

Resolució alternativa de conflictes

Aura Esther Vilalta

PID_00202836



Els textos i imatges publicats en aquesta obra estan subjectes –llevat que s'indiqui el contrari– a una llicència de Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 Espanya de Creative Commons. Podeu copiar-los, distribuir-los i transmetre'ls públicament sempre que en citeu l'autor i la font (FUOC. Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya), no en feu un ús comercial i no en feu obra derivada. La llicència completa es pot consultar a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.ca>

Índex

Introducció	5
Objectius	6
1. El conflicte	7
1.1. Què és el conflicte	7
1.2. Antecedents. Una mica d'història	9
1.3. Raons de l'expansió i consolidació dels mecanismes extrajudicials de resolució	13
2. Modalitats i experiències	17
2.1. Modalitats extrajudicials de resolució	17
2.2. Taxonomia	18
2.3. Breu descripció d'algunes modalitats autocompositives i experiències en línia concretes	20
2.4. Abast	23
2.4.1. L'autonomia de la voluntat privada com a fonament ...	23
2.4.2. La lliure disposició sobre la matèria	24
3. Marc normatiu i principis	27
3.1. Marc normatiu	27
3.1.1. Normativa internacional	27
3.1.2. L'Amèrica Llatina	33
3.1.3. Continent asiàtic	33
3.1.4. Els països africans	33
3.1.5. Europa. La Unió Europea	34
3.2. Principis que governen els mecanismes extrajudicials de resolució	37
3.2.1. El principi de llibertat i autonomia	38
3.2.2. El principi de confidencialitat	39
3.2.3. Els principis d'imparcialitat i independència	41
3.2.4. El principi d'equitat	42
3.2.5. El principi d'eficiència (efectivitat, rapidesa, economia)	43
3.2.6. El principi de transparència	44
3.2.7. El principi de legalitat	44
3.2.8. El principi de neutralitat	44
3.2.9. Regles del procés degut: principi de procés contradictori, audiència i igualtat d'armes	45

4. La mediació com a paradigma de modalitat autocompositiva.....	47
4.1. Concepte de mediació	47
4.2. Models de mediació	48
4.3. Estratègies de mediació	49
4.4. Estructura i fases de la mediació	50
4.5. La mediació aplicada	53
4.5.1. La mediació en l'àmbit familiar	53
4.5.2. La mediació empresarial	54
4.5.3. La mediació ciutadana i comunitària	54
4.5.4. Programes de justícia restaurativa i processos restauratius	55
5. La tecnologia aplicada als processos: els ODR.....	58
5.1. Els subjectes intervinents en un procés restauratiu	61
5.1.1. Les parts en conflicte	61
5.1.2. L'expert o facilitador	61
5.1.3. Les institucions i organitzacions proveïdores de serveis	65
5.1.4. La “quarta part”: la tecnologia	65
5.1.5. Les plataformes proveïdores de tecnologia	65
5.2. El resultat dels processos restauratius	65
Activitats.....	69
Exercicis d'autoavaluació.....	69
Solucionari.....	72
Bibliografia.....	74

Introducció

Tradicionalment els conflictes entre les persones han estat abordats i resolts en les societats humanes mitjançant mecanismes de justícia civil, això és, a partir de l'autonomia i llibertat de les persones per a gestionar per elles mateixes o amb l'ajuda de tercers els seus interessos i conservant el seu poder de decisió sobre el conflicte.

La realitat jurídica dels últims temps és, no obstant això, una mica diferent, resultat del monopoli de l'Estat en matèria de justícia i de la manera d'abordar el conflicte. El paradigma de la condemna, el càstig i model punitiu no resulta del tot satisfactori, en particular en l'àmbit penal, tenint en compte que no aconsegueix resoldre els problemes de fons més urgents, que són abordar el conflicte intersubjectiu, fer justícia a les víctimes (restitució) i evitar la reincidència (prevenció).

Una comprensió adequada d'aquest fenomen i també de les manifestacions extrajudicials i el seu encaix en la justícia dels tribunals solament es pot aconseguir si es coneixen les categories conceptuals bàsiques de la resolució extrajudicial dels litigis que constitueixen l'armadura en la qual es fonamenten.

Com a conseqüència lògica d'aquest reconeixement de l'impacte del dret civil privat en l'àmbit de la resolució extrajudicial, convé exposar, entre altres, els traços fonamentals del conflicte, el joc de l'autonomia de la voluntat privada i de la llibertat contractual, els seus límits, els principis que governen aquestes modalitats, la mediació com a expressió avançada de la tradicional transacció i l'impacte de les noves tecnologies en aquest àmbit privat, anticipant d'aquesta manera les claus de la justícia restaurativa en l'esfera penal.

Objectius

Per mitjà d'aquest mòdul didàctic es vol proporcionar als estudiants el contingut i les eines procedimentals bàsiques per a assolir els objectius següents:

- 1.** Comprendre la importància del tractament d'aquesta disciplina des d'una visió unitària, superadora de les distincions artificioses entre el dret públic i privat.
- 2.** Conèixer els principis bàsics reguladors de les modalitats extrajudicials de resolució.
- 3.** Identificar i conèixer totalment els traços distintius entre les modalitats autocompositives i heterocompositives de resolució.
- 4.** Conèixer el marc normatiu internacional i domèstic.
- 5.** Dominar els models i estratègies de la mediació.
- 6.** Reconèixer l'impacte de les noves tecnologies de la informació i de la comunicació (TIC) en aquest complex àmbit extrajudicial i comprendre'n els aspectes identificatius i diferencials.
- 7.** Conèixer les particularitats que imprimeix la tecnologia en la pràctica.
- 8.** Assolir una visió àmplia del fenomen que nodreixi l'estudi posterior de la justícia restaurativa, els seus programes i processos.

1. El conflicte

1.1. Què és el conflicte

El conflicte ha estat entès tradicionalment com una situació de confrontació, d'enfrontament entre dues posicions. El sentit etimològic del terme que ha perdurat entre nosaltres aporta informació valuosa sobre aquest tema: *conflictus* està format del prefix *con-* ('convergència de diversos') i el participi de *fligere* (*flictus* = 'cop, xoc'). Requereix, per conseqüència, la concurrència de dos o més subjectes amb interessos diferents i aparentment incompatibles o antagònics, no simples punts de vista diversos.



El terme *controvèrsia* es refereix a un estadi anterior, implica la possibilitat de convertir una cosa en discutible, de manera que dues posicions oposades s'enfronten. El conflicte es refereix a la situació resultant de la col·lisió de dues coses o idees, de manera que preval l'aspecte de la separació. La falta d'informació o la transmissió incorrecta pot portar a una controvèrsia. I si la controvèrsia no és gestionada, al conflicte.



El conflicte ha estat abordat així mateix des de perspectives molt diverses: antropològica, sociològica, psicològica o legal. És comú distingir entre models de resolució dels conflictes de tipus monolític, que el consideren un element amb connotacions negatives, una malaltia del sistema que trenca l'harmonia i que, per tant, ha de ser eliminat, superat; i models plurals que, per contra, tracten el conflicte com una cosa positiva, com un procés dialèctic que afavoreix el canvi i millora el sistema.

Observat també com una oportunitat superadora de connotacions positives o negatives, el conflicte és tractat com a mecanisme necessari en tot sistema social harmònic perquè harmonia i conflicte permeten que les societats i sistemes perdurin. Des d'aquesta concepció, el conflicte afavoreix la resistència i la viabilitat del sistema (Coser, 1956), de manera que la diversitat no cal evitar-la sinó aprofitar-la per a reconstruir i crear espais compartits.

De la mateixa manera, la superació del conflicte es pot abordar o bé des de posicions inquisitorials, en què el domini o poder de la força obliga uns individus a acceptar una decisió, o bé des de posicions que s'articulen per mitjà del consens. Com van assenyalar Brett, Goldberg i Ury (1998), reconciliar interessos (negociar, transigir, consensuar) és menys costós –en termes no solament econòmics sinó de satisfacció– que atribuir drets (decidir per un altre, adjudicar) i aquest, al seu torn, menys costós que imposar mitjançant la força (exercici del poder).

Els conflictes han estat objecte de múltiples classificacions. Així, cal distingir entre conflictes:

- 1) D'interessos i de valors. En els primers les parts entren en confrontació pel control d'un recurs, mentre que en el segon sostenen punts de vista diferents sobre el que és desitjable.
- 2) Funcionals i disfuncionals, quan el conflicte ha dépassat el que es podria considerar una confrontació d'intensitat moderada i genera un alt grau de tensió.
- 3) Interpersonals, intrapersonals, intergrupals, intragrups, entrelaçats, superposats, transversals i concurrents.

L'enfocament a l'hora d'abordar el conflicte ha anat també variant al llarg de la història. Cal distingir, almenys, **tres enfocaments diferents**:

- 1) Tradicional, en virtut del qual el conflicte és percebut com una cosa indesitjable i equival a violència, destrucció, de manera que ha de ser previngut, evitat.
- 2) De les relacions humanes, que permet percebre el conflicte com una cosa natural i inevitable, de manera que s'ha d'acceptar.
- 3) I interactiu, segons el qual el conflicte és un repte estimulant que ha de ser fomentat perquè incentiva la reflexió en la presa de decisions.

Sobre aquest aspecte, es poden identificar en tot conflicte diversos elements estructurals i dinàmics que assenyalen succintament a continuació i que ens permeten identificar-lo:

- La concurrència d'actors (principals, secundaris, intermediaris).
- Les posicions (o pretensions, objectius que es proposen, decisions conscients adoptades pels subjectes sobre els resultats que persegueixen).
- I els interessos (o necessitats que impulsen aquests a adoptar un determinat comportament; de vegades provocats pel temor o els valors), les actituds (estat mental a escala emocional, disposició) i comportaments (resposta que dona l'individu, accions que emprèn).

De la mateixa manera, podem parlar de les diferents maneres d'**abordar el conflicte**:

- 1) Evitant-lo, separant-se del problema i deixant que el temps o les circumstàncies futures el resolguin.

Bibliografia recomanada

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

- 2) Imposant un criteri per la força.
- 3) Acudint a l'autoritat d'un tercer.
- 4) O bé buscant solucions per mitjà del diàleg i de la consecució d'acords (intercanvi).

Atenent les diferents maneres d'abordar el conflicte cal identificar **diversos estils d'enfrontament**:

- 1) El bel·ligerant, quan les parts decideixen satisfer els seus interessos sense prendre en compte els de la contrapart.
- 2) El claudicant, pel qual una part decideix la rendició o renúncia dels seus objectius, que pot ser permanent o bé transitòria, adoptada com una tàctica.
- 3) El resolutiu, en virtut del qual les parts busquen una solució acceptable per a totes dues en termes d'interessos i necessitats.

El conflicte que provoca la comissió d'un delicte ha estat abordat tradicionalment per mitjà d'un model punitiu (sistema retributiu dominant) consistent en el càstig a l'agressor. L'aplicació n'ha posat de manifest les debilitats, perquè no aconsegueix restituir ni víctima ni ofensor.

Finalment, cal fer esment als conflictes que es generen en els nous entorns en línia. L'activitat virtual dels subjectes és també progressivament més rica i complexa, emergeixen noves maneres d'interrelacionar-se i de comunicar-se perquè la tecnologia evoluciona. Llavors, també els conflictes. Quan aquest es produeix en l'entorn virtual, el mitjà imprimeix particularitats importants: la comunicació essencialment escrita, asíncrona, unida a la diversitat de llengües, cultures, creences, valors, coneixements, interessos, experiències, normes, costums, la diferent realitat política social o econòmica de les persones que s'interrelacionen, l'espai geogràfic, la diferència d'edat, de sexe, de generació, i també les divergents expectatives constitueixen factors que conflueixen i que s'han de tenir en compte.

1.2. Antecedents. Una mica d'història

Els ordenaments jurídics han previst des de temps primerens la facultat dels particulars de defensar els seus interessos i resoldre els seus conflictes convencionalment sense acudir a la jurisdicció dels tribunals.

Se sap que les primeres societats organitzades disposaven de sistemes auto-compositius de resolució dels seus conflictes, si bé de la informació de què disposen els estudiosos, que és encara fragmentària, no es coneix si les primeres manifestacions de justícia apareixen en societats organitzades en forma d'estat

o poder central i dotades de normes (Laster, Shafer, Sutherland, Wolfgang) o bé en societats acèfales, és a dir, societats que manquen de normes i de poder centralitzat, habitualment nòmades (Michalowski, Weitekamp).

Zehr va posar de manifest que la història d'Occident i probablement del Pròxim Orient ha estat dominada per la dialèctica entre justícia ciutadana i justícia estatal. Si bé hi ha manifestacions primerenques de justícia controlada per l'Estat, com per exemple en el Codi d'Hammurabi, també la justícia civil ha governat durant la major part de la nostra història. Efectivament, pel que fa a això cal recordar que restes de cultura material i documents escrits trobats proven que en el si de les primeres societats de Sumer, molt abans de la promulgació del flamant Codi de lleis d'Hammurabi (ca. 1770 aC), les seves comunitats locals ja organitzaven l'administració de justícia per mitjà d'assemblees obertes de ciutadans. Només determinats assumptes eren derivats al palau.



Tots dos sistemes han hagut de conviure en una mena d'organigrama en el qual la justícia del poder centralitzat entrava en joc exclusivament i com a última ràtio, en els conflictes que no havien obtingut resposta en altres instàncies i el gruix més important de controvèrsies era gestionat per persones que, o bé pels seus coneixements, o bé pel seu prestigi social o perquè es trobaven investides d'algun tipus d'autoritat moral, actuaven de mediadors o àrbitres naturals. En paraules de Kolb (1983) es tractaria de "la segona professió més vella del món".

A propòsit de les pràctiques concretes en matèria de justícia penal, la dialèctica "càstig" i "restitució" també es va manifestar de manera primerenca. Així, Weitekamp, basant-se en els estudis de Gillin, revela que el Codi d'Hammurabi preveia la pràctica de compensació individual per a les ofenses o delictes contra la propietat, i en un cas concret fins i tot per a les ofenses personals, com a substitut de la pena de mort, un aspecte que posa en relleu el notable desenvolupament de la idea de justícia restitutiva, en la qual cobra importància l'interès de la víctima. Avui sabem més coses: la transcripció de certes tauletes corresponents a un codi de lleis molt anterior, el Codi d'Ur-Nammu, ens permet asseverar que aquesta modalitat de compensació econòmica es practicava ja l'any 2112 aC.¹⁴ La restitució es va mantenir en les primeres societats tant en causes civils com penals, i en aquest últim àmbit, tant en delictes contra la propietat com contra les persones, convivint amb les penes de càstig. Es tractava de penes privades, és a dir, dirigides a satisfer la víctima, qüestió fonamental perquè l'important era recuperar l'equilibri perdut, tant en termes econòmics com de dignitat.



La delegació del poder per a resoldre controvèrsies i el monopoli de l'administració de justícia d'un poder central per l'assumpció de la força es va produir gradualment i paral·lelament a l'enfortiment de les estructures de poder i tots dos sistemes han conviscut en la història sense solució de continuïtat.

També Roma va gaudir d'un sistema en el qual convivia clarament aquesta dualitat de poder que es justifica i explica per la coexistència llavors de dues realitats i dos mecanismes de presa de decisions en l'àmbit públic i privat, en un context on no hi havia encara situacions reglades que prescrivissin la presa de decisions sobre el funcionament de la ciutat ni sobre la solució dels conflictes individuals. D'aquesta manera, l'atribució de funcions concretes a cadascuna de les magistratures per a la resolució de les tensions i conflictes socials convivia amb l'aplicació del *ius quiritum* i els acords formals en l'àmbit privat entre els particulars que resolien els seus conflictes. La mecànica del pacte era el *modus operandi* en els dos ordres, públic i privat. En opinió de Royo Arpón es van produir mútues relacions d'autonomia i subordinació entre aquestes diferents qualitats de poder.

La Llei de les XII Taules, com a primera plasmació escrita del dret, va disposar llavors que qualsevol decisió definitiva que el poble adoptés adquirís fermesa com a dret (vegeu la taula XII, fragment 5). I així mateix que l'àrbitre que rebí diners per pronunciar-se en un determinat sentit fos castigat amb la pena de mort (taula IX, III).

Per motiu d'usos continuats de les magistratures, la figura del *praetor* (magistratura especialitzada) va adquirir després especial rellevància en assumir el poder de la ciutat (*imperium*) davant els conflictes entre ciutadans, que consistia a obligar les parts en disputa a comportar-se de manera litúrgicament adequada al *mos maiorum*. El pretor podia, davant la petició d'un ciutadà, imposar a un altre la seva presència en estrades (*in iure*) i després d'una manera sacramental, per la qual les parts exercien una violència litúrgica sobre la cosa, els exigia la renúncia per força de cadascun. L'acatament a l'ordre del pretor era un reconeixement del poder del magistrat sobre la *civitas* i sobre els particulars. Després de l'aposta sacramental (les parts feien consignació de béns) el pretor tornava a fer ús del seu poder sobre persones en ordenar a un ciutadà que exercís de jutge.

La sentència del jutge ciutadà no decidia sobre l'atribució de la cosa sinó sobre qui dels dos havia pogut demostrar millor la veracitat de la seva afirmació solemne sobre la pertinença de la cosa. Qui guanyava recuperava els béns consignats i quedava habilitat per a utilitzar violència formal o litúrgica per a aconseguir la cosa. En cap cas no apareix exercici directe de poder del pretor sobre la cosa, per això es pot afirmar la no-ingerència entre els poders ciutadans i individual en la primera República, solament una lleu o gairebé inexistente subordinació d'un poder a un altre per mitjà d'un procés formal en cas de conflicte.

D'èpoques primerenques conservem també manifestacions significades de fórmules d'arbitrament, com succeeix a Espanya amb el Breviari d'Alaric, la *Lex Visigotorum*, el Fur Vell de Castella o el Fur Juzgo o les XII Partides d'Alfons X el Savi. A Espanya cal recordar que el primer mètode de resolució extrajudicial que es documenta va ser l'arbitratge, previst molt primerencament de manera

Bibliografia recomanada

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

expressa en el Fur Vell de Castella (partida III) i el Fur Juzgo (lleí XII, llibre segon). Alfons XII va dotar aquesta figura de disciplina pròpia en les seves Set Partides (partida III; lleí 1, títol IV).

Al segle XIX, la Constitució de Cadis de 1812 va recollir la conciliació i l'arbitratge en l'àmbit del dret privat i, més endavant, aquestes institucions serien regulades en la Llei d'enjudiciament civil de 1881 (llibre II, títol V) i en el Codi civil, per mitjà de les figures de la transacció i de l'arbitrament, totes dues de naturalesa contractual. La primera té caràcter autocompositiu, per mitjà de la qual les parts, mitjançant concessions recíproques en relació amb les seves pretensions, assoleixen per si mateixes un acord. La segona és de naturalesa heterocompositiva, perquè les parts acudeixen a un tercer que decidirà per ells.

D'acord amb l'article 284 de la Constitució de Cadis "sense fer constar que s'ha intentat el mitjà de la conciliació, no s'ha d'entaular cap plet". Així mateix, d'acord amb els articles 280 i 281, "no es pot privar cap espanyol del dret de posar fi a les seves diferències per mitjà de jutges àrbitres, elegits per totes dues parts" i "la sentència que donin els àrbitres s'ha d'executar si les parts, en fer el compromís, no s'han reservat el dret d'apel·lar".

A escala internacional, podem situar les primeres expressions ADR als Estats Units, cap a mitjan anys setanta. L'any 1976 es va celebrar una significada conferència nacional als EUA –la Roscoe Pound Conference–, en el si de la qual es va pronunciar un memorable discurs sobre la reforma judicial i es va expressar la necessitat de planificar canvis en el sistema de justícia civil per a la resolució de conflictes sense recórrer al litigi.

En efecte, entre els dies 7 i 9 d'abril de 1976, jutges, oficials del govern americà, pràctics forenses i acadèmics es van reunir a St. Paul, Minnesota, en un congrés titulat "Sobre les causes de la desafecció amb l'Administració de justícia". S'hi va subratllar la necessitat d'una "anticipació sistemàtica" dels conflictes, l'oportunitat de sistemes no judicials de resolució i de procediments més ràpids i econòmics per a l'Administració de justícia.

El volum que es va publicar posteriorment i les recomanacions plasmades (*The Pound conference: Perspectives on Justice in the Future*) van generar un notable impuls a programes i projectes en tècniques de negociació i mediació al llarg de les dècades següents.

Crítica al sistema judicial

Cal assenyalar que el jove Roscoe Pound, degà de la Facultat de Dret de Nebraska el 1906, ja va anticipar la seva crítica al sistema judicial i en va requerir una reforma integral l'any 1906, per mitjà d'un article que va titular "The causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice", després adoptat en la conferència de l'any 1976. Aquest primer article, presentat en una conferència anual de l'American Bar Association, va despertar reaccions molt oposades i va rebre atacs furibunds el 1906. Setanta anys més tard ha estat considerat l'article més influent mai escrit per un acadèmic americà.



