convivència de les persones?

Haurem de començar per saber què volem dir quan parlem de públic, privat i íntim, per a després analitzar què succeeix en el moment actual en què les TIC han mogut els límits dels tres conceptes.

Segons Rubén Hernández (2008), citada per Romelia Sarmiento-Verbel, Adrriana & (2016), afirma que l'àmbit privat és:

> "Aquell conjunt de llibertats fonamentals que la doctrina enquadra dins de l'àmbit protector de la vida privada. La vida privada comprén, abans de res, la vida interior —els purs fets de la consciència, el pensament, la fantasia, el sentiment de fe, etc. I després tota aquella part de la vida exterior que no es considera part de l'àmbit públic. En altres termes, la vida privada de l'home modern comprén fins on s'estén la seua llibertat i no es restringeix únicament al domini intern de la seua consciència, o a la persona física o a l'immediat ambient actual o habitual de l'individu**,** ja que aquesta llibertat es manifesta en un altre camp vastíssim que es troba més enllà de qualsevol control polític directe: el món de la cultura. El dret a la intimitat protegeix també l'entorn familiar de la persona, per la qual cosa cada u té el dret d'exigir respecte no solament a les seues actuacions com ser individual, sinó també com a part integrant d'un nucli familiar, atés que

> aquests vincles incideixen en la mateixa esfera de la personalitat de cada u."[11](El subratllat és propi.)

Si la vida privada s'estén «allà on s'estén la seua llibertat», no estarem posant en el moment actual els límits de l'àmbit privat amb la vida pública en mans dels estats?

D'altra banda, el concepte d'íntim, com diu Diego Gracia (2001, pròleg), ens porta al que ens identifica com a persones.

> "La intimitat no està constituïda per l'anomenat *món dels fets*, sinó pel món dels valors. Els valors són els que ens donen identitat i ens diferencien de les altres persones. Els valors són el nostre més profund senyal d'identitat. El que ens defineix com a éssers humans són els valors religiosos, filosòfics, estètics, polítics, etc. que hem assumit com a propis. Els valors som nosaltres mateixos. Sense els valors no seríem res. Per això, pels valors es mata i es mor… Som els nostres valors".[12]

I això significa que hem de tindre una gran cura a l'hora d'envair l'espai íntim, ja que estarem descomponent les interrelacions personals.

Finalment, l'àmbit públic s'ha vinculat al territori d'acció dels poders que exerceixen els canvis socials. En el moment actual, amb la incorporació real de la dona a aquest àmbit, podem veure com evoluciona aquest concepte. En aquest sentit, la definició de Barbieri (1996, 120-121) de l'àmbit públic diu:

> "… com l'espai de coneixement i reflexió de la societat sobre si mateixa i de les propostes i accions col·lectives que tendeixen a mantindre o alterar l'estat de coses vigent en la societat, o en sectors particulars d'aquesta. Es tracta d'un àmbit heterogeni, on és possible distingir nivells diferents."[13]

Barbieri, (1996, 128) parla des d'una nova perspectiva, més concorde al moment de desenvolupament social actual. I ens dona a conéixer el seu pensament sobre la relació públic-privat en un moment de canvi:

> "Públic i privat són ja hui, com tants autors han assenyalat i analitzat, inoperants: restringeixen i confonen el coneixement sobre les societats i la comprensió dels seus actors. Sembla, doncs, necessari representar les societats actuals amb altres àmbits, de manera de donar compte de la diversitat en què transcorre la vida social."[14]

Crec necessari introduir en aquest moment el concepte de transparència. És en el segle XX quan apareix el concepte de transparència, vinculat a l'eliminació de la corrupció en la societat. Aquest concepte-valor s'ha anat desenvolupant i ocupant nous espais socials, de

11 SARMIENTO-VERBEL, R., ARDILA-BARRERA, A., BÁEZ-PIMIENTO, *A.; Aportaciones no jurídicas al concepto de "la intimidad": reflexiones interdisciplinarias*. Dixi 26, abril 2016, p. 45. doi: http://dx.doi.org/10.16925/di.v18i23.1290, p. 48.

12 GRACIA, D. Pròleg. En Sánchez Caro, J. i Sánchez Caro J. *El médico y la intimidad,* Díaz de Santos, Madrid, 2001.

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". Pontifícia Univ. Catòlica del Perú, Lima, 1996, p. 107-132.

14 Ibíd., p. 128.

manera que va començar com a exigència ciutadana als àmbits públics i s'ha anat estenent als àmbits privats i, en situacions concretes, a l'àmbit íntim.[15]

La transparència com a concepte actual,[16] podríem dir que s'introdueix com a valor inapellable. Possiblement, aquesta transparència que es reclama als poders executius i legislatius dels estats, moltes vegades es reclama a l'àmbit judicial.

El concepte-valor de la transparència s'ha vinculat a l'acció pública i a la «bona governança», però siga amb intenció o no, s'està estenent com a valor absolut a tots els aspectes de la vida de les persones.

Parlar de la transparència vinculada només a aportar informació produeix una «transparència nua», no contextualitzada. És una il·lusió pensar que n'hi ha prou que les dades siguen públiques, perquè regne la veritat, en política o en les institucions i fins i tot en els grups socials. A més de l'accés a les dades públiques, hi ha la qüestió del significat que tenen.

Posar en la xarxa grans quantitats de dades i documents no basta; cal interpretar-los, entendre les condicions en què s'han produït, sense oblidar que generalment només donen compte d'una part de la realitat. Obsessionar-se amb la transparència descurant tota la resta, equival a equivocar-se.

Separar l'essencial de l'anecdòtic, analitzar i situar en una perspectiva adequada les dades exigeix persones qualificades amb una vertadera formació ètica que, a més, disposen de temps i competències cognitives.

El filòsof Byung-Chul Han (2013, 69), parlant de la "societat íntima", diu:

> "La pèrdua de l'esfera pública deixa un buit en el qual es vessen intimitats i coses privades. En lloc de l'àmbit públic s'introdueix la publicació de la persona. L'esfera pública es converteix amb això en un lloc d'exposició. S'allunya cada vegada més de l'espai de l'acció comuna."[17]

I ens parla d'una "societat psicologizada" per a després afirmar:

> "La societat de la transparència no solament manca de veritat, sinó d'aparença."[18]

Quan l'autor parla d'aparença, li dona un valor positiu, ja que Byung-Chul Han pensa que en la vida pública el que es fa és un "teatre" que revitalitza el conjunt social.

Si analitzem tot el que he exposat veurem com el moment social actual està en canvi i aquest canvi no solament fa que les estructures es transformen sinó que els valors evolucionen i/o canvien. Però tinguem en compte que una societat de transparència és una societat de control, ja que en una societat transparent tal com diu Byung-Chul Han:

15 Podem veure casos de polítics que han sigut destituïts per comportaments íntims i/o privats. A Espanya, el cas últim de la presidenta de la Comunitat de Madrid, davant de la publicació del vídeo del furt en uns magatzems.

16 Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

17 BYUNG-CHUL HAN, La sociedad de la transparencia, Herder, Barcelona, 2013, p. 69.

18 Ibíd., p. 79

> "Cada u lliura a cada u a la visibilitat i al control, i això fins dins de l'esfera privada. Aquesta vigilància total degrada la «societat transparent» fins a convertir-la en una inhumana societat de control." Byung-Chul Han (2013, 90)[19]

I insisteix l'autor:

> "La societat de la transparència és una societat de la desconfiança i de la sospita que, a causa de la desaparició de la confiança, se sustenta en el control." Byung-Chul Han (2013, 92)[20]

## 4. L'ètica en la mediació

Si la mediació succeeix en àmbit del privat, com hem dit i en el moment social actual, en el qual com hem exposat anteriorment, l'àmbit privat i la confiança estan sent espentats per la transparència, cap a la seua dissolució o almenys cap a un canvi no conegut, primer que res cal valorar si té sentit parlar d'ètica en la mediació.

En primer lloc, cal afirmar que la mediació, des de les característiques de confidencialitat i bona fe, pot exercir un paper fonamental en la cohesió social resolent els conflictes interpersonals, comunitaris i socials de manera participativa i corresponsable. De la mateixa forma, la mediació admet de manera evident la diversitat cultural. Com que les parts són les que exposen el que pensen i el perquè de les seues postures, interessos i necessitats davant del conflicte, poden comunicar les seues característiques culturals i diverses. Hem d'assumir que la societat actual —és un fet— és diversa. La mediació resol els conflictes allà on s'originen i el particip extern, el mediador, s'obliga per la seua professió a la confidencialitat i a imparcialitat-neutralitat.

El que acabem d'exposar —des del meu punt de vista— ens porta a dir que la mediació pot aportar molt en els canvis socials que ja han començat.

Ara bé, el fet que la mediació no estiga regulada en els processos per l'àmbit públic, això és, per les lleis, planteja diversos problemes que cal analitzar.

És ètic acceptar qualsevol conflicte en mediació sabent que hi ha altres formes més adequades de resoldre'l? El mediador, pel fet de ser-ho, pot resoldre qualsevol conflicte? En el procés de mediació, quan les parts provenen de diversos contextos ètics, com podem arribar a una ètica comuna en els acords? Tenim els professionals de la mediació un procediment ètic interioritzat que en l'espai privat de la mediació garantisca l'ètica del procés i de l'acord?

Aquestes qüestions i d'altres s'han d'analitzar i, en la mesura que siga possible, resoldre.

És important prendre consciència que la solució del conflicte es deixa en mans de les parts, amb la col·laboració del professional de la mediació. Algunes persones mediadores afirmen que són suficients les lleis perquè el procés i l'acord siguen ètics; jo pense que no. Però sí que crec que els/les mediadors/es són els responsables que el procés mediador i l'acord siguen ètics.

19 Ibíd., p. 90

20 Ibíd., p. 92

Moltes vegades, tant en el procés de la mediació com en els acords, es poden superar els límits de la llei. Vegem un cas de conflicte entre veïns: un jove de 16 anys trenca el vidre de la finestra d'una casa del seu barri on viu sol un senyor de 80 anys. Aquesta persona denuncia els fets a la policia que s'acosta al domicili. En la conversa la víctima de l'agressió comenta al policia. «No vull diners, vull que, per respecte, em demane perdó. La finestra ja l'arregle jo». El policia coneixedor de la mediació, convida les parts a resoldre el conflicte d'aquesta forma. Les parts arriben a un acord: el jove a més de demanar perdó, anirà durant un mes totes les vesprades a passar mitja hora amb el seu veí. Com veiem, en la mediació s'ha superat la llei en l'acord.

Però perquè tot això succeïsca, s'ha de tindre molt en compte la formació ètica de la persona que gestiona la mediació i la seua manera d'aplicar l'ètica en el procés.

D'altra banda, és necessari tindre un coneixement actual de l'ètica. L'ètica, tal com la proposa el filòsof Dr. Emilio Martínez Navarro (2016, 3), és com em sembla que s'ha de desenvolupar en la mediació.

> "El saber ètic es pot comparar a una brúixola, que com tots sabem és un petit instrument que es limita a assenyalar el nord, sense forçar-nos de cap manera a haver de seguir aquesta direcció ni cap altra. De manera semblant, l'ètica ens indica el que està bé i el que no, el que és correcte i el que no ho és, el que és desitjable i el que no ho és, i aporta alhora els arguments, les raons, les justificacions, que ens permeten entendre i acceptar de bon grat el seguiment del bon camí; però tampoc l'ètica ens coacciona de cap manera a realitzar allò moralment correcte, sinó que apel·la a la nostra consciència personal perquè fem a cada moment el que considerem que és el millor. Les lleis, el dret, l'ordenament jurídic, sí que amenacen les persones amb castics en cas d'incompliment; en efecte, l'estat s'encarrega de perseguir i castigar els qui incompleixen les lleis. Però en el cas de l'ètica és diferent. Encara que la major part de les lleis s'inspiren en principis ètics, no sempre les lleis són justes, i per això ha de prevaldre sempre la consciència personal a l'hora d'actuar. La consciència, si està ben formada, pren en compte l'ètica i també el dret, i amb aquestes orientacions a la vista, pren la decisió que honestament considere oportuna."[21]

## 5. L'ètica i els codis ètics

En el món professional de la mediació, quan es parla d'ètica, en la major part dels casos es parla de codis deontològics. I és necessari precisar la diferència entre «principis ètics», que orienten, i «codis deontològics», que obliguen, com les lleis, ja que la seua transgressió comporta sancions.

21 AUTORA (2016). CONGRÉS FAPROMED "Mediación y participación ciudadana: Transparencia Social y Renovación ética". 4-5 nov. 2016, Villena (Alacant). Ponència "La ética del discurso en el proceso de la mediación. Una propuesta." p. 3.

Martínez Navarro ens diu:

> "Els valors, principis i actituds assenyalats en el pas tercer[22] poden ser expressats, per a major claredat, en documents d'orientació ètica com a codis ètics, codis de conducta, codis de bones pràctiques, declaracions de principis ètics, protocols d'actuació ètica per a casos problemàtics, etc. Els anomenats «Codis deontològics» no solen coincidir amb el que ací entenem per codis ètics, perquè aquells tenen normalment un caràcter més jurídic que ètic (ja que inclouen possibles sancions disciplinàries). D'altra banda, els documents ètics, en principi, no afigen res de substancialment nou al que s'haja establit en els passos anteriors, però poden ser útils per a recordar més fàcilment les orientacions ètiques que convé seguir perquè els professionals tinguen la moral alta.
>
> Però la mera existència de codis ètics no significa que s'hagen elaborat correctament i que complisquen adequadament la seua funció orientadora."

I en el cas de la mediació, els codis ètics, deontològics, en l'Estat espanyol, el que fan és desenvolupar la normativa de la legislació parlant de l'obligació de la imparcialitat, la neutralitat, la confidencialitat, etc. En aquest sentit, diu Garrigós Sirvent:

> "En aquest punt, en principi, un codi deontològic és un text ètic i, en conseqüència, de compliment voluntari i valor autorregulatiu fins que, eventualment, totes o algunes de les seues recomanacions es converteixen en dret en ser recollides en un text legal, aleshores es transformen aquestes recomanacions en obligacions o prescripcions sotmeses a control i a un determinat règim sancionador. Això és el que succeeix amb el Codi de conducta europeu per a mediadors (UE 2004), redactat per la Comissió Europea com una sèrie de recomanacions, les quals es converteixen en prescripcions amb la publicació de la Llei 5/2012 de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils (PE 2012).
>
> Alguna cosa semblant succeeix amb el Codi deontològic de l'advocacia espanyola, que va ser aprovat pel Reial decret 658/2001, de 22 de juny, pel qual s'aprova l'Estatut General de l'Advocacia Espanyola (PE 2001).
>
> També pot donar-se el cas que el codi deontològic d'una determinada activitat sorgisca després que la llei regule aquesta activitat. En aquest cas, sovint, tal codi no és més que una perífrasi —generalment brillant i extensa— del contingut dels textos legals que regulen aquesta activitat. Això és el que succeeix, per exemple, amb el Codi de conducta per als mediadors de la Institució de Mediació de les Illes Balears (IMIB s.f.) o amb el mateix Codi de bones pràctiques de la persona mediadora de la Federació Nacional d'Associacions de Professionals de la Mediació (FAPROMED 2011)."[23]

22 El pas tercer, indica que els valors bàsics de l'ètica cívica són: la llibertat responsable, la igualtat cívica, la solidaritat universalista, el respecte actiu i l'actitud de diàleg. Ibíd., p. 7

23 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 (Alacant) Ponència, p. 39.

El que ha exposat Garrigós Sirvent[24] és molt aclaridor i ens situa en l'espai real de la diferència entre codis ètics i l'ètica en la mediació.

L'ètica en la mediació està vinculada a la persona del mediador, que així com té eines per a facilitar la comunicació, desactivar els enfrontaments, portar a les parts a la negociació col·laborativa dels acords, ha de tindre eines perquè el procés de mediació estiga dins de l'ètica.

És possible que ens trobem amb les opcions personals dels/les mediadors/es i amb la possibilitat real que puga acollir-se a diferents escoles filosòfiques.

Arribats a aquest punt, haurem de trobar un marc referencial que garantisca el procés ètic. Aquest marc referencial podrien ser els drets universals, drets humans de les diverses generacions, que parteixen de valors universals consensuats. Som conscients que hi ha tot un debat dels drets de quarta, cinquena i sisena generació, però aquesta anàlisi correspondria a un altre moment.[25]

També hem de trobar els/les mediadors/es la forma en la qual les parts en conflicte, en el procés de comunicació que s'estableix en la mediació, siguen capaces de realitzar un diàleg ètic.

Crec molt adequada l'ètica discursiva d'Apel (Düsseldorf, 15 de març de 1922-Niedernhausen, 15 de maig de 2017) i Habermas (Düsseldorf, 18 de juny de 1929), com a forma que el procés de mediació sempre estiga dins de l'ètica. Aquests filòsofs fonamenten l'ètica del discurs en els «actes de la parla». En aquests diàlegs sempre han d'estar implícits —segons els autors— aquestes quatre característiques que faran el diàleg vàlid des del punt de vista ètic: Intel·ligibilitat – Sinceritat – Veritat – Correcció. En la Intel·ligibilitat: el que diem és entés per qui ens sent. La Sinceritat: el que diem és el que realment pensem. La Veritat: el que diem és veritat, cenyit als fets objectius. I, finalment, la Correcció: el que diem és conforme a les regles intersubjectives.

Sense l'acceptació per part dels interlocutors d'aquests principis, la comunicació —diuen els autors— és impossible. I, al seu torn, els acords als quals s'arriben no seran ètics.

Crec que és l'aplicació de l'ètica dialògica la millor alternativa per a la mediació.[26]

## 6. L'ètica en el procés de la mediació

En aquest apartat desenvoluparé certes pautes que són indispensables —al meu parer— perquè existisquen uns punts de referència mínims que enquadren el procés ètic en la mediació.

Hi ha quatre etapes fonamentals al llarg de la mediació, que requereixen un tractament ètic específic, aquestes són: L'anàlisi del conflicte. L'etapa de l'«explica'm». La negociació col·laborativa. L'acord.

24 Ibíd., p. 39 - 45

25 Mentre es desenvolupa aquest debat, propose que els/les mediadors/as lligen RODRÍGUEZ PALOP, M. E. Claves para entender los nuevos derechos humanos, Catarata, Madrid, 2011.

26 AUTORA (2016). CONGRÉS FAPROMED "Mediación y participación ciudadana: Transparencia Social y Renovación ética". 4-5 nov. 2016, Villena (Alacant). Ponència "La ética del discurso en el proceso de la mediación. Una propuesta."

### 6.1. L'anàlisi del conflicte

He observat que moltes vegades aquesta fase de l'anàlisi del conflicte no es du a terme i s'inicia la mediació només davant de la demanda de les parts o d'una de les parts, i crec que això pot conduir a diverses situacions que —al meu parer— no són ètiques.

En l'anàlisi del conflicte hem de contemplar diferents passos: la recollida d'informació de les parts i del "conflicte demanat per a solucionar",[27] definir el conflicte conéixer els desequilibris de poder, arribar a conéixer les postures i si és possible interessos i necessitats, saber en quina fase de l'escalada del conflicte es troba aquest. És clar que per a analitzar el conflicte, els/les mediadors/es han d'estar formats en conflictologia. Sense aquesta anàlisi, segur que el procés ètic no es produirà i si ho fa, és per atzar.

En l'anàlisi dels conflictes s'ha de recollir la major informació possible. Aquestes informacions aportades per les parts hem de constatar que siguen veraces. Moltes vegades les parts en informar-nos comporten «agendes ocultes». Algunes vegades les dades que ens oculten les parts ho fan conscientment per a tindre avantatges en la mediació; altres vegades, aquestes agendes ocultes són inconscients i se'ns revelen per actituds i/o emocions que transmeten en donar-nos la informació. No és necessari traure a la llum les informacions que ens oculten, però sí que és necessari saber que existeixen i saber manejar-les. Un exemple clàssic en les mediacions de parelles, en el qual cal dur a terme l'acord sobre el repartiment dels béns, és que una de les parts es reserve comptes bancaris o certs béns que vol que queden en la seua propietat. En aquest cas, és necessari —i així se'ls exposarà — que aporten les seues declaracions de renda i altres dades, encara que hi ha bens que no consten en documents i poden aparéixer al llarg de la mediació, com per exemple la tinença d'un gos, que poden ser importants en l'acord.

En l'anàlisi del conflicte, s'ha de saber si el mitjà més adequat per a resoldre'l és la mediació o cal derivar-lo a altres sistemes, com el judicial, la negociació, l'arbitratge, etc. Un cas molt clar succeeix en els conflictes multipart: si més del 50% de les persones implicades no volen establir un diàleg i no tenen una postura proactiva, el conflicte no pot mediar-se i moltes vegades un arbitratge resulta més econòmic i eficaç.

En l'anàlisi del conflicte cal valorar si el cost econòmic serà excessiu, i això es produirà si el temps de la mediació no és proporcional al conflicte plantejat. La meua postura, quant al temps, és que els conflictes han de resoldre's en un màxim de 6 sessions, encara que pot espaiar-se en el temps i durar uns quants mesos.

I perquè hi haja un procés ètic d'anàlisi del conflicte, abans d'entrar en mediació, hem de tindre clar si el procés de mediació pot satisfer les parts, i per a poder analitzar això, cal saber si el que busquen les parts és «venjança» o si hi ha capacitat per al perdó.[28]

També tindrem en compte quin efecte produirà en les parts el procés de mediació. I, en aquest cas, no per a no dur a terme la mediació sinó per a assegurar en el procés la capacitat d'assumir el canvi en les relacions que es produïsca. Per a aclarir aquest punt indicaré com

27 Moltes vegades la presentació del conflicte per les parts no és el vertader conflicte i en l'anàlisi cal poder definir el vertader conflicte.

28 Recomanem la lectura següent: HOLMGREN. M. R. ¿Perdonar o castigar? Cómo responder al mal. Madrid. 1a edició castellana Avarigani Editores, 2014.

en una mediació, entre quatre germans propietaris d'una empresa, en el procés d'aquesta, tres d'ells van constatar que el quart no estava obstinat a salvar l'empresa sinó que els seus interessos eren només aconseguir, ell personalment, el major benefici econòmic possible: no li importava la continuïtat de l'empresa. Això suposa que al llarg de la mediació cal apoderar els altres germans, que el que perseguien era la continuïtat de l'empresa.

D'altra banda, haurem d'analitzar si la solució d'un conflicte plantejarà nous conflictes. En aquest cas, s'haurien de jerarquitzar els conflictes i saber si és millor començar per aquell conflicte que pot portar les parts a solucionar els altres conflictes per si mateixos. Aquesta situació es produeix sempre en els conflictes de relacions comunitàries, sobretot en barris. En la meua experiència, l'anàlisi de Pareto,[29] quan s'analitza el conflicte, ajuda a prendre la decisió de per on s'ha de començar el procés.

Finalment, crec que és fonamental, per a mantindre l'ètica en aquesta fase, resoldre **la imparcialitat i/o la neutralitat disfressada**. Aquest punt no és fàcil, ja que els/les mediadors/es creiem que les nostres opinions, valors, opcions… som capaços de mantindre-les al marge, però és una cosa complexa. Sentirem postures, interessos i necessitats que moltes vegades, o són les nostres o estan molt lluny de nosaltres, i això ens va situant, sense prendre'n consciència, en posicions que poden afectar la mediació. Per això és millor analitzar el conflicte en equip i amb persones que no hi mediaran. L'anàlisi amb observadors ens proporciona una visió més clara de la nostra imparcialitat i neutralitat.

### 6.2. L'etapa de l'«explica'm».

La mediació s'inicia amb la sessió informativa en la qual les parts han de rebre tota la informació sobre el procés d'una forma clara i precisa, i fins i tot per escrit. Se'ls ha de plantejar les opcions de triar un professional de la mediació o diversos, se'ls ha d'informar perquè decidisquen en quina llengua volen desenvolupar la mediació, l'espai i les sessions aproximades en les quals participaran, se'ls informa què són els «caucus» i se'ls aporta qualsevol informació que faça de la mediació un procés lliure d'elecció. Després d'aquesta sessió, signaran el compromís que adquireixen per a participar en la mediació. Després d'aquests requisits, en la sessió següent s'inicia la narració de la visió respectiva del conflicte. Aquest moment el denominem la fase de l'«explica'm». Ací la persona del mediador, a través de preguntes, de reformulació, de resums, d'escolta activa, etc., va desactivant les tensions emocionals i va fent que les parts s'allunyen del personal en el conflicte per a situar-se només en el conflicte i en la manera de trobar una solució.

Aquesta etapa és fonamental en la mediació i, des del punt de vista ètic, en el qual els mediadors i les mediadores haurem d'aportar eines ètiques.

Hi ha —des del meu punt de vista— diverses situacions que podem assenyalar: l'aparició de dilemes i la seua solució; mantindre criteris ètics al llarg de les sessions; Deixar que es desenvolupe la «influència» però no la manipulació, sobretot per mitjà del xantatge emocional; i la legitimació de les parts.

29 L'anàlisi de Pareto és una comparació quantitativa i ordenada d'elements o factors segons la seua contribució a un determinat efecte. L'objectiu d'aquesta comparació és classificar aquests elements o factors en dues categories: Les "Poques Vitals" (els elements molt importants en la seua contribució) i els "Molts Trivials" (els elements poc importants en aquesta).

En el moment actual, les persones, per terme general, tenen una baixa formació ètica, però això no significa que no decidisquen comportaments ètics.

En aquesta fase de la mediació moltes vegades apareixen dilemes[30] que s'han de saber manejar. Des del meu punt de vista, el dilema l'ha de resoldre la persona que se'l planteja, ja que fa referència a la seua ètica personal. Podem presentar aquest exemple: en una mediació de parella, en la qual una part ha sigut infidel i aquest comportament ha originat el conflicte que es porta a la mediació, la part danyada per la infidelitat, en el procés de l'«explica'm» exposa: "Si li perdone la infidelitat, em sent malament perquè és un valor que sempre he defensat, però si no el perdone vaig contra els meus propis sentiments, perquè el vull molt». En aquest moment ens plantegen un dilema que només pot resoldre qui se'l planteja.

Diferent és —i més complex— quan els dilemes apareixen en grup. Aquesta situació és més fàcil que aparega en la fase dels acords. Vegem-ne un cas: en un barri popular de nivell socioeconòmic baix, una associació ha creat una «batucada» per a joves amb la finalitat d'aconseguir que els joves desescolaritzats es motiven en activitats que els ajuden a reprendre la seua formació. L'associació de veïns del barri ha presentat diverses queixes pel soroll, ja que hi ha veïns a qui molesta molt aquesta activitat. Quan s'arriba al procés de negociar l'acord l'associació de veïns es planteja: «si limitem els temps dels assajos de la batucada, els joves estaran desocupats i tornaran a la petita delinqüència, però si deixem que els horaris siguen amplis els veïns molestos continuaran sentint-se malament.» En aquest cas, i en el procés de mediació, cal establir un debat tan ampli com siga possible sobre aquest tema en el qual participen persones de les dues parts del conflicte, per la qual cosa s'hauran d'aplicar tècniques grupals col·laboratives. La solució ètica la té el grup.

Hem de saber quins són els dilemes i tindre eines perquè les parts els resolguen, ja que aquests sempre apareixen en el procés de la mediació.

Com podem mantindre criteris ètics en l'«explica'm»? La meua opció és desenvolupar l'ètica dialògica —com ja s'ha exposat— al llarg de tota la mediació.[31]

Si al llarg del procés de l'«explica'm» en mediació, observem els principis de l'ètica dialògica, podem tindre la certesa que el procés és ètic.

Finalment, vull expressar que la legitimació de les parts entre si és una salvaguarda de l'ètica de la mediació. El fet que mútuament es reconeguen com a persones vàlides i suficients fa que difícilment ocórrega la manipulació. Si l'altre és tan vàlid com jo mateix i els seus interessos i necessitats tenen el mateix valor que els meus, encara que no els compartisca, els respectaré i arribaré a acceptar-los.

### 6.3. La negociació col·laborativa

Quan arribem a aquesta fase de la mediació el camí recorregut ha de donar pas a una **negociació col·laborativa**. En la mediació, per a arribar a l'acord, sempre hi ha una etapa de negociació, però aquesta ha de tindre les característiques pròpies de la mediació i aques-

30 Un dilema és aquella situació en la qual dues alternatives diferents davant d'una presa de decisions ens plantegen dubtes i/o tensions morals, ja que les dues possibilitats s'oposen als nostres valors.

31 Podem veure com es pot aplicar l'ètica dialògica en l'article de l'AUTORA (2016) p. 37.

tes són les que corresponen a la negociació col·laborativa. La negociació col·laborativa és aquella en la qual es treballa sobre la base dels interessos comuns, els negociadors han d'arribar a guanys mutus i això s'ha de construir per mitjà de la cooperació. En aquest tipus de negociació és important col·laborar per la necessitat que tinga l'altra part, sempre que això no signifique una perduda substancial per a cap de les dues. És un procés d'obertura, de respecte i transformador de les relacions. Valors que encaixen perfectament amb l'ètica de la mediació. I en aquesta negociació els i les mediadors/es, només ajudaran que les dues parts coneguen el MAAN i el PAAN,[32] perquè després acorden sobre aquests.

### 6.4. L'acord

Els acords sempre estaran dins del marc de la llei, però després de tot els que s'ha exposat afirme que, a més, han d'estar dins dels drets universals perquè l'acord siga ètic.

Moltes vegades els acords en mediació són més exigents que les sentències en justícia, perquè les parts en conflicte, en l'escolta activa que han realitzat, troben alternatives particulars que la norma no pot detallar.

L'acord serà ètic si el procés ho ha sigut. No obstant això, sempre cal constatar que podem respondre a les qüestions següents: ens sembla just per a totes dues parts, l'acord?, creiem que aquest acord resoldrà el conflicte o crearà nous conflictes?, les parts han satisfet les seues necessitats i interessos?

Si es va començar el procés ètic de la mediació amb una anàlisi professional del conflicte, s'ha de treballar l'acord amb la mateixa profunditat, de manera que tinguem la major certesa possible que èticament és correcte.

És fonamental analitzar l'acord amb les mateixes persones que han analitzat el conflicte a l'inici (els observadors) ja que sempre aporten un *feedback* constructiu i imparcial ajuden que l'acord siga ètic.

I si l'acord, encara que acceptable legalment, no el creiem ètic, hem de plantejar-lo a les parts i resoldre'l.

## 7. L'ètica del mediador

El Reial decret 980/2013, de 13 de desembre, pel qual es desenvolupen determinats aspectes de la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils, en l'article 4.1. diu: "La formació específica de la mediació ha de proporcionar als mediadors coneixements i habilitats suficients per a l'exercici professional de mediació i comprendre, com a mínim, en relació amb l'àmbit d'especialització en el qual presten els seus serveis, el marc jurídic, els aspectes psicològics, d'ètica de la mediació, de processos i de tècniques de comunicació, negociació i de resolució de conflictes."[33] La llei és clara quan parla que el mediador

32 GUILLÉN, S. Manual de Formación en Negociación Basada en Intereses para Conflictos Colectivos, 2a ed., Fundación para la Paz y la Democracia (FUNPADEM), 2011, p. 126. http://www.funpadem.org/app/webroot/files/publication/files/12_pub179_ibbtrainingmanualspanish.pdf [Data de consulta: 10.08.2018]

33 La Llei 24/2018, de 5 de desembre, de la Generalitat, de mediació de la Comunitat Valenciana, en l'article 26.1, no parla de l'"ètica del mediador" sinó "dels principis de l'ètica de la mediació"; això establiria –des del meu punt de vista– un debat.

ha de tindre coneixements i habilitats en l'àmbit de «l'ètica de la mediació». No sabem si el legislador tenia una visió extensa del procés de mediació però sí que va percebre que el mediador exerciria malament la seua professió sense una bona formació en ètica.

Difícilment es troben en l'Estat espanyol programes de formació per als/les mediadors/es que tinguen alguna assignatura que siga d'ètica, com a molt s'exposa algun tema sobre el codi deontològic.

Reafirme el que en 2016 deia:[34]

> "Els conflictes comporten actuacions morals. Quan en la mediació es busca un acord entre les parts, el mediador no solament pot tindre com a referència la llei, sinó que ha de conéixer els fonaments de l'Ètica (un saber racional, un saber que orienta l'acció), ja que el seu desconeixement pot fer que tant en el procés de la Mediació, com en els acords, ens comportem de manera no acceptable Moralment."

Ens sembla fonamental que el mediador es forme en ètica però, tenint en compte el poc temps que la mediació fa que està implantada a Espanya, cal promoure investigacions i estudis entorn de l'ètica en mediació. Sense aquests estudis no farem més que cobrir amb bona voluntat un camí que la societat de hui ens demana amb urgència: que siga de qualitat, amb professionals tècnicament capaços i moralment íntegres.

## 8. Conclusions

Aquestes conclusions no són tancades, ni en el contingut ni tan sols en la diversitat, però sí que fan referència a l'exposició de l'article.

- La mediació pot restablir l'equilibri en la convivència de les persones; per a això és necessari, fins i tot imprescindible, que la mediació s'assente en l'ètica.
- En la nostra societat «complexa» hem de recuperar els valors de la confiança i la bona fe en les relacions personals i socials; sense aquests la mediació no és possible.
- La mediació succeeix en l'àmbit privat en un moment social en el qual el límit entre públic, privat i íntim s'ha difuminat. La mediació obri un camí a la privacitat que ajuda al fet que el control que es vol exercir des del concepte de transparència es reduïsca i s'enfortisca la llibertat personal.
- L'ètica en la mediació no se circumscriu als codis ètics professionals.
- En la mediació hi ha moments fonamentals d'aplicació de l'ètica, aquests són: l'anàlisi del conflicte, la fase de l'«explica'm», la negociació col·laborativa i l'acord.
- La formació dels professionals de la mediació en ètica és fonamental. De la mateixa manera, és necessari que la investigació en el camp de l'ètica en la mediació es desenvolupe.

34 AUTORA (2016). CONGRÉS FAPROMED "Mediación y participación ciudadana: Transparencia Social y Renovación ética". 4-5 nov. 2016, Villena (Alacant). Ponència "La ética del discurso en el proceso de la mediación. Una propuesta." p. 29.

## Bibliografia

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).

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).

ROMELIA SARMIENTO-VERBEL, A. ARDILA-BARRERA, J. R. BÁEZ-PIMIENTO, A. *Aportaciones no jurídicas al concepto de "la intimidad": reflexiones interdisciplinarias.* dixi 26. Abril 2016. Pág. 45. doi: http://dx.doi.org/10.16925/di.v18i23.1290. (2016)

Monogràfic: Mediació

# LA MEDIACIÓ EN EL SISTEMA DE JUSTÍCIA JUVENIL ESPANYOL

Juan José Periago Morant

**RESUM:** La justícia restaurativa inclou una varietat d'enfocaments i pràctiques. El nostre sistema de justícia juvenil espanyol permet l'ús de la conciliació i la reparació per mitjà dels processos de mediació. Aquest article té com a objectiu determinar les qüestions d'interés d'aquestes dues institucions tant durant la tramitació de la instrucció del procediment com durant l'execució de la mesura una vegada imposada la condemna en sentència al menor infractor.

**PALABRAS CLAVE:** clau: 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.

**SUMARI:** 1. Introducció. 2. La justícia restaurativa en menors: documents i normativa internacional. 3. La regulació legal dels programes de justícia restaurativa en la nostra legislació penal juvenil. 4. La conciliació i la reparació durant la instrucció del procediment. 5. La conciliació i reparació en la fase d'execució de la mesura. 6. Conclusions. 7. Referències bibliogràfiques.

## 1. Introducció

Les principals diferències que hi ha entre la justícia restaurativa i la retributiva, les han tractades diversos autors,[1] la majoria d'ells coincideixen que la justícia restaurativa es contraposa a la retributiva per la principal voluntat de l'Estat de castigar l'infractor amb una sanció penal per la seua conducta, després d'un procediment contradictori amb totes les seues garanties. La justícia restaurativa es caracteritza perquè, després d'escoltar la víctima i ser informada, seran ateses les seues necessitats i en el fet que es brindarà a l'infractor l'oportunitat de disculpar-se amb la víctima com s'acorde aquesta disculpa o reparació.

La criminalitat de joves i menors té un interés capital, des del punt de vista teòric (criminològic) i polític criminal. Com destaca GARCÍA-PABLOS DE MOLINA,[2] "tan sols la ignorància o la insensibilitat pot portar a etiquetar la delinqüència juvenil com una delinqüència menor. La criminalitat de joves i menors (ho reconega o no el món dels adults) reflecteix els valors oficials i subterranis d'aquest últim. En gran manera, els reinterpreta i tradueix, perquè el jove és un imitador que escenifica i repeteix el que veu, el que li ensenyen, el que aprén".

Una de les preocupacions que ha d'afrontar qualsevol ordenament jurídic és com oferir la resposta a les conductes delictives comeses pels menors d'edat.[3] La minoria d'edat suposa una fase d'evolució en l'ésser humà i per les especialitats que l'envolten requereix que el dret li proporcione un tractament específic i diferenciat del de l'adult infractor.

Pel que fa al dret penal, l'atenció al menor se centra fonamentalment en dos blocs. El primer, s'encamina a dotar d'adequada protecció als menors que són víctimes d'agressions. El segon, té com a tasca dissenyar un sistema de retret penal per a l'infractor menor d'edat.

Davant de la comissió d'un fet delictiu per part d'un menor, el dret penal com a mecanisme de control social ha de valorar si és necessari oferir una resposta sancionadora i quan proporcionar-la. Si s'opta per castigar, cal fonamentar el retret amb una òptica diferent de la que s'empra amb l'adult i per a això es tindran en compte les característiques del fet i del seu autor. Hi ha situacions en què imposar una sanció penal al menor, com a solució al conflicte, es converteix en una convicció errònia. Són els casos en què el nostre dret recull alternatives que contenen una resposta més efectiva i alhora educativa.

