

Resolución alternativa de conflictos

Aura Esther Vilalta

PID_00202851



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

Índice

Introducción	5
Objetivos	6
1. El conflicto	7
1.1. Qué es el conflicto	7
1.2. Antecedentes. Un poco de historia	10
1.3. Razones de la expansión y consolidación de los mecanismos extrajudiciales de resolución	14
2. Modalidades y experiencias	18
2.1. Modalidades extrajudiciales de resolución	18
2.2. Taxonomía	19
2.3. Breve descripción de algunas concretas modalidades autocompositivas y experiencias en línea	21
2.4. Alcance	24
2.4.1. La autonomía de la voluntad privada como fundamento	24
2.4.2. La libre disposición sobre la materia	25
3. Marco normativo y principios	28
3.1. Marco normativo	28
3.1.1. Normativa internacional	28
3.1.2. América Latina	34
3.1.3. Continente asiático	34
3.1.4. Los países africanos	35
3.1.5. Europa. La Unión Europea	35
3.2. Principios que gobiernan los mecanismos extrajudiciales de resolución	38
3.2.1. El principio de libertad y autonomía	40
3.2.2. El principio de confidencialidad	40
3.2.3. Los principios de imparcialidad e independencia	43
3.2.4. El principio de equidad	43
3.2.5. El principio de eficiencia (efectividad, rapidez, economía)	45
3.2.6. El principio de transparencia	45
3.2.7. El principio de legalidad	46
3.2.8. El principio de neutralidad	46
3.2.9. Reglas del debido proceso: principio de proceso contradictorio, audiencia e igualdad de armas	47

4. La mediación como paradigma de modalidad autocompositiva	49
4.1. Concepto de mediación	49
4.2. Modelos de mediación	50
4.3. Estrategias de mediación	51
4.4. Estructura y fases de la mediación	52
4.5. La mediación aplicada	55
4.5.1. La mediación en el ámbito familiar	56
4.5.2. La mediación empresarial	56
4.5.3. La mediación ciudadana y comunitaria	57
4.5.4. Programas de justicia restaurativa y procesos restaurativos	57
5. La tecnología aplicada a los procesos: los ODR	60
5.1. Los sujetos intervinientes en un proceso restaurativo	63
5.1.1. Las partes en conflicto	63
5.1.2. El experto o facilitador	63
5.1.3. Las instituciones y organizaciones proveedoras de servicios	67
5.1.4. La “cuarta parte”: la tecnología	67
5.1.5. Las plataformas proveedoras de tecnología	67
5.2. El resultado de los procesos restaurativos	67
Actividades	71
Ejercicios de autoevaluación	71
Solucionario	74
Bibliografía	76

Introducción

Tradicionalmente, los conflictos entre las personas han sido abordados y resueltos en las sociedades humanas mediante mecanismos de justicia civil, esto es, a partir de la autonomía y libertad de las personas para gestionar por ellas mismas o con la ayuda de terceros sus intereses, y conservando su poder de decisión sobre el conflicto.

La realidad jurídica de los últimos tiempos es, sin embargo, algo distinta, resultado del monopolio del Estado en materia de justicia y de la forma de abordar el conflicto. El paradigma de la condena, el castigo y modelo punitivo no resulta del todo satisfactorio, en particular en el ámbito penal, habida cuenta de que no logra resolver los problemas de fondo más acuciantes, cuales son abordar el conflicto intersubjetivo, hacer justicia a las víctimas (restitución) y evitar la reincidencia (prevención).

Una comprensión adecuada de este fenómeno, así como de las manifestaciones extrajudiciales y su encaje en la justicia de los tribunales, solo se puede alcanzar si se conocen las categorías conceptuales básicas de la resolución extrajudicial de los litigios, que constituyen el armazón en el que se fundamentan.

Como consecuencia lógica de este reconocimiento del impacto del derecho civil privado en el ámbito de la resolución extrajudicial, resulta conveniente exponer, entre otros, los trazos fundamentales del conflicto, el juego de la autonomía de la voluntad privada y de la libertad contractual, sus límites, los principios que gobiernan estas modalidades, la mediación como expresión avanzada de la tradicional transacción y el impacto de las nuevas tecnologías en este ámbito privado, anticipando de este modo las claves de la justicia restaurativa en la esfera penal.

Objetivos

A través de este módulo didáctico se desea proporcionar a los estudiantes el contenido y las herramientas procedimentales básicas para alcanzar los objetivos siguientes:

1. Comprensión de la importancia del tratamiento de esta disciplina desde una visión unitaria, superadora de las distinciones artificiosas entre el derecho público y privado.
2. Conocimiento de los principios básicos reguladores de las modalidades extrajudiciales de resolución.
3. Identificación y cabal conocimiento de los trazos distintivos entre las modalidades autocompositivas y heterocompositivas de resolución.
4. Conocimiento del marco normativo internacional y doméstico.
5. Dominio de los modelos y estrategias de la mediación.
6. Reconocimiento del impacto de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) en este complejo ámbito extrajudicial y comprensión de los aspectos identificativos y diferenciales.
7. Conocimiento de las particularidades que imprime la tecnología en la práctica.
8. Alcanzar una visión amplia del fenómeno que nutra el estudio posterior de la justicia restaurativa, sus programas y procesos.

1. El conflicto

1.1. Qué es el conflicto

El conflicto ha sido entendido tradicionalmente como una situación de confrontación, de enfrentamiento entre dos posiciones. El sentido etimológico del término que ha perdurado entre nosotros aporta información valiosa al respecto: *conflictus* está formado del prefijo *con-* (convergencia de varios) y el participio de *fligere* (*flictus*, 'golpe', 'choque'). Requiere, por consecuencia, la concurrencia de dos o más sujetos con intereses distintos y aparentemente incompatibles o antagónicos, no simples puntos de vista diversos.



El término *controversia* refiere a un estadio anterior, implica la posibilidad de convertir algo en discutible, de modo que dos posiciones opuestas se confrontan. El conflicto refiere a la situación resultante de la colisión de dos cosas o ideas, de modo que prevalece el aspecto de la separación. La falta de información o su incorrecta transmisión puede llevar a una controversia. Y si la controversia no es gestionada, al conflicto.



El conflicto ha sido abordado asimismo desde perspectivas muy diversas: antropológica, sociológica, psicológica o legal. Es común distinguir entre modelos de resolución de los conflictos de tipo monolítico, que consideran este como un elemento con connotaciones negativas, como una patología del sistema que rompe la armonía y que, por tanto, debe ser eliminado, superado; y modelos plurales que, por el contrario, tratan el conflicto como algo positivo, como un proceso dialéctico que favorece al cambio y mejora el sistema.

Observado también como una oportunidad superadora de connotaciones positivas o negativas, el conflicto es tratado como mecanismo necesario en todo sistema social armónico porque armonía y conflicto permiten que las sociedades y sistemas perduren. Desde esta concepción, el conflicto favorece la resistencia y la viabilidad del sistema (Coser, 1956) de modo que la diversidad no hay que evitarla si no aprovecharla para reconstruir y crear espacios compartidos.

De la misma manera, la superación del conflicto puede ser abordada bien desde posiciones inquisitoriales, donde el dominio o poder de la fuerza obliga a unos individuos a aceptar una decisión, o bien desde posiciones que se articulan a través del consenso. Como señalaran Brett, Goldberg y Ury (1998), reconciliar intereses (negociar, transigir, consensuar) es menos costoso –en términos no

solo económicos sino de satisfacción– que atribuir derechos (decidir por otro, adjudicar) y este, a su vez, menos costoso que imponer mediante la fuerza (ejercicio del poder).

Los conflictos han sido objeto de múltiples clasificaciones. Así, cabe **distinguir entre conflictos**:

1) De intereses y de valores. En los primeros las partes entran en confrontación por el control de un recurso, mientras que en el segundo sostienen posturas distintas acerca de lo deseable.

2) Funcionales y disfuncionales, cuando el conflicto ha rebasado lo que podría considerarse una confrontación de moderada intensidad y generan un alto grado de tensión.

3) Interpersonales, intrapersonales, intergrupales, intragrupal, entrelazados, superpuestos, transversales y concurrentes.

El enfoque a la hora de abordar el conflicto ha ido también variando a lo largo de la historia. Cabe distinguir, al menos, **tres enfoques distintos**:

1) Tradicional, en virtud del cual el conflicto es percibido como algo indeseable y resulta equivalente a violencia, destrucción, de modo que debe ser prevenido, evitado.

2) De las relaciones humanas, que permite percibir el conflicto como algo natural e inevitable, de modo que debe aceptarse.

3) E interactivo, según el cual el conflicto es un reto estimulante que debe ser fomentado porque incentiva la reflexión en la toma de decisiones.

Sobre este particular, en todo conflicto puede identificarse varios elementos estructurales y dinámicos que señalamos sucintamente a continuación y que nos permiten identificarlo:

- La concurrencia de actores (principales, secundarios, intermediarios).
- Las posiciones (o pretensiones, objetivos que se proponen, decisiones conscientes adoptadas por los sujetos acerca de los resultados que persiguen).
- Y los intereses (o necesidades que impulsan a estos a adoptar un determinado comportamiento. En ocasiones provocados por el temor o los valores), las actitudes (estado mental a nivel emocional, disposición) y comportamientos (respuesta que da el individuo, acciones que emprende).

Bibliografía recomendada

S. P. Robbins (1987) *Comportamiento organizacional: Conceptos, controversias y aplicaciones*. Prentice-Hall Hispanoamericana.

Del mismo modo, podemos hablar de las distintas maneras de **abordar el conflicto**:

- 1) Evitándolo, separándose del problema y dejando que el tiempo o las circunstancias futuras lo resuelvan.
- 2) Imponiendo un criterio por la fuerza.
- 3) Acudiendo a la autoridad de un tercero.
- 4) Buscando soluciones a través del diálogo y de la consecución de acuerdos (intercambio).

Atendiendo a las distintas maneras de abordar el conflicto, cabe identificar **diversos estilos de enfrentamiento**:

- 1) El beligerante, cuando las partes deciden satisfacer sus intereses sin tomar en cuenta los de la contraparte.
- 2) El claudicante, por el cual una parte decide su rendición o renuncia de sus objetivos, que puede ser permanente o bien transitoria, adoptada como una táctica.
- 3) El resolutivo, en virtud del cual las partes buscan una solución aceptable para ambas en términos de intereses y necesidades.

El conflicto que provoca la comisión de un delito ha sido abordado tradicionalmente a través de un modelo punitivo (sistema retributivo dominante) consistente en el castigo al agresor. Su aplicación ha puesto de manifiesto sus debilidades, porque no logra restituir ni a víctima ni a ofensor.

Finalmente, cabe hacer mención a los conflictos que se generan en los nuevos entornos en línea. La actividad virtual de los sujetos es también progresivamente más rica y compleja, emergen nuevas formas de interrelacionarse y de comunicarse porque la tecnología evoluciona. Por ende, también los conflictos. Cuando el conflicto se produce en el entorno virtual, el medio imprime particularidades de calado: la comunicación esencialmente escrita, asíncrona, unida a la diversidad de lenguas, culturas, creencias, valores, conocimientos, intereses, experiencias, normas, costumbres, la distinta realidad política social o económica de las personas que interrelacionan, el espacio geográfico, la diferencia de edad, de sexo, de generación, así como las divergentes expectativas constituyen factores que confluyen y que deben ser tenidos en cuenta.

1.2. Antecedentes. Un poco de historia

Los ordenamientos jurídicos han contemplado desde tiempos tempranos la facultad de los particulares de defender sus intereses y resolver sus conflictos convencionalmente sin acudir a la jurisdicción de los tribunales

Se sabe que las primeras sociedades organizadas disponían de sistemas auto-compositivos de resolución de sus conflictos, si bien de la información que obra en manos de los estudiosos, que es todavía fragmentaria, no se conoce si las primeras manifestaciones de justicia aparecen en sociedades organizadas en forma de Estado o poder central y dotadas de normas (Laster, Shafer, Sutherland, Wolfgang) o bien en sociedades acéfalas, es decir, sociedades que carecen de normas y de poder centralizado, habitualmente nómadas (Michalowski, Weitekamp).

Zehr puso de manifiesto cómo la historia de Occidente y probablemente del Próximo Oriente ha sido dominada por la dialéctica entre justicia ciudadana y justicia estatal. Si bien obran manifestaciones tempranas de justicia controladas por el Estado, como por ejemplo en el Código de Hammurabi, también la justicia civil ha gobernado durante la mayor parte de nuestra historia. Efectivamente, a este respecto cabe recordar que restos de cultura material y documentos escritos hallados evidencian que en el seno de las primeras sociedades del Sumer, mucho antes de la promulgación del flamante Código de leyes de Hammurabi (*ca.* 1770 a. C.) sus comunidades locales ya organizaban la administración de justicia a través de asambleas abiertas de ciudadanos. Solo determinados asuntos eran derivados al palacio.



Ambos sistemas han debido convivir en una suerte de organigrama en el que la justicia del poder centralizado entraba en juego exclusivamente, y como última ratio, en los conflictos que no habían obtenido respuesta en otras instancias; y el grueso mayor de controversias era gestionado por personas que, bien por sus conocimientos bien por su prestigio social o por hallarse investidas de algún tipo de autoridad moral, actuaban de mediadores o árbitros naturales. En palabras de Kolb (1983) se trataría de la “la segunda profesión más vieja del mundo”.

A propósito de las concretas prácticas en materia de justicia penal, la dialéctica *castigo* y *restitución* también se manifestó tempranamente. Así, Weitekamp, basándose en los estudios de Gillin, revela que el Código de Hammurabi contemplaba la práctica de compensación individual para las ofensas o delitos contra la propiedad, y en un caso concreto, incluso para las ofensas personales, como sustituto de la pena de muerte, un aspecto que pone de relieve el notable desarrollo de la idea de justicia retributiva, en la que cobra importancia el interés de la víctima. Hoy sabemos más: la transcripción de ciertas tablillas correspondientes a un código de leyes muy anterior, el Código de Ur-Nammu, nos permite aseverar que esta modalidad de compensación económica se practicaba ya en el año 2112 a. C. La restitución se mantuvo en las primeras sociedades tanto en causas civiles como penales, y en este último ámbito, tanto en delitos contra la propiedad como contra las personas, conviviendo con las penas castigo. Se trataba de penas privadas, es decir, dirigidas a satisfacer a la víctima, cuestión fundamental porque lo importante era recuperar el equilibrio perdido, tanto en términos económicos como de dignidad.



La delegación del poder para resolver controversias y el monopolio de la administración de justicia por parte de un poder central para la asunción de la fuerza se produjo paulatina y paralelamente al fortalecimiento de las estructuras de poder, y ambos sistemas han convivido en la historia sin solución de continuidad.

También Roma gozó de un sistema en el que convivía claramente esta dualidad de poder que se justifica y explica por la coexistencia entonces de dos realidades y dos mecanismos de toma de decisiones en el ámbito de lo público y de lo privado, en un contexto donde no existían todavía situaciones regladas que prescribieran la toma de decisiones sobre el funcionamiento de la ciudad ni sobre la solución de los conflictos individuales. De este modo, la atribución de funciones concretas a cada una de las magistraturas para la resolución de las tensiones y conflictos sociales convivía con la aplicación del *ius quiritum* y los acuerdos formales en el ámbito de lo privado entre los particulares que resolvían sus conflictos. La mecánica del pacto era el *modus operandi* en los dos órdenes, público y privado. En opinión de Royo Arpón se produjeron mutuas relaciones de autonomía y subordinación entre estas distintas calidades de poder.

La Ley de las XII Tablas, como primera plasmación escrita del derecho, dispuso entonces que cualquier decisión definitiva que el pueblo adoptare adquiriera firmeza como derecho (ved tabla XII, fragmento 5). Asimismo, que el árbitro que reciba dinero para pronunciarse en un determinado sentido fuera castigado con la pena de muerte (tabla IX, III).

Por motivo de usos continuados de las magistraturas, la figura del *praetor* (magistratura especializada) adquirió luego especial relevancia al asumir el poder de la ciudad (*imperium*) ante los conflictos entre ciudadanos, que consistía en obligar a las partes en disputa a comportarse de forma litúrgicamente adecuada al *mos maiorum*. El pretor podía, ante la petición de un ciudadano, imponer a otro su presencia en estrados (*in iure*) y tras una forma sacramental, por la que las partes ejercían una violencia litúrgica sobre la cosa, les exigía la renuncia a la fuerza de cada uno. El acatamiento a la orden del pretor era un reconocimiento del poder del magistrado sobre la *civitas* y sobre los particulares. Tras la apuesta sacramental (las partes hacían consignación de bienes) el pretor volvía a hacer uso de su poder sobre personas al ordenar a un ciudadano que ejerciera de juez.

La sentencia del juez ciudadano no decidía sobre la atribución de la cosa sino sobre cuál de los dos había podido demostrar mejor la veracidad de su afirmación solemne sobre la pertenencia de la cosa. Quien ganaba recuperaba los bienes consignados y quedaba habilitado para utilizar violencia formal o litúrgica para hacerse con la cosa. En ningún caso aparece ejercicio directo de poder del pretor sobre la cosa, por lo que puede afirmarse la no injerencia entre los poderes ciudadanos e individual en la primera República, solo una leve o casi inexistente subordinación de un poder a otro a través de un proceso formal en caso de conflicto.

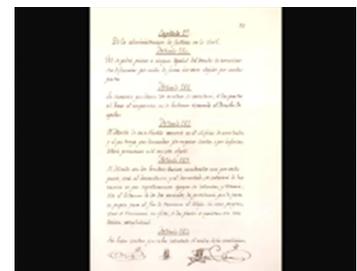
De épocas tempranas conservamos también significadas manifestaciones de fórmulas de arbitramiento, como sucede en España con el Breviario de Alarico, la *Lex Visigotorum*, el Fuero Viejo de Castilla o el Fuero Juzgo o las XII Partidas de Alfonso X el Sabio. En España cabe recordar que el primer método de resolución extrajudicial que se documenta fue el arbitraje, contemplado muy tempranamente de forma expresa en el Fuero Viejo de Castilla (partida III) y Fuero Juzgo (ley XII, libro segundo). Alfonso XII dotó a esta figura de disciplina propia en sus Siete Partidas (partida III; ley 1, título IV).

En el siglo XIX, la Constitución de Cádiz de 1812 recogió la conciliación y el arbitraje en el ámbito del derecho privado y, más adelante, estas instituciones serían reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (libro II, tít. V) y en el Código civil, a través de las figuras de la transacción y del arbitramiento, ambas de naturaleza contractual. La primera tiene carácter autocompositivo, a través de la cual las partes, mediante recíprocas concesiones con relación a sus pretensiones, alcanzan por sí mismas un acuerdo. La segunda es de naturaleza heterocompositiva, porque las partes acuden a un tercero que decidirá por ellos.

A tenor del art. 284 de la Constitución de Cádiz, “sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación, no se entablará pleito ninguno”. Asimismo, a tenor de sus arts. 280 y 281, “no se podrá privar a ningún español

Bibliografía recomendada

J. M Royo Arpón (1997). *Palabras con poder*. Marcial Pons.



del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes” y “la sentencia que dieren los árbitros, se ejecutará si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar”.

A nivel internacional, podemos situar las primeras expresiones ADR en los Estados Unidos, hacia mediados de los años setenta. En el año 1976 se celebró una significativa conferencia nacional en EE. UU., la “Roscoe Pound Conference”, en cuyo seno se pronunció un memorable discurso sobre la reforma judicial y se expresó la necesidad de planificar cambios en el sistema de justicia civil para la resolución de conflictos sin recurrir al litigio.

En efecto, entre los días 7 y 9 de abril de 1976, jueces, oficiales del Gobierno americano, prácticos forenses y académicos se reunieron en St. Paul, Minnesota, en un congreso titulado “sobre las causas de la desafección con la Administración de justicia”. En esta se subrayó la necesidad de una “anticipación sistemática” de los conflictos, la oportunidad de sistemas no judiciales de resolución y de procedimientos más rápidos y económicos para la Administración de justicia.

El volumen que se publicó posteriormente y las recomendaciones plasmadas (*The Pound conference: Perspectives on Justice in the Future*) generó un notable impulso a programas y proyectos en técnicas de negociación y mediación a lo largo de las décadas siguientes.