Roscoe Pound

Així, el 1981 es publicarien, entre altres, les teories de la negociació desenvolupades per Fisher & Ury, investigadors del Harvard Negotiation Project. Des de llavors el creixement dels mecanismes extrajudicials no ha cessat i aquests han aconseguit arribar a tots els sectors i àmbits de l'activitat humana.

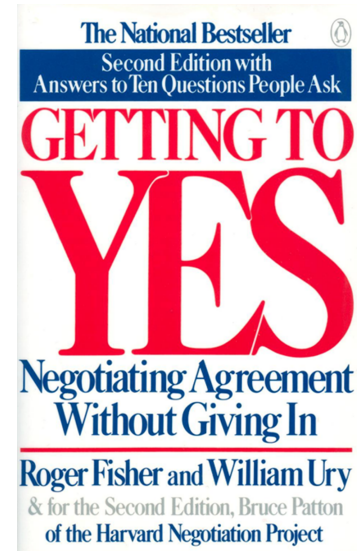
En l'àmbit penal sorgeixen també en els anys setanta interessants experiències de justícia restitutiva inspirades en els principis de les tradicionals ADR (*alternative dispute resolution*) i dirigides a menors delinqüents al Canadà i als Estats Units, articulades entorn dels programes VORP (*victim offender reconciliation program*) i VOM (*victim offender mediation*), que s'estendrien després a Austràlia, Nova Zelanda, Noruega, i més endavant a tot Europa i Llatinoamèrica. Gràcies a aquest moviment, es recuperen fórmules restitutives ancestrals que conserven encara curiosament algunes comunitats aborígens. Aquesta tendència és la resposta al clar fracàs del model clàssic punitiu, que no aconsegueix assolir els objectius preventius i expropia el conflicte de mans dels seus titulars. Un model que, estès per tot Occident, no aconsegueix donar resposta a les necessitats de la víctima ni tampoc prevé nous delictes per als ofensors.

Com sabem, en el nostre sistema el delicte es defineix com un acte contra l'Estat en lloc d'un acte contra els individus i la comunitat. Posa èmfasi en la culpa, el càstig i el dret dels acusats. No obstant això, el càstig sovint no és satisfactori per a les víctimes i no repara les relacions ni el teixit social infringit. La justícia restaurativa, per contra, emfatitza un fet fonamental: els danys del crim el pateixen les persones, les comunitats i les relacions.

El sistema alternatiu de justícia que representa el paradigma de la restitució constitueix una manera de retornar a les víctimes part del poder que els ha estat sostret al llarg d'aquest perllongat procés històric de centralització i assumptió, de l'Estat, del monopoli de la força i de la resposta al delicte (Tamarit). Teòrics com Barnett (1977), Nils Christie (1978), Zehr (1985), Braitwaite (1989) o Marshall (1995) crearien els fonaments, sistematitzarien i donarien cos després a tota una nova disciplina, la justícia restaurativa, que avui ocupa un lloc destacat en els estudis de criminologia perquè s'ha aconseguit fer un buit en el sistema de la justícia penal, com a modalitat complementària, integrada en el sistema que millora la qualitat, efectivitat i eficiència de la justícia en conjunt.

1.3. Raons de l'expansió i consolidació dels mecanismes extrajudicials de resolució

Amb caràcter general, no resulta senzill identificar un sol motiu, si bé és cert que la societat ha patit en els últims temps un increment en el volum i complexitat dels assumptes litigiosos i els mecanismes judicials no ofereixen sempre una via adequada per a resoldre'ls. Les solucions més adequades no impliquen sempre la jurisdicció. En primer lloc, cal tenir present que l'autèntica resolució d'un conflicte exigeix de vegades l'eliminació o purga dels factors



desencadenants, la qual cosa implica restablir els llaços interpersonals i recuperar la confiança de les persones afectades, aspectes que un procés ritual i contradictori no preveu.

Així mateix, el volum dels assumptes i la creixent complexitat impedeix, cada vegada més, que el jutge disposi de tots els elements –sovint transnacionals– i els atengui en un període de temps raonable. El context en el qual es desenvolupen avui les relacions socials i econòmiques és obert, plural i complex i l'“aprehensió” no sempre és senzilla.

Aquests motius han afavorit sens dubte la irrupció de les modalitats extrajudicials de resolució, com a mecanismes alternatius i complementaris de la jurisdicció. Però la seva expansió i consolidació es produeix després per factors molt diversos que s'afegeixen i que es podrien sintetitzar en el següent:

- Aquestes modalitats es fonamenten en el consens. Les parts decideixen resoldre la controvèrsia per elles mateixes, o amb l'ajuda o decisió que adopti un tercer. En alguns conflictes resulta essencial recuperar el diàleg i la confiança entre els implicats, aspectes que no es poden abordar en el context d'un procediment judicial, amb estructura, com diem, de contradictori.
- Aquestes modalitats permeten confeccionar una solució a mida de les necessitats de les parts. En el cas dels mecanismes d'autocomposició això comportarà a més que totes dues parts vegin reflectides en l'acord les seves pròpies expectatives, de manera que els compromisos que adquireixin per a la consecució seran, en general, respectats i no requeriran en la majoria dels casos l'auxili judicial per a la materialització.
- La formació i l'experiència dels professionals vinculats a aquesta activitat, habitualment professionals dedicats a un sector concret i especialitzat, han contribuït a la ràpida expansió.
- A més, els individus volen conservar els vincles amb l'entorn més immediat (comunitat, família, etc.) i els mecanismes d'autocomposició potencien el sentit de responsabilitat.

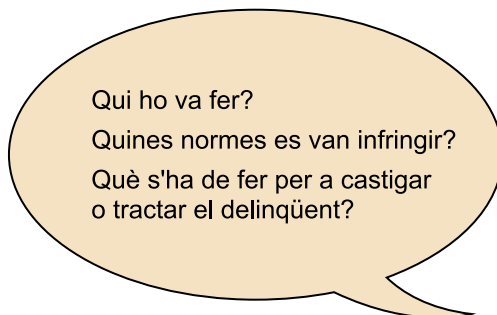
Per la seva banda, l'ús de les noves tecnologies de la informació i de la comunicació ha propiciat la multiplicació de les relacions intersubjetives i transfrontereres, afavorides per Internet.

En matèria penal la manera d'abordar tradicionalment el conflicte i el delictes no és satisfactòria. El paradigma del càstig o model punitiu no aconsegueix resoldre els problemes de fons més importants, que són fer justícia a les víctimes (restitució) i evitar la reincidència (prevenció).

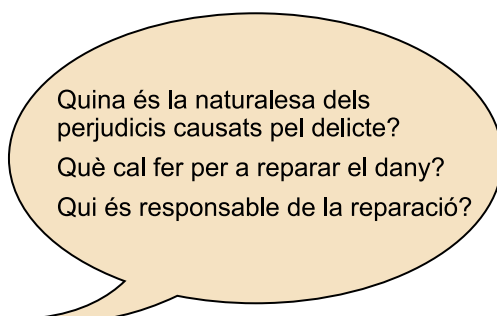
El sistema alternatiu de justícia, fonamentat en el paradigma de la restitució, persegueix precisament complementar el sistema de la justícia penal orientant la seva activitat a la resolució dels problemes de les parts afectades pel conflicte. Per això ha estat descrit de la manera següent:

- 1) Manera d'abordar el delicte basada en una activitat orientada a la restitució dels problemes, que implica les parts directament afectades per aquest i la comunitat (Marshall).
- 2) Tota acció orientada a fer justícia mitjançant la reparació del dany causat (Walgrave, Bazemore).
- 3) Qualsevol procés en què la víctima, ofensor i altres individus o comunitat afectats participen activament i de manera conjunta en la resolució de les qüestions derivades del delicte amb l'ajuda d'un tercer (ECOSOC).
- 4) Concepte que recull principis inspiradors o que es deriven de certes pràctiques entre víctima i ofensor (Cristie, Barnet, Marshall, Tamarit).

Enfront del sistema de justícia retributiva, que es formula tres preguntes:



La justícia restaurativa es formula les següents:



Actualment es desenvolupen més de 300 programes als EUA i el Canadà i més de 700 a Anglaterra, Alemanya, Escandinàvia, Europa de l'Est, Austràlia i Nova Zelanda. Dels programes als EUA es desprèn que dels prop de dos terços dels casos sotmesos a una mediació, el 95% va finalitzar en acord de restitució

escrit, dels quals més del 90% s'acompleixen de manera voluntària dins d'un any. Per contra, la taxa d'acompliment de la restitució per ordre judicial és de només 20% a 30%.

Així mateix, investigacions recents acrediten que els delinqüents juvenils que participen en programes VOM reincideixen menys que aquells que són sotmesos exclusivament al sistema de justícia juvenil tradicional.

De tota aquesta experiència pràctica durant més de 25 anys s'observa el següent:

- Les obligacions reparatives són en general ben acollides pels delinqüents.
- La majoria de les víctimes que participen en processos de justícia restaurativa experimenten un grau més gran de satisfacció que les que estan en procediments judicials tradicionals.
- Els delinqüents generalment tenen menys dificultat a comprendre les obligacions reparatives que els que estan en el sistema punitiu o rehabilitador.
- Els resultats des del punt de vista de la reincidència semblen positius, encara que no hi ha estudis que ho confirmin encara.
- La majoria del públic sembla preferir la reparació com a resposta al crim.
- Una gran majoria de víctimes de delictes greus estan disposades a col·laborar en els processos reparatius.
- Els autors de delictes greus compleixen en general les obligacions reparatives.
- Com la Declaració de Lovaina (1997) expressa també, la resposta reparativa al crim es basa en una aproximació eticosociològica que accentua les responsabilitats de les parts a trobar una solució constructiva al conflicte del crim i guardar la pau en la societat com un tot.

L'encert de la justícia restaurativa es troba a fer del delinqüent i la víctima la centralitat del sistema. El delinqüent es fa responsable de facilitar i fer complir els acords de reparació i el sistema li dóna l'oportunitat de corregir els seus errors, redimir-se a si mateix i davant la comunitat.

2. Modalitats i experiències

2.1. Modalitats extrajudicials de resolució

Sota l'acrònim *RAL* (*resolució alternativa de litigis*, en anglès, *ADR*) trobem mètodes, formes molt heterogènies de resolució, la nota comuna dels quals és el caràcter extrajudicial. Els *RAL* acullen en el seu si modalitats de resolució en les quals no intervenen els òrgans jurisdiccionals, la qual cosa no significa que necessàriament s'hagin de desenvolupar al marge de tot procés, o que les parts no puguin aspirar a acudir a les instàncies judicials. Per això, des d'aquesta perspectiva, es pot admetre que, en sentit estricte, no són mètodes o processos alternatius, sinó complementaris amb el sistema judicial.

Actualment, hi ha desenvolupades experiències i programes en tots els àmbits del dret, inclòs el penal, encara que en aquest una mica més tardanament. En aquest àmbit concret, cal assenyalar que les modalitats dirigides a la justícia restitutiva es procuren integrar amb la justícia penal per a la millora no solament de la qualitat dels resultats, sinó també l'eficiència de la justícia, i evitar en la mesura del possible els costos en termes econòmics i temporals intrínsecs als processos judicials.

Els ordenaments jurídics solament exclouen l'aplicació quan els seus resultats sobrepassen els límits naturals dels bons costums o de la moral imperant i també en assumptes relatius a l'estat civil de les persones i, en general, qüestions regulades per normes de caràcter imperatiu, o per raó de l'interès general i d'ordre públic (drets no negociables), com es veurà més endavant.

No podem passar per alt també les manifestacions en línia d'aquestes modalitats. Conegudes més per les sigles en anglès *ODR* –atès que aquest fenomen prové del món anglosaxó i s'hi desenvolupa–, són modalitats que es desenvolupen en l'entorn electrònic, la qual cosa no implica necessàriament que el conflicte o litigi tingui l'origen en una transacció electrònica.

No hi ha una correspondència total entre modalitats que es desenvolupen de manera presencial (*ADR/RAL*) i en línia (*ODR/RLL*), perquè les segones tenen un àmbit d'aplicació més gran, en aprofitar l'entorn que ofereix Internet. Això se suma que les oportunitats tecnològiques que ofereix Internet han permès expandir les modalitats fora de línia. *RAL* i *RLL* no són, en conseqüència, acrònims intercanviables. L'ús anecdòtic de la tecnologia en una modalitat presencial no implica necessàriament la migració a l'àmbit de les modalitats

en línia. Les TIC, a més a més, faciliten la generació de noves formes de gestió i estratègies de resolució de controvèrsies que no troben correspondència en els ADR.

Sense perjudici del que hem dit, cal destacar que els mètodes de solució de controvèrsies en línia es nodreixen de la història dels RAL i que les lliçons apreses per mitjà dels RAL en els últims anys són fonamentals per a les modalitats electròniques. Aquests aprofiten els avantatges de les TIC per a millorar-ne les funcionalitats. En conseqüència, resulta essencial en tot procés en línia una bona comprensió dels principis que regeixen els mecanismes i modalitats tradicionals (Lodder i Zelevnikow, 2010).

2.2. Taxonomia

Són nombrosos els esforços dedicats a fer mapes i descripcions legals de les modalitats d'ADR/ODR. La dificultat principal per a dur a terme aquesta tasca deriva, en essència, de l'abundància de fórmules mixtes (diversos nivells) i híbrides i també de la contínua evolució de les modalitats en línia, que amplien les seves funcionalitats gràcies a les TIC. Els processos en línia integren, en general, modalitats diverses que operen de manera successiva i sense solució de continuïtat –negociació automatitzada, negociació assistida, facilitació o adjudicació– i que el seu *iter*, flexible, pretén garantir a les parts el mitjà més adequat de solució, atenent les seves necessitats i interessos. Així mateix, i amb la finalitat que les parts puguin operar de manera senzilla i de manera comprensible per a elles, aquests sistemes simplifiquen el llenguatge, fan ús extens de la simbologia gràfica i del llenguatge visual i incorporen habitualment mecanismes multilinguatge o de traducció simultània.

1) Seguint un criteri classificatori que té en compte la **modalitat de composició de les controvèrsies**, podem distingir en general entre el següent:

a) **Modalitats d'autocomposició**. Denominades també *de composició amigable*. Les parts conserven en tot moment el poder de decisió sobre el conflicte. El problema és gestionat i resolt per elles mateixes o amb l'auxili o l'ajuda d'un tercer professional. Són paradigma d'aquestes modalitats la mediació i la conciliació.

b) **Modalitats heterocompositives**. Denominades així mateix *determinatives, adjudicatives* o *adversarials*. En aquestes el poder decisonal es trasllada a un tercer per voluntat de les parts, que li encomanen la tasca de decidir per ells. Pensem, per exemple, en l'arbitratge o l'adjudicació.

c) **Modalitats híbrides**. Aprofiten les bondats dels mètodes autocompositius i els adjudicatiu, i creen modalitats noves amb identitat pròpia. Un exemple és la figura de l'*ombudsman scheme*, tercer que sol ser una persona de reconegut prestigi però vinculada a una institució, que té encomanada la tasca de

facilitar, suggerir o proposar una solució als problemes que es plantegin entre aquesta institució i tercers, suggeriment que resulta vinculant per a la institució i no així per al particular, que el pot rebutjar i acudir a altres mitjans.

2) Per la **funció** que assumeix l'**òrgan extrajudicial**, distingirem entre el següent:

a) **Modalitats propositives i decisòries.** Són aquelles en el si de les quals el tercer pot prendre una decisió vinculant (per exemple, *l'ombudsman*). Quan, a més, aquest tercer amb potestat de decisió emet una resolució amb la mateixa força jutjada d'una sentència, es diu que exerceix una funció quasijurisdiccional. És el cas dels arbitratges.

b) **Modalitats d'aproximació i suport.** Comprèn, al seu torn, dues varietats:

- Els processos facilitatius (mediació).
- I els avaluatius (conciliació).

3) Pel **nombre d'intervinents**, caldria distingir entre el següent:

a) **Modalitats bilaterals.** Intervenien solament dues parts. Solen tenir finalitats contraposades, interessos en conflicte. Això no implica que no puguin intervenir per coadjuvar en el procés altres persones afectades o interessades (participants).

b) **Modalitats plurilaterals.** Intervé una pluralitat de parts. Solen compartir una finalitat comuna. Com en els mètodes bilaterals, poden participar en el procés altres persones en qualitat d'afectades o simplement interessades.

4) Per la **seva relació i interoperabilitat amb el sistema judicial**, parlarem també de modalitats:

a) **Extrajudicials.** Són les que es desenvolupen al marge de l'aparell de l'Administració de justícia.

b) **Parajudicials –o intrajudicials–.** Són les desenvolupades en el marc d'un procediment judicial amb el qual col·laboren. Entren en joc una vegada iniciat aquest.

5) I per l'**entorn** per mitjà del qual es desenvolupen, cal distingir entre modalitats:

a) **RAL (ADR).** Acrònim que fa referència als mètodes alternatius de gestió i resolució de conflictes, duts a terme de manera presencial. Comprèn tots els mètodes extrajudicials que, amb independència de la denominació, tenen com a objectiu la pacificació i la consecució d'una solució als conflictes. Malgrat

la denominació, els ADR, com hem esmentat, són mètodes complementaris (no alternatius), ja que no exclouen la possibilitat que les parts puguin acudir posteriorment als tribunals si no assoleixen un acord.

b) RLL o en línia (en anglès, ODR). Són els mètodes convencionals de resolució extrajudicial que operen en un entorn electrònic. *RAL* i *RLL* no són, segons hem dit, termes exactament intercanviables. Si bé les modalitats en línia són 100% *RAL*, no totes les *RAL* fan ús de l'electrònica; no n'hi ha prou amb l'ús anecdòtic –el correu electrònic, per exemple– per a esdevenir una modalitat en línia. Requereixen l'establiment de plataformes que, entre altres aspectes, preservin i assegurin la confidencialitat i el secret de les converses, comunicacions, documents i la identitat de les persones participants.

c) Mixtes. Pertanyerien a aquesta classificació les modalitats tradicionals de *RAL* que introdueixen en alguna mesura mecanismes telemàtics. Els *netcase* són un exemple de *RAL* desenvolupats parcialment en línia.

2.3. Breu descripció d'algunes modalitats autocompositives i experiències en línia concretes

Per la importància pràctica que tenen, descrivim a continuació algunes modalitats de composició amigable:

La facilitació

És un procediment extrajudicial de caire cooperatiu per mitjà del qual dues o més parts en un litigi intenten voluntàriament aconseguir per si mateixes un acord sobre la resolució del seu problema amb l'ajuda d'un tercer i tenint en compte les seves necessitats i interessos. El facilitador efectua preguntes inicialment, ajuda les parts a comunicar-se, reequilibrant-ne el poder en cas de ser necessari (apoderament), separa posicions d'interessos i els auxilia en la gestació de les seves pròpies propostes de solució. Dirigit a un grup de persones, amb la finalitat que assoleixin un acord en la manera de resoldre un conflicte. El facilitador ajuda que tots els intervinents, que són una pluralitat, tinguin veu i vot, es manifestin, sense que el lideratge d'un o diversos distorsioni o desequilibri la negociació. El facilitador és un expert que gestiona la dinàmica del grup i ha de posseir, en conseqüència, habilitats específiques. En els processos en línia les parts, sense necessitat de coincidir en un espai físic i temporal, intenten assolir un acord que posi fi a la seva controvèrsia amb l'auxili d'una tercera persona i de la tecnologia aplicada (quarta part). En aquests processos electrònics les parts es poden beneficiar de la comunicació asíncrona i de la possibilitat de mantenir, durant les negociacions i les comunicacions amb la contrapart, converses privades amb el neutral (*caucus*).

La conciliació

Mitjançant aquesta un tercer, expert i neutral, assisteix les parts en la cerca d'una solució a les seves controvèrsies. En la seva activitat, el conciliador pot suggerir, recomanar i fins i tot dur a terme propostes formals de solució. En cap cas pot, no obstant això, imposar un criteri o solució. La diferència amb la mediació està en el fet que el conciliador ajuda activament en la construcció d'una solució, pot oferir una opinió a les parts respecte de les propostes; pot, en definitiva, influir. Aquesta distinció no ha estat, no obstant això, pacífica.

L'adjudicació

Modalitat de resolució dels conflictes per mitjà de la qual un tercer confecciona una solució i adopta una decisió per al cas concret. En l'adjudicació, el tercer –expert en la matèria–, una vegada ha escoltat les parts i analitzada la documentació que se li aporta, emet una decisió o resolució que resulta vinculant.