En aquests supòsits, la reconstrucció de la pau jurídica ve de la mà de la justícia restaurativa, que amb un enfocament diferent, es distancia dels postulats tradicionals del dret penal retributiu obsessionat per la facultat punitiva de l'Estat.[4]

1 Entre altres 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., 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 Vegeu en aquest sentit FERREIROS MARCOS, C. E; La mediació en el Dret Penal de Menors, Madrid, Dykinson, 2011, 55.

4 Vegeu 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.

El concepte de justícia restaurativa, el va adoptar oficialment la doctrina científica en el Congrés Internacional de Criminologia de Budapest, celebrat en 1993,[5] i es va estendre aquesta denominació en altres simposis internacionals com el de Victimologia a Adelaide de 1994 i els d'Amsterdam de 1997 i Mont-real l'any 2000.

La justícia restaurativa és una metodologia per a solucionar problemes que, de diverses maneres, involucra la víctima, l'ofensor, les xarxes socials, les institucions judicials i la comunitat.[6]

Encertadament GIMÉNEZ SALINAS[7] assenyala que "el conflicte penal no pertany ni en exclusiva ni prioritàriament a l'Estat. Que el conflicte pertany a la mateixa societat, als homes i dones que la formem". Considerem que aquesta idea s'ha de complementar en la línia del que ha exposat CERVELLÓ DONDERIS[8]. Aquesta autora estima que en el model de justícia restaurativa, en el si de la qual es desenvolupa la mediació penal, concorren algunes diferències amb el model tradicional de justícia retributiva que s'han de tractar amb certa cautela perquè no vulnerar el sistema de garanties. Però també hi ha importants coincidències, ja que en els processos de mediació es parteix del fet que el delicte no solament concerneix la víctima, sinó també la comunitat, el delicte no depén de la voluntat de la víctima en la seua persecució, ja que manté el seu caràcter públic; és més, els acords no depenen només de la víctima, sinó que exigeixen la presència d'un mediador que ha de respectar els principis legals propis d'un estat de dret.

La implementació de la justícia restaurativa dins del sistema de justícia penal requerix una sèrie de programes. Els programes de mediació víctima-delinqüent (programes de reconciliació víctima-delinqüent) constitueixen inicialment les seues primeres experiències. La literatura especialitzada situa l'ús de la mediació, com a manifestació de justícia restaurativa, quan naixen els programes canadencs i nord-americans "Victim-offender Reconciliation Program" (VORP) i "Victim Offender Mediation" (VOM) en els anys setanta.[9]

Curiosament els orígens de la mediació penal se situen en el marc propi del sistema que serveix per a exigir la responsabilitat als menors en conflicte amb la llei, de fet el primer antecedent de mediació penal es va produir en 1974 a Ontario (Canadà) amb dos joves que, sota els efectes de les drogues, van destrossar diversos automòbils. El jutge va proposar als joves infractors que reconegueren els fets davant de les víctimes, els sol·licitaren disculpes i es comprometeren a reparar els danys ocasionats. La comunitat va valorar de manera molt positiva aquesta solució.[10]

5 GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. i TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.); *Justicia Penal de Menores y Jóvenes*, València, Tirant lo Blanch, 2002, 48.

6 OFICINA DE LES NACIONS UNIDES CONTRA LA DROGA I EL DELICTE, *Manual sobre programas de justicia restaurativa,* Nova York, Nacions Unides, 2006,6.

7 GIMÉNEZ-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 CERVELLÓ 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. i 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.

A Europa apareixen per primera vegada a la fi de la dècada dels setanta. Gran Bretanya va ser la primera que implanta un programa de reparació en 1977. A mitjan dècada dels huitanta tant Holanda com a Alemanya fan els seus primeres passos en aquest camp, i Àustria estableix el seu primer model a Salzburg en 1985. Finalment, en la dècada dels noranta, França, Espanya, Itàlia i Bèlgica se sumen a l'experiència.[11]

Segons l'opinió de BARONA VILAR[12] la mediació a Espanya existeix com a mitjà de tutela que afavoreix i complementa el sistema processal judicial en conjunt. Podem trobar que la mediació ha penetrat en determinats camps sense a penes adonar-nos-en i s'ha anat consolidat. Hi ha, en aquest sentit, diferents normatives autonòmiques dedicades a la mediació familiar i una gran varietat normativa que té la mediació com a protagonista en diferents sectors de l'ordenament jurídic.

En l'actualitat, una bona part dels diferents sistemes de justícia penal sovint empren programes vinculats a la justícia restaurativa. Aquests programes on es desenvolupen amb més profunditat és en el si dels conflictes de joves amb la llei penal. Aquestes experiències suposen un bon camp de prova o de laboratori per al desenvolupament futur de la mediació penal en la delinqüència adulta.[13]

## 2. La justícia restaurativa en menors: documents i normativa internacional

Abans d'examinar la nostra regulació legal, es pot observar que la inclusió dels elements propis de la justícia restaurativa en els sistemes de justícia juvenil és una demanda constant que es reclama des de diferents instàncies internacionals com les Nacions Unides i la Unió Europea. A continuació se'n revisen les referències principals.

Una breu revisió cronològica ens porta a partir en primer lloc de les Regles Mínimes de les Nacions Unides per a l'administració de la justícia de menors ("Regles de Pequín")[14] de 28 de novembre de 1985 (resolució 40/33 de l'Assemblea General). Aquestes regles són, segons l'opinió de VÁZQUEZ GONZÁLEZ[15] "el primer instrument jurídic internacional que comprén normes detallades sobre l'administració de justícia de menors". Concretament la regla 11, que es refereix a la "remissió de casos", entén que és la resposta adequada és quan la família, l'escola i altres institucions de control social oficiós han reaccionat de forma adequada i constructiva, ja que permet la supressió del procediment davant de la justícia penal i amb

11 Op. cit. GIMÉNEZ-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*, València, Tirant lo Blanch, 2015 (TOL 5.207.647).

13 Respecte als adults apareix en el nostre ordenament jurídic el primer tipus de mediació relatiu a assumptes civils i mercantils en la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils, encara que aquesta llei exclou en l'article 2 de manera expressa la mediació penal. Finalment la mediació ha arribat al mateix Codi Penal, en la reforma operada per la Llei orgànica 1/2015 (BOE núm. 77, de 31 de març de 2015), en què en la regulació de la suspensió de l'execució de la pena prevista en l'article 84.1 s'assenyala la possibilitat del jutge o tribunal de suspendre l'execució de la pena si es compleix l'acord aconseguit per les parts en virtut de mediació. Vegeu 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 L'Assemblea General va adoptar les Regles mínimes de les Nacions Unides per a l'administració de la justícia de menors en la resolució 40/33, de 28 de novembre de 1985. Aquestes regles es van aprovar en el VII Congrés de les Nacions Unides sobre Prevenció del Delicte i Tractament del Delinqüent celebrat a Milà (Itàlia) del 26 d'agost a 6 de setembre de 1985.

15 VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.; *Derecho Penal Juvenil,* Madrid, Dykinson, 2006,69.

aquesta s'eviten els efectes negatius de la continuació del procediment judicial.

Un altre document important és la Declaració de les Nacions Unides sobre els principis fonamentals de justícia per a les víctimes de delictes i de l'abús de poder, de 29 de novembre de 1985 (resolució 40/34 de l'Assemblea General). En l'apartat A.7 insta que "s'utilitze també en la justícia de menors els mecanismes oficiosos per a la solució de controvèrsies, inclosos la mediació, l'arbitratge i les pràctiques de justícia consuetudinària o autòctones, a fi de facilitar la conciliació i la reparació en favor de les víctimes".

La importància de la matèria ha fet efecte fins i tot en la principal norma internacional en matèria d'infància. En l'article 40.3 b) de la Convenció sobre els Drets de l'Infant de 20 de novembre de 1989 (resolució 44/25 de l'Assemblea General)[16] s'impulsa la desjudicialització dels procediments en els quals es vegen immersos els menors en conflicte amb la llei.

En el VIII Congrés de les Nacions Unides sobre Prevenció del Delicte i Tractament del Delinqüent l'Havana (Cuba), celebrat del 27 d'agost al 7 de setembre de 1990, es van aprovar una sèrie de normes; els Principis bàsics per al tractament dels reclusos, les Directrius de les Nacions Unides per a la prevenció de la delinqüència juvenil, les Regles de les Nacions Unides per a la protecció dels menors privats de llibertat i les Regles mínimes de les Nacions Unides per a les mesures no privatives de la llibertat.

Destaca la rotunditat amb que les Regles mínimes de les Nacions Unides sobre les mesures no privatives de la llibertat (Regles de Tòquio) de 14 de desembre de 1990 (resolució 45/110 de l'Assemblea General) assenyalen la possibilitat d'ocupar-se dels delinqüents en la comunitat, per evitar recórrer a processos formals o judicis davant dels tribunals.

Com es pot observar, les Nacions Unides sempre ha manifestat interés en el tema de la delinqüència juvenil i la justícia de menors, no solament en el VII i VIII Congrés, sinó també en altres de posteriors.[17]

Les Directrius de les Nacions Unides per a la prevenció de la delinqüència juvenil (Directrius de Riad) de 14 de desembre de 1990 (resolució 45/112 de l'Assemblea General), un dels principals documents internacionals en matèria de justícia juvenil, encoratja a orientar les polítiques de justícia juvenil a adoptar mesures pertinents que eviten criminalitzar i penalitzar el xiquet, per una conducta que no causa greus perjudicis al seu desenvolupament ni perjudica els altres, i sostraure els menors i joves, en la mesura que siga possible, del sistema de justícia penal.

D'altra banda es pot apreciar que importants organismes de Nacions Unides, també s'han pronunciat en aquest sentit. Es pot esmentar el Comité dels Drets de l'Infant en l'Observació General núm. 10 "Els drets dels xiquets en la justícia de menors".

El Consell Econòmic i Social de Nacions Unides, com a òrgan que té una important labor tècnica concernent a justícia restaurativa dins dels sistemes de justícia juvenil, ha emés diversos documents tècnics sobre aquest tema. Entre aquests, la Resolució 1997/30 en l'annex Projecte de directrius d'acció sobre el xiquet en el sistema de justícia penal de 21 de juliol de

16 Es va convirtir en llei en 1990, després de ser firmada i acceptada per vint països, com ara Espanya per Instrument de Ratificació de 30 de noviembre de 1990, Butlletí Oficial de l'Estat núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, que va entrar en vigor el 5 de gener de 1991.

17 IX Congrés celebrat al Caire (Egipte) 28 d'bril a 5 de maig de 1985, el X Congrés celebrat a Viena (Àustria) del 10 a 17 d'abril de 2000, l'XI Congrés celebrat a Bangkok (Tailàndia) del 18 al 25 d'abril de 2005, el XII Congrés celebrat a Salvador (Brasil) del 12 al 19 d'abril de 2010.

1997. Aquest document insta que han d'utilitzar-se mecanismes oficiosos per a solucionar controvèrsies, en casos en què estiguen involucrats delinqüents infantils, incloent-hi la mediació i les pràctiques de justícia restitutiva o tradicional, en particular en els processos en què intervenen les víctimes.

Altres documents que mereixen ser destacats d'aquest organisme que es pronuncien en termes iguals són; la Resolució de Consell Econòmic i Social 2007/23 de suport als esforços nacionals i internacionals per a la reforma de la justícia de menors i la Resolució de Consell Econòmic i Social 2009/26 de suport als esforços nacionals i internacionals per a la reforma de la justícia de menors, de 30 de juliol de 2009.

A més, un altre organisme, el Consell de Drets Humans,[18] va emetre la resolució 24/12 de 26 de setembre de 2012 relativa als drets humans en l'administració de justícia, inclosa la justícia juvenil[19] que anima els estats a promoure, entre altres coses, la utilització de mesures alternatives, com les mesures extrajudicials i la justícia restitutiva.

Recentment, la Comissió de Prevenció del Delicte i Justícia Penal de Nacions Unides va emetre un projecte de resolució, perquè l'Assemblea General de Nacions Unides el prenga en consideració, de data 16 d'abril de 2018 sobre la justícia restaurativa en assumptes penals. En el punt 7 convida els estats membres a elaborar i posar en marxa programes i serveis de justícia restaurativa en l'àmbit de la justícia de menors.

En el marc de la Unió Europea, ens detindrem en una sèrie de textos. En primer lloc, per la seua especial significació dins de la justícia juvenil, la Resolució del Comité de Ministres núm. 78 (62), sobre transformació social i delinqüència juvenil, de 29 de novembre de 1978. En aquesta, s'efectuen una sèrie de recomanacions als governs dels estats membres sobre la prevenció de la delinqüència i sobre la socialització dels joves al·ludint a la possibilitat d'acudir a solucions extrajudicials.

També, la Recomanació núm. R87 (20) del Comité de Ministres del Consell d'Europa "reaccions socials davant de la delinqüència juvenil" (adoptada pel Comité de Ministres el 17 de setembre de 1987, durant la 410a reunió dels delegats dels ministres), en el punt II, insta al desenvolupament de la mediació com a instrument per a evitar que els menors s'integren en el sistema de justícia penal.

Igualment la Recomanació Rec (2003) 20 del Comité de Ministres als estats membres sobre noves formes de tractament de la delinqüència juvenil i el paper de la justícia juvenil (adoptada pel Comité de Ministres el 24 de setembre 2003 en la reunió 853a dels delegats dels ministres) indica com a noves respostes, en el punt III, que s'haurien de continuar desenvolupant mesures alternatives als procediment judicials tradicionals. Recomana als estats membres a desenvolupar un conjunt més ampli de mesures o sancions destinades a aquest col·lectiu, caracteritzades per la innovació i l'eficàcia i, arribat el cas i si fóra possible, s'haurien de permetre també la mediació, la reparació dels perjudicis ocasionats i la indemnització a la víctima.

El Dictamen del Comité Econòmic i Social Europeu sobre "la prevenció de la delinqüència juvenil, les maneres de tractament de la delinqüència juvenil i el paper de la justícia del menor

18 El Consell de Drets Humans és un organisme intergovernamental de les Nacions Unides encarregat d'enfortir la promoció i protecció dels drets humans arreu del món i per a fer front a situacions de violacions dels drets humans i formular recomanacions sobre aquests. El Consell està compost per 47 estats membres de les Nacions Unides que són triats per l'Assemblea General de les Nacions Unides. El Consell de Drets Humans substitueix l'antiga Comissió de Drets Humans de les Nacions Unides.

19 A/HRC/CAP DE BESTIAR/24/12.

a la Unió Europea"[20] manté que, en l'evolució dels sistemes de justícia juvenil, ha emergit una concepció restaurativa o reparadora de la justícia que qualifica de "model idoni per al sistema de justícia del menor pel seu escàs valor estigmatitzador, el seu alt valor pedagògic i el seu caràcter de menor repressió".

La Resolució del Parlament Europeu, de 21 de juny de 2007 sobre la delinqüència juvenil "el paper de les dones, la família i la societat"[21] destaca que, per a talla d'arrel de forma substancial el fenomen de la delinqüència juvenil, es requereix una estratègia integrada a escala tant nacional com europea que combine mesures segons tres directrius: mesures de prevenció, mesures judicials i extrajudicials, i mesures d'inclusió social de tots els joves. En aquest document es demana a la Comissió Europea que s'encarregue de concebre un programa d'accions cofinançades que incloga el mesurament i l'anàlisi de l'eficàcia que poden tindre a llarg termini sistemes recentment desenvolupats de gestió dels menors infractors, com el de la justícia restaurativa.

La Recomanació (2008)11 del Comité de Ministres del Consell d'Europa sobre Regles europees per a infractors juvenils sotmesos a sancions o mesures, adoptada en data 5 de novembre de 2008, encara que tractant-se d'un document específic destinat a l'execució de mesures privatives de llibertat, no oblida la possibilitat d'acudir a la justícia restaurativa esmentant, en la regla A.12, que la mediació i altres mesures restauratives han de ser incentivades en totes les fases del tractament amb menors.

La Directiva del Parlament Europeu i del Consell 206/800 relativa a les garantia processals dels menors sospitosos o acusats en els processos penals d'11 de maig de 2016,[22] en l'article 20.4, insisteix que la formació de les persones que donen suport o serveis de justícia reparadora als menors aconseguisca un nivell adequat per a garantir que els menors reben un tracte respectuós, imparcial i professional.

Aquest conjunt de proclamacions internacionals ens proporcionen una idea de l'interés que les instàncies supranacionals tenen per a integrar la justícia restaurativa en els sistemes de justícia juvenil dels seus estats membres i del protagonisme que la solucions extrajudicials està adquirint actualment. Si bé molts documents no són d'eficàcia directa, no per això deixarem d'admetre que tenen una notable influència, ja que serveixen d'inspiració en les futures modificacions legislatives que caldrà practicar en els ordenaments interns.

## 3. La regulació legal dels programes de justícia restaurativa en la nostra legislació penal juvenil

En l'àmbit de la nostra justícia juvenil va ser la Llei orgànica 4/1992, de 5 de juny, sobre reforma de la llei reguladora de la competència i el procediment dels jutjats de menors, la que va introduir la reparació del mal al perjudicat. L'article 2, que donava una nova redacció a l'article 15 de la Llei de Tribunals Tutelars de Menors, aprovada per Decret d'11 de juny de 1948, comprenia la possibilitat que es conclogueren les actuacions dirigides contra un menor en els supòsits de fets de poca gravetat en què no s'haguera emprat violència o intimidació,

20 Vegeu *Diari Oficial de la Unió Europea* 9 de maig de 2006

21 Vegeu *Diari Oficial de la Unió Europea* 12 de juny de 2008.

22 Vegeu *Diari Oficial de la Unió Europea* de 21 de maig de 2016.

quan el menor haja reparat o es comprometa a reparar el mal causat a la víctima. L'article 3 permetia la suspensió de la sentència sempre que, de comú acord, el menor, degudament assistit, i els perjudicats, acceptaren una proposta de reparació extrajudicial.

Amb anterioritat a aquesta llei es poden trobar experiències d'aquesta mateixa naturalesa, com, per exemple, la duta a terme l'any 1990 a Catalunya amb un programa de mediació-reparació en el context de la jurisdicció de menors, impulsat pel llavors Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya.

Actualment, el nostre sistema de justícia juvenil té com a principals referents legislatius la Llei orgànica 5/2000 de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors (d'ara en avant LORPM) i el seu reglament de desenvolupament el Reial decret 1774/2004 de 30 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors.[23]

En la mateixa exposició de motius de la LORPM es destaquen textualment els temes de la reparació del mal causat i la conciliació del delinqüent amb la víctima com a situacions que, en honor del principi d'intervenció mínima, i amb el concurs mediador de l'equip tècnic, poden donar lloc a la no incoació o sobreseïment de l'expedient, o a la finalització del compliment de la mesura imposada, en un clar predomini, una vegada més, dels criteris educatius i resocialitzadors sobre els característics d'una defensa essencialment basada en la prevenció general que podria resultar contraproduent per al futur.

La LORPM possibilita fer servir la reparació i la conciliació procedimentalment en dues ocasions.

Primerament, durant la instrucció, en què l'article 19 preveu el sobreseïment de l'expedient per conciliació o reparació entre el menor i la víctima. També, en un moment posterior, durant l'execució de la mesura, atés que l'article 51 acull la revisió i substitució de la mesura imposada si es produeix l'acord conciliatori entre menor infractor i víctima.

El desenvolupament del procediment per a dur a terme les solucions extrajudicials durant la instrucció s'estableix en l'article 5 del reglament de la LORPM. És en l'article 15 del mateix reglament on es fixen les pautes del procediment per a la pràctica de la conciliació i la reparació en fase d'execució, com a mecanismes de revisió de la mesura imposada.

En aquestes qüestions, l'opinió de la Fiscalia General de l'Estat s'ha manifestat de manera favorable, tal com exposa en la seua Circular 9/2011, en què diu que "les solucions extrajudicials gaudeixen de gran acceptació per part de les víctimes, que se senten reconegudes i se'ls ofereix la possibilitat d'un rescabalament moral, que evite alhora el procés, amb la càrrega de victimització secundària que comporta. Els menors infractors també les valoren molt positivament, ja que els permet eludir el contingut estigmatitzant del procés".

A continuació, s'exposaran les diferents qüestions que plantegen la conciliació i la reparació en aquests dos moments a què es feia al·lusió.

23 BOE núm. 209, de 30 d'agost de 2004.

## 4. La conciliació i la reparació durant la instrucció del procediment

El text actual de l'article 19[24] referit a la conciliació o la reparació durant la instrucció és fruit de la reforma[25] operada en la Llei orgànica 8/2006 de 4 de desembre de 2006, per la qual es modifica la Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors[26] i de les esmenes que es van fer oportunament al Projecte de la Llei orgànica de responsabilitat penal dels menors de data 16 de març de 1999.

La instrucció en el nostre procés penal de menors consisteix en la fase, en què per ordre del fiscal de menors, es duen a terme els actes d'investigació per a l'esclariment dels fets a fi de comprovar si s'ha produït l'il·lícit penal. Aquest període serveix també per a determinar la identitat del presumpte infractor i proposar-li la mesura sancionadora educativa que siga més concorde tenint en compte l'interés superior del menor.

El sobreseïment de l'expedient es presenta com una manifestació pràctica del principi d'oportunitat en l'expedient de reforma quan es materialitze la conciliació o la reparació.

El primer element que cal tindre en compte perquè siga possible el sobreseïment fa referència a la gravetat del delicte,[27] "podrà el Ministeri Fiscal desistir de la continuació de l'expedient, atesa la gravetat i circumstàncies dels fets i del menor, de manera particular a la falta de violència o intimidació greus en la comissió dels fets28… El desistiment en la continuació

24 Article 19. Sobreseïment de l'expedient per conciliació o reparació entre el menor i la víctima.

1. També pot el Ministeri Fiscal desistir de la continuació de l'expedient, atesa la gravetat i les circumstàncies dels fets i del menor, de manera particular a la falta de violència o intimidació greus en la comissió dels fets, i a la circumstància que, a més, el menor s'haja conciliat amb la víctima o haja assumit el compromís de reparar el mal causat a la víctima o al perjudicat pel delicte, o s'haja compromés a complir l'activitat educativa proposada per l'equip tècnic en el seu informe. El desistiment en la continuació de l'expedient només és possible quan el fet imputat al menor constituïsca delicte menys greu o falta.

2. A l'efecte del que es disposa en l'apartat anterior, s'entén produïda la conciliació quan el menor reconega el mal causat i es disculpe davant de la víctima, i aquesta accepte les seues disculpes, i s'entén per reparació el compromís assumit pel menor amb la víctima o perjudicat de realitzar determinades accions en benefici d'aquells o de la comunitat, seguit de la seua realització efectiva. Tot això sense perjudici de l'acord a què hagen arribat les parts en relació amb la responsabilitat civil.

3. El corresponent equip tècnic fa les funcions de mediació entre el menor i la víctima o perjudicat, als efectes indicats en els apartats anteriors, i informa el Ministeri Fiscal dels compromisos adquirits i del seu grau de compliment.

4. Una vegada produïda la conciliació o els compliments els compromisos de reparació assumits amb la víctima o perjudicat pel delicte o falta comés, o quan l'una o els altres no pogueren portar-se a efecte per causes alienes a la voluntat del menor, el Ministeri Fiscal ha de donar per conclosa la instrucció i sol·licitar del jutge el sobreseïment i l'arxivament de les actuacions, amb remissió del que s'ha fet.

5. En el cas que el menor no complisca la reparació o l'activitat educativa acordada, el Ministeri Fiscal ha de continuar la tramitació de l'expedient.

6. En els casos en els quals la víctima del delicte o falta fora menor d'edat o incapaç, el compromís al qual es refereix el present article l'ha d'assumir el representant legal d'aquesta, amb l'aprovació del jutge de menors.

25 En el text publicat el 13 de gener de 2001(BOE núm. 11), el punt 2 de l'article 19, tenia una redacció diferent de l'actual, en aquest sentit en la primera redacció apareixia en el paràgraf final de l'article 19.2 "… Tot això sense perjudici de l'acord al qual hagen arribat les parts en relació amb l'exercici de l'acció per responsabilitat civil derivada del delicte o falta, regulada en aquesta llei". L'actual text redueix aquest paràgraf simplificant-lo des d'un punt de vista tècnic i, en aquest sentit, diu "…Tot això sense perjudici de l'acord al qual hagen arribat les parts en relació amb la responsabilitat civil".

26 BOE, núm. 290, de 5 de desembre de 2006.

27 Al respecte vegeu DOLZ LAGO M.J.; *Comentarios a la Legislación Penal de Menores,* València, Tirant lo Blanch, 2007(TOL1.050.039).

28 Aquesta redacció és producte de l'esmena número 180 proposada pel Grup Parlamentari Català (CiU) al text de la llei i que finalment va accedir al text definitiu. La referència a la gravetat no venia en el text del projecte. Es va sol·licitar afegir-hi la falta de gravetat de la violència o intimidació en la comissió dels fets, justificant que la conciliació entre la víctima i el seu agressor es poguera portar a efecte quan el fet delictiu consistia en la comissió d'agressions o amenaces lleus per la freqüència en què aquestes es duen a terme entre els adolescents.

de l'expedient només serà possible quan el fet imputat al menor constituïsca delicte menys greu o falta."[29]

En vista del que es preveu en l'article 19, en la ment de tots apareixen exemples de conflictes entre menors en els quals acudir a la resposta penal no es consideraria el més adequat. Pensem en els casos de renyines, injúries, o furts d'escassa entitat, juntament amb altres tipus de delictes lleus i menys greus sense ús de violència i intimidació.

Per tant, cal atendre els articles 13 i 33 del Codi Penal que ens estableixen la qualitat de delictes greus, menys greus i lleus. No obstant això autors com COLÁS TURÉGANO[30] estimen que aquest impediment per a fer servir la mediació en els delictes greus no és adequat si les parts estan disposades al diàleg i els experts el consideren positiu.

En segon lloc, també s'impossibilita recórrer a aquests instruments quan es donen supòsits de violència i intimidació greu. Atés que aquests termes pequen de certa imprecisió, ESCORIHUELA GALLÉN[31] manifesta que en la pràctica les fiscalies i els jutjats de menors "en honor d'aquesta justícia reparadora i per a així donar una resposta àgil i real als supòsits concrets estan interpretant, d'una forma flexible, aquests preceptes, fins al punt d'arribar a desistir determinats delictes, ateses les circumstàncies particulars del cas concret, com podria tractar-se de supòsits de robatori amb violència i intimidació quan aquesta no haja sigut de gran entitat".

Quant a les possibilitats de recórrer a la conciliació i la reparació en alguns fenòmens delictius singulars en la delinqüència juvenil i que es descriuen a continuació hem de tindre present una sèrie de pautes.

En els casos de violència intrafamiliar i d'assetjament escolar convé efectuar una adequada valoració abans de ser sotmesos a una activitat conciliatòria. En els supòsits de violència intrafamiliar, la reparació extrajudicial no ha de descartar-se inicialment si es tracta de manifestacions inicials de maltractaments als pares. Pot presentar-se com una adequada solució al conflicte, sempre susceptible de ser revocada, si el denunciat incompleix les seues obligacions o incorre en noves conductes de maltractament. Per això, el menor ha de tindre prou clar que la repetició d'aquests comportaments li pot implicar una resposta més contundent des del sistema penal. No s'ha de recórrer a la reparació extrajudicial quan el menor no exterioritze la seua voluntat de conduir-se adequadament amb la família. Tampoc quan la víctima, a causa del mal experimentat, no tinga la suficient confiança en l'èxit de la mediació, i es trobe en una posició en la qual els professionals desaconsellen aquest tipus de solucions.[32]

29 Aquesta exigència té l'origen en una esmena del Grup Parlamentari Basc (EAJ-PNB) al Projecte de la Llei orgànica de responsabilitat penal dels menors de data 16 de març de 1999 que va proposar afegir un paràgraf en el punt 1 de l'article 19, per a condicionar al fet que el desistiment siga només possible si el fet imputat era delicte menys greu o falta, justificant-se que en cas de delictes greus ha de continuar l'expedient encara que medie conciliació. Vegeu BOCG (Congrés dels Diputats) VI Legislatura núm. 144-10. BOCG VI Legislatura. Sèrie A: 3 de novembre de 1998, núm. 144-1 PROJECTES DE LLEI PROJECTE DE LLEI 121/000144 Orgànica reguladora de la responsabilitat penal dels menors.

30 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, València, Tirant lo Blanch, 2017 (TOL6.428518).

31 Vegeu 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, Castelló, Universitat Jaume I, 2016, 357.

32 Vegeu FISCALIA GENERAL DE L'ESTAT; "Circular 1/2010 sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes", Madrid, Fiscalia General de l'Estat. Ministeri de Justícia, 2010, 20 .

En els supòsits d'assetjament escolar, a vegades és arriscat recórrer a la conciliació a causa de les dificultats d'entreveure que el penediment de l'assetjador siga espontani i que finalment s'aconseguisca tallar d'arrel la conducta de fustigació.[33]

En matèria de violència de gènere amb implicació d'adolescents, alguns autors[34] consideren que la mediació pot ser un mitjà adequat i eficaç per a resoldre les agressions de gènere entre adolescents. Això seria només possible quan es tractara de conflictes en els quals es puga aconseguir un cert equilibri entre les parts i es puga comptar amb una participació absolutament voluntària d'ambdues. A més, s'argumenta que, com que la LORPM és una llei penal específica per a menors, la competència de les quals és dels jutjats de menors, es tractaria de casos que quedarien fora de la competència dels jutjats de violència sobre la dona i, per tant, no afectats per la prohibició introduïda per l'article 44.5 la Llei orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere. A això, s'hi afig l'argument de contingut educatiu que té aquesta eina, perquè permet que la víctima puga ser escoltada i que l'infractor assumisca el reconeixement del fet.

Quant als elements subjectius que intervenen en la conciliació o reparació durant la instrucció de l'expedient prevista en l'article 19 de la LORPM, són el fiscal de menors, l'equip tècnic, el menor, la víctima, els representants legals i l'advocat del menor. A continuació ens referirem a una sèrie d'aspectes d'interés respecte dels subjectes.

En l'article 19 de la LORPM es representen diversos nivells de participació dels diferents implicats. En un moment inicial, conforme a l'article 19 i 27 de la LORPM i l'article 5 del seu reglament, correspon al fiscal —d'ofici o a instàncies del lletrat del menor—remetre l'assumpte litigiós a aquest tipus de solució. Igualment l'equip tècnic pot proposar al fiscal encetar aquesta via.

La regulació ens mostra que l'equip tècnic i el fiscal de menors formen un tàndem en el nostre sistema. El fiscal, des de la valoració jurídica del fet punible, efectua l'estudi de la viabilitat del cas. L'equip tècnic ha d'avaluar la pertinència d'aquestes solucions, quan, des dels seus coneixements relacionats amb les ciències de la conducta i ateses les característiques de menor infractor —assumpció del fet i capacitat d'esmena— i de la víctima, ho estime oportú.

Les tasques de mediació, les pot portar l'equip tècnic dels jutjats i fiscalia de menors o poden ser encomanades a un servei de mediació convingut amb l'entitat pública.

La intervenció del tècnic de l'equip, que guiarà el procediment tal com està previst en l'article 5 del reglament de la LORPM, requereix que aquell dipose de prou dots per a la comunicació i que actue amb neutralitat, igualtat i imparcialitat. Com a manifesta CRUZ MARQUÉS,[35] "l'atenció en el procés s'ha de centrar en aquells aspectes que no suposen obstacles. És adequat

33 SCORIHUELA GALLÉN, C.V.; *El Ministerio Fiscal y la Responsabilidad Penal de los Menores*…, op. cit., 354.

34 COLÁS TURÉGANO, A. i 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, Universitat Pontifícia Comillas, 2016.

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.

mantindre una perspectiva flexible en el seu desenvolupament".

En aquest sentit, és convenient ser sensible i, en principi, no excloure de la mediació aquells menors que presenten dificultats de socialització o que pertanguen a un entorn familiar desestructurat. Si s'assumeixen actituds estereotipades, es corre el risc d'etiquetar aquest col·lectiu com a menors poc inclinats a assumir responsabilitats i a tindre capacitat per a reparar els danys causats.

L'èxit del procés per a aconseguir la conciliació o la reparació dependrà fonamentalment de l'actitud del menor infractor —junt amb el seu advocat i els representants legals—[36] i la de la víctima.

Pel que fa al menor infractor, aquest ha de reconéixer els fets que han perjudicat la víctima i presentar un pronòstic favorable de viabilitat que permeta aconseguir la solució. En relació amb el reconeixement de fets coincidim amb EGEA TÉLLEZ,[37] que sosté que és fonamental contrastar que els fets s'han produït efectivament quan el menor incorre en contradiccions o es dubta de la seua versemblança. Del que es tracta ací és d'entendre que la participació del menor no suposa simplement una confessió de culpabilitat, sinó que l'important és que es tradueix en una voluntat de cooperació.

El pronòstic favorable significa que el menor infractor mostra la intenció i la seua voluntat a oferir disculpes a la víctima o de participar en el programa. Es requerirà al seu torn que el menor dispose de la capacitat suficient per a entendre l'alternativa que se li proposa i per a prestar l'oportú consentiment, havent de comptar sempre amb l'assessorament del seu advocat[38].

Quan la víctima és menor d'edat o un incapaç, el compromís per a la conciliació o reparació ha de ser assumit pel seu representant legal i aprovat pel jutge de menors conforme a l'article 19.6 de la LORPM. En aquestes situacions, com diu ORNOSA FERNÁNDEZ,[39] el jutge ha d'apreciar si la víctima ha accedit a la conciliació o reparació de forma voluntària o ha pogut patir algun tipus de pressió per a això, cosa que comportaria la pèrdua de sentit d'aquesta institució.[40] Per contra, creiem, com ho fa ESCORIHUELA GALLÉN,[41] que ha de ser el fiscal inicialment qui ha d'advertir si existeixen vicis en la conciliació i si es donen llavors no admetre-la, fonamentalment per la seua labor de defensa dels drets dels menors contemplada en l'article 6 de la LORPM i per a garantir el correcte exercici del principi d'oportunitat.

Seguint amb les qüestions que afecten els subjectes, pel que fa a la defensa tècnica de les parts, l'article 5 del reglament es refereix exclusivament a l'advocat del menor sense referir-se a l'acusació particular. No obstant això si es fa una lectura integradora de l'article 25 de la LORPM entendrem que no hi ha obstacle per a la participació de l'acusació particular en el

36 Com diu GARCÍA-ROSTÁN GALVÍN G, El proceso Penal de Menores, Pamplona, Aranzadi, 2007, 95: "Resulta com a poc xocant que el menor tinga capacitat per a reconéixer els fets i conformar-se amb la mesura que per a ell sol·licite l'acusació sense necessitat de l'acord dels seus representants legals (articles 35 i 36) i no en tinga per a poder participar en la mediació."

37 EGEA TÉLLEZ, A.; "Mediació EGEA TÉLLEZ, A.; "Mediación Penal en menores" en A. MONTESINOS (coord.), Tratado de Mediación. Tomo II. *Mediación Penal*. València, Tirant lo Blanch, 2017 (TOL6.428.516).

38 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*, Múrcia, col·lecció Estudios Jurídicos, 2008,194.

39 ORNOSA FERNÁNDEZ M.R.; *Derecho Penal de Menores,* Madrid, Bosch, 2007,484.

40 Vegeu la interlocutòria de l'AP de Huelva 16/2011, d'11 de gener de 2011 (EDJ 2011/120180)

41 ESCORIHUELA GALLÉN, C.V.; *El Ministerio Fiscal i la Responsabilidad Penal de los Menores*…, op. cit., 366.

procés previst en l'article 19.

Respecte al controvertit tema del sentit invers de la participació de l'acusació particular en les solucions extrajudicials. Aquest cas es produeix quan la intervenció en l'expedient que efectua l'acusació particular consisteix a manifestar la seua disconformitat amb el que s'ha resolt en aquestes solucions extrajudicials en determinades situacions. Un altre tema diferent és que l'acusació particular s'haja oposat d'inici a la conciliació, ja que aquesta mai no es pot realitzar sense el consentiment de la víctima.

Sobre aquest tema, hi ha jurisprudència que confirma la resolució judicial dictada pel jutjat de menors en què acorda l'arxivament a instàncies del fiscal en un supòsit en què, intentada la conciliació, aquesta no prosperarà per causes alienes al menor infractor. L'òrgan jurisdiccional encarregat de resoldre el recurs va entendre que, concorrent els requisits de l'article 19.4 de la LORPM i malgrat la no existència de conciliació real, el fiscal té facultat exclusiva per a sol·licitar el sobreseïment, sense que en aquest tràmit s'atorgue intervenció a l'acusació particular, atés que troba que manca de rellevància la seua petició que el procediment seguisca avant.

El criteri d'excloure'n l'acusació particular, com a únic interessat en la continuació del procediment en aquests casos, sembla el criteri majoritari en la jurisprudència de les audiències provincials. L'acusació particular no està legitimada per a recórrer la realització d'una activitat reparadora. Però l'existència de certs pronunciaments contraris en algunes audiències fa que es propose una modificació legislativa en el sentit d'excloure expressament la intervenció de l'acusació particular quan el fiscal, en aplicació del principi d'oportunitat, done suport a les solucions extrajudicials.

Són dues les vies per a aconseguir l'acord i solucionar el conflicte de manera extrajudicial. Les solucions previstes en l'article 19 de la LORPM consisteixen en la conciliació i la reparació.[42]

La idea de "conciliació" implica l'acord entre subjectes que parteixen, en principi, de postures discrepants o posicions d'interessos enfrontades.[43] La conciliació té per objecte que la víctima reba una satisfacció psicològica a càrrec del menor infractor, que ha de penedir-se del mal causat i estar disposat a disculpar-se. La mesura s'aplicarà quan el menor, efectivament, se'n penedisca i es disculpe,[44] i la persona ofesa l'accepte i atorgue el perdó.