Crítica al sistema judicial

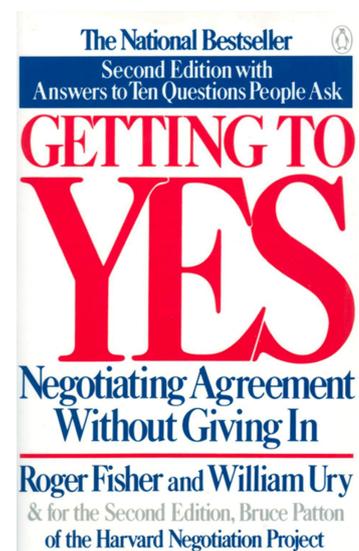
Debe señalarse que el joven Roscoe Pound, decano de la facultad de Derecho de Nebraska en 1906, ya anticipó su crítica al sistema judicial y requirió una reforma integral en el año 1906, a través de un artículo que tituló como “The causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”, adoptado más adelante en la conferencia del año 1976. Este primer artículo, presentado en una conferencia anual de la American Bar Association, despertó reacciones muy encontradas y recibió ataques furibundos en 1906. Setenta años más tarde ha sido considerado el artículo más influyente jamás escrito por un académico americano.

Así, en 1981 se publicarían, entre otras, las teorías de la negociación desarrolladas por Fisher & Ury, investigadores del Harvard Negotiation Project. Desde entonces el crecimiento de los mecanismos extrajudiciales no ha cesado y estos han logrado permear en todos los sectores y ámbitos de la actividad humana.

En el ámbito penal surgen también en los años setenta interesantes experiencias de justicia retributiva, inspiradas en los principios de las tradicionales ADR (*alternative dispute resolution*) y dirigidas a menores delincuentes en Canadá y Estados Unidos, articuladas en torno a los programas VORP (*victim offender reconciliation program*) y VOM (*victim offender mediation*), que se extenderían luego a Australia, Nueva Zelanda, Noruega, y más adelante a toda Europa y Latinoamérica. Gracias a este movimiento, se recuperan fórmulas retributivas ancestrales que conservan todavía curiosamente algunas comunidades aborígenes. Esta tendencia es la respuesta al claro fracaso del modelo clásico punitivo, que no logra alcanzar sus objetivos preventivos y expone el conflicto de



Roscoe Pound



manos de sus titulares. Un modelo este que, extendido en todo Occidente, no logra dar respuesta a las necesidades de la víctima ni tampoco previene nuevos delitos por los ofensores.

Como sabemos, en nuestro sistema el delito se define como un acto contra el Estado en lugar de un acto contra los individuos y la comunidad. Pone énfasis en la culpa, el castigo y el derecho de los acusados. Sin embargo, el castigo no resulta a menudo satisfactorio para las víctimas y no repara las relaciones ni el tejido social quebrantado. La justicia restaurativa, por el contrario, enfatiza un hecho fundamental: los daños del crimen lo padecen las personas, las comunidades y las relaciones.

El sistema alternativo de justicia que representa el paradigma de la restitución constituye una manera de devolver a las víctimas parte del poder que les ha sido sustraído a lo largo de este prolongado proceso histórico de centralización y asunción, por parte del Estado, del monopolio de la fuerza y de la respuesta al delito (Tamarit). Teóricos como Barnett (1977), Nils Christie (1978), Zehr (1985), Braitwaite (1989) o Marshall (1995) crearían los cimientos, sistematizarían y darían cuerpo luego a toda una nueva disciplina, la justicia restaurativa, que hoy ocupa un lugar destacado en los estudios de criminología por lograr hacerse un hueco en el sistema de la justicia penal, como modalidad complementaria, integrada en el sistema que mejora la calidad, efectividad y eficiencia de la justicia en su conjunto.

1.3. Razones de la expansión y consolidación de los mecanismos extrajudiciales de resolución

Con carácter general, no resulta sencillo identificar un solo motivo, si bien es cierto que la sociedad ha padecido en los últimos tiempos un incremento en el volumen y complejidad de los asuntos litigiosos y los mecanismos judiciales no ofrecen siempre un cauce adecuado para su resolución. Las soluciones más adecuadas no pasan siempre por la jurisdicción. En primer lugar, debe tenerse presente que la auténtica resolución de un conflicto exige en ocasiones la eliminación o purga de los factores desencadenantes, lo que implica restablecer los lazos interpersonales y recuperar la confianza de las personas afectadas, aspectos que un proceso ritual y contradictorio no contempla.

Asimismo, el volumen de los asuntos y su creciente complejidad impide, cada vez más, que el juez cuente y atienda a todos los elementos –a menudo transnacionales– en un periodo de tiempo razonable. El contexto en el que se desarrollan hoy las relaciones sociales y económicas es abierto, plural y complejo y su “aprehensión” no resulta siempre sencilla.

Estos motivos han favorecido sin duda la irrupción de las modalidades extra-judiciales de resolución, como mecanismos alternativos y complementarios de la jurisdicción. Mas su expansión y consolidación se producen luego por factores muy diversos, que se añaden y que podrían sintetizarse en lo siguiente:

- Estas modalidades se fundamentan en el consenso. Las partes deciden resolver la controversia por ellas mismas, o con la ayuda o decisión que adopte un tercero. En algunos conflictos resulta esencial recuperar el diálogo y la confianza entre los implicados, aspectos que no pueden ser abordados en el contexto de un procedimiento judicial, con estructura, como decimos, de contradictorio.
- Estas modalidades permiten confeccionar una solución a medida de las necesidades de las partes. En el caso de los mecanismos de autocomposición, ello comportará además que ambas partes vean reflejadas en el acuerdo sus propias expectativas, de modo que los compromisos que adquieran para su consecución serán en general respetados y no requerirán en el mayor de los casos el auxilio judicial para su materialización.
- La formación y la experiencia de los profesionales vinculados a esta actividad, habitualmente profesionales dedicados a un sector concreto y especializado, ha contribuido a la rápida expansión.
- Además, los individuos desean conservar los vínculos con su entorno más inmediato (comunidad, familia, etc.) y los mecanismos de autocomposición potencian el sentido de responsabilidad.

Por su lado, el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación ha propiciado la multiplicación de las relaciones intersubjetivas y transfronterizas, favorecidas por Internet.

En materia penal la forma de abordar tradicionalmente el conflicto y el delito no es satisfactorio. El paradigma del castigo o modelo punitivo no logra resolver los problemas de fondo más acuciantes, cuales son hacer justicia a las víctimas (restitución) y evitar la reincidencia (prevención).

El sistema alternativo de justicia, fundamentado en el paradigma de la restitución, persigue precisamente complementar el sistema de la justicia penal orientando su actividad a la resolución de los problemas de las partes afectadas por el conflicto. Por ello ha sido descrito como:

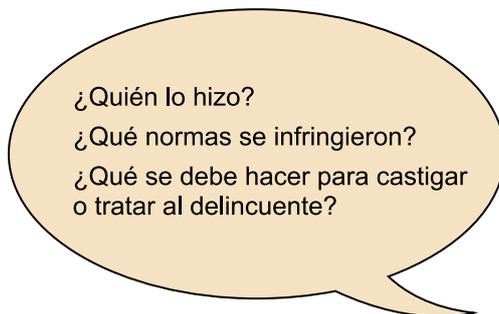
1) Forma de abordar el delito basada en una actividad orientada a la restitución de los problemas, que implica a las partes directamente afectadas por el mismo y la comunidad (Marshall).

2) Toda acción orientada a hacer justicia mediante la reparación del daño causado (Walgrave, Bazemore).

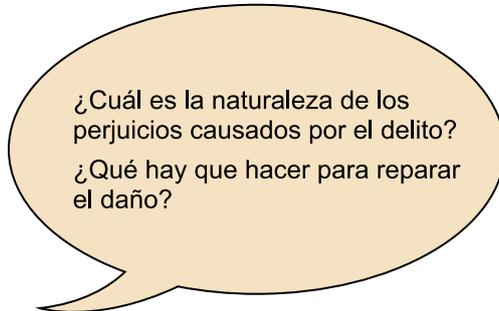
3) Cualquier proceso en el que la víctima, ofensor y otros individuos o comunidad afectados, participan activamente y de modo conjunto en la resolución de las cuestiones derivadas del delito con la ayuda de un tercero (ECOSOC).

4) Concepto que recoge principios inspiradores o que se derivan de ciertas prácticas entre víctima y ofensor (Cristie, Barnet, Marshall, Tamarit).

Frente al sistema de justicia retributiva, que se formula tres preguntas:



La justicia restaurativa se formula las siguientes:



En la actualidad se desarrollan más de 300 programas en EE. UU. y Canadá y más de 700 en Inglaterra, Alemania, Escandinavia, Europa del Este, Australia y Nueva Zelanda. De los programas en EE. UU. se desprende que de los cerca de 2/3 de los casos sometidos a una mediación, el 95% de los mismos finalizó en acuerdo de restitución escrito, de los cuales más del 90% se cumplimentan de manera voluntaria dentro de un año. Por contra, la tasa de cumplimiento de la restitución por orden judicial es de solo entre un 20 o 30%.

Asimismo, investigaciones recientes acreditan que los delincuentes juveniles que participan en programas VOM reinciden menos que aquellos que son sometidos exclusivamente al sistema de justicia juvenil tradicional.

De toda esta experiencia práctica durante más de 25 años, se observa que:

- Las obligaciones reparatorias son por lo general bien acogidas por los delincuentes.
- La mayoría de las víctimas que participan en procesos de justicia restaurativa experimentan un grado mayor de satisfacción que aquellas que están en procedimientos judiciales tradicionales.
- Los delincuentes generalmente tienen menos dificultad en comprender las obligaciones reparatorias que aquellos que están en el sistema punitivo o rehabilitador.
- Los resultados desde el punto de vista de la reincidencia parecen ser positivos, aunque no hay estudios que lo confirmen todavía.
- La mayoría del público parece preferir la reparación como respuesta al crimen.
- Una gran mayoría de víctimas de delitos graves están dispuestas a colaborar en los procesos reparatorios.
- Los autores de delitos graves cumplen por lo general con las obligaciones reparatorias.
- Como la *Declaración de Leuven* (1997) expresa también, la respuesta reparatoria al crimen está basada en una aproximación ética-sociológica que acentúa las responsabilidades de las partes en encontrar una solución constructiva al conflicto del crimen y guardar la paz en la sociedad como un todo.

El acierto de la justicia restaurativa se halla en hacer del delincuente y la víctima la centralidad del sistema. El delincuente se hace responsable de facilitar y hacer cumplir los acuerdos de reparación, y el sistema le da la oportunidad de corregir sus errores, redimirse a sí mismo y ante la comunidad.

2. Modalidades y experiencias

2.1. Modalidades extrajudiciales de resolución

Bajo el acrónimo RAL (resolución alternativa de litigios, en inglés, ADR) hallamos métodos, formas muy heterogéneas de resolución, cuya nota común es su carácter extrajudicial. Los RAL acogen en su seno modalidades de resolución en las que no intervienen los órganos jurisdiccionales, lo cual no significa que necesariamente deban desarrollarse al margen de todo proceso, o no puedan aspirar las partes a acudir a las instancias judiciales. Es por ello por lo que, desde esta perspectiva, puede admitirse que, en sentido estricto, no son métodos o procesos alternativos, sino complementarios con el sistema judicial.

En la actualidad se hallan desarrolladas experiencias y programas en todos los ámbitos del derecho, incluido el penal, aunque en este algo más tardíamente. En este concreto ámbito, cabe señalar que las modalidades dirigidas a la justicia restitutiva procuran integrarse con la justicia penal para la mejora no solo de la calidad de los resultados, sino también la eficiencia de la justicia, evitando en la medida de lo posible los costes en términos económicos y temporales intrínsecos a los procesos judiciales.

Los ordenamientos jurídicos solo excluyen su aplicación cuando sus resultados sobrepasan los límites naturales de las buenas costumbres o de la moral imperante, así como en asuntos relativos al estado civil de las personas y, en general, cuestiones reguladas por normas de carácter imperativo, o por razón del interés general y de orden público (derechos no negociables), como se verá más adelante.

No podemos pasar por alto tampoco las manifestaciones en línea de estas modalidades. Conocidas mayormente por sus siglas en inglés ODR –dado que este fenómeno proviene y se viene desarrollando en el mundo anglosajón– son modalidades que se desarrollan en el entorno electrónico, lo cual no implica necesariamente que el conflicto o litigio tenga su origen en una transacción electrónica.

No existe una total correspondencia entre modalidades que se desarrollan de manera presencial (ADR/RAL) y en línea (ODR/RLL), porque las segundas tienen un ámbito de aplicación mayor, al aprovechar el entorno que ofrece Internet. A ello se suma que las oportunidades tecnológicas que ofrece Internet han permitido expansionar las modalidades fuera de línea. RAL y RLL no son, en consecuencia, acrónimos intercambiables. El uso anecdótico de la tecnología en una modalidad presencial no implica necesariamente su migración al

ámbito de las modalidades en línea. Las TIC, a mayor abundamiento, facilitan la generación de nuevas formas de gestión y estrategias de resolución de controversias que no encuentran correspondencia en los ADR.

Sin perjuicio de lo anterior, debe destacarse que los métodos de solución de controversias en línea se nutren de la historia de los RAL y que las lecciones aprendidas a través de los RAL en los últimos años son fundamentales para las modalidades electrónicas. Estos aprovechan las ventajas de las TIC para mejorar sus funcionalidades. En consecuencia, resulta esencial en todo proceso en línea una buena comprensión de los principios que rigen los mecanismos y modalidades tradicionales (Lodder & Zelevnikow, 2010).

2.2. Taxonomía

Son numerosos los esfuerzos volcados en realizar mapas y descripciones legales de las modalidades de ADR/ODR. La principal dificultad para llevar a cabo esta tarea deriva, en esencia, de la abundancia de fórmulas mixtas (varios niveles) e híbridas, así como de la continua evolución de las modalidades en línea, que amplían sus funcionalidades gracias a las TIC. Los procesos en línea integran, por lo general, modalidades diversas que operan de manera sucesiva y sin solución de continuidad –negociación automatizada, negociación asistida, facilitación y/o adjudicación– y cuyo *iter*, flexible, pretende garantizar a las partes el medio más adecuado de solución, atendiendo a sus necesidades e intereses. Asimismo, y con el fin de que las partes puedan operar de manera sencilla y en modo comprensible para ellas, estos sistemas simplifican el lenguaje, hacen uso extenso de la simbología gráfica y del lenguaje visual e incorporan habitualmente mecanismos multilinguaje o de traducción simultánea.

1) Siguiendo un criterio clasificatorio que tiene en cuenta la **modalidad de composición de las controversias**, podemos distinguir en general entre:

a) **Modalidades de autocomposición.** Denominadas también de amigable composición. Las partes conservan en todo momento el poder de decisión sobre el conflicto. El problema es gestionado y resuelto por ellas mismas o con el auxilio o la ayuda de un tercero profesional. Son paradigma de estas modalidades la mediación y la conciliación.

b) **Modalidades heterocompositivas.** Denominadas asimismo como determinativas, adjudicativas o adversariales. En estas el poder decisional se traslada a un tercero por voluntad de las partes, quienes le encomiendan la tarea de decidir por ellos. Pensemos por ejemplo en el arbitraje o la adjudicación.

c) **Modalidades híbridas.** Aprovechan las bondades de los métodos autocompositivos y los adjudicativos, creando modalidades nuevas con identidad propia. Un ejemplo es la figura del *ombudsman scheme*, tercero que suele ser una persona de reconocido prestigio pero vinculada a una institución, que tiene encomendada la tarea de facilitar, sugerir o proponer una solución a los pro-

blemas que se planteen entre dicha institución y terceros; sugerencia que resulta vinculante para la institución y no así para el particular, que podrá rechazarla y acudir a otros medios.

2) Por la **función** que asume el **órgano extrajudicial**, distinguiremos entre:

a) **Modalidades propositivas y decisorias**. Son aquellas en cuyo seno el tercero puede tomar una decisión vinculante (*v. gr.*, el *ombudsman*). Cuando, además, ese tercero con potestad de decisión emite una resolución con la misma fuerza juzgada de una sentencia, se dice que desempeña una función cuasijudicial. Es el caso de los arbitrajes.

b) **Modalidades de aproximación y apoyo**. Comprende, a su vez, dos variedades:

- Los procesos facilitativos (mediación).
- Los procesos evaluativos (conciliación).

3) Por el **número de intervinientes**, cabría asimismo distinguir entre:

a) **Modalidades bilaterales**. Intervienen solo dos partes. Suelen tener fines contrapuestos, intereses en conflicto. Ello no implica que no puedan intervenir para coadyuvar en el proceso otras personas afectadas o interesadas (participantes).

b) **Modalidades plurilaterales**. Interviene una pluralidad de partes. Suelen compartir una finalidad común. Como en los métodos bilaterales, no obsta a ello que puedan participar en el proceso otras personas en calidad de afectadas o simplemente interesadas.

4) Por su **relación e interoperabilidad** con el **sistema judicial**, hablaremos también de modalidades:

a) **Extrajudiciales**. Son aquellas que se desarrollan al margen del aparato de la Administración de justicia.

b) **Parajudiciales –o intrajudiciales–**. Son aquellas desarrolladas en el marco de un procedimiento judicial con el que colaboran. Entran en juego una vez iniciado este.

5) Y por el **entorno** a través del cual **se desarrollan**, cabe distinguir entre modalidades:

a) **RAL (ADR)**. Acrónimo que hace referencia a los métodos alternativos de gestión y resolución de conflictos, llevados a cabo de manera presencial. Comprende todos aquellos métodos extrajudiciales que, con independencia de su denominación, tienen como objetivo la pacificación y la consecución de una

solución a los conflictos. A pesar de su denominación, los ADR, como hemos mencionado, son métodos complementarios (no alternativos), puesto que no excluyen la posibilidad de que las partes puedan acudir posteriormente a los tribunales si no alcanzan un acuerdo.

b) RLL o en línea (en inglés, ODR). Son los métodos convencionales de resolución extrajudicial que operan en un entorno electrónico. RAL y RLL no son, por lo expresado, términos exactamente intercambiables. Si bien las modalidades en línea son 100% RAL, no todas las RAL hacen uso de la electrónica; no basta con el uso anecdótico –el correo electrónico *v. gr.*– para devenir una modalidad en línea. Se requiere para ello el establecimiento de plataformas que, entre otros aspectos, preserven y aseguren la confidencialidad y el secreto de las conversaciones, comunicaciones, documentos y la identidad de las personas participantes.

c) Mixtas. Pertenece a esta clasificación las modalidades tradicionales de RAL que introducen en alguna medida mecanismos telemáticos. Los *netcase* son un ejemplo de RAL desarrollados parcialmente en línea.

2.3. Breve descripción de algunas concretas modalidades autocompositivas y experiencias en línea

Por su importancia práctica, describimos a continuación algunas modalidades de amigable composición:

La facilitación

Es un procedimiento extrajudicial de corte cooperativo a través del cual dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su problema con la ayuda de un tercero y teniendo en cuenta sus necesidades e intereses. El facilitador efectuará preguntas inicialmente, ayudará a las partes a comunicarse, reequilibrando el poder de estas de ser necesario (empoderamiento), separará posiciones de intereses y les auxiliará en la gestación de sus propias propuestas de solución. Dirigido a un grupo de personas, con el fin de que alcancen un acuerdo en el modo de resolver un conflicto, el facilitador ayuda a que todos los intervinientes, que son una pluralidad, tengan voz y voto, y se manifiesten, sin que el liderazgo de uno o varios distorsione o desequilibre la negociación. El facilitador es un experto que gestiona la dinámica del grupo y debe poseer, en consecuencia, habilidades específicas. En los procesos en línea, las partes, sin necesidad de coincidir en un espacio físico y temporal, intentan alcanzar un acuerdo que ponga fin a su controversia con el auxilio de una tercera persona y de la tecnología aplicada (cuarta parte). En estos procesos electrónicos las partes pueden beneficiarse de la comunicación asíncrona y de la posibilidad de mantener, durante las negociaciones y las comunicaciones con la contraparte, conversaciones privadas con el neutral (caucus).

La conciliación

Mediante la conciliación, un tercero, experto y neutral, asiste a las partes en la búsqueda de una solución a sus controversias. En su actividad, el conciliador puede sugerir, recomendar y hasta llevar a cabo propuestas formales de solución. En ningún caso puede, sin embargo, imponer un criterio o solución. La diferencia con la mediación estriba en el hecho de que el conciliador ayuda activamente en la construcción de una solución, puede ofrecer una opinión a las partes respecto de las propuestas, puede, en definitiva, influir. Esta distinción no ha sido sin embargo pacífica.