Conferencing

Propi de països anglosaxons i d'Europa. La *family group conferencing* és una modalitat facilitativa que inclou la participació de la comunitat més propera a les parts, família, amics, etc.

Cercles de pacificació

Propi de l'esfera penal, l'origen se situa en les comunitats aborígens del Canadà. Denominats també *peacemaking circles* o *sentencing circles*. El jutge convoca les parts (víctima, ofensor, familiars, membres de la comunitat, etc.) i les reuneix i situa en forma de cercle perquè vagin intervenint amb l'objectiu d'assolir consens sobre la manera d'abordar el conflicte i solucionar-lo. A mesura que parlen es van passant un objecte que simbòlicament apodera l'intervinent i marca el torn de paraula. El resultat final es plasma en un *sentencing plan* que el jutge utilitza després per a dictar sentència.

Arrelat en les cultures natives dels Estats Units i el Canadà (Yukon), se sol citar com a precedent el Cercle Holístic de Sanació de la Comunitat de les Primeres Nacions de Hollow Water, els membres de les quals empen aquesta modalitat per a abordar el problema de l'elevat nivell d'alcoholisme en aquesta comunitat. Als Estats Units es va introduir a partir del 1996 a l'estat de Minnesota i es va estendre després per tots els estats.

El procediment segueix un cert ritual: els participants s'expressen a mesura que es passa al voltant del cercle un objecte que concedeix la paraula a qui el posseeix. La participació en el cercle és voluntària, tant per a la víctima com per al delinqüent una vegada ha assumit la culpa. És aquest qui ha de sol·licitar anar al cercle, la qual cosa implica ja un desig de canvi i de contribució a la comunitat.

Les reunions de restauració

Implica involucrar víctima i delinqüent menor en una conversa sobre el delictes i les seves conseqüències, juntament amb altres afectats i interessats, de manera que el delinqüent senti que moltes persones es preocupen per ell i despertar un sentit de responsabilitat. La “vergonya reintegrativa” és un element clau enfront de la vergonya desintegrativa o estigmatització.

Van aparèixer per vegada primera a Nova Zelanda l'any 1989 amb l'aprovació de la Llei sobre nens, joves i les seves famílies, la qual va disposar que en lloc de processar els nens s'atorga més poder de presa de decisions a la família del jove delinqüent, a fi que aquesta decideixi, escoltant la víctima i altres persones afectades de la comunitat, la sanció apropiada per al menor (pla de reparació). Sorgeix de la pràctica dels maoris i com a resposta al descontentament d'aquests pel sistema de justícia tradicional. Després es va estendre a la Gran Bretanya, Gal·les i el Canadà.

El procés consta d'etapes separades: preparació, trobada i monitoratge posterior. En la fase de trobada, el delinqüent explica la seva versió del que ha succeït. Després procedeix de la mateixa manera la víctima. Tots dos expressen llavors els seus sentiments i emocions, i es poden preguntar entre ells. Altres participants, com les famílies, poden participar i preguntar llavors. En una segona fase víctima i delinqüent es reuneixen en privat amb les famílies respectives. El delinqüent i la seva família ofereixen un programa de reparació i les parts negocien fins a arribar a un acord, que es formalitza per escrit. Finalment, el facilitador porta el seguiment del compliment efectiu.

Les comissions de la veritat

Per a casos de victimització massiva provocada per conflictes bèl·lics, postbèl·lics i règims autoritaris.

Els administradors de comunitats virtuals

Les comunitats virtuals (MUD i altres) es valen sovint de mecanismes de control intern per a superar alguns dels conflictes que es produeixen en el seu si. Així, els administradors dels sistemes s'atribueixen generalment certes prerrogatives de *blame and shame*. Són, no obstant això, mètodes que fan ús del poder de l'administrador amb resultats ambivalents, perquè, si bé aconsegueixen mitigar o eliminar la situació conflictiva concreta, resulten sovint insatisfactoris perquè no solucionen el problema de fons, de manera que el conflicte és susceptible de reproduir-se i escalar. Al seu torn, genera tensió entre els individus, per l'asimetria de poder i per la possibilitat d'un ús arbitrari. Entre altres mesures:

- Avisen i amonesten l'infractor.
- Imposen multes, penes amb la pèrdua de privilegis.

- Fan ús de representacions simbòliques d'autoritat.
- Creen llistes d'usuaris o es posa en coneixement de la comunitat l'activitat i identitat del considerat infractor.
- Disposen la creació de jurats.
- Convoquen el presumpte infractor.
- Impedeixen l'accés a determinats serveis o el suspenen temporalment.
- Eliminen de manera sumarial la seva presència en el lloc web.
- Limiten els poders del subjecte.
- Sotmeten la disputa a la votació de comitès executius.
- Bloquegen l'accés al lloc.

2.4. Abast

2.4.1. L'autonomia de la voluntat privada com a fonament

La solució alternativa dels conflictes troba el fonament jurídic tradicionalment en el principi d'autonomia de la voluntat privada. Però, què n'hem d'entendre?

En general, com a concepte provinent de la filosofia kantiana, expressa la capacitat de les persones per a donar-se normes sense la influència de pressions externes o internes. Com a concepte jurídic, és un espai d'autoregulació dels interessos privats dins de l'ordenament jurídic, de manera que els subjectes de dret actuen, creen i regulen les seves relacions jurídiques en el marc del dret i dins dels seus límits.

L'autonomia de la voluntat és el poder subjectiu que l'ordenament jurídic reconeix a les persones per a exercitar les seves facultats de disposició, ús i gaudi dels seus drets. Acudint a la definició ja clàssica de De Castro, és el poder d'autodeterminació de la persona, reconegut a aquesta per a l'exercici de les seves facultats, sigui dins de l'àmbit de llibertat que li pertany com a subjecte de drets, sigui per a crear regles de conducta per a ell mateix i en relació amb els altres, amb la consegüent responsabilitat. És un dret que deriva del principi de personalitat juntament amb el reconeixement de drets subjectius.

Els límits o restriccions que afecten l'abast de l'autonomia de les parts depenen, no obstant això, no solament de l'acord mateix sobre qüestions particulars, sinó de disposicions imperatives provinents de les lleis, de la moral i dels principis rectors de l'ordenament jurídic.

Així mateix, els pactes resulten ineficaços quan la seva causa s'oposi a la moral, i així es desprèn també dels articles 1275, 1255 i 1116 del Codi civil.

L'ordre públic, unit a la resta de principis informadors de l'ordenament jurídic, és també un límit expressat pels articles 594, 1255 i 1328 del Codi civil.

Finalment, cal assenyalar que, encara que implícits, també els principis de bona fe i equilibri de les prestacions són essencials.

Els particulars no tenen autoritat per a dictar la manera com els tribunals han de dur a terme els processos judicials, una qüestió que escau i queda reservada al legislador.

Vegeu el cas *LaPine Technology Corp. contra Kyocera Corp.*, respecte de la clàusula d'arbitratge que autoritza que els tribunals puguin dictar sentència sobre el laude, les conclusions del qual no tinguin el suport de proves substancials, o els raonaments de dret que resultin erronis. Les parts no poden modificar, per acord, l'abast de les disposicions processals sobre la revisió judicial continguda en la normativa processal dels tribunals. La Cort Suprema dels EUA va declarar que el principi de llibertat pel que fa a la perfecció d'un contracte privat té una relació estreta amb l'autonomia de les parts. Però, com a contracte, està regulat per les lleis, de manera que l'autonomia també és influïda per les lleis reglamentàries.

Observem com, en general, una de les tasques constants dels tribunals és preservar l'equilibri necessari entre el respecte al principi d'autonomia i el control formal del procediment.

2.4.2. La lliure disposició sobre la matèria

La lliure disposició sobre la matèria és un altre pressupost que possibilita la negociació, l'acord i, en general, la composició extrajudicial de les controvèrsies. Com a concepte jurídic indeterminat, és difícil de concretar de manera precisa. De vegades s'ha procurat confeccionar un catàleg casuista del que hi ha disponible; el resultat ha estat poc satisfactori i gens pràctic, perquè obliga a introduir contínues excepcions.

S'han fet esforços a delimitar el camp de la disponibilitat fixant les matèries que resulten indisponibles. En general, la majoria d'ordenaments jurídics admeten que resulten indisponibles les situacions jurídiques regulades per normes de caràcter imperatiu, perquè hi ha interessos públics tutelables i els seus processos de declaració es regeixen pel principi inquisitiu.

- La doctrina ha intentat concretar-ne l'elenc. Així, es consideren indisponibles:
- Les matèries relatives a l'estat civil de les persones.
- Les relatives a la seva capacitat, incapacitats.
- Les qüestions vinculades a l'edat, l'emancipació.
- La nacionalitat de les persones.
- La pàtria potestat i institucions de tutela (tutela, curatela, guarda, etc.).
- La paternitat, la filiació i relacions paternofilials, els aliments.
- L'adopció i el matrimoni.
- L'absència.

- Quan hi hagi indicis racionals de delicte.

Queden al marge del poder dispositiu, per tant, les qüestions sobre les quals les parts no poden decidir lliurement per si mateixes, o bé per la naturalesa de la relació jurídica, o bé perquè en virtut de la legislació aplicable són qüestions relacionades amb drets no negociables i que interfereixen en l'ordre públic, disposicions del dret de les persones i de família, del dret de la competència i també de drets vinculats a la protecció del consumidor. És acceptat també comunament com a límit general a la disponibilitat l'ordre públic i l'interès de tercers.

El límit relatiu a la imperativitat de les normes es tradueix en la necessitat de respecte de les normes de *ius cogens* de les quals es predica.

Finalment, cal recordar que el respecte de l'ordre públic exigeix que l'actuació de parts, tercers o òrgans extrajudicials no contravingui drets fonamentals o llibertats públiques constitucionalment reconeguts. L'ordre públic no impedeix *per se* la disponibilitat dels drets subjectius o de les relacions jurídiques, sinó que imposa límits: no escau la conclusió amb infracció de certes normes.

A més, en alguns ordenaments jurídics la mediació s'exclou per a determinades matèries o situacions:

- En casos de violència domèstica, quan l'agressor conviu amb la víctima.
- En delictes greus o en delictes en els quals no escaigui el perdó de l'ofès, o els que tenen una important transcendència social.
- En matèria penal de vegades s'expressa que la mediació pot tenir lloc solament davant delictes no considerats greus per la llei, o que es persegueixin per querrela necessàriament i en els quals el perdó de l'ofès extingeix l'acció o sanció penal, o pel que fa a la reparació del dany.

Respectats els límits assenyalats, podem afirmar que l'àmbit dels assumptes que els particulars poden resoldre mitjançant mecanismes extrajudicials de resolució és extens i inclou tot el dret privat: conflictes interpersonals, civils, de família, arrendaticis, veïnals, comunitaris, de responsabilitat civil, responsabilitat mèdica, defectes en els productes, consumidors, construcció, medi ambient, esport, discriminació racial, drets humans, agricultura, àmbit escolar, àmbit laboral i penal són alguns exemples.

En l'àmbit penal, concretament, l'objectiu de la justícia restaurativa no és substituir el procés penal ni entrar en col·lisió. De fet, aquests programes se solen desenvolupar en els casos en què el delinqüent admet culpa. No s'empra a fi de determinar la culpabilitat. La finalitat és obtenir quatre objectius essencials:

Nota

En sentit diferent, admetent la mediació fins i tot en el cas de violència familiar, la Llei peruana 26872/1997, de 13 de novembre, en aquests casos assenyala que és nul qualsevol acord que impliqui una renúncia de drets o que legitimin els actes de violència.

Vegeu també

Vegeu la legislació de l'estat d'Aguascalientes, Durango, Guanajuato, i del Districte Federal de Mèxic, per exemple.

- 1) La **trobada** entre les parts. Víctimes, delinqüents i membres de la comunitat tindran una oportunitat d'iniciar una conversa sobre el delictes i les seves conseqüències.
- 2) La **reparació**. Amb el programa restauratiu es persegueix també que els delinqüents es responsabilitzin de les conseqüències i prenguin mesures a fi de reparar el dany que hagin causat.
- 3) La **reintegració**. Víctimes i delinqüents obtenen una oportunitat de reintegrar-se en la societat.
- 4) La **inclusió**. Les parts participen activament en la construcció d'una solució al seu problema.

3. Marc normatiu i principis

3.1. Marc normatiu

3.1.1. Normativa internacional

Un dels primers instruments legals internacionals que van contribuir a fer un pas significatiu en el reconeixement de les modalitats extrajudicials de resolució va ser sens dubte el Conveni de la Haia per a l'arranjament pacífic de les controvèrsies internacionals, fruit de la Primera Conferència de Pau a escala internacional feta l'any 1899. Aquest conveni va procurar a la comunitat internacional un primer reglament per a regular els arbitratges i va impulsar la creació d'un mecanisme permanent a la Haia que permetés constituir tribunals arbitral: la Cort Permanent d'Arbitratge. La Convenció Internacional sobre el reconeixement i l'execució de les sentències arbitral estrangeres, aprovada en una conferència diplomàtica convocada per les Nacions Unides a Nova York l'any 1958, va contribuir després a la consagració articulant un eficaç instrument de reconeixement de les resolucions arbitral en el tràfic internacional per a les transaccions comercials transfrontereres. La convenció esmentada ha permès incrementar la confiança en les decisions vinculants fruit dels acords arbitral.

Exemple

El seu Reglament (1976) i la Llei model CNUDMI sobre arbitratge comercial internacional (1985), i també les esmenes adoptades l'any 2006 i 2010 per a l'actualització de contingut d'acord amb les noves necessitats de l'entorn virtual, han servit de model per als estats i han estat clau en el procés d'harmonització i de modernització de les legislacions nacionals en matèria de procediment d'arbitratge comercial internacional.

En l'àmbit penal cal destacar la Carta de les Nacions Unides de 1945, l'article 33 de la qual expressa que "les parts en una controvèrsia la continuació de la qual sigui susceptible de posar en perill el manteniment de la pau i la seguretat internacionals han de tractar de buscar-li solució, abans de res, mitjançant la negociació, la recerca, la mediació, la conciliació, l'arbitratge, l'arranjament judicial, el recurs a organismes o acords regionals o altres mitjans pacífics d'elecció seva".

Després de les Regles mínimes per a l'administració de justícia juvenil de les Nacions Unides (Regles de Beijing, 1985), la Declaració de les Nacions Unides sobre principis bàsics de justícia per a les víctimes del crim i de l'abús de poder (1985), la Convenció de les Nacions Unides sobre els Drets del Nen (1989), les Regles mínimes de les Nacions Unides per a la protecció de menors privats de llibertat (1990), les Recomanacions del Consell d'Europa sobre la po-

sició de la víctima en l'estructura del procediment i llei penal (R85/11, 1985), l'assistència a les víctimes i prevenció de la victimització (R87/21, 1987), i la Convenció Europea sobre la Compensació a les Víctimes de Crims Violents (1984), la International Network for Research on Restorative Justice for Juvenils va emetre a Lovaina, Bèlgica, el 13 de maig de 1997, una declaració en el si de la Conferència sobre Justícia Reparativa per a Joves, "Potencialitats, riscos i problemes per a la recerca", va recollir alguns dels punts principals de discussió, va posar de manifest l'interès del món científic i la seva creença en la potencialitat de la justícia reparativa per a oferir una resposta constructiva al crim, va encoratjar els líders polítics a procedir als canvis necessaris en el sistema per a implementar adequadament aquest concepte i va emetre **diverses propostes** que es condensen a continuació:

- El crim, en primer lloc, hauria de ser tractat com un dany a la víctima, una amenaça a la pau i seguretat de la comunitat i un desafiament per a l'ordre públic de la societat.
- Les reaccions al crim haurien de contribuir a la disminució del dany, amenaces i desafiaments. La mera resposta retributiva no solament augmenta la quantitat total de dany, sinó que també és insuficient per a satisfer les necessitats de les víctimes, promou el conflicte en la comunitat i, rarament, promou la seguretat pública. La tendència envers respostes més punitives al crim juvenil és, per tant, contraproduent.
- Les reaccions al crim haurien de considerar plenament la capacitat econòmica del delinqüent, incloent-hi la seva obligació a contribuir a la reparació del dany i la pau i el seu dret a gaudir de tots els drets als quals tots els membres de la societat estan autoritzats. Una resposta purament rehabilitadora sovint no és aconsellable, ja que pot burlar la possible responsabilitat del delinqüent i no pot oferir un marc adequat per a la salvaguarda legal. És, per tant, important que l'enfocament rehabilitador als delinqüents sigui voluntari i no imposat judicialment.
- La funció principal de la reacció social al crim no és castigar, sinó col·laborar amb les mesures que promocionin la reparació del dany ocasionat pel delictes. Es diu, per tant, justícia reparativa.
- Tots els tipus de dany són susceptibles de reparació, incloent-hi els materials, psicològics, físics i danys relatius a les víctimes individuals, pèrdues en la qualitat de les relacions i vida social en la comunitat i la disminució de l'ordre públic en la societat.
- El paper de les autoritats necessita estar limitat a contribuir a les condicions per a la resposta reparativa al crim, salvaguardar la correcció dels procediments i el respecte als drets legals individuals, imposar la coerció judicial, en situacions en què les accions reparatives voluntàries no siguin mantingudes i sigui necessària una resposta al delictes, organitzar els pro-

cediments judicials en les situacions en les quals el delictes i la reacció pública a aquest siguin de tal naturalesa que la mera regulació informal voluntària sigui insuficient.

- La víctima té el dret d'escollir lliurement si participa o no en el procés de justícia reparativa. La possibilitat d'aquest procés sempre s'hauria d'oferir d'una manera realista. Si la víctima accepta, hauria de tenir l'oportunitat d'expressar completament les seves queixes per a fer recompte complet de qualssevol danys i les pèrdues patides. Una negativa a cooperar no ha d'impedir les víctimes la possibilitat de ser rescabalades mitjançant el procediment judicial.
- El delinqüent no pot ser implicat en cap procés reparatiu voluntari, tret que accepti lliurement la responsabilitat pel dany ocasionat pel delictes.
- Si la víctima refusa cooperar en el procés de justícia reparativa, el delinqüent, no obstant això, en primer lloc hauria de ser implicat en alguna manera de resposta reparativa, com la contribució a la víctima o servei comunitari.
- La realització d'un procés reparatiu amb la víctima particular no pot completar la reacció reparativa, si la comunitat mateixa n'és una part afectada. El delinqüent pot ser obligat a fer un servei comunitari, que funciona com una reparació simbòlica o real del dany fet a la comunitat.
- Dins de les regles del procés oportú, i proporcionalment i tant com sigui possible sense obstruir la resposta reparativa mateixa, l'acció envers els joves delinqüents hauria de contribuir tant com sigui possible a la reintegració i la reinserció.
- La implementació d'un procés reparatiu, des de dins o des de fora del sistema judicial, no hauria de limitar la disponibilitat de tractament, assistència i suport voluntari al delinqüent juvenil o la seva família des d'agències que operin fora del sistema judicial.
- Si en interès de la seguretat pública es considera necessària la inhabilitació d'un delinqüent, el delinqüent, no obstant això, hauria de ser estimulat per a emprendre accions reparatives des del seu lloc d'empresonament. Aquestes accions poden prendre la forma d'oferiment de disculpes, participació en programes de mediació o realització de serveis en benefici de la víctima, una fundació per a víctimes o la comunitat.
- Cada intervenció coercitiva pública, tant si té finalitats reparatives com si no, únicament hauria de ser feta per una instància judicial, d'acord amb unes regles processals clares.

- El resultat de qualsevol procés reparatiu no hauria de violar la màxima que ha d'estar en proporció a la serietat del dany que s'ha ocasionat i la responsabilitat i les capacitats del delinqüent.
- Les autoritats haurien de fer seriosos esforços per facilitar respostes reparatives al crim juvenil. Aquests inclouen: remodelar el sistema juvenil de justícia a fi de millorar les oportunitats per a les respostes reparatives dins i fora del sistema, proveir les agències necessàries en la comunitat equipades per a dur a terme aquestes accions, promocionar el desenvolupament de metodologies adequades per a la implementació de processos reparatius, crear oportunitats per a l'educació i l'entrenament del personal que es responsabilitzarà de la implementació dels processos reparatius, promoure la investigació científica i el seu reflex en treballs sobre justícia reparativa.
- En col·laboració amb els professionals i els investigadors científics en justícia reparativa, cal tenir en compte la reacció científica als processos i resultats pràctics i experimentacions en procés i fer suggeriments per a noves experimentacions, construir les teories que puguin conduir a un coneixement més profund dels processos, integrant les pràctiques separades en una estructura coherent i augmentant l'aparença innovadora de l'enfocament reparatiu, contribuir al desenvolupament de metodologies adequades per a la implementació dels processos reparatius, investigar els contextos culturals i estructurals que operen actualment en el sistema judicial, en la comunitat i en la societat, que determinen les oportunitats existents per a la justícia reparativa i destacar els possibles camins per a millorar-les, fomentar les reflexions sobre les bases eticosociològiques de la justícia reparativa, examinar el context legal de la justícia reparativa i buidar l'abast pel que fa a les salvaguardes legals.