En la reparació, l'acord no s'aconsegueix sols mitjançant per la satisfacció psicològica. Cal un poc més de disposició, concretament que el menor execute el compromís amb la víctima o perjudicat de reparar el mal causat, bé amb treballs en benefici de la comunitat, bé amb ac-

42 En la redacció del projecte de 1999 originàriament eixia "Article 19. Sobreseïment de l'expedient per conciliació entre el menor i la víctima". L'esmena número 181 proposada pel Grup Parlamentari Català (CiU) al projecte de 1999 va sol·licitar afegir al títol de l'article 19 la referència a la "reparació", ja que la considerava la conciliació com una altra via per a arribar al sobreseïment de l'expedient. Com es pot comprovar finalment en el títol definitiu del text de l'article consten totes dues vies.

43 PÉREZ SANZBERRO, G.; *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?,* Granada, Comares, 1999, 22.

44 El text del projecte de 1999 deia en l'article 19.2 "… s'entendrà produïda la conciliació quan el menor es penedisca del mal causat davant de la víctima i s'esforce en la seua reparació". El Grup Parlamentari Mixt va proposar una esmena al text i que finalment va recollir l'articulat definitiu en el sentit "… s'entendrà produïda la conciliació quan el menor reconega el mal causat i es disculpe davant la víctima…". La justificació proporcionada per la parlamentària BEGOÑA LASAGABASTER, que va defendre aquesta esmena, és que no té sentit exigir el penediment com una condició imprescindible de la conciliació, ja que responsabilitzar-se i penedir-se no és el mateix; més encara quan aquesta exigència ha desaparegut respecte dels adults per a l'atenuant de l'article 21.5 del Codi Penal espanyol. És l'important que el menor en tot moment s'implique voluntàriament en el procediment. No obstant això, la referència al penediment del menor sí que figura en l'exposició de motius de la LORPM "… La conciliació té per objecte que la víctima reba una satisfacció psicològica a càrrec del menor infractor, que ha de penedir-se del mal causat…".

cions, adaptades a les necessitats del subjecte, el beneficiari del qual siga la mateixa víctima o perjudicat.

Un aspecte que no queda prou aclarit en la nostra llei és l'abast de l'activitat educativa prevista en l'article 19 i en l'article 27.2. Tampoc si el seu contingut ha de ser assimilat a les tasques socioeducatives de l'article 7 de la LORPM. El motiu és que el text definitiu i consolidat de l'article 19, després de la reforma de la LORPM amb la Llei orgànica 8/2006 –que és posterior al reglament de l'any 2004–, va seguir sense pronunciar-se sobre la possibilitat de la realització de prestacions en benefici de la comunitat o tasques socioeducatives en els supòsits en què la reparació o conciliació no són possibles per causes no imputables al menor. La redacció es manté igual que la del text originari de l'any 2000, «També podrà el Ministeri Fiscal desistir de la continuació de l'expedient, atenent la gravetat i circumstàncies dels fets i del menor, de manera particular a la falta de violència o intimidació greus en la comissió dels fets, i a la circumstància que a més el menor s'haja conciliat amb la víctima o haja assumit el compromís de reparar el dany causat a la víctima o al perjudicat pel delicte, o s'haja compromès a complir l'activitat educativa proposta per l'equip tècnic en el seu informe» sense determinar els casos en els quals el menor ha de portar a terme aquesta activitat educativa.

Això ens obliga a continuar acudint a la via reglamentària (article 5 del reglament de la LORPM) per a justificar tècnicament aquelles situacions de realització de prestacions en benefici de la comunitat o d'unes tasques socioeducatives: *a*) quan l'activitat reparatòria no s'haja pogut verificar per causes no imputables al menor, *b*) quan es tracte delictes sense víctima personalitzada, *c*) també en els casos en què la víctima es negue a la conciliació o a acceptar la reparació –supòsit que té un difícil encaix en els postulats propis de la justícia restaurativa, que es basen en el fet que la solució al conflicte té la seua seu entre les parts, i com es pot observar en aquest cas, finalment la situació és solucionada per un tercer (l'equip tècnic) avalada pel fiscal i el jutge sense l'anuència de la víctima.

L'efecte fonamental d'aquest procediment és que el fiscal, una vegada produïda la conciliació o el compliment dels compromisos de reparació assumits amb la víctima o perjudicat pel delicte comés, o quan l'una o els altres no pogueren portar-se a efecte per causes alienes a la voluntat del menor,[45] donarà per conclosa la instrucció i sol·licitarà del jutge el sobreseïment i l'arxivament de les actuacions, amb remissió de l'actuació.

Per contra, en cas de no complir el menor els compromisos adoptats per causes a ell imputables, llavors el procediment instructor continuarà.

Aquest últim supòsit ens trasllada a un altre tema en què hi ha una llacuna legal en el nostre sistema. La controvèrsia es planteja quan el menor infractor reconeix els fets, però finalment el procés de l'article 19 de la LORPM no culmina amb èxit i, per tant, ha de continuar la tramitació de l'expedient.

En aquesta situació el principi de presumpció d'innocència pot quedar afectat si en la decisió del jutjador s'ha arribat a tindre en compte els aspectes esmentats anteriorment. Entenem

45 En l'esmena número 42 del Grup Parlamentari Federal d'Esquerra Unida al projecte de 1999 es proposava afegir a l'article 19.2 el següent text "… En el cas que la víctima es negue a la conciliació o a acceptar la reparació, l'equip tècnic podrà articular una reparació en benefici de la comunitat…". Aquesta esmena no es va incorporar al text definitiu, i va caldre esperar a l'any 2004, amb la publicació del reglament de la LORPM, l'article 5.1 f) de la qual –que si bé no referint-se expressament a l'oposició de la víctima a acceptar la conciliació o la reparació), és el que permet a l'equip tècnic proposar la realització de tasques socioeducatives o la prestació de serveis en benefici de la comunitat.

que les manifestacions tractades per les parts en el procés de mediació han d'estar subjectes a la més absoluta de les reserves i no han de constituir element probatori per la seua naturalesa extraprocessal al procediment penal del menor. Si es donara per fracassat el procés de mediació i quedara de nou obert el procediment en la via judicial caldria que la culpabilitat del menor quedara provada en l'acte de l'audiència amb absolut respecte al principi de presumpció d'innocència.

Per últim assenyalarem que respecte a xifres, la Memòria de la Fiscalia General de l'Estat de 2018[46], que recull les dades de 2017, assenyala que a la Comunitat Valenciana es van arribar a 694 solucions extrajudicials (Alacant: 132, Castelló: 62 i València: 500) de les 4.403 que es van realitzar a Espanya —en el 2016 van ser 4.974, en 2015 la xifra és de 4.745, en 2014 de 5.117 i 2014 de 4.706—.

A continuació es tractarà la reparació i la conciliació durant l'execució de la mesura.

## 5. La conciliació i reparació en la fase d'execució de la mesura

La possibilitat d'acudir a la conciliació i a la reparació durant l'execució de la mesura està regulada en l'article 13 i 51.3 de la LORPM[47]. Les referències normatives en el reglament de la LORPM les trobem en l'article 15,[48] que regula el procediment per a la conciliació i reparació en fase d'execució com a mecanismes per a la revisió de la mesura imposada i en l'article 5 del reglament de la LORPM quant a les actuacions dels diferents protagonistes.

La gran diferència existent entre la conciliació i reparació en la fase d'instrucció i la prevista en aquest epígraf afecta els límits a la naturalesa dels fets delictius comesos. Per a la conciliació o la reparació en la fase d'instrucció s'hi precisa que els fets delictius constituïsquen delictes menys greus en els quals no concórrega violència o intimidació greu en la comissió. No obstant això per a la conciliació o la reparació en fase d'execució, els fets comesos no tenen aquests límits. Sense perjudici que la naturalesa dels fets delictius es tinga en compte per a valorar que la conciliació i el temps de durada de la mesura ja complit expressen prou el retret que mereixen els fets comesos pel menor.

Una altra diferència que hi ha és que les fórmules durant la instrucció permetien en alguns casos que la víctima no hi participara, això no ocorre en les solucions durant l'execució que sí que requereixen la participació activa de la víctima.

L'article 51 de la LORPM fixa un requisit de naturalesa temporal consistent en el fet que el

46 FISCALIA GENERAL DE L'ESTAT; *Memoria año 2018,* Madrid, Fiscalia General de l'Estat. Ministeri de Justícia, 2018, 684.

47 Art. 13 LORPM "El jutge competent per a l'execució, d'ofici o a instàncies del Ministeri Fiscal o del lletrat del menor, prèvia audiència d'aquests i informe de l'equip tècnic i, si és el cas, de l'entitat pública de protecció o reforma de menors pot, en qualsevol moment, deixar sense efecte la mesura imposada, reduir-ne la durada o substituir-la per una altra, sempre que la modificació redunde en l'interés del menor i s'expresse prou a aquest el retret merescut per la seua conducta" i l'art. 51.3 "La conciliació del menor amb la víctima, en qualsevol moment en què es produïsca l'acord entre els dos a què es refereix l'article 19 de la present llei, pot deixar sense efecte la mesura imposada quan el jutge, a proposta del Ministeri Fiscal o del lletrat del menor i sentits l'equip tècnic i la representació de l'entitat pública de protecció o reforma de menors, jutge que aquest acte i el temps de durada de la mesura ja complit expressen prou el retret que mereixen els fets comesos pel menor."

48 Si es contrasta l'article 15 del Reglament de la LORPM, el lector veurà que la referència es fa a l'article 51.2 de la LORPM —ha d'entendre's a l'article 51.3 de la LORPM conforme a la reforma operada per la Llei orgànica 8/2006—, això és degut al fet que no s'ha corregit el text reglamentari.

temps de durada de la mesura ja complit "expresse prou el retret que mereixen els fets comesos pel menor". El més adequat en aquest sentit, per a evitar fraus de llei al sistema, és respectar almenys als períodes de seguretat previstos en l'article 10.1 *b*) i 10.2 *b*) de la LORPM en els casos previstos en aquests articles.[49]

Una altra de les diferències que hi ha amb l'anterior és que ací és l'entitat pública la que impulsa el procediment, ja que és la que informarà el jutjat de menors i el Ministeri Fiscal de la possibilitat de la conciliació o la reparació del menor condemnat amb la seua víctima. A més, és l'entitat pública la que acomplirà les funcions de mediació directament o per mitjà d'un conveni de servei de mediació.

El pronòstic favorable suposa que el menor haja fet mostra favorable sobre la seua intenció i la seua voluntat d'oferir disculpes a la víctima o de participar en programes de mediació i de reparació a aquesta. Això s'extrau de l'evolució del menor mostrada durant la intervenció educativa. Ací els diferents operadors del sistema de justícia juvenil poden recaptar aquesta informació per mitjà dels informes d'evolució emesos pels tècnics encarregats de l'execució de la mesura.

Els efectes seran el de deixar sense efecte la mesura imposada si la conciliació o reparació té èxit. Encara que l'article expresse literalment "deixar sense efecte la mesura imposada", estimem que seria convenient que fora possible, no sols el cessament de la mesura, sinó també la substitució, especialment si la mesura en execució és una mesura d'internament, que pot ser substituïda per una llibertat vigilada, si l'interés superior del menor així ho aconsella.

Les funcions de mediació dutes a terme amb menors internats no poden suposar una alteració del règim de compliment de la mesura imposada. Per tant, és important tindre en compte el que s'estableix en el programa individualitzat d'execució de mesura del menor i altres aspectes reglamentaris com, per exemple, el règim d'autoritzacions per a eixides o permisos.

En el supòsit de violència intrafamiliar, plantejar-se la utilització de les solucions examinades en aquests casos, per exemple durant l'execució de la convivència en grup educatiu, requereix un rigorós estudi de les circumstàncies psicosocials i educatives del menor i de la família. Junt amb això, han de quedar palesos un conjunt d'avanços consolidats en la intervenció familiar desenvolupada amb el menor i la família, que ens mostren una completa recuperació dels vincles familiars. Ací és determinant el paper dels tècnics encarregats de l'execució de la mesura, ja que coneixen de primera mà els termes en què està discorrent l'execució de la mesura i la intervenció familiar. En aquests casos, en què hi ha la viabilitat i possibilitat d'èxit, ells poden proposar als operadors corresponents la modificació de la mesura recorrent a la reparació o la conciliació.

## 6. Conclusions

Una vegada analitzades les particularitats que es desprenen del nostre sistema penal juvenil, podem concloure que es tracta d'un sistema dotat de suficients garanties per a les parts en la matèria objecte d'aquest article. El nostre sistema gaudeix d'una adequada regulació, ja que disposa de les principals aportacions que des dels instruments internacionals s'aconsellen als drets interns. D'aquesta manera, es posiciona en l'avantguarda dels sistemes de justícia juvenil pel que fa al dret comparat quant a l'ús de la justícia restaurativa.

49 PERIAGO MORANT, J.J.; *La ejecución de la medida de internamiento de menores infractores,* València, Tirant lo Blanch,2017, 18.

Com a clares manifestacions de la justícia restaurativa, ens trobem amb l'arxivament de la causa per interés del menor a proposta de l'equip tècnic en haver-se produït una conciliació o reparació (article 19 o 51.3 LORPM) i la modificació, substitució o deixar sense efecte el compliment d'una mesura (article 13 i 51 LORPM).

La pràctica ens demostra que l'ús de la conciliació i la reparació està més consolidat durant la fase d'instrucció que en l'execució de la mesura acordada pel jutjat de menors. De fet, la informació estadística de l'ús d'ambdues és menor que la que es disposa del fenomen en la instrucció. En aquest sentit, és convenient apostar per una major pràctica d'aquestes institucions durant l'execució de la mesura com a mecanisme de substitució, modificació o finalització de la mesura imposada. Especialment n'és aconsellable l'impuls en els casos de violència intrafamiliar adoptant les prevencions a què s'ha fet referència anteriorment.

Partint de la base que, en institucions com la conciliació i la reparació, les parts tenen un notable protagonisme, com un dels principis inherents en justícia restaurativa, el professional de l'equip tècnic adquireix una posició rellevant en el nostre sistema de justícia juvenil, ja que té encomanada la tasca d'entreveure les capacitats d'èxit del procés en funció dels perfils del menor i de la víctima. Això ens porta a concloure que han de ser professionals amb una contrastada experiència i formació, i és aquesta darrere un element de cabdal importància.

L'experiència acumulada en l'ús de les institucions com la conciliació i la reparació en el sistema de justícia juvenil, pot servir d'ajuda a la futura consolidació d'aquestes en el sistema d'adults, com així ha ocorregut amb institucions com la llibertat vigilada de notable predicament en el sistema de justícia juvenil i que finalment ha sigut traslladada al dret penal.

## 7. Referències bibliogràfiques

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.

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", *EGUZKILORE 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 LARRINOA, 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.

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.

Monogràfic: Mediació

# EL VETO A LA MEDIACIÓ PENAL EN ELS DELICTES DE VIOLÈNCIA DE GÈNERE

Valeriano Pitarch Artola

**RESUM:** En l'actualitat hi ha una alternativa a la via puntitiva per a la resolució de conflictes en l'àmbit judicial penal: la justícia restaurativa. El present article tracta d'aprofundir en la possibilitat d'introduir la mediació penal en els delictes de violència de gènere. Per a això, s'aborda l'estudi del bé jurídic protegit, efectuant una anàlisi de la seua regulació positiva, evolució legislativa i interpretació doctrinal; prestant una atenció constant al contingut de la llei, tant en el vessant material com formal. Així mateix, s'hi ofereix una visió particular dels inconvenients i avantatges de l'establiment de la mediació penal en aquest tipus de conflictes, i dels motius que porten el legislador a prohibir-la expressament.

**PARAULES CLAU:** justícia restaurativa, mediació penal, violència de gènere, conflictes interpersonals, punitivisme, reformes penals.

**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.

**SUMARI:** 1. Introducció.- 2. Anàlisi sobre la prohibició de l'article 44.5 el 1/2004.- 3. Pros i contres de la mediació en els delictes de violència de gènere.- 4. Conclusions.- Bibliografia.

## 1. Introducción

El concepte violència de gènere dona nom a un greu problema, que fins i tot fa ben poc, formava part de la vida de les persones, sense despertar cap mena d'interés social ni jurídic; era considerat un assumpte de família que no havia de transcendir de portes enfora i en el qual, per tant, no s'havia d'intervindre. Considerar aquesta violència com un assumpte personal supedita les dones a una situació de subordinació respecte de l'home, i implica assumir les relacions de poder històricament desiguals entre els dos i a través de les quals es legitima l'home a mantindre una posició de dominació, fins i tot a través de la violència.

Es tracta d'un concepte relativament nou, i si bé l'origen i les característiques essencials d'aquest tipus de violència ja s'havien apuntat amb anterioritat en dues resolucions aprovades per l'Assemblea General de Nacions Unides,[1] podria dir-se que no va ser fins a la IV Conferència Mundial sobre la Dona, celebrada el setembre de 1995 a Pequín,[2] en què, a més d'aconseguir-se una assistència sense precedents, es va encunyar una definició clara del que hui coneixem per violència de gènere. Íntimament connectat a aquella, la Llei 11/2007, del 27 de juliol, gallega per a la prevenció i el tractament integral de la violència de gènere,[3] recull de forma més aproximada el concepte del que hui dia entenem per violència de gènere, això és, "qualsevol acte violent o agressió, basats en una situació de desigualtat en el marc d'un sistema de relacions de dominació dels homes sobre les dones que tinga o puga tindre com a conseqüència un mal físic, sexual o psicològic, incloses les amenaces d'aquests actes i la coacció o privació arbitrària de la llibertat, tant si ocorren en l'àmbit públic com en la vida familiar o personal".[4] Es tracta, per tant, d'una violència que afecta les dones pel mer fet de ser-ho. Constitueix un atemptat contra la integritat, la dignitat i la llibertat de les dones, independentment de l'àmbit en el qual es produïsca.

Prèviament, tenint en compte el rebuig que els últims anys s'havia mostrat davant d'aquest tipus de violència, en el nostre ordenament jurídic, aquesta xacra social va rebre un tractament especial a través de la Llei orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere,[5] que es feia ressò de les orientacions i recomanacions provinents tant d'organismes internacionals, com de la mateixa Unió Europea.

Ja en l'exposició de motius de l'esmentada llei s'assenyala que els poders públics no poden ser aliens a la violència de gènere, que constitueix un dels atacs més flagrants als drets fonamentals com la llibertat, la igualtat, la vida, la seguretat i la no discriminació proclamats en la nostra Constitució. Assumint aquestes directrius, en l'art. 1 d'aquest cos legal es reconeix, per primera vegada en el nostre dret, un concepte de violència de gènere, ja que indica que per tal s'ha d'entendre "tota violència que, com a manifestació de la discriminació, la situació de desigualtat i les relacions de poder dels homes sobre les dones, s'exerceix sobre aquestes per part de qui siguen o hagen sigut els seus cònjuges o dels qui estiguen o hagen estat lligats a elles per relacions similars d'afectivitat, inclús sense convivència. Aquesta violència

1 Resolució 34/180, de 18 de desembre de 1979, i la Declaració sobre eliminació de la violència contra la dona, Resolució 48/104, de 20 de desembre de 1993.

2 Disponible: http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/beijing%20full%20report%20S.pdf.

3 Publicat en DOG núm. 152, de 7 d'agost de 2007, i BOE núm. 226, de 20 de setembre de 2007.

4 Article 1.2 de la Llei 11/2007, del 27 de juliol, gallega per a la prevenció i el tractament integral de la violència de gènere.

5 Publicat en BOE núm. 313, de 29 de desembre de 2004.

comprén tot acte de violència física i psicològica, incloses les agressions a la llibertat sexual, les amenaces, les coaccions o la privació arbitrària de llibertat".

Per la seua extraordinària magnitud, la violència de gènere requereix respostes multidisciplinàries, encaminades cap a polítiques socials, no solament del dret penal que per definició "arriba tard", encara que també. Com succeeix en general amb qualsevol transgressió que l'ordre penal sanciona, la necessitat d'oferir una resposta punitiva no és més que el fruit del fracàs del que havia d'haver sigut el marc òptim per a evitar el naixement mateix del conflicte. En la vida, quasi tot pot ser millorable, i encara que no seria just atribuir el problema al dret penal o al mal funcionament de la justícia, puix que l'última paraula en aquest tipus de violència continuen tenint-la, desgraciadament, els agressors, sí que es considera interessant obrir la ment a una nova alternativa a la resolució de conflictes com la que ens ofereix la mediació penal.

En aquest sentit, la mediació penal es podria entendre com una alternativa a la resolució de conflictes que permet que les parts implicades cobren major protagonisme, col·laborant per aconseguir una solució al conflicte, basada en la reparació del mal, a través de la intervenció d'un tercer imparcial, que permeta la restauració de la comunicació entre les parts implicades en conflicte, amb l'objectiu de crear un acord que es mantinga en el temps i satisfaça les dues parts.

Es tracta d'un instrument que, reconeixent que el crim causa danys a les persones i a la societat, s'encamina cap a la reparació del mal i la rehabilitació de l'infractor, atenent conjuntament les necessitats de les víctimes i dels agressors. L'Estat, proveint de normes i òrgans destinats a garantir el control social, és l'encarregat de reparar aquests danys, i les parts, d'aquesta manera, ja no són els autèntics marginats del procés, sinó que poden participar de forma més directa en aquest. Els afectats pel delicte passen a estar al capdavant dels processos de presa de decisions, tenen l'oportunitat de participar en la resolució del conflicte que els afecta, i de ser escoltats.

En l'àmbit concret de la violència de gènere, la naturalesa flexible de la mediació, fa possible atendre el vessant persuasiu de la norma penal, sense desatendre les necessitats i els interessos dels protagonistes de cada cas de manera individualitzada. La mediació penal afavoreix l'apoderament i autonomia de la dona, ja que li proporciona eines que la faculten per a previndre estats futurs anàlegs, al mateix temps que fa front a la seua situació actual. La dona deixa de ser mostrada com el ser dependent i incapaç que subjau de la legislació vigent en violència de gènere, per a convertir-se en un ésser autònom capaç d'abordar i gestionar la seua pròpia realitat.[6]

No obstant això, crida poderosament l'atenció que en els delictes de violència de gènere es prohibisca terminantment la mediació.[7] A diferència de la mediació familiar, l'èxit de la qual és palesa, en aquest cas, pel fet d'existir —independentment de la gravetat— un episodi de violència de gènere, per als afectats, directament i indirectament pel conflicte, quedarà la resolució en mans d'un òrgan "impersonal", que des de la resposta punitiva tractarà d'erradicar

6 Castillejo Manzanares, R. ; Catalina Benavente, M.Á. (eds.): *Violència de gènere, justícia restaurativa i mediació*, cit., p. 43.

7 Article 44.5 de la Llei orgànica 1/2004 de 28 de desembre de mesures de protecció integral contra la violència de gènere: "En tots aquests casos està vedada la mediació."

aquesta xacra social, sense tindre en compte altres alternatives que podrien aconseguir unes finalitats més adequades als interessos de les parts del procés.

Així, mitjançant el present article, es tractarà d'analitzar la necessitat d'eliminar la prohibició de la mediació penal com a alternativa a la resolució de conflictes per la via judicial. Realment, és una necessitat aquest mètode de resolució de conflictes en una institució d'aquestes característiques, ja que la família hauria de representar per a l'individu l'àmbit de la seguretat i de la protecció. Per això, aquesta eina és útil per a apaivagar els conflictes i enfrontar-los d'una manera positiva, per retornar a la dona, en aquest cas, a una condició d'igual de què mai havia d'haver sigut degradada per raó de la imposició del rol de domini masclista per part de la seua parella.

Per tot això, es fa del tot necessària certa humanització de la justícia, i aquest és el motiu pel qual la mediació es considera ja l'instrument principal de la nova i necessària justícia restaurativa.

## 2. Anàlisi sobre la prohibició de l'article 44.5 EL 1/2004

Amb anterioritat al fet que la mediació penal fora expressament admesa en l'article 15 de la Llei orgànica 4/2015, de 27 d'abril, de l'estatut de la víctima del delicte[8] l'única referència era, curiosament, per a excloure-la'n.

Així, la Llei orgànica 1/2004, de 28 de desembre, sobre mesures de protecció integral contra la violència de gènere en l'art. 44 addiciona un art. 87 ter a la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del poder judicial (LOPJ,[9] que en l'apartat 5 prohibeix expressament la mediació "en tots aquells casos" competència dels jutjats de violència sobre la dona.

En canvi, en l'exposició de motius no es recull cap explicació sobre aquesta prohibició, que d'altra banda, partint de la base que s'està vetant alguna cosa que com ja s'ha indicat no està almenys regulat, haurà d'entendre's aquesta com una norma visionària, anticipada a la més que probable instauració de la mediació, i la consegüent creació de noves normes processals, i es cobreix amb aquest veto, i sota l'escut protector de la llei orgànica, per tant, la possibilitat que brinda la mediació com a alternativa a la resolució de conflictes en aquest àmbit.

Arribats a aquest punt, hi ha diverses qüestions que s'intueix que són inevitables: quins motius porten el legislador a vetar la mediació? Tractant-se la violència de gènere d'un fenomen que excedeix l'àmbit penal i tenint en compte que en altres disciplines sí que hi ha un marc legal, serà extensible aquesta prohibició als processos civils connexos? Abastaria també la prohibició les competències de fiscals i jutges de menors quan coneixen sobre un delicte de violència de gènere el responsable del qual és un menor?

Per a respondre a la primera pregunta, hem de situar-nos en un context en el qual la situació de la violència de gènere és una qüestió d'ordre públic i de màxima prioritat per a les autoritats, tant judicials i policials, com polítiques; portats fins a l'extrem de limitar l'autonomia de la voluntat de les dones víctimes d'aquest tipus de violència, a través de determinats precep-

8 Publicat en BOE núm. 101 de 28 d'abril de 2015.

9 Publicat en BOE núm. 157 de 2 de juliol de 1985.

tes jurídics impregnats d'aquesta consideració paternalista en virtut de la qual les víctimes d'aquesta tipologia de delictes no estan en condicions de decidir per si mateixes, parteixen d'una posició indubtable de desigualtat estructural entre les parts[10] i, per tant, és l'Estat el que assumeix la capacitat de decidir pel bé de la víctima i per a evitar, no solament a aquesta, sinó a la societat en general, determinats danys i perjudicis.

Si entenem per paternalisme jurídic aquella intervenció coactiva per part de l'Estat en el comportament d'una persona a fi d'evitar que es danye a si mateixa, i en virtut de la qual s'exercita un determinat poder amb el propòsit d'impedir que aquest subjecte duga a terme accions o omissions que el danyen i/o li suposen un increment del risc de mal,[11] i aquest exercici de poder es justifica sobre la base que aquesta acció evita danys importants i és necessària, atés que el subjecte sobre el qual s'exerceix el poder no està en condicions de cuidar dels seus interessos.[12]

Es dona la paradoxa, per tant, de reconéixer i ampliar els drets de les víctimes en el procés penal, i d'altra banda, limitar la capacitat de decisió d'aquestes quan aquestes ho són de la violència de gènere. S'ha arribat a afirmar que "el legislador ha intentat potenciar la col·laboració de la víctima de violència de gènere a través de l'adopció de mesures per a millorar la situació d'aquesta com a partícip necessari del procés penal".[13] D'una banda, tractant de minorar les conseqüències negatives que la participació en el mateix procés té per a la víctima –l'anomenada victimització secundària– (…). De l'altra, satisfent una de les necessitats d'aquestes víctimes després del sofriment de l'agressió violenta: la cerca de protecció per a la seua situació personal, però en la pràctica no podem compartir l'afirmació que "atenció a la víctima i el compliment dels objectius de política criminal es mesclen amb la intenció de donar un tracte més favorable a les dones que han patit actes de violència de gènere i retornar-les, en la mesura que siga possible, a un paper central en el procés penal".[14] La veritat és que, sense qüestionar aquesta necessària protecció i la seguretat de la víctima, a aquesta no se li atribueix un paper central en el procés penal, sinó més prompte de mer figurant: la víctima ha de denunciar, i una vegada fet això, ja s'ocupa la maquinària estatal de tota la resta, sense atendre a quins puguen ser els verdaders desitjos de la dona, que és considerada com un subjecte de capacitat limitada, incapaç de dilucidar el que més li convé, sota la premissa que no està en condicions de decidir lliurement i, per tant, la voluntat del qual ha de considerar-se jurídicament irrellevant.

Per tant, des d'aquest punt de vista, en els supòsits en què hi ha violència de gènere, està present aquesta falta de seguretat i el perill de causar nous perjudicis tant materials com morals, per existir un desequilibri de poder o temor a l'altre, no propicia un espai segur per a

10 Vegeu Martínez García, E.: (2012) "Violència de gènere, igualtat i autonomia de la voluntat. Claus per a entendre la prohibició de mediar en el procés penal per aquests delictes" en *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinario y forense (*pàg. 414). Ed. Aranzadi, Cizur Menor.

11 Cf. Garzón Valdés, E.: (1988) "És éticamente justificable el paternalismo jurídico?", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 5, (pàg. 155-173).

12 Cf. Alemany, M.: (2005). "El concepto y la justificación del paternalismo jurídico", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho, núm. 28* (pàg. 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 (pàg. 151-192).

14 *Ibid.*, pàg. 154.

la discussió i resolució de les diferències, ja que hi falta el clima de cooperació, i les víctimes estan situades en un pla de desigualtat i, per tant, del respecte necessari per a la mediació.

Quant a la qüestió següent, la llei no deixa lloc a dubtes, i en aquest mateix sentit s'ha pronunciat en diverses ocasions la jurisprudència.[15] L'esmentada exclusió, arriba tant a l'àmbit civil com al penal, i no es pot dur a terme en cap supòsit en què hi haja violència de gènere amb independència de si la naturalesa del conflicte és civil o penal, per la seua ubicació en un apartat diferent després de fer referència a la competència en cada un d'aquests ordres.

Pretén d'aquesta manera donar una resposta integral, immediata i conjunta a les víctimes de la violència de gènere mitjançant una acció coordinada entre els diferents ordres jurisdiccionals, per evitar respostes aïllades, i que siga abordada des dels diversos aspectes en els quals incideix aquesta problemàtica, perquè només d'aquesta manera se n'aconseguiran eliminar definitivament les causes que l'originen.[16]

Per tant, l'adopció de vies alternatives com la justícia restaurativa en tots els assumptes civils relacionats amb el divorci, separació, relacions paternofilials i altres de semblants, quan alguna de les parts del procés haja sigut víctima de violència de gènere suposaria un perjudici per a la dona, la qual apareixeria com a part implicada en el conflicte i no com la seua víctima, en haver d'assumir la seua quota de culpa en honor de la salvació de la parella i de la família. Per tant, es feia necessari que la jurisdicció penal i civil milloraren la seua resposta i tractament conjunt davant dels casos de violència familiar, de tal manera que la víctima poguera aconseguir una adequada protecció davant de les dues jurisdiccions, sense temps morts o dilacions que pogueren produir una disfunció en la resposta judicial.[17]

Per això, el jutjat especialitzat té competència en els dos ordres, aquesta és també la raó que l'ordre de protecció preveu mesures penals i civils.[18]

No obstant això, resulta paradoxal que, malgrat la prohibició fonamentada en una posició desigual de les parts en conflicte, sí que es permeten davant dels jutjats de violència de gènere acords consensuats mitjançant conveni regulador en els processos matrimonials connexos a la violència de gènere, duts a terme per lletrats la labor dels quals, *a priori* distant de les emocions i sentiments de les parts, no s'emmarca en un camp que seria més propi d'un mediador.

De la mateixa manera, resulta contradictori que es prohibisca la mediació, i en canvi es fomente normativament en la legislació processal criminal la conformitat privilegiada —Reial decret de 14 de setembre de 1882 pel qual s'aprova la Llei d'enjudiciament criminal (LECrim)—[19]dins

15 Per totes, resulta especialment aclaridora la sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona, de 12 de gener de 2007 (JUR/2007/178637), en la qual es discutien aspectes merament civils d'un divorci s'estableix que «no és possible prosseguir el procés de teràpia conjunta que havia sigut aconsellada pels especialistes, ni tampoc iniciar el procés de mediació familiar que recomana la psicòloga que ha emés el dictamen, ja que l'article 44.5 de la LO 1/2004, de mesures contra la violència sobre la dona, impedeix expressament (article 87 ter LOPJ), la utilització de la mediació en aquests 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 proteccion integral de las víctimas de la violencia de género*, 1a. de., Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, pròleg..

17 Gutierrez Romero, F.M.: "Violencia de Género: Justicia y Práctica", *Diario La Ley*, 7073, 2008, pàg. 213.

18 Barona Vilar, S.: *Mediación penal: fundamentos, finalidades y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, València, 2011, pàg. 63.

19 Publicat en BOE núm. 260 de 17 de setembre de 1882.

dels judicis ràpids (article 795.1.2a.a i en l'article 801 LECrim). De fet, en termes processals, unit a un acord de mediació en el context d'un procés penal en tràmit, aquest té un encaix perfecte en el si d'una sentència de conformitat, tant davant del jutjat d'instrucció —art. 779.1.5 LECrim— com davant dels òrgans enjuidiciadors. En la conformitat, l'acusat s'aquieta amb la més greu de les acusacions, i això dona lloc al fet que, si haguera emés el consentiment de forma lliure i conscient i no estimara necessari el lletrat defensor la continuació del judici, el jutge o tribunal, si estima legalment correcta la qualificació i procedent la pena, dicte sentència en què assumisca la proposta de les parts. En la generalitat dels casos, és el resultat d'una negociació entre operadors jurídics (Ministeri Fiscal i advocats), de la qual habitualment es troben marginats la víctima i l'acusat.

Referent a l'última de les qüestions que es plantegen, podem descartar que la prohibició establida en l'article 87 ter, paràgraf 5, de la LOPJ, afecte de manera directa la mediació en la jurisdicció de menors. La Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors (LORPM),[20] per la seua finalitat educadora/sancionadora i a fi d'aconseguir una resposta concorde a l'"interés superior del menor", conjumina, al costat de la possibilitat de l'exercici del principi d'oportunitat, els instituts de la reparació i conciliació del menor amb la víctima, per construir així un escenari coherent amb l'aplicació de l'institut de la mediació.[21]

Els articles 19 i 27.3 regulen la possibilitat del sobreseïment de l'expedient per conciliació o reparació,[22] que complementa l'article 5 del Reglament (Reial decret 1774/2004),[23] i canalitza aquestes derivacions al desenvolupament d'una mediació entre víctima i menor.[24] En aquest sentit, si la prohibició en els processos penals per violència de gènere, en el cas d'adults, es veu limitada per la "falta de capacitat de la víctima" per a consensuar, què succeeix en l'escenari –normal en què es donarien aquests supòsits– en els quals la víctima és un menor d'edat?

La LORPM no inclou cap previsió especial en matèria de violència sobre la dona, ni pot considerar-se afectada per la Llei integral de protecció enfront de la violència de gènere. A més, la prohibició establida en la LOPJ afecta directament les competències dels jutjats de violència sobre la dona.

Per això, en els casos en què la LORPM permet la mediació i conciliació, com a fórmules de derivació de la resposta judicial, podrien encaixar perfectament els supòsits de violència de gènere causats per un menor. Recordem que la LORPM només limita la utilització d'aquestes institucions en els casos de violència o intimidació "greus" i al fet que l'acte constituïsca un delicte menys greu o delicte lleu.

20 Publicat en BOE núm. 11, de 13 de gener 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, pg. 31.

22 Article 19: *Sobreseïment de l'expedient per conciliació o reparació entre el menor i la víctima*. 1. També podrà el Ministeri Fiscal desistir de la incoació de l'expedient atesa la gravetat i circumstàncies dels fets i del menor, de manera particular a la falta de violència i intimidació greus en la comissió dels fets i a la circumstància que a més el menor s'haja conciliat amb la víctima o haja assumit el compromís de reparar el mal causat a la víctima o al perjudicat pel delicte, o s'ha comprés a complir l'activitat educativa proposada per l'equip tècnic en el seu informe. El desistiment en la continuació de l'expedient només serà possible quan el fet imputat al menor constituïsca delicte menys greu o falta.

23 Publicat en BOE núm. 209, de 30 d'agost de 2004.

24 Article 5: *Manera de dur a terme les solucions extrajudicials.* 1. e) Si la víctima es mostrara conforme a participar en la mediació, l'equip tècnic citarà els dos a una trobada per a concretar els acords de conciliació o reparació.

## 3. Pros i contres de la mediació en els delictes de violència de gènere

*A. Barreres legals i garanties processals*

Establir un marc legal en què tinga encaix la mediació penal, i més concretament en l'àmbit de la violència de gènere, fa l'efecte, *a priori*, que és complicat, a causa dels obstacles que ens trobarem tant d'índole jurídica, com econòmica i fins i tot sociològica. Implicaria disposar dels mitjans, personals i materials necessaris per a fer front a la infraestructura administrativa que exigeix un servei institucionalitzat de mediació. I també, suposarà informar i conscienciar la ciutadania, i els professionals jurídics de les preteses bondats que poden seguir-se de la implantació d'un model tan alié a la nostra tradició juridicopenal, i amb uns principis radicalment contraris a aquells en què descansa el model de justícia restaurativa.

Com és sabut, el sistema de justícia penal espanyol es troba secularment informat pel principi de legalitat i d'oficialitat. Que això siga així respon a la idea entesa que, per damunt de qualsevol interés particular, hi ha un interés públic en la repressió de determinades conductes que, precisament perquè resulten reprovables per al conjunt de la societat, es tipifiquen com a il·lícites i resulten mereixedores de sanció —principi de legalitat penal—. És, per tant, l'interés públic a no deixar sense resposta determinades conductes tipificades com a delictes, públics o semipúblics, o com a faltes el que justifica que l'Estat assumisca en exclusiva el *ius puniendi* i el que impedeix alhora predicar dels particulars qualsevol dret subjectiu a perseguir i castigar o al fet que es perseguisquen i/o castiguen aquelles infraccions penals.[25]

Coherentment amb la consideració del dret penal com a assumpte d'interés públic, l'aplicació de la major part d'aquesta parcel·la de l'ordenament jurídic es reserva, també en exclusiva, al procés. Només, en conseqüència, els jutges i magistrats integrants d'aquell ordre de la jurisdicció —principi d'exclusivitat jurisdiccional— i només a través del procés cal satisfer l'interés públic que subjau a la majoria de normes penals (principi de legalitat o necessitat processal penal).[26]

La configuració del procés penal com a instrument necessari per a actuar el dret penal explica, al seu torn, que la voluntat dels subjectes afectats pel fet delictiu no resulte determinant respecte del seu inici i la seua tramitació, atés que, per als denominats òrgans oficials de la persecució penal, s'imposa l'obligació d'incoar o d'instar la incoació del procés penal davant de la notícia d'un fet aparentment delictiu i de no prescindir del procés mentre existisca matèria *criminis* —principi de necessitat i d'oficialitat.