La adjudicación

Modalidad de resolución de los conflictos a través de la cual un tercero confecciona una solución y adopta una decisión para el caso concreto. En la adjudicación, el tercero –experto en la materia– una vez ha escuchado a las partes y analizada la documentación que se le aporta, emite una decisión o resolución que resulta vinculante.

Conferencing

Propio de países anglosajones y de Europa. La *Family group conferencing* es una modalidad facilitativa que incluye la participación de la comunidad más próxima a las partes, familia, amigos etc.

Círculos de pacificación

Propio de la esfera penal, se sitúa su origen en las comunidades aborígenes de Canadá. Denominados también *peacemaking circles* o *sentencing circles*, el juez convoca a las partes (víctima, ofensor, familiares, miembros de la comunidad, etc.) y las reúne y sitúa en forma de círculo para que vayan interviniendo, con el objeto de alcanzar consenso sobre la manera de abordar el conflicto y solucionarlo. A medida que hablan se van pasando un objeto que simbólicamente empodera al interviniente y marca el turno de palabra. El resultado final se plasma en un *sentencing plan* que el juez utiliza luego para dictar sentencia.

Arraigado en las culturas nativas de los Estados Unidos y Canadá (Yukón), se suele citar como antecedente el Círculo Holístico de Sanación de la Comunidad de las Primeras Naciones de Hollow Water, cuyos miembros emplean esta modalidad para abordar el problema del elevado nivel de alcoholismo en dicha comunidad. En Estados Unidos se introdujo a partir de 1996 en el estado de Minnesota, y se extendió luego por todos los estados.

El procedimiento sigue un cierto ritual: los participantes se expresan a medida que se pasa alrededor del círculo un objeto que concede la palabra a quien lo posee. La participación en el círculo es voluntaria, tanto para la víctima

como para el delincuente una vez ha asumido su culpa. Es este quien debe solicitar ir al círculo, lo que implica ya un deseo de cambio y de contribución a la comunidad.

Las reuniones de restauración

Supone involucrar a víctima y delincuente menor en una conversación acerca del delito y sus consecuencias, junto con otros afectados e interesados, de modo que el delincuente sienta que muchas personas se preocupan por él y despertar un sentido de responsabilidad. La “vergüenza reintegrativa” es un elemento clave frente a la vergüenza desintegrativa o estigmatización.

Aparecieron por vez primera en Nueva Zelanda en el año 1989 con la aprobación de la Ley sobre Niños, Jóvenes y sus Familias, la cual dispuso que en lugar de procesar a los niños se otorga mayor poder de toma de decisiones a la familia del joven delincuente, a fin de que esta decida, escuchando a la víctima y otras personas afectadas de la comunidad, la sanción apropiada para el menor (plan de reparación). Surge de la práctica de los maoríes y como respuesta al descontento de estos por el sistema de justicia tradicional. Luego se extendió a Gran Bretaña, Gales y Canadá.

El proceso consta de etapas separadas: preparación, encuentro y monitoreo posterior. En la fase de encuentro, el delincuente cuenta su versión de lo sucedido. Luego procede del mismo modo la víctima. Ambos expresan entonces sus sentimientos y emociones, y se pueden preguntar entre ellos. Otros participantes, como las familias, pueden participar y preguntar entonces. En una segunda fase, víctima y delincuente se reúnen en privado con sus respectivas familias. El delincuente y su familia ofrecen un programa de reparación y las partes negocian hasta llegar a un acuerdo, que se formaliza por escrito. Finalmente, el facilitador lleva el seguimiento de su efectivo cumplimiento.

Las comisiones de la verdad

Para casos de victimización masiva provocada por conflictos bélicos, postbélicos y regímenes autoritarios.

Los administradores de comunidades virtuales

Las comunidades virtuales (MUD, y otras) se valen con frecuencia de mecanismos de control interno para superar algunos de los conflictos que se producen en su seno. Así, los administradores de los sistemas se atribuyen generalmente ciertas prerrogativas de *blame and shame*. Son sin embargo métodos que hacen uso del poder del administrador con resultados ambivalentes, porque, si bien logran mitigar o eliminar la concreta situación conflictiva, resultan a menudo insatisfactorios ya que no solucionan el problema de fondo, de modo que

el conflicto es susceptible de reproducirse y escalar. A su vez, genera tensión entre los individuos por la asimetría de poder y por la posibilidad de un uso arbitrario. Entre otras medidas:

- Avisan y amonestan al infractor.
- Imponen multas, penas con la pérdida de privilegios.
- Hacen uso de representaciones simbólicas de autoridad.
- Crean listas de usuarios o se pone en conocimiento de la comunidad la actividad e identidad del considerado infractor.
- Disponen la creación de jurados.
- Convocan al presunto infractor.
- Impiden el acceso a determinados servicios o lo suspenden temporalmente.
- Eliminan de forma sumaria su presencia en el sitio web.
- Limitan los poderes del sujeto.
- Someten la disputa a la votación de comités ejecutivos.
- Bloquean el acceso al sitio.

2.4. Alcance

2.4.1. La autonomía de la voluntad privada como fundamento

La solución alternativa de los conflictos halla su fundamento jurídico tradicionalmente en el principio de autonomía de la voluntad privada. Pero ¿qué debemos entender por ella?

En general, como concepto proveniente de la filosofía kantiana, expresa la capacidad de las personas para darse normas sin influencia de presiones externas o internas. Como concepto jurídico, es un espacio de autorregulación de los intereses privados dentro del ordenamiento jurídico, de modo que los sujetos de derecho actúan, crean y regulan sus relaciones jurídicas en el marco del derecho y dentro de sus límites.

La autonomía de la voluntad es el poder subjetivo que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas para ejercitar sus facultades de disposición, uso y goce de sus derechos. Acudiendo a la definición ya clásica de De Castro, es el poder de autodeterminación de la persona, reconocido a esta para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad. Es un derecho que deriva del principio de personalidad junto con el reconocimiento de derechos subjetivos.

Los límites o restricciones que afectan al alcance de la autonomía de las partes dependen, sin embargo, no solo del propio acuerdo sobre cuestiones particulares, sino de disposiciones imperativas provenientes de las leyes, de la moral y de los principios rectores del ordenamiento jurídico.

Asimismo, los pactos resultarán ineficaces cuando su causa se oponga a la moral y así se desprende también de los artículos 1.275, 1.255 y 1.116 del Código civil.

El orden público, unido al resto de principios informadores del ordenamiento jurídico, es también un límite expresado por los artículos 594, 1.255 y 1.328 del Código civil.

Finalmente, cabe señalar que, aunque implícitos, también los principios de buena fe y equilibrio de las prestaciones resultan esenciales.

Los particulares no tienen autoridad para dictar la forma en que los tribunales deben llevar a cabo los procesos judiciales, una cuestión que compete y queda reservada al legislador.

Véase el caso *LaPine Technology Corp. vs. Kyocera Corp.*, respecto de cláusula de arbitraje que autorizaba a que los tribunales pudieran dictar sentencia sobre el laudo, cuyas conclusiones no estén respaldadas por pruebas sustanciales, o los razonamientos de derecho resulten erróneos. Las partes no pueden modificar, por acuerdo, el alcance de las disposiciones procesales sobre la revisión judicial contenida en la normativa procesal de los tribunales. La Corte Suprema de EE. UU. declaró que el principio de libertad en sede de perfección de un contrato privado guarda una estrecha relación con la autonomía de las partes. Mas, como contrato, está regulado por las leyes, de modo que la autonomía también se ve influida por las leyes reglamentarias.

Observamos cómo, en general, una de las labores constantes de los tribunales es preservar el necesario equilibrio entre el respeto al principio de autonomía y el control formal del procedimiento.

2.4.2. La libre disposición sobre la materia

La libre disposición sobre la materia es otro presupuesto que posibilita la negociación, el acuerdo y, en general, la composición extrajudicial de las controversias. Como concepto jurídico indeterminado, su concreción resulta de difícil precisión. En ocasiones se ha procurado confeccionar un catálogo casuista de lo disponible. El resultado ha sido poco satisfactorio y nada práctico, porque obliga a introducir continuas excepciones.

Se han hecho esfuerzos en acotar el campo de la disponibilidad fijando las materias que resultan indisponibles. En general, la mayoría de ordenamientos jurídicos admiten que resultan indisponibles las situaciones jurídicas reguladas por normas de carácter imperativo, porque existen intereses públicos tutelables y sus procesos de declaración se rigen por el principio inquisitivo.

- La doctrina ha intentado concretar el elenco. Así, se considera indisponible:
 - Las materias relativas al estado civil de las personas.
 - Las relativas a su capacidad, incapacidades.
 - Las cuestiones vinculadas a la edad, la emancipación.
 - La nacionalidad de las personas.
 - La patria potestad e instituciones de tutela (tutela, curatela, guarda...).
 - La paternidad, la filiación y relaciones paternofiliales, los alimentos.
 - La adopción y el matrimonio.
 - La ausencia.
 - Cuando existan indicios racionales de delito.

Quedan al margen del poder dispositivo, por lo tanto, aquellas cuestiones sobre las cuales las partes no pueden decidir libremente por sí mismas, bien por la naturaleza de la relación jurídica, bien porque en virtud de la legislación aplicable son cuestiones relacionadas con derechos no negociables y que interfieren en el orden público. Disposiciones del derecho de las personas y de familia, del derecho de la competencia y también de derechos vinculados a la protección del consumidor. Es aceptado también comúnmente, como límite general a la disponibilidad el orden público y el interés de terceros.

El límite relativo a la imperatividad de las normas se traduce en la necesidad de respeto de las normas de *ius cogens* de las cuales se predica.

Finalmente, cabe recordar que el respeto del orden público exige que la actuación de partes, terceros u órganos extrajudiciales no contravenga derechos fundamentales o libertades públicas constitucionalmente reconocidos. El orden público no impide *per se* la disponibilidad de los derechos subjetivos o de las relaciones jurídicas, sino que impone límites: no cabe su conclusión con infracción de ciertas normas.

Además, en algunos ordenamientos jurídicos la mediación se excluye para determinadas materias o situaciones:

- En casos de violencia doméstica, cuando el agresor convive con la víctima.
- En delitos graves o en delitos en los que no proceda el perdón del ofendido, o los que tienen una importante trascendencia social.
- En materia penal en ocasiones se expresa que la mediación podrá tener lugar solo ante delitos no considerados graves por la ley, o que se persigan por querrela necesariamente y en los que el perdón del ofendido extingue la acción o sanción penal, o en los relativos a la reparación del daño.

Respetados los límites señalados, podemos afirmar que el ámbito de los asuntos que los particulares pueden resolver mediante mecanismos extrajudiciales de resolución es extenso y abarca todo el derecho privado: conflictos interpersonales, civiles, de familia, arrendaticios, vecinales, comunitarios, de responsabilidad civil, responsabilidad médica, defectos en los productos, consumidores, construcción, medio ambiente, deporte, discriminación racial, derechos humanos, agricultura, ámbito escolar, ámbito laboral, y penal son algunos ejemplos.

En el ámbito penal, concretamente, el objetivo de la justicia restaurativa no es sustituir el proceso penal ni entra en colisión. De hecho, estos programas se suelen desarrollar en aquellos casos en los que el delincuente admite culpa, no se emplea a fin de determinar la culpabilidad. Su finalidad es obtener cuatro esenciales objetivos:

- 1) El **encuentro** entre las partes. Víctimas, delincuentes y miembros de la comunidad tendrán una oportunidad de iniciar una conversación acerca del delito y sus consecuencias.
- 2) La **reparación**. Con el programa restaurativo se persigue también que los delincuentes se responsabilicen de las consecuencias y tomen medidas a fin de reparar el daño que hayan causado.
- 3) La **reintegración**. Víctimas y delincuentes obtienen una oportunidad de reintegrarse en la sociedad.
- 4) La **inclusión**. Las partes participan activamente en la construcción de una solución a su problema.

Nota

En sentido distinto, admitiendo la mediación aun en el caso de violencia familiar, la Ley Peruana 26.872/1997, de 13 de noviembre, sin embargo, en estos casos señala que será nulo cualquier acuerdo que implique una renuncia de derechos o que legitimen los actos de violencia.

Ved también

La legislación del Estado de Aguascalientes, Durango, Guanajuato y Distrito Federal de México, por ejemplo.

3. Marco normativo y principios

3.1. Marco normativo

3.1.1. Normativa internacional

Uno de los primeros instrumentos legales internacionales que contribuyeron a dar un paso significativo en el reconocimiento de las modalidades extrajudiciales de resolución fue sin duda el Convenio de la Haya para el arreglo pacífico de las controversias internacionales, fruto de la Primera Conferencia de Paz a nivel internacional, celebrada en el año 1899. Este convenio procuró a la comunidad internacional un primer reglamento para regular los arbitrajes e impulsó la creación de un mecanismo permanente en La Haya que permitiera constituir tribunales arbitrales: la Corte Permanente de Arbitraje. La Convención internacional sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, aprobada en una conferencia diplomática convocada por las Naciones Unidas en Nueva York en el año 1958, contribuyó luego a su consagración articulando un eficaz instrumento de reconocimiento de las resoluciones arbitrales en el tráfico internacional para las transacciones comerciales transfronterizas. La citada convención ha permitido incrementar la confianza en las decisiones vinculantes fruto de los acuerdos arbitrales.

Ejemplo

Su reglamento (1976) y la Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985), así como las enmiendas adoptadas en el año 2006 y 2010 para la actualización de contenido acorde con las nuevas necesidades del entorno virtual, han servido de modelo para los estados y han resultado clave en el proceso de armonización y de modernización de las legislaciones nacionales en materia de procedimiento de arbitraje comercial internacional.

En el ámbito penal cabe destacar La Carta de las Naciones Unidas de 1945, cuyo artículo 33 expresa que “las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección”.

Tras las *Reglas Mínimas para la Administración de Justicia Juvenil de las Naciones Unidas (Reglas de Beijing, 1985)*, la *Declaración de las Naciones Unidas sobre Principios Básicos de Justicia para las Víctimas del Crimen y del Abuso de Poder (1985)*, la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989)*, las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (1990)*, las *Recomendaciones del Consejo de Europa sobre la Posición*

de la Víctima en la Estructura del procedimiento y Ley Penal (R85/11, 1985), la Asistencia a las Víctimas y Prevención de la Victimización (R87/21, 1987), y la Convención Europea sobre la Compensación a las Víctimas de Crímenes Violentos (1984), la *International Network for Research on Restorative Justice for Juveniles* emitió en Leuven, Bélgica, el 13 de mayo de 1997, una declaración en el seno de la *Conferencia sobre Justicia Reparativa para Jóvenes. "Potencialidades, Riesgos y Problemas para la Investigación"*, recogió algunos de los puntos principales de discusión, y puso de manifiesto el interés del mundo científico y su creencia en la potencialidad de la justicia reparativa para ofrecer una respuesta constructiva al crimen, alentó a los líderes políticos a proceder a los cambios necesarios en el sistema para implementar adecuadamente este concepto y emitió **diversas propuestas** que se condensan a continuación:

- El crimen debería, en primer lugar, ser tratado como un daño a la víctima, una amenaza a la paz y seguridad de la comunidad y un desafío para el orden público de la sociedad.
- Las reacciones al crimen deberían contribuir a la disminución del daño, amenazas y desafíos. La mera respuesta retributiva no solo aumenta la cantidad total de daño, sino que es también insuficiente para satisfacer las necesidades de las víctimas, promueve el conflicto en la comunidad y raramente promueve la seguridad pública. La tendencia hacia respuestas más punitivas al crimen juvenil es, por lo tanto, contraproducente.
- Las reacciones al crimen deberían considerar plenamente la capacidad económica del delincuente, incluyendo su obligación a contribuir a la reparación del daño y de la paz, y el disfrute de todos los derechos que los miembros de la sociedad tienen atribuidos. Una respuesta puramente rehabilitadora frecuentemente no es aconsejable, ya que puede burlar la posible responsabilidad del delincuente y no puede ofrecer un marco adecuado para la salvaguarda legal. Es por lo tanto importante que el enfoque rehabilitador a los delincuentes sea voluntario y no impuesto judicialmente.
- La función principal de la reacción social al crimen no es castigar, sino colaborar con las medidas que promuevan la reparación del daño ocasionado por el delito. Se llama, por lo tanto, justicia reparativa.
- Todos los tipos de daño son susceptibles de reparación, incluyendo los materiales, psicológicos, físicos y daños relativos a las víctimas individuales, pérdidas en la calidad de las relaciones y vida social en la comunidad y la disminución del orden público en la sociedad.
- El rol de las autoridades necesita estar limitado a contribuir a las condiciones para la respuesta reparativa al crimen, salvaguardar la corrección de los procedimientos y el respeto a los derechos legales individuales, imponer la coerción judicial en situaciones donde las acciones reparativas voluntarias no sean mantenidas y sea necesaria una respuesta al delito, organizar

los procedimientos judiciales en las situaciones en las que el delito y la reacción pública al mismo sean de tal naturaleza que la mera regulación informal voluntaria aparezca insuficiente.

- La víctima tiene el derecho de escoger libremente si participa o no en el proceso de justicia reparatoria. La posibilidad de tal proceso debería siempre ser ofrecida de una manera realista. Si la víctima acepta, debería tener la oportunidad de expresar completamente sus quejas y poder hacer recuento completo de cualquier daño o pérdida sufridos. Una negativa a cooperar no debe impedir a las víctimas la posibilidad de ser resarcidas mediante el procedimiento judicial.
- El delincuente no puede ser implicado en ningún proceso reparatorio voluntario a menos que él o ella acepte libremente la responsabilidad por el daño ocasionado por el delito.
- Si la víctima rehúsa cooperar en el proceso de justicia reparatoria, el delincuente en primer lugar debería ser implicado en alguna forma de respuesta reparatoria, tal como contribución a la víctima y/o servicio comunitario.
- La realización de un proceso reparatorio con la víctima particular no puede completar la reacción reparatoria si la propia comunidad es una parte afectada. El delincuente puede ser obligado a realizar un servicio comunitario, funcionando como una reparación simbólica o real del daño hecho a la comunidad.
- Dentro de las reglas del oportuno proceso, y proporcionalmente y tanto como sea posible, sin obstruir la propia respuesta reparatoria, la acción hacia los jóvenes delincuentes debería contribuir al máximo a la reintegración y la reinserción.
- La implementación de un proceso reparatorio, desde dentro o desde fuera del sistema judicial, no debería limitar la disponibilidad de tratamiento, asistencia y apoyo voluntario al delincuente juvenil y/o su familia desde agencias que operen fuera del sistema judicial.
- Si en interés de la seguridad pública se juzga necesaria la inhabilitación de un delincuente, el delincuente debería, no obstante, ser estimulado para emprender acciones reparatorias desde su lugar de encarcelamiento. Estas acciones pueden tomar la forma de ofrecimiento de disculpas, participación en programas de mediación y/o realización de servicios en beneficio de la víctima, una fundación para víctimas o la comunidad.
- Cada intervención coercitiva pública, tanto si tiene fines reparatorios como si no, debería únicamente ser realizada por una instancia judicial, de acuerdo con unas reglas procesales claras.

- El resultado de cualquier proceso reparativo no debería violar la máxima de que debe estar en proporción a la seriedad del daño que se ha ocasionado y la responsabilidad y las capacidades del delincuente.
- Las autoridades deberían hacer serios esfuerzos para facilitar respuestas reparativas al crimen juvenil. Estos incluyen: remodelar el sistema juvenil de justicia a fin de mejorar las oportunidades para las respuestas reparativas dentro y fuera del sistema, proveerse de las agencias necesarias en la comunidad equipadas para llevar a cabo estas acciones, promocionar el desarrollo de metodologías adecuadas para la implementación de procesos reparativos, crear oportunidades para la educación y el entrenamiento del personal que se responsabilizará de la implementación de los procesos reparativos y promover la investigación científica y su reflejo en trabajos sobre justicia reparativa.
- En colaboración con los profesionales y los investigadores científicos en justicia reparativa, debe tener en cuenta la reacción científica a los procesos y resultados prácticos y experimentaciones en proceso y hacer sugerencias para nuevas experimentaciones, construir las teorías que puedan conducir a un más profundo conocimiento de los procesos, integrando las prácticas separadas en una estructura coherente y aumentando la apariencia innovadora del enfoque reparativo, contribuir al desarrollo de metodologías adecuadas para la implementación de los procesos reparativos, investigar los contextos culturales y estructurales que operan actualmente en el sistema judicial, en la comunidad y en la sociedad, que determinan las oportunidades existentes para la justicia reparativa y resaltar los posibles caminos para mejorarlas, fomentar las reflexiones sobre las bases ético-sociológicas de la justicia reparativa, examinar el contexto legal de la justicia reparativa y despejar el alcance al respeto de las salvaguardas legales.