Aquesta declaració va constituir la principal directriu de la comunitat internacional per al desenvolupament de la disciplina des d'un punt de vista conceptual i pràctic i va facilitar el camí de la futura *Declaració de principis bàsics de l'ús de programes de justícia restaurativa del Consell Econòmic i Social de les Nacions Unides* (ECOSOC) l'any 2002.

També a **Europa** cal destacar algunes iniciatives importants dirigides a impulsar processos facilitadors en matèria penal. Així:

- La Recomanació (83) 7, de 23 de juny de 1983, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, per mitjà de la qual Europa recomana la indemnització a la víctima feta pel delinqüent. Així mateix, la posterior Recomanació (85) 11, de 28 de juny de 1985, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, sobre la posició de la víctima en el dret penal i el procés penal aposta per la reparació i insta els països membres perquè valorin els avantatges de la mediació i la conciliació.

- La Recomanació (87) 21, de 17 de setembre de 1987, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, sobre l'assistència a les víctimes i la prevenció de la victimització, en les accions concretes de la qual es preveu la mediació.
- La Recomanació (95) 12, sobre la gestió de la justícia penal, en la qual se subratlla el paper de la mediació i la simplificació del procediment penal en la superació de les dificultats del sistema de justícia penal.
- I la Recomanació (99) 19, de 15 de setembre de 1999, per mitjà de la qual es van fixar els principis aplicables a la mediació penal. Aquest instrument deixa un gran marge de maniobra als estats membres perquè procurin una regulació de la mediació penal que conciliï les directrius, principis i recomanacions amb la tradició jurídica de cadascun dels estats. Aquesta recomanació (99) 19 posa en relleu la necessitat que la legislació ofereixi una bona resposta a la legítima pretensió de les víctimes de participar personalment en els procediments penals, faci valer la seva veu, obtingui excuses i sigui reparada. Després de la seva publicació, el Consell de la Unió Europea va adoptar la Decisió marc (2001/220/AI), relativa a l'Estatut de les víctimes en el marc dels procediments penals, de 15 de març, en l'article 10 de la qual s'estableix que els estats membres han d'introduir la mediació penal en els processos que considerin oportú.
- L'any 2000, el Fòrum Europeu de Justícia Restaurativa (European Forum for Restorative Justice) va generar un conjunt de treballs sobre la teoria, les experiències i les pràctiques de mediacions entre víctima i infractor i justícia restaurativa als diversos països d'Europa. Aquesta producció va abordar qüestions d'índole teòrica sobre la justícia restaurativa, la participació comunitària en la mediació, l'ètica i les bones pràctiques en matèria de justícia restaurativa, les condicions legals i processals per al desenvolupament, directrius per a futures investigacions, la pràctica real de la mediació penal i justícia restaurativa en vuit països (Àustria, Bèlgica, Finlàndia, França, Alemanya, Noruega, Polònia i el Regne Unit): antecedents històrics, context jurídic i polític, aplicació pràctica, avaluació, investigació i desafiaments per al futur.
- Amb posterioritat, cal destacar la Recomanació (2006) 8, d'assistència a les víctimes, en l'apartat 13 de la qual s'expressa que els organismes haurien de tenir en compte les possibilitats que ofereix la mediació entre víctima i delinqüent, tenint en compte els possibles beneficis que aquesta pot significar per a la víctima. Els interessos de la víctima han de ser estudiats acuradament per a decidir l'inici d'una mediació, i caldrà donar la deguda atenció als beneficis i riscos potencials per a la víctima. Per a això s'haurien d'adoptar normes clares per a protegir els interessos de les víctimes: analitzant la capacitat de les parts per a donar un consentiment lliure, tractant les qüestions de confidencialitat, l'accés a un assessorament independent, la possibilitat de retirar-se del procés en qualsevol moment i la competència dels mediadors. Aquesta mateixa Recomanació subratlla

la importància del respecte a la confidencialitat i suggereix que els estats exigeixin que tots els organismes, ja siguin legals o no governamentals, en contacte amb les víctimes, adoptin normes clares que protegeixin aquest principi. Així mateix, insta a fer que la divulgació a tercers de la informació relativa a la víctima solament s'admeti en els casos que la víctima hagi donat el consentiment exprés per a això, o bé que hi hagi un requisit legal o autorització per a fer-ho, es dictin normes clares que regeixin la divulgació, i s'estableixin procediments de denúncia per a fer front a suposades violacions de les normes.

- Més recentment (7-12-2007) la Comissió Europea per a l'Eficiència de la Justícia (CEPEJ), constatant que en l'àmbit de la mediació penal s'han produït diferències considerables d'implantació i seguiment de la Recomanació (99) 19, ha procedit a dictar unes directrius no vinculants per a la implementació millor de la Recomanació esmentada:
 - Suggereix establir mecanismes per a l'avaluació externa i interna de les mediacions que es duen a terme, amb la finalitat de poder assegurar la qualitat en la mediació, bàsica per a la transmissió de confiança al públic en general.
 - Recomana així mateix als estats membres que duguin a terme estudis i desenvolupaments sobre aquest tema, i sobre les necessitats especials de la víctima, atès el desequilibri de poder entre víctima i agressor.
 - Atenent al respecte necessari del principi de confidencialitat, subratlla que aquest deure de ser vinculant per al mediador en totes les fases del procés de mediació, i també després de la finalització. Si el deure de confidencialitat cedeix davant determinats supòsits, aquests han de ser definits clarament en la legislació dels estats membres. Els estats membres han de proveir de garanties legals perquè la confidencialitat en la mediació sigui una realitat. La vulneració d'aquest principi s'ha de considerar una falta disciplinària i ha de comportar una sanció adequada.
 - En mediació internacional proposa que els descàrrecs que es fonamentin en un acord de mediació adquireixin el mateix estatus que les decisions judicials, si són presos per personal oficial judicial. Aquesta decisió haurà de precloure la persecució respecte dels mateixos fets feta per un altre estat membre.
 - I amb vista a créixer l'interès i la confiança de víctima i agressor en la mediació, convida els estats a adoptar mesures orientades al següent: informar les parts sobre els seus drets; assegurar que el consentiment és lliure i informat; transmetre informació precisa sobre el procés de mediació, els drets i obligacions dels usuaris, els efectes legals de la mediació, les conseqüències; i en casos de víctimes particularment vulnerables, assegurar a aquesta que la mediació serà conduïda sense contacte amb l'agressor.

3.1.2. L'Amèrica Llatina

Els ordenaments jurídics dels països llatinoamericans han heretat, en certa manera, els patrons dels sistemes jurídics espanyol i portuguès i, en conseqüència, les seves tradicions jurídiques responen al dret continental o *civil law*. No pocs països han desenvolupat normativa específica reguladora dels mecanismes de RAL i es mostren receptius a aquestes noves manifestacions. Un tema de particular interès i preocupació per a aquestes nacions és la idea d'independència dels organismes que ofereixen processos extrajudicials de resolució.

En aquestes nacions *mediació* i *conciliació* sovint s'utilitzen indistintament per a referir-se tant a les pràctiques com als procediments i s'observa un fenomen generalitzat de juxtaposició terminològica. En matèria civil, la consolidació d'un terme com a expressió o fórmula és una realitat que provoca la desaparició progressiva o l'"absorció" de l'altre terme.

En molts països de l'Amèrica Llatina els acords de mediació gaudeixen d'executivitat i les cambres de comerç han adoptat iniciatives tendents a la implantació de mecanismes extrajudicials amb la finalitat de promoure els negocis i la confiança dels inversors. Cal esmentar en aquest sentit els esforços fets pel Banc Interamericà de Desenvolupament (BID), destinats a la resolució de controvèrsies comercials, o per l'Institut Llatinoamericà de Comerç Electrònic (ILCE), per a l'impuls d'una iniciativa de sistemes en línia dirigits al comerç transnacional.

3.1.3. Continent asiàtic

Els països asiàtics es troben adscrits principalment a la tradició jurídica del *common law*, encara que alguns, com el Japó, també tenen notables influències del dret civil continental. La influència dels països europeus i dels Estats Units no és gens menyspreable. La mediació a la Xina i el Japó preveu un perfil de professional molt similar al concepte occidental de conciliador, motivat pel fet que aquest exerceix un paper més actiu. D'altra banda, els mediadors poden, en aquest àmbit geogràfic, exercir el paper d'àrbitres i decidir si les parts no arriben a un acord, això sense que generi problemes deontològics particulars. A la Xina i el Japó la negociació, la mediació i l'arbitratge són pressupòsits processals previs abans de sotmetre els litigis civils i comercials als tribunals.

3.1.4. Els països africans

La majoria de les iniciatives desenvolupades en aquest continent es troben en països de la conca del Mediterrani. A Egipte, el Centre Regional d'Arbitratge Comercial del Caire ha aprovat un conjunt de normes d'autoregulació dels processos de mediació, amb referències detallades sobre la confidencialitat i sense límits, com l'obligació de revelar qualsevol informació que pugui comprometre la independència o la imparcialitat del mediador. No pocs països

africans han promulgat lleis amb la finalitat d'establir un marc jurídic adequat per a la pràctica de l'arbitratge, sens dubte el mecanisme RAL més reconegut en aquest continent.

3.1.5. Europa. La Unió Europea

La distinció formal entre les diferents modalitats de resolució extrajudicial és més accentuada a Europa que en altres contextos geogràfics. La mediació es considera una activitat de facilitació, mentre que en el procés de conciliació el paper del tercer resulta molt més actiu, avalua i pot també suggerir formalment possibles solucions a les parts. És interessant observar, des del punt de vista de l'originalitat, una variant practicada i regulada en alguns països en virtut de la qual un tercer auxilia les parts en la cerca d'una solució. Si aquestes accepten la solució que proposa, el resultat passa a adquirir força vinculant i executiva com si es tractés d'un laude. Resulta significatiu també que en alguns països europeus l'acord aconseguit per mitjà d'una mediació pot arribar a ser títol executiu.

La Unió Europea i el seu Tractat parteixen de la premissa segons la qual un mercat comú europeu beneficia el ciutadà europeu. En conseqüència, el Tractat de la Unió Europea legitima àmpliament els seus òrgans per a promulgar disposicions en matèria de dret de la competència i dret dels consumidors. D'aquesta manera, la legislació de la Unió Europea regula també, en l'àmbit del dret privat, el dret dels consumidors i les lleis contractuals, atès que els contractes són mecanismes efectius de control del mercat.

El sistema desenvolupat es fonamenta en quatre regles bàsiques:

- 1) informació i consentiment informat del consumidor;
- 2) transparència dels termes i clàusules contractuals;
- 3) veracitat de la publicitat i dels missatges;
- 4) i equitat en les relacions comercials, evitació de tècniques de venda agressives, equilibri contractual.

Després del Tractat de Lisboa, a més a més, la UE ha articulat la seva producció entorn del principi d'economia social de mercat, la qual cosa significa que aquest no és una fi en si mateix sinó que queda funcionalitzat perquè ha de cuidar la satisfacció de les necessitats dels consumidors. Aquesta perspectiva té un impacte significatiu en el model de concurrència, que no pretén ser perfecta sinó eficient en el sentit d'evitar monopolis i garantir la diversitat, l'equilibri i la pluralitat de professionals i empreses. De manera que, malgrat que el Tractat de la Unió Europea no proporciona un canal específic que permeti la unificació o l'harmonització del règim contractual general, aquest objectiu s'està assolint de manera indirecta en els últims temps per mitjà de la legislació emanada en

matèria de competència i també per mitjà de la tècnica de “màxima harmonització” en l’activitat de la Comissió, dirigida a la unificació de la normativa de protecció dels consumidors.

La Unió Europea es troba compromesa, així mateix, i des dels anys vuitanta, en la introducció de mecanismes efectius de resolució de les controvèrsies en les quals es troben involucrats consumidors. Les enquestes europees mostren que el consumidor es tendeix a resignar i a no exigir l’efectivitat dels seus drets davant les instàncies judicials després de l’anàlisi dels costos, perquè els procediments i l’execució de les decisions són excessivament cars, complicats i dilatats. Aquesta tendència és preocupant perquè manifesta un greu problema estructural. La falta d’eficàcia real de les previsions normatives dirigides a la protecció dels consumidors afecta avui la majoria dels ciutadans europeus. Per a la Comunitat Europea l’accés a la justícia és una bretxa entre la llei i la realitat, un dret humà i un requisit previ per a un sistema jurídic eficaç. La tutela judicial efectiva en aquest camp exigeix per tant, necessàriament, un accés fàcil a procediments extrajudicials, atès que els judicials no són una via adequada per als conflictes transnacionals d’escassa quantia i gran volum.

Animats per aquesta preocupació comuna, l’any 1993, la Comissió de la Unió Europea presenta el Llibre verd sobre l’accés del consumidor a la justícia i resolució de controvèrsies en matèria de consum al mercat únic, el qual subratlla que els estats membres han d’eliminar tot obstacle als consumidors i oferir-los instruments eficaços de justícia. És indicatiu d’aquesta inquietud que la Comissió mateixa definís anys abans (1996) un Pla d’acció sobre l’accés del consumidor a la justícia i la solució de controvèrsies en el mercat interior, i seguidament, el Consell de Ministres convidés la Comissió de les Comunitats Europees a preparar el Llibre verd sobre la resolució alternativa de conflictes en matèria civil i mercantil, on es fa especial esment en la comesa important dels procediments de RAL, que han de ser senzills i de baix cost per a garantir tant als ciutadans com a les petites i mitjanes empreses l’accés a la justícia. Paral·lelament, durant aquests anys s’aproven dues importants recomanacions sobre els principis que han de regir en els òrgans responsables de resolució extrajudicial de conflictes.

L’any 2005, la Unió Europea promou la creació d’una Xarxa de Centres Europeus del Consumidor (ECC-Net) amb la finalitat de proporcionar estructura de comunicació i suport a tots els ADR/RLL al servei dels consumidors. Actualment, per mitjà del Programa d’Estocolm, atribueix prioritat estratègica a aquests mecanismes que faciliten l’accés a la justícia i proposa eliminar tots els obstacles a la solució de les controvèrsies en matèria civil –particularment en l’àmbit dels consumidors– partint de la premissa que és necessari intervenir per a eliminar la barrera idiomàtica i potenciar les eines electròniques i els mitjans moderns de comunicació electrònica.

Des del punt de vista normatiu, cal afegir que la Unió Europea ha aprovat diversos textos legals que esmentem a continuació per ordre cronològic:

- La Recomanació 98/257/CE, dirigida als òrgans responsables de la solució de les controvèrsies de consum per mitjà de la intervenció activa d'un tercer (conciliació, arbitratge), que efectua indicacions sobre els principis rectors que haurien de regir l'activitat d'aquests.
- La Recomanació 2001/310/CE, per a facilitar els principis que haurien de ser aplicats als òrgans de resolució consensual dels litigis de consum (mediació).
- La Directiva 2008/52/CE del Parlament Europeu i del Consell, relativa a determinats aspectes de la mediació en matèria civil i mercantil, a fi d'ampliar l'ús de la mediació en l'àmbit transnacional.
- La Directiva 2013/11/CE, relativa a la resolució alternativa de litigis en matèria de consum (Directiva sobre RAL en matèria de consum), que estableix requisits de qualitat harmonitzats per a les entitats i els procediments de resolució alternativa amb la finalitat d'assegurar que els consumidors tinguin accés a uns mecanismes de recurs extrajudicial d'alta qualitat, transparents, efectius i justos, independentment del lloc en què resideixin a la Unió.
- I el Reglament 2013/524/CE sobre resolució de litigis en línia (Reglament de RLL en matèria de consum), que permetrà a consumidors i a comerciants l'accés gratuït a centres de resolució en línia en totes les llengües oficials de la UE. Aquesta plataforma és desenvolupada per la Comissió, que se'n responsabilitza així mateix del funcionament, incloses totes les funcions de traducció necessàries, del manteniment, el finançament i la seguretat de les dades amb què operi. Ha de ser gratuïta i fàcil d'utilitzar per als usuaris, inclosos els més vulnerables ("disseny per a tothom") i consisteix en una finestra única, un lloc d'Internet interactiu al qual es podrà accedir de manera electrònica en totes les llengües oficials de les institucions de la Unió. La plataforma exercirà les funcions següents: facilitar un formulari electrònic de reclamació, informar de la reclamació a la part reclamada, determinar l'entitat o entitats de resolució alternativa competents i transmetre la reclamació a l'entitat de resolució alternativa que les parts hagin acordat utilitzar. Així mateix, oferirà gratuïtament un sistema electrònic de tramitació d'assumptes que permeti a les parts i a l'entitat de resolució alternativa tramitar en línia el procediment de resolució de litigis per mitjà de la plataforma de resolució de litigis en línia.

La mediació en l'àmbit penal també té desenvolupaments importants a Alemanya, on es van iniciar cap al 1985 projectes experimentals en matèria de menors. A fi d'estimular aquesta activitat, el DAP (Associació Alemanya de Treball Social, Dret Penal i Política Criminal) ha creat una oficina de serveis de

resolució de conflictes per a la mediació víctima-delinqüent, a Colònia, amb el suport del Ministeri Federal de Justícia i altres autoritats. La iniciativa la solen prendre els fiscals (70%), mentre que solament un 4% les inicia la víctima o els delinqüents. La major part dels assumptes resolts per mitjà de la mediació penal respon a lesions corporals i crims violents, i segueixen després els casos de robatori, frau i danys a la propietat. També Finlàndia, Luxemburg, França, Irlanda, Letònia, Eslovènia, Suècia, Dinamarca i Noruega tenen implantats serveis de mediació en matèria penal. A Dinamarca és requisit necessari per a iniciar un procés de mediació penal en què l'agressor admeti el seu crim. Aquestes mediacions solen ser complementàries de la justícia penal, però de vegades és alternativa (cas de Noruega). En aquestes mediacions els acords persegueixen que l'agressor presenti disculpes a la víctima i s'estableixin mesures per a la restauració psicològica i econòmica de la víctima. A Bòsnia i Hercegovina, la mediació penal es limita a la reclamació de danys derivats de delictes.

3.2. Principis que governen els mecanismes extrajudicials de resolució

Per mitjà de la Declaració de principis bàsics d'ús de programes de justícia restaurativa de l'ECOSOC, l'any 2002 el Consell Econòmic i Social va demanar a la Comissió de Prevenció del Delicte i Justícia Penal que estudiés la conveniència de formular normes de les Nacions Unides en matèria de mediació i justícia restaurativa.

La Resolució 2000/14, de 27 de juliol de 2000, titulada "Principis bàsics sobre la utilització de programes de justícia restaurativa en matèria penal", eleva una petició al secretari general perquè recapti observacions dels estats membres i les organitzacions intergovernamentals i organitzacions no governamentals, i també institucions de les Nacions Unides en matèria de prevenció del delicte i justícia penal, en la conveniència i els mitjans d'establir principis comuns per a la utilització de programes de justícia restaurativa en matèria penal.

Per a això es va prendre nota de debats sobre justícia restaurativa anteriors:

- Resolució de les Nacions Unides, sobre prevenció del delicte i tractament del delinqüent, feta en el marc del tema del programa titulat "Delinqüents i víctimes".
- Resolució 56/261, de 31 de gener de 2002, "Plans d'acció per a l'aplicació de la Declaració de Viena sobre la delinqüència i la justícia: enfront dels reptes del segle XXI".
- La acció de la justícia restaurativa per a donar seguiment als compromisos contrets en el paràgraf 28 de la Declaració de Viena.

Vegeu també

Vegeu la Resolució 1999/26, de 28 de juliol de 1999, titulada "El desenvolupament i l'aplicació de la mediació i la justícia restaurativa mesurades en matèria de justícia penal".

Vegeu també

Vegeu el Desè Congrés de les Nacions Unides sobre Prevenció del Delicte i Tractament del Delinqüent, Viena, 10-17 d'abril de 2000.

- La tasca del Grup d'Experts en Justícia Restaurativa en reunió d'Ottawa del 29 d'octubre a l'1 de Novembre de 2001.
- L'informe del secretari general sobre justícia restaurativa.
- I l'informe del Grup d'Experts sobre Justícia Restaurativa.

Aquesta declaració recorda en primer lloc que s'ha produït a tot el món un creixement significatiu d'iniciatives de justícia restaurativa i subratlla el fet que la justícia restaurativa és una resposta evolutiva al delictes que respecta la dignitat i igualtat de cada persona, es basa en l'enteniment i promou l'harmonia social mitjançant la recuperació de les víctimes, els delinqüents i les comunitats.