D'igual forma, no podem perdre de vista que si es depositen en la mediació les claus per a la resolució del conflicte penal,[27] això pot donar lloc al fet que cada acord arribe a solucions diferents, la qual cosa provocaria que el principi de proporcionalitat es posara en dubte, amb

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, pàg. 133-148.

26 Aguilera Morales, M.: «La mediación penal: quimera o realidad?», REDUR 9, desembre 2011, pàg. 127-146.

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, pàg. 123-124.

el consegüent risc a deixar en mans privades competències exclusives de l'Estat;[28] el que ja s'ha anomenat com una perillosa privatització del dret penal.[29]

Al seu torn, hi ha qui critica de manera reiterada que, si la solució del problema de la víctima passa per col·locar en un segon pla la reacció repressiva, s'està desatenent les víctimes futures, i és per aquest mateix argument pel qual entenc justificada la impossibilitat de tractar la mediació com una alternativa al procés penal que impedisca la intervenció punitiva.

Però, sens dubte, un dels majors problemes a què s'enfrontaria la implantació de la mediació penal en el nostre sistema penal concerneix la presumpció d'innocència. Per un costat, a la possibilitat que la sola decisió de l'infractor de sotmetre's a mediació puga, si fracassa aquesta i no cristal·litza en un acord, arribar a tindre transcendència probatòria i ser valorada per a fundar una sentència de condemna.

Per l'altre, a la possibilitat que l'acord resultant de la mediació comporte l'assumpció de determinats compromisos per part de l'infractor i/o la imposició d'una pena –més favorable en comparació amb la que resultaria de no haver-se aconseguit un acord amb la víctima–, sense que s'haja desenvolupat cap activitat probatòria que permeta fundar un judici de culpabilitat. Així succeiria, per exemple, si l'acord aconseguit quedarà finalment reflectit en un escrit de conformitat amb l'escrit d'acusació o en un escrit de conformitat presentat conjuntament per acusació i defensa.

En aquest sentit, tot i sense el valor de prova, la sola dada d'accedir al procediment de mediació és circumstància que no és neutra des de la perspectiva global de la valoració de la prova —més, si ha precedit un reconeixement total o parcial dels fets per part de l'infractor—, com no ho és tampoc el reconeixement de fets per part de l'imputat que, *de facto*, sol precedir la mediació.[30] La voluntat de sotmetre's a la mediació pot, doncs, tindre transcendència probatòria, cosa que és molt diferent d'afirmar que amb aquella voluntat n'hi ha prou per a fundar un judici de culpabilitat, perquè només en aquest últim cas caldria entendre violada la constitucional presumpció d'innocència.

Quant a la possibilitat —en absolut remota— que el procés penal concloga amb una sentència condemnatòria després d'una mediació penal i sense que precedisca cap activitat probatòria, no podem deixar de reconéixer que aquesta conseqüència difícilment es concilia amb la presumpció d'innocència. Amb tot, la incoherència –lògica i constitucional– d'admetre una sentència condemnatòria sense prova de càrrec lícita i suficient no és defecte que calga atribuir directament i exclusivament a la mediació penal, sinó més prompte a un altre tipus de negocis jurídics amb què aquella es relaciona com la conformitat.[31]

Una altra de les amenaces que plana sobre la mediació penal afecta alhora a determinades garanties i drets fonamentals d'abast processal, com el dret a no declarar contra si mateix i a no confessar-se culpable (art. 24.2 CE), i a una de les notes essencials de la mediació: la voluntarietat.

28 Gordillo Santana, L.F.: *La justicia restaurativa y la mediación penal*, 1a de., Iustel, Madrid, 2007, pàg. 161,162.

29 Martínez Arrieta, M.: "La Mediación com tercera vía de respuesta a la infracción penal", *Familia*: Revista de ciencias i orientación familiar, 41, 2010, pàg. 73.

30 Del Moral García, A .*: "La mediación en el proceso penal. Fundamentos, problemas, experiencias",* cit., pàg. 64-66.

31 De la Oliva Santos, A.: «Presunción de inocencia, prueba de cargo i sentencia de conformidad», en *Revista Derecho* y *Proceso*, núm. 2 (2005-2006), pàg. 14.

*B. Altres possibles obstacles*

Així mateix, segons SALVADOR CONCEPCIÓN[32] "hem d'al·ludir al risc que el procés de mediació supose una exposició per a la víctima perquè l'autor aprofita la trobada per a reiterar el seu comportament ofensiu. Més en concret, en els casos de violència de gènere hi ha el perill que l'autor tracte en la mediació de mantindre el seu control sobre la víctima. Aquesta és la raó per la qual cal plantejar-se la possibilitat que la mediació siga una intromissió estatal traumatitzant per a la víctima, donada l'exposició al victimari i la possible instrumentació que aquesta puga sentir per trobar-se obligada a sotmetre's a la mediació".

Per aquest motiu, una de les exigències del procés de mediació és que les parts estiguen en un pla igualitari i que ambdues participen en el mateix en igualtat de condicions,[33] i per a això sóc de l'opinió que, davant de determinats supòsits penals, més encara els de violència de gènere, prèviament a iniciar-se la mediació, cal garantir l'equitat de les dues parts, cosa que a vegades comportarà, no ho dubte, la necessitat d'una intervenció psicològica prèvia que atenga les parts i les prepare per a aquest procés de mediació.

Idèntic perill plana sobre la mediació penal, encara més si la seua regulació lliga a l'assoliment d'un acord entre infractor i víctima un desenllaç processal anticipat, es consolida la idea de potenciar la mediació derivant cap a aquesta un considerable nombre d'assumptes. S'imposa, doncs, que el legislador pose des d'un principi els mitjans per a evitar-ho. D'una altra manera, la mediació perdrà la raó de ser, la seua antropologia, per convertir-se en una disfressa de tipus molt similar a les actuals conformitats;[34] i incrementà així el risc que la voluntat de l'infractor de sotmetre's a la mediació resulte mediatitzada no ja tant per obtindre els beneficis penològics que es lliguen a la reparació o conciliació amb la víctima, sinó per evitar l'agreujament punitiu que poguera produir-se si rebutja l'infractor sotmetre-s'hi.

*C. Raons per a creure en la mediació: una visió tridimensional del delicte*

Podria afirmar-se que en el dret comparat es planteja amb grans expectatives la utilització de la mediació en l'àmbit penal i així ho avalen les normes internacionals que promouen l'aplicació de la mediació penal a qualsevol tipus d'infracció penal.[35]

Els avantatges més evidents de la mediació, que és que aquesta es desenvolupa en un entorn humà, flexible i comunicatiu, fora de la rigidesa formal del procés judicial, raó per la qual cal entendre que resultarà menys intimidador i més receptiva a les necessitats individuals de les víctimes.[36] La mediació es presenta així com un mecanisme més obert, en què les parts

32 Salvador Concepción, R.: Beneficios y perjudicios del uso de la mediación en el ámbito penal. La Ley Penal, núm. 112, Sección Estudios, gener-febrer 2015, ed. La Ley, pàg. 5-6.

33 L'article 7 de la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, recull de forma expressa que "en el procediment de mediació es garantirà que les parts intervinguen amb plena igualtat d'oportunitats, mantenint l'equilibri entre les seues posicions i el respecte cap als punts de vista per elles expressats, sense que el mediador puga actuar en perjudici o interés de qualsevol d'elles".

34 Aguilera Morales, M.: *"La mediación penal: quimera o realidad?",* cit. pàg. 127-146.

35 Barona Vilar, S.: *La mediación penal para adultos*, cit. pàg. 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, València, 2008, pàg. 26.

es converteixen en protagonistes,[37] ja que la prioritat d'aquest mètode són les necessitats humanes reals, per la qual cosa s'assegura la participació i la comunicació dels sentiments.

La denominada justícia restaurativa, a més de ser una eina ràpida i eficaç per a la resolució de conflictes, s'erigeix com l'única institució en què caben els tres interessos involucrats en el delicte, això és, víctima, el victimari i l'Estat, sense prescindir de les garanties pròpies del dret penal. Sense perdre de vista l'entorn familiar, víctimes també de la situació de violència generada, i que d'aquesta forma perceben als seus progenitors o familiars com a socis concernits a prendre decisions esdevenidores, per evitar la incertesa sobre el seu futur familiar.

Segons RODRÍGUEZ LAÍN,[38] es tracta d'oferir una solució a tres bandes*:* "En primer lloc, es garanteix l'interés de l'Estat a reprimir, si és el cas, la infracció criminal comesa. En segon lloc, es dona resposta al conflicte concret sorgit amb motiu de la comissió de la infracció criminal, a través del reconeixement del fet per part de l'agressor i de la garantia del rescabalament moral, i si és el cas patrimonial, de la víctima. Però, a més, i això és especialment important, pot donar-se resposta al conflicte subjacent que hi ha darrere de la comissió de la concreta infracció criminal, encara que amb les limitacions òbvies de l'objecte de la mediació; i això, permet almenys establir com a objectiu obrir la via al diàleg com a forma de solucionar el conflicte subjacent."

Per conflicte subjacent ha d'entendre's la relació subjectiva, precedent a la comissió del fet punible per virtut de la qual, o en el context de la qual, té raó de ser la comissió del delicte. Encara que hi ha la possibilitat que siga la comissió del delicte la que desencadene directament el conflicte intersubjectiu amb transcendència en l'àmbit de la violència de gènere, darrere d'una amenaça lleu en el context d'una discussió entre consorts hi haurà normalment un context anterior de males relacions de parella, que, al seu torn, pot tindre una o diverses causes; però que serveix d'element predisposar-te per a la comissió del delicte, que no debades, és conseqüència d'aquest ambient deteriorat. Abordar el fet mateix de l'agressió verbal no evitarà que l'ambient enrarit a l'entorn de la parella es mantinga i puga generar situacions en les quals el fet criminal torne a repetir-se, fins i tot acrescut en la intensitat i la potencialitat lesiva; no obstant això, endinsant-nos en el conflicte subjacent, buscant-ne les causes i tractant de trobar una solució, passe per la definitiva ruptura de la relació de parella o per la reconciliació, donarem resposta al delicte i a aquest problema de fons del qual porta causa.

Els conflictes familiars derivats d'una situació de crisi o ruptura del matrimoni o parella, així com les situacions de tensió en l'àmbit familiar que desemboquen en la presentació d'una denúncia penal, requereixen una reflexió sobre la forma d'intervindre-hi, per garantir un major paper als protagonistes (víctima/infractor), i és la mediació penal un instrument vàlid per a rebaixar les tensions produïdes i previndre la reiteració de fets violents similars.

El procés de mediació parteix de l'ineludible pressupost del reconeixement de l'agressor d'haver causat mal a la víctima. En un procés penal convencional, el reconeixement del mal infligit és, com a molt, una de les possibles metes del sistema repressiu; el qual parteix de la imposició de la veritat judicial i de la sanció que això comporta, no del reconeixement del fet per part de l'autor. Amb la descriminalització del conflicte s'evita l'injust rebuig de l'entorn

37 Castillejo Manzanares, R.; Catalina Benavente, M.Á. (eds.): *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, cit., pàg. 610.

38 Rodríguez laín, J.L.: Mediación penal i violencia de género. *Diario La Ley*, núm. 7557, sección doctrina, 28 de gener de 2011, any XXXII, ref. 36, ed. La Ley, pàg. 6.

personal i familiar tant propi com de l'agressor, que sol presentar a aquest, tot i condemnat, com una víctima del sistema; i a la víctima com algú exagerat, sense pietat ni escrúpols, capaç de portar al calabós o a la presó el marit per interessos propis.[39]

Respecte als drets fonamentals de l'acusat, el mediador es converteix en un instrument afegit de tutela –sota la supervisió judicial– de la presumpció d'innocència, ja que podrà concloure el tràmit si detectara un imputat que no va cometre el fet o a qui emparen bones raons per a enfrontar amb èxit la pretensió acusatòria. A això l'obliguen la professionalitat i el compromís moral. L'autonomia és una garantia a aquests efectes.[40]

En aquest sentit, la mediació en l'àmbit penal no pretén una confrontació amb els procediments judicials formals ni amb el marc de garanties que representen, sinó que, partint del reconeixement del dret penal com a dret públic, es proposa contribuir a una justícia penal menys retributiva, que tinga més en compte la víctima i l'infractor, i el que per a ells representa el conflicte.[41]

Per a possibilitar la no subordinació del procediment de mediació —que obeeix a lògiques diferents de les que governen el judici penal—, protegir la sinceritat del diàleg i les garanties de procés degut, en concret la igualtat de parts, així com les derivades del dret de defensa,[42] tot el contingut de les entrevistes i del diàleg serà confidencial, sense que puguen aprofitar-se per a la prova —ni traslladar-ne el rendiment al judici— les afirmacions i posicions de l'imputat i del perjudicat. Els fets exposats, les informacions obtingudes sobre el succés i la personalitat dels intervinents és objecte d'una reserva absoluta. Amb aquest caràcter privat es pretén preservar l'espai de la mediació com un lloc de trobada i de diàleg, sense interferències i permetre un lliure intercanvi entre les parts.

D'altra banda, les penes privatives de llibertat i en concret, la presó, no pot ser l'única resposta a la infracció comesa, ni el dret penal ha de constituir-se en l'única fórmula d'arreglament dels conflictes entre un home i una dona lligats per relació matrimonial o anàloga relació d'afectivitat. Per això, el dret penal ha de tindre com a finalitat no solament el castic del delinqüent, sinó evitar futures situacions pitjors o més greus per a les víctimes, i actuar sobre la persona del maltractador a través dels plans de reeducació.

En el sistema tradicional el castic reflecteix el deure de pagar a la societat pel mal generat, i la publicitat d'aquest procés aconsegueix finalitats merament dissuasives, per la qual cosa aquest model oblida la necessària responsabilitat per la conducta infractora, l'aprenentatge d'actituds d'empatia, l'esforç per la reparació, i l'atenuació de la qual ja es coneix com la violència institucional del model tradicional.

Cal destacar en aquest sentit, a més, que la instauració de la mediació reduiria considerablement el risc de victimització secundària, atés que la víctima no se sent responsable, ni culpable de l'eventual sanció penal imposada a la seua parella, encara més quan la pena principal per

39 Cf. Sáez Valcárcel, R.; Ortuño Muñoz, J.P.; España (eds.) (2007): *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, pàg. 186, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

40 Ortuño Muñoz, P.; Sáez Valcárcel, R. (2007): *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación* (pàg. 74) 1a ed., Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid.

41 Cf. Ríos Martín, J. C.: "La mediación penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal", *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, pàg. 139-161.

42 Ortuño Muñoz, P. y otros (eds.): *Alternativas a la judicialización de los conflictos*, cit., pàg. 187.

delicte de violència de gènere comporta la pena accessòria d'allunyament, amb les conseqüències negatives que això pot derivar per a aquelles víctimes que decideixen reconciliar-se o restaurar la relació amb l'agressor, o fins i tot respecte a les relacions amb els fills comuns.

Per tant, la utilització de la mediació en l'àmbit penal, ens permetria plantejar-nos un dret penal orientat a la resocialització i a la pacificació,[43] ja que facilita una atenció especial a les condicions de la víctima, als fets, i a la significació juridicopenal de la condemna per a l'autor.[44] I, més concretament en els casos de violència de gènere permetrà una valorització de la víctima que aconseguirà una igualtat i un equilibri beneficiós no solament per a ella, sinó per a la resta del nucli familiar que no s'assoliria fàcilment en un context de criminalització del conflicte.

## 4. Conclusions

Una vegada s'ha aprofundit en els avantatges i inconvenients que ofereix la mediació com a mètode de resolució de conflictes, admet que hauria de ser acceptada en l'àmbit dels delictes de violència de gènere sempre que aquesta es regisca pels seus principis inspiradors, això és, voluntarietat, lliure disposició i plena igualtat de les parts, que actuaran entre si conforme a la lleialtat, bona fe, i respecte mutu. I tot això, sobre la base de la premissa que el dret penal pot admetre respostes diferents de l'estrictament punitiva sense perdre per això la seua funció essencial.[45]

No obstant això, segons BONET NAVARRO[46]: "no és el procés el que ha de portar-se a l'altura de la mediació per a beneficiar-se de la seua utilitat, sinó que és la mediació la que ha de posar-se a l'altura del primer"; la qual cosa que vol dir que cal dotar la mediació de més control institucional. Per a això, hauria de regular-se de manera escrupolosa la seua forma d'intervenció en el procés penal perquè del que es tracta és d'integrar solucions en el dret penal i no d'actuar a esquena a aquest,[47] i ni menys encara desvirtuar-ho.

De la mateixa manera, l'eficàcia de la mediació no hauria de limitar-se a determinats tipus de delictes, triats amb criteri qualitatiu, o quantitatiu sobre la base de la pena que comporten, sinó que considere que resultaria millor utilitzar un criteri més subjectiu segons característiques específiques de cada procés en concret. Perquè això conduiria a privar les víctimes en determinats casos dels avantatges propis del procés de mediació.[48]

Per tant, la mediació no pot ser plantejada amb la fórmula simplista que la concep com una manera de reduir la càrrega dels tribunals, o com a mètode d'estalvi de temps en la gestió o

43 Gordillo Santana, L.F.: La Justicia Restaurativa i la Mediació Penal, cit., pàg. 70.

44 Barona Vilar, S.: *La mediación penal para adultos*, cit., pàg. 21.

45 Cf. Quintero Olivares, G. (2011).: "Sobre la mediación y la conciliación en el sistema penal español: situación y perspectiva de futuro", en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación,* pàg. 501-528, ed. La Ley. Grupo Wolters Kluwer, 2011, pàg. 508.

46 Cf. 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, pàg. 80.

47 Cf. 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, pàg. 19-52, Tirant lo Blanch, 2009, pàg. 23.

48 Barona Vilar, S.: *La mediación penal para adultos*, cit., pàg. 210.

resolució dels conflictes.[49] Ben al contrari, la mediació hauria de proveir-se d'un equip multidisciplinari, amb presència òbviament d'atenció psicosocial,[50] i garantir també l'equitat en un servei que, entre altres coses, hauria de ser heterogeni, això és, masculí i femení.

Es tracta de combinar mediació i procés,[51] concebre la mediació dins del sistema penal, i per això és cert que la mediació no pot ser utilitzada com una forma d'evitació del procés, sinó més prompte com una conseqüència d'aquest.

D'aquesta forma, la mediació hauria d'articular-se en l'execució de la condemna, ja que mediació no ha de ser sinònim de pèrdua d'intervenció punitiva, sinó que del que es tracta és de donar a la mediació la possibilitat d'encaixar en el procés penal respectant totes les garanties que aquesta via assegura per a la víctima i el victimari. L'enjudiciament d'un delicte penal requereix la intervenció punitiva de l'Estat per l'obligació d'aquest de respondre penalment davant els delictes,[52] i és per això que seria adequat que siga el mateix tribunal el que propose la derivació a la mediació, per la força i el rigor que comportarà aquesta intervenció de l'autoritat judicial.

Segons GONZÁLEZ CANO,[53] "la mediació no es pot entendre com un sistema en què els delinqüents se sostraguen a la justícia penal, ja que hauríem d'analitzar que condicionar el sobreseïment a la submissió de les regles de comportament imposades en la mediació podria provocar la debilitació de la justícia penal, la qual cosa no deixaria de tindre el seu efecte en la pèrdua evident de la funció dissuasiva de la pena, també necessària*".* Reforçant-se d'aquesta manera, l'argument que el lloc de la mediació en el procés penal hauria d'estar en la fase d'execució de condemna.

I és que en definitiva, estic d'acord amb la falta de disponibilitat de les parts en el procés penal,[54] ja que no ha d'existir autotutela davant aquest tipus d'assumptes penals i és imprescindible la intervenció punitiva de manera íntegra. Així mateix, i referent ara a la violència de gènere, hem de fer ressaltar que igual que amb altres delictes, ha costat anys d'esforç aconseguir que la violència exercida en l'esfera privada es considere com una conducta amb rellevància penal, és a dir, com un delicte de caràcter públic, i no podem deixar que la intervenció de la mediació com una alternativa al procés penal faça minvar l'eficàcia que suposa que es continue considerant la violència de gènere i la domèstica com una infracció mereixedora de sanció penal amb tot el retret que comporta la seua persecució penal.

D'alguna manera em plantege si l'ús de la mediació incidiria de forma més oportuna en un sistema de prevenció especial que partisca del tractament de l'autor, i de la perspectiva correctora de la seua conducta; que responga millor també al dictat que reproduíem i que va establir la IV Conferència Mundial sobre la Dona, i que cridava l'atenció sobre la necessitat de rehabilitació dels agressors.

49 Bonet Navarro, Á.(ed.): *Proceso civil y mediación*, cit., pàg. 79.

50 Castillejo. Manzanares, R. y otros: "Mediación en violencia de género", cit., pàg. 44.

51 Esquinas Valverde, P.: *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, cit., pàg. 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., pàg. 45.

54 Montero Aroca, J.: *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, 1a. ed., Tirant lo Blanch, València, 1997, pàg. 15.

El mateix preàmbul de la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils,[55] en l'apartat I, valora la mediació per la seua «capacitat per a donar solucions pràctiques, efectives i rendibles a determinats conflictes entre parts», així, per què aquests supòsits de violència no poden ser mereixedors d'aquesta fructífera tècnica de resolució de conflictes entre les parts?

I en aquest sentit, considere com a alternativa vàlida i convenient dins de la mediació, el model de mediació transformativa els resultats de la qual seran més productius sobre la víctima i, sobretot, sobre el victimari. De manera que el model trasformatiu, analitzat per autors com GORDILLO SANTANA,[56] incideix sobre l'aprenentatge de les persones, "sent un instrument de pacificació per al qual el part fonamental no és el pacte aconseguit sinó possibilitar el canvi dels participants, ja que el que busca és propiciar un canvi social més humanitzador i perquè així les persones implicades en la disputa entenguen que la fi de la mediació és solucionar les seues diferències de manera permanent, prioritzant l'objecte resocialitzador i pacificador que ha de perseguir, atenent més profundament els fets esdevinguts, l'origen i les conseqüències, i les circumstàncies i condicions dels subjectes del delicte*".*

Si els homes maltracten per creences, per estereotips, per valors patriarcals poden canviar perquè aquests valors són apresos, són idees que els han transmés i que moltes de les vegades no tenen consciència que les han adquirides, imita certs patrons adquirits. Són també víctimes d'un passat en una unitat familiar mancada de valors sòlids. I aquests valors, com apresos que són, també es poden resocialitzar, i no permetre que queden com a únic culpable, no aprofundint en les raons que el van conduir a cometre l'acte il·lícit, observant només el resultat i no els motius que van causar-ne la realització.

En definitiva, això és el que es coneix en mediació com la tècnica del reconeixement i que es refereix a la capacitat de comprendre l'altre, la qual cosa podem descriure com que cada part reinterprete la seua pròpia conducta a partir d'aquesta nova perspectiva, que renuncie al propi punt de vista, i amb això admeta expressament una interpretació diferent del conflicte a la qual arribe segons aquest reconeixement de la percepció del problema que poguera tindre l'altra, cosa que farà que s'aconseguisca valorar i apreciar de manera empàtica l'altra part fins a una transformació conjunta. Dit d'una altra manera aquesta tècnica requerirà la cerca de punts comuns entre les parts per a, partir d'ací, construir les bases de l'acord, en què es respecte la veritat vista des dels ulls de l'altra part tant com la nostra pròpia.

De qualsevol manera, valguen aquestes línies per a plantejar un punt de necessària reflexió sobre les possibilitats i els beneficis que podria tindre la intervenció de la mediació en un àmbit com és el penal, i dins d'aquest, en l'enjudiciament de casos de violència de gènere d'escassa rellevància; ja que si del que es tracta és d'expandir una cultura conciliadora en la qual no càpia cap forma violenta, ni submissió o poder de cap persona sobre ningú a qui discrimine i menysvalore, per què no confiar en la mediació per a impulsar la presa de consciència de les parts cap a aquest extrem i la possible consecució d'un compromís de correcció i superació d'aquests problemes?

*"La millor victòria és aquella en la qual guanyen tots"* Salomó.

55 Publicat en BOE núm. 162, de 7 de juliol.

56 Gordillo Santana, L.F.: *La justicia restaurativa y la mediación penal*, 1a de., Iustel, Madrid, 2007, p. 182.

## Bibliografia

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.

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 fisca*l", 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 proteccion 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.

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.

Artícles

# L'INTERNAT ESCOLA DURRUTI: FUTUR ALUMNAT DE L'INSTITUT OBRER DE VALÈNCIA

Víctor Benavides Escrivà

**RESUM:** L'Internat Escola Durruti (1937-1939) va ser una iniciativa de la Confederació Nacional del Treball, Secció Defensa, Subsecció Escoles, que tenia com a objectiu capacitar joves llibertaris dels dos sexes per a ingressar a l'Institut Obrer. La Confederació pensava que la millor arma del progrés era la cultura. Els exalumnes Carmen Bernial Pedro, Agustín Quiles Mantas, Ángeles Espí Silvestre i Francisco Ramírez Izquierdo, entre d'altres, van ser protagonistes d'aquest projecte educatiu dissenyat a València durant la Guerra Civil. Per mitjà de les seues paraules ens introduïm en el temps de la seua joventut, carregat d'il·lusions per l'inici d'un món nou mitjançant l'educació.

**PARAULES CLAU:** història de l'educació, escola i guerra, educació llibertària, educació d'adults, Institut Obrer.

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 Bernial 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.

**SUMARI:** 1.Introducció.- 2. La preocupació per l'educació dels joves llibertaris.- 3. L'Internat Escola Durruti de la CNT.- 4. L'alumnat de l'Internat Durruti.- 5. Docents i col·laboradors.- 6. Conclusions.-Referències Bibliogràfiques.

## 1. Introducció

L'acció educativa del moviment àcrata a València, durant la Guerra Civil Espanyola, ha sigut tractada per especialistes com el professor Javier Navarro, que l'any 2012 va prologar el llibre *Cultura para todos. El movimiento libertario y la educación, 1936-1939*.[1] Hi escriu: "Costa imaginar que en aquell moment hi haguera energia, temps i moral per a escometre iniciatives culturals".[2] Entre les propostes culturals i educatives que es van desenvolupar a València, cal destacar la tasca que va dur a terme l'Internat Escola Durruti per a formar quadres llibertaris dels dos sexes amb l'objectiu que aprovaren els exàmens per a ingressar a les escoles de guerra o a l'Institut Obrer de València (a partir d'ara IOV). Ens centrarem en aquesta experiència poc coneguda per la història de l'educació.

L'Internat Escola Durruti va ser un projecte de la Confederació Nacional del Treball (CNT) Secció Defensa, Subsecció Escoles. Embrionàriament naix l'any 1937 i va concloure amb la fi de la Guerra Civil Espanyola. La investigació parteix de la història oral i de fonts primàries documentals, davant de l'escassetat de bibliografia concreta d'aquesta experiència. Per tant, s'ha pogut redactar aquest text gràcies a la contrastació de les paraules de l'alumnat que el va protagonitzar.

En el número 1 de la revista *Orientaciones. Órgano de la Federación Regional de Sindicatos de la Enseñanza del Centro*, de la CNT, editada a Madrid, llegim: "per a fer la revolució constructiva, abans cal fer una revolució cultural". La CNT necessitava generar més personalitat i protagonisme del moviment llibertari en les funcions organitzatives del Govern; a més de les aspiracions econòmiques i morals anarquistes, pretenien incorporar-lo a les tasques administratives dels organismes públics de l'Estat, i això implicava omplir les escoles de llibertaris. El millor camí per a fer-ho era que la seua joventut ingressara en aules dels instituts obrers. L'editorial de la mateixa revista apuntava que "els homes de la Confederació no només tenen la missió concreta d'erradicar el feixisme, ferms en primera línia de foc, sinó també aquesta obra específica d'estructurar la revolució".[3]

Ingressar a l'IOV suposava assegurar-se persones afins a l'anarquisme en els quadres professionals, polítics, intel·lectuals, artístics i científics. Recordem que els instituts per a obrers van ser un assaig pedagògic —regulat pel Decret de 21 de novembre de 1936— encaminat a formar els i les millors estudiants declarats antifeixistes, majors de quinze anys, amb capacitat d'assumir un Batxillerat abreujat i intensiu en quatre semestres.[4] Per a això, joves dels dos sexes havien de demostrar les seues aptituds i afrontar dos anys d'esforç intel·lectual "fins a aconseguir el títol de Batxillerat amb plena validesa acadèmica".[5] Les seues directrius anaven dirigides a la igualtat de gènere, amb ensenyament laic, científic i actiu, i s'abonava

1 NAVARRO NAVARRO, F. J., en ESCRIVÁ MOSCARDÓ, C. i MAESTRE MARÍN, R., *Cultura para todos. El movimiento libertario y la educación, 1936-1939*, València, L'Eixam, 2012.

2 Ibid. pàg. 10.

3 "Mañana hablaremos de cultura…", *Orientaciones. Órgano de la Federación Regional de Sindicatos de la Enseñanza del Centro, CNT-AIT*, núm. 1, 13 de febrer de 1937, pàg. 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, pàg. 567.

5 Escrivà Moscardó, C. *Los Institutos para obreros. Un hermoso sueño republicano*, València, L'Eixam, 2008, pàg. 31.

als estudiants una indemnització econòmica com a aportació a les despeses familiars, en règim d'internat i migpensionista per a professors i alumnat mixt. Es van obrir instituts obrers, per aquest ordre, a València, Sabadell, Barcelona i Madrid. L'IOV, primer a inaugurar-se i el que més temps va estar en actiu —pel desenllaç de la guerra—, es va beneficiar del planter de docents que s'hi van traslladar després del setge a la capital d'Espanya. La seua missió oficial, com recordaven constantment els òrgans de propaganda, va ser la de formar els dirigents de la nova societat, professionals de la medicina, les matemàtiques, la farmàcia, la literatura, etc., sorgits del poble:

> "Cap a la construcció d'un futur necessari de ciutadans nous la formació dels quals, a més d'endinsar-se en el terreny del creixement personal, es dirigira igualment al desenvolupament col·lectiu, a la construcció de l'avindre d'una societat que es volia nova, diferent d'aquella contra la qual es lluitava en aquella guerra incivil".[6]

Aquests instituts van ser per a tots els sindicats, les organitzacions i els partits polítics el pont perquè els seus afiliats accediren a la cultura necessària per a construir el nou país que imaginaven.

## 2. La preocupació per l'educació dels joves llibertaris

La cultura va ser un objectiu perseguit per les classes treballadores, que van obtindre amb la Constitució republicana de 1931 unes lleis que auguraven un futur millor per als fills i les filles del poble. "La benvinguda de la República en 1931 va ser també una salutació al que es va creure que portaria el futur, sobretot el canvi d'una situació de sobte per una altra de ciutadà".[7]

El colp d'estat que va iniciar la guerra el juliol de 1936 va ser l'inici d'una revolució llibertària que, al seu torn, va suposar una transformació educativa amb una mirada cap a la capacitació de la classe treballadora. Es van fomentar els ateneus,[8] les biblioteques, les escoles racionalistes, la constitució de colònies en règim col·lectiu de xiquets i xiquetes evacuats dels fronts de guerra,[9] i la culminació educativa que es va organitzar a Madrid, mitjançant el Consell Local de Cultura, amb la constitució d'un Batxillerat confederal.[10]

Anarquistes i anarcosindicalistes van apostar "per un model d'escola racionalista, laica i coeducadora",[11] com a principi de llibertat i justícia. Una doctrina, com apunta el professor

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.), V*alència, capital cultural de la República, 1936-1937. Congrés internacional*, València, PUV, 2008, pàg. 487.

7 Ibid, pàg. 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*, València, Generalitat, 2002.

9 Escrivá Moscardó, C. i Maestre Marín, R., *Cultura para todos. El movimiento libertario y la educación, 1936-1939,* València, L'Eixam, 2012, pàg. 183-201.

10 Fernández Soria, J. M., *Educación y cultura en la Guerra Civil. España 1936-1939*, València, Nau llibres, 1984, pàg. 102.

11 Navarro Navarro, F. J., *A la revolución por la cultura. Prácticas culturales y sociabilidad libertarias en el PV*, 1931-1939, València, PUV, 2004, pàg. 102.

Juan Manuel Fernández Soria, "lliure de la funesta influència d'una pedagogia dogmàtica"[12] i que, en les circumstàncies que s'hi vivien, havia de ser facilitada ràpidament als joves que ja havien passat l'edat escolar, que eren el present i serien el futur. "Per això, l'únic afany de la joventut ha de ser estudiar i capacitar-se professionalment i socialment, per a donar un camí assenyat a la nova societat que naix".[13]

Hi ha veus crítiques que apunten que aquesta educació anava dirigida a formar iconoclastes, però no hem trobat en els testimoniatges consultats aquesta creença. Al contrari, en les entrevistes conservades, l'alumnat del Durruti està orgullós de rebre una educació científica i neutra, allunyada de l'escola anterior a la Segona República. Malgrat això, sabem que els textos que treballaven i les lectures estaven polititzades en molts casos, com veurem més avant. En el cas de l'IOV sí que localitzem proves del pes dels partits polítics, especialment el PCE, que va fer que cessaren el comissari director per no voler censurar uns cartells del POUM.

Durant la guerra, la joventut àcrata necessitava, a més d'instruments formatius, instruments sindicals: "Som partidaris que la capacitació de la joventut, com a matèria pensant i creadora, ha de polir-se en el si de les joventuts i enrobustir-se en els sindicats".[14] En l'article "Triple revolución" s'expliquen les línies que calia seguir per a aconseguir aquest objectiu, en què es reclamava el protagonisme dels llibertaris:

> "Hem de fer la revolució cultural, donar curs als nostres cervells, despertar les nostres intel·ligències, renovar les ciutats, fertilitzar els camps i construir un món nou […]. Les intel·ligències clares, filles nascudes de les entranyes del poble, estaven enfosquides i condemnades a la misèria per mancar de recursos econòmics i mitjans per a desimboldre's […]. No hi ha hagut selecció dels millors. Hi ha hagut imposició dels diners. Però no ordenarem la nova vida social i econòmica si no fem la revolució cultural".[15]

Per tant, des de la perspectiva d'aquell temps, era el moment de forçar el rumb cap a un canvi estructural de la societat per mitjà de l'educació. Els joves anarquistes que reclamaven la seua formació van assumir el repte de convertir-se en dirigents i l'alumnat de l'Internat Durruti va fomentar aquesta creença:

> "Una vegada capacitats revolucionàriament, sabrem demanar la cultura que ha de convindre a la pròxima societat espanyola, no consentirem que als futurs productors se'ls canalitze per principis sectaris, perquè amb això faríem un gran mal, no només a les nostres idees, sinó que clavaríem un dard enverinat en la nostra generació. La cultura que nosaltres exigim, basada en el més pur racionalisme, […] la farem arribar fins als instituts, fins a les universitats. […] mai hem

12 Fernández Soria, J. M., *Educación y cultura en la Guerra Civil. España 1936-1939*, València, Nau llibres, 1984. pàg. 102.

13 "La juventud, forjadora de una nueva sociedad", *Revolución. Semanario de la Federación Local de Juventudes Libertarias de Madrid*, núm. 16, 21 de juliol de 1937, pàg. 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 juliol de 1937, pàg. 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 febrer de 1937, pàg. 1.

> concebut que l'autèntic valor científic puga materialitzar-se fins a l'extrem que, com ocorria en la societat capitalista, un savi arribe a ser-ho per l'estímul de la vida confortable […]".[16]

Aquell desig era l'objectiu utòpic que es plantejaven, i per a molts d'aquells joves les classes que l'Internat Durruti oferia eren les portes per a aconseguir-ho, primer capacitant-se per a aconseguir entrar a l'IOV i després a les universitats. Van aprofitar el projecte dissenyat des del Ministeri d'Instrucció Pública del Front Popular, amb el ministre comunista Jesús Hernández Tomás al capdavant, i quan el Ministeri va passar a les mans de l'anarcosindicalista Segundo Blanco González, des d'abril de 1938, van obtindre més suport institucional.

## 3. L'Internat Escola Durruti de la CNT

Com ja hem dit, el Durruti va ser un centre educatiu per a facilitar l'ingrés a les escoles militars i a l'IOV. Un exemple semblant el tenim en l'Internat Escola de Guerra de Sarrià que va organitzar la CNT a Barcelona, on també es va oferir la preparació per a accedir a l'institut obrer de la ciutat comtal. Cal assenyalar una dada: l'única dona que va aconseguir ingressar i que va aprovar va ser Adoración Sánchez Sánchez.[17]

La idea de l'organització de l'Internat Durruti es remunta a la fi de 1936, quan el Comité Nacional residia a València. Així ho va narrar Macario Royo Lisbona,[18] amb 92 anys:

> Quan jo estava a València en el Comité Nacional, com en l'ambient de la CNT eren contraris a ser caps, o comissaris, en el primer curs que va haver-hi en el comissariat de voluntaris es va cridar també la CNT i, en arribar l'examen, no van aprovar ningú i justament en aquell moment –en què jo era encarregat de la Secció de Defensa– un professor que era també de la CNT em va dir: "Mira, sembla que han volgut burlar-se d'això de ser comissaris. Han enviat fins i tot analfabets". Això ens va fer crear un internat. Com a Durruti el van matar el 20 de novembre del 36, i això ja va ser després de la seua mort, doncs es va anomenar Internat Durruti. I, al mateix temps, el Govern va fer un decret per a estudiar el Batxillerat abreujat en dos anys [...], en crear l'Internat Durruti i en ser aprovats pels professors propis, perquè també eren aprovats tant per a comissaris com per a tinents en campanya, que també es feien les dues coses, i el mateix per al Batxillerat. Si no van aconseguir el Batxillerat, va ser perquè la guerra va anar malament, però sí que els va valdre, com a aquell del Ciprés,[19] que després estava ací en una empresa de les principals [...].[20]

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 d'abril de 1937, pàg. 11.