Esta declaración constituyó la principal directriz de la comunidad internacional para el desarrollo de la disciplina desde un punto de vista conceptual y práctico y facilitó el camino de la futura *Declaración de Principios Básicos del Uso de Programas de Justicia Restaurativa del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas* (ECOSOC) en el año 2002.

También en **Europa** cabe destacar algunas importantes iniciativas dirigidas a impulsar procesos facilitativos en materia penal. Así:

- La Recomendación (83) 7, de 23 de junio de 1983, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, a través de la cual Europa recomienda la indemnización a la víctima por parte del delincuente. Asimismo, la posterior Recomendación (85) 11, de 28 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la posición de la víctima en el derecho penal y el proceso penal apuesta por la reparación e insta a los países miembros para que valoren las ventajas de la mediación y la conciliación.

- La Recomendación (87) 21, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, en cuyas acciones concretas se prevé la mediación.
- La Recomendación (95) 12, sobre la gestión de la justicia penal, en la que se subraya el papel de la mediación y la simplificación del procedimiento penal en la superación de las dificultades del sistema de justicia penal.
- Y la Recomendación (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, a través de la cual se fijaron los principios aplicables a la mediación penal. Este instrumento deja un gran margen de maniobra a los Estados miembros para que procuren una regulación de la mediación penal que concilie las directrices, principios y recomendaciones con la tradición jurídica de cada uno de los Estados. La citada recomendación (99) 19 pone de relieve la necesidad de que la legislación ofrezca debida respuesta a la legítima pretensión de las víctimas de participar personalmente en los procedimientos penales, haga valer su voz, obtenga excusas y sea reparada. Tras su publicación, el Consejo de la Unión Europea adoptó la Decisión marco (2001/220/AI), relativa al Estatuto de las víctimas en el marco de los procedimientos penales, de 15 de marzo, en cuyo artículo 10 se establece que los Estados miembros deben introducir la mediación penal en los procesos que consideren oportuno.
- En el año 2000, el Foro Europeo de Justicia Restaurativa (European Forum for Restorative Justice) generó un conjunto de trabajos sobre la teoría, las experiencias y las prácticas de mediaciones entre víctima-infractor y justicia restaurativa en los diversos países de Europa. Esta producción abordó cuestiones de índole teórica acerca de la justicia restaurativa, la participación comunitaria en la mediación, la ética y las buenas prácticas en materia de justicia restaurativa, las condiciones legales y procesales para su desarrollo, directrices para futuras investigaciones, la práctica real de la mediación penal y justicia restaurativa en ocho países (Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, Alemania, Noruega, Polonia, y Reino Unido): antecedentes históricos, contexto jurídico y político, aplicación práctica, evaluación, investigación y desafíos para el futuro.
- Con posterioridad, cabe destacar la Recomendación (2006) 8, de asistencia a las víctimas, en cuyo apartado décimo tercero se expresa que los organismos deberían tener en cuenta las posibilidades que ofrece la mediación entre víctima y delincuente, teniendo en cuenta los posibles beneficios que la misma puede significar para la víctima. Los intereses de la víctima deben ser estudiados cuidadosamente para decidir el inicio de una mediación, y deberá prestarse la debida atención a los beneficios y riesgos potenciales para la víctima. Para ello deberían adoptarse normas claras para proteger los intereses de las víctimas: analizando la capacidad de las partes para dar un consentimiento libre, tratando las cuestiones de confidencialidad, el acceso a un asesoramiento independiente, la posibilidad de retirarse del

proceso en cualquier momento y la competencia de los mediadores. Esta misma recomendación subraya la importancia del respeto a la confidencialidad y sugiere que los Estados exijan que todos los organismos, ya sean legales o no gubernamentales, en contacto con las víctimas, adopten normas claras que protejan este principio. Asimismo, insta a que la divulgación a terceros de la información relativa a la víctima solo se admita en los casos en los que la víctima haya dado su consentimiento expreso para ello, o bien haya un requisito legal o autorización para hacerlo, se dicten normas claras que rijan su divulgación, y se establezcan procedimientos de denuncia para hacer frente a supuestas violaciones de las normas.

- Más recientemente (7-12-2007) la Comisión Europea para la eficiencia de la justicia (CEPEJ), constatando que en el ámbito de la mediación penal se han producido diferencias considerables de implantación y seguimiento de la Recomendación (99) 19, ha procedido a dictar unas directrices no vinculantes para la mejor implementación de la señalada recomendación:
 - Sugiere establecer mecanismos para la evaluación externa e interna de las mediaciones que se llevan a cabo, con el fin de poder asegurar la cualidad en la mediación, básica para la transmisión de confianza al público en general.
 - Recomienda asimismo a los Estados miembros que lleven a cabo estudios y desarrollos sobre este tema, y sobre las especiales necesidades de la víctima, dado el desequilibrio de poder entre víctima y agresor.
 - Atendiendo al necesario respeto del principio de confidencialidad, subraya que este deber debe ser vinculante para el mediador en todas las fases del proceso de mediación, así como también tras su finalización. Si el deber de confidencialidad cede ante determinados supuestos, estos deben ser definidos claramente en la legislación de los Estados miembros. Los Estados miembros deben proveer garantías legales para que la confidencialidad en la mediación sea una realidad. La vulneración de este principio debe ser considerado una falta disciplinaria y debe comportar una sanción adecuada.
 - En mediación internacional propone que los descargos que se fundamenten en un acuerdo de mediación adquieran el mismo estatus que las decisiones judiciales, si son tomados por personal oficial judicial. Tal decisión deberá precluir la persecución respecto de los mismos hechos por parte de otro Estado miembro.
 - Y en orden a acrecentar el interés y la confianza de víctima y agresor en la mediación, invita a los Estados a que adopten medidas orientadas a: informar a las partes acerca de sus derechos; asegurar que el consentimiento es libre e informado; transmitir información precisa sobre el proceso de mediación, los derechos y obligaciones de los usuarios, los efectos legales de la mediación, las consecuencias y, en casos de vícti-

mas particularmente vulnerables, asegurar a esta que la mediación será conducida sin contacto con el agresor.

3.1.2. América Latina

Los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos han heredado, en cierto modo, los patrones de los sistemas jurídicos español y portugués y, en consecuencia, sus tradiciones jurídicas responden al derecho continental o *Civil law*. No pocos países han desarrollado normativa específica reguladora de los mecanismos de RAL y se muestran receptivos a estas nuevas manifestaciones. Un tema de particular interés y preocupación para estas naciones resulta la idea de independencia de los organismos que ofrecen procesos extrajudiciales de resolución.

En estas naciones, mediación y conciliación son utilizados a menudo indistintamente para referirse tanto a las prácticas como a los procedimientos, y se observa un fenómeno generalizado de yuxtaposición terminológica. En materia civil, la consolidación de un término como expresión o fórmula es una realidad que provoca la desaparición progresiva o la 'absorción' del otro término.

En muchos países de América Latina los acuerdos de mediación gozan de ejecutividad y las cámaras de comercio han adoptado iniciativas tendentes a la implantación de mecanismos extrajudiciales con el fin de promover los negocios y la confianza de los inversionistas. Cabe mencionar en este sentido los esfuerzos volcados por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), destinado a la resolución de controversias comerciales o por el Instituto Latinoamericano de Comercio Electrónico (ILCE), para el impulso de una iniciativa de sistemas en línea dirigidos al comercio transnacional.

3.1.3. Continente asiático

Los países asiáticos se hallan adscritos mayormente a la tradición jurídica del *Common Law*, aunque algunos, como Japón, también tienen notables influencias del derecho civil continental. La influencia de los países europeos y de los Estados Unidos no resulta nada desdeñable. La mediación en China y en Japón contempla un perfil de profesional muy similar al concepto occidental de conciliador, motivado por el hecho de que este desempeña un papel más activo. Por otra parte, los mediadores pueden, en este ámbito geográfico, desempeñar el papel de árbitros y decidir si las partes no llegan a un acuerdo, ello sin que genere particulares problemas deontológicos. En China y Japón la negociación, la mediación y el arbitraje son presupuestos procesales previos antes de someter los litigios civiles y comerciales a los tribunales.

3.1.4. Los países africanos

La mayoría de las iniciativas desarrolladas en este continente se hallan en países de la cuenca del Mediterráneo. En Egipto, el Centro Regional de Arbitraje Comercial de El Cairo ha aprobado un conjunto de normas de autorregulación de los procesos de mediación, con referencias detalladas sobre la confidencialidad y sin límites, como la obligación de revelar cualquier información que pueda comprometer la independencia o la imparcialidad del mediador. No pocos países africanos han promulgado leyes con el fin de establecer un marco jurídico adecuado para la práctica del arbitraje, sin duda el mecanismo RAL más reconocido en este continente.

3.1.5. Europa. La Unión Europea

La distinción formal entre las distintas modalidades de resolución extrajudicial es más acentuada en Europa que en otros contextos geográficos. La mediación es considerada actividad de facilitación, mientras que en el proceso de conciliación el papel del tercero resulta mucho más activo, evalúa y puede también sugerir formalmente posibles soluciones a las partes. Es interesante observar, desde el punto de vista de la originalidad, una variante practicada y regulada en algunos países en virtud de la cual un tercero auxilia a las partes en la búsqueda de una solución. Si estas aceptan la solución que propone, el resultado pasa a adquirir fuerza vinculante y ejecutiva como si de un laudo se tratara. Resulta significativo también que en algunos países europeos el acuerdo alcanzado a través de una mediación puede llegar a ser título ejecutivo.

La Unión Europea y su Tratado parten de la premisa según la cual un mercado común europeo beneficia al ciudadano europeo. En consecuencia, el Tratado de la Unión Europea legitima ampliamente a sus órganos para promulgar disposiciones en materia de derecho de la competencia y derecho de los consumidores. De este modo, la legislación de la Unión Europea regula también, en el ámbito del derecho privado, el derecho de los consumidores y las leyes contractuales, dado que los contratos son mecanismos efectivos de control del mercado.

El sistema desarrollado se fundamenta en cuatro reglas básicas:

- 1) información y consentimiento informado del consumidor;
- 2) transparencia de los términos y cláusulas contractuales;
- 3) veracidad de la publicidad y de los mensajes;
- 4) equidad en las relaciones comerciales, evitación de técnicas de venta agresivas, equilibrio contractual.

Tras el Tratado de Lisboa, a mayor abundamiento, la UE ha articulado su producción en torno al principio de economía social de mercado, lo que significa que este no es un fin en sí mismo sino que queda funcionalizado porque debe cuidar por la satisfacción de las necesidades de los consumidores. Esta perspectiva tiene un impacto significativo en el modelo de competencia, que no pretende ser perfecta sino eficiente, en el sentido de evitar monopolios y garantizar la diversidad, el equilibrio y la pluralidad de profesionales y empresas. De modo que, a pesar de que el Tratado de la Unión Europea no proporciona un canal específico que permita la unificación o la armonización del régimen contractual general, este objetivo se está alcanzando de forma indirecta en los últimos tiempos a través de la legislación emanada en materia de competencia, así como a través de la técnica de 'máxima armonización' en la actividad de la Comisión, dirigida a la unificación de la normativa de protección de los consumidores.

La Unión Europea se halla comprometida, asimismo, y desde los años ochenta, en la introducción de mecanismos efectivos de resolución de las controversias en las que se hallan involucrados consumidores. Las encuestas europeas muestran que el consumidor tiende a resignarse y a no exigir la efectividad de sus derechos ante las instancias judiciales tras el análisis de los costes, porque los procedimientos y la ejecución de las decisiones resultan excesivamente caros, complicados y dilatados. Esta tendencia es preocupante porque manifiesta un grave problema estructural. La carencia de eficacia real de las previsiones normativas dirigidas a la protección de los consumidores afecta hoy a la mayoría de los ciudadanos europeos. Para la Comunidad Europea el acceso a la justicia es una brecha entre la ley y la realidad, un derecho humano y un requisito previo para un sistema jurídico eficaz. La tutela judicial efectiva en este campo exige por tanto, necesariamente, un fácil acceso a procedimientos extrajudiciales, dado que los judiciales no son una vía adecuada para los conflictos transnacionales de escasa cuantía y gran volumen.

Animados por esta común preocupación, en el año 1993, la Comisión de la Unión Europea presenta su libro verde sobre el Acceso del Consumidor a la Justicia y Resolución de Controversias en Materia de Consumo en el Mercado Único, en el cual subraya que los Estados miembros deben eliminar todo obstáculo a los consumidores y ofrecerles instrumentos eficaces de justicia. Resulta indicativa de esta inquietud que la propia Comisión definiera años antes (1996) un plan de acción sobre el acceso del consumidor a la justicia y la solución de controversias en el mercado interior y seguidamente, el Consejo de Ministros invitara a la Comisión de las Comunidades Europeas a la preparación del libro verde sobre la resolución alternativa de conflictos en materia civil y mercantil, donde se hace especial hincapié en el importante cometido de los procedimientos de RAL, que deben ser sencillos y de bajo coste, para garantizar tanto a los ciudadanos como a las pequeñas y medianas empresas el

acceso a la justicia. Paralelamente, durante esos años se aprueban dos importantes recomendaciones sobre los principios que deben regir en los órganos responsables de resolución extrajudicial de conflictos.

En el año 2005, la Unión Europea promueve la creación de una red de Centros Europeos del Consumidor (ECC-Net) con el fin de proporcionar estructura de comunicación y apoyo a todos los ADR/RLL al servicio de los consumidores. En la actualidad, a través del Programa de Estocolmo, atribuye prioridad estratégica a estos mecanismos que facilitan el acceso a la justicia, y propone eliminar todos los obstáculos a la solución de las controversias en materia civil –particularmente en el ámbito de los consumidores– partiendo de la premisa de que es necesario intervenir para eliminar la barrera idiomática y potenciar las herramientas electrónicas y los medios modernos de comunicación en este ámbito.

Desde el punto de vista normativo, cabe añadir que la Unión Europea ha aprobado diversos textos legales que relacionamos a continuación por orden cronológico:

- La Recomendación 98/257/CE, dirigida a los órganos responsables de la solución de las controversias de consumo a través de la intervención activa de un tercero (conciliación, arbitraje), que efectúa indicaciones acerca de los principios rectores que deberían regir la actividad de estos.
- La Recomendación 2001/310/CE, para facilitar los principios que debieran ser aplicados a los órganos de resolución consensual de los litigios de consumo (mediación).
- La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la mediación en materia civil y mercantil, con objeto de ampliar el uso de la mediación en el ámbito transnacional.
- La Directiva 2013/11/CE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (Directiva sobre RAL en materia de consumo), que viene a establecer requisitos de calidad armonizados para las entidades y los procedimientos de resolución alternativa, con el fin de asegurar que los consumidores tengan acceso a unos mecanismos de recurso extrajudicial de alta calidad, transparentes, efectivos y justos, independientemente del lugar en que residan en la Unión.
- Y el Reglamento 2013/524/CE sobre resolución de litigios en línea (Reglamento de RLL en materia de consumo), que permitirá a consumidores y a comerciantes el acceso gratuito a centros de resolución en línea en todas las lenguas oficiales de la UE. Esta plataforma la desarrolla la Comisión, que se responsabiliza, asimismo, de su funcionamiento, incluidas todas las funciones de traducción necesarias, de su mantenimiento, su financiación y la seguridad de los datos con los que opere. Deberá ser gratuita y

de fácil utilización por los usuarios, incluidos los más vulnerables (“diseño para todos”) y consistirá en una ventanilla única, un sitio de Internet interactivo al que se podrá acceder de forma electrónica en todas las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión. La plataforma desempeñará las siguientes funciones: facilitar un formulario electrónico de reclamación, informar de la reclamación a la parte reclamada, determinar la entidad o entidades de resolución alternativa competentes y transmitir la reclamación a la entidad de resolución alternativa que las partes hayan acordado utilizar. Asimismo, ofrecerá gratuitamente un sistema electrónico de tramitación de asuntos, que permita a las partes y a la entidad de resolución alternativa tramitar en línea el procedimiento de resolución de litigios a través de la plataforma de resolución de litigios en línea.

La mediación en el ámbito penal también tiene importantes desarrollos en Alemania, donde se iniciaron hacia 1985 proyectos experimentales en materia de menores. Con objeto de estimular esta actividad, se ha creado una Oficina de Servicios de Resolución de Conflictos para la mediación víctima-delincuente, en Colonia, por el DAP (Asociación Alemana de Trabajo Social, Derecho Penal y Política Criminal) con el apoyo del Ministerio Federal de Justicia y algunas otras autoridades. La iniciativa suelen tomarla los fiscales (70%), mientras que solo un 4% lo inicia la víctima o los delincuentes. La mayor parte de los asuntos resueltos a través de la mediación penal responde a lesiones corporales y crímenes violentos, siguiendo luego los casos de robo, fraude y daños a la propiedad. También Finlandia, Luxemburgo, Francia, Irlanda, Letonia, Eslovenia, Suecia, Dinamarca y Noruega tienen implantados servicios de mediación en materia penal. En Dinamarca es requisito necesario para iniciar un proceso de mediación penal que el agresor admita su crimen. Estas mediaciones suelen ser complementarias a la justicia penal, pero en ocasiones es alternativa (caso de Noruega). En estas mediaciones los acuerdos persiguen que el agresor presente disculpas a la víctima y se establezcan medidas para la restauración psicológica y económica de la víctima. En Bosnia y Herzegovina, la mediación penal se limita a la reclamación de daños derivados de delito.

3.2. Principios que gobiernan los mecanismos extrajudiciales de resolución

A través de la *Declaración de principios básicos de uso de programas de justicia restaurativa* del ECOSOC, en el año 2002 el Consejo Económico y Social pidió a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal que estudiara la conveniencia de formular normas de las Naciones Unidas en materia de mediación y justicia restaurativa.

La Resolución 2000/14 de 27 de julio de 2000, titulada “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal” eleva una petición al secretario general para que recabara observaciones de los Estados miembros y las organizaciones intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales, así como instituciones de las Naciones Unidas en mate-

Ved también

La Resolución 1999/26 de 28 de julio de 1999, titulada “El desarrollo y la aplicación de la mediación y la justicia restaurativa medidas en materia de justicia penal”.

ria de prevención del delito y justicia penal, en la conveniencia y los medios de establecer principios comunes para la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal.

Para ello se tomaron nota de debates sobre justicia restaurativa anteriores:

- Resolución de las Naciones Unidas, sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en el marco del tema del programa titulado “Delincuentes y víctimas”.
- Resolución 56/261, de 31 de enero de 2002, “Planes de Acción para la Aplicación de la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI”.
- La acción de la justicia restaurativa para dar seguimiento a los compromisos contraídos en el párrafo 28 de la Declaración de Viena.
- La labor del Grupo de Expertos en Justicia Restaurativa en reunión de Ottawa del 29 de octubre al 1 de noviembre del 2001.
- El informe del secretario general sobre justicia restaurativa.
- Y el informe del Grupo de Expertos sobre justicia restaurativa.

Ved también

El Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Viena, 10-17 de abril del 2000.

Esta declaración recuerda, en primer lugar, que se ha producido en todo el mundo un crecimiento significativo de iniciativas de justicia restaurativa y hace hincapié en que la justicia restaurativa es una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad e igualdad de cada persona, se basa en el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades.

Destaca también que este enfoque permite a los afectados por el crimen compartir abiertamente sus sentimientos y experiencias, y tiene como objetivo hacer frente a sus necesidades. Ofrece a las víctimas la oportunidad de obtener reparación y sentirse más seguras. A su vez, permite a los ofensores comprender las causas y los efectos de su comportamiento y asumir su responsabilidad. Por su lado, permite a las comunidades comprender las causas subyacentes de la delincuencia, para promover el bienestar de la comunidad y prevenir la delincuencia,

Manifiesta que la justicia restaurativa pone al alcance de las partes instrumentos flexibles en su adaptación a la justicia penal que complementan esos sistemas, teniendo en cuenta las circunstancias sociales, legales y culturales, sin que se desprenda de ello que la utilización de la justicia restaurativa pueda menoscabar el derecho de los Estados a procesar a los presuntos delincuentes.