Destaca també que aquest enfocament permet als afectats pel crim compartir obertament els seus sentiments i experiències, i té com a objectiu fer front a les seves necessitats. Ofereix a les víctimes l'oportunitat d'obtenir reparació i sentir-se més segures. Al seu torn, permet als ofensors comprendre les causes i els efectes del seu comportament i assumir-ne la responsabilitat. Per la seva banda, permet a les comunitats comprendre les causes subjacents de la delinqüència, per a promoure el benestar de la comunitat i per a prevenir la delinqüència.

Manifesta que la justícia restaurativa posa a l'abast de les parts instruments flexibles en la seva adaptació a la justícia penal que complementen aquests sistemes, tenint en compte les circumstàncies socials, legals i culturals, sense que se'n desprengui que la utilització de la justícia restaurativa pugui menyscabar el dret dels estats a processar els presumptes delinqüents.

I acaba assenyalant els principis i directrius que han de guiar l'activitat dels facilitadors, que complementen l'elenc de principis inspiradors de les modalitats alternatives de resolució de les controvèrsies, que es descriuen a continuació.

3.2.1. El principi de llibertat i autonomia

La voluntat de les parts d'iniciar i participar en un procés extrajudicial és un aspecte clau i premissa fonamental per al desenvolupament. Tot procés extrajudicial de resolució deu la seva existència a la convenció de les parts i la seva voluntat de vincular-se. El principi de llibertat i autonomia està estretament vinculat a la necessitat d'informació i de transparència.

En matèria penal, es requereix també que les parts (víctima i delinqüent) estiguin d'acord en els fets fonamentals de l'assumpte, que constituirà la base per a la seva participació en el procés restituti.

Vegeu també

Vegeu la Resolució de les Nacions Unides 2002/12, de 24 de juliol, de principis bàsics per a l'aplicació de programes de justícia restitutiva en matèria penal.

Els acords han de ser voluntaris i contenir només obligacions raonables i proporcionades. La víctima i el delinqüent han d'estar d'acord en els fets bàsics del cas, com a base per a la participació en un procés restauratiu.

En cap cas la participació del delinqüent es pot utilitzar com a prova d'admissió de culpabilitat en procediments jurídics ulteriors.

El reconeixement dels fets en matèria penal, més que un principi, és una premissa o pressupost perquè es pugui dur a terme un procés de mediació: el reconeixement dels fets principals de l'assumpte per totes dues parts.

3.2.2. El principi de confidencialitat

Àmpliament reconegut en l'àmbit internacional, la confidencialitat és, sens dubte, ràtio de l'èxit d'aquests sistemes extrajudicials. Constitueix un valor absolutament central que ha de ser preservat costi el que costi.

De conformitat amb aquest principi les parts, intervinents, experts i proveïdors de serveis tenen l'obligació de no desvelar dades, secrets ni comunicacions relatius al procés. Tret que les parts convinguin una altra cosa, o bé que per llei sigui necessari, tota aquesta informació ha de ser considerada confidencial. En l'àmbit de la justícia restaurativa, les deliberacions i discussions en els processos restauratius que es duguin a terme en públic tenen caràcter confidencial i no han de ser revelats posteriorment, tret que hi hagi acord de les parts o ho exigeixi la legislació nacional.

Comporta, entre altres:

- 1) La no-revelació de les declaracions formulades i de la informació obtinguda durant el procediment.
- 2) La destrucció de tota informació presentada o produïda durant el procés, i també de tots els documents intercanviats, amb excepció de la correspondència formal.
- 3) La prohibició d'utilització durant un procés judicial de les declaracions o informació intercanviades. Aquestes obligacions recauen, en primer lloc, sobre les parts, que poden, no obstant això, derogar-la de comú acord; però també sobre els experts, els quals no poden ser obligats a atestar o a informar sobre el procés, posicions sostingudes per les parts, o concessions que aquestes estaven disposades a acceptar, si escau. Això significa que s'estén objectivament a qualsevol informació sobre el procés, del contingut i de les comunicacions anteriors, contemporànies i posteriors.

Vegeu també

Vegeu la Declaració de principis bàsics d'ús de programes de justícia restaurativa de l'ECOSOC, 2002.

Vegeu també

Vegeu la Declaració de principis bàsics d'ús de programes de justícia restaurativa de l'ECOSOC, 2002.

En raó d'aquest principi els arguments, informació o proves poden circular entre les parts interessades solament amb caràcter confidencial, tret que hi hagi un acord per a presentar aquesta informació a altres persones. La majoria de les legislacions han regulat jurídicament aquest aspecte, i estableixen disposicions obligatòries i límits per raó de tipus públic i interès general.

Una altra preocupació que afecta la confidencialitat és, sens dubte, la necessitat de transparència respecte de les persones i organismes que ofereixen serveis de resolució, perquè la transparència i la revelació de certa informació poden entrar en conflicte, una qüestió que requereix ser tractada casuísticament duent a terme un exercici de ponderació.

La terminologia no és sempre uniforme i de vegades la confidencialitat està identificada amb privacitat, amb secret i amb qüestions de seguretat, atès que la confidencialitat implica privacitat de les actuacions i està estretament relacionada amb l'exigència de seguretat dels sistemes.

En l'àmbit de la justícia restaurativa, la confidencialitat s'estén al fet de la participació del delinqüent. Aquesta no pot ser utilitzada com a prova d'admissió de culpabilitat en procediments judicials ulteriors.

Així mateix, en l'àmbit de la justícia restaurativa penal la confidencialitat es troba principalment al servei dels interessos de les víctimes, de manera que la divulgació a tercers de la informació relativa a la víctima solament s'admet en els casos en què la víctima hagi donat el seu consentiment exprés per a això o bé hi hagi un requisit legal o autorització per a fer-ho i es dictin normes clares que regeixin la divulgació i s'estableixin procediments de denúncia per a fer front a suposades violacions de les normes (en aquest sentit, vegeu, per exemple, la Recomanació del Comitè Europeu (2006) 8, d'assistència a les víctimes).

Alguns ordenaments disposen conseqüències penals davant l'incompliment de les obligacions esmentades. L'article 199 del nostre Codi penal disposa que el qui reveli secrets aliens, dels quals tingui coneixement per raó del seu ofici o les seves relacions laborals, o el professional que amb incompliment de la seva obligació de sigil o reserva divulgui els secrets d'una altra persona, ha de ser castigat amb pena de presó, multa, i fins i tot la inhabilitació especial per a aquesta professió per un cert temps.

La confidencialitat no arriba al contingut dels acords quan el coneixement sigui necessari per a aplicar o executar aquest acord.

La confidencialitat no es troba tampoc renyida amb l'obligació que pesa sobre aquesta, en alguns ordenaments jurídics, de conservar la documentació relativa al procés durant un cert temps.

La confidencialitat s'exceptua quan:

Vegeu també

Vegeu la Resolució de les Nacions Unides 2002/12, de 24 de juliol, de principis bàsics per a l'aplicació de programes de justícia restitutiva en matèria penal.

Nota

En matèria penal, la Recomanació del Consell d'Europa (99) 19 afegeix que, en qualsevol cas, l'informe del mediador no ha de revelar el caire de les sessions de mediació, ni exposar cap judici sobre el comportament de les parts.

- Es tracta de processos penals en els quals es discuteix la possible responsabilitat del facilitador. Per a provar o refutar una reclamació o queixa per mala conducta o negligència.
- Calgui aclarir o interpretar l'abast de l'acord que s'hagi aconseguit concloure.
- Les parts renunciïn al privilegi o es fa amb el seu consentiment. O bé quan la divulgació es fa amb el consentiment de la persona que va donar la informació.
- Hi ha una amenaça de lesions corporals o la comissió d'un delictes de violència.
- S'utilitza per a planificar un crim o delictes, o per a ocultar un delictes en curs o quan es trobi en curs l'activitat delictiva.
- La divulgació és necessària per a informar les autoritats de la comissió d'un delictes o per a prevenir la comissió d'un delictes.
- La divulgació és exigida per llei.
- Es trobi en perill la vida d'una persona, la salut o la propietat, i la divulgació és necessària per a evitar o mitigar les conseqüències de la realització.
- Sigui necessari per raons imperioses d'ordre públic, en particular quan així ho requereixi la protecció de l'interès superior del menor o la prevenció de danys a la integritat física o psicològica d'una persona (Directiva 2008/52/CE).

En matèria penal el mediador ha d'assenyalar a les autoritats apropiades o a les persones afectades tota informació concernent amb la imminent comissió d'una infracció greu sobre la qual pugui tenir coneixement en el curs d'una mediació.

3.2.3. Els principis d'imparcialitat i independència

Els facilitadors han d'exercir les seves funcions de manera imparcial, amb el respecte degut a la dignitat de les parts.

Imparcialitat i *independència* són termes que s'associen sovint també. Dit això, no són totalment intercanviables. La imparcialitat es troba vinculada a l'activitat concreta del professional i prevé actituds de prejudici o escorament ideològic i personal –pla subjectiu.

Vegeu també

Vegeu la Resolució de les Nacions Unides 2002/12, de 24 de juliol, de principis bàsics per a l'aplicació de programes de justícia restitutiva en matèria penal.

Vegeu també

Vegeu la Declaració de principis bàsics d'ús de programes de justícia restaurativa de l'ECOSOC, 2002.

Independència, per contra, és un terme vinculat estretament als possibles conflictes d'interès entre els professionals o òrgans de resolució extrajudicial i alguna de les parts en conflicte –pla objectiu.

Mentre que la imparcialitat es predica de l'activitat de l'expert, la independència se sol exigir als òrgans responsables.

Pel que fa a la independència, en general es produeix una aparença de dependència si un àrbitre té un interès material en el resultat del litigi, si ha adoptat un punt de vista en relació amb aquest o si hi ha relacions entre un àrbitre i una de les parts. Qualsevol relació –econòmica, familiar o d'amistat– anterior o actual, directa o indirecta, entre un àrbitre i una part suscitarà dubtes raonables quant a la independència. La independència està renyida amb el conflicte d'interessos. L'aparença de parcialitat o independència es pot superar mitjançant la transparència, això és, per mitjà d'informació exhaustiva a les parts. Aquest deure de revelació s'hauria de mantenir durant la substanciació dels procediments pel que fa a nous fets o circumstàncies.

3.2.4. El principi d'equitat

Vol garantir que les parts tinguin les mateixes oportunitats per a fer valer els seus drets i que tots dos es trobin en igualtat de condicions. Els facilitadors assumeixen la important tasca de gestionar el poder de les parts i apoderar la més vulnerable amb la finalitat de reequilibrar les situacions d'asimetria. Per aquest motiu es pot afirmar que el contingut del principi d'equitat és diferent del principi de debat contradictori, predicable dels mètodes heterocompositius.

A escala internacional, la Resolució 2002/12, de principis bàsics per a l'aplicació de programes de justícia restaurativa en matèria penal, subratlla la necessitat de tenir en compte la possible desigualtat de posicions, les diferències culturals entre les parts i el mandat que en els programes de justícia restitutiva i processos restitutius s'apliquin salvaguardes bàsiques en matèria de procediment que garanteixin l'equitat envers el delinqüent i la víctima. Així, s'afirma que les diferències conduents a una desigualtat de posicions, i també les diferències culturals entre les parts, s'han de prendre en consideració en el cas concret quan es condueix un procés restauratiu.

Aquest principi és garantia processal fonamental per a víctima i ofensor i ha de ser aplicat a tot programa de justícia restaurativa i, en particular, en els processos de restauració tenint en compte el següent:

- Víctima i ofensor tenen dret a consultar amb un advocat sobre el procés restauratiu i, si escau, disposar de traducció o interpretació. Els menors, a més, tenen dret a l'assistència d'un pare o tutor.

Vegeu també

Vegeu la Declaració de principis bàsics d'ús de programes de justícia restaurativa de l'ECOSOC, 2002.

- Abans d'acceptar participar en els processos restauratius, les parts han de ser plenament informades dels seus drets, la naturalesa del procés i les possibles conseqüències de la seva decisió.
- Ni la víctima ni el delinqüent han de ser coaccionats, o induïts per mitjans deslleials, per a participar en els processos de restauració o per a acceptar resultats restauratius.

Aquests objectius es pretenen assolir:

- Evitant les diferències conduents a una desigualtat de posicions.
- Contrarestant les diferències culturals.
- Garantint la seguretat de les parts.

Així mateix, la Recomanació del Consell d'Europa (99) 19 inclou entre les seves indicacions que les disparitats relatives a certs factors com edat, maduresa o capacitat intel·lectual han de ser preses en consideració abans de decidir l'ús de la mediació.

La seguretat de les parts ha de ser també tinguda en compte en sotmetre un cas a un procés restauratiu.

3.2.5. El principi d'eficiència (efectivitat, rapidesa, economia)

En virtut d'aquest principi, els processos extrajudicials han de ser necessàriament senzills, comprensibles, ràpids, econòmics i han de gaudir d'efectivitat en termes de satisfacció de l'interès i necessitats de les parts.

D'aquesta manera, l'òrgan responsable del procediment no solament ha de tractar l'assumpte en el menor temps possible que permeti la naturalesa de la controvèrsia i revisar-ne periòdicament els avenços per garantir que aquesta sigui tractada amb promptitud i diligència, sinó, a més, ha de procurar que aquest sigui resolt de manera econòmica i buscant la plena satisfacció dels interessos de les parts en termes també d'eficàcia normativa.

Durada d'un procés

Segons una rellevant sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans (núm. 18.020/91, de 31 de març de 1992), la raonabilitat en la durada d'un procés s'ha d'avaluar tenint en compte les circumstàncies del cas, per la qual cosa la jurisprudència d'Estrasburg ha anat establint criteris de valoració com ara la complexitat del cas, la conducta del sol·licitant o la realització de les autoritats.

Així mateix, la conducta de les parts ha de ser revisada per l'òrgan responsable del procediment, per garantir que aquests s'han compromès en la cerca d'una solució adequada i justa per a la controvèrsia. Si la conducta d'una part és obstructiva, totes dues parts n'han de ser informades, amb la finalitat que puguin considerar la possibilitat de continuar amb el procediment, o bé resoldre'l.

És convenient, a les finalitats de l'obtenció de resultats, que els facilitadors provenguin de totes les categories de la societat, posseeixin un bon nivell de comprensió de les cultures i de les comunitats locals i tinguin qualitats relacionals i de judici. Són essencials en l'exercici de les seves funcions. Per a això és convenient que rebin formació inicial adequada abans d'assumir les seves funcions i que durant l'exercici d'aquestes s'actualitzin a fi d'assegurar un nivell adequat de competència.

En l'àmbit penal, la Resolució de les Nacions Unides 2002/12 insta els estats al fet que els acords assolits en programes de justícia restitutiva siguin incorporats a decisions o sentències judicials i que, quan ocorri així, els resultats tinguin la categoria de qualsevol altra decisió o sentència judicial i exclouin la possibilitat d'enjudiciar de nou pels mateixos fets.

3.2.6. El principi de transparència

La transparència implica un actuar sense vels, sense ocultar informació que pot resultar d'interès particular de les parts o fins i tot d'un col·lectiu. Constitueix, per tant, una extensió del principi de publicitat i informació, essencial per a la plena realització de l'autonomia de la voluntat i de la llibertat contractual. Aquest principi millora així mateix la confiança.

El principi de confidencialitat i el dret a la intimitat i protecció de les dades personals s'estableixen com a límits en l'aplicació d'aquest important principi, quan entren en conflicte, i s'han de ponderar, novament, cas per cas, l'abast de tots.

3.2.7. El principi de legalitat

Segons el principi de legalitat en sentit tradicional, tot exercici del poder ha de quedar sotmès a la constitució i a l'imperi de la llei. Garanteix la seguretat jurídica, evita l'arbitrarietat i procura el respecte dels drets fonamentals, l'ordre públic i l'interès general. Pel mateix principi de legalitat, totes les decisions han de ser comunicades a les parts interessades al més aviat possible, per escrit o de qualsevol altra manera apropiada, exposant els motius que les fonamenten.

3.2.8. El principi de neutralitat

S'entén que és neutral qui no du a terme valoracions prèvies sobre uns fets, no participa, no pren part, no s'alinea amb una determinada posició. Sota aquest fet important el facilitador no pot proposar formalment ni imposar solucions. Com recordarem, en sentit estricte, l'activitat mediadora és entesa com a activitat facilitativa, que no permet avaluar i, en conseqüència, efectuar propostes formals de solució. La neutralitat és un requisit predicable solament dels mecanismes autocompositius, en els quals intervé una tercera persona, i és condició o exigència que s'integra, en general, de manera implícita en els codis de conducta i normativa legal, en identificar els mediadors amb el terme

de *tercers neutrals*. No obstant això, com diem, no hi ha a escala internacional un consens sobre el que s'ha d'entendre per neutralitat. De manera que trobem textos que vinculen la neutralitat amb la independència i la imparcialitat dels experts.

Els facilitadors s'han d'assegurar que les parts actuïn amb mutu respecte per l'altre i que les parts puguin trobar una solució escaient entre si mateixos.

Els proveïdors de serveis estan també obligats a garantir una comunicació efectiva entre mediadors/conciliadors i parts, ja sigui conjuntament o per separat (*caucus*). I al revés, durant la fase d'arbitratge, cal assegurar que l'arquitectura del programari no permeti comunicacions per separat, atès que l'arbitratge és un mètode heterocompositiu de solució de controvèrsies subjecte a principis i requisits –com el principi de contradictori– dirigits a garantir que les parts implicades en un conflicte tinguin dret a presentar el seu punt de vista i puguin escoltar i conèixer els arguments i fets exposats per la contrapart.

Vegeu també

Vegeu la Declaració de principis bàsics d'ús de programes de justícia restaurativa de l'ECOSOC, 2002.

3.2.9. Regles del procés degut: principi de procés contradictori, audiència i igualtat d'armes

Aquestes regles van dirigides principalment a les modalitats de resolució extrajudicial heterocompositives i a aquelles en les quals el tercer adopta una posició activa, valora i proposa formalment solucions a les parts. Persegueix el respecte dels principis essencials de tot procés per evitar la indefensió i procura que tota persona gaudeixi de certs drets que garanteixin un resultat just, com permetre que totes dues parts tinguin les mateixes oportunitats de presentar els seus punts de vista davant l'òrgan competent i d'escoltar els arguments i fets exposats per la contrapart, i també les declaracions dels experts. El procés degut recull tres grans i essencials principis que responen a tres garanties processals: el principi de contradictori, d'audiència i d'igualtat d'armes.

El principi de procés contradictori

En virtut d'aquest principi, manifestació particularitzada del principi d'equitat del procediment i igualtat d'armes, els mètodes adversarials han d'assegurar, no solament que totes les parts puguin donar a conèixer el seu punt de vista, sinó, a més, que tinguin coneixement de tots els punts de vista i fets expressats per la resta de parts i intervinents. El fet que alguns processos no estableixin audiències presencials no implica *per se* una violació d'aquest principi. El principi contradictori, implícit en el primer, comporta la necessitat de respecte de la dualitat de parts i el dret a sostenir posicions jurídiques diferents.

El principi d'audiència

Entesa l'audiència com la possibilitat de ser escoltat per l'òrgan decisor, garanteix l'oportunitat que les parts puguin ser escoltades directament. Més que una obligació, constitueix un dret exercible per les parts si així ho volen.

Principi de representació

En virtut d'aquest principi, el procediment no podria privar les parts del dret a fer-se representar o acompanyar per un tercer en totes les etapes del procediment.

Principi de motivació, congruència i notificació deguda de les resolucions

Pel que fa a les resolucions que recaiguin en processos heterocompositius, és d'especial importància quan aquestes adquireixen el valor de cosa jutjada i els efectes propis d'una sentència. La motivació exigeix que la resolució expressi les raons de la decisió. La congruència demana que hi hagi una correlació entre les al·legacions i pretensions de les parts i la resolució recaiguda; en definitiva, que es resolguin les qüestions que hagin estat sotmeses a l'òrgan extrajudicial, i no altres. La notificació pretén garantir la tutela efectiva, i la legalitat de la resolució que és susceptible de ser impugnada per anul·lació, i evitar la inseguretat jurídica.

4. La mediació com a paradigma de modalitat autocompositiva

4.1. Concepte de mediació

La mediació constitueix la modalitat autocompositiva i extrajudicial de resolució de les controvèrsies per excel·lència. La podem definir tenint en compte el criteri de la Directiva comunitària 2008/52/CE, del Parlament Europeu, com un procediment estructurat, independentment del nom o denominació, en el qual dues o més parts en un litigi intenten voluntàriament assolir per si mateixes un acord sobre la resolució del seu problema amb l'ajuda d'un tercer expert. Aquest procediment pot ser iniciat per les parts, suggerit o ordenat per un òrgan jurisdiccional o prescrit per l'ordenament jurídic.