17 Escrivá Moscardó, C. i Maestre Marín, R., *Cultura para todos. El movimiento libertario y la educación, 1936-1939*, València, L'Eixam, 2012, pàg. 205.

18 Macario Royo Lisbona, anarquista aragonés. Impulsor de les idees llibertàries al Mas de las Matas (Terol), on l'any 1933 va promoure la implantació del comunisme llibertari.

19 Manuel Ciprés Buñuel, alumne del Durruti. Exiliat a França. L'any 1948 va ingressar en la Federació Local de la CNT de Saint Henri. El seu pare, José Ciprés "Sarramiau", va formar part de la resistència francesa, en la xarxa d'evasió del grup Ponzán, per a ajudar a evadir-se dels nazis.

20 Entrevista feta per Andrés Añón Serrano, a Barcelona, el juliol de 1988.

L'any 1937 s'inicia l'activitat al Durruti dirigida a la formació per a l'ingrés a les acadèmies de guerra. La primera informació documental a la qual hem tingut accés data del 2 d'abril; s'hi avala Agustín Romeu Deval per a l'escola preparatòria de l'Organització Confederal de València.[21]

El Durruti, com a organisme al servei de la joventut d'ideals llibertaris per a facilitar l'accés a la segona convocatòria de l'IOV, va iniciar les classes a la fi del mes de juliol de 1937. La Federació Local va enviar a tots els sindicats de la CNT la convocatòria. Des de juny fins a finals de juliol de 1937 es van generar els avals i es va obrir un període d'inscripció per a l'ingrés al Durruti, amb l'ajuda dels sindicats de la regió. Les propostes obligatòriament havien de ser avalades pel sindicat de l'ofici en què es militava. S'enviaven homes i dones que moltes vegades sorgien de votacions de l'assemblea perquè els consideraven amb qualitats per a l'estudi.

L'Internat va ocupar un cèntric convent situat al carrer Balmes, 29. Un edifici que va pertànyer a la CNT, després de la confiscació d'aquest, segons testimoniatge oral.[22] Les classes s'impartien en uns locals també confiscats del carrer Carnissers, que havien pertangut a l'Escola Pia.[23]

Francisco González del Valle va ser l'encarregat de fer reparacions de manteniment a l'Internat. Ell recordava:

> "Era com un col·legi major universitari, hi havia seccions […]. No hi havia res tancat amb clau. Les habitacions eren individuals, però també altres parts, com els salons, s'usaven com a dormitoris compartits. En les tauletes de nit hi havia llibres i la roba estava plegada. Tot molt cuidat i endreçat".[24]

Les característiques eren: formació per a alumnes dels dos sexes, en règim d'internat; ensenyament, hostalatge, manutenció[25] i servei de bugada gratuït; material escolar facilitat pel centre i biblioteca.

La premsa confederal es va fer ressò de la notícia de l'obertura de les convocatòries per a l'IOV, i va convidar a participar-hi els obrers i obreres "amb unes condicions d'intel·ligència i una vocació per a l'estudi que els permeten aconseguir una sòlida formació intel·lectual".[26]

Els ensenyaments al Durruti eren de cultura general i específica per a l'ingrés a l'IOV. Els aspirants havien de contestar davant del Comité Seleccionador sobre coneixements generals, preparació i dades biogràfiques; lectures comentades de dos autors moderns, un triat pel Comité i un altre per l'aspirant; dos exercicis de redacció, un lliure i un altre triat pel Comité, i problemes senzills de matemàtiques, en relació amb la professió habitual de l'aspirant.[27]

21 Escrivà Moscardó, C., El Internado-Escuela Durruti, 1937-1939, València, L'Eixam, 2011, pàg. 53.

22 Testimoniatge de Carmen Bernial Pedro, alumna de l'Internat Escola Durruti i més tard de l'Institut Obrer.

23 Testimoniatge d'Agustín Quiles Manta, alumne de l'Internat Escola Durruti i més tard de l'Institut Obrer.

24 Escrivà Moscardó, C., *El Internado-Escuela Durruti, 1937-1939,* València, L'Eixam, 2011, pàg. 54.

25 El menjador estava atés pel Sindicat Gastronòmic. Afirmació de Carmen Bernial Pedro, alumna de l'Internat. El seu pare pertanyia a aquest sindicat.

26 *Fragua Social. Órgano de la Confederación Regional del Trabajo de Levante*, 29 de juliol de 1937, pàg. 3.

27 *La Hora. Diario de la juventud,* 23 de juliol de 1937, pàg. 8.

Per això, les assignatures comprenien: Història, Geografia, Matemàtiques, Ciències Naturals, Redacció i Lectura Comentada. La permanència en l'Internat estava compresa des de l'ingrés fins a la verificació de les proves d'aptitud a l'IOV. S'oferia la tramitació de documentació i, en cas de suspens, es produiria automàticament la baixa. L'edat per a l'admissió era entre 15 i 35 anys, joves no mobilitzats o que foren ferits de guerra. L'alumnat havia de dedicar, quasi exclusivament, les hores a les classes a l'aula i a l'estudi.

En els mesos que van transcórrer entre el segon i tercer curs semestral de l'IOV, des de setembre de 1937, l'Internat va continuar funcionant. El novembre de 1937 es feien classes de preparació d'agents, com ho demostren les nòmines redactades al carrer de la Pau, número 29, seu de la Federació Regional d'Ensenyament de la CNT de València, pràctica que va continuar fins al febrer de 1938. Al mes de març, sota l'epígraf "Preparació de la joventut per al seu ingrés en l'Institut Obrer", va aparéixer una nova circular dirigida a les Joventuts Llibertàries, l'Agrupació de Dones Lliures i sindicats de la CNT, signada conjuntament per la Secretaria de la Federació Regional de Sindicats de l'Ensenyament i el secretari del Comité. Aquesta circular hi aporta una informació important:

> "L'any passat ja es va fer aquesta tasca. De les 150 places que demanava el Ministeri d'Instrucció Pública, per a l'Institut Obrer, la majoria van correspondre a xics de la CNT, prèviament preparats a l'Internat Durruti, per professors competents. I, comprenent que havíem de continuar fent aquesta obra cultural i d'elevació intel·lectual de la joventut i disposar-la per a una millor capacitació, ens proposem fer el mateix que l'any passat. Per a enguany, el Ministeri d'Instrucció Pública només demana 75 places per a l'Institut Obrer de València. Actualment tenim a l'Internat quasi un centenar de xics. És d'esperar que els resultats siguen tan satisfactoris com l'exercici anterior. A l'Internat els xics estan ben atesos, per a la qual cosa el Comité Regional i la Federació Regional de Sindicats de l'Ensenyament s'afanyen i posen tot el seu afecte i interés".[28]

El dia 9 de novembre de 1938 apareix en la *Gaceta de la República* una nova convocatòria per a l'IOV —estava programat l'inici del quart semestre el dia 2 de gener de 1939— i l'Internat torna a impartir classes de capacitació per als seus joves sindicalistes. La guerra acaba però, malgrat això, la majoria de l'alumnat del Durruti aprova els exàmens. Es van completar un total de tres cursos, l'últim dels quals va acabar en 1939.

## 4. L'alumnat de l'Internat Durruti

L'esforç que l'alumnat va fer per a preparar les proves d'ingrés a l'IOV va ser màxim. Els aspirants de les províncies de València, Alacant, Castelló, Múrcia i Albacete van presentar avals dels seus sindicats. Molts d'aquests llibertaris van aconseguir ingressar a l'IOV, entre ells he pogut consultar les entrevistes a Graciano Aparicio, Salvador Gandía, Carmen Bernial Pedro, Consuelo Montesinos i Ángeles Espí Silvestre, de la segona convocatòria. Agustín Quiles, Joaquín, Francisco Ramírez i Francisco Santana de la tercera convocatòria i Celedonio Aparici, de la quarta convocatòria de l'IOV que el 1939 ja no va poder començar les classes per haver conclòs la guerra.

28 *Boletín del Comité Regional de la Confederación Regional de Levante*, núm. 7, 15 de març de 1938, pàg. 4.

Els joves del Durruti van descobrir aspectes de la vida que fins a aquell moment desconeixien "per la nostra ignorància", va comentar Graciano Aparicio Selvi, i van reclamar, per exemple, informació sobre relacions sexuals, com va manifestar Joaquín Juste Redó: "nosaltres exigíem als nostres mestres que ens parlaren amb tot detall sobre les malalties venèries". Els records d'aquests exalumnes formen part de l'arxiu oral de l'Associació Cultural Institut Obrer, a més de les anotacions que es van poder obtindre en les seues tertúlies setmanals, fins a l'any 2012.[29] En una d'aquestes tertúlies, Francisco Santana Aznar va recordar la frase següent: "Qui patisca el mal de creure en Déu, que s'ho guarde en la seua consciència, i l'adore i l'empare fins que la instrucció el cure".

De tots ells, Francisco Ramírez Izquierdo va ser qui va aportar més dades sobre la docència que s'hi impartia. Segons les seues paraules, el professor José María Catret va explicar la Revolució Francesa i els va demanar una redacció sobre el tema "Llibertat, Igualtat, Fraternitat". Va estar redactant-la gran part de la nit. L'endemà, el professor anava dient les notes dels companys. Paco s'impacientava, la seua la va deixar per al final. La va puntuar amb un 10 i un punt més. L'excel·lent nota, escrita en roig, va ser per a Ramírez un motiu d'orgull. Va recordar també les conferències i xarrades que es feien diàriament de vuit a nou de la vesprada a la biblioteca, on la companya Consuelo Montesinos Bresó, que havia sigut anteriorment alumna del Durruti, els explicava el funcionament d'aquest en la seua qualitat de delegada del Sindicat en el claustre de professors de l'IOV.[30]

La biblioteca estava composta d'un gran nombre de llibres i de premsa confederal: "a València van arribar a editar-se quasi quaranta publicacions periòdiques relacionades amb els mitjans àcrates i confederals durant la guerra".[31] Francisco Ramírez va guardar alguns d'aquells diaris i, gràcies a això, tenim la imatge d'un dels segells imprés en una pàgina.




*Segell de les Joventuts Llibertàries de l'Internat Durruti.* AACIO

29 Les reunions tenien lloc a la seu de la Societat Coral el Micalet de València.

30 Escrivà Moscardó, C., *El Internado-Escuela Durruti…*, pàg. 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. Congrés internacional*, València, PUV, 2008, pàg. 715.

Una altra informació ens arriba de la veu de Regina Gil Pedro, que va comentar que a l'Internat s'estudiava esperanto i que, com a llibre de referència, tenien *Sembrando flores* de Federico Urales. Ella "va pertànyer a les Joventuts Llibertàries del Mas de las Matas".[32]

Joaquín Juste Redó va recordar el bon ambient que s'hi respirava i la germanor que es va crear entre els admesos. Els ensenyaments es dirigien a preparar els temes que solien eixir en les proves d'aptitud, en les quals l'oralitat i la formació en continguts polítics i revolucionaris es valoraven en extrem. Agustín Quiles Mantas va recordar haver fet un treball sobre la Revolució Mexicana amb Zapata i Pancho Villa, i que aquest tema li va servir per a ingressar a l'IOV.

Respecte als professors, Quiles va afegir que un d'ells havia sigut rector abans de la guerra i que tot era social. Carmen Bernial i Ángeles Espí ens van parlar de la professora de Ciències Naturals, Azucena Pérez Pont, que els va recomanar llegir textos de Federica Montseny, a la qual cosa Carmen afegeix que "ens va preparar bé".[33]

L'educació impartida va aconseguir que, de la primera convocatòria, ingressaren a l'IOV 50 alumnes, més d'un terç del total dels seleccionats.[34] En la següent convocatòria, el resultat va ser encara millor: de les 150 places oferides, més de la meitat va ser alumnat del Durruti. En el tercer i últim curs que es va dur a terme –que havia de començar a la fi de l'any 1938–, es pot presagiar que també es van obtindre bons resultats. La dinàmica de la guerra feia que entre l'alumnat cada vegada hi haguera més dones i que entre els homes alguns foren mutilats i refugiats procedents d'altres regions del país.

Celedonio Aparici Aparici, estudiant de l'últim curs del Durruti, va dir que després d'aprovar la prova d'aptitud a l'IOV va tornar en 1939 a Alcoi, amb la recomanació que a casa li marcaren tota la roba amb el seu nom i adquirira els productes d'higiene, però l'IOV ja no va continuar. "Un dia, el meu pare em va envoltar amb el seu braç mentre pujàvem pel carrer de Sant Nicolau i em va dir: «Celedonio, hem perdut la guerra». I el que va començar en aquell moment va ser el túnel dels temps".[35]

## 5. Docents i col·laboradors

El setembre de 1938 es va posar en marxa un reglament per al funcionament de l'Internat Durruti, i Luis Úbeda Canero en va ser designat delegat.[36] Abans ho va ser L. Rodríguez. La residència també va funcionar com a casa de convidats vinculats a l'Organització. Una de les persones que hi va pernoctar va ser el periodista llibertari Mauro Bajatierra Morán.

Segons la documentació investigada al Centre Documental de la Memòria Històrica, referent a les nòmines del professorat i la correspondència emesa, l'Internat va tindre la col·laboració del Sindicat Únic de l'Ensenyament, quan el secretari d'aquest era Dantón Canut. Després va

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, pàg. 1.266.

33 Escrivà Moscardó, C., *El Internado-Escuela Durruti…*, pàg. 210.

34 Fernández Soria, J, M., "Profesores, escolares y textos en el Instituto para Obreros de Valencia" …, pàg. 488.

35 Escrivà Moscardó, C., *El Internado-Escuela Durruti…,* pàg. 201.

36 *Nosotros. Portavoz de la Federación Anarquista Ibérica*, núm. 79, 19 de setembre de 1938, pàg. 2.

ser el mestre nacional Enrique Beta Espert, que va arribar a ser director provincial de Primer Ensenyament de València.[37] L'abril de l'any 1937, la Federació de Sindicats Únics de l'Ensenyament de la CNT tenia com a secretària Azucena Pérez Pont.

Dantón Canut Martorell va nàixer a València en 1907. Va ser un dels col·laboradors i un prestigiós professor de l'Escola Normal de Mestres de la Federació Universitària Escolar (FUE) de Magisteri, quan en els seus primers moments va mantindre una escola nocturna.[38] Com a docent va treballar a l'Escola Mixta Graduada Casa de la Democràcia i va ser secretari del Sindicat Únic de l'Ensenyament de València de la CNT, amb carnet número 2. L'abril de 1937 va ser nomenat pel Ministeri d'Instrucció Pública membre de la comissió encarregada d'elaborar un nou pla d'estudis per a l'escola primària, però va ser substituït a la fi del mateix mes.[39] El 19 de maig de 1937 va partir cap a Mèxic al costat de l'expedició dels xiquets de Morelia, en què va ser responsable dels xiquets refugiats de la guerra. Va morir als 83 anys a la ciutat de Mèxic.

Azucena Pérez Pont va nàixer a València i va llicenciar-se en ciències l'any 1933. Es va doctorar a Madrid i es va allotjar a la residència de senyoretes el curs 1933-1934. Va ser secretària del Sindicat Únic de l'Ensenyament de València, CNT i directiva de l'Escola Cossío de València l'any 1937. Nomenada delegada del Consell Nacional de la Infància Evacuada a València l'abril de 1938, l'agost d'aquell any va exercir la Direcció dels Serveis Generals de Residència i Evacuació, Personal i Orientació Pedagògica i Inspecció de Colònies quant a la instal·lació, l'organització i la tasca pedagògica.[40] Casada amb Eduardo Albertos García, en el primer franquisme va viure de fer classes particulars al seu domicili.[41]

Alguns dels professors del Durruti van ser Estanislao Brull i Tomás Tortajada, d'Història; L. Campos, de Geografia; D. Recio, Cipriano Montañana i Manuel Fuertes, de Matemàtiques; L. Casado, R. Pla, J. Santandreu i J. Muñoz, de Lectura Comentada; Rafael Martínez i Ismael Martínez, de Ciències Naturals, i Amalio Santandreu, Antonio Peiró, José María Catret i Vicente Cervell, de Redacció.

El Sindicat Únic de l'Ensenyament de la CNT va ser refugi de professors dretans que van viure durant la guerra camuflats entre les seues sigles, i Enrique Beta Espert va tindre molt a veure en aquest fet.[42] Entre el professorat del Durruti hi ha diversos docents que eren de dretes i fins i tot sacerdots, com "Amalio Santandreu, rector de Burjassot; Estanislao Brull, coadjutor de la parròquia de Santa Mònica, i Ismael Martínez, prevere i director de l'Acadèmia Santo Tomás de Villanueva".[43] La CNT proporcionava avals i era més fàcil aconseguir-los per mitjà dels minsos requeriments del sindicat anarquista. També a l'IOV uns quants dels

37 *Gaceta de la República*, núm.159, 8 de juny de 1938, pàg. 1.243.

38 Ruiz Rodrigo, C., *Política y educación en la II República. Valencia 1931-1936*, València, Universitat, 1993, pàg. 191.

39 *Gaceta de la República*, núm. 120, 30 d'abril de 1937, pàg. 467.

40 *Gaceta de la República*, núm. 220, 8 d'agost de 1938, pàg. 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. pàg. 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 Universidade*s, núm.17, 2014, pàg. 157.

43 Ibid. pàg. 158.

seus professors es van afiliar a la CNT per a salvaguardar el seu lloc de treball, i alguns d'ells com a quintacolumnistes. I, efectivament, van aconseguir viure durant la guerra i continuar desenvolupant la seua professió durant el franquisme.

## 6. Conclusions

L'Internat Escola Durruti va ser un pont per a la militància política llibertària fins a l'Institut Obrer de València. Pels resultats obtinguts, aquest pont va funcionar a la perfecció. La creença que va portar a concretar-lo va ser la necessitat d'aconseguir una nova formació per a la nova societat. En l'estructuració d'aquest nou ordre de vida era a la joventut a qui corresponia aquesta tasca. Si això respon a una idealització en major o menor grau, en el cas de l'Internat Durruti no hem trobat documents que ho corroboren, encara que sí que podem estirar de diversos fils.

Més enllà d'aquesta mirada utòpica, arrelada en els testimoniatges consultats per a aquest estudi, sembla que aquest centre tenia una altra utilitat, que podem definir com a "objectiu" perquè no sabem si es va dur a terme de manera sistèmica o aïllada. Es tractaria de la conscienciació política indirecta de l'alumnat, mitjançant l'anàlisi de textos i lectures vinculades al moviment anarquista. D'altra banda, sí que sembla clara la voluntat de col·locar aquests joves en el lloc en què, presumiblement, s'estaven formant els nous pilars de la Segona República dins d'una revolució, com una hipotètica formació d'agents. Cal destacar el fet que l'Internat també servira com a casa de convidats vinculats a l'organització anarquista.

La crida va ser exclusiva per a les organitzacions afins a la seua mateixa ideologia. Aquestes hi enviarien els seus joves perquè reberen una excel·lent preparació. Gràcies als testimoniatges consultats, podem conéixer els detalls d'una època de canvis, en un espai en el qual, mitjançant la formació, s'intentaria generar una nova societat.

## Referències Bibliogràfiques

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.

ESCRIVÁ 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.

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.

# CREACIÓ DE PRODUCTE TURÍSTIC DEL PATRIMONI BÈL·LIC DE LA GUERRA CIVIL ESPANYOLA A LA COMUNITAT VALENCIANA EN LA LÍNIA XYZ (BATALLA DE LLEVANT)

Eugeni-Josep De Manuel Rozalén
Vicent Gil Olmedo

**RESUM:** Els vestigis de la Batalla de Llevant de la Guerra Civil Espanyola són una valuosa oportunitat per al desenvolupament sostenible de l'espai territorial XYZ. Dotats de protecció cultural els recursos, com BRL, s'impulsa la configuració del producte turístic MEMÒRIA capaç de generar activitat econòmica en un territori interior caracteritzat per la «demotanasia» i xicotets municipis.

Sobre la base d'un relat històric i científic es posen sobre la taula tres Nodes Turístics, Rutes i Itineraris i Centres d'Interpretació. La col·laboració publicoprivada és considerada clau per a garantir l'èxit.

**PARAULAS CLAU:** Guerra Civil Espanyola, Batalla de Llevant, Línia XYZ, Desenvolupament sostenible del territori, Producte turístic, Memòria, Rutes i Itineraris, Centres d'Interpretació, Col·laboració publico privada.

ABSTRACT: FALTA TRADUCCIÓI

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.

**SUMARI:** 1. Relat històric.- 2. El territori. Actors i eines.- 3. Desenvolupament. Les tres S.- 4. De recurs a producte.- 5. Sistema d'actuació.- 6. Públic objectiu.- 7. Nodes turístics.- 8. Translació a altres espais del País Valencià.- 9. Conclusions



Exposició Projecte Landcapes of War. Viver (2008) Fons Documental FVMP

## 1. Relat històric

La Batalla de Llevant és un episodi de la Guerra Civil Espanyola que s'està donant a conèixer en els últims anys gràcies a diverses publicacions recents. Aquest ostracisme ens pot portar a pensar que es tracta d'un episodi bèl·lic menor, però res més lluny de la realitat, doncs les raons han sigut unes altres. De fet, el nombre de baixes, el total de soldats participants o la despesa d'armament parlen per si soles sobre l'entitat dels esdeveniments que es van viure en els pobles de Castelló i de Terol. Aquestes raons són, d'una banda, polítiques, doncs el resultat de la Batalla de Llevant va ser desfavorable als qui van guanyar la guerra i van escriure la història durant molts anys. Però també s'ha silenciat des de la historiografia republicana, per centrar-se des de València (que sempre va ser rereguarda) en altres camps d'estudi com les col·lectivitats, la revolució política, els poders alternatius, la cultura antifeixista, l'agitació i propaganda, les experiències educatives, la repressió i la violència de rereguarda. Amb això es va menysvalorar el vessant militar del conflicte, dels soldats d´espardenya, que es va donar amb excepcional força a Castelló, on existia cert buit historiogràfic.

El 15 d'abril de 1938, l'exèrcit de Franco va ocupar Vinaròs i va aconseguir separar Catalunya de la resta del territori republicà. Després d'aquest colp, Franco va decidir continuar avançant cap al sud, una decisió que sempre ha generat molts debats i controvèrsies entre els historiadors, però que a posteriori podem jutjar com un fracàs, alguna cosa directament relacionat amb el fet que la Batalla de Llevant siga coneguda també com la Batalla Oblidada (1) o la Batalla Silenciada (2).

L'Exèrcit revoltat planejava prosseguir el seu ràpid avanç i arribar a València als pocs dies, però l'orografia, la bona organització de l'Exèrcit republicà i la participació del poble conformant un autèntic Exèrcit Popular de la República, van aconseguir posar fre. La intensitat del foc artiller i de l'aviació (especialment la lleial a Franco: Aviazione Legionària i Legion Kondor), així com les decidides maniobres de la infanteria, van donar motiu a alguns dels episodis bèl·lics de major duresa de tota la Guerra Civil Espanyola. Per la part republicana, el General Rojo i Leopoldo Menéndez van seguir una tàctica molt efectiva, que va consistir en la creació sobre

el mapa de tot un seguit de línies defensives per a alentir l'avanç franquista i, mentrestant, fortificar contundentment la línia principal, anomenada XYZ. A pesar que habitualment s´ha associat el significat de les seues lletres al qual designava en cartografia la referència per a situar els punts de la latitud, la "X", la longitud, la "Y" (en castellà) i l´altura "Z", que és com es designen les coordenades de la UTM, era, doncs, la situació cartogràfica de les posicions construïdes. Així i tot, se li va donar aquet nom pensant més en el seu caràcter finalista, és a dir, després de la XYZ ja no hi havia res, i tot estava perdut per a la ciutat de València. Aquest és el sentit que li va donar, en les seues memòries, el comandant de´Estat Major de la 54 Divisió Gonçal Castelló, que va participar en la Batalla de Llevant en la defensa de Viver (3).

El territori era el lloc escollit per a presentar la gran batalla, ja que era el lloc ideal per a neutralitzar la superioritat de l'aviació i l'artilleria de l'exèrcit rebel, com així va ser.



La Costalata. GASCÓ, Rogelio. Fons Documental FVMP

El lema de l'Exèrcit republicà era el de «resistir es vencer», ja que el temps era important per a poder fortificar i també per a esperar una reacció d'altres països europeus o l'inici de la Segona Guerra Mundial. Hitler amb la invasió dels Sudetes estava creant les condicions necessàries perquè esclatara un conflicte en el qual, malgrat tots els menyspreus cap a la República Espanyola per part de les democràcies europees, es convertirien en aliats en la lluita contra el feixisme.

Tal com hem comentat abans, el desenvolupament de la Batalla de Llevant es va donar a una velocitat molt menor de la prevista per les tropes de Franco. Aquestes avançaven, però no es tractava d'un avanç continuat, sinó a salts, tot fruit de la tàctica republicana basada en línies de defensa (4). Per exemple, en el riu San Miguel, al sud d'Alcalà de Xivert, les tropes republicanes van resistir del 6 de maig a l'11 de juny, fins que les posicions van ser envoltades per l'interior a través d'una tercera via.

La línia XYZ, també coneguda com a «Línia Matallana», es va planificar el 3 de maig de 1938, per una comissió presidida per Tomás Ardid, i la seua construcció es va iniciar molt ràpid a

càrrec de la Comandància General d'Enginyers del Grup Exèrcits de la Regió Central. El seu traçat (5) estava format per 14 punts de resistència:

1. Altures d'Almenara pel nord, fins a les basses i amb posicions avançades en Villagut i la Llosa.
2. Vèrtex Picayo.
3. Km 18 de la carretera de Soneja a Nules.
4. Km 7 de la carretera d'Almedíxer a Ahín.
5. Matet.
6. Nord de Gaibiel.
7. Viver-Xèrica, amb posicions entre Viver i Teresa per a batre el pla.
8. Begís.
9. Canales
10. Andilla.
11. Abejuela.
12. La Yesa
13. Arcs de les Salines
14. Santa Creu de Moya

En aquesta línia van treballar més de 14.000 persones i en ella es van enfrontar pràcticament mig milió de soldats: uns 220.000 per la part republicana i 260.000 per la part revoltada. Els seus 150 quilòmetres de longitud, replets de trinxeres, búnquers i tot tipus de construccions, la converteixen en la major línia fortificada de tota la història d'Espanya (6).

Cal explicar que la línia estava planificada en profunditat, és a dir, que era una línia composta de línies en diferents nivells d'avantguarda i rereguarda (7). En altres paraules, no era una línia estreta, sinó una franja de territori fortificada. Tampoc es tractava d'una construcció ininterrompuda, sinó de trams discontinus, escalonats i estratègicament situats. Els enfrontaments en aquesta línia van ser els més intensos i els més mortífers de tota la Batalla de Llevant, especialment per a les tropes lleials a Franco, que van voler travessar-la sense èxit, malgrat l'enorme despesa humana emprada. Quan l'exèrcit atacant passava pel seu pitjor moment, el 25 de juliol de 1938, el General Vicente Rojo va aprofitar per a iniciar una ofensiva des de Catalunya que va desembocar en la Batalla de l'Ebre i que suposa el final de la Batalla de Llevant.

En paraules de Beevor (8) referides als combats de la XYZ:

> *Aquesta acció republicana, purament defensiva, va ser una victòria molt major que la tan famosa de Guadalajara, encara que fóra menys espectacular. Amb 20.000 baixes nacionals per 5.000 republicanes, l'eslògan «resistir és véncer» tenia, a la fi, algun sentit. El lamentable va ser que els dirigents republicans no aprengueren d'aquesta batalla i continuaren donant prioritat a consideracions polítiques i de propaganda sobre l'eficàcia militar.*

També cal destacar l'eficàcia dels coneguts com búnquers - trinxera, amb un nom bastant descriptiu, ja que aquestes trinxeres disposaven d'un búnquer en el qual protegir-se dels bombardejos per a poder tornar immediatament a la posició abans de l'arribada de la infanteria, que solia assaltar les posicions després de llargues preparacions artilleres i de l'aviació, que buscaven provocar la desbandada per a aplanar el camí.

El front es va estabilitzar durant mesos en la línia XYZ, temps que es va aprofitar per a realitzar fortificacions i perquè els republicans realitzaren alguns contraatacs de gran duresa, entre els quals destaca el fallit de novembre de 1938 a Nules, en el qual els atacants van patir prop de 5.000 baixes. Aquest temps per a fortificar ho van aprofitar els sapadors de l'exèrcit de Franco per a construir els búnquers de Nules o les trinxeres de Vilamalur que, per la seua bona conservació i bellesa estètica seran dos enclavaments a tindre en compte des del punt de vista turístic i patrimonial (9).

La Càtedra Interuniversitària de Memòria Democràtica creada al 2017 i impulsada per la Conselleria de Justícia, Administració Pública, Reformes Democràtiques i Llibertats Públiques de la Generalitat Valenciana, amb participació de la Universitat Jaume I (UJI), la Universitat d'Alacant (UA), la Universitat de València (UV) ha propiciat noves sinergies que permeten avançar en el coneixement i la difusió del període històric que comprèn des de el 14 d´abril de 1931 fins a l'entrada en vigor de l'Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana, el 10 de juliol de 1982. La transferencia de tècniques d´investigació i de metodologies ha generat l´aparició de nous estudis locals sobre diversos aspectes del període històric que donen a conéixer i valoren els esdeveniments viscuts en el territorio. D´ aquesta manera, són una realitat l´edició de noves publicacions (10) i l´organització i celebración de congressos o jornades.




Traçat Línia XYZ. MENSUA, Sergio 2017 Fons Documental FVMP

En resum, la línia XYZ va estar fortificada a consciència i, encara que el pas del temps ha sigut demolidor, han arribat als nostres dies abundants vestigis d'aquells combats. Tots ells deuen ser protegits per a garantir la seua conservació, però, a més, és necessari planificar la seua posada en valor des d'una visió totalitzadora, doncs actualment moltes iniciatives sorgeixen a nivell local i estan destinades a àmbits d'actuació limitats. Les iniciatives, generalment desinteressades, han sigut un primer pas, però aquestes s'han de vertebrar d'una forma més sistemàtica i planificar una sèrie d'actuacions amb l'objectiu de donar un valor afegit a uns béns que tenen el seu major potencial, no en la seua bellesa, sinó precisament en el seu valor històric.

## 2. El territori. Actors i eines.

La Línia XYZ va ser un Paisatge de Guerra (11). Un espai de combat directe en el qual es van produir bombardejos, artilleria pesada i lleugera, mobilització de tropes. Població desplaçada, estratègies i tàctiques militars... desapareguts. Ara es converteix en un Paisatge de Paz, per a coneixement públic de residents i turistes. Es pretén impulsar el desenvolupament econòmic i turístic del territori sobre la base de la recuperació de la memòria històrica. Es tracta de conciliar la Memòria amb el desenvolupament turístic del territori, cohesionant-lo i vertebrant-lo.




Memòria, desenvolupament econòmic i vertebració. DE MANUELROZALÉN, Eugeni (2016)

Com a tangible clúster (12), l'espai territorial de la Línia XYZ al País Valencià suposa 104,35 Quilòmetres. En la seua construcció van treballar 14.000 persones, i va aglutinar a 500.000 soldades. A més, la Batalla de Llevant va suposar la construcció de diferents línies de suport: L´Intermedia (Xelva, Andilla…), i L´Inmediata (La Vallesa...).

És un territori altament antropitzat en els quals es localitzen trinxeres, búnquers, refugis, aeròdroms, polvorins, cementeris…). Amb espais protegits mediambientalment. Ressalten el Parc Natural de la Serra d' Espadá i el Parc de la Calderona. De fàcil accés a punts difusors i amb pobles amb encant.

Els actors principals per a la posada en valor del producte MEMÒRIA es poden establir en les següents categories:

*a) Relacionats amb l'Administració pública (13)*

El territori contempla 43 municipis dels quals el 69 % tenen menys de 1.000 habitants, i el 51 % menys de 500 habitants. Això és, responen a la tipologia de xicotets municipis amb la seua caracterització variable. Estan operatives mancomunitats com la de la Plana Baixa, Alt Palància, Espadán - Mijares. La Diputació de Castelló com a suport a les entitats locals.Turisme Comunitat Valenciana té en marxa 13 Tourist-Info en 11 municipis.

*b) Iniciativa privada i tercer sector (14)*

L'espai contempla emprenedors que tenen en cartera l'experiència turística en la visita del patrimoni bèl·lic. En tot l'àmbit existeixen com a oferta reglada 112 Cases Rurals, 29 Hotels i 122 restaurants.

Existeixen associacions i entitats de cort memorialista que organitzen rutes i vistes a llocs emblemàtics. Associació per a la recuperació de la memòria històrica de l'Alt Palància, Grup de Recerca i Documentació de la UJI…

*c) Investigació*

Les Universitats, la Càtedra Interuniversitària de Memòria Democràtica (15) tenen el paper essencial de fixar el relat històric científic. El rigor de la informació per a l'experiència turística ha d'estar residenciat en el relat històric. En l'espai de la Línia XYZ, la contribució de la UJI ha sigut i és essencial.

La clau d'èxit de la posada en valor del producte turístic MEMÒRIA resideix en la cooperació institucional i en la col·laboració inter associativa. Exigeix concertació, agendes comunes, establiment d'objectius i lideratge. Conjuminar el pas de les institucions, del sector turístic empresarial, de les entitats i de la ciutadania.

Des d'una perspectiva estratègica es consideren a les persones i estructures organitzatives de missió com a eines que tenen un paper rellevant en la cadena de valor de construcció del producte turístic MEMÒRIA.




Cooperació i col·laboració. DE MANUEL ROZALÉN, Eugeni J. (2017)

En l'àmbit territorial treballen Agents d'Ocupació i Desenvolupament Local experimentats en iniciatives de promoció local. Al mateix temps, també coneixen el territori estructures locals i territorials de dinamització turística.

Els professionals de les empreses turístiques i de l'àmbit cultural han d'associar agendes, per tant és d'interés la formació en el terreny per part de Turisme Comunitat Valenciana (Programa Creaturisme) i la Diputació provincial.

Un espai important ho ocupa els Grups d'Acció Local Leader Castelló Sud 14-20 (16). I les Xarxes autonòmiques. Com les impulsades per la Federació Valenciana de Municipis i Províncies (FVMP): la Xarxa de Municipis per a la posada en valor de la Memòria Històrica -XMMH- (17), formada per 94 ajuntaments, i la Xarxa de Serveis Municipals de Desenvolupament Local (18), integrada per 134 entitats locals.




**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 Municipis membres de la Xarxa de Municipis per la posada en valor de la Memòria Històrica. LA DEFÈNSA DE VALÈNCIA 80 ANYS DESPRÉS (octubre 2018). D. 8

La XMMH es va iniciar en desembre de 2015 amb una convocatòria de l´FVMP al Consell Valenciá de Cultura, Conselleria de Investigació, Educació, Cultura i Esport, i ajuntaments que disposaven de delegació de Memòria Històrica (Segorbe i Alacant). L´agenda de la XMMH ha anat donant resposta a les demandes dels municipis, Generalitat i associacions memorialistes: intercanvi de experiències, difusió de iniciatives, protecció del patrimoni de la guerra civil, recuperació del relat històric democràtic, bones pràctiques...




Actuacions 2016 – 2018 Xarxa de Municipis per la posada en valor de la Memòria Històrica. LA DEFÈNSA DE VALÈNCIA 80 ANYS DESPRÉS (octubre 2018). D. 10

### 3. Desenvolupament. Les tres S.

El Dualisme Valencià (19) i els seus desequilibris continua sent una realitat entre la franja litoral del País Valencià i l'interior. Diferents tipus de grau de desenvolupament. Les majors oportunitats s'han residenciat en el litoral, deixant a l'espai interior amb un grau menor de desenvolupament. L'Interior està caracteritzat per molt territori i poca població. La «demotanasia» exigeix de polítiques pública governamentals per a canviar el cercle viciós de la despoblació i de la baixa activitat econòmica i empresarial.

Els actors de l'interior es veuen abocats a processos de «calvinització» del camp valencià (20). Això és, a usar els recursos disponibles (mediambientals, culturals, històrics…) per a rellançar l'activitat econòmica i fixar la població. El Patrimoni Bèl·lic de la Guerra Civil Espanyola entraria en aquest capítol de recursos com a palanca del desenvolupament local d'aquests municipis.

A l'hora del disseny de les actuacions necessàries per a la creació del producte MEMÒRIA no és convenient impulsar iniciatives que conduïsquen al creixement desmesurat i merament especulatiu. El desenvolupament econòmic ha d'adoptar les tres «S» (21):

A. Sostenible

Activitats i actuacions que respecten el medi natural i els valors culturals de la població autòctona (22).

B. Sostingut

En el temps a curt i mig termini. De molt poc serveix accedir a una ajuda puntual o tractar de caçar el búfal de forma inconnexa o planificada (sol·licitar qualsevol tipus de línia d'ajudes). La correcta planificació professional és estratègica per a poder garantir bons resultats.