Y acaba señalando los principios y directrices que deben guiar la actividad de los facilitadores, que complementan el elenco de principios inspiradores de las modalidades alternativas de resolución de las controversias, que se señalan a continuación.

3.2.1. El principio de libertad y autonomía

La voluntad de las partes de iniciar y participar en un proceso extrajudicial es un aspecto clave y premisa fundamental para su desarrollo. Todo proceso extrajudicial de resolución debe su existencia a la convención de las partes y a su voluntad de vincularse. El principio de libertad y autonomía está estrechamente vinculado a la necesidad de información y de transparencia.

En materia penal, se requiere también que las partes (víctima y delincuente) estén de acuerdo en los hechos fundamentales del asunto, que constituirá la base para su participación en el proceso restitutivo

Los acuerdos deben ser voluntarios y contener solo obligaciones razonables y proporcionadas. La víctima y el delincuente deben estar de acuerdo en los hechos básicos del caso, como base para su participación en un proceso restaurativo.

En ningún caso la participación del delincuente podrá ser utilizada como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.

El reconocimiento de los hechos en materia penal, más que un principio es una premisa o presupuesto para que pueda llevarse a cabo un proceso de mediación: el reconocimiento de los hechos principales del asunto por ambas partes.

3.2.2. El principio de confidencialidad

Ampliamente reconocido en el ámbito internacional, la confidencialidad es, sin duda, ratio del éxito de estos sistemas extrajudiciales. Constituye un valor absolutamente central que debe ser preservado a toda costa.

De conformidad con este principio, las partes intervinientes, expertos y proveedores de servicios tienen la obligación de no desvelar datos, secretos ni comunicaciones relativos al proceso. A menos que las partes convengan otra cosa, o bien que por ley sea necesario, toda esta información debe ser considerada confidencial. En el ámbito de la justicia restaurativa, las deliberaciones y discusiones en los procesos restaurativos que se lleven a cabo en público tendrán carácter confidencial y no deberán ser revelados posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o exigida por la legislación nacional.

Comporta, entre otros:

Ved también

La Resolución de las Naciones Unidas 2002/12, de 24 de julio, de Principios Básicos para la Aplicación de Programas de Justicia Restitutiva en Materia Penal.

Ved también

La Declaración de Principios Básicos de Uso de Programas de Justicia Restaurativa del ECOSOC, 2002.

Ved también

La Declaración de Principios Básicos de Uso de Programas de Justicia Restaurativa del ECOSOC, 2002.

1) La no revelación de las declaraciones formuladas y de la información obtenida durante el procedimiento.

2) La destrucción de toda información presentada o producida durante el proceso, así como de todos los documentos intercambiados, con excepción de la correspondencia formal.

3) La prohibición de utilización durante un proceso judicial de las declaraciones o información intercambiadas. Estas obligaciones recaen, en primer lugar, sobre las partes, que pueden, sin embargo, derogarla de común acuerdo; pero también sobre los expertos, quienes no pueden ser obligados a testificar o a informar sobre el proceso, posiciones sostenidas por las partes, o concesiones que estas estaban dispuestas a aceptar, en su caso. Ello significa que se extiende objetivamente a cualquier información sobre o acerca del proceso, del contenido y de las comunicaciones anteriores, contemporáneas y posteriores.

En razón de este principio, los argumentos, información o pruebas pueden circular entre las partes interesadas solo con carácter confidencial, a menos que haya un acuerdo para presentar dicha información a otras personas. La mayoría de las legislaciones han regulado jurídicamente este aspecto, estableciendo disposiciones obligatorias y límites por razón de orden público e interés general.

Otra preocupación que afecta a la confidencialidad es, sin duda, la necesidad de transparencia respecto de las personas y organismos que ofrecen servicios de resolución porque la transparencia y la revelación de cierta información pueden entrar en conflicto, una cuestión que requiere ser tratada casuísticamente llevando a cabo un ejercicio de ponderación.

La terminología no es siempre uniforme y en ocasiones la confidencialidad viene identificada con privacidad, con secreto y con cuestiones de seguridad, dado que la confidencialidad implica privacidad de las actuaciones y está estrechamente relacionada con la exigencia de seguridad de los sistemas.

En el ámbito de la justicia restaurativa, la confidencialidad se extiende al hecho de la participación del delincuente. La misma no podrá ser utilizada como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos judiciales ulteriores.

Asimismo, en el ámbito de la justicia restaurativa penal, la confidencialidad se halla principalmente al servicio de los intereses de las víctimas, de modo que la divulgación a terceros de la información relativa a la víctima solo se admitirá en los casos en que la víctima haya dado su consentimiento expreso para ello, o bien haya un requisito legal o autorización para hacerlo y se dicten normas claras que rijan la divulgación y se establezcan procedimientos de denuncia

Ved también

La Resolución de las Naciones Unidas 2002/12, de 24 de julio, de Principios Básicos para la Aplicación de Programas de Justicia Restitutiva en Materia Penal.

para hacer frente a supuestas violaciones de las normas (en este sentido, podéis ver, por ejemplo, la Recomendación del Comité Europeo, 2006, 8, de asistencia a las víctimas).

Algunos ordenamientos disponen consecuencias penales ante el incumplimiento de las mencionadas obligaciones. El artículo 199 de nuestro Código penal dispone que el que revele secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, o el profesional que con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva divulgue los secretos de otra persona, será castigado con pena de prisión, multa e incluso puede provocar la inhabilitación especial para dicha profesión por un cierto tiempo.

La confidencialidad no alcanza al contenido de los acuerdos cuando su conocimiento sea necesario para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.

La confidencialidad no se halla tampoco reñida con la obligación que pesa sobre él en algunos ordenamientos jurídicos, de conservar la documentación relativa al proceso durante un cierto tiempo.

Confidencialidad se excepciona cuando:

- Se trata de procesos penales en los que se discute la posible responsabilidad del facilitador. Para probar o refutar una reclamación o queja por mala conducta o negligencia.
- Deba aclararse o interpretarse los alcances del acuerdo que se haya logrado concluir.
- Las partes renuncian al privilegio o se hace con su consentimiento. O bien cuando la divulgación se hace con el consentimiento de la persona que dio la información.
- Hay una amenaza de lesiones corporales o la comisión de un delito de violencia.
- Es utilizado para planificar un crimen o delito, o para ocultar un delito en curso, o cuando se halle en curso la actividad delictiva.
- La divulgación resulta necesaria para informar a las autoridades de la comisión de un delito o para prevenir la comisión de un delito.
- La divulgación es exigida por ley.
- Se halla en peligro la vida de una persona, la salud o la propiedad, y la divulgación es necesaria para evitar o mitigar las consecuencias de su realización.

Nota

En materia penal, la Recomendación del Consejo de Europa (99) 19, añade que, en cualquier caso, el informe del mediador no debiera revelar el tenor de las sesiones de mediación, ni exponer juicio alguno sobre el comportamiento de las partes.

Ved también

La Resolución de las Naciones Unidas 2002/12, de 24 de julio, de Principios Básicos para la Aplicación de Programas de Justicia Restitutiva en Materia Penal.

- Es necesario, por razones imperiosas de orden público, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona (Directiva 2008/52/CE).

En materia penal el mediador deberá señalar a las autoridades apropiadas o a las personas afectadas toda información concerniente con la inminente comisión de una infracción grave sobre la que pueda tener conocimiento en el curso de una mediación.

3.2.3. Los principios de imparcialidad e independencia

Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial, con el debido respeto a la dignidad de las partes.

Imparcialidad e independencia son términos que también se asocian a menudo. Dicho esto, no resultan totalmente intercambiables. La imparcialidad se halla vinculada a la actividad concreta del profesional y previene actitudes de prejuicio o escoramiento ideológico y personal –plano subjetivo.

La *independencia*, por el contrario, es un término vinculado estrechamente a los posibles conflictos de interés entre los profesionales u órganos de resolución extrajudicial y alguna de las partes en conflicto –plano objetivo.

Mientras que la imparcialidad se predica de la actividad del experto, la independencia suele exigirse a los órganos responsables.

Por lo que atañe a la independencia, en general se produce una apariencia de dependencia si un árbitro tiene un interés material en el resultado del litigio, si ha adoptado una postura en relación con el mismo o si existen relaciones entre un árbitro y una de las partes. Cualquier relación –económica, familiar o de amistad– anterior o actual, directa o indirecta, entre un árbitro y una parte suscitará dudas razonables en cuanto a la independencia. La independencia está reñida con el conflicto de intereses. La apariencia de parcialidad o independencia pueden superarse mediante la transparencia, esto es, a través de información exhaustiva a las partes. Este deber de revelación debería mantenerse durante la sustanciación de los procedimientos por lo que respecta a nuevos hechos o circunstancias.

3.2.4. El principio de equidad

Persigue garantizar que las partes tengan las mismas oportunidades para hacer valer sus derechos y que ambos se hallen en igualdad de condiciones. Los facilitadores asumen la importante tarea de gestionar el poder de las partes y empoderar a la más vulnerable con el fin de reequilibrar las situaciones de asi-

Ved también

La Declaración de Principios Básicos de uso de Programas de Justicia Restaurativa del ECOSOC, 2002.

metría. De ahí que pueda afirmarse que el contenido del principio de equidad es diferente al principio de debate contradictorio, predicable de los métodos heterocompositivos.

A nivel internacional, la Resolución 2002/12, de Principios Básicos para la Aplicación de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal subraya la necesidad de tener en cuenta la posible desigualdad de posiciones, las diferencias culturales entre las partes y el mandato de que en los programas de justicia retributiva y procesos retributivos se apliquen salvaguardias básicas en materia de procedimiento que garanticen la equidad para con el delincuente y la víctima. Así, se afirma que las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales entre las partes, deben ser tomadas en consideración en el caso concreto cuando se conduce un proceso restaurativo.

Este principio es garantía procesal fundamental para víctima y ofensor y debe ser aplicado en todo programa de justicia restaurativa y, en particular, en los procesos de restauración teniendo en cuenta lo siguiente:

- Víctima y ofensor tienen derecho a consultar con un abogado acerca del proceso restaurativo y, en su caso, contar con traducción y/o interpretación. Los menores, además, tienen derecho a la asistencia de un padre o tutor.
- Antes de aceptar participar en los procesos restaurativos, las partes deben ser plenamente informadas de sus derechos, la naturaleza del proceso de y las posibles consecuencias de su decisión.
- Ni la víctima ni el delincuente deben ser coaccionados o inducidos por medios desleales, para participar en los procesos de restauración o para que acepten resultados restaurativos.

Estos objetivos se pretenden alcanzar:

- Evitando las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones.
- Contrarrestando las diferencias culturales.
- Garantizando la seguridad de las partes.

Asimismo, la Recomendación del Consejo de Europa (99) 19 incluye entre sus indicaciones que las disparidades relativas a ciertos factores, como edad, madurez o capacidad intelectual, deberán ser tomadas en consideración antes de decidir el empleo de la mediación.

La seguridad de las partes debe ser también tenida en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo.

Ved también

La Declaración de Principios Básicos de Uso de Programas de Justicia Restaurativa del ECOSOC, 2002.

3.2.5. El principio de eficiencia (efectividad, rapidez, economía)

En virtud del mismo, los procesos extrajudiciales deben ser necesariamente sencillos, comprensibles, rápidos, económicos y deben gozar de efectividad en términos de satisfacción del interés y necesidades de las partes.

De este modo, el órgano responsable del procedimiento no solo debe tratar el asunto en el menor tiempo posible que permita la naturaleza de la controversia y revisar periódicamente sus avances para garantizar que la misma sea tratada con prontitud y diligencia, sino, además, procurar que este sea resuelto de manera económica y buscando la plena satisfacción de los intereses de las partes en términos también de eficacia normativa.

Duración de un proceso

A la luz de una relevante Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (N. 18.020/91, de 31 de marzo de 1992), la razonabilidad en la duración de un proceso debe evaluarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso, para lo que la jurisprudencia de Estrasburgo ha ido estableciendo criterios de valoración tales como: la complejidad del caso, la conducta del solicitante o la realización de las autoridades.

Asimismo, la conducta de las partes debe ser revisada por el órgano responsable del procedimiento, para garantizar que estos se han comprometido en la búsqueda de una solución adecuada y justa para la controversia. Si la conducta de una parte es obstructiva, ambas partes deben ser informadas, con el fin de que puedan considerar la posibilidad de continuar con el procedimiento, o bien zanjarlo.

Es conveniente, a los fines de la obtención de resultados, que los facilitadores provengan de todas las categorías de la sociedad, posean un buen nivel de comprensión de las culturas y de las comunidades locales y cuenten con cualidades relacionales y de juicio. Resultan esenciales en el ejercicio de sus funciones. Para ello, es conveniente que reciban formación inicial adecuada antes de asumir sus funciones y que durante el ejercicio de estas se actualicen a fin de asegurar un nivel adecuado de competencia.

En el ámbito penal, la Resolución de las Naciones Unidas 2002/12 insta a los Estados a que los acuerdos alcanzados en programas de justicia reformativa sean incorporados a decisiones o sentencias judiciales y que cuando así ocurra, los resultados tengan la categoría de cualquier otra decisión o sentencia judicial y excluyan la posibilidad de enjuiciar de nuevo por los mismos hechos.

3.2.6. El principio de transparencia

La transparencia implica un actuar sin velos, sin ocultar información, que puede resultar de interés particular de las partes o incluso de un colectivo. Constituye, por ende, una extensión del principio de publicidad e información, esencial para la plena realización de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual. Este principio mejora asimismo la confianza.

El principio de confidencialidad y el derecho a la intimidad y protección de los datos personales se establecen como límites en la aplicación de este importante principio cuando entran en conflicto, debiendo ponderarse, nuevamente, caso por caso, el alcance de todos ellos.

3.2.7. El principio de legalidad

Conforme al principio de legalidad en sentido tradicional, todo ejercicio del poder debe quedar sometido a la constitución y al imperio de la ley. Garantiza la seguridad jurídica, evita la arbitrariedad y procura el respeto de los derechos fundamentales, el orden público y el interés general. Por el mismo principio de legalidad, todas las decisiones deben ser comunicadas a las partes interesadas lo antes posible, por escrito o por cualquier otra forma apropiada, exponiendo los motivos que las fundamentan.

3.2.8. El principio de neutralidad

Se entiende que es neutral quien no lleva a cabo valoraciones previas sobre unos hechos, no participa, no toma parte, no se alinea con una determinada posición. Bajo esta importante premisa, el facilitador no puede proponer formalmente ni imponer soluciones. Como recordaremos, en sentido estricto, la actividad mediadora es entendida como actividad facilitativa, que no permite evaluar y en consecuencia, efectuar propuestas formales de solución. La neutralidad es un requisito predicable solo de los mecanismos autocompositivos, en los que interviene una tercera persona, y es condición o exigencia que se integra, por lo general, de forma implícita en los códigos de conducta y normativa legal, al identificar a los mediadores con el término de *terceros neutrales*. Sin embargo, como decimos, no existe a nivel internacional un consenso acerca de lo que debe entenderse por neutralidad. De modo que hallamos textos que vinculan la neutralidad con la independencia y la imparcialidad de los expertos.

Los facilitadores deben asegurarse de que las partes actúen con mutuo respeto y que las partes puedan encontrar una solución pertinente entre sí mismos.

Los proveedores de servicios están también obligados a garantizar una comunicación efectiva entre mediadores/conciliadores y partes, ya sea conjuntamente o por separado (caucus). Y a la inversa, durante la fase de arbitraje, debe asegurarse de que la arquitectura del software no permita comunicaciones por separado, dado que el arbitraje es un método heterocompositivo de solución de controversias sujeto a principios y requisitos –como el principio de contradictorio– dirigidos a garantizar que las partes implicadas en un conflicto tengan derecho a presentar su punto de vista y puedan escuchar y conocer los argumentos y hechos expuestos por la contraparte.

Ved también

La Declaración de Principios Básicos de Uso de Programas de Justicia Restaurativa del ECOSOC, 2002.

3.2.9. Reglas del debido proceso: principio de proceso contradictorio, audiencia e igualdad de armas

Estas reglas van dirigidas principalmente a las modalidades de resolución extrajudicial heterocompositivas y a aquellas en las que el tercero adopta una posición activa, valora y propone formalmente soluciones a las partes. Persigue el respeto de los principios esenciales de todo proceso para evitar la indefensión y procura que toda persona goce de ciertos derechos que garanticen un resultado justo, como permitir que ambas partes tengan las mismas oportunidades de presentar sus puntos de vista ante el órgano competente y de escuchar los argumentos y hechos expuestos por la contraparte, así como las declaraciones de los expertos. El debido proceso recoge tres grandes y esenciales principios que responden a tres garantías procesales: el principio de contradictorio, de audiencia y de igualdad de armas.

El principio de proceso contradictorio

En virtud de este principio, manifestación particularizada del principio de equidad del procedimiento e igualdad de armas, los métodos adversariales deben asegurar no solo que todas las partes puedan dar a conocer su punto de vista, sino, además, que tengan conocimiento de todas las posturas y hechos expresados por el resto de partes e intervinientes. El hecho de que algunos procesos no establezcan audiencias presenciales no implica *per se* una violación de dicho principio. El principio de contradictorio, implícito en el primero, comporta la necesidad de respeto de la dualidad de partes y el derecho a sostener posiciones jurídicas distintas.

El principio de audiencia

Entendida la audiencia como la posibilidad de ser oído por el órgano decisorio, garantiza la oportunidad de que las partes puedan ser escuchadas directamente. Más que una obligación, constituye un derecho ejercitable por las partes si así lo desean.

Principio de representación

En virtud del mencionado principio, el procedimiento no podría privar a las partes del derecho a hacerse representar o acompañar por un tercero en todas las etapas del procedimiento.

Principio de motivación, congruencia y debida notificación de las resoluciones

Referido a las resoluciones que recaigan en procesos heterocompositivos, es de especial importancia cuando estas adquieren el valor de cosa juzgada y los efectos propios de una sentencia. La motivación exige que la resolución exprese las razones del fallo. La congruencia demanda que haya una correlación

entre las alegaciones y pretensiones de las partes y la resolución recaída; en definitiva, que se resuelvan las cuestiones que hayan sido sometidas al órgano extrajudicial y no otras. La notificación pretende garantizar la tutela efectiva, y la legalidad de la resolución, que es susceptible de ser impugnada por anulación, y evitar la inseguridad jurídica.

4. La mediación como paradigma de modalidad autocompositiva

4.1. Concepto de mediación

La mediación constituye la modalidad autocompositiva y extrajudicial de resolución de las controversias por excelencia. Podemos definirla teniendo en cuenta el criterio de la Directiva Comunitaria 2008/52/CE, del Parlamento Europeo, como un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su problema con la ayuda de un tercero experto. Dicho procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el ordenamiento jurídico.

Por ser extrajudicial, no resultan incluidas en el concepto de mediación las gestiones llevadas a cabo por un juez en el seno de un procedimiento judicial. Esta cuestión, que había resultado objeto de apreciaciones distintas entre la doctrina, parece hoy superada gracias a las indicaciones del legislador comunitario con la señalada Directiva Comunitaria 2008/52/CE, al disponer que “no incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio”.

La mediación ha tenido una cálida acogida en España en el ámbito del derecho privado y en particular para la resolución de controversias de consumo y de carácter familiar derivadas de las rupturas. Las comunidades autónomas han legislado extensamente en materia de mediación familiar. La mediación, entendida en sentido lato como proceso de resolución pero también de gestión de los conflictos, es aplicada en ámbitos y sectores tan diversos como el penal y penitenciario, el laboral, el comunitario y ciudadano, el ámbito escolar, medioambiental o deportivo.

Con su implantación se persigue la obtención de soluciones consensuadas y efectivas, que aseguren el cumplimiento posterior de los acuerdos y que preserven la relación futura entre las partes. En este sentido, cabe subrayar que la mediación como mecanismo autocompositivo ayuda a las partes a resolver sus diferencias, a procurar la satisfacción de sus intereses, a facilitar los acuerdos y a prevenir futuras situaciones conflictivas al menor coste emocional y económico.

Esta modalidad convencional se asienta en la libre voluntad de las partes, en la confianza y en la confidencialidad, de modo que los estándares de la práctica y los principios se articulan con el objetivo de contribuir positivamente a la creación de ese ámbito de confianza y de discreción. A estos principios rectores se deben añadir otros identificadores de la mediación, tales como su carácter no adversarial y neutral del experto.