No s'inclouen en el concepte de mediació les gestions dutes a terme per un jutge en el si d'un procediment judicial perquè són extrajudicials. Aquesta qüestió, que havia resultat objecte d'apreciacions diferents entre la doctrina, sembla avui superada gràcies a les indicacions del legislador comunitari amb l'assenyalada Directiva comunitària 2008/52/CE, en disposar que "no inclou les gestions per a resoldre el litigi que l'òrgan jurisdiccional o el jutge competents per a conèixer-ne realitzin en el curs del procés judicial referent a aquest litigi".

La mediació ha tingut un càlid acolliment a Espanya en l'àmbit del dret privat, i en particular per a la resolució de controvèrsies de consum i de caràcter familiar derivades de les ruptures. Les comunitats autònomes han legislat extensament en matèria de mediació familiar. La mediació, entesa en sentit ampli, com a procés de resolució però també de gestió dels conflictes, s'aplica en àmbits i sectors tan diversos com el penal i penitenciari, el laboral, el comunitari i ciutadà, l'àmbit escolar, mediambiental o esportiu.

Amb la seva implantació es persegueix l'obtenció de solucions consensuades i efectives, que assegurin el compliment posterior dels acords i que preservin la relació futura entre les parts. En aquest sentit, cal subratllar que la mediació com a mecanisme autocompositiu ajuda les parts a resoldre les diferències, a procurar la satisfacció dels seus interessos, a facilitar els acords i a prevenir futures situacions conflictives al menor cost emocional i econòmic.

Aquesta modalitat convencional es basa en la lliure voluntat de les parts, en la confiança i en la confidencialitat, de manera que els estàndards de la pràctica i els principis s'articulen amb l'objectiu de contribuir positivament a la creació

d'aquest àmbit de confiança i de discreció. A aquests principis rectors s'han d'afegir altres identificadors de la mediació com ara el caràcter no adversarial i neutral de l'expert.

Ha estat assenyalat per alguns autors que la mediació no resulta recomanable en aquells conflictes en els quals hi ha una gran diferència de poder entre les parts. No obstant això cal dir, respecte d'aquest particular, que una de les funcions del mediador és, precisament, la gestió d'aquest poder, de manera que les parts puguin iniciar un diàleg constructiu en pla d'equilibri. Aquesta important comesa no és, de vegades, subratllada suficientment en el terreny teòric.

4.2. Models de mediació

L'estudi teòric dels conflictes i de les tècniques de negociació ha propiciat la generació de "models" que s'han utilitzat en la pràctica de la mediació. Els més coneguts i que disposen de més bibliografia són els següents:

a) El model directiu de l'Escola de Harvard. Consisteix en l'aplicació concreta de conceptes, recursos i mètodes eficaços de la negociació col·laborativa i cooperativa al camp de la mediació. Van ser desenvolupats en un programa de negociació de la Universitat de Harvard, d'aquí ve el seu nom. Els principis que regeixen la negociació col·laborativa van ser plasmats en una coneguda obra d'URY William¹⁶). Per mitjà d'aquest model, es va afermar la idea que l'èxit d'una negociació depenia de la capacitat de les parts per a plantejar interessos, en lloc de posicions. Segons aquest model, les parts han d'estar disposades a guanyar o perdre alguna cosa (transigir).

b) El model de mediació transformativa. Centra l'interès no tant en la resolució de la controvèrsia concreta, sinó en el canvi de la relació entre les persones, en la seva transformació. Per a això, fa ús de l'apoderament (*empowerment*), desenvolupament del potencial de canvi i habilitat de les persones i del reconeixement. Amb això es pretén transformar la imatge que les parts tenen de l'altre i d'ells mateixos, de manera que s'elimina la imatge competitiva i es transforma en relació col·laborativa. En aquest model no s'analitza el problema directament, sinó que se centra en l'aspecte subjectiu de les relacions. Aquest model va ser plantejat i desenvolupat per Joseph Folger i Baruch Bush.

c) El model de mediació circular-narrativa. Aplica la tècnica de l'externalització, consistent a expressar els problemes. Cada persona construeix una narrativa diferent sobre un mateix problema, la qual cosa dóna una idea de la seva visió. I és aquesta apreciació del problema diferent la que genera discussió, enfrontament. Es fonamenta en la teoria narrativa de Jerone Bruner i la teràpia narrativa de Michael White i David Epston, basada en el constructivisme, que estudia la relació entre el pensament i la realitat postulant que l'individu només pot construir models aproximats de la realitat. Segons aquest model, amb el llenguatge construïm i així mateix desconstruïm la

realitat. Per mitjà de la modificació de la narrativa dels fets podem, per conseqüència, canviar la percepció que tenim sobre aquests. El mediador ajuda les parts a construir una narrativa diferent per mitjà del diàleg i la comunicació.

4.3. Estratègies de mediació

L'èxit en la mediació implica necessàriament l'adopció d'estratègies consistents en el diàleg inclusiu (amb la participació de tots els actors, o, si escau, els sectors de la societat afectats, grups o col·lectius amb interessos, etc.) i col·laboratiu, perquè és la manera d'aconseguir una solució consensuada en la qual tots els participants vegin coberta d'una manera o altra les seves expectatives legítimes i adquireixin un compromís real de complir i respectar els pactes.

En aquest context la tasca del mediador comprèn:

- La creació d'un entorn en el qual les parts duguin a terme una exploració de les possibilitats d'establir llaços de cooperació. És una tasca difícil que té com a primer objectiu obtenir un canvi d'actitud en les parts. Per a això el mediador haurà d'escoltar i crear empaties. Requereix positivar, flexibilitzar l'ambient i propiciar la comunicació i el diàleg, allunyant les parts de la tendència a punts de vista adversarials. Resulta així mateix important en aquesta tasca saber gestionar d'una manera adequada les emocions de les parts, per a evitar l'escalada de conflicte.
- El foment de la implicació de les parts en el procés. Que aquestes mostrin la voluntat de dialogar i mantinguin un discurs obert i constructiu. Per a això cal auxiliar-se de metàfores, connotacions positives i un to de bon humor.
- La generació d'estímul perquè el procés de consens els condueixi a punts d'unió, o almenys, àmbits en què les parts no manifestin punts de vista antagònics.
- La integració de les veus minoritàries, garantint la igualtat de possibilitats a l'hora d'expressar-se i manifestar les seves opinions.
- Facilitar la participació de tots, mitjançant l'apoderament, restaurant la capacitat de cadascun dels participants i fent-los coprotagonistes en la construcció d'una solució que tingui en compte els interessos de totes les parts. Per a això, és essencial centrar les converses i dirigir-les a la delimitació d'interessos (en els quals poden confluïr), no de posicions (que resulten contraposades).
- L'auxili en la cerca de solucions creatives adaptades a les seves necessitats, de manera que totes les parts obtinguin satisfacció. En aquesta tasca el

mediador ha d'ajudar les parts a generar alternatives, formulant preguntes adequades, ajudant els participants a concretar desitjos i necessitats.

- La invitació a l'adopció d'acords i compromisos que recullin criteris comuns i propostes que satisfacin els interessos de totes les parts, sense oblidar-ne cap, de manera que cobreixi les expectatives de tots i cadascun dels participants.

En la pràctica de la mediació també hi ha consens generalitzat sobre allò que un mediador no ha de dur a terme: jutjar, advocar, representar, avaluar, proposar, enfrontar-se o discutir són intervencions que es consideren inadequades o es desaconsellen.

4.4. Estructura i fases de la mediació

A pesar que la mediació és un procés flexible, i per tant, absent de formalismes i capaç de ser adaptat a les necessitats i interessos de les parts en conflicte, això no obsta que segueixi també un procediment ben estructurat.

Si bé cada sector conserva les seves particularitats –i en alguns casos, com en l'àmbit familiar, la legislació tipifica fins i tot fases i regles concretes– i els teòrics tendeixen a estructurar el procediment de manera diversa, tot procediment de mediació respecta, en línies generals, tres moments significatius, i un *iter (flow)* que descrivim a continuació.

La premediació

Moment previ a la mediació, durant el qual les parts sol·liciten l'inici, es du a terme la selecció de l'entitat i persona mediatora i es desplega una activitat informativa i constitutiva de la mediació. En aquesta fase es manté una entrevista prèvia amb cada part per separat i l'objectiu és que les parts rebin informació, que l'expert o entitat rebi informació de les parts relacionats amb l'assumpte i generar un clima de confiança en el procés i en la persona del mediador (aclarint el seu paper i mantenint un clima tranquil·litzador mitjançant el llenguatge verbal i no verbal).

a) Fase de proposta. A fi d'acudir a un mètode extrajudicial de resolució dels conflictes, entre els quals la mediació. En aquesta primera fase la tasca d'informació de l'entitat o tercer és crucial i, de vegades, pot fins i tot evitar l'escalada del conflicte.

b) Fase de selecció. De la persona o entitat mediatores.

c) **Fase de preparació.** L'expert mediador ha de condicionar un espai adequat perquè les sessions de mediació es puguin desenvolupar de manera tranquil·la i dialogant. Per a això convé estar segurs que el lloc i entorn garanteixin la confidencialitat de les sessions i que el clima permeti el diàleg i l'enteniment.

d) **Sessió informativa.** El mediador o la institució mediadora cita les parts a la sessió informativa i adverteix, si escau, de les repercussions d'una inassistència eventual. En aquesta fase cal informar les parts dels aspectes més rellevants del procés que seguiran, les característiques, els resultats que es persegueixen, els efectes dels acords eventuais, les regles, estàndards de conducta i principis que han de ser respectats per parts i mediador, el cost del procés, els terminis temporals, etc. Al final d'aquesta fase cal garantir que les parts han tingut total coneixement d'aquests aspectes i que els accepten.

e) **Sessió constitutiva.** Denominada també *fase d'acceptació*. Les parts han de decidir iniciar el procés de mediació perquè aquest tingui lloc. Per a això els sol·licitaran que signin un acord de submissió a mediació.

Cal tenir present que, pel que fa a la forma, la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació civil i mercantil exigeix la forma escrita: de la sessió constitutiva s'aixeca una acta que és signada tant per les parts com pel mediador, i si escau es declara que la mediació s'ha intentat sense efecte.

Moment de mediació pròpiament dit

Constituïda per les diferents sessions conjuntes de mediació que es duen a terme seguint un procés flexible però estructurat en fases. El nombre de sessions i la durada varia en funció de cada cas concret i de la matèria objecte de controvèrsia, de manera que és possible en alguns casos que en una sola sessió transcorrin totes les diverses fases en les quals s'ha estructurat la mediació.

En aquest moment una de les funcions més significatives del mediador és mantenir constantment l'equilibri i poder de les parts (apoderament) de manera que totes dues estiguin en condicions de negociar en condicions d'igualtat d'oportunitats i hi hagi entre elles respecte, reconeixement mutu i comunicació fluïda. Per regla general, es poden identificar les fases següents:

a) **Fase d'obertura.** El mediador convoca les parts per establir el contacte i iniciar el procés. En la mesura que la fase de premediació hagi estat desenvolupada adequadament, aquest moment d'obertura quedarà reduït a una mera presentació per a explicar el procés, objectius i recordar les normes i principis que hauran de regir fins a la conclusió.

b) **Fase de comunicació i captura d'informació.** Per mitjà d'un diàleg obert i distès, amb un llenguatge adequat a la situació, temàtica i interlocutors, i formulant les preguntes adequades, el mediador ha de captar la informació rellevant que permeti orientar el conflicte envers espais d'enteniment. En aques-

ta fase del procediment es demana a les parts que expressin la seva visió del problema, les seves inquietuds, les seves percepcions, les seves expectatives, necessitats i desitjos. En aquesta fase el mediador pot mantenir sessions conjuntes i separades (*caucus*) en la mesura que el mediador o les parts ho considerin necessari.

c) Fase de concreció i identificació del problema. O determinació dels punts de disputa. En aquest moment del procés l'expert ha d'estar en condicions de confeccionar una llista de les qüestions que resultin no conflictives i fixar definitivament les que generen controvèrsia entre les parts i sobre les quals no s'ha aconseguit encara un acord. És el moment de definició del problema. El mediador continua formulant preguntes a aquestes finalitats, i resumeix les preocupacions que no han quedat resoltes en cada participant. En aquestes fase resulta fonamental separar els problemes de les posicions de les parts i organitzar-los en ordre d'importància a partir de les necessitats i interessos de les parts.

d) Fase de negociació. Durant aquest estadi del procés, són les parts les que prenen el protagonisme. La tasca de l'expert és aquí complexa, perquè haurà d'afavorir un clima d'enteniment, reequilibrant les posicions de les parts per garantir igualtat de possibilitats a l'hora de fer valer les seves pretensions, i ha de potenciar el diàleg entorn dels aspectes sobre els quals es van creant consensos. De vegades aquesta fase requereix reunions per separat (*caucus*), on els participants en la mediació poden sentir en privat reflexions del mediador per a superar els punts més crítics ("sorteig del bloqueig"), fixar posicions i conèixer de cada part aquells mínims que estaria disposada a acceptar i el màxim que concediria (*mini-max*). És aquí on recau amb més intensitat la tasca del mediador de reequilibrar el poder de les parts (apoderament).

e) Fase de generació d'opcions o alternatives. Es proposen solucions als aspectes encara no solucionats. En aquesta fase es recullen propostes sense prejutjar-les.

f) Fase de tancament o conclusió. És el moment de fixar els punts d'acord i els compromisos assumits per les parts, i també el d'elaboració d'un document que els expressi de manera fidedigna. Per a això el mediador sol·licita que les parts vagin expressant les opcions que, a judici seu, podrien representar una solució per a tots (creació d'opcions de benefici mutu). Una vegada fixades s'han de plasmar en un document que acompanyarà l'acta final de mediació. Si les parts no assoleixen un acord, o decideixen donar per conclòs el procediment sense acord, o transcorre el termini pactat, o el mediador estima que no és possible assolir un acord perquè la posició de les parts resulta irreconciliable, es dona per conclòs la mediació i es fa constar la raó o causa de la finalització.

L'acta final ha de reflectir els acords assolits, que poden recaure sobre tots o alguns dels aspectes objecte de controvèrsia sotmesos a mediació. La redacció se sol dur a terme en la mateixa sessió final o de tancament. No obstant això,

cal que les parts després de l'acta final es prenguin uns dies per a la redacció de l'acord, el qual es presenta després al mediador degudament signat, i aquest procedeix així mateix a signar-lo. La llei espanyola atorga deu dies per a això.

Moment de protocol·lització o homologació. Els acords i compromisos recollits plasmats en el document que acompanya l'acta final tindran el valor d'un contracte, una transacció. Les parts poden, no obstant això, si volen i la legislació dels estats ho autoritza, sol·licitar la protocol·lització notarial o l'homologació judicial.

En qualsevol cas, una de les característiques que fan de la mediació una modalitat atractiva és, precisament, la falta de formalisme i la llibertat que confereix a les parts per a confeccionar un programa a la mida del seu conflicte. El seu caràcter no formal i la seva flexibilitat permeten adaptar el procediment a les especificitats de la controvèrsia.

4.5. La mediació aplicada

La mediació en sentit ampli, com a mètode o mecanisme de prevenció i resolució de diferències, té predicament en alguns sectors específics d'activitat i es comença a consolidar com a mecanisme intern de gestió dels conflictes en el si de les organitzacions mateixes. Actualment hi ha programes de mediació consolidats en l'àmbit sanitari, educatiu, penal, agrari, arrendaticí, bancari, de transport, esportiu, etc. No totes aquestes mediacions tenen, no obstant això, un marc normatiu regulador que les disciplini.

4.5.1. La mediació en l'àmbit familiar

La mediació ha demostrat ser particularment indicada per a la gestió i resolució de controvèrsies que es generen en el context familiar, i també per al cas de ruptura de la convivència de les persones unides en matrimoni o no. Per mitjà de la mediació, les parts convenen sobre les conseqüències econòmiques, patrimonials i personals derivades de la ruptura.

Entre les repercussions jurídiques d'una ruptura, tenim les decisions sobre l'exercici de la pàtria potestat i règim de guarda i custòdia dels fills –si n'hi ha– els aliments, l'habitatge familiar, les pensions alimentàries o compensatòries al cònjuge o convivent que ho necessiti, etc.

Els beneficis de la mediació són nombrosos en aquest àmbit, perquè cuida dels aspectes relacionals, es preserven els llaços personals i el bon enteniment entre els exconvivents, la qual cosa evita futurs conflictes i un trànsit pacífic quan es requereixen modificacions en el règim pactat.

Com assenyalen els experts, la mediació s'està obrint camí gradualment en àmbits familiars nous, com són l'adopció, l'acolliment, les incapacitacions, en les liquidacions de béns de la comunitat, i fins i tot en l'àmbit de les empreses familiars.

En els últims temps s'està afavorint la participació activa dels fills en els processos de mediació familiar, atès que facilita la comunicació, i els brinda l'oportunitat d'expressar també les seves inquietuds.

A Espanya han estat les diferents comunitats autònomes les que han articulat lleis de mediació dirigides a l'àmbit familiar.

Val la pena destacar també algunes iniciatives autonòmiques que han acollit la mediació com a mecanisme de prevenció i resolució de controvèrsies en l'àmbit dels menors –infància i adolescència– i per al tractament de la violència de gènere.

4.5.2. La mediació empresarial

La mediació empresarial és la que es desenvolupa per a gestionar conflictes entre empreses i entre aquestes i els seus clients, proveïdors, subministradors, etc. Queden exclosos del seu àmbit la gestió i resolució de conflictes entre les empreses i els consumidors, perquè a aquest s'apliquen regles i principis particulars que tenen per objectiu reequilibrar les posicions i garantir els drets dels consumidors i usuaris.

Un dels aspectes més cuidats en la mediació empresarial és la confidencialitat, perquè l'atractiu de la mediació enfront de la via judicial és, precisament, l'oportunitat que brinda a les parts d'evitar que la controvèrsia o conflicte sigui coneguda pel públic en general, la qual cosa ocasionaria problemes d'imatge en empreses i marques de certa implantació o posicionament en el mercat.

4.5.3. La mediació ciutadana i comunitària

A diferència de la mediació ciutadana, que és la que es desenvolupa per a la resolució de controvèrsies als espais privats, la mediació comunitària té com a objecte la resolució de problemes als espais públics. Els mediadors comunitaris tenen atribuïts tradicionalment totes dues comeses i, en tots dos casos, tracten conflictes dels ciutadans i de les comunitats en un entorn i àmbit local.

Un element que caracteritza la mediació en el conflicte comunitari és la defensa d'interessos col·lectius, de grups. Les qüestions que habitualment es resolen mitjançant aquest mecanisme són conflictes interpersonals d'amistat o convivència, els problemes de veïnatge o comunitat veïnals, els derivats d'alguna activitat econòmica desenvolupada en el municipi, els relacionats amb l'espai

públic, els associatius, els derivats de compartir un espai comú, els àmbits professionals, les relacions associatives, col·legials o, fins i tot, en l'àmbit de la petita empresa.

Un altre dels trets que caracteritza les mediacions en l'àmbit comunitari és que el conflicte sol ser multipart, i en cada part pot confluïr una pluralitat de persones. Pot fins i tot succeir que alguna de les parts sigui un col·lectiu difús, amb determinació difícil dels subjectes que el conformen, de manera que la identificació dels diferents interlocutors esdevé de vegades una tasca complexa.

Els serveis de mediació ciutadana i comunitària solen ser oferts per les entitats locals mateixes, de manera que el mediador és un expert contractat per l'Administració local.

4.5.4. Programes de justícia restaurativa i processos restauratius

Programes de justícia restaurativa

S'entén per *programa de justícia restaurativa* tota planificació que utilitzi processos restauratius i intenti assolir resultats restauratius.

Els programes de justícia restaurativa es poden utilitzar en qualsevol etapa del sistema de justícia penal, amb subjecció a la legislació nacional. El funcionament depèn en essència de l'activitat dels estats a considerar l'establiment de directrius i normes que regulin l'ús de programes de justícia restaurativa. Directrius que han d'abordar, entre altres coses:

- 1) Les condicions per a l'enviament de casos als programes de justícia restaurativa.
- 2) La tramitació dels casos després d'un procés restauratiu.
- 3) Les qualificacions, capacitat i avaluació dels facilitadors.
- 4) L'administració dels programes de justícia restaurativa.
- 5) Les normes de competència i les regles de conducta que regeixen l'operació dels programes de justícia restaurativa.

Resulta oportú que aquestes directrius estiguin acompanyades d'estratègies dels estats per a la promoció de l'ús i per a impulsar la recerca i l'avaluació dels programes, i estimular la discussió i l'intercanvi d'experiències en matèria de justícia restaurativa.