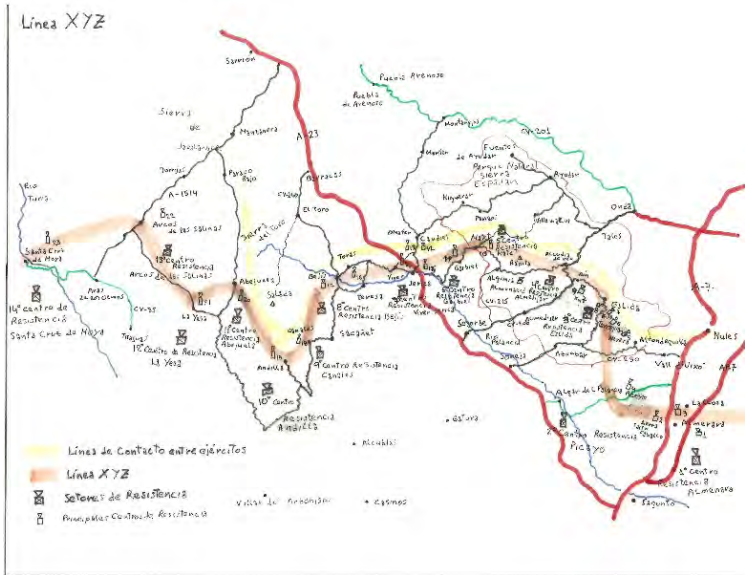
C. Sustentat

Des de l'«exterior» de l'espai territorial. Sense ajuda externa les possibilitats de canviar el rumb d'un cercle viciós de subdesenvolupament o desenvolupament limitat en un cercle virtuós de desenvolupament integrat sostenible són nímies.

Així doncs, la posada en valor turístic del patrimoni bèl·lic, arqueològic i històric de la Batalla de Llevant en la Línia XYZ, és un esperó per al desenvolupament econòmic sostenible de l'àmbit territorial que està orientat a activar el pols dels pobles, millorar els serveis per als residents i els turistes en la seua experiència, i posar fre a la «demotanasia», fixant població davant els índexs decreixents demogràfics.

4. De recurs a producte

La Línia Matallanas, com també es coneix a la XYZ, va anar el conjunt de construccions bèl·liques que van servir d'escenari a la Batalla de Llevant (1938), que va ser guanyada per l'exèrcit constitucional de la II República. La Batalla es va oblidar deliberadament en significar una derrota de l'exèrcit rebel i també en quedar-se fora del focus d'interès del sistema propagandístic dels líders anarquistes i comunistes.




Línia XYZ Traçat http://www.senderosconhistoria.com/linea-defensiva-xyz-o-matallana/

En l´actualitat s´està realitzant una anàlisi crítica de la història oficial del colp militar contra el Govern democràtic de la Segona República, la conseqüent guerra i la dictadura franquista. S´està produint un "Canvi Metahistòric" (23) sobre la història oficial que es va elaborar pels sediciosos, de part, i de forma interessada. Història oficial del franquisme construïda i inculcada socialment a martellades.

El Relat científic, elaborat per la UJI, és la base de la creació del producte turístic MEMÒRIA. Atorga a la Batalla de Llevant (1938) una dimensió internacional ja que la Guerra Civil Espanyola va finalitzar oficialment l'1 d'abril de 1939 i només cinc després (justos) va donar inici la II Guerra Mundial, amb aquestes potències militars que van provar les seues estratègies, l'enginyeria militar i l'eficàcia del seu armament: l'Alemanya nazi d'Hitler, la Itàlia feixista de Mussolini i l'URSS d'Stalin.

## 5. Sistema d'actuació

El Turisme com a activitat econòmica configura productes a través de preu. La demanda està disposada a cedir part de la seua renda per obtindre una experiència turística. Els productes i serveis que s'ofereixen són de diversa tipologia: des de l'allotjament o la restauració fins a l'oci, els negocis, la naturalesa o la cultura. En la relació entre l'oferta i la demanda no solament influeix el preu del bé o servei, sinó la qualitat i la innovació.

El producte MEMÒRIA (24) està incardinat en el Turisme Cultural, i sobre la base de la localització dels vestigis, en el Turisme de naturalesa associat a pràctiques senderistes, ciclisme i turisme urbà d'interior.

És necessari diferenciar entre Recurs i Producte. La Línia XYZ està regada de molts vestigis que són recursos potencials per a l'elaboració del Producte MEMÒRIA. S'identifiquen amb recursos culturals tangibles als quals cal incorporar el relat històric com a element explicatiu intangible. Els recursos han de ser objecte d'una valoració antròpica i turística per a ser transformat en producte, incorporant-lo al mercat a través de preu. El producte MEMÒRIA està tenint una àmplia repercussió en el mass mitjans (25).

Els recursos potencials de la Batalla de Llevant fan referència a un conjunt de fets històrics molts d'ells plasmats en una arquitectura militar digna de conèixer i de visitar. Trinxeres des de la Vilavella fins a Viver passant per la Ràpita, les Dues Tetes, la Costalata… aeròdroms on van servir personatges insignes. Persones considerades heroïnes o traïdores relacionades amb la mitologia popular. Exposicions, museus, llocs memorialistes. Tot això en un espai que històricament va ser també un altre Paisatge de Guerra com la Guerra d'Espadán en 1526, amanit de tradicions i festes i d'una gastronomia autòctona. Això és, parlem de Recursos basats en l'autenticitat, sense cartó pedra, que poden ser objecte d'un desenvolupament territorial turístic sostenible.

El Sistema d'actuació correcte i seguit fins a hui és el següent:

1. Inventariar els recursos culturals existents.
2. Documentar científicament els recursos.
3. Protegir els recursos culturals.
4. Crear productes culturals, basats en el relat i en la interpretació.

5. Promocionar els productes culturals.
6. Comercialitzar els productes culturals.




Sistema d´actuació posada en valor patrimoni. DE MANUEL ROZALÉN, Eugeni J. (2017)

L'ús turístic del Patrimoni Cultural XYZ ha de combinar un enfocament de conservació i vigilància, un enfocament de revaloració turística i l'enfocament de sostenibilitat (26).

La clau de sostenibilitat també està orientada a la fixació de límits de capacitat de càrrega (quina activitat, quants visitants…) sent d'interés contemplar els següents ítems:

— Accessibilitat: fluxos de mobilitat. Gestió d'horaris. Condicions.
— Investigació: Retroalimentació permanent a través de fonts fiables i contrastades. Coneixements.
— Formació: Gestors culturals; dinamitzadors turístics. Informació del Patrimoni, del lloc d'origen dels turistes. Sensibilització de la població local i agents.
— Promoció i comercialització: diversificar l'oferta. Creació de nous Productes.
— Interpretació: diferents formats basats en l'autenticitat i identitat local.
— Presentació: segons segments de la demanda: excursionistes, estudiants, famílies…
— Finançament: procurar una Taxa de Retorn en el procés de comercialització. Desgravaments fiscals en ser activitats econòmiques en l'espai rural i interior del País Valencià.
— Coordinació i cooperació entre agents públics i privats. Si escau, estructures organitzatives de dinamització territorial.

És essencial la gestió Tecnològica en la sostenibilitat turística. L'ús de les Tecnologies de la Informació i de les Telecomunicacions són útils:

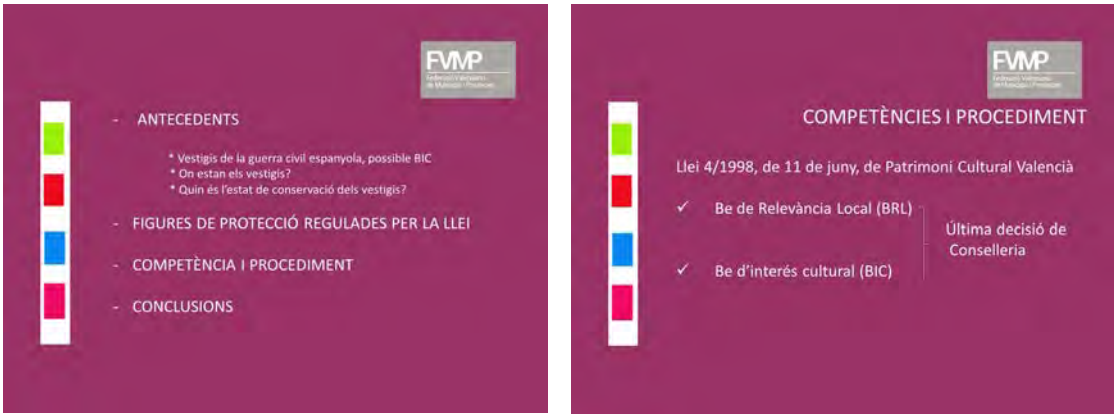
— En relació amb l'empresa turística: Atorga seguretat, qualitat, informació, temps i eficiència. Procés de desintermediació: reduir la taxa de dependència amb majoristes.

— En relació amb la definició del producte o servei. Entre els agents que formen la cadena de distribució, minorar el poder del tour operador en favor de l'emprenedor local. Coexistència de les grans i de les petites empreses. Rellevància del personal en contacte.

— Satisfacció de la demanda: abans, durant i després de l'experiència turística.

No és aconsellable introduir en el mercat turístic productes sobre patrimoni cultural que no estiguen protegits. La desprotecció dels vestigis va frenar l'elaboració de productes, ja que els impulsors temien usos inadequats d'aquests.

La Xarxa de Municipis per a la posada en valor de la Memòria Històrica va incorporar en la seua agenda la protecció de les construccions civils i militars de la Guerra Civil. Per a garantir aqueixa reivindicació es va argumentar la declaració de Bé d'Interés Cultural d'aqueixa tipologia patrimonial a semblança de la coneguda com Llei de Castells. La qüestió va entrar en l´agenda de la Xarxa en la seua sessió celebrada en Chelva el 19 d´octubre de 2016:




Debat sobre protecció XMMH (2016)

La Llei 9/2017, de 7 d'abril, de la Generalitat, de modificació de la Llei 4/1998, del patrimoni cultural valencià, que va entrar en vigor l'1 de maig de 2017 (27), va protegir els vestigis com a Béns de Rellevància Local (BRL). En el preàmbul de la Llei argumenta:

*«Per la seua importància històrica i cultural es considera fonamental la protecció dels aeròdroms, refugis, trinxeres simples o compostes, trinxeres simulades, parapets, polvorins, rases de tirador i para morter, canals de comunicació, observatoris, llocs de comandament, elements de resistència blindats (nius de metralladores, llocs de tirador,*

*casamates, búnquers o fortins), basses per a refrigeració, abrics per a tropa, magatzems subterranis, galeries subterrànies, refugis, memorials i tots aquells elements constructius relacionats amb l'arquitectura militar d'aquest conflicte». (…) Per a la seua construcció va ser necessària la intervenció d'arquitectes, obrers, fusters, picapedrers, voluntaris sindicals, presos i reemplaçats de la crida cinquena del sac, tots ells i elles protagonistes d'una tragèdia que no ha de repetir-se».*

D'aquesta manera es va modificar la disposició addicional cinquena amb el següent articulat:

*«3. El patrimoni històric i arqueològic civil i militar de la Guerra Civil en la Comunitat Valenciana, a més dels espais singulars rellevants i històrics de la capitalitat valenciana, com tots aquells edificis que es van utilitzar de seu del govern de la República, a més dels espais rellevants que van utilitzar personatges importants de la nostra història durant el període de guerra de 1936 a 1939. Tots aquests immobles han d'estar construïts amb anterioritat a l'any 1940.*

*En relació amb aquest patrimoni històric i arqueològic de la Guerra Civil, sense perjudici del seu reconeixement legal de bé de rellevància local a l'entrada en vigor d'aquesta llei, la conselleria competent en matèria de cultura, amb la col·laboració de la Junta de Valoració de Béns, haurà d'executar un inventari específic d'aquests béns en el qual es diferenciarà explícitament entre béns protegits i béns sol a documentar, conforme a la seua relativa importància patrimonial. Així com els llocs de la memòria, que passaran a ser documentats per la seua importància històrica».*




Protecció del Patrimoni. Presentació XMMH, sessió Alacant 26 octubre de 2017

Definitivament, els ajuntaments tenen un important paper a l'hora d'iniciar el procediment de declaració de BRL. L´FVMP ha elaborant una Guia per a la declaració de Bé de Rellevància Local del patrimoni civil i militar de la Guerra Civil Espanyola al País Valencià. La Guía està dirigida a orientar els passos dels xicotets municipis a l´hora d´iniciar i seguir la tramitació (28).

## 6. Público objectiu

És necessari conèixer al turista, al client del nostre servei. El perfil del turista consumidor del producte cultural patrimoni bèl·lic està marcat per la curiositat històrica, per conèixer els avatars del territori que visita.

En altres Estats europeus el turisme relacionat amb la II Guerra Mundial està consolidat. És el cas de Normandia, Peenemunde, Berlín, camps i subcamps de concentració (Mauthausen-Gusen, Auschwitz-Birkenau, Varsòvia…) … Cadascun amb un atribut especial (desembarcament, míssils – armes de destrucció massiva – viatges espacials, Terror i Holocaust…) són llocs d'atracció de visitants i turistes interessats per conèixer el passat, veure els llocs i sentir de forma presencial part d'una història.

Es considera que aquest tipus de turista (29) està situat en una escala mig-alta i alta respecte al patró formatiu i cultural. Amb un nivell adquisitiu mig-alt. Situa l'experiència com a activitat complementària a una regió o país. Una part important realitzada el desplaçament per motius ideològics o memorialistes. Un turista responsable i respectuós.

Al País Valencià no s'ha realitzat cap enquesta professional i independent sobre aquesta matèria. S'han realitzat ocasionals sondejos quantitatius i es perceben visites de finalització de setmana a llocs emblemàtics.

Un segment valuós és l'educatiu. La posada en marxa de visites escolars a llocs específics és una dels vessants de la Pedagogia de la Memòria (30) que servisca per a comprendre l´ocorregut (les seues causes i les seues conseqüències), construir valor democràtics, promoure la reconciliació y la pau, i generar una cultura de drets humans.

Els espais de Memòria, com la Línia XYZ, no poden caure en la banalització i en dinàmiques de perversió turística del patrimoni cultural. Són espais de Respecte.

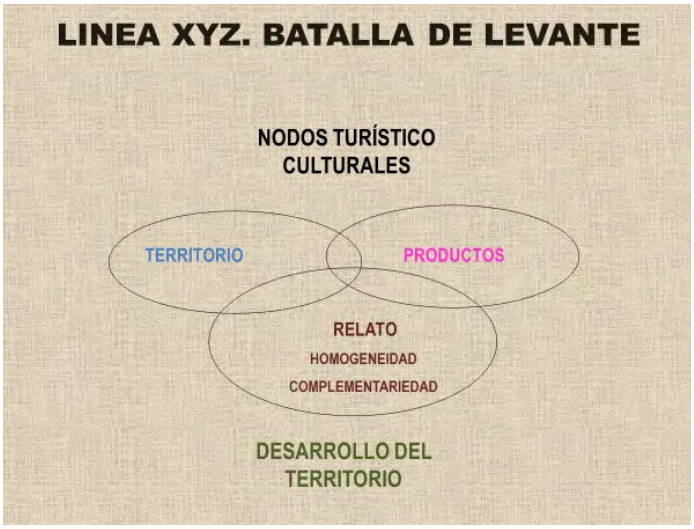
Una font d'informació útil és conèixer l'experiència del Museu de Gandesa (Centre d'estudis de la Batalla de l'Ebre).



Ruta de familiarització. La Costalata. TENAS, Antonio. ARMH Alt Palància (2017)

## 7. Nodes turístics

L'espai territorial de la Línia XYZ aglutina uns Nodes Turístics (31) relacionats amb els productes tangibles i amb el relat homogeni en tot l'espai territorial però específic i concret en cada node. Es tracta d'establir una complementarietat sobre la base dels atributs més rellevants de cada subespacio o Node.




Nodes Turístics. Presentación rutas línea XYZ
Casa dels Caragols, Castelló 10 de julio de 2018 D. 24

L'espai Línia XYZ és un paisatge de guerra autèntic i cert. És un paisatge semiològic (32) ja que s'interrelacionen elements etnològics, antropològics, històrics i culturals.

Una vegada analitzat l'espai territorial s'han dissenyat tres nodes turístics:

A. NODE LITORAL. La Plana.

El més oriental. Espai litoral. Municipis significatius: Almenara, Sagunt, la Vilavella, la Vall d'Uixó. Domini marítim. Guerra de trinxeres. Comunicacions.

B. NODE MITJÀ. Serra d'Espadán. Espai intermedi. Onda, Soneja, Alcúdia de Veo, la Vall d'Almonesir, Pavies, Altura. Guerra de posicions. Bombardejos, artilleria pesada i lleugera. Campos de concentració.

C. NODE INTERIOR. Vall del Palància El més occidental. Municipis significatius: Xèrica, Viver, El Toro, Caudiel. Combat directe. Estratègies militars. Aeròdroms.




NODES XYZ. PRESENTACIÓN RUTAS LÍNEA XYZ
Casa dels Caragols, Castelló 10 de julio de 2018 D. 25

Els tres nodes estan interrelacionats i faciliten la visita escalonada del públic interessat. Els nodes compten amb les següents característiques:

— Tenen un relat comú en l'Espai i un contingut específic en el node.
— Són complementaris.
— Tenen llocs que «han de ser visitats».
— Contemplen un itinerari urbà o interurbà.
— Gaudeixen de rutes als paratges.
— Disposen d'una Carta d'activitats, principals i derivades. Activitats complementàries mediambientals, etnològiques…
— Disposen de guies de turisme, o d´accés a tecnologies que faciliten informació turística i cultural necessàries.

Cada node turístic ha de comptar amb almenys una Porta d'Entrada. La porta d'entrada no ha de coincidir necessàriament amb l'existència de vestigis patrimonials. La porta d'entrada s'estableix atenent a:

— La garantia d'una mobilitat eficaç i eficient a llocs del node (rutes d'accés).
— L'existència d'Oficines d'Informació Turística.
— L'existència d'una oferta turística suficient en allotjament, restauració.




DÍPTICS RUTES. Conveni FVMP – Agència Valenciana del Turisme 2017 Contracte UJI 2017

*7.1. Rutes, itineraris de la Memòria*

Durant la primera fase, l´equip de la UJI dirigit per Rosa Monlleó (33) es van marcar unes pautes i es van crear 3 rutes com a mostra; una de cada node: vall del Palància, serra d'Espadán i la Plana.

Durant la segona fase s'amplia l'oferta fins a un total de 15 rutes:

— Toràs: Refugis de la Peñarroya
— Teresa: Cinturó defensiu al sud de Teresa
— Viver:
  Búnquers franquistes al Ragudo
  Fortificacions republicanes de l'entorn de Viver
— Xèrica:
  Trinxeres de la Vegatilla
  Línia de la Mola-Aceitenebro des de Novaliches
— Gaibiel: Línia de la Mola-Aceitenebro al terme de Gaibiel
— Alcúdia de Veo: Fortificacions de «Les Tetes» i ascens a la Ràpita
— Ahín: Els parapets-trinxera del Gurugú o Finestra i Penya Pastor
— La Vall d'Almonesir: Parapets de la Costalata

— Eslida: El Benalí, Puntal de l'Aljub, la Costanera i el búnquer d'Eslida
— Xóvar: Fortificacions a la Nevera, el Castell de Castro el Taraguan i la Creu
— Fondeguilla: La XYZ a les altures d'Alfondeguilla
— La Vall d'Uixó: Búnquers i trinxeres a l'entorn de la Vall d'Uixó
— Almenara - la Llosa: Castell i búnquers a la zona dels Estanys

A més d'aquestes, s'estudia la possibilitat de crear una ruta transversal sobre la línia XYZ, per als amants dels llargs recorreguts a peu, una ruta ciclista per a visitar els búnquers de la plana i una ruta que enllaç els vestigis visitables en automòbil.

Així mateix, algunes qüestions estan sobre la taula.. D'una banda, s'ha de garantir que el camí siga transitable, tant per l'estat de conservació, pel control de la vegetació i per la qüestió de la propietat privada. Si es creu necessari, els recorreguts marcats en les rutes es poden modificar i es poden incloure nous punts d'interés. D'altra banda, les rutes necessiten una senyalització, i un pas previ és el de realitzar una proposta d'homogeneïtzació. Per a això s'ha de crear un logotip distintiu per a les Rutes de Memòria, que apareixerà en els panells i en tot el material divulgatiu. També s'han d'escollir uns colors amb que es marcaran les senderes i el model que han de tindre els panells i senyals de direcció. Una vegada creat un model es procedirà al disseny i redacció dels panells, que constaran de tres nivells de lectura.

Són cinc les línies de treball posades en marxa: Tríptics, mapa, pàgina web, llibres de rutes i llibre divulgatiu de la Batalla de Llevant i la XYZ

Durant la primera fase es van crear els primers tríptics, el primer llibre de rutes i la pàgina web. Per a la segona fase s'amplia l'oferta de rutes, i a més es crea un llibre divulgatiu i un mapa turístic d'ubicació de les rutes.

Cada ruta té un tríptic amb informació molt bàsica: algunes fotos, el mapa, una breu explicació i un codi QR que enllaça amb la pàgina web. El mapa turístic tindrà marcades totes les rutes en la seua ubicació, així com la ubicació de les empreses patrocinadores, mentre que en el revers es donarà una breu descripció de cada ruta.



POSICIÓ DE RESISTÈNCIA (COTA 850). Esteban Clemente
http://www.senderosconhistoria.com/posicion-de-resistencia-cotas-850-las-tetas/

En els llibres de rutes la informació és més detallada, doncs s'afig una explicació de la ruta fil per randa i el nombre de fotos és també major.

S'estan realitzant tres llibres de rutes, un per cada node:

Node 1 – Vall del Palància: Toràs, Teresa, Viver (dues), Xèrica (dues) i Gaibiel.

Node 2 – Serra d'Espadà: Alcúdia de Veo, Ahín, la Vall d'Almonesir, Eslida, Xòvar i Alfondeguilla.

Node 3 – La Plana: la Vall d'Uixó, Almenara - la Llosa més informació complementària.

La pàgina web www.liniaxyz.com té el patrocini de l´FVMP i Turisme Comunitat Valenciana i està elaborada per l´UJI. En la pàgina web s'ofereix tota la informació disponible sobre cada ruta, tal com marca el model de les rutes ja creades durant la primera fase. El disseny és senzill i amigable, així com adaptable a tots els dispositius. En la pàgina d'inici es mostren miniatures de totes les rutes i un xicotet text. En obrir qualsevol d'elles accedim a tota la informació detallada, una selecció de fotografies, enllaços per a descarregar les rutes en GPX i KMZ, així com un enllaç a un mapa interactiu de google maps en el qual figura el traçat de la ruta i els punts d'interés amb fotografies.

Finalment, el llibre divulgatiu de la línia XYZ i la Batalla de Llevant estarà redactat per l'especialista Vicent Grau Reig (34). Cal especificar que la primera versió de tot el material divulgatiu estarà íntegrament en valencià, però es preveuen traduccions al castellà, anglès i francès.




PLÁ DE TREBALL. COMUNICACIÓ. Memòria del Conveni A.V. del Turisme – FVMP. UJI 2017 Contracte

El Pla de Treball contempla una sèrie de mesures que es van implementant i retroalimentant entre si, i estan dirigides a la divulgació del patrimoni bèl·lic:

a) Activitats

- Congressos i conferències.
- Formació del Professorat: CEFIRE.
- Activitats didàctiques per a escolars. Visites guiades
- Certàmens literaris.
- Concurs de fotografia, audiovisuals, pintura, cartells.
- Marxes senderistes. Carreres de muntanya.
- Presència en TV i Ràdio.

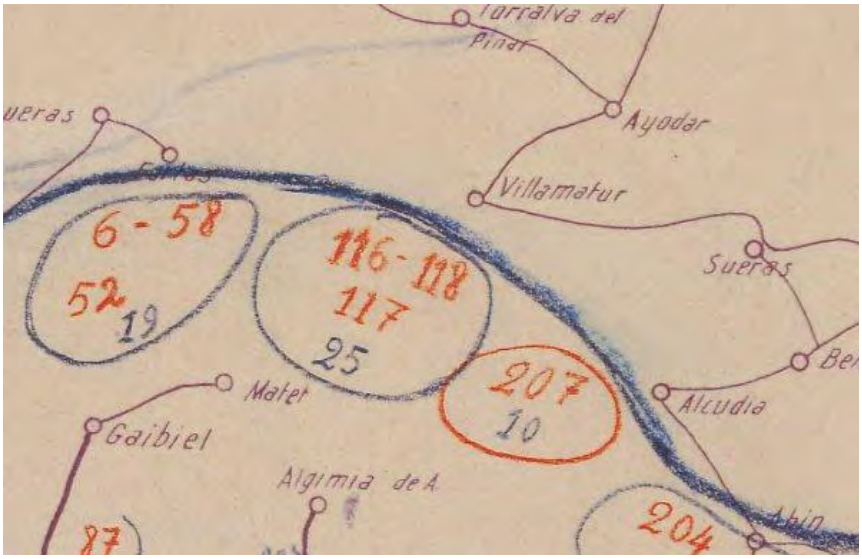
b) Publicacions

- Fullets informatius: Tríptic global, Tríptics per node, de cada Centre d'Interpretació, de punts clau.
- Mapa XYZ
- Llibre de publicació seriosa enfocat al turisme (al voltant de 50 pàgines).
- Articles en mitjans.

c) Internet i Xarxes

- Web: www.liniaxyz.com
- Descàrrega de fullets en PDF
- Mapa interactiu i rutes (wikiloc)
- Difusió d'activitats.
- Contacte. Promoció de serveis turístics.
- Facebook, twitter…

El conjunt de actuacions de tota mena s´assentisca sobre un relat històric científic, contrastat i rigorós en el qual la documentació d´arxius, en qualsevol suport, aconsegueix un valor decisiu. La Llei de Memòria Democràtica y per la convivència (35) podria ser el punt de partida perquè la Generalitat escometa una política arxivística como a eix bàsic de la seua protecció de la memòria amb una dotació pressupostaria suficient (36).




DOCUMENT POSICIONS
http://muntanyesdelaguerra.blogspot.com/2010/03/las-trincheras-de-villamalur-280310.html

És necessari ser conscient que l´ Estat amb el seus sistemes d´arxivament ja no disposa del monopoli sobre allò que és recorda i allò que s´oblida, sinó que això ha passat a altres llocs, físics o virtuals, on es gestiona la memòria (37).

I és profitós tindre present que la societat és viva i que els canvis de l´entorn són permanents. El disseny inicial d´ actuacions que compilen la documentació ha de saber adaptar-se a aqueixos canvis. La col·laboració Inter institucional, la captació de donacions i el reforçament dels vincles emocionals o ideològics...són també qüestions rellevants (38).



COL.LECCIÓ DARRERE DE L´ESPILL. Fons familiar priva Eugeni De Manuel Giménez (1999)

### *7.2 Centres d'interpretació*

Els Centres d'Interpretació (CCI) són espais físics en els quals es comunica el fet històric, la seua dimensió actors i esdeveniments en el territori. Poden albergar exposicions i generar activitats de difusió, atenció i orientació al públic interessat.

Los CCI estan dissenyats, deliberadament, seguint les següents premisses que és consideren bàsiques:

Són contenidors culturals complementaris a Museus i amb una idiosincràsia pròpia. No són Museus o Col·leccions Museogràfiques que estan subjectes a unes rigoroses exigències normatives (39) i requisits d'espai i funcionament (metres quadrats útils, titulació del personal, horari d´obertura al públic...).

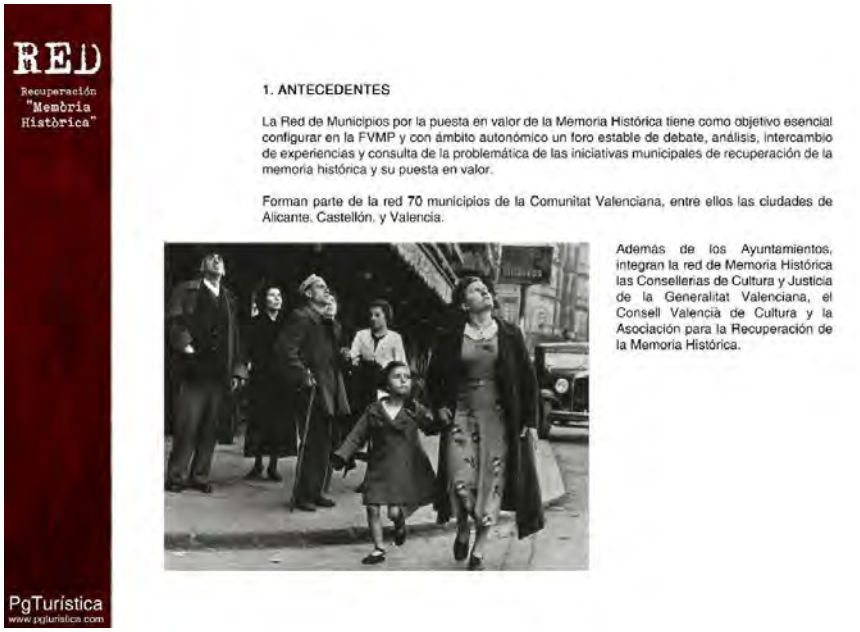
Amb independència del seu tipus de gestió (pública, privada, associació memorialista...) han de comptar amb un explícit recolzament institucional multinivell, per a tractar d´evitar casos no desitjats com el relatiu al The Peenemünde Historical Technical Museum, i practicar la governança col.laborativa amb la participació de associacions ciutadanes (40).

Han de sevir para fer aflorar materialitats culturals (documentació, objectes mobles -cascos, armament, uniformes...) en poder de particulars y fruit, en unes ocasions, de herències familiars o cesions d´amics, i en altres, del saqueig més o menys sistemàtic del territori.

L´aval institucional  als CCI afavorirà la recopilació d´aqueixes materialitats culturals i la seua exhibició per a coneixement públic.

L´FVMP disposa de un Model tipus per a CI elaborat de forma professional (41) a través del Conveni Agència Valenciana del Turisme – FVMP 2017. El Model està a disposició dels agents que estiguin interessats en posar en marxa els CCI.






CENTRES D´INTERPRETACIÓ PGTurística 2017
Memòria del Conveni A.V. del Turisme – FVMP. Contracte.

En els Municipis Porta d'Entrada podrien situar-se CCI. Seria adequat un Centre d´Interpretació (CI) per Node. La ubicació dels Centres d'Interpretació dependrà de la voluntat i disponibilitat de les Entitats Locals. Consta l´interés dels ajuntaments de Nules, Benlloch, Almenara i Altura per a situar en el seu terme municipal un CI.



Las Tetas, Escenario de Guerra
http://caminandoconcarlos.blogspot.com/2012/03/las-tetas-escenario-de-guerra.html

L'experiència en països europeus ens comunica que la interpretació dels vestigis i de l'espai és la part més rellevant en el coneixement públic dels residents i en la configuració del producte turístic.

No són necessàries grans inversions en obra. No es tracta de rehabilitacions. La inversió s'ha de dedicar al relat i a la posada en escena en el lloc i amb el/la intèrpret (guia turístic…), seguint patrons professionals. Traslladar informació i transmetre als visitants sensacions dels esdeveniments succeïts.

Tot això sense grans aparells, amb componiment i encert. Es tracta de situar al visitant en la contesa perquè segons la seua vivència personal traga les seues pròpies conclusions, si així ho desitja.

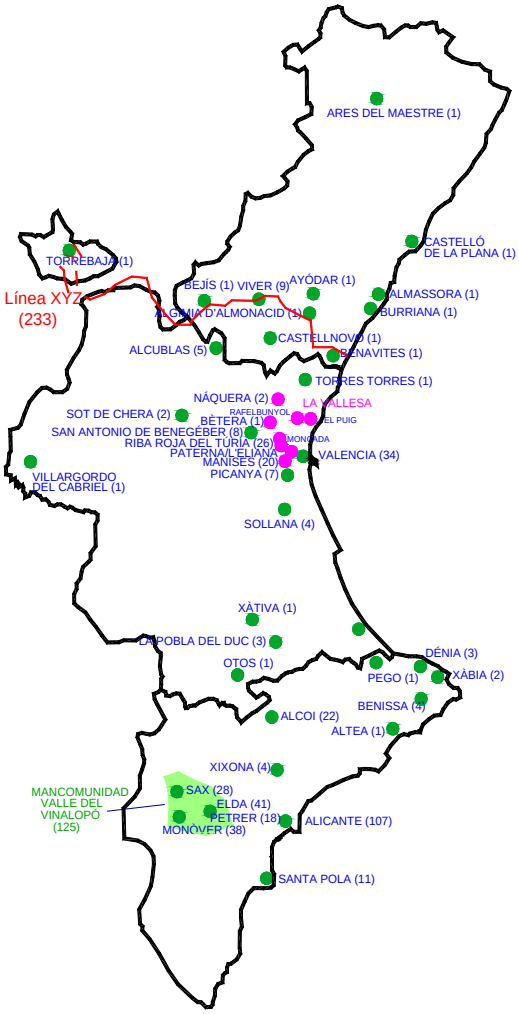
## 8. Translació a altres espais del País Valencià

El Projecte europeu *Landscapes of War* (2006 – 2009, Cultura 2000) suposà el treball conjunt d'institucions governamentals, universitats i entitats d'Itàlia, Alemanya, França, Gran Bretanya i Espanya, sobre els conflictes bèl·lics del segle XX. Els socis espanyols van ser l'FVMP (vicepresidència del projecte) i el Consell Valencià de Cultura. Va significar, amb l'aplicació d'una metodologia comuna, el primer inventari del patrimoni bèl·lic al País Valencià, la realització del Congrés Internacional (28 i 29 de maig 2009, València) amb ponències i comunicacions de rellevància local, i sobretot la transferència de sistemes d'actuació i posada en valor per a coneixement públic dels vestigis existents.

*Paisatges de Guerra* també va abordar la realització d'Unitats Didàctiques, dirigides sobretot a l'àmbit educatiu. Les Unitats Didàctiques es van realitzar sobre La Línia fortificada XYZ: zona de combat directe (Trinxeres i construccions bèl·liques a Viver, Castelló. Trinxeres i construccions bèl·liques cara a cara. Paratge de les Dues Tetas. Serra d'Espadán).




FALTA TEXTO EN VALENCIANO

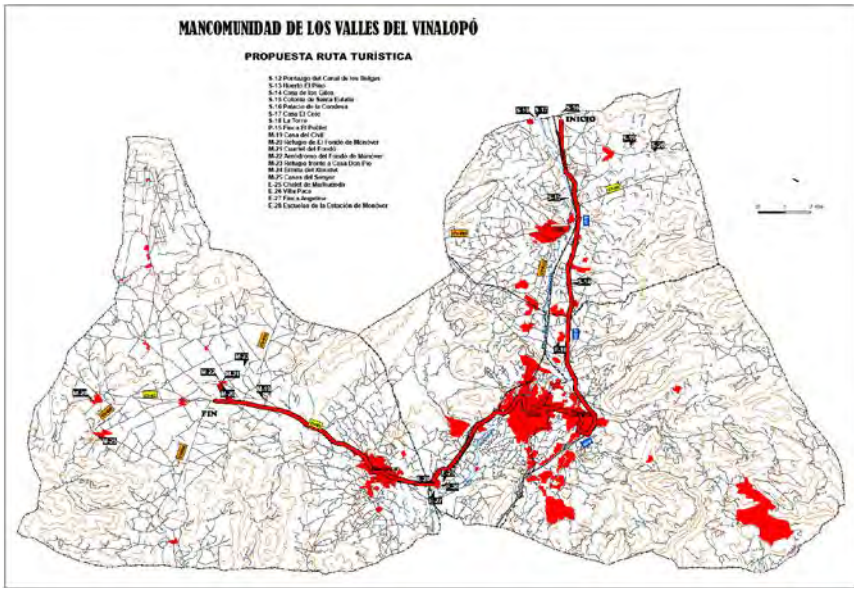



La recopilació va generar el convenciment de la necessitat de protegir aqueix patrimoni cultural, com es va mostrar en diversos fòrums i iniciatives, tant des de l'àmbit Tècnic de la FVMP com en la Comissió de Llegat del Consell Valencià de Cultura (42).

I també va abordar tres exemples més al País Valencià:




Quatre Unitats Didáctiques Landscapes of War.




Proposta de Ruta Unitat Didáctica Landscapes of War. Llocs d'acolliment Valls dels Vinalopó

Les quatre Unitats Didàctiques (43) estan redactades en castellà, valencià, anglès, francès, alemany i italià



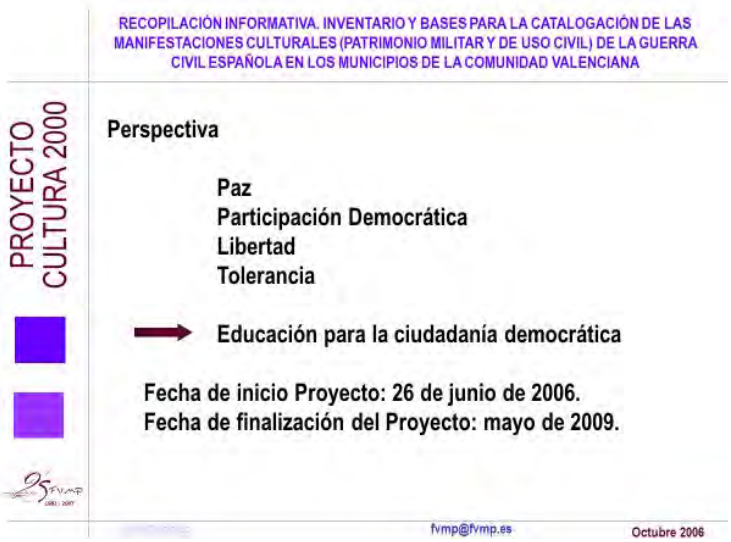

Cartell exposicions Landscapes of War.




MATERIAL PER AL PROFESSORAT. Unitat didàctica




Mostra MATERIAL PER AL PROFESSORAT. Unitat didàctica




PAISAJES DE GUERRA. Presentació Comité d'Experts 2006. D.3

El conjunt de recursos recopilats, les exposicions realitzades (8 en 2008: Viver, Onda, Alcoi, Elda, València, L´Eliana, Montcada, El Puig, amb un total de 33.130 visitants; 14 exposicions més en 2009), així com les Conclusions del Congrés Internacional Final del projecte que es va realitzar a València els dies 28 i 29 de maig de 2009, varen ser remesos al titular de la Conselleria d´Educació i Cultura obtenint com a resposta el silenci administratiu.

## 9. Conclusions

Els vestigis patrimonials de la Línia XYZ i la història de la Batalla de Llevant (1938) són una vertadera oportunitat per al desenvolupament econòmic sostenible de les comarques del Sud de Castelló i del nord de la província de València.