Ha sido señalado por algunos autores que la mediación no resulta recomendable en aquellos conflictos en los que hay una gran diferencia de poder entre las partes. Sin embargo, debe decirse, respecto de este particular, que una de las funciones del mediador es, precisamente, la gestión de ese poder, de modo que las partes puedan iniciar un diálogo constructivo en plano de equilibrio. Este importante cometido, en ocasiones no se subraya suficientemente en el terreno teórico.

4.2. Modelos de mediación

El estudio teórico de los conflictos y de las técnicas de negociación ha propiciado la generación de “modelos” que han sido utilizados en la práctica de la mediación. Los más conocidos y que cuentan con más literatura son los siguientes:

a) El modelo directivo de la Escuela de Harvard. Consiste en la aplicación concreta de conceptos, recursos y métodos eficaces de la negociación colaborativa y cooperativa al campo de la mediación. Fueron desarrollados en un programa de negociación de la Universidad de Harvard, de ahí su nombre. Los principios que rigen la negociación colaborativa fueron plasmados en una conocida obra de URY William. A través de este modelo, se afianzó la idea de que el éxito de una negociación dependía de la capacidad de las partes para plantear intereses en lugar de posiciones. Según este modelo, las partes deben estar dispuestas a ganar o perder alguna cosa (transigir).

b) El modelo de mediación transformativa. Centra el interés no tanto en la resolución de la concreta controversia sino en el cambio de la relación entre las personas, en su transformación. Para ello, hace uso del empoderamiento (*empowerment*), desarrollo del potencial de cambio y habilidad de las personas y del reconocimiento. Con ello se pretende transformar la imagen que las partes tienen del otro y de ellos mismos, de modo que se elimina la imagen competitiva y se transforma en relación colaborativa. En este modelo no se analiza el problema directamente, se centra en el aspecto subjetivo de las relaciones. El citado modelo fue planteado y desarrollado por Joseph Folger y Baruch Bush.

c) El modelo de mediación circular-narrativa. Aplica la técnica de la externalización, consistente en expresar los problemas. Cada persona construye una narrativa distinta acerca de un mismo problema, lo que da una idea de su visión del mismo. Y es esa apreciación del problema distinta la que genera discusión, enfrentamiento. Se fundamenta en la teoría narrativa de Jerone Bruner y

la terapia narrativa de Michael White y David Epston, basado en el constructivismo, que estudia la relación entre el pensamiento y la realidad postulando que el individuo solo puede construir modelos aproximados de la realidad. Según este modelo, con el lenguaje construimos y asimismo deconstruimos la realidad. A través de la modificación de la narrativa de los hechos, podemos, en consecuencia, cambiar la percepción que tenemos sobre los mismos. El mediador ayudará a las partes a construir una narrativa distinta a través del diálogo y la comunicación.

4.3. Estrategias de mediación

El éxito en la mediación pasa necesariamente por la adopción de estrategias consistentes en el diálogo inclusivo (con la participación de todos los actores o, en su caso, los sectores de la sociedad afectados, grupos o colectivos con intereses, etc.) y colaborativo, porque es el modo de alcanzar una solución consensuada en la que todos los participantes vean cubierta de un modo u otro sus legítimas expectativas y adquieran un compromiso real de cumplir y respetar lo pactado.

En este contexto la labor del mediador comprende:

- La creación de un entorno en el cual las partes lleven a cabo una exploración de las posibilidades de establecer lazos de cooperación. Es una tarea difícil que tiene como primer objetivo obtener un cambio de actitud en las partes. Para ello, el mediador deberá escuchar y crear empatías. Requiere positivar, flexibilizar el ambiente y propiciar la comunicación y el diálogo, alejando a las partes de la tendencia a posturas adversariales. Resulta asimismo importante en esta labor saber gestionar de un modo adecuado las emociones de las partes, para evitar la escalada de conflicto.
- El fomento de la implicación de las partes en el proceso. Que estas muestren la voluntad de dialogar y mantengan un discurso abierto y constructivo. Para ello, cabe auxiliarse de metáforas, connotaciones positivas y un tono de buen humor.
- La generación de estímulo para que el proceso de consenso les conduzca a puntos de unión, o al menos, ámbitos donde las partes no manifiesten posturas antagónicas.
- La integración de las voces minoritarias, garantizando la igualdad de posibilidades a la hora de expresarse y manifestar sus opiniones.
- Facilitar la participación de todos, mediante el *empowerment*, restaurando la capacidad de cada uno de los participantes y haciéndolos coprotagonistas en la construcción de una solución que tenga en cuenta los intereses de todas las partes. Para ello, es esencial centrar las conversaciones y diri-

gírlas a la delimitación de intereses (en los que pueden confluir), no de posiciones (que resultan contrapuestas).

- El auxilio en la búsqueda de soluciones creativas adaptadas a sus necesidades, de modo que todas las partes obtengan satisfacción. En esta labor el mediador debe ayudar a las partes a generar alternativas, formulando preguntas adecuadas y ayudando a los participantes a concretar deseos y necesidades.
- La invitación a la adopción de acuerdos y compromisos que recojan criterios comunes y propuestas que satisfagan los intereses de todas las partes, sin olvidar ninguna, de modo que cubra las expectativas de todos y cada uno de los participantes.

En la práctica de la mediación también hay consenso generalizado sobre aquello que un mediador no debe llevar a cabo: juzgar, abogar, representar, evaluar, proponer, enfrentarse o discutir son intervenciones que se consideran inapropiadas o se desaconsejan.

4.4. Estructura y fases de la mediación

A pesar de que la mediación es un proceso flexible, y por ende, ausente de formalismos y capaz de ser adaptado a las necesidades e intereses de las partes en conflicto, ello no obsta a que siga también un procedimiento bien estructurado.

Si bien cada sector conserva sus particularidades –y en algunos casos, como en el ámbito familiar, la legislación tipifica incluso fases y reglas concretas– y los teóricos tienden a estructurar el procedimiento de manera diversa, todo procedimiento de mediación respeta, en líneas generales, tres momentos significativos, y un *iter (flow)* que describimos a continuación.

La premediación

Momento previo a la mediación, durante el cual las partes solicitan su inicio, se lleva a cabo la selección de la entidad y persona mediadora y se despliega una actividad informativa y constitutiva de la mediación. En esta fase se mantendrá una entrevista previa con cada parte por separado y el objetivo es que las partes reciban información, que el experto o entidad reciba información de las partes relacionada con el asunto y generar un clima de confianza en el proceso y en la persona del mediador (clarificando su rol y manteniendo un clima tranquilizador mediante el lenguaje verbal y no verbal).

a) **Fase de propuesta.** Con la finalidad de acudir a un método extrajudicial de resolución de los conflictos, entre ellos la mediación. En esta primera fase la labor de información por parte de la entidad o tercero es crucial, y en ocasiones, puede incluso evitar la escalada del conflicto.

b) **Fase de selección.** De la persona o entidad mediadoras.

c) **Fase de preparación.** El experto mediador deberá acondicionar un espacio adecuado para que las sesiones de mediación puedan desarrollarse de manera tranquila y dialogante. Para ello conviene cerciorarse de que el lugar y el entorno garanticen la confidencialidad de las sesiones y que el clima permita el diálogo y el entendimiento.

d) **Sesión informativa.** El mediador o la institución mediadora citará a las partes a la sesión informativa y advertirá, en su caso, de las repercusiones de una eventual inasistencia. En esta fase deberá informarse a las partes de los aspectos más relevantes del proceso que van a seguir, las características, los resultados que se persiguen, los efectos de los eventuales acuerdos, las reglas, estándares de conducta y principios que deben ser respetados por partes y mediador, el coste del proceso, los plazos temporales, etc. Al final de esta fase debe garantizarse que las partes han tenido cabal conocimiento de estos aspectos y que los aceptan.

e) **Sesión constitutiva.** Denominada también fase de aceptación. Las partes deberán decidir iniciar el proceso de mediación para que este tenga lugar. Para ello se les solicitará que firmen un acuerdo de sometimiento a mediación.

Debe tenerse presente que en lo que respecta a la forma, la Ley 5/2012, de 6 de julio de Mediación Civil y Mercantil exige la forma escrita: de la sesión constitutiva se levantará un acta que será firmada tanto por las partes como por el mediador, y en su caso declarará que la mediación se ha intentado sin efecto.

Momento de mediación propiamente dicho

Está constituida por las distintas sesiones conjuntas de mediación que se llevan a cabo siguiendo un proceso flexible pero estructurado en fases. El número de sesiones y su duración variará en función de cada caso concreto y de la materia objeto de controversia, de modo que es posible en algunos casos que en una sola sesión transcurran todas las diversas fases en las que se ha estructurado la mediación.

En este momento una de las funciones más significativas del mediador es mantener constantemente el equilibrio y poder de las partes (empoderamiento) de modo que ambas estén en condiciones de negociar con igualdad de oportunidades y haya entre ellas respeto, reconocimiento mutuo y comunicación fluida. Por regla general, pueden identificarse las siguientes fases:

a) Fase de apertura. El mediador convocará a las partes para establecer el contacto e iniciar el proceso. En la medida en que la fase de premediación haya sido desarrollada adecuadamente, este momento de apertura quedará reducido a una mera presentación para explicar el proceso y objetivos, y recordando las normas y principios que deberán regir hasta su conclusión.

b) Fase de comunicación y captura de información. A través de un diálogo abierto y distendido, con un lenguaje adecuado a la situación, temática e interlocutores, y formulando las preguntas adecuadas, el mediador captará la información relevante que permita orientar el conflicto hacia espacios de entendimiento. En esta fase del procedimiento se pide a las partes que expresen su visión del problema, sus inquietudes, sus percepciones, sus expectativas, necesidades y deseos. El mediador puede mantener sesiones conjuntas y separadas (caucus) en la medida en que este o las partes lo consideren necesario.

c) Fase de concreción e identificación del problema. O determinación de los puntos de disputa. En este momento del proceso el experto deberá estar en condiciones de confeccionar un listado de las cuestiones que resulten no conflictivas y fijar definitivamente las que generan controversia entre las partes, sobre las que no se ha logrado todavía un acuerdo. Es el momento de definición del problema. El mediador seguirá formulando preguntas a estos fines, y resumirá las preocupaciones que no han quedado resueltas en cada participante. En esta fase resulta fundamental separar los problemas de las posiciones de las partes y organizarlos en orden de importancia a partir de las necesidades e intereses de las partes.

d) Fase de negociación. Durante este estadio del proceso, son las partes las que toman el protagonismo. La tarea del experto es aquí compleja, porque deberá favorecer un clima de entendimiento, reequilibrando las posiciones de las partes para garantizar igualdad de posibilidades a la hora de hacer valer sus pretensiones, y potenciará el diálogo en torno a los aspectos sobre los que se van creando consensos. En ocasiones esta fase requiere reuniones por separado (caucus), donde los participantes en la mediación pueden oír en privado reflexiones del mediador para superar los puntos más críticos (sorteo del bloque), fijar posiciones y conocer de cada parte aquellos mínimos que estaría dispuesta a aceptar y lo máximo que concedería (mini-max). Es aquí donde recae con mayor intensidad la labor del mediador de reequilibrar el poder de las partes (empoderamiento).

e) **Fase de generación de opciones o alternativas.** Proponiendo soluciones a los aspectos todavía no solventados. En esta fase se recogerán propuestas sin prejuzgarlas.

f) **Fase de cierre o conclusión.** Es el momento de fijar los puntos de acuerdo y los compromisos asumidos por las partes, así como el de elaboración de un documento que los exprese de manera fidedigna. Para ello el mediador solicita que las partes vayan expresando las opciones que, a su juicio, podrían representar una solución para todos (creación de opciones de beneficio mutuo). Una vez fijadas deberán plasmarse en un documento que acompañará al acta final de mediación. Si las partes no alcanzan un acuerdo, o deciden dar por concluido el procedimiento sin acuerdo, o transcurre el plazo pactado, o el mediador estima que no es posible alcanzar un acuerdo porque la posición de las partes resulta irreconciliable, se dará por concluida la mediación y se hará constar la razón o causa de su finalización.

El acta final deberá reflejar los acuerdos alcanzados, que podrán recaer sobre todos o algunos de los aspectos objeto de controversia sometidos a mediación. Su redacción suele llevarse a cabo en la misma sesión final o de cierre. No obstante, cabe que las partes tras el acta final se tomen unos días para la redacción del acuerdo, que será presentado al mediador, debidamente firmado, y este procederá, asimismo, a su firma. La ley española otorga diez días para ello.

Momento de protocolización u homologación. Los acuerdos y compromisos recogidos plasmados en el documento que acompaña al acta final tendrán el valor de un contrato, de una transacción. Las partes podrán, no obstante, si así lo desean y la legislación de los Estados lo autoriza, solicitar la protocolización notarial o la homologación judicial.

En cualquier caso, una de las características que hacen de la mediación una modalidad atractiva es, precisamente, la falta de formalismo y la libertad que confiere a las partes para confeccionar un programa a la medida de su conflicto. Su carácter no formal y su flexibilidad permiten adaptar el procedimiento a las especificidades de la controversia.

4.5. La mediación aplicada

La mediación en sentido amplio, como método o mecanismo de prevención y resolución de diferencias, tiene predicamento en algunos sectores específicos de actividad y empieza a consolidarse como mecanismo interno de gestión de los conflictos en el seno de las propias organizaciones. En la actualidad obran programas de mediación consolidados en el ámbito sanitario, educativo, penal, agrario, arrendaticio, bancario, de transporte, deportivo, etc. No todas estas mediaciones cuentan sin embargo con un marco normativo regulador que las discipline.

4.5.1. La mediación en el ámbito familiar

La mediación ha demostrado ser particularmente indicada para la gestión y resolución de controversias que se generan en el contexto familiar, así como para el caso de ruptura de la convivencia de las personas unidas en matrimonio o no. A través de la mediación, las partes convienen acerca de las consecuencias económicas, patrimoniales y personales derivadas de la ruptura.

Entre las repercusiones jurídicas de una ruptura, se cuentan las decisiones acerca del ejercicio de la patria potestad y régimen de guarda y custodia de los hijos –si los hubiere– los alimentos, la vivienda familiar, las pensiones alimenticias y/o compensatorias al cónyuge o conviviente que lo necesitara, etc.

Los beneficios de la mediación son numerosos en este ámbito, porque cuidan de los aspectos relacionales, se preservan los lazos personales y el buen entendimiento entre los exconvivientes, lo que evita futuros conflictos y un tránsito pacífico cuando se requieren modificaciones en el régimen pactado.

Como señalan los expertos, la mediación está abriéndose camino paulatinamente en ámbitos familiares nuevos, como son la adopción, el acogimiento, las incapacitaciones en las liquidaciones de bienes de la comunidad, e incluso en el ámbito de las empresas familiares.

En los últimos tiempos se está favoreciendo la participación activa de los hijos en los procesos de mediación familiar, dado que facilita la comunicación, y les brinda la oportunidad de expresar también sus inquietudes.

En España han sido las distintas comunidades autónomas las que han articulado leyes de mediación dirigidas al ámbito familiar.

Merece la pena destacar también algunas iniciativas autonómicas que han acogido la mediación como mecanismo de prevención y resolución de controversias en el ámbito de los menores –infancia y adolescencia– y para el tratamiento de la violencia de género.

4.5.2. La mediación empresarial

La mediación empresarial es la que se desarrolla para gestionar conflictos entre empresas y entre estas y sus clientes, proveedores, suministradores, etc. Quedan excluidos de su ámbito la gestión y resolución de conflictos entre las empresas y los consumidores, porque a los mismos se les aplican reglas y principios particulares que tienen por objetivo reequilibrar las posiciones y garantizar los derechos de los consumidores y usuarios.

Uno de los aspectos más cuidados en la mediación empresarial es la confidencialidad, porque el atractivo de la mediación frente a la vía judicial es, precisamente, la oportunidad que brinda a las partes de evitar que la controversia o

conflicto sea conocido por el público en general, lo que ocasionaría problemas de imagen en empresas y marcas de cierta implantación o posicionamiento en el mercado.

4.5.3. La mediación ciudadana y comunitaria

A diferencia de la mediación ciudadana, que es la que se desenvuelve para la resolución de controversias en los espacios privados, la mediación comunitaria tiene como objeto la resolución de problemas en los espacios públicos. Los mediadores comunitarios tienen atribuidos tradicionalmente ambos cometidos y, en ambos casos, tratan conflictos de los ciudadanos y de las comunidades en un entorno y ámbito local.

Un elemento que caracteriza la mediación en el conflicto comunitario es la defensa de intereses colectivos, de grupos. Las cuestiones que habitualmente se resuelven mediante este mecanismo son conflictos interpersonales de amistad o convivencia, los problemas de vecindad o comunidad vecinales, los derivados de alguna actividad económica desarrollada en el municipio, los relacionados con el espacio público, los asociativos, los derivados de compartir un espacio común, los ámbitos profesionales, las relaciones asociativas, colegiales o, incluso, en el ámbito de la pequeña empresa.

Otro de los rasgos que caracteriza a las mediaciones en el ámbito comunitario es que el conflicto suele ser multiparte, y en cada parte puede confluir una pluralidad de personas. Puede incluso suceder que alguna de las partes sea un colectivo difuso, con difícil determinación de los sujetos que lo conforman, de modo que la identificación de los distintos interlocutores deviene en ocasiones una tarea compleja.

Los servicios de mediación ciudadana y comunitaria suelen ser ofrecidos por las propias entidades locales, de modo que el mediador es un experto contratado por la propia administración local.

4.5.4. Programas de justicia restaurativa y procesos restaurativos

Programas de justicia restaurativa

Se entiende por “programa de justicia restaurativa” toda planificación que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos.

Los programas de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, con sujeción a la legislación nacional. Su funcionamiento depende en esencia de la actividad de los Estados al considerar el establecimiento de directrices y normas que regulen el uso de programas de justicia restaurativa. Directrices que deben abordar, entre otras cosas:

Ved también

La Declaración de principios básicos de uso de programas de justicia restaurativa del ECOSOC, 2002.

- 1) Las condiciones para el envío de casos a los programas de justicia restaurativa.
- 2) La tramitación de los casos después de un proceso restaurativo.
- 3) Las calificaciones, capacitación y evaluación de los facilitadores.
- 4) La administración de los programas de justicia restaurativa.
- 5) Las normas de competencia y las reglas de conducta que rigen la operación de los programas de justicia restaurativa.

Resulta oportuno que estas directrices vayan acompañadas de estrategias de los Estados para la promoción de su uso y para impulsar la investigación y la evaluación de los programas, y para estimular la discusión y el intercambio de experiencias en materia de justicia restaurativa.

Proceso restaurativo

El “proceso restaurativo” constituye una parte esencial de todo programa de justicia restaurativa. Se entiende como todo proceso en que la víctima, el infractor y, en su caso, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se pueden incluir la mediación, la conciliación, las conferencias y los círculos de sentencia.

Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay suficientes pruebas para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente. La víctima y el delincuente deben ser capaces de retirar dicho consentimiento en cualquier momento durante el proceso.

Si partimos de la concepción más generalmente aceptada, según la cual la justicia restaurativa es cualquier proceso en el que la víctima, ofensor y otros individuos o comunidades afectadas participan activamente y de modo conjunto en la resolución de las cuestiones derivadas del delito con la ayuda de un tercero, se desprende de ello que la forma de abordar el conflicto es a través de un proceso abierto, participativo, cooperativo y flexible.

En el ámbito de la justicia penal restaurativa, la dimensión de los objetivos y el alcance de los acuerdos además condicionan la estructura, porque el proceso restitutivo persigue habitualmente, no solo “la pacificación del conflicto” y la satisfacción de los intereses de las partes sino también, y muy particularmente:

- La reparación material y emocional o psíquica de la víctima. Debe cubrir las necesidades de las víctimas en todos los planos o dimensiones afectadas.

Ved también

La Declaración de principios básicos de uso de programas de justicia restaurativa del ECOSOC, 2002.

- La reinserción del agresor. El proceso debe perseguir con ello prevenir la reincidencia del ofensor mediante la participación de estos en la comunidad.
- El fortalecimiento de los vínculos de este con la comunidad. La asunción de responsabilidad por parte de los agresores es un medio. Asimismo, debe facilitar el proceso una comunidad de trabajo para que el ofensor se rehabilite.
- La reconciliación entre víctima y ofensor. Que el ofensor, mediante la asunción de responsabilidad y arrepentimiento, obtenga el perdón de la víctima favorece a ambos.
- Evitar la revictimización.
- Evitar los prejuicios derivados del proceso penal. Facilitar medios para evitar la judicialización y con ello, los costes y retrasos asociados.