Procés restauratiu

El procés restauratiu constitueix una part essencial de tot programa de justícia restaurativa. Si entén com tot procés en què la víctima, l'infractor i, si escau, qualssevol altres persones o membres de la comunitat afectats per un delicte, participen conjuntament de manera activa en la resolució de qüestions deri-

Vegeu també

Vegeu la Declaració de principis bàsics d'ús de programes de justícia restaurativa de l'ECOSOC, 2002.

vades del delictes, en general amb l'ajuda d'un facilitador. Entre els processos restauratius es pot incloure la mediació, la conciliació, les conferències i els cercles de sentència.

Els processos restauratius s'han d'utilitzar únicament quan hi ha suficient proves per a inculpar el delinqüent, i amb el consentiment lliure i voluntari de la víctima i el delinqüent. La víctima i el delinqüent han de ser capaços de retirar aquest consentiment en qualsevol moment durant el procés.

Si partim de la concepció acceptada més generalment segons la qual la justícia restaurativa és qualsevol procés en què la víctima, ofensor i altres individus o comunitats afectades participen activament i de manera conjunta en la resolució de les qüestions derivades del delictes amb l'ajuda d'un tercer, es desprèn d'això que la manera d'abordar el conflicte és per mitjà d'un procés obert, participatiu, cooperatiu i flexible.

En l'àmbit de la justícia penal restaurativa la dimensió dels objectius i l'abast dels acords condiciona en qualsevol cas, a més, l'estructura, perquè el procés restitutiu persegueix, habitualment, no solament "la pacificació del conflicte" i la satisfacció dels interessos de les parts, sinó també, i molt particularment:

- La reparació material i emocional o psíquica de la víctima. Ha de cobrir les necessitats de les víctimes en tots els plans o dimensions afectades.
- La reinserció de l'agressor. El procés ha de perseguir amb això prevenir la reincidència de l'ofensor, mitjançant la participació d'aquests en la comunitat.
- L'enfortiment dels vincles de l'agressor amb la comunitat. L'assumpció de responsabilitat de l'ofensor és un mitjà. Així mateix, el procés ha de facilitar una comunitat de treball perquè l'ofensor es rehabiliti.
- La reconciliació entre víctima i ofensor. Que l'ofensor, mitjançant l'assumpció de responsabilitat i penediment, obtingui el perdó de la víctima, afavoreix tots dos.
- Evitar la revictimació.
- I evitar els prejudicis derivats del procés penal. Facilitar mitjans per a evitar la judicialització i amb això els costos i retards associats.

Així ho recullen nombroses legislacions; vegeu, per exemple, la Llei argentina 13.433/2005, d'establiment de règim de mediació penal, o la Llei portuguesa 21/2007, de mediació penal. Aquesta última expressa que el facilitador ha de promoure l'acostament entre acusat i víctima i donar suport a l'intent de trobar un acord que permeti la reparació dels danys.

Vegeu també

Vegeu la Declaració de principis bàsics d'ús de programes de justícia restaurativa de l'ECOSOC, 2002.

Seguint els principis que va descriure Marshall l'any 1995, podem descriure els quatre eixos sobre els quals pivota un procés restauratiu penal adequat:

- 1) Creació d'espais per a la implicació de les parts i persones afectades (víctima, ofensor, comunitat, etc.).
- 2) Visió del conflicte en el seu context social.
- 3) Una actitud i visió preventiva i prospectiva orientada a la resolució.
- 4) Flexibilitat en tot el procediment.

El procés i els experts intervinents han de posar el focus d'atenció en el futur, no en el passat. I han de conferir un paper central a l'objectiu de reparació del dany causat, de manera que faci justícia a la víctima del delict.

5. La tecnologia aplicada als processos: els ODR

Els mecanismes extrajudicials són manifestacions explícites d'un canvi en la manera d'entendre la gestió de les controvèrsies en una societat que demana formes efectives i aprofita els avantatges de les noves tecnologies. Donen resposta oportuna al dinamisme i complexitat de la realitat actual, en un context de múltiples interaccions socials, econòmiques i culturals de caràcter transnacional.

Els ADR/ODR comparteixen nombroses característiques (rapidesa, eficiència, baix cost i deslocalització), que se sumen a la desitjada privacitat i la possibilitat més gran de fiscalitzar l'activitat desenvolupada pels experts. L'aspecte diferencial dels ODR respecte de la resta de modalitats és, sens dubte, l'entorn en el qual es desenvolupen: el ciberespai i el Web. Les modalitats que es desenvolupen íntegrament en un entorn electrònic manifesten certes particularitats que afavoreixen i enforteixen la confidencialitat, el secret, la seguretat i la comunicació, de manera que, als tradicionals beneficis que reporten les modalitats extrajudicials de resolució de conflictes, hi ha característiques dels mètodes ODR que els fan particularment atractius enfront d'altres formes de resolució de conflictes.

1) Rapidesa

Parts i experts poden entrar en contacte i abordar el conflicte de manera immediata. La pràctica testifica que la reducció de temps en aquests processos és notable en una comparativa amb els procediments judicials.

2) Eficiència

Es manifesta en diversos ordres. En la fase aplicativa els assumptes estan tractats per òrgans especialitzats i les noves tecnologies permeten acudir a instruments nous que faciliten la comunicació, la prova i la reconstrucció dels fets (projeccions tridimensionals, fotografies i dades captades al moment via satèl·lit, accés a múltiples fonts d'informació per via telemàtica: bases de dades, traductors simultanis, etc.). En la fase executiva l'experiència mostra que, pel que fa als mètodes autocompositius, els acords solen ser respectats per les parts en un percentatge molt elevat. En el pla de l'eficàcia, així mateix, els laudes recaiguts en arbitratge són reconeguts en la major part de les legislacions i adquireixen força executiva. En l'àmbit de la mediació, a més, alguns ordenaments jurídics preveuen que els acords de mediació adquireixin efectes executius, i expressen les circumstàncies que han de concórrer en la presa d'acords perquè adquireixin un efecte tan rellevant.

3) Baix cost

Són mètodes que prescindeixen de costosos trasllats, tant de les parts com de la documentació. La comunicació entre les parts i entre aquestes i el tribunal es pot dur a terme per mitjans telemàtics. Molts s'administren gratuïtament a certs col·lectius (per exemple, consumidors) i no requereixen la intervenció de terceres persones que representin les parts, la qual cosa en redueix significativament els costos.

4) Deslocalització

Lliures de les regles de jurisdicció i competència territorial i objectiva aplicades, els mètodes ODR es poden desenvolupar per mitjà d'experts imparcials de molt diverses disciplines i resoldre's en dret o en equitat des de qualsevol part del món. Els sistemes electrònics permeten, per si no fos prou, que el desenvolupament dels processos sigui dut a terme sense necessitat de tenir una seu física.

Els ODR, a més a més, gaudeixen de característiques úniques que els distingeixen (Kaths i Rifkin, 2001):

- a) els litigants no tenen necessitat de coincidir ni veure's cara a cara;
- b) la solució de les controvèrsies es pot donar en qualsevol moment, sense importar la distància geogràfica;
- c) la possibilitat de comunicació asíncrona ajuda les parts involucrades a reflexionar sobre les seves alternatives millors per a un acord negociat (*best alternatives to a negotiated agreement*, BATNA);
- d) evita la natural tendència a sobredimensionar les expectatives; i (v) augmenta les concessions mútues i frena l'escalada del conflicte.
- e) Els mètodes de resolució extrajudicial, a diferència dels processos judicials, maximitzen els interessos de les parts i assoleixen en general resultats que resulten satisfactoris per a totes dues. Fonamentats molts en la teoria de jocs (*game theory*, Neumann i Morgenstern, 1947), aprofiten l'estratègia dels interessos que troba el seu antecedent més remot en el principi d'utilitat de Bentham (1789). Els sistemes en línia propendeixen a integrar tecnologia que, desenvolupada a partir de l'assenyalada teoria de jocs i de l'anàlisi de la negociació, integra resultats estadístics i enquestes actualitzades sobre el comportament humà. Procuren d'aquesta manera l'optimització dels interessos de les parts i participen en la construcció de solucions dins de la denominada zona ZOPA (*zone of possible agreements*, Lewicki i altres, 1999).

f) El disseny dels processos preveu freqüentment sistemes interns de control de la qualitat de processos i resultats, i garanteix el respecte a l'equitat, una qüestió clau en relacions que tinguin un cert desequilibri.

g) Un altre aspecte que distingeix les modalitats en línia és la seva extraordinària capacitat per a estendre les seves funcionalitats a escala de prevenció, per mitjà de la informació, amb la finalitat d'evitar el conflicte. Ofereixen la possibilitat d'avaluar, reflexionar sobre les seves pretensions i, en conseqüència, evitar que una controvèrsia (*contro-versus*) esdevingui conflicte (*cum-fligere*).

h) Atès que fan ús recurrent de tecnologia, la utilització d'aquesta ha de garantir la igualtat tecnològica de les parts, de manera que totes dues disposin de les mateixes oportunitats logístiques per a participar activament i en les mateixes condicions tecnològiques en qualsevol procés de resolució en línia.

i) La manca de "presencialitat" se substitueix en alguns casos amb l'obligació legal que els serveis en línia dirigits als usuaris disposin de departaments o serveis especialitzats d'atenció al client amb l'objecte que aquells es puguin dirigir a aquests per resoldre queixes i reclamacions.

j) Permeten l'accés a més i millor informació. La informació facilita que la posició de les parts sigui més flexible i les predisposa a escoltar, a canviar d'opinió si és necessari, ja que permet comparar resultats, alternatives, i situar les parts en una millor posició a l'hora de buscar i proposar solucions.

k) La forma escrita se satisfà mitjançant comunicació electrònica si la informació que es consigna és accessible per a la consulta posterior. El document telemàtic és reconegut internacionalment des de l'any 1996 per mitjà de la Llei model de la CNUDMI sobre comerç electrònic i, posteriorment, l'any 2005, per mitjà de la Convenció de la CNUDMI sobre utilització de les comunicacions electròniques.

l) Es doten sovint de tecnologia que permet "captar" informació sensible – sentiments, emocions, estats d'ànim i altres aspectes rellevants en la comunicació interpersonal (sistemes visuals, de videoconferència i multimèdia, que poden captar el llenguatge gestual).

Quan els processos restauratius no siguin un recurs apropiat o possible, el cas ha de ser remès a les autoritats penals i la mesura ha de ser presa sense demora. En tals casos, els funcionaris judicials s'han d'esforçar per encoratjar el delinqüent a assumir la responsabilitat en relació amb la víctima i la comunitat afectada i donar suport a la reintegració de la víctima i el delinqüent en la comunitat.

Vegeu també

Vegeu la Declaració de principis bàsics d'ús de programes de justícia restaurativa de l'ECOSOC, 2002.

5.1. Els subjectes intervinents en un procés restauratiu

5.1.1. Les parts en conflicte

Per “parts” s’entén la víctima, el delinqüent i qualssevol altres persones o membres de la comunitat afectats per un delicte que pot estar implicat en un procés restauratiu.

Les parts en conflicte poden ser tant persones físiques –que poden participar per elles mateixes o per mitjà de representants– com jurídiques.

Hi pot haver, així mateix, dues o més parts, sense que això constitueixi un obstacle. Les parts han d’actuar d’acord amb les regles de la bona fe, amb respecte degut de contraparts i experts, i han de procurar col·laborar en les diverses actuacions dels processos.

En l’àmbit de la justícia restaurativa penal, una classificació tradicional que efectua Tamarit és la que organitza els subjectes entre parts interessades primàries i secundàries.

1) Parts interessades primàries

Les parts interessades primàries són aquelles que provoquen o pateixen els danys de manera directa. La conformen, d’una banda, les víctimes, i de l’altra, els infractors, i finalment la comunitat de suport.

2) Parts interessades secundàries

Constitueixen parts interessades secundàries aquells subjectes o col·lectius que sofreixen els danys indirectament, o de manera impersonal. Ho serien aquells grups de persones que tenen necessitats col·lectives o inespecífiques.

5.1.2. L’expert o facilitador

És el professional o tercer que intervé en el procés, bé facilitant i auxiliant en la comunicació, bé valorant, avaluant o proposant. Aquest tercer ha de dur a terme la seva activitat de manera independent, transparent, confidencial, competent i eficient i imparcial.

En efecte, els facilitadors han d’exercir les seves funcions de manera imparcial, amb el respecte degut a la dignitat de les parts.

Vegeu també

Vegeu la Declaració de principis bàsics d’ús de programes de justícia restaurativa de l’ECOSOC, 2002.

Exemple

La comunitat de suport la integren, per exemple, els cossos policials intervinents.

Exemple

Els veïns, els grups socials, els grups religiosos afectats, etc.

Els facilitadors, així mateix, s'han d'assegurar que les parts actuen amb respecte mutu i afavorir un clima d'enteniment perquè aquestes puguin trobar una solució adequada per si mateixes.

Com hem vist, els mètodes de solució de controvèrsies en línia es valen de les tècniques i estratègies pròpies dels mecanismes extrajudicials que es desenvolupen presencialment però incorporen tecnologia per a la implementació. L'entorn virtual afecta de manera significativa l'activitat de les parts i dels experts. Aquests s'han de familiaritzar amb les eines electròniques i fer-les comprensibles i útils a les parts. Al seu torn, han d'adquirir competència, coneixements i habilitats sobre l'especialitat que representen els ODR i que es deriva de l'aplicació de les TIC als processos de resolució.

Els facilitadors han de posseir un bon coneixement de les cultures locals i les comunitats i, quan escaigui, han de rebre capacitat inicial abans de l'entrada en funcions de facilitació.

Així mateix els experts, entre altres coses, han de generar confiança entre les parts, abrigar la crisi (facilitant la comunicació per mitjà de l'escolta activa i l'assertivitat i la contenció de la crisi), intercanviar informació i generar alternatives (efectuar canvis de narrativa, reconceptualitzant o reformulant el problema) i ajudar, finalment, que les parts assoleixin acords i que aquests es materialitzin.

Doncs bé, en un entorn virtual la generació de confiança s'aconsegueix incorporant al procés certs estàndards de conducta:

1) L'expert ha d'incorporar a les seves habilitats un bon domini de la comunicació asíncrona. Tot i que la tecnologia permet la comunicació síncrona – penseu en les videoconferències – la veritat és que la major part del procés s'efectua habitualment mitjançant mecanismes asíncrons, que aporten flexibilitat als processos que involucren subjectes que freqüentment es troben en llocs i moments diferents.

2) Domini del llenguatge, dels registres lingüístics i de la comunicació escrita. El llenguatge no verbal queda en un segon pla amb la tecnologia actual, perquè és difícilment reproduïble en l'entorn virtual una trobada presencial, tot i que aquest es concerta de manera síncrona. Per aquest motiu els experts en mètodes en línia han de redoblar els seus esforços a mantenir un to lleugerament formal en les seves comunicacions –un excés d'informalitat pot donar lloc a interpretacions desviades– i equilibrat, de manera que es generi la percepció en les parts que l'expert no pren partit i dóna a les parts les mateixes oportunitats de ser escoltades.

3) Un altre aspecte que s'ha d'observar, íntimament vinculat amb l'anterior, és el que fa relació al nombre i intensitat de les comunicacions establertes amb una de les parts. L'expert ha de vetllar en aquest entorn perquè aques-

Vegeu també

Vegeu la Declaració de principis bàsics d'ús de programes de justícia restaurativa de l'ECOSOC, 2002.

Vegeu també

Vegeu la Declaració de principis bàsics d'ús de programes de justícia restaurativa de l'ECOSOC, 2002.

ta circumstància no sigui interpretada per l'altra part com una manifestació d'inclinació en favor de l'altra. Per contrarestar aquest efecte, l'expert ha de mantenir una comunicació continuada amb l'altra part per donar-li a conèixer les raons i que aquesta no se senti al marge del procés.

4) L'entorn electrònic genera, a més a més, la impressió que la comunicació és instantània i que les parts reben automàticament allò que els comuniquen. Això, al seu torn, genera l'expectativa de poder emetre i rebre amb la mateixa rapidesa una resposta o retroalimentació. En conseqüència, l'expert ha de vetllar perquè la comunicació sigui fluida, continuada, efectuada amb rapidesa – encara que el missatge no resolgui la qüestió plantejada– evitant les demores innecessàries que generen ansietat a les parts en disputa, perquè el silenci en l'entorn en línia s'interpreta habitualment de manera molt negativa.

5) Una altra diferència derivada de l'anterior és el fet que les comunicacions han de ser en general breus, concises i clares. El llenguatge ambigu o poc clar pot ser font de més desacords perquè el llenguatge no verbal no acompanya per a esvaïr dubtes sobre les intencions de l'interlocutor.

6) L'activitat de l'expert relativa a l'escolta activa ha de ser particularment incisiva en els mecanismes electrònics per a transmetre a les parts que, efectivament, s'és conscient i es coneixen les emocions i sentiments que ha generat una determinada situació descrita i per a garantir una comprensió adequada del que s'ha transmès. Això es pot aconseguir transcrivint-les per escrit en un llenguatge conciliador i que contribueixi a generar una narrativa constructiva.

7) Relacionat amb l'anterior, el domini de l'expert dels diferents entorns electrònics permet el desenvolupament àgil de *caucus* entre aquests i cadascun dels litigants. Els xats permeten mantenir converses simultànies i confidencials entre experts i parts. L'administració d'aquests espais i dels temps és una habilitat específica de la qual dependrà, en gran manera, l'èxit dels processos, i per això la importància d'aprendre'n.

8) Un altre aspecte substancial en l'entorn electrònic és el relatiu a la informació, perquè en depèn, no solament la transparència, sinó la percepció, essencial per a generar confiança entre les parts –tenint en compte que les parts no tenen oportunitat de “veure” l'expert i conèixer-lo personalment, resulta del tot essencial en aquest entorn facilitar la transparència. Aquesta s'ha de traduir en la màxima informació sobre la persona de l'expert i de la institució que administra el procés, amb indicació de si hi ha o i hi pot haver conflictes d'interès entre aquests i les parts, i també informació sobre el finançament del sistema i de l'expert, taxes si escau, i estadístiques fiables sobre els processos resolts i l'índex d'èxit.

9) La confidencialitat en els processos en línia ha de ser escrupolosament respectada, de manera que l'enviament de comunicacions, informació i documentació per mitjans electrònics s'efectuï en un entorn absolutament reservat.

10) Els coneixements tecnològics i el diferent nivell d'accés a la tecnologia per a les parts poden constituir seriosos obstacles a un desenvolupament adequat del procés, motiu pel qual l'expert ha de vetllar perquè les parts gaudeixen de les mateixes oportunitats d'accés per a participar i, si escau, contribuir a facilitar els mitjans necessaris que permetin superar les eventuais diferències. L'expert ha d'administrar el procediment de manera que l'ús de diferents tecnologies no sigui un obstacle per al desenvolupament d'una activitat imparcial, independent i neutral.

11) L'expert ha de proporcionar un procés intuïtiu, senzill per a les parts. Aquest aspecte depèn en gran manera també del proveïdor dels serveis i de la institució o entitat que administra el sistema. Els gràfics i els signes iconogràfics solen ser un bon aliat en l'activitat.

12) L'especialització de l'expert i de la plataforma per a cada sector de l'activitat és particularment important, atès que incrementa l'eficiència del sistema i contribueix a facilitar solucions més adequades a les necessitats de les parts.

13) Un bon domini en l'accés i en la gestió de la informació en línia és un altre aspecte que distingeix els experts en els processos electrònics. En aquests, els experts tenen accés a més informació, que poden incorporar de manera immediata en el procediment, de manera que es posa a la disposició de les parts elements que els permeten verificar i valorar per elles mateixes les seves possibilitats.

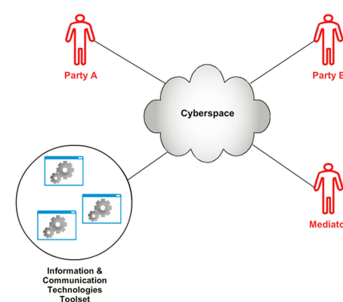
Hem apuntat fins ara les particularitats que imprimeix la tecnologia en l'activitat tradicional dels experts. No obstant això, s'ha de destacar que la tecnologia ha permès a més el desenvolupament d'aplicacions noves que no troben correlació en l'àmbit fora de línia. Com ha estat expressat en epígrafs anteriors, no hi ha una correspondència total entre RAL i ODR, principalment perquè les ODR tenen un àmbit d'aplicació més gran, en aprofitar l'entorn que ofereix Internet. Les TIC faciliten la gestió del conflicte i afavoreixen la generació de noves formes de gestió i estratègies de resolució de controvèrsies que no troben correspondència en els ADR. Una de les manifestacions més importants és la consistent en la negociació automàtica, també denominada *negociació a cegues (blind bid negotiation)*. En aquests processos no hi ha intervenció humana i les parts, assistides de tecnologia sofisticada, intenten per elles mateixes assolir un acord.