És possible acoblar el memorialisme democràtic amb l'ús turístic del patrimoni civil i militar del conflicte. Parlem d´un Turisme responsable i respectuós. El llocs de l´espai XYZ van albergar sofriment, esperança, anhels, ferides i mort. El coneixement públic és desitjable punt per als residents com per als turistes. El Turisme de Paisatges de Guerra (II Guerra Mundial) és una ferma realitat en altres països de la Unió Europea.

L'elaboració del producte turístic MEMÒRIA s'està desenvolupant sobre bases sòlides. Inventariats els recursos i dotats de la figura de protecció patrimonial com BRL, s'obri el camí de configurar el producte animant a la iniciativa privada a la seua comercialització.

El paper de l'Administració pública ha sigut i és essencial. Els desenvolupaments normatius (44) en l'àmbit de la Memòria Democràtica, en la consideració del patrimoni bèl·lic com a patrimoni cultural potencialment protegit, i en el requisit i oblogació de identificació conservació i promoció dels recursos de primer ordre per a ser reconegut com Municipi Turístic Estatutari, mostren una contrastada sensibilitat institucional. Turisme Comunitat Valenciana i l'FVMP han finançat durant 2016, 2017 i 2018, i la Direcció General de Reformes Democràtiques en 2018, una sèrie d'actuacions que han conduït al fet que, principalment, la Universitat Jaume I elaborara un Relat científic sobre el qual se sustenta l'elaboració del producte, i dissenyara rutes i itineraris de memòria.

Una tasca essencial per part dels ajuntaments consisteix en l'inici de declaració dels vestigis com BRL. A tal fi s'està redactant una Guia que facilite el procés. La labor de l'Agència, a través de Creaturisme, és fonamental per a conduir amb èxit tot el procés.

La definició en l'espai XYZ de tres Nodes Turístics complementaris ajuda a la diversificació i especialització d'actuacions millorant les experiències turístiques en el territori. L'establiment de Centres d'Interpretació, amb un model homogeni i amb continguts complementaris, significarà la visualització d'activitats que han de ser retroalimentades i vertebradores.

La localització dels Centres d'Interpretació, el seu tipus de gestió multinivell, la senyalística homogènia, el millor coneixement de la demanda… són tasques que s'han d'abordar en el curt termini.

L'ús de les noves tecnologies i xarxes socials es mostra útil en la configuració del producte, la seua promoció i comercialització.

L'experiència es pot traslladar, sobre materials elaborats, a altres espais del País Valencià, en els qual l'1 d'abril de 1939 va finalitzar en el port d'Alacant, oficialment la Guerra Civil Espanyola: i 4 mesés justos després es va iniciar la II Guerra Mundial amb la invasió alemanya de Polònia (dimensió internacional del conflicte).

## Bibliografia

(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 MALLENCH 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, MALLENCH 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 MALLENCH 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) MALLENCH 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/

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 Valènciana. 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-8QjF6nTDjPrlV!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

Politècnica 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 Emprensa. 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 Turisme, 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/València/1531563883_603697.amp.html

https://www.publico.es/politica/linea-maginot-ii-republica.html

https://www.google.com/amp/s/amp.europapress.es/comunitat-Valènciana/noticia-fvmp-impulsa-traves-proyecto-europeo-recuperacion-patrimonio-belico-difusion-cultural-turistica-20090528141020.html

https://m.eldiario.es/cv/politica/patrimonio-guerra-civil-recopilara-particulares_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

(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

(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: rearxivant el pasat". LLIBRE BLANC DELS ARXIUS VALENCIANS. P. 358. Associació d'Arxivers i Gestors de documents valencians.

(38) ALCARAZ RAMOS, Manuel. "Arxius, democracia, memòria histórica: 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

(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

**Fotografies i altres imatjes.** Per número de página (P)

P. Inicial. Exposició Projecte Landcapes of War. Viver (2008) Fons Documental FVMP.

P.3. La Costalata. GASCÓ, Rogelio. Fons Documental FVMP

P.5. Traçat Línia XYZ. MENSUA, Sergio 2017 Fons Documental FVMP

P.6.Memòria, desenvolupament econòmic i vertebració. DE MANUELROZALÉN, Eugeni (2016)

P.7-Cooperació i col-laboració. DE MANUEL ROZALÉN, Eugeni J. (2017)

P.8. 94 Municipis membres de la Xarxa de Municipis per la posada en valor de la Memòria Històrica. La defènsa de València 80 anys després (octubre 2018). D. 8

P.9. Actuacions 2016 – 2018 Xarxa de Municipis per la posada en valor de la Memòria Històrica. La defènsa de València 80 anys després (octubre 2018). D. 10.

P.10. Línia XYZ Traçat http://www.senderosconhistoria.com/linea-defensiva-xyz-o-matallana/

P.12. Sistema d´actuació posada en valor patrimoni. DE MANUEL ROZALÉN, Eugeni J. (2017)

P.13. Debat sobre protecció XMMH (2016).

P.14. Protecció del Patrimoni. Presentació XMMH, sessió Alacant 26 d´octubre de 2017

P.16. Ruta de familiarització. La Costalata. TENAS, Antonio. ARMH Alt Palància (2017)

P.16. Nodes Turístics. Presentación rutas línea XYZ Casa dels Caragols, Castelló 10 de julio de 2018 D. 24

P.17. Nodes XYZ. Presentación rutas Línea XYZ Casa dels Caragols, Castelló 10 de julio de 2018 D. 25

P.18. Díptics Rutes. Conveni FVMP – Agència Valenciana del Turisme 2017 Contracte UJI 2017

P.19. Posició de resistència (Cota 850). Esteban Clemente

http://www.senderosconhistoria.com/posicion-de-resistencia-cotas-850-las-tetas/

P.20. Plá de Treball. Comunicació. Memòria del Conveni A.V. del Turisme – FVMP. UJI 2017 Contracte

P.21. Document Posicions,

http://muntanyesdelaguerra.blogspot.com/2010/03/las-trincheras-de-villamalur-280310.html

P.22. Col.lecció Darrere de L´Espill. Fons familiar priva Eugeni De Manuel Giménez (1999)

P.23. Centres d´Interpretació PGTurística 2017 Memòria del Conveni A.V. del Turisme – FVMP. Contracte.

P.23. Las Tetas, Escenario de Guerra. http://caminandoconcarlos.blogspot.com/2012/03/las-tetas-escenario-de-guerra.html

P.25. Recursos recopilats Paisatges de Guerra. NIEMBRO, Juan Carlos (2009). Fons Documental FVMP

P.26. Quatre Unitats Didáctiques Landscapes of War.

P.26. Proposta de Ruta Unitat Didáctica Landscapes of War. Llocs d'acolliment Valls dels Vinalopó

P.27. Cartell exposicions Landscapes of War.

P.28. Mostra Material per al professorat. Unitat didàctica

P.28. Paisajes de Guerra. Presentació Comité d'Experts 2006. D.3

# EL CONTROL DE LEGALITAT PELS NOTARIS, DE L'ACORD MEDIAT, CONFORME ALS ARTS. 25-2 DE LA LLEI 5/2012, DE 6 DE JULIOL, I 39 DE LA LLEI 24/2018, DE 5 DE DESEMBRE, DE MEDIACIÓ DE LA COMUNITAT VALENCIANA

Salvador Alborch Dominguez

Després d'un procés de mediació en el qual s'aconsegueix arribar a un acord, què ocorre després de disposar de l'acord? Després de tindre un acord signat de mediació, cal elevar-lo a públic.

**I. Per què cal elevar-lo a públic? Quina és la seua justificació?**

Perquè el laude de dret és emès per un professional jurídic coneixedor del Dret; no obstant això, en la mediació no és exigible la intervenció de tal professional i la presència d'un notari en l'elevació a públic garanteix que l'acord reunisca els requisits exigits per la Llei, i que no és contrari a Dret.

**II. En quins casos és aconsellable elevar a públic l'acord?**

És aconsellable sempre elevar a públic l›acord de mediació i, especialment, quan les obligacions són a llarg termini o de tracte successiu, prorrogat en el temps; i això per diverses raons:

1. Perquè atribueix força executiva: article 517-2n LEC i article 23-3, apartat 2n de la Llei de Mediació, quan diu: "el mediador informarà les parts del caràcter vinculant de l'acord aconseguit i que poden instar-ne l'elevació a escriptura pública, a fi de configurar el seu acord com un títol executiu".
2. Garantia de conservació: per formar part del protocol notarial.
3. Reforçament de l'acord, perquè suposa una renovació del consentiment, davant notari.
4. Reducció del risc de nul·litat, previst en l'article 23.4 de la Llei, en dir: "contra el convingut en l'acord de mediació només podrà exercitar-se l'acció de nul·litat, per les causes que invaliden els contractes", a saber per inexistència de consentiment objecte o causa.
5. Reduït cost econòmic en la formalització, ja que es tracta d'un document sense quantia segons la disposició addicional tercera de la Llei de Mediació.
6. Conseqüències sancionadores greus: com la prevista en l'article 44.2.3r de la Llei valenciana de Mediació, que considera falta molt greu: "l'adopció d'acords manifestament contraris a Dret. Per tant, amb la intervenció notarial en l'elevació a públic es pot impedir que això ocórrega.

### III. Quan o en quin moment s'ha d'elevar l'acord?

Com més prompte millor, amb immediatesa, a la calor de la satisfacció de l'acord reeixit.

### IV. Qui eleva a escriptura pública?

Les parts, dues o més, amb la còpia de l'acta de la sessió constitutiva i de la sessió final; parts que hauran de tindre capacitat i facultats representatives suficients segons el parer del notari, com després direm.

Quines qüestions ens planteja l'elevació a escriptura pública per les parts?:

A. Què ocorre si una de les parts es nega a elevar a públic l'acord aconseguit? S'ha de:

a) Acudir a la via judicial segons preveu l'article 1279 del CC.

b) Protocol·litzar unilateralment l'acord, només a l'efecte de data fefaent.

B. Per a evitar-ho és convenient sempre introduir en l'acord una clàusula de compromís d'elevació a públic.

C. Hi ha la possibilitat que les parts modifiquen l'acord de mediació en l'escriptura d'elevació?

Es poden introduir modificacions no substancials per a adequar l'acord a la legalitat; atès que les parts són els titulars de l'acord mediat, i per unanimitat poden canviar-lo per a millorar-lo, per a fer-lo més eficaç o per a completar clàusules o previsions.

La doctrina està dividida perquè hi ha un sector que considera que aquest nou acord no té ja eficàcia executiva.

### V. Quina és l'amplitud i a què s'estén el control de legalitat?

El control de legalitat recollit en l'article 25.2n de la Llei, quan diu: "per a dur a terme l'elevació a escriptura pública de l'acord de mediació, el notari verificarà el compliment dels requisits exigits en aquesta Llei i que el seu contingut no és contrari a Dret"; és en definitiva aquest article una transposició del recollit en l'article 17 bis, paràgraf 2n, lletra a), de la Llei del Notariat, quan diu: "el notari haurà de donar fe de la identitat dels atorgants, que al seu judici tenen capacitat i legitimació, que el consentiment ha sigut lliurement prestat, i que l'atorgament s'adequa a la legalitat i a la voluntat degudament informada dels atorgants o intervinents".

Aquest article 25 està implícitament recollit en l'article 39 de la Llei 24/2018, de mediació de la Comunitat Valenciana, quan, en referir-se a l'execució dels acords aconseguits i tribunals competents per a l'execució dels acords de mediació, diu: "l'atribució de caràcter executiu als acords de mediació aconseguits i la determinació dels tribunals competents per a la seua execució, es regiran pel que es disposa en la legislació de l'Estat".

Per tant, el notari donarà fe:

1. Respecte de les parts;

- Identitat d'atorgants;

- Judici de capacitat, que ha de ser la mateixa que per a aconseguir l'acord mediat i les obligacions assumides, per la qual cosa la capacitat dependrà del tipus de negoci jurídic en el qual es concrete l'acord, que normalment consistirà en una transacció, acompanyada d'altres elements addicionals o accessoris (en el nostre Dret la transacció és considerada com un acte dispositiu: articles 1810 i següents del CC);
- La legitimació o representació ha de constar en document públic d'acord amb l'article 1280-5è del CC;

2. Respecte del contingut de l'acord. Aquest ha de reunir els requisits següents:

- Tractar-se de matèria disponible per les parts; per tant, no pot estar sostreta a l'autonomia de la voluntat (art. 2.1 de Llei de Mediació).
- Que no es tracte d'un supòsit de mediació exclòs per la Llei: penal, amb les Administracions Públiques, laboral (art. 2.2 de la Llei de Mediació).
- No pot ser antijurídic; per la qual cosa el contingut de l'acord no pot contravindre normes imperatives o prohibitives i no pot ser contrari a l'ordre públic. No es pot elevar a públic un acord de mediació en el qual s'haja acceptat la poliàndria, la poligàmia, la renúncia a la pàtria potestat, la renúncia a l'herència en vida del causant…

3. Respecte del procediment:

A. El notari ha de comprovar que, de les actes aportades i de les manifestacions de les parts, resulte que en la consecució de l'acord s'han respectat els principis de la mediació i que l'acord ha sigut adoptat amb informació suficient i llibertat, és a dir, sense vici de consentiment de cap de les parts per error, violència, dol o intimidació.

B. El notari ha de verificar que es va celebrar i va documentar la sessió constitutiva i la sessió final, i que es va formalitzar l'acord de mediació.

Això ens planteja les qüestions següents:

a) Què ocorre si no existeix acta de sessió final, però sí que existeix acord? Crec que l'existència de la sessió final reflectida en l'acta corresponent i la voluntat de les parts a l'acord aconseguit, és requisit substantiu, formal i indispensable en el control notarial de legalitat del procés acollit a la Llei.

b) Què ocorre si no existeix acta final però sí acord posterior que s'eleva a escriptura pública? Crec que, en aquest cas, perquè el títol porte a aparellada execució, no s'aplicaria el que es preveu en l'art. 517-2n de la LEC quan es refereix "als laudes o resolucions arbitrals i els acords de mediació, i aquests últims han d'haver sigut elevats a escriptura pública d'acord amb la Llei de Mediació d'assumptes civils i mercantils", sinó que s'aplicaria el 517-4t, quan es refereix a "les escriptures públiques, amb la condició que siga primera còpia; o si és segona, que estiga donada en virtut de manament judicial i amb la citació de la persona a qui haja de perjudicar, o del seu causant, o que s'expedisca amb la conformitat de totes les parts".

c) Què ocorre si es nega a signar l'acta final i subscriu l'acord en total conformitat amb els consensos aconseguits en la sessió final i expressada en l'acta? Crec que si s'eleva a públic, està emparat per la Llei de mediació: art. 22-3r, paràgraf 2n, quan diu: "l'acta haurà d'anar signada per totes les parts i pel mediador o mediadors i si entregarà un exemplar original a cadascun. En cas que alguna de les parts no volgués signar l'acta, el mediador hi farà constar aquesta circumstància, entregant un exemplar a les parts que ho desitgen".

d) Al nostre judici no constitueixen defectes per a autoritzar l'escriptura pública els següents:

- Inexistència o falta d'acreditació de sol·licitud formal per a l'inici de la mediació;
- Inexistència o falta d'acreditació de la sessió informativa prevista en l'article 17 de la Llei;
- Omissió o consignació defectuosa dels requisits formals de l'acta de la sessió constitutiva prevista en l'article 19, ja que es tracta de requisits establits en garantia dels mediats, lliurement renunciable. El que no sembla preterible és la còpia de l'acta inicial, ja que conté la concreció dels elements personals, objectius i territorials de la mediació.
- L'omissió de tota referència a les sessions intermèdies.
- Referència al cost de la mediació o al pagament d'honorari.
- Incompliment del termini inicialment acordat per a la durada del procés de mediació.
- Durada de lapse entre sessió final i l'acord de mediació.

C. El notari ha d'explicar a les parts les reserves i advertiments legals, indicant-los les conseqüències derivades de l'atorgament notarial, de tota mena: civils, fiscals… (és a dir, de les obligacions que les parts contrauen).

D. En l'escriptura d'elevació a públic és possible que existisca un contingut atípic, com pot ser la liquidació del règim econòmic matrimonial, l'adjudicació d'immobles i assumpció de deutes hipotecaris, l'extinció sobre habitatge unifamiliar…

## VI. Caràcter de títol executiu de l'escriptura pública

L'elevació a escriptura pública de l'acord de mediació, li atribueix força executiva sempre que tinga contingut obligacional.

D'acord amb la LEC s'assimila l'acord de mediació elevat a escriptura pública, al laude arbitral i a la sentència judicial, i així ve recollit en els preceptes següents:

- Article 517, que equipara els tres supòsits.
- Article 518, que fixa la caducitat de les accions al cap de cinc anys.
- Article 548, que regula el termini d'espera de l'execució.

- Article 566, que regula l'oposició a l'execució.
- I article 580, que dispensa del requeriment de pagament als títols executius que consistisquen en resolucions judicials, arbitrals i acords de mediació.

Finalment, hem d'assenyalar que el notari té àmplia llibertat i flexibilitat per a complir el mandat de verificació dels requisits legals, però el que no pot és deixar de fer aqueix compliment.

Notes

# LA MEDIACIÓ PENAL. JUSTÍCIA RESTAURATIVA I POLÍTICA CRIMINAL

Fernando Carceller Fabregat

**RESUM:** amb aquest treball pretenc donar una idea de com hauria d'entendre's la mediació penal, en el sentit de servir com a instrument a la justícia restaurativa, i fer una anàlisi breu de l'evolució històrica del sistema penal, del dret comparat i del nostre sistema penal. Intente explicar com hauria d'estar regulada la mediació i quina funció hauria de complir en el sistema penal.

**PARAULES CLAU:** mediació penal, justícia restaurativa, política criminal

**SUMARI:** 1. Evolució dels sistemes penals.- 2. Notes de justícia restaurativa en el nostre ordenament.- 3. La mediació penal.- 4. Dret comparat.- 5. Consideracions finals.

## 1. Evolució dels sistemes penals

Durant l'evolució històrica dels nostres sistemes socials s'ha qüestionat el model del sistema penal. Així, de la venjança privada davant d'un atac al grup o a un dels seus components que podia haver-hi en les societats més antigues, s'arriba, amb l'aparició de l'estat, a un sistema en què queda proscrita qualsevol conducta de la víctima que tendisca a prendre's la justícia pel seu compte. El desenvolupament històric de l'estat produeix, d'aquesta forma, la neutralització de la víctima en el procés.

La primera de les etapes la podem situar en l'època «preestatal», en aquelles societats sense estructura de poder estatal, d'estructura familiar o tribal, on els conflictes interpersonals trobaven la solució en l'autodefensa, bé de la persona bé del grup o família.

Després d'aquests sistemes primitius es va anar generant la idea de l'estat tutelar que, assumeix la tasca de vetlar per la víctima. En aquesta segona etapa, amb l'aparició d'un poder públic estatal, el conflicte es valora i se soluciona a través del prisma del poder i en funció normalment de la moral imperant en cada moment i a cada lloc. Es fa el pas de l'àmbit privat al públic, el pas de la resposta individual de l'ofés per una agressió a la de ser emparat pel seu grup, a un model de resposta col·lectivista.

**Notes**

Les reformes del procés penal i les polítiques estan unides històricament, perquè ambdues obeeixen a la cultura i els valors socials imperants. En l'època antiga corresponent a Grècia i Roma, comença a diferenciar-se el dret penal del dret privat, es desenvolupa un dret penal que defensa els interessos de l'estat enfront dels atacs més greus als valors socials: l'estat comença a monopolitzar el control de la resposta enfront dels delictes.

Prenent en compte els elements romans i canònics imperants en l'edat mitjana, per la importància i poder que exercia l'Església, naix i es desenvolupa el procés penal comú (segle XII), a causa inicialment de la labor dels jurisconsults italians. Aquest procés es va difondre ràpidament fora d'Itàlia amb la característica de ser primordialment inquisitiu.

A Espanya amb els Reis Catòlics s'uneixen, d'una banda, l'Església, per a dirigir la resposta jurídica eclesiàstica davant del delicte i, d'una altra, els nobles, que desitjaven crear un poder central, i creen un sistema que monopolitza la resposta estatal davant del delicte de forma inquisitiva, i que té una de les manifestacions més genuïnes en la Santa Hermandad: quadrillers de la Santa Hermandad que acudien per a intervindre en un conflicte que no era seu.

Durant l'edat mitjana, a mesura que el senyor feudal reforça el seu poder, es va fent més uniforme el dret com a fruit de la unió de l'antic dret romà i del dret canònic. Cobra força el dret canònic, que prové de la religió catòlica que s'imposava en Europa per ser la religió que s'havia estés juntament amb l'Imperi romà. El poder punitiu s'exercia en nom de Déu. Va confondre l'il·lícit amb l'immoral o el pecat.

Queda, així, definitivament consagrat el caràcter públic de l'activitat repressiva i s'estableix que la finalitat de la pena és l'expiació, és a dir, la retribució del dany causat com a mitjà d'intimidació per tal que el fet no es repetisca. S'aprofundeix en la idea de la resposta violenta, de les penes corporals i la pena de mort. La pena no té una finalitat reparadora; es regula la sanció com a necessitat de castic enfront d'un determinat comportament que es pretén evitar en el futur.

Més endavant, en sorgir la filosofia racionalista i manifestar-se els impulsos de llibertat que van prendre cos en la segona meitat del segle XVIII, van sorgir aspiracions de reforma del procés penal, que ja resultava inadequat a les noves exigències i a la tutela dels drets humans que van ser reivindicats.

Amb les idees de la Il·lustració es comença una etapa d'humanització del dret penal que acabarà en la formulació dels principis i drets fonamentals que arribaran fins als nostres dies. D'aquesta forma, el dret penal se centra en el tracte a l'agressor, es tendeix a no castigar brutalment l'agressor i perd importància en la regulació aquell que està patint els efectes del sistema, que és la víctima.

Es comença a veure la pena des de la perspectiva de l'educació. Fins aleshores les penes eren tortures, mutilacions i pena de mort agreujada per suplicis cruels. Hi havia desproporció entre el delicte i la pena. Es permetia l'aplicació analògica de la llei penal. El processat no disposava de defensa en el judici. Aquesta arbitrarietat va desencadenar la reacció i van sorgir noves idees basades en el dret natural i la raó. Això es va concretar en el moviment filosòfic de la Il·lustració, on van destacar Montesquieu, Rousseau i d'altres. Aquestes obres van influir directament sobre Becaria, que en el seu llibre *Los Delitos y las Penas* propugnaria un canvi profund, basant-se en la racionalitat, la legalitat de les lleis i la publicitat: que només han de ser creades i aplicades per l'estat, igualtat i proporci-

**Notes**

onalitat de les penes i crítica de la pena de mort. I enfocada la justícia cap a l'agressor (vegeu l'escola liberal,[1] el positivisme,[2] el finalisme,[3] les teories retribucionistes,[4] les teories relatives[5]). Es produeix l'oblit d'aquell a qui teòricament l'estat ha d'ajudar: la víctima.

Sent positiva l'eficàcia preventiva del sistema penal contemporani que permet el trànsit de la venjança privada al monopoli de l'estat, en què s'estableix la seua legitimitat mentre respecte una sèrie de principis i drets humans. Se'n pot fer una reflexió crítica, perquè separa la víctima del procés penal i, per tant, de la solució del conflicte que sorgeix després de la comissió d'un fet delictiu, que genera a vegades amb el procés penal una experiència dolorosa per a les víctimes; així sorgeix el que es coneix com a *victimització secundària*. Assenyala el sociòleg Neil Christie: "La víctima en un cas penal és una espècie de perdedor per partida doble, en primer lloc davant de l'infractor i després davant de l'estat. Està exclòs de qualsevol participació en el seu propi conflicte, l'estat li roba el seu conflicte. Tot és dut a terme per professionals els quals a causa de la seua instrucció són incapaços de deixar que les parts decidisquen el que creguen pertinent."

L'evolució del paper de la víctima en el procés penal mostra la història de l'expropiació del seu conflicte i de la seua gradual expulsió del procés de decisió. A partir d'aquesta realitat, i

1 "Ja tenim el dret penal liberal construït per uns homes que el creuen definitiu. Convé recordar que Carrara confia als seus deixebles l'encàrrec de dedicar-se més aviat al dret adjectiu, al dret formal i rituari, que al dret material, el qual creia assentat per sempre." (Jiménez de Asúa)

2 Davant dels avanços de la ciència i l'afany per superar l'estat liberal no intervencionista, buscant afrontar la seua ineficàcia respecte al nou creixement de la criminalitat, naix el positivisme. La seua idea és que la lluita contra la criminalitat ha de fer-se d'una forma integral, que permeta la intervenció directa de l'estat. Les majors crítiques contra els autors positivistes radiquen en l'oblit de les garanties individuals, ja que el seu focus és la perillositat social del delinqüent. Escola Positivista Italiana: el seu fundador va ser Cesare Lombroso, que va canviar l'enfocament del delicte com a ens jurídic per a dirigir-lo cap al delinqüent com a fet observable. Lombroso va escriure L'uomo delinquente en 1876, en què col·locava el delinqüent com a fenomen patològic, respecte del qual sosté l'existència d'una predisposició anatòmica per a delinquir, per la qual cosa afirma l'existència d'un delinqüent nat per una malformació en l'occipital esquerre. Per a Lombroso qui delinqueix és un ésser que no ha acabat el seu desenvolupament embriofetal. Lombroso no era jurista, per això Enrico Ferri serà qui done transcendència jurídica a les teories de Lombroso. Ferri retola com a 'delinqüent nat' l''uomo delinquente' de Lombroso. El punt central de Ferri és que, per al seu positivisme, el delicte no és la conducta d'un home, sinó el símptoma d'un mecanisme descompost. El delicte és símptoma de perillositat, per això la mesura de la pena està determinada per la mesura de la perillositat i no de l'acte il·lícit. Amb l''estat perillós sense delicte' es va voler netejar la societat de malfaeners, alcohòlics i de tot aquell que demostrara perillositat predelictual. Amb Rafaello Garofalo es completa el trio positivista italià, i amb ell queda demarcada la tesi de 'guerra al delinqüent'. Amb ell sorgeix la idea de 'delicte natural', ja que les cultures que no compartien les pautes valoratives europees eren tribus degenerades que s'apartaven de la recta raó dels pobles superiors, i que eren a la humanitat el que el delinqüent a la societat. El delicte natural seria el que lesione els sentiments de pietat i justícia, que eren els pilars de la civilització occidental.

3 El renaixement del dret natural en els primers anys de la segona postguerra era un necessari tornar a fundar el dret penal en límits precisos i garantistes. La més modesta de tots els 'remakes' de la doctrina del dret natural va ser la de Hans Welzel, amb la seua teoria de les estructures logicorreals. Es tractava d'un dret natural en sentit negatiu: no pretenia dir com hauria de ser el dret, sinó només el que no era dret. A diferència del neokantisme, per al qual el valor posava ordre en el caos del món i el feia disponible, per a l'ontologisme welzelià el món té diversos ordres als quals el legislador es vincula per les estructures lògiques de la realitat. Segons Welzel, quan s'ignoren o fan fallida, el dret perd eficàcia, llevat que faça fallida la que el vincula a l'estructura de l'ésser humà com a persona; en aquest cas, deixa de ser dret.

4 Naixen amb Hegel i Kant. Les idees retribucionistes actuals busquen la reafirmació del dret i l'expiació de les penes, la qual cosa xoca amb la inclusió en els codis penals de figures que acurten, eviten i permeten substituir les penes de presó per a facilitar la reinserció social del responsable del delicte per a no recaure en el delicte (el que són raons de prevenció especial, que s'expliquen més endavant). No obstant això, les últimes tendències de reforma penal reflecteixen una tornada a la retribució per incrementar la punició de les conductes delictives, amb la qual cosa es desplaça l'interés per facilitar la reinserció social.

5 En aquest cas, la pena no persegueix finalitats absolutes de justícia, sinó relatius i circumstancials de prevenció de delictes futurs, la qual cosa es pot aconseguir per mitjà de dos mecanismes: a través de la prevenció general la pena es dirigeix a perseguir finalitats preventives en la societat en general, és a dir, el destinatari d'aquests objectius seria col·lectiu ja que es pretén que els ciutadans en general no cometen delictes, bé per l'amenaça de la llei o pel seu caràcter integrador. I a través de la prevenció especial els objectius es dirigeixen individualment al subjecte que ja ha delinquit perquè no torne a fer-ho, i no a la resta de la societat.

en virtut de la necessitat d'humanitzar i modernitzar la resposta que suposa la comissió d'un fet delictiu, resulta imprescindible reposicionar la víctima, donant-li un paper preponderant en la resolució del conflicte. Ha d'incorporar-se la reparació als danys causats com una via diferent i legítima, complementària o substitutiva de la pena, i fins i tot instrumentant i regulant formes alternatives de solucionar el conflicte entre víctima i infractor, que és el que pretén la mediació penal.

El sistema que monopolitza l'estat, de persecució i castic del delicte, comença a veure's deslegitimat; l'estat en moltes ocasions es mostra incapaç de donar resposta als conflictes que es generen. Davant d'aquesta situació les societats comencen a adonar-se que la forma actual de resolució de conflictes derivats del delicte no ofereix solucions satisfactòries, i sorgeixen així idees alternatives.

Es planteja donar a la víctima un rol de protagonisme, negat fins ara, ja que, com a titular d'un interés directe que ha sigut vulnerat, no pot ser desatés el seu dret a obtindre una reparació del seu ofensor.

I, a més, en les últimes dècades s'ha produït una revisió constant en el sistema de sancions des de la perspectiva d'avaluar la legitimitat de les penes des de la seua eficàcia punitiva i preventiva; és a dir, només s'hauria de qualificar de legítima aquella pena que a més de ser adequada per a castigar pels delictes comesos també ho siga per a previndre futures conductes delictives.

Tot això ha contribuït a una crítica als nostres sistemes penals actuals que, juntament amb el funcionament lent d'una justícia col·lapsada, ha creat un sentiment entre la ciutadania que el sistema penal només a vegades arriba a solucionar els problemes que se li plantegen. Tots els que treballem en el sistema penal hem sentit més d'una vegada la víctima, després de la finalització del procés, dir allò de "si em torna a passar una cosa així, no torne a denunciar".

S'instal·la la percepció que la pena imposada en finalitzar el procés no contribueix a millorar la situació en què es troba la víctima. I sorgeix el temor que les diverses instàncies per les quals ha de passar la víctima li suposen un clar perjudici econòmic i personal, que la fan sentir-se revictimitzada pel procés penal. Això crea un recel en la necessitat de denunciar els fets i posar en marxa l'engranatge del sistema penal, que probablement no solucionarà els problemes de la víctima i li generarà perjudicis reals.

Davant d'aquesta complexa situació, centrar de nou l'atenció en la víctima del delicte i en les seues necessitats suposa obrir una via per a un model de justícia més pròxim a les persones, i especialment per a aquelles que han vist alterada la seua vida amb la comissió del delicte. La incorporació de la reparació en el sistema penal constitueix, més que una teoria de la pena, una vertadera orientació per a tot el dret penal, processal i substantiu.

D'una altra banda, l'estat es veu immers en una ineficàcia del sistema penitenciari i de les seues penes per tal d'aconseguir una disminució de l'activitat delictiva i la rehabilitació del delinqüent. Aspectes que són els que li han de donar legitimitat per a monopolitzar la imposició de penes. I així mateix, les necessitats de grups socials afectats pel delicte i els perjudicis que els crea tampoc es veuen atesos per l'estat a l'hora de solucionar els perjudicis ocasionats per la delinqüència.

La justícia restaurativa és un nou moviment en el camp de la victimologia i la criminologia.

Notes

Reconeixent que el crim causa danys a les persones i comunitats, s'insisteix que la justícia ha de reparar aquests danys. Per a això es considera imprescindible que víctima, grups socials afectats per la comissió del delicte i delinqüent participen a l'hora de donar una resposta adequada al crim. Ells arriben a ser el centre del procés de justícia penal, que ha d'apuntar a la responsabilitat de l'infractor com a mitjà d'aconseguir-ne la rehabilitació, a la reparació a la víctima, que serà la que manifestarà i exigirà les seues necessitats, i a la comunitat en la mesura en què es veja perjudicada per la comissió del delicte.

Una de les preguntes en qualsevol procés restauratiu és: "Què necessita la víctima per a sentir-se reparada, recuperar-se i recobrar un sentit de seguretat?" Les víctimes poden necessitar informació; poden necessitar la possibilitat d'expressar la seua ira cap a les persones que els han ocasionat danys; poden necessitar la reparació d'aquests danys. Tal vegada els infractors també necessiten alliberar-se dels sentiments de culpa i del temor; resoldre els conflictes o problemes subjacents que van conduir al delicte; tindre l'oportunitat de reparar els danys.

La responsabilitat va més enllà del fet que els infractors comprenguen que han violat la llei i complisquen la pena, també han de participar en la reparació del dany causat a la víctima i comprendre que les seues conductes, que causen un perjudici en un entorn social, han de ser evitades.

Cal esperar que els infractors expliquen la seua conducta, de manera que la víctima i la comunitat puguen tractar d'entendre-la. El delicte provoca divisions entre les persones i dins de les comunitats. El procés restauratiu es dirigeix a reconciliar la víctima i l'infractor, i que ambdós es reintegren en la comunitat. Una de les premisses de la justícia restaurativa és que els papers de "víctima" i "infractor" han de ser de caràcter temporal i no vitalici. S'ha de guiar tant l'una com l'altre cap a un futur en què es vegen alliberats del rol de víctima i victimari, i que socialment no apareguen com a tals. La criminalitat provoca perjudicis, però al mateix temps la criminalitat pot posar al descobert determinades injustícies preexistents. Aquestes poden ser de caràcter personal (com per exemple, una vella enemistat entre l'"infractor" i la "víctima" que done lloc a una conducta criminal). També poden ser desigualtats sistemàtiques per raons d'origen racial o posició econòmica, que si bé no justifiquen la conducta de l'infractor, han de resoldre's per a reforçar la comunitat i convertir-la en un lloc just i segur on es puga viure.

La participació de determinats grups socials o els seus representants dins del procés penal es fa evident, ja que aquests aportaran solucions destinades a evitar i reparar perjudicis al grup social, i a vegades participaran en la solució de les causes criminògenes per a facilitar la reincorporació de l'infractor dins del grup social.

No és difícil descobrir que la justícia penal, entesa com a justícia restaurativa, va més enllà de la potestat de jutjar i executar el que s'ha jutjat per part dels tribunals. S'emmarca en un àmbit més ampli que l'estat ha d'abordar i que ha d'entendre's com a política criminal, en el desenvolupament de la qual han d'adoptar-se mesures de seguretat, mesures socials i reformes legals que coadjuven a la resocialització del delinqüent i a la reparació dels danys a la víctima.

L'estat ha d'aconseguir, amb les oportunes reformes legals, que, dins del procés penal, i paral·lelament a aquest, participen agents que no siguen exclusivament els jutges, que tendisquen a valorar i procurar donar respostes a les necessitats de la víctima del delicte, que sàpien

reordenar el procés cap a solucions que beneficien la societat en conjunt i així mateix treballen en fórmules que tendisquen a aconseguir la responsabilitat i la rehabilitació de l'infractor. En definitiva, agents que desenvolupen la política criminal de l'estat durant el transcurs del procés penal i les aportacions dels quals puguen tindre reflex en les resolucions judicials que es dicten.

Això que sembla estrany en el nostre estat, i que no s'acomoda al nostre sistema penal, no ho és tant en la mesura que hi podem veure figures que apunten a la justícia restaurativa, encara que probablement instaurades més per influència d'altres sistemes penals que apunten cap a la justícia restaurativa, que per una política criminal desenvolupada en el sentit descrit adés.

## 2. Notes de justícia restaurativa en el nostre ordenament

Encara que siga per a negar aquest sistema, la llei integral per a la protecció contra la violència de gènere es refereix de forma expressa a la mediació penal, encara que en un sentit negatiu, ja que la prohibeix en les causes que siguen competència dels jutjats especialitzats en la matèria (art. 44-5). Qüestió aquesta discutible ja que són precisament en aquest tipus de conflictes, com ha demostrat l'experiència en altres països del nostre entorn, on la mediació pot tindre un més efecte satisfactori i reparador si s'apliquen les tècniques mediadores adequades, tot i que, per descomptat, adoptant les cauteles necessàires com a conseqüència de la situació particular en què pot trobar-se la víctima en cada supòsit.

La Llei 4/2015, de 27 d'abril, de l'estatut de la víctima del delicte, té com a finalitat elaborar una regulació integral de l'estatut jurídic de la víctima del delicte i oferir des dels poders públics una resposta tan àmplia com siga possible, no solament jurídica sinó també social, a les víctimes, no solament reparadora del dany en el marc d'un procés penal, sinó també minimitzadora d'altres efectes traumàtics que la seua condició pot generar el procés penal; tot això amb independència de la seua situació processal. A més, pretén, partint del reconeixement de la dignitat de les víctimes, la defensa dels seus béns materials i morals i, amb això, els del conjunt de la societat. I tot això en línia amb la normativa europea en la matèria i amb les demandes que planteja la nostra societat.[6] Amb aquest estatut, Espanya aglutinarà en un sol text legislatiu el catàleg de drets de la víctima, d'una banda, transposant les directives de la Unió Europea en la matèria i, de l'altra, recollint la particular demanda de la societat espanyola. L'article 15 del seu articulat estableix el dret de la víctima a recórrer als serveis de justícia restaurativa en els termes que reglamentàriament es determinen, amb la finalitat d'obtindre una adequada reparació material i moral dels perjudicis derivats del delicte.

**- En matèria processal:** Amb la finalitat que la víctima puga mostrar-se part en el procés i puga exercir tant l'acció penal com la civil, la llei processal penal espanyola preveu el deure d'informar-la de totes dues possibilitats. És el denominat *oferiment d'accions* al qual es refereixen amb caràcter general els articles 109 i 110 de la Llei d'enjudiciament criminal (Lecrim).