Así lo recogen numerosas legislaciones, ved por ejemplo, Ley Argentina 13.433/2005, de Establecimiento del Régimen de Mediación Penal o Ley Portuguesa 21/2007, de Mediación Penal. Esta última expresa que el facilitador promoverá el acercamiento entre acusado y víctima y apoyará el intento de encontrar un acuerdo que permita la reparación de los daños.

Siguiendo los principios que describió Marshall en el año 1995, podemos describir los cuatro ejes sobre los que pivota un adecuado proceso restaurativo penal:

- 1) Creación de espacios para la implicación de las partes y personas afectadas (víctima, ofensor, comunidad...).
- 2) Visión del conflicto en su contexto social.
- 3) Actitud y visión preventiva y prospectiva orientada a la resolución
- 4) Flexibilidad en todo el procedimiento.

El proceso y los expertos intervinientes deben poner el foco de atención en el futuro, no en el pasado. Y deben conferir un papel central al objetivo de reparación del daño causado, de modo que haga justicia a la víctima del delito.

5. La tecnología aplicada a los procesos: los ODR

Los mecanismos extrajudiciales son manifestaciones explícitas de un cambio en la forma de entender la gestión de las controversias en una sociedad que demanda formas efectivas y aprovecha las ventajas de las nuevas tecnologías. Dan oportuna respuesta al dinamismo y complejidad de la realidad actual, en un contexto de múltiples interacciones sociales, económicas y culturales de carácter transnacional.

Los ADR/ODR comparten numerosas características: rapidez, eficiencia, bajo coste y deslocalización, que se suman a la deseada privacidad y la mayor posibilidad de fiscalizar la actividad desarrollada por los expertos. El aspecto diferencial de los ODR respecto del resto de modalidades es, sin duda, el entorno en el cual se desenvuelven: el ciberespacio y la web. Las modalidades que se desarrollan íntegramente en un entorno electrónico manifiestan ciertas particularidades que favorecen y fortalecen la confidencialidad, el secreto, la seguridad y la comunicación, de modo que, a los tradicionales beneficios que reportan las modalidades extrajudiciales de resolución de conflictos, hay características de los métodos ODR que los hacen particularmente atractivos frente a otras formas de resolución de conflictos.

1) Rapidez

Partes y expertos pueden entrar en contacto y abordar el conflicto de manera inmediata. La práctica atestigua que la reducción de tiempo en estos procesos es notable en una comparativa con los procedimientos judiciales.

2) Eficiencia

Se manifiesta en varios órdenes. En la fase aplicativa los asuntos vienen tratados por órganos especializados y las nuevas tecnologías permiten acudir a instrumentos novedosos que facilitan la comunicación, la prueba y la reconstrucción de los hechos (proyecciones tridimensionales, fotografías y datos captados al momento vía satélite, acceso a múltiples fuentes de información por vía telemática: bases de datos, traductores simultáneos, etc.). En la fase ejecutiva la experiencia muestra que, por lo que hace a los métodos autocompositivos, los acuerdos suelen ser respetados por las partes en un porcentaje muy elevado. En el plano de la eficacia, asimismo, los laudos recaídos en sede de arbitraje son reconocidos en la mayor parte de las legislaciones que adquieren fuerza ejecutiva. En el ámbito de la mediación, además, algunos ordenamientos jurídicos prevén que los acuerdos de mediación adquieran efectos ejecutivos, y expresan las circunstancias que tienen que concurrir en la toma de acuerdos para que adquieran tan relevante efecto.

3) Bajo coste

Son métodos que prescinden de costosos traslados, tanto de las partes como de la documentación. La comunicación entre las partes y entre estas y el tribunal puede llevarse a cabo por medios telemáticos. Muchos de ellos se administran gratuitamente a ciertos colectivos (*v. gr.*, consumidores) y no requieren la intervención de terceras personas que representen a las partes, lo que reduce significativamente los costes.

4) Deslocalización

Libres de las reglas de jurisdicción y competencia territorial y objetiva en sede aplicativa, los métodos ODR pueden desarrollarse a través de expertos imparciales de muy diversas disciplinas y resolverse en derecho o en equidad desde cualquier parte del mundo. Los sistemas electrónicos permiten, a mayor abundamiento, que el desarrollo de los procesos sea llevado a cabo sin necesidad de contar con una sede física.

Los ODR, a mayor abundamiento, gozan de características únicas que las distinguen (Kaths & Rifkin, 2001):

- a) Los litigantes no tienen necesidad de coincidir ni de verse cara a cara.
- b) La solución de las controversias puede darse en cualquier momento, sin importar la distancia geográfica.
- c) La posibilidad de comunicación asíncrona ayuda a las partes involucradas a reflexionar sobre sus mejores alternativas para un acuerdo negociado (*best alternatives to a negotiated agreement, batna*).
- d) Evita la natural tendencia a sobredimensionar las expectativas; y (v) aumenta las concesiones mutuas y frena la escalada del conflicto.
- e) Los métodos de resolución extrajudicial, a diferencia de los procesos judiciales, maximizan los intereses de las partes y alcanzan por lo general resultados que resultan satisfactorios para ambas. Fundamentados muchos de ellos en la teoría de juegos (*Game Theory*, Neumann y Morgenstern, 1947) aprovechan la estrategia de los intereses que halla su antecedente más remoto en el principio de utilidad de Bentham (1789). Los sistemas en línea propenden a integrar tecnología que, desarrollada a partir de la señalada teoría de juegos y del análisis de la negociación, integra resultados estadísticos y encuestas actualizadas sobre el comportamiento humano. Procuran de este modo la optimización de los intereses de las partes y participan en la construcción de soluciones dentro de la denominada zona ZOPA (*Zone of Possible Agreements*, Lewicki y otros, 1999).

f) El diseño de los procesos contempla frecuentemente sistemas internos de control de la calidad de procesos y resultados, garantizando el respeto a la equidad, una cuestión clave en relaciones que adolecen de cierto desequilibrio.

g) Otro aspecto que distingue a las modalidades en línea es su extraordinaria capacidad para extender sus funcionalidades a nivel de prevención, a través de la información, con el fin de evitar el conflicto. Ofrecen la posibilidad de evaluar, reflexionar acerca de sus pretensiones y, en consecuencia, evitar que una controversia (*contro-versus*) devenga conflicto (*cum-fligere*).

h) Dado que hacen uso recurrente de tecnología, su utilización debe garantizar la igualdad tecnológica de las partes, de modo que ambas dispongan de las mismas oportunidades logísticas para participar activamente y en las mismas condiciones tecnológicas en cualquier proceso de resolución en línea.

i) La carencia de “presencialidad” se sustituye en algunos casos con la obligación legal de que los servicios en línea dirigidos a los usuarios dispongan de departamentos o servicios especializados de atención al cliente, con el objeto de que aquellos puedan dirigirse a estos para resolver quejas y reclamaciones.

j) Permiten el acceso a mayor y mejor información. La información facilita que la posición de las partes sea más flexible y las predispone a escuchar, a cambiar de opinión si es necesario, puesto que permite comparar resultados y alternativas, y situar a las partes en una mejor posición a la hora de buscar y proponer soluciones.

k) La forma escrita se satisface mediante comunicación electrónica si la información que se consigna es accesible para su ulterior consulta. El documento telemático es reconocido internacionalmente desde el año 1996 a través de la Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y, posteriormente, en el año 2005, a través de la Convención de la CNUDMI sobre utilización de las comunicaciones electrónicas.

l) Se dotan a menudo de tecnología que permite “captar” información sensible –sentimientos, emociones, estados de ánimo y otros aspectos relevantes en la comunicación interpersonal (sistemas visuales, de videoconferencia y multimedia, que consienten captar el lenguaje gestual).

Cuando los procesos restaurativos no sean un recurso apropiado o posible, el caso debe ser remitido a las autoridades penales y la medida debe ser tomada sin demora. En tales casos, los funcionarios judiciales se esforzarán por alentar al delincuente a asumir la responsabilidad en relación con la víctima y la comunidad afectada y apoyar la reintegración de la víctima y el delincuente en la comunidad.

Ved también

La Declaración de Principios Básicos de Uso de Programas de Justicia Restaurativa del ECOSOC, 2002.

5.1. Los sujetos intervinientes en un proceso restaurativo

5.1.1. Las partes en conflicto

Por “partes” se entiende la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito que puede estar implicado en un proceso restaurativo.

Las partes en conflicto pueden ser tanto personas físicas –que podrán participar por ellas mismas o a través de representantes– como jurídicas.

Puede haber, asimismo, dos o más partes, sin que ello constituya un obstáculo. Las partes deben actuar de acuerdo a las reglas de la buena fe, con debido respeto de contrapartes y expertos, y deben procurar colaborar en las diversas actuaciones de los procesos.

En el ámbito de la justicia restaurativa penal, una clasificación tradicional que efectúa Tamarit es la que organiza a los sujetos entre partes interesadas primarias y secundarias.

1) Partes interesadas primarias

Las partes interesadas primarias son aquellas que provocan o padecen los daños de manera directa. La conforman por un lado las víctimas, por otro, los infractores, y por último, la comunidad de apoyo.

2) Partes interesadas secundarias

Constituyen partes interesadas secundarias aquellos sujetos o colectivos que sufren los daños indirectamente, o de manera impersonal. Lo serían aquellos grupos de personas que tienen necesidades colectivas o inespecíficas.

5.1.2. El experto o facilitador

Es el profesional o tercero que interviene en el proceso, bien facilitando y auxiliando en la comunicación, bien valorando, evaluando o proponiendo. Este tercero debe llevar a cabo su actividad de manera independiente, transparente, confidencial, competente y eficiente e imparcial.

En efecto, los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial, con el debido respeto a la dignidad de las partes.

Ved también

La Declaración de principios básicos de uso de programas de justicia restaurativa del ECOSOC, 2002.

Ejemplo

La comunidad de apoyo la integra, por ejemplo, los cuerpos policiales intervinientes.

Ejemplo

Los vecinos, los grupos sociales, los grupos religiosos afectados, etc.

Los facilitadores deben, asimismo, asegurarse de que las partes actúan con mutuo respeto y que favorecen un clima de entendimiento para que estas puedan encontrar una solución adecuada por sí mismas.

Como hemos visto, los métodos de solución de controversias en línea se valen de las técnicas y estrategias propias de los mecanismos extrajudiciales que se desarrollan presencialmente, pero incorporan tecnología para su implementación. El entorno virtual afecta de manera significativa a la actividad de las partes y de los expertos. Estos deben familiarizarse con las herramientas electrónicas y hacerlas comprensibles y útiles a las partes. A su vez, deben adquirir competencia, conocimientos y habilidades acerca de la especialidad que representan los ODR y que se deriva de la aplicación de las TIC a los procesos de resolución.

Los facilitadores deben poseer un buen conocimiento de las culturas locales y las comunidades y, cuando proceda, recibirán capacitación inicial antes de la entrada en funciones de facilitación.

Asimismo, los expertos deben, entre otros cometidos, generar confianza entre las partes, arropar la crisis (facilitando la comunicación a través de la escucha activa y la asertividad y la contención de la crisis), intercambiar información y generar alternativas (efectuar cambios de narrativa, reconceptualizando o reformulando el problema) y ayudar, finalmente, a que las partes alcancen acuerdos y estos se materialicen.

Pues bien, en un entorno virtual, la generación de confianza se logra incorporando al proceso ciertos estándares de conducta:

1) El experto debe incorporar a sus habilidades un buen dominio de la comunicación asíncrona. Aun cuando la tecnología permite la comunicación síncrona –piénsese en las videoconferencias– lo cierto es que la mayor parte del proceso se efectúa habitualmente mediante mecanismos asíncronos, que aportan flexibilidad a los procesos que involucran a sujetos que frecuentemente se hallan en lugares y momentos distintos.

2) Dominio del lenguaje, de los registros lingüísticos y de la comunicación escrita. El lenguaje no verbal queda en un segundo plano con la tecnología actual, porque es difícilmente reproducible en el entorno virtual un encuentro presencial, aun cuando este se concierte de manera síncrona. De ahí que los expertos en métodos en línea deban redoblar sus esfuerzos en mantener un tono ligeramente formal en sus comunicaciones –un exceso de informalidad puede dar lugar a interpretaciones desviadas– y equilibrado, de modo que se genere la percepción en las partes de que el experto no toma partido y rinde a las partes las mismas oportunidades de ser escuchadas.

Ved también

La Declaración de principios básicos de uso de programas de justicia restaurativa del ECOSOC, 2002.

Ved también

La Declaración de principios básicos de uso de programas de justicia restaurativa del ECOSOC, 2002.

3) Otro aspecto que debe observarse, íntimamente vinculado con el anterior, es el relativo al número e intensidad de las comunicaciones establecidas con una de las partes. El experto velará en este entorno para que esta circunstancia no sea interpretada por la otra parte como una manifestación de inclinación en favor de la otra. Para contrarrestar este efecto, el experto deberá mantener una comunicación continuada con la otra parte para darle a conocer las razones y que esta no se sienta al margen del proceso.

4) El entorno electrónico genera, a mayor abundamiento, la impresión de que la comunicación es instantánea y de que las partes reciben automáticamente aquello que se les comunica. Ello, a su vez, genera la expectativa de poder emitir y recibir con la misma rapidez una respuesta o *feedback*. En consecuencia, el experto debe velar porque la comunicación sea fluida, continuada, efectuada con rapidez –aunque el mensaje no resuelva la cuestión planteada– evitando las demoras innecesarias que generan ansiedad a las partes en disputa, porque el silencio en el entorno en línea se interpreta habitualmente de manera muy negativa.

5) Otra diferencia derivada de lo anterior es el hecho de que las comunicaciones deben ser por lo general breves, concisas y claras. El lenguaje ambiguo o poco claro puede ser fuente de mayores desencuentros porque el lenguaje no verbal no acompaña para desvanecer dudas acerca de las intenciones del interlocutor.

6) La actividad del experto relativa a la escucha activa debe ser particularmente incisiva en los mecanismos electrónicos para transmitir a las partes de que, efectivamente, se es consciente y se conocen las emociones y sentimientos que ha generado una determinada situación descrita y para garantizarse una adecuada comprensión de lo transmitido. Ello se puede lograr transcribiéndolas por escrito en un lenguaje conciliador y que contribuya a generar una narrativa constructiva.

7) Relacionado con lo anterior, el dominio por parte del experto de los distintos entornos electrónicos permite el desarrollo ágil de caucus entre estos y cada uno de los litigantes. Los chats permiten mantener conversaciones simultáneas y confidenciales entre expertos y partes. La administración de estos espacios y de los tiempos es una habilidad específica de la que dependerá, en gran medida, el éxito de los procesos, de ahí la importancia de su aprendizaje.

8) Otro aspecto sustancial en el entorno electrónico es el relativo a la información porque de él depende no solo la transparencia, sino su percepción, esencial para generar confianza entre las partes. Habida cuenta de que las partes no tienen oportunidad de “ver” al experto y conocerlo personalmente, resulta del todo esencial en este entorno facilitar la transparencia. Esta se traducirá en la máxima información acerca de la persona del experto y de la institución que administra el proceso, con indicación de si existen o pueden existir con-

flictos de interés entre estos y las partes, así como información acerca de la financiación del sistema y del experto, tasas en su caso, y estadísticas fiables sobre los procesos resueltos y su índice de éxito.

9) La confidencialidad en los procesos en línea debe ser escrupulosamente respetada, de modo que el envío de comunicaciones, información y documentación por medios electrónicos se efectúe en un entorno absolutamente reservado.

10) Los conocimientos tecnológicos y el diferente nivel de acceso a la tecnología para las partes pueden constituir serios obstáculos a un desarrollo adecuado del proceso, motivo por el cual el experto debe velar por que las partes gocen de las mismas oportunidades de acceso para su participación y, en su caso, contribuir a facilitar los medios necesarios que permitan superar las eventuales diferencias. El experto administrará el procedimiento de modo que el uso de diferentes tecnologías no sea un obstáculo para el desarrollo de una actividad imparcial, independiente y neutral.

11) El experto debe proporcionar un proceso intuitivo, sencillo para las partes. Este aspecto depende en gran medida también del proveedor de los servicios y de la institución o entidad que administra el sistema. Los gráficos y los signos iconográficos suelen ser un buen aliado en la actividad.

12) La especialización del experto y de la plataforma para cada sector de la actividad es particularmente importante dado que incrementa la eficiencia del sistema y contribuye a facilitar soluciones más adecuadas a las necesidades de las partes.

13) Un buen dominio en el acceso y en la gestión de la información en línea es otro aspecto que distingue a los expertos en los procesos electrónicos. En estos, los expertos tienen acceso a una mayor información, que pueden incorporar de manera inmediata en el procedimiento, de modo que se ponen a disposición de las partes elementos que les permiten verificar y valorar por ellas mismas sus posibilidades.

Hemos apuntado hasta ahora las particularidades que imprime la tecnología en la actividad tradicional de los expertos. Sin embargo, debe destacarse que la tecnología ha permitido además el desarrollo de aplicaciones nuevas que no hallan correlación en el ámbito offline. Como ha sido expresado en epígrafes anteriores, no existe una total correspondencia entre RAL y ODR, principalmente porque las ODR tienen un ámbito de aplicación mayor, al aprovechar el entorno que ofrece Internet. Las TIC facilitan la gestión del conflicto y favorecen la generación de nuevas formas de gestión y estrategias de resolución de controversias que no encuentran correspondencia en los ADR. Una de las manifestaciones más sobresalientes es la consistente en la negociación

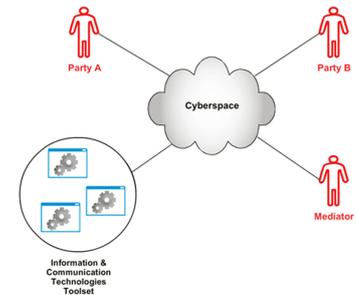
automática, también denominada negociación a ciegas (*blind bid negotiation*). En estos procesos no hay intervención humana y las partes asistidas de tecnología sofisticada intentan por ellas mismas alcanzar un acuerdo.

5.1.3. Las instituciones y organizaciones proveedoras de servicios

Son entidades que facilitan servicios de negociación, mediación, conciliación, arbitraje o adjudicación y controlan su correcta administración. Estas entidades proceden habitualmente a la designación de los expertos y facilitan a las partes información acerca de la identidad y formación de estos. Otro cometido de estas instituciones es velar porque los expertos sean competentes y sigan en su actuación los códigos de conducta a los que se han quedado obligados, y los principios rectores del proceso habitualmente institucionalizado a través de reglamentos.

5.1.4. La “cuarta parte”: la tecnología

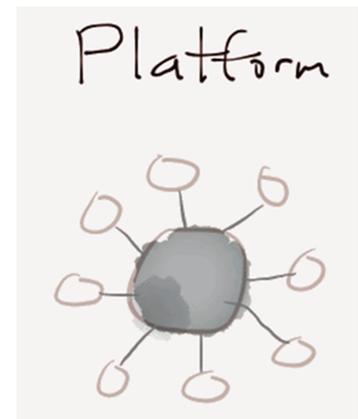
Otro rasgo distintivo de las modalidades en línea lo constituye la existencia de nuevos agentes que intervienen en el proceso. Desde esta perspectiva, cabe recordar que, al margen de las partes en conflicto y del tercero experto, la tecnología aplicada y los proveedores de plataformas en línea juegan un papel tan relevante que los académicos han llegado a atribuirles el tratamiento de “cuarta parte” (Kaths & Rifkin, 2001) y “quinta parte” (Lodder & Zelevnikow, 2010) respectivamente.



5.1.5. Las plataformas proveedoras de tecnología

Las plataformas tecnológicas son los sistemas informáticos para la generación, el envío, la recepción, el archivo, el intercambio o procesamiento de comunicaciones electrónicas en los procesos en línea. No debe ser confundido con el proveedor de servicios ODR, que es la entidad proveedora de servicios de negociación, mediación, conciliación, arbitraje o cualquier otra modalidad convencional y extrajudicial para la solución de controversias por vía informática.

El proveedor de servicios en línea se encarga de administrar las actuaciones y proporciona a las partes una plataforma tecnológica apta para resolver las controversias, cuya titularidad puede ser de un tercero.