5.1.3. Les institucions i organitzacions proveïdors de serveis

Són entitats que faciliten serveis de negociació, mediació, conciliació, arbitratge o adjudicació i en controlen l'administració correcta. Aquestes entitats procedeixen habitualment a la designació dels experts i faciliten a les parts informació sobre la identitat i formació d'aquests. Una altra comesa d'aquestes institucions és vetllar perquè els experts siguin competents i segueixin en la seva actuació els codis de conducta als quals s'han quedat obligats i els principis rectors del procés habitualment institucionalitzat per mitjà de reglaments.

5.1.4. La “quarta part”: la tecnologia

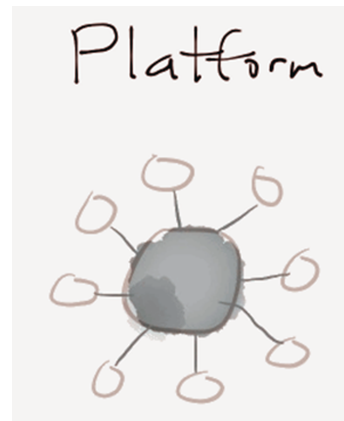
Un altre tret distintiu de les modalitats en línia el constitueix l'existència de nous agents que intervenen en el procés. Des d'aquesta perspectiva, cal recordar que, al marge de les parts en conflicte i del tercer expert, la tecnologia aplicada i els proveïdors de plataformes en línia tenen un paper tan rellevant que els acadèmics els han arribat a atribuir el tractament de “quarta part” (Kaths i Rifkin, 2001) i “cinquena part” (Lodder i Zelevnikow, 2010), respectivament.



5.1.5. Les plataformes proveïdors de tecnologia

Les plataformes tecnològiques són els sistemes informàtics per a la generació, l'enviament, la recepció, l'arxivament, l'intercanvi o processament de comunicacions electròniques en els processos en línia. No s'ha de confondre amb el proveïdor de serveis ODR, que és l'entitat proveïdora de serveis de negociació, mediació, conciliació, arbitratge o qualsevol altra modalitat convencional i extrajudicial per a la solució de controvèrsies per via informàtica.

El proveïdor de serveis en línia s'encarrega d'administrar les actuacions i proporciona a les parts una plataforma tecnològica apta per a resoldre les controvèrsies, la titularitat de les quals pot ser d'un tercer.



5.2. El resultat dels processos restauratius

S'entén per “resultat restauratiu” un acord assolit com a resultat d'un procés restauratiu. Els resultats restauratius poden incloure respostes i programes com el servei de reparació, la restitució a la comunitat, orientat a satisfer les necessitats individuals i col·lectives i també responsabilitats de les parts per a assolir en última instància la reintegració de la víctima i el delinqüent.

De la mateixa manera, com hem vist, els acords han de ser voluntaris i contenir només obligacions raonables i proporcionades. La víctima i el delinqüent normalment han d'estar d'acord en els fets bàsics del cas, com a base per a la participació en un procés restauratiu.

Vegeu també

Vegeu la Declaració de principis bàsics d'ús de programes de justícia restaurativa de l'ECOSOC, 2002.

En cap cas la participació del delinqüent no es pot utilitzar com a prova d'admissió de culpabilitat en procediments jurídics ulteriors.

Al marge de les bondats que representa la reparació emocional o psíquica de la víctima, la reinserció de l'agressor, l'enfortiment dels vincles d'aquest amb la comunitat, la reconciliació entre les parts, i l'evitació de la revictimació i dels prejudicis derivats del procés penal, la veritat és que els processos han de vetllar també per la reparació material i econòmica de la víctima.

En l'àmbit internacional es constata certa reticència i escepticisme a l'ús de mitjans de resolució extrajudicial autocompositius, per la qüestionada eficiència, atès que els tercers experts emeten en general recomanacions no vinculants per a resoldre diferències que les parts no han pogut resoldre per si mateixes. Per aquest motiu, per exemple, les directrius de la Comissió Europea per a l'eficiència de la justícia (CEPEJ) proposen que en mediació internacional els descàrrecs que es fonamentin en un acord de mediació adquireixin el mateix estatus que les decisions judicials si són presos per personal oficial judicial, i que tal decisió ha de precloure la persecució dels mateixos fets per un altre estat membre.

En matèria penal, a més a més, els resultats han de ser supervisats judicialment. La Resolució de les Nacions Unides 2002/02, de 24 de juliol, de principis bàsics per a l'aplicació de programes de justícia restitutiva en matèria penal, preveu que els resultats dels acords que dimanen de programes de justícia restitutiva hagin de ser supervisats judicialment o incorporats a decisions o sentències judicials. Ara bé, quan ocorre així, tals resultats gaudeixen de la mateixa consideració que una sentència judicial i impedeixen que l'assumpte torni a ser jutjat.

Els estats en general disciplinen la mediació de manera que es garanteixi que l'inici d'una mediació no impedeix iniciar posteriorment un procediment civil. Per a això es disposa que l'inici de qualsevol procés de mediació provoca la suspensió de tots els terminis de caducitat o prescripció de drets i accions.

D'altra banda, la participació en un procés de mediació que no finalitzi en acord no impedirà a les parts acudir a altres mitjans de resolució extrajudicials o judicials.

Els acords de mediació que gaudeixen del mateix tractament que les decisions judicials impedeixen que es puguin, amb posterioritat, enjudiciar els mateixos fets.

Vegeu també

Vegeu la Declaració de principis bàsics d'ús de programes de justícia restaurativa de l'ECOSOC, 2002.

Vegeu també

Vegeu la Recomanació (99) 19, de 7 de desembre de 2007.

Per raó de la matèria que ha estat objecte de mediació, els acords que assolixen les parts en un procés restauratiu penal han de ser supervisats judicialment o incorporats a decisions o sentències judicials. Quan ocorre això, els resultats tenen la mateixa categoria que qualsevol altra decisió judicial o judici i ha d'obstar per a l'enjudiciament en relació amb els mateixos fets.

En cas de no arribar a un acord entre les parts, el conflicte s'ha de retornar al procés de justícia penal ordinari i s'ha de prendre una decisió quant a la manera de procedir sense demora. Si no s'arriba a un acord, per si soles les actuacions no poden ser utilitzades en processos penals posteriors.

L'incompliment d'un acord concertat en el curs d'un procés restauratiu s'ha de sotmetre al programa restauratiu o, quan ho exigeixi així la legislació nacional, a la justícia penal establerta. La decisió sobre la manera de procedir ha de ser administrada sense demora.

L'incompliment d'un acord, diferent d'una decisió judicial o de judici, no s'ha d'utilitzar com a justificació per a una sentència més severa en procediments posteriors de justícia penal.

Els processos electrònics

En l'entorn electrònic, a més, el trànsit gradual de la forma escrita al multimèdia (àudio, vídeo, i altres) i de la comunicació transaccional a la relacional, fa que les habilitats relacionals i de comunicació electrònica es tornin essencials per a l'expert que maneja el conflicte. El llenguatge també s'ha d'adaptar a l'entorn electrònic.

En aquest entorn es modifiquen els escenaris, atès que bona part de l'activitat és en línia. Per a actuar cal adequar l'activitat a l'estructura i procedir a una mena de "migració" de tots els factors al nou entorn. En canviar l'espai de relació canvien també les relacions mateixes i la manera de comunicar-se. L'expert ha d'adquirir, en conseqüència, noves competències tecnològiques relacionals i lingüístiques.

Vegeu també

Vegeu la Declaració de principis bàsics d'ús de programes de justícia restaurativa de l'ECOSOC, 2002.

Activitats

Casos pràctics

1. En un conflicte entre dos veïns, pel que fa a la negativa d'un d'ells a disminuir el volum de la música a partir d'una determinada hora de la nit, assenyaleu algunes preguntes que s'han de fer l'un a l'altre:

- Assenyaleu preguntes obertes entre ells.
- Indiqueu quines preguntes tancades es poden fer entre ells.
- Esmenteu quines preguntes explicatives es poden fer un a l'altre.

2. En la discussió sobre el valor d'una reparació i indemnització de danys personals, provar que s'ofereix la mateixa quantitat per la qual s'indemnitza en els accidents de trànsit fixa un punt de referència aliè a les demandes de les parts i, en principi, objectiu?

3. Amb quins arguments podríeu tractar de convèncer dos joves que discuteixen sobre els drets en l'ús d'un determinat espai comunitari perquè intentin resoldre les seves diferències per mitjà de la mediació en lloc de discutir i agredir-se cada vegada que entren en conflicte.

4. Com se sap, ha estat publicada recentment a Espanya la Llei 5/2012, de mediació en assumptes civils i mercantils. En el text es consagren els principis informadors de la mediació. Reflexioneu sobre aquesta qüestió tan important i identifiqueu alguns dels principis informadors de la mediació.

5. Entreu en el web del Parlament Europeu i busqueu la Resolució legislativa del Parlament Europeu, de 12 de març de 2013, sobre la proposta de Directiva del Parlament Europeu i del Consell relativa a la resolució alternativa de litigis en matèria de consum (Directiva sobre RAL en matèria de consum). Aquest text pretén regular els RAL (ADR) dirigits a conflictes de consum. Llegiu atentament el text aprovat i responeu raonadament quins ADR poden ser considerats inclosos i per què.

Exercicis d'autoavaluació

1. La diferència fonamental entre la mediació i altres procediments de resolució alternativa de conflictes és...

- a) que ha d'intervenir una tercera persona entre les parts.
- b) que la intervenció d'una tercera persona és nul·la.
- c) que la negociació acaba amb la formalització d'un document denominat *laude*.
- d) que la negociació és una fase obligatòria abans d'iniciar un procediment de mediació.

2. Com reaccionem en una mediació en què la tàctica usada per una de les parts sigui mentir i enganyar?

- a) Verificar declaracions sobre els fets.
- b) Anar-nos-en.
- c) Discutir.
- d) Cap no és vàlida.

3. Les modalitats extrajudicials de resolució...

- a) constitueixen una novetat en els sistemes d'administració de justícia.
- b) no són considerables en un sistema d'administració de justícia tradicional.
- c) existien ja en les primeres societats humanes organitzades.
- d) Cap de les respostes anteriors no és correcta.

4. Les modalitats extrajudicials de resolució...

- a) són alternatives i no complementàries a la jurisdicció.
- b) són complementàries i alternatives de la jurisdicció.
- c) són independents de la jurisdicció i no hi interoperen.

5. Quin és l'abast de la confidencialitat en el procediment de mediació?

- a) No impedeix que la documentació procedent de la mediació pugui ser aportada a un procés jurisdiccional posterior.
- b) Pot ser dispensada quan les parts ho manifestin així de manera expressa.

c) És una obligació de caràcter indisponible per a les parts.

6. L'autonomia de la voluntat...

- a) és un principi rector dels mecanismes extrajudicials autocompositius, no d'heterocomposició de les controvèrsies.
- b) és el poder que els ordenaments jurídics reconeixen a les persones per a exercitar les seves facultats de disposició, ús i gaudi dels seus drets.
- c) no té cap relació amb la lliure disposició sobre la matèria.

7. Els principis de tota mediació són...

- a) veracitat, imparcialitat i voluntarietat.
- b) confiança, imparcialitat, obligatorietat.
- c) confidencialitat, imparcialitat, voluntarietat i neutralitat.
- d) imparcialitat, sinceritat, conflictivitat.

8. El mediador en el conflicte...

- a) ha de facilitar la comunicació i assolir l'acostament entre les parts.
- b) ha de vetllar perquè les parts disposin d'informació i assessorament suficients.
- c) pot efectuar una recomanació que les parts acceptin per tancar el conflicte.

9. La justícia civil i la justícia restaurativa...

- a) no tenen res en comú.
- b) comparteixen el fet que totes dues són alternatives complementàries de la jurisdicció.
- c) es regeixen pels mateixos principis i aquests tenen el mateix abast.
- d) comparteixen alguns principis i totes dues es desenvolupen en la jurisdicció dels tribunals.

10. La conciliació...

- a) és una modalitat autocompositiva i avaluativa.
- b) és una modalitat autocompositiva i facilitativa.
- c) és una modalitat mixta, autocompositiva i avaluativa.
- d) Cap de les respostes anteriors no és correcta.

11. Les modalitats mixtes de resolució alternativa de conflictes...

- a) són híbrides.
- b) aglutinen modalitats diferents sense perdre'n la individualitat.
- c) aglutinen modalitats diferents que configuren una nova modalitat.

12. El principi de llibertat i autonomia de la voluntat per a participar en un procediment extrajudicial...

- a) no té límits, preval la voluntat de les parts.
- b) exigeix que es respectin certs límits imposats per la llei.
- c) permet que el resultat adquireixi l'eficàcia pròpia d'una sentència entre les parts.

13. El principi d'equitat en els procediments extrajudicials de resolució...

- a) persegueix la igualtat processal de les parts.
- b) persegueix la igualtat material de les parts involucrades.
- c) persegueix garantir les mateixes oportunitats per a fer valer els seus drets i que tots dos es trobin en igualtat de condicions.
- d) impedeix que els experts pretenguin gestionar el poder de les parts.

14. El principi de transparència...

- a) es troba íntimament vinculat amb el principi d'informació i independència.
- b) resulta incompatible amb el principi de confidencialitat.
- c) no afecta en cap cas les dades personals, encara que poden afectar la independència.
- d) no té cap relació amb la confiança.

15. El principi d'audiència...

- a) impedeix que determinats procediments es puguin dur a terme en línia.

- b) no impedeix que els procediments es puguin dur a terme en línia.
- c) implica que les parts hagin de ser escoltades en persona.

16. El principi d'eficiència...

- a) és sinònim d'eficàcia.
- b) comporta que els processos siguin econòmics encara que no sempre senzills ni garantistes.
- c) comporta que els processos siguin ràpids, senzills i en tot cas gratuïts per a la part més vulnerable
- d) procura que les controvèrsies siguin resoltes de manera ràpida, econòmica i buscant la plena satisfacció dels interessos de les parts en termes d'eficàcia.

17. El desenvolupament de les sessions de mediació...

- a) no es pot fer per mitjans electrònics atès el caràcter personalíssim del procediment.
- b) es pot fer per mitjans electrònics.
- c) s'ha de fer sempre per mitjans electrònics quan la mediació consisteixi en reclamació de quantitats que no excedeixin els 1.600 €.

18. La mediació acaba sense acord...

- a) quan el mediador aprecii de manera justificada que les posicions de les parts són irreconciliables.
- b) quan hagi transcorregut el termini màxim acordat per les parts per a la durada del procediment.
- c) quan les parts no es posen d'acord en l'elevació a públic.

19. Les parts interessades secundàries en un conflicte...

- a) no són parts en una mediació.
- b) són subjectes que no poden intervenir directament en un procediment de mediació.
- c) són aquells subjectes que pateixen danys indirectament, o de manera impersonal.

20. Quan la mediació s'efectua en línia...

- a) la tecnologia no afecta l'activitat de l'expert.
- b) l'activitat de l'expert es veu modalitzada i afecta el llenguatge utilitzat.
- c) la tecnologia soluciona els problemes de gestió de la informació i de control de la independència, de manera que l'expert no es veu afectats per aquests principis.
- d) el llenguatge utilitzat en les comunicacions entre les parts i l'expert deixa de constituir un problema.

Solucionari

Casos pràctics

1.

Preguntes obertes: què, com, quan, on, qui, per què.

Preguntes tancades: respon a preguntes en les quals la resposta s'encamina cap al sí o el no.

Preguntes explicatives: si la intenció és conèixer les causes o antecedents d'un aspecte. Exemple: per què...?

2. Sí, perquè constitueix un criteri extern de legitimitat i contribueix a resoldre les diferències entre les parts amb un criteri de justícia i equitat. Són útils, ja que permeten trobar opcions vàlides per a totes dues parts.

3. Aquestes modalitats es fonamenten en el consens, la qual cosa els permet confeccionar una solució a mida de les seves necessitats. De manera que podran veure reflectides en l'acord les seves pròpies expectatives. Els compromisos que adquireixin per a la consecució seran en general respectats i no requeriran en la majoria dels casos l'auxili judicial. Aconseguiran conservar els vincles personals i de veïnatge. I aquests mecanismes d'autocomposició potencien el sentit de responsabilitat i les parts solen respondre positivament de cara al futur.

4. La Llei enumera els principis informadors de la mediació, a saber: el principi de voluntarietat i lliure disposició, el d'imparcialitat, el de neutralitat i el de confidencialitat. A aquests principis s'afegeixen les regles o directrius que han de guiar l'actuació de les parts en la mediació, com són la bona fe i el respecte mutu, i també el seu deure de col·laboració i suport al mediador.

5. La Directiva comunitària inclou els litigis entre consumidors i comerciants derivats de la venda de mercaderies o la prestació de serveis i s'aplica a entitats RAL que intenten resoldre extrajudicialment aquests litigis, els procediments de mediació i també els que tenen una certa naturalesa jurisdiccional, com els procediments davant les oficines de reclamacions dels consumidors, l'arbitratge i els procediments de conciliació. No s'aplica als sistemes de tractament de reclamacions dels consumidors gestionats pel comerciant ni tampoc a les entitats de resolució en què les persones a càrrec estiguin ocupades exclusivament pel comerciant, ni a les negociacions directes entre les parts.

Exercicis d'autoavaluació

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

Bibliografia

Baca, E.; Echeburua, E.; Tamarit, J. M. (coord.). (2006). *Manual de victimología*. València: 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* (vol. 12, pàg. 192-222).

Collantes González, J. L. (dir.) (2007). *El arbitraje en las distintas áreas del derecho*. Lima: Palestra.

David, R. J. (1994). "Dispute Resolution in Cyberspace". *New Jersey Law Journal* (vol. 136, pàg. 10).

Folberg, J.; Taylor, A. (1984). *Mediation: a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*. Jossey-Bass.

Folberg, J.; Taylor, A. (1992). *Mediación, resolución de conflictos sin litigio* (trad. de B. Blanca Mendoza). Mèxic: Editorial Limusa.

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, tardor). "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. 38, núm. 1).

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, pàg. 1036 i seg.).

Herrera de las Heras, R. (2012, juliol). "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. 25, núm. 1, pàg. 175-193).

Johnson, D. R. (1995). "Cybertime, Cyberspace and Cyberlaw". *Journal of Online Law* (vol. 1).

Johnson, D.; Post, D. G. (1996). "Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace". *Stanford Law Review* (vol. 48, pàg. 1367).

Katsh, E. (1996). "Online Dispute Resolution: Building Institutions in Cyberspace". *University of Connecticut Law Review* (vol. 28, pàg. 953-980).

Katsh, E. "Dispute resolution in cyberspace". Symposium: Legal regulation of the internet. *University of Connecticut Law Review* (pàg. 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 UNECE Forum on ODR 2003*.

Lodder, A. R.; Zeleznikow, J. (2010). *Enhanced Dispute Resolution Through the Use of Information Technology*. Cambridge: Cambridge University Press.

Rabinovich-Einy, O. (2006). "Technology's impact: The quest for a New Paradigm for Accountability in Mediation". *Harvard Negotiation Law Review* (núm. 11, pàg. 258).

Rabinovich-Einy, O.; Katsh, E. (2011). "Technology and the Future of Dispute Systems Design". *Harvard Negotiation Law Review* (vol. 17, pàg. 151).

- 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 Publishers.
- 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* (vol. 12, pàg. 275).
- Schluter, M.** (2003). "What is relational justice?". A: G. Johnstone (ed.). *A restorative justice reader* (pàg. 111-123). Uffculme [Devon]: Willan Publishing.
- Schultz, T.; Kaufmann-Kohler, G.** (2004). *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*. La Haia: Kluwer Law International and Schulthess.
- Tamarit Sumalla, J.** (2012). *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Granada: Editorial Comares ("Estudios de Derecho Penal y Criminología").
- Tapscott, D.; Caston, A.** (1993). *Paradigm Shift: The New Promise of Information Technology*. Nova York: McGraw-Hill.
- Thiessen, E. M.; Loucks, D. P.; Stedinger, E. R.** (1998, març). "Computer-Assisted Negotiation of Water Resources Conflicts". *Group Decision and Negotiation* (pàg. 109-129).
- Ury, W.** (1991). *Getting to Yes*. Bantam Books.
- Vilalta, A. E.** (2009). "La cultura del diàlogo y la justicia relacional como «tercera vía»" [article en línia]. *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, pàg. 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. i altres** (2011). *Online Dispute Resolution: Theory and Practice*. La Haia: Eleven International Publishing.