L'article 544 *ter* de la Llei d'enjudiciament criminal estableix el deure dels serveis socials i d'altres institucions (autoritat judicial, ministeri fiscal, forces i cossos de seguretat, oficines

6 Vegeu-ne l'exposició de motius.

d'atenció a la víctima, institucions assistencials dependents de les administracions públiques) de facilitar a les víctimes de la violència domèstica la sol·licitud de l'ordre de protecció. Han de facilitar-li, amb aquesta finalitat, informació, formularis i, si escau, canals de comunicació telemàtics amb l'Administració de justícia i el ministeri fiscal (art. 544 *ter* apartat 3, Lecrim). I d'un altre costat, s'estableix que una de les mesures que poden adoptar-se per a la protecció de la víctima (l'ordre de protecció) implicarà el deure d'informar permanentment la víctima sobre la situació processal de l'imputat, així com sobre l'abast i vigència de les mesures cautelars adoptades. En particular, la víctima ha de ser informada en tot moment de la situació penitenciària de l'agressor (apartat 9 de l'article 544 *ter,* Lecrim).

**- En el nostre dret substantiu:** El Codi Penal de 1995 ha sigut el primer text jurídic penal que ha introduït a Espanya la reparació a la víctima com a element generador de diferents conseqüències que poden moderar l'aplicació de la pena assignada a l'infractor adult. El Codi Penal espanyol recull actualment, en diversos articles, diferents possibilitats de reparació, acompanyada de determinats efectes jurídics: l'atenuant genèric, recollida en l'article 21.5 del llibre I del Codi Penal[7] i els atenuants específics del llibre II. La genèrica s'aplica, de forma general, a tota mena de supòsits o delictes en els quals s'haja produït la reparació en benefici de la víctima, i l'específica s'aplica exclusivament a determinats supòsits prèviament tipificats en el llibre II del Codi Penal.[8]

També en el Codi Penal trobem preceptes que reconeixen alguns efectes a la reparació del dany que pot traduir-se en el perdó de l'ofés. L'article 130.5 del Codi Penal determina que la responsabilitat penal s'extingeix pel perdó de l'ofés, quan la llei així ho preveja. L'article 201-3 del Codi Penal reconeix aquest efecte per als delictes de descobriment i revelació de drets. L'article 215 del Codi Penal per als delictes de calúmnia i injúria. I l'article 267 del Codi Penal ho preveu per al delicte de danys causats per imprudència greu.

L'article 80 del Codi Penal estableix la possibilitat que el jutge acorde la suspensió de l'execució de les penes privatives de llibertat, però per a adoptar aquesta resolució haurà de valorar les circumstàncies del delicte comés, les circumstàncies personals del penat, els seus antecedents, la conducta posterior al fet, en particular el seu esforç per a reparar el dany causat, les seues circumstàncies familiars i socials, i els efectes que calga esperar de la mateixa suspensió de l'execució i del compliment de les mesures que siguen imposades.

7 L'article 21 regula les circumstàncies atenuants aplicables als delictes. En l'apartat 5é estableix: «Que el culpable haja reparat el dany ocasionat a la víctima, o n'haja disminuït els efectes, en qualsevol moment del procediment i amb anterioritat a l'acte del judici oral.»

8 En la part especial del Codi Penal es dona entrada a alguns aspectes que donen oportunitat a la justícia restaurativa: regula la reparació del dany causat com a atenuant específic en diversos supòsits concrets. En aquests casos pot entendre's que únicament entra en joc aquest atenuant especial, que és d'aplicació preferent i que només s'aplica en els supòsits que regula. Es tracta dels delictes següents:
1) Delictes sobre l'ordenament del territori (art. 319 et seq. del CP).
2) Dels delictes sobre el patrimoni històric (art. 321 et seq. del CP).
3) Dels delictes contra els recursos naturals i el medi ambient (art. 325 et seq. del CP).
4) Dels delictes relatius a la protecció de la flora, la fauna i animals domèstics (art. 332 et seq. del CP).
Tots aquests delictes queden regulats en el títol XVI del llibre II del Codi Penal. En l'últim capítol d'aquest títol («Disposicions comunes») l'article 340 estableix que "si el culpable de qualsevol dels fets que tipifica aquest títol repara voluntàriament el dany causat, els jutges i els tribunals han d'imposar la pena inferior en grau a les previstes respectivament".

Notes

## 3. La mediació penal

En aquest context de justícia restaurativa s'incorpora la mediació penal com un nou sistema de resolució de conflictes. La mediació entre delinqüent i víctima introdueix el seu diàleg dins del procés penal. Entesa la mediació com un procés per mitjà del qual, i a través del diàleg d'un tercer imparcial, el mediador intenta que les parts arriben a acords que satisfacen les seues necessitats.

Es tracta de crear un espai de diàleg i entesa entre víctima i infractor, en el qual ambdós hauran de mostrar els seus interessos en el conflicte creat pel delicte i ambdós hauran d'arribar a acords que satisfacen aquests interessos. La víctima, com hem vist, ha de tindre un interés a veure's reparada a la situació predelictual, el victimari ha de tindre interés a satisfer aquests interessos i reordenar la seua conducta. D'aquesta forma, la mediació es mostra com un dels instruments imprescindibles dins de la justícia restaurativa, com a mecanisme que busca respostes positives al conflicte, que aporta noves respostes a la demanda social a través d'una justícia més útil per a tots i s'aparta d'una justícia retributiva. Amb aquesta es pot reparar el dany i aconseguir la reinserció social de l'infractor perquè el fa responsable dels seus actes. En definitiva, s'assoleix una justícia més efectiva que tendeix a afavorir la pau social i restablir, en la mesura que siga possible, el teixit social trencat després de la comissió delictiva. Amb això, pot aconseguir-se la confiança dels ciutadans en l'ordre penal en comprovar-ne l'eficàcia a l'hora de previndre i solucionar el conflicte generat pel fet delictiu.

Com assenyala DEL RÍO FERNÁNDEZ en la seua obra *El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad*, aquesta filosofia s'ha traduït en diverses experiències, així diu: "SEGOVIA BERNABÉ cita el Programa de Mediació Penal Comunitària d'Adults en el si del col·lectiu Apoyo de Madrid. Es tracta d'una intervenció pluridimensional: a) política, en tant que busca minimitzar la intervenció estatal, que l'infractor assumisca els fets i s'anivelle la situació d'asimetria en què presumiblement es trobava: per exemple, recuperant-se de la drogodependència; b) comunitària, perquè no està residenciada en els jutjats, ni la du a terme una empresa de serveis, sinó que genera teixit social, crea sinergies, millora la qualitat de vida, etc.; c) provocativa, perquè evidencia la inutilitat i els costos del sistema penal i mostra les seues contradiccions; d) pedagògica, ja que no és només ocasió de canalitzar cap a un recurs terapèutic que rehabilita la causa del delicte —la drogodependència, per exemple— sinó d'ajudar l'infractor a assumir les conseqüències de la infracció, posant-se en el lloc de l'agredit, que, al seu torn, s'haurà posat també, en no pocs casos, en el seu; i e) finalment, reparadora, ja que la víctima troba, segons els casos, una reparació patrimonial, simbòlica, afectiva o explicativa del dany patit, a més dels efectes terapèutics de la mediació: pèrdua de por, reducció notable de l'esglai i del trauma postdelictual, etc."

Així entesa la mediació, com a instrument que cal usar dins d'un sistema penal restauratiu, en què no solament participa el poder judicial jutjant i executant el que s'ha jutjat, sinó que es barregen diversos agents que treballen amb la finalitat de restaurar el dany causat pel delicte; en què, per tant, el poder legislatiu haurà de regular tot aquest sistema de justícia restaurativa. Els òrgans judicials hauran d'aplicar aquesta legislació i el poder executiu, aplicant també el marc legal, haurà de dotar de mitjans materials i personals necessaris aquest

sistema i dirigir una política criminal a través dels seus agents que tendisca a la reparació del dany, a la reinserció del delinqüent, a la satisfacció dels interessos socials davant de l'activitat delictiva i, amb això, a la pau social.

Evidentment que la institució de la mediació haurà d'estar regulada legalment, de manera que coadjuve en el procés penal a generar la solució més adequada, que hauran d'adoptar els tribunals, i participar d'aquesta política criminal dirigida pel poder executiu.

En aquest sentit, la mediació penal es desmarca significativament d'un altre tipus de mediacions, com poden ser la civil, la familiar o la laboral. La mediació no solament serà útil per a solucionar un conflicte entre parts, sinó que estarà dirigida i orientada cap a una finalitat de política criminal: la reinserció del delinqüent. I les seues solucions hauran de veure's reflectides en un procés penal, dins del qual es decidirà, segons el principi dispositiu del sistema penal que impere, el castic penal o no del delinqüent i com ha de ser la pena més adequada a aquesta reinserció.

La mediació penal ha d'estar dirigida per una política criminal responsable que dirigisca tota acció encaminada cap a la justícia restaurativa. Els agents que hi intervinguen hauran de rebre instruccions i la seua activitat haurà d'estar regulada de forma específica, tant en la forma com en les conseqüències del procés penal.

Tot això obliga que els mediadors, que participen en aquesta política criminal, igual que altres agents implicats, com ara fiscals, lletrats de l'Administració de justícia, serveis socials, oficines d'atenció a la víctima de delicte, serveis socials penitenciaris, etc., tinguen un estatut específic i participen d'una activitat organitzada dins del poder executiu tendent a desplegar la política criminal dins de l'estat.

La mediació així entesa no pot confondre's amb la mediació ordinària que puga aconseguir-se entre les parts; aquesta, evidentment podrà aconseguir un acord en tot allò que les parts puguen disposar fora del procés penal. Però mai podrà entendre's com a mediació penal en el sentit que apunte.

Una política criminal victimològicament orientada, criminològicament fonamentada i socialment avançada ha de ser capaç de trobar els elements de connexió que hi ha entre la preocupació per la víctima, per l'infractor i per la societat. La necessitat d'assistir la víctima i tractar el delinqüent han d'inspirar el sistema. El monopoli estatal del sistema penal no cal defensar-lo ni exercir-lo com a fi en si mateix, sinó al servei de la comunitat de víctimes reals i potencials, la comunitat als interessos de la qual l'estat social de dret està cridat a servir. La mediació penal no tracta de reprivatizar el sistema penal, sinó de fer-lo més efectiu. La mediació penal no es queda en l'àmbit privat, ja que una mediació privada no pot substituir de cap manera el sistema estatal de persecució del delicte, però sí que pot contribuir a millorar-lo fent-lo més eficaç.

La tasca consisteix a pensar què cal fer per a aconseguir una resposta efectiva davant del delicte sense detriment dels principis del dret penal, establits constitucionalment, donar satisfacció als interessos de la víctima no constitueix la finalitat primària del procés penal, però aquesta constatació no impedeix negar que tals interessos siguen del tot aliens, han de ser atesos, igual que la resta de principis, drets i finalitats que regeixen en el sistema penal.

L'informe del secretari general del Consell Econòmic i Social de les Nacions Unides, corres-

ponent a l'11é període de sessions, dies 16 a 25 d'abril de 2002 a Viena, de la Comissió de Prevenció del Delicte i Justícia Penal, ha assenyalat que en els últims anys la justícia restaurativa, com a enfocament alternatiu de les pràctiques de justícia penal, ha suscitat considerable interés en els professionals i els encarregats de formular polítiques. La intenció fonamental de la justícia restaurativa és reparar el dany causat i restablir el delinqüent i la víctima, quan siga possible, a l'estat anterior a la comissió del delicte. Des d'aquesta perspectiva, la justícia restaurativa ofereix al procés de justícia penal una alternativa a les modalitats establides d'enjudiciament i castic, i permet incorporar la comunitat i tota la societat en el procés restauratiu.

Per tant, la mediació penal, com a eina de la justícia restaurativa, no pot ser aliena a aquesta i n'ha de participar, i no quedar-se només en l'àmbit disponible per a les parts. Ha d'abordar tasques com el descobriment de causes criminògenes, l'efectivitat en la inserció del delinqüent o en la satisfacció de la víctima, la consecució d'interessos socials en la resolució del conflicte i el compliment del marc normatiu que regula el sistema penal, que no sempre està disponible per a les parts.

Així, hui és àmpliament reconegut que una reparació voluntària de les conseqüències del delicte per part del seu autor pot complir en part les finalitats de la pena i, simultàniament, procurar a la víctima avantatges tangibles. El concepte de reparació també comporta elements punitius, això és, que a l'autor no solament se li exigeix la simple indemnització del dany material sinó també, més enllà, prestacions compensatòries per a reparar el que anomena el Consell d'Europa, en la seua Decisió de l'any 2002 "dany delictiu ideal". Atés que, per regla general, l'autor ha d'aportar alguna cosa més del que suposa el dany material, ha de comprendre el dany que ha causat i responsabilitzar-se'n de la reparació i col·laborar, en la mesura que siga possible, en què aquesta actuació no es reitere; també té lloc, aleshores, l'efecte intimidatori. D'aquesta manera es mesclen els elements de la pena i de la reparació.[9]

## 4. Dret comparat

**A França**, com en altres països d'Europa, s'han posat en marxa, al llarg dels últims anys, nous recursos de justícia. Tenen el doble objectiu de proporcionar una alternativa a les penes clàssiques i generar major eficàcia en la labor dels jutjats. La "mediació penal" és un d'aquests recursos: permet, resoldre el conflicte personal o material entre el denunciant i el presumpte culpable. Si aquesta trobada d'intercanvi arriba a bona fi, pot ser que el fiscal acorde l'arxivament de les diligències d'investigació penals.

Aquest recurs del sistema penal francés col·loca la víctima en el centre del procés penal. Hi ha dues formes de mediació en l'àmbit penal: una per a conflictes no judicialitzats i l'altra per a assumptes que ja han tingut entrada en el sistema penal.

**La primera** es du a terme per mediadors: personal que treballa per a algunes associacions d'ajuda a la víctima que han signat un conveni amb el Ministeri de Justícia per a aquest fi.[10]

9 La Decisió del Consell de la Unió Europea de 8.10.2002 diu que la justícia reparadora implica un plantejament ampli, en què la reparació material i immaterial de la relació alterada entre la víctima, la comunitat i l'infractor constitueix un principi general d'orientació en el procés de justícia penal. I que si bé fins ara la justícia reparadora s'ha manifestat en formes diverses de mediació entre les víctimes i els infractors (mediació víctima-infractor), cada vegada s'apliquen més altres mètodes, com per exemple els consells de família.

10 Comité de Conciliation de Valence, Sos; ressiones-Conflicts de Paris, Comités Comunales sur la Prevention du Crime, etc.

Notes

Aquest sistema va sorgir amb la idea d'evitar els embossos de l'Administració de justícia.

En la major part dels casos es tracta d'infraccions menors que el mateix fiscal, probablement, hauria renunciat a perseguir si no existira la mediació. El Ministeri de la Justícia, a França, ha desenvolupat una política nacional de sistematització de l'accés a la mediació i ha aconseguit una generalització de tal calibre que col·loca la mediació en el conjunt dels recursos de què disposa la política penal per a respondre a tota mena de delicte, inclosos els delictes menors.

**La segona forma de mediació, la intrajudicial**, i després de diverses experiències, es va introduir en el Codi Penal francés per llei del 4 de gener de 1993. L'article 41.1 del Codi de Procediment Penal (CPP d'ara en avant) preveu les mesures d'aquest tipus que el fiscal pot triar amb un triple objectiu: assegurar la reparació dels perjudicis ocasionats a la víctima, fer cessar els disturbis a l'ordre públic i contribuir al tractament social de l'autor.[11]

Abans de tota decisió sobre l'acció pública, el fiscal pot, si la mesura pot garantir la reparació del dany causat a la víctima o posar fi a la pertorbació resultant de la infracció o contribuir a la reclassificació de l'autor dels fets (art. 41 CPP). Així pot:

— Orientar aquesta persona cap a una estructura sanitària, social, professional (per exemple: teràpies de deshabituació en dependències o educatives).

— Demanar-li que regularitze la seua situació respecte a la llei i als reglaments. (per exemple: infraccions en locals d'oci per excés de so, horari d'obertura, etc.)

— Demanar-li la reparació del dany.

— Fer exercir una missió de mediació penal entre ell i la víctima.

— Proposar un acord sobre la mesura que cal complir com a substitutiva d'una condemna penal (art. 41.2 CPP).

Al final de l'execució de la mesura, si aquesta ha sigut executada correctament, l'expedient s'arxiva i no s'exerceix la persecució. El fiscal pot sobreseure la persecució durant un cert període de temps al final del qual comprovarà el compliment de les mesures adoptades.[12]

La legislació francesa ha afavorit la creació de serveis d'ajuda a les víctimes. Són aportats per

11 Des de 1999: la Llei 515, de 23 de juny de 1999, va atribuir al fiscal, en l'article 41 1 CPP, la facultat de promoure un procés de mediació entre la víctima i l'autor dels fets abans d'exercir l'acció penal, sempre amb el consentiment de les parts; aquesta previsió es va completar amb la reforma de l'article 6 CPP, que va establir l'extinció de l'acció penal per transacció.

12 Existeix una nota orientativa del Ministeri de Justícia de 1992, que entén la mediació per a delictes menors i sempre que no hi haja reincidència. I assenyala aquesta nota:
- El fiscal només pot utilitzar l'arxivament sota condició davant d'una infracció penalment tipificada i susceptible d'originar un procediment penal.
- L'arxivament sota condició no pot aplicar-se si no quan existisquen fets reconeguts per l'encausat. El dubte sobre la imputabilitat només pot dilucidar-se en un procés judicial.
- La petició d'indemnització a la víctima ha de justificar-se i la decisió del fiscal sobre aquestes s'ha de basar en aqueixes justificacions; si manquen aquestes, s'ha de pronunciar el jutge.
- L'alternativa a la persecució penal no és una pena; això obliga a requerir el consentiment de l'encausat sobre la condició que se li imposa. Prèviament a donar aquest consentiment ha d'estar informat dels seus drets, entre els quals s'inclou el de la defensa, i pot sol·licitar el nomenament d'un advocat.
Si la mesura no ha sigut complida correctament, el fiscal pot ordenar una composició penal o continuar l'acció pública i perseguir l'autor. La composició penal consisteix a proposar una o diverses obligacions a l'autor: pagament d'una multa de «composició», privació del permís de conduir o de caçar, reparació dels danys ocasionats, execució d'un treball gratuït, etc. La llista dels delictes per la qual es permet una composició penal està limitada per llei al que es podria anomenar la delinqüència urbana, algunes violències, telefonades malèvoles, agressions sonores, amenaces, delictes familiars, robatori simple, degradacions, ofensa, ús il·lícit d'estupefaents, etc.

associacions i oficines municipals que tenen l'objectiu d'organitzar la capacitat de respondre a les múltiples necessitats de les víctimes. Els serveis d'ajuda a les víctimes ofereixen un acolliment que integra totes les dimensions del problema: psicològica, ajuda i informació en relació amb les accions que cal emprendre, ajudes econòmiques i socials, etc. L'any 1986 es va crear l'Institut Nacional d'Ajuda a les Víctimes i de la Mediació (INAVEM) amb la idea de generar una xarxa nacional de serveis d'ajuda a les víctimes que fora pròxima i accessible a aquestes.

**A Bèlgica** amb la llei de 10 de febrer de 1994 es regula una fórmula de mediació en la fase d'instrucció que implica l'arxivament de la causa, i consisteix a oferir a l'autor, per part del ministeri públic, que prèviament haja reconegut la seua responsabilitat en els fets, no continuar amb el procediment a canvi d'haver reparat el dany causat, tant en l'aspecte econòmic com en el moral. Perquè s'aplique, ha de tractar-se d'un delicte que siga sancionable amb multa o pena de presó inferior a cinc anys.

Així, en aquests supòsits, la fiscalia pot:

— Convidar l'autor a indemnitzar la víctima.

— Convocar, a més, l'autor dels fets i la víctima a una mediació sobre la possible indemnització i les diferents modalitats possibles.

— Proposar a l'autor dels fets un tractament mèdic o qualsevol altra teràpia, amb una duració màxima de sis mesos.

— Proposar a l'autor dels fets que efectue un treball en benefici de la comunitat de 120 hores com a màxim, en el termini d'1 a 6 mesos.

— Proposar a l'autor dels fets el pagament dels danys materials ocasionats o prestar garantia amb béns de fer-ho.

Segons assenyala GORDILLO SANTANA: Per a aplicar a Bèlgica un procediment de mediació penal l'autor ha de ser major d'edat penal en el moment dels fets i reconéixer la seua participació en aquests. Per a la mediació penal s'han creat tres noves funcions que depenen totes del gabinet del fiscal del rei:

a) A cada tribunal de primera instància s'ha designat un fiscal adjunt com a magistrat d'enllaç per a la mediació penal (magistrat de mediació). Aquesta persona no efectua el treball de mediació pròpiament dit, però és l'encarregat de la selecció dels expedients, la vigilància del treball i mediació i de la sessió de mediació final que té lloc en el seu gabinet.

b) En el si del servei del fiscal del rei, juntament amb els mateixos tribunals, un o diversos treballadors socials figuren com a "assistents de mediació". Aquests últims són els que efectuen les tasques concretes que porten a les quatre formes de mediació penal possibles: comunicar inicialment amb les parts per a informar de la mediació, preparar-ne les condicions, procedir a la mediació en el cas on hi haja víctima, fer l'informe per al magistrat i donar curs als acords o a les condicions de mediació.

c) En cada cort d'apel·lació, en el si del gabinet del fiscal general, dos "consellers en mediació" (criminòlegs) són nomenats per a coordinar el treball dels assistents de mediació, tant per a sustentar aquests últims com també per a elaborar una política penal en matèria de mediació.

Si la major part del treball de mediació, i també la mediació pròpiament dita, l'efectua els assistents de mediació, el procés s'acaba amb una sessió de mediació oficial dirigida pel magistrat competent. Durant el procés, tant el delinqüent com la víctima tenen dret a l'assistència lletrada.

Després de la instrucció pot donar-se la mediació reparació, que es produeix en l'àmbit de la determinació de la pena pel tribunal. Es remet les parts a un servei de mediació i, si aquestes es mostren voluntàries per a això, amb la finalitat d'aconseguir una solució satisfactòria entre aquestes, si hi ha acord, es redacta un document que recull l'acord de les parts i es remet al fiscal perquè l'aporte a l'expedient per a coneixement del tribunal, i el jutge jutjarà les parts amb aquest contracte unit, que tindrà efectes en la determinació de la pena que s'ha d'imposar.

Després de la condemna i en execució de penes, també s'han fet programes ideats pel Ministeri de Justícia que s'han aplicat en algunes presons, que consisteixen en el fet que durant l'empresonament es donen les condicions necessàries perquè es repare el dany a la víctima i es prepare la reintegració a la vida social del condemnat.

## 5. Consideracions finals

Així entesa la mediació, com a instrument de la justícia restaurativa, ha de tindre un significat diferent del que s'entén com a mediació en termes generals. Si bé en aquesta un mediador intentarà crear un espai de diàleg i trobada entre les parts perquè puguen descobrir els seus interessos i aportar solucions i negociar-ne la més adequada per a satisfer els seus interessos; en la penal, a causa del monopoli i interés de l'estat a donar solució a aquest conflicte, la solució al conflicte és més complexa.

L'estat té la responsabilitat d'aconseguir la rehabilitació del delinqüent; per a això, la mediació pot ser útil en la mesura que repara el dany a la víctima. Però la rehabilitació del delinqüent va més enllà de la sola reparació, ha d'aconseguir que aquest no reitere la seua activitat, i aquesta responsabilitat l'ha d'adquirir després del procés penal. Per a això, la criminologia sempre ha pretés esbrinar quines són les causes que porten una persona a delinquir i, una vegada descobertes, evitar-les. Per a això, la mediació serveix de gran utilitat perquè posa al descobert els motius que porten una persona a delinquir (drogodependència, pertinença a un grup criminal, factures d'educació o culturals). Una vegada es coneixen aquests han d'adoptar-se les mesures que els eviten i aconseguir el compromís de l'infractor a sotmetre's a les mesures mèdiques, trerapèutiques, educatives o d'una altra índole que ajuden a la seua reinserció social.

La mediació ha de ser analitzada i valorada, igual que la resta de mesures de justícia restaurativa, des d'un prisma d'eficàcia per a aconseguir la reparació del dany, la rehabilitació del delinqüent i la no reiteració de l'activitat delictiva. I això ha de ser analitzat per part de l'estat perquè recau en aquest la responsabilitat d'aconseguir un sistema eficaç. Això suposa que el mediador ha de facilitar informació per a valorar-ne l'eficiència en aquestes finalitats. I així, l'estat, en l'exercici de la seua política criminal, decidirà aplicar-la o no. Per exemple, a determinades víctimes, en determinats moments processals o per a determinats delictes. Es

converteix així el mediador en un agent participatiu de la política criminal de l'estat.

La solució adoptada en el procés penal ha d'incorporar-se a un procés penal, en el qual les parts no en tenen la lliure disposició. Normalment serà el ministeri fiscal el que estiga legitimat per l'estat per a fer les peticions oportunes perquè el que s'ha acordat en mediació tinga trasllat al procés penal. Així, per exemple, haurà de sol·licitar la suspensió del procediment per un temps per a aconseguir la reparació del dany, sol·licitar la disminució de la petició pública de la pena per aplicació d'un atenuant de reparació del dany, sol·licitar la suspensió de la pena privativa de llibertat per ser adequada per a la rehabilitació del condemnat, o sol·licitar la pena de treballs en benefici de la comunitat, amb la mateixa finalitat, etc. Evidentment, el que s'ha acordat en el procés de mediació penal ha d'estar conduït al fet que el ministeri fiscal puga fer aquest tipus de peticions en el procés, amb la qual cosa la mediació penal aconsegueix una categoria que no té la mediació civil, familiar o una altra d'estricte àmbit privat. En aquest sentit, tots els agents que treballen al voltant de la política criminal d'un estat, entre els quals hi ha els mediadors, hauran d'estar instruïts i dirigits a aconseguir que aquesta siga tan efectiva com siga possible.

Per tot el que he exposat, es fa necessari que el mediador en matèria penal tinga una formació especial, reba unes instruccions dins del conjunt de la política criminal de l'estat, oferisca informació adequada per a l'efectivitat d'aquesta i treballe dins d'un conjunt organitzat. Sempre, per descomptat, respectant la normativa aplicable en la matèria, que no sempre en podrà disposar les parts, a diferència del que ocorre en altres matèries.

Per això es fa necessari, des del meu punt de vista:

1r. Que el mediador en matèria penal tinga un estatut regulat i diferenciat de la resta de mediadors que operen en altres matèries, que regularà els seus drets, obligacions, la manera de ser triat i el marc en què exercirà la seua funció.

2n. Que encara que puga ser triat per les parts, igual que altres mediadors, ho siga entre aquells que participen en la labor de l'estat per a implantar una justícia restaurativa.

3r. La mediació penal no pot ser regulada ni desenvolupada al marge d'un sistema de justícia restaurativa. De res serveix fer referències a la mediació en la llei penal, bé processal i substantiva, si no hi ha una regulació sistemàtica i homogènia que permeta desenvolupar la justícia restaurativa.

4t. La justícia restaurativa, entesa doctrinalment en el dret comparat i en el dret internacional, no només ha de comprendre mesures legals i afectar la potestat de jutjar i executar el que s'ha jutjat aplicant la llei, ha de suposar una major responsabilitat del poder executiu en el desenvolupament de polítiques criminals que aconseguisquen, amb la col·laboració del poder legislatiu, executiu i judicial, l'eficàcia del sistema penal. Entés el sistema penal com les mesures i decisions que els tres poders de l'estat han d'adoptar per a donar una resposta satisfactòria i eficaç davant la comissió del delicte. Tot això, per a garantir als ciutadans que les alternatives al model clàssic de justícia retributiva no afecten el compromís de l'estat i de la societat d'aconseguir la reinserció social del delinqüent i la reparació efectiva de la víctima.

5é. Es requereix la capacitació d'experts en justícia penal restaurativa, entre els quals figuren els mediadors (entre altres operadors, com ara fiscals, jutges, lletrats de l'Ad-

ministració de justícia, treballadors en oficines d'ajuda a la víctima del delicte, etc.). Aquesta formació ha de ser adequada per a atendre les necessitats de les víctimes del delicte, dels delinqüents i de la comunitat afectada pel delicte i respondre-hi.

6é. No es pot entendre la mediació penal com una part privada dins del procés penal, en què les parts pacten allò que els és disponible, és una cosa més que participa de la justícia restaurativa. No es tracta d'una privatització del procés penal. Les excepcions que s'aconseguisquen a la imposició d'una determinada pena o, si escau, a la continuació del procés penal, no poden valorar-se com una privatització del sistema penal en què les parts disposen d'aquest, sinó com un sistema més eficaç que el retributiu per a aconseguir la rehabilitació del delinqüent i la reparació del dany i, per tant, de la pau social.

7é. Finalment, cal entendre que la mediació no treballa aïllada de la resta de mesures i instruments al servei de la justícia restaurativa, com podrien ser mesures d'ajuda social, econòmiques, judicials, policials, etc., i així mateix podrà cohabitar amb altres mitjans d'autocomposició que es puguen instaurar en un sistema de justícia restaurativa, com ara reunions o conferències de restauració, cercles de sentència, programes de restitució, fòrums associatius, que són altres sistemes de autocomposició però dins d'un àmbit familiar, o en què intervenen grups socials per mitjà dels seus representants.

## Bibliografia

A. Llibre, monografia

GORDILLO SANTANA, L.F.: *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Editorial Iustel, març 2007.

B. Articles

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 juridica La ley*, núm. 3, 2006.

GASCÓN INCHAUSTI, F.: «Los procesos penales en Europa: Líneas de evolución y tendencias de reforma». *Revista de Derecho Procesal*, Universidad Complutense de Madrid, 2009.

ESTRADA CHACÓN, M.: «La tridimensionalidad de la culpabilidad en el Derecho Penal», *Revista de Pensamiento Penal*, 2011.

**Notes**

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 victima del delito. Intervencion 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.

Notes

# TERMINACIÓ DEL PROCÉS CIVIL DESPRÉS DE L'ACORD DE MEDIACIÓ INTRAJUDICIAL

José Manuel Marco Cos

## I. Introducció

És sabut que la mediació és una altra manera de resoldre els conflictes, que està modificant, lmenys en part, el limitat enfocament adversarial que ha vingut imperant, conformement al qual la solució i la resposta a tota divergència que puga tindre alguna base normativa només podia vindre donada pels tribunals.

La mediació ofereix una solució més adequada en aquells casos -que en són molts- en els quals la resposta judicial, la sentència, encara sent correcta des del punt de vista jurídic, és insatisfactòria i frustrant, fins i tot per a la part que ha vençut en el judici. Això pot deure's al fet que la jurisdicció apareix a vegades desconnectada dels ciutadans, dels seus conflictes i dels seus sentiments. El tribunal només estudia allò que considera rellevant per a dictar la resolució, per la qual cosa prescindeix de les emocions, de tot el que considera "no rellevant" per a dictar una sentència estrictament jurídica.

Al dia de hui no és escassa la base normativa -en sentit ampli- que sustenta la mediació, en l'àmbit supranacional i intranacional.

En aquest sentit, cal citar de forma molt succinta, la Recomanació del Consell d'Europa sobre mediació familiar de 21 de gener de 1998; la Recomanació n° 19 (1999) del Consell d'Europa, sobre mediació en assumptes penals; la Recomanació número 10 de 2002, sobre mediació civil.

En el marc de la Unió Europea, la fita fonamental és la Directiva 2008/52, sobre mediació per a assumptes civils i mercantils, i més recentment la Directiva 2013/11, relativa a la resolució alternativa de litigis en matèria de consum. En l'àmbit penal, que no és el d'aquestes breus anotacions, la Directiva 2012/29, de normes mínimes sobre drets, suport i protecció de les víctimes de delictes, que introdueix la justícia reparadora en l'ordenament jurídic de la Unió Europea.

En seu nacional, és fonamental la Llei 5/2012, de Mediació en assumptes civils i mercantils, la confessada finalitat de la qual és l'adaptació de la Directiva de 2008.

Amb aquest pressupost, no són poques les referències a la mediació en la normativa orgànica i processal (arts. 22 octies, 438, 456 Llei orgànica del Poder Judicial —que enumera la mediació entre les competències dels lletrats de l'Administració de Justícia—, arts. 19, 39, 65, 66, 206, 414, 517 i uns altres de la Llei d'Enjudiciament Civil).

## II. Acord de mediació i terminació del procés

Es coneix com a mediació intrajudicial aquella que se suscita una vegada començat el procediment. Mitjançant aquesta es pretén un canvi d'escenari: des de l'adversarial i d'enfrontament al del diàleg. Té lloc mitjançant allò que hom anomena "derivació", que consisteix en el fet que el tribunal o el lletrat de l'Administració de Justícia dicten una resolució, acordant que les parts es plantegen abordar -sempre de manera voluntària- la solució del conflicte a través de la mediació. La que es coneix com a derivació a mediació en el si del procés ve emparada pel que es disposa en els articles 414.1 i 440.1 LEC quan, referint-se al judici ordinari i al verbal, respectivament, contemplen la possibilitat que el tribunal suggerisca la conveniència de la mediació; també en l'art. 777.2 en regular el procés de separació o divorci de mutu acord.

La mediació es caracteritza, entre altres, pel seu caràcter voluntari i per la llibertat que en tot moment es concedeix a les parts intervinents per a posar fi en qualsevol moment al procés de mediació, encara que no s'hagen negat a cap acord, o precisament per no aconseguir-lo. En aquests casos, el procés judicial segueix el seu curs.

Admetent els innegables avantatges d'haver entaulat un diàleg, encara que no s'arribe a cap acord, el desitjable és que s'arribe a una avinença, acord o transacció.

En aquests casos, pot plantejar-se com posar fi al procés. Són diverses les vies, encara que al meu entendre només una d'elles és desitjable, per la seguretat jurídica i altres avantatges que ofereix.

*1. Arxiu.* Les parts, en un escrit conjunt, que pose fi al procediment judicial, sense imposició de costes.

És perfectament admissible, donat el caràcter dispositiu del procés civil, en el qual comunament se substancien interessos essencialment privats.

En aquests casos, el procediment pot acabar per decret del lletrat de l'Administració de Justícia.

*2. Desistiment.* Formulat per la part demandant, en exercici del poder de disposició sobre l'objecte del procés. No és així en els processos de família, conformement a l'art. 751.1 LEC.

Contemplat per l'art. 20 LEC, en principi comporta la imposició de les costes a qui desisteix, que ha provocat al demandat despeses de forma inútil i improductiva, en termes estrictament processals.

Ja que aquest desistiment té la seua causa en l'acord de mediació, el normal serà que, llevat que s'haja convingut una altra cosa, la part demandada s'avinga -normalment en el mateix

escrit- a consentir el desistiment, sense imposició de les costes causades.

*3. Manca sobrevinguda d'objecte o satisfacció extraprocessal.* Regulada en l'art. 22 LEC.

L'acord de mediació dóna lloc al fet que el procés judicial deixe de tindre sentit, perda el seu objecte. I pot afirmar-se que també genera la satisfacció extraprocessal, en la mesura que les parts han obtingut en mediació una solució que han trobat satisfactòria, encara que no siga la mateixa que es pretenia en la demanda.

L'apartat 1 del citat article estableix la terminació del procés per decret del lletrat de l'Administració de Justícia, sense condemna en costes. Si no n'hi ha, decideix el tribunal.

Les tres maneres de posar fi al procés que acaben d'exposar-se no tenen cabuda quan se substancien interessos que no tinguen caràcter estrictament privat, o que hagen d'acabar en resolució que cause estat (penseu en afectació de menors, en procediments matrimonials).

*4. Transacció homologada judicialment*. El Codi Civil regula la transacció, entre els contractes, en els articles 1809 i següents.

És la forma de terminació del procés després de l'acord de mediació que ofereix més garanties i major seguretat jurídica.

a) En primer lloc perquè, encara tractant-se de la solució d'un conflicte estrictament privat, el jutge davant el qual es presenta l'acord per a la seua homologació ha de verificar si l'acord adoptat és contra l'ordre públic o perjudica tercers

Si es tracta d'un procediment en què resulte afectat l'interès d'un menor, ha d'explicar-se amb l'opinió del Ministeri Fiscal (art. 751.2.1 LEC).

b) D'altra banda, perquè l'acord homologat judicialment constitueix títol suficient, en cas d'incompliment, per a instar-ne amb base en aquell l'execució judicial.

L'art. 1816 del Codi Civil preveu la idoneïtat de la via de constrenyiment si es tracta de transacció judicial, en l'àmbit de la qual cal entendre comprès l'acord de mediació judicialment homologat.

L'art. 517.2.2n LEC enumera entre els títols sobre la base dels quals pot promoure's l'execució, l'acord de mediació, sempre que conste en escriptura pública conformement al que s'estableix en la Llei de Mediació.

Encara que no s'esmenta expressament la resolució mitjançant la qual s'homologa la mediació, ha d'entendre's aquesta inclosa en l'apartat 3r, que es refereix a les resolucions judicials que aproven o homologuen acords reeixits en el procés, i no hi ha dubte que la mediació té aquest caràcter. D'altra banda, l'art. 206.2.2n LEC esmenta, entre les resolucions que han de revestir forma d'acte, els acords de mediació.

Per contra, mancant homologació judicial o, en defecte d'això, plasmació de l'acord en escriptura pública, l'incompliment dels compromisos assumits en la mediació només podrà remeiar-se instant el compliment del contracte en què consisteix l'acord, a través del procediment ordinari que corresponga.

## III. Conclusió

**Notes**

En conclusió, només pot instar-se l'execució directa de l'acord de mediació si aquest s'ha recollit en escriptura pública, o ha sigut aprovat judicialment.

Al meu entendre, aquesta segona és la solució més econòmica, per raons òbvies, i la que menys cabuda ofereix a l'al·legació, per exemple, de vicis en la prestació del consentiment, per la restricció legal de motius d'oposició a l'execució basada en la resolució judicial que aprova l'acord de mediació (art. 556 LEC).