

EGUZKILORE

Número Extraordinario 11.
San Sebastián
Diciembre 1997
79 - 85

LA MEDIACIÓN COMO FÓRMULA DE TRATAMIENTO DE CONFLICTOS PENALES Y SOCIALES

Prof^a. Dr^a. María Begoña SAN MARTÍN LARRINOA

*Doctora en Derecho
Bilbao*

Resumen: La utilización de la mediación entre partes enfrentadas para el arreglo de sus conflictos se muestra con una gran potencialidad tanto en el ámbito penal como en el social, siendo la mediación social fuente de nuevos foros de diálogo y pacificación, que colabora al establecimiento de una comunicación entre poblaciones desfavorecidas y las instituciones públicas al objeto de transmitir un saber que impida la exclusión social.

Laburpena: Bitartekotza erabiltzea lehian ari diren aldeen arteko gatazkak konpontzeko oso bide erabilgarria izan daiteke bai arlo penalean bai sozialean. Horrela, gizarte-bitartekotza elkarrizketa eta bakebideratze ororen iturburu da, eta aldi berean laguntza handia ematen du populazio behartsuen eta erakunde publikoen arteko komunikazioan, gizarte-bereizkeria ezingo duen ezagutza transmitituz.

Résumé: L'utilisation de la médiation comme accord entre les deux partenaires du conflit semble d'une grande potentialité dans le cadre pénal ainsi que dans le cadre social. Elle est source de nouveaux dialogues, de pacification, et collabore à l'établissement d'une communication entre les collectivités défavorisées et les institutions publiques à fin de transmettre un savoir qui empêche l'exclusion sociale.

Summary: The using of mediation as agreement between the opposing parties seems to have a great potential in penal and social fields. There is a source of new dialogues and pacification and it talks about a collaboration to communication establishment between disadvantageous collectives and public institutions in order to transmit a knowledge that prevent the social exclusion.

Palabras clave: Mediación Penal, Mediación Social, Diversidad Cultural, Mediación Intercultural.

Hitzik garrantzizkoenak: Bitartekotza penala, Gizarte-bitartekotza, Kultur aniztasuna, Kulturen arteko bitartekotza.

Mots clef: Médiation pénal, Médiation sociale, Diversité culturelle, Médiation interculturelle.

Key words: Penal mediation, Social mediation, Cultural diversity, Intercultural mediation.

LAS CLAVES DE LA MEDIACION

La mediación como fórmula de arreglo de conflictos ha sido utilizada tradicionalmente para solventar disputas tanto individuales como intergrupales e incluso interestatales. Consiste en que un tercero ajeno a la disputa asiste a las partes en conflicto tratando de que dialoguen con objeto de que puedan alcanzar una solución libremente aceptada por ambas, que les satisfaga y ponga fin al enfrentamiento que les divide.

El mediador, por tanto, no dispone de ningún poder para dirimir la diferencia e imponer su decisión a las partes, como ocurre con el árbitro, sino que han de ser éstas las que por su propia voluntad alcancen un acuerdo. Por estas circunstancias con las que opera el mediador en relación a las partes enfrentadas, se ha calificado la mediación como “el arte de realizar lo imposible”. Además, en situaciones de interculturalidad el mediador ha de desplegar una especial sensibilidad en su tarea, para desasirse de su propio anclaje cultural con el fin de percibir todos los componentes que confluyen en estas situaciones, sin prejuicios acerca de la cultura de los demás o de la suya propia.

A pesar de lo tradicional de la utilización de la mediación como procedimiento de arreglo de conflictos, su capacidad de metamorfosis, la potencialidad que encierra para convertirse en instrumento adaptable a cada problemática, ha dado lugar a que en los últimos tiempos su utilización se haya extendido en muy diversos ámbitos de la vida social: en los conflictos de trabajo, en los familiares, en los del consumo, en los comunitarios o de vecindad, alcanzando incluso el campo de los conflictos originados por hechos penales; se trata en este último caso de mediaciones que se llevan a cabo entre infractores y víctimas, por instancias normalmente ajenas a la Administración de justicia, para que, a través del diálogo con la víctima, el delincuente asuma su responsabilidad por el hecho cometido, propiciando su mejor reinserción social y, a su vez, las víctimas puedan ver reconocidos y satisfechos sus intereses lesionados mediante una reparación material (a veces simbólica) y psicológica por parte del victimario.

MEDIACION PENAL

La utilización de la mediación en el ámbito de las infracciones penales está dando lugar a una superación paulatina del binomio tradicional delincuente-Estado, para dejar paso a otros paradigmas en los que la presencia del Estado se va desdibujando; así surgen y se consolidan binomios tales como los de delincuente/sociedad, víctima/sociedad o, incluso, delincuente/víctima.

La mediación en el campo de las infracciones punibles puede tener lugar tanto en una fase anterior al inicio del procedimiento penal, como a lo largo de éste, si bien su realización generalmente se lleva a cabo por instancias ajenas a la institución judicial.

1) Así, en primer lugar, la mediación puede realizarse en la fase policial.

En esta fase permite soslayar la puesta en marcha del engranaje judicial. Un ejemplo de institución que practica la mediación, en este estadio de oficialización del conflicto penal, es la Agencia de Servicios