5.2. El resultado de los procesos restaurativos

Se entiende por “resultado restaurativo” un acuerdo alcanzado como resultado de un proceso restaurativo. Los resultados restaurativos pueden incluir respuestas y programas como el servicio de reparación, la restitución a la comunidad, orientado a satisfacer las necesidades individuales y colectivas, así como responsabilidades de las partes para lograr en última instancia la reintegración de la víctima y el delincuente.

Ved también

La Declaración de principios básicos de uso de programas de justicia restaurativa del ECOSOC, 2002.

Del mismo modo, como hemos visto, los acuerdos deben ser voluntarios y contener solo obligaciones razonables y proporcionadas. La víctima y el delincuente normalmente deben estar de acuerdo en los hechos básicos del caso, como base para su participación en un proceso restaurativo.

En ningún caso la participación del delincuente podrá ser utilizada como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.

Al margen de las bondades que representa la reparación emocional o psíquica de la víctima, la reinserción del agresor, el fortalecimiento de los vínculos de este con la comunidad, la reconciliación entre las partes, y la evitación de la revictimación y de los prejuicios derivados del proceso penal, lo cierto es que los procesos deben velar también por la reparación material y económica de la víctima.

En el ámbito internacional se constata cierta reticencia y escepticismo al uso de medios de resolución extrajudicial autocompositivos por la cuestionada eficiencia, dado que los terceros expertos emiten por lo general recomendaciones no vinculantes para resolver diferencias que las partes no han podido resolver por sí mismas. De ahí que, por ejemplo, las Directrices de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) propone que en mediación internacional, los descargos que se fundamenten en un acuerdo de mediación adquieran el mismo estatus que las decisiones judiciales si son tomados por personal oficial judicial, y que tal decisión deberá precluir la persecución de los mismos hechos por parte de otro Estado miembro.

En materia penal a mayor abundamiento, los resultados deben ser supervisados judicialmente. La Resolución de las Naciones Unidas 2002/02, de 24 de julio, de *Principios básicos para la aplicación de programas de justicia retributiva en materia penal* prevé que los resultados de los acuerdos dimanantes de programas de justicia retributiva deban ser supervisados judicialmente o incorporados a decisiones o sentencias judiciales. Ahora bien, cuando así ocurre, tales resultados gozan de la misma consideración que una sentencia judicial, impidiendo que el asunto vuelva a ser enjuiciado.

Los Estados, por lo general, disciplinan la mediación de modo que se garantice que el inicio de una mediación no impide iniciar posteriormente un procedimiento civil. Para ello se dispone que el inicio de cualquier proceso de mediación provoque la suspensión de todos los plazos de caducidad o prescripción de derechos y acciones.

Por otro lado, la participación en un proceso de mediación que no finalice en acuerdo no impedirá a las partes acudir a otros medios de resolución extrajudiciales o judiciales.

Ved también

La Declaración de principios básicos de uso de programas de justicia restaurativa del ECOSOC, 2002.

Ved también

La Recomendación (99) 19- de 7 de diciembre de 2007.

Los acuerdos de mediación que gozan del mismo tratamiento que las decisiones judiciales impiden que pueda con posterioridad enjuiciarse los mismos hechos.

Por razón de la materia que ha sido objeto de mediación, los acuerdos que alcanzan las partes en sede de un proceso restaurativo penal deben ser supervisados judicialmente o incorporados a decisiones o sentencias judiciales. Cuando eso ocurre, los resultados tienen la misma categoría que cualquier otra decisión judicial o juicio y debe obstar para su enjuiciamiento en relación con los mismo hechos.

En caso de no llegarse a un acuerdo entre las partes, el conflicto deberá devolverse en el proceso de justicia penal ordinario y debe ser adoptada sin demora una decisión en cuanto a la forma de proceder. Si no se llegara a un acuerdo por sí solo, las actuaciones no podrán ser utilizadas en ulteriores procesos penales.

El incumplimiento de un acuerdo concertado en el curso de un proceso restaurativo deberá someterse al programa restaurativo o, cuando así lo exija la legislación nacional, a la justicia penal establecida. La decisión sobre la forma de proceder debe ser administrada sin demora.

El incumplimiento de un acuerdo, distinto de una decisión judicial o de juicio, no debe utilizarse como justificación para una sentencia más severa en ulteriores procedimientos de justicia penal.

Los procesos electrónicos

En el entorno electrónico, además, el tránsito paulatino de la forma escrita al multimedia (audio, vídeo, otros) y de la comunicación transaccional a la relacional hace que las habilidades relacionales y de comunicación electrónica se tornen esenciales para el experto que maneja el conflicto. El lenguaje debe también adaptarse al entorno electrónico.

En este entorno se modifican los escenarios, dado que buena parte de la actividad es en línea. Para actuar, debe adecuarse la actividad a la estructura y proceder a una suerte de “migración” de todos los factores al nuevo entorno. Al cambiar el espacio de relación, cambian también las relaciones mismas y la manera de comunicarse. El experto debe adquirir, en consecuencia, nuevas competencias tecnológicas relacionales y lingüísticas.

Ved también

La Declaración de principios básicos de uso de programas de justicia restaurativa del ECOSOC, 2002.

Actividades

Casos prácticos

1. En un conflicto entre 2 vecinos, referente a la negativa de uno de ellos a disminuir el volumen de la música a partir de una determinada hora de la noche, señalad algunas preguntas que han de hacerse uno a otro:

- Señalad preguntas abiertas entre ellos.
- Indicad qué preguntas cerradas pueden hacerse entre ellos.
- Mencionad qué preguntas explicativas pueden hacerse uno a otro.

2. En la discusión acerca del valor de una reparación e indemnización de daños personales, probad que se ofrece la misma cantidad por la que se indemniza en los accidentes de tráfico. ¿Hay que fijar un punto de referencia ajeno a las demandas de las partes y, en principio, objetivo?

3. Con qué argumentos podríais tratar de convencer a dos jóvenes que discuten acerca de los derechos en el uso de un determinado espacio comunitario para que intenten resolver sus diferencias a través de la mediación, en lugar de discutir y agredirse cada vez que entran en conflicto.

4. Como se sabe, ha sido publicada recientemente en España la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. En su texto se consagran los principios informadores de la mediación. Reflexionad sobre esta cuestión tan importante e identificad algunos de los principios informadores de la mediación.

5. Entrad a la web del Parlamento Europeo y buscad la "Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de marzo del 2013, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo". (Directiva sobre RAL en materia de consumo). Este texto pretende regular los RAL (ADR) dirigidos a conflictos de consumo. Leed atentamente el texto aprobado y responded razonadamente qué ADR pueden ser considerados incluidos y por qué.

Ejercicios de autoevaluación

1. La diferencia fundamental entre la mediación y otros procedimientos de resolución alternativa de conflictos es que...

- a) ha de intervenir una tercera persona entre las partes.
- b) la intervención de una tercera persona es nula.
- c) la negociación acaba con la formalización de un documento denominado "laudo".
- d) la negociación es una fase obligatoria antes de iniciar un procedimiento de mediación.

2. ¿Cómo reaccionamos en una mediación donde la táctica usada por una de las partes sea mentir y engañar?

- a) Verificar declaraciones sobre los hechos.
- b) Irnos.
- c) Discutir.
- d) Ninguna es válida.

3. Las modalidades extrajudiciales de resolución...

- a) constituyen una novedad en los sistemas de administración de justicia.
- b) no son considerables en un sistema de administración de justicia tradicional.
- c) existían ya en las primeras sociedades humanas organizadas.
- d) Ninguna de las respuestas anteriores es correcta.

4. Las modalidades extrajudiciales de resolución...

- a) son alternativas y no complementarias a la jurisdicción.
- b) son complementarias y alternativas de la jurisdicción.
- c) son independientes de la jurisdicción y no interoperan con ella.

5. ¿Cuál es el alcance de la confidencialidad en el procedimiento de mediación?

- a) No impide que la documentación procedente de la mediación pueda ser aportada a un ulterior proceso jurisdiccional.
- b) Puede ser dispensada cuando las partes así lo manifiesten de forma expresa.
- c) Es una obligación de carácter indisponible para las partes.

6. La autonomía de la voluntad...

- a) es un principio rector de los mecanismos extrajudiciales autocompositivos, no de heterocomposición de las controversias.
- b) es el poder que los ordenamientos jurídicos reconocen a las personas para ejercitar sus facultades de disposición, uso y goce de sus derechos.
- c) no tiene relación alguna con la libre disposición sobre la materia.

7. Los principios de toda mediación son...

- a) veracidad, imparcialidad y voluntariedad.
- b) confianza, imparcialidad, obligatoriedad.
- c) confidencialidad, imparcialidad, voluntariedad y neutralidad.
- d) imparcialidad, sinceridad, conflictividad.

8. El mediador en el conflicto...

- a) debe facilitar la comunicación y lograr el acercamiento entre las partes.
- b) debe velar porque las partes dispongan de información y asesoramiento suficientes.
- c) puede efectuar una recomendación que las partes acepten para cerrar el conflicto.

9. La justicia civil y la justicia restaurativa...

- a) no tienen nada en común.
- b) comparten el hecho que ambas son alternativas complementarias a la jurisdicción.
- c) se rigen por los mismos principios y estos tienen el mismo alcance.
- d) comparten algunos principios y ambas se desarrollan en la jurisdicción de los tribunales.

10. La conciliación...

- a) es una modalidad autocompositiva y evaluativa.
- b) es una modalidad autocompositiva y facilitativa.
- c) es una modalidad mixta, autocompositiva y evaluativa.
- d) Ninguna de las respuestas anteriores es correcta.

11. Las modalidades mixtas de resolución alternativa de conflictos...

- a) son híbridas.
- b) aglutinan modalidades distintas sin perder su individualidad.
- c) aglutinan modalidades distintas configurando una nueva modalidad.

12. El principio de libertad y autonomía de la voluntad para participar en un procedimiento extrajudicial...

- a) no tiene límites, prima la voluntad de las partes.
- b) exige que se respeten ciertos límites impuestos por la ley.
- c) permite que el resultado adquiera la eficacia propia de una sentencia entre las partes.

13. El principio de equidad en los procedimientos extrajudiciales de resolución...

- a) persigue la igualdad procesal de las partes.
- b) persigue la igualdad material de las partes involucradas.
- c) persigue garantizar las mismas oportunidades para hacer valer sus derechos y que ambos se hallen en igualdad de condiciones.
- d) impide que los expertos pretendan gestionar el poder de las partes.

14. El principio de transparencia...

- a) se halla íntimamente vinculado con el principio de información e independencia.
- b) resulta incompatible con el principio de confidencialidad.
- c) no alcanza en ningún caso a los datos personales aún incluso cuando puedan afectar a la independencia.
- d) no guarda relación con la confianza.

15. El principio de audiencia...

- a) impide que determinados procedimientos puedan llevarse a cabo en línea.
- b) no impide que los procedimientos puedan llevarse a cabo en línea.
- c) implica que las partes deban ser escuchadas en persona.

16. El principio de eficiencia...

- a) es sinónimo de eficacia.
- b) conlleva que los procesos sean económicos aunque no siempre sencillos ni garantistas.
- c) conlleva que los procesos sean rápidos, sencillos y en todo caso gratuitos para la parte más vulnerable.
- d) procura que las controversias sean resueltas de manera rápida, económica y buscando la plena satisfacción de los intereses de las partes en términos de eficacia.

17. El desarrollo de las sesiones de mediación...

- a) no puede realizarse por medios electrónicos dado el carácter personalísimo del procedimiento.
- b) puede realizarse por medios electrónicos.
- c) debe realizarse siempre por medios electrónicos cuando la mediación consista en reclamación de cantidad que no exceda los 1.600 €.

18. La mediación termina sin acuerdo...

- a) cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables.
- b) cuando haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento.
- c) cuando las partes no se ponen de acuerdo en su elevación a público.

19. Las partes interesadas secundarias en un conflicto...

- a) no son partes en una mediación.
- b) son sujetos que no pueden intervenir directamente en un procedimiento de mediación.
- c) son aquellos sujetos que padecen daños indirectamente, o de manera impersonal.

20. Cuando la mediación se efectúa en línea...

- a) la tecnología no afecta a la actividad del experto.
- b) la actividad del experto se ve modalizada y afecta al lenguaje utilizado.
- c) la tecnología solventa los problemas de gestión de la información y de control de la independencia, de modo que el experto no se ve afectado por dichos principios.
- d) el lenguaje utilizado en las comunicaciones entre las partes y el experto deja de constituir un problema.

Solucionario

Casos prácticos

1.

Preguntas abiertas: Qué, cómo, cuándo, dónde, quien, por qué

Preguntas cerradas: Responde a preguntas en las que la respuesta se encamina hacia el sí o el no

Preguntas explicativas: Cuando la intención es conocer las causas o antecedentes de un aspecto. Ejemplo: ¿Por qué...?.

2. Sí, por constituir un criterio externo de legitimidad y contribuir a resolver las diferencias entre las partes con un criterio de justicia y equidad. Son útiles pues permiten encontrar opciones válidas para las dos partes.

3. Estas modalidades se fundamentan en el consenso, lo que les permite confeccionar una solución a medida de sus necesidades. De modo que podrán ver reflejadas en el acuerdo sus propias expectativas. Los compromisos que adquieran para su consecución serán en general respetados y no requerirán en el mayor de los casos el auxilio judicial. Conseguirán conservar los vínculos personales y de vecindad. Y estos mecanismos de autocomposición potencian el sentido de responsabilidad y las partes suelen responder positivamente de cara al futuro.

4. La Ley enumera los principios informadores de la mediación, a saber: el principio de voluntariedad y libre disposición, el de imparcialidad, el de neutralidad y el de confidencialidad. A estos principios se añaden las reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes en la mediación, como son la buena fe y el respeto mutuo, así como su deber de colaboración y apoyo al mediador.

5. La Directiva comunitaria abarca los litigios entre consumidores y comerciantes derivados de la venta de mercancías o la prestación de servicios y se aplica a entidades RAL, que intentan resolver extrajudicialmente estos litigios, abarcando los procedimientos de mediación y también los que tienen una cierta naturaleza jurisdiccional, como los procedimientos ante las oficinas de reclamaciones de los consumidores, el arbitraje y los procedimientos de conciliación. No se aplica a los sistemas de tratamiento de reclamaciones de los consumidores gestionado por el comerciante ni tampoco a las entidades de resolución en la que las personas a cargo estén empleadas exclusivamente por el comerciante, ni a las negociaciones directas entre las partes.

Ejercicios de autoevaluación

1. a

2. d

3. c

4. b

5. b

6. b

7. c

8. a

9. b

10. a

11. b

12. b

13. c

14. a

15. b

16. d

17. b

18. a

19. c

20. b

Bibliografía

- Baca, E.; Echeburua, E.; Tamarit, J. M.** (coord.) (2006). *Manual de victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Buggs, T.; Griggs, L.; Munduate Jaca, L.; Barón, M.; Medina Díaz, F. J.** (2005). *Intervenciones de mediación*. Madrid: Editorial Pirámide.
- Casey Lide, E.** (1996). "ADR and Cyberspace: The Role of Alternative Dispute Resolution in Online Commerce, Intellectual Property and Defamation". *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (núm. 12, pág. 192-222).
- González, J. L.** (dir.) y otros (2007). *El arbitraje en las distintas áreas del derecho*. Lima: Palestra.
- David, R. J.** (1994). "Dispute Resolution in Cyberspace". *New Jersey Law Journal* (núm. 136, pág. 10).
- Folberg, J.; Taylor, A.** (1992). *Mediación, resolución de conflictos sin litigio* (traducción de B. Blanca Mendoza). México: Editorial Limusa.
- Folberg, J.; Taylor, A.** (1984). *Mediation: a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*. Jossey-Bass, eds.
- Folger, J.; Busch, B.** (1994). *Promise of mediation*. Jossey Bass Inc. Publishers.
- Gaitenby, A.** (2004). "Online Dispute Resolution". *The Internet Encyclopedia*. John Wiley & Sons, Inc.
- Gaitenby, A.** (2006). "The Fourth Party Rises: Evolution of Environments of Online Dispute Resolution". Symposium on Enhancing Worldwide Understanding Through Online Dispute Resolution. *University of Toledo Law Review* (vol. 1, núm. 38).
- García Villaluenga, L.; Tomillo Urbina, J. L.; Vázquez de Castro, E.; Fernández Canales, C.** (coords.) (2010). *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*. Madrid: Editorial Reus.
- Gete-Alonso Calera, C.** (1989). "Contrato de compromiso". *La Ley* (vol. 2, pág. 1036 y ss.).
- Herrera de las Heras, R.** (2012). "La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo". *Revista de Derecho* (vol. XXV, núm. 1, pág. 175-193).
- Johnson, D. R.** (1995). "Cybertime, Cyberspace and Cyberlaw". *Journal of Online Law* (núm. 1).
- Johnson, D.; Post, D. G.** (1996). "Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace". *Stanford Law Review* (vol. 48, pág. 1367).
- Katsh, E.** (1996). "Online Dispute Resolution: Building Institutions in Cyberspace". *University of Connecticut Law Review* (núm. 28, pág. 953-980).
- Katsh, E.** "Dispute resolution in cyberspace". Symposium: Legal regulation of the internet". *Connecticut Law Review* (núm. 953).
- Katsh, E.** (2001). *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*. San Francisco, CA: Jossey-Bass Publishers.
- Katsh, E.; Gaitenby, A.** (2006). "Technology as the «Fourth party»". *Proceedings of the UNE-CE Forum on ODR 2003*.
- Lodder, A. R.; Zeleznikow, J.** (2010). "Enhanced Dispute Resolution Through the Use of Information Technology". *Cambridge University Press*.
- Rabinovich-Einy, O.; Katsh, E.** (2011). "Technology and the Future of Dispute Systems Design". *Harvard Negotiation Law Review* (vol. 17, pág.151).
- Rabinovich-Einy, O.** (2006). "Technology's impact: The quest for a New Paradigm for Accountability in Mediation". *Harvard Negotiation Law Review* (núm. 11, pág. 258).
- Riskin, L. L.** (1994). "Mediator Orientations, Strategies and Techniques". *Alternatives to the High Cost of Litigation* (Center for Public Resources) (vol. 12, núm. 9).

- Roger F.; Ury, W.** (1981). *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*. Penguin Group eds.
- Rule, C.** (2002). *Online Dispute Resolution for Business: B2B, Ecommerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts*. San Francisco, CA: Jossey-Bass, eds.
- Sable, S. C.; Kornhauser, E.** (1999). "Some reflections on a relational world view". *RAL Bulletin* (vol. 2, núm. 7, art. 2).
- Sandy, C. S.** (2001). "Changing Assumptions About Mediation in Commercial Matters: Resolving Disputes and (Re) Building Relationships". *Australian Dispute Resolution Journal* (núm. 12, pág. 275).
- Schluter, M.** (2003). "What is relational justice?". En: G. Johnstone (ed.). *A restorative justice reader* (pág. 111-123). Uffculme [Devon]: Willan Publishing.
- Schultz, T.; Kaufmann-Kohler, G.** (2004). *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*. Kluwer Law International and Schulthess, The Hague.
- Tamarit Sumalla, J.** (2012). "La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones". *Estudios de derecho penal y criminología*. Granada: Editorial Comares.
- Tapscott, D.; Caston, A.** (1993). *Paradigm Shift: The New Promise of Information Technology*. Nueva York: McGraw-Hill.
- Thiessen, E. M.; Loucks, D. P.; Stedinger, E. R.** (1998). "Computer-Assisted Negotiation of Water Resources Conflicts". *Group Decision and Negotiation* (pág. 109-129).
- Ury, W.** (1991). *Getting to Yes*. Bantam Books.
- Vilalta, A. E.** (2009). "La cultura del diálogo y la justicia relacional como «tercera vía»" (artículo en línea). *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política* (núm. 8). UOC. ISSN 1699-8154.
- Vilalta, A. E.** (2012). "Contratación transnacional y acceso a la justicia: mecanismos de resolución electrónica de disputas". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (núm. 732, pág. 2067-2149).
- Vilalta, A. E.** (2013). *Mediación y arbitraje electrónicos*. Ed. Thomson Aranzadi.
- Von Neumann, J.; Morgenstern, O.** (1944). *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton University Press.
- Wahab, M.; Katsh, E. y otros** (2011). *Online Dispute Resolution: Theory and Practice*. The Hague: Eleven International Publishing.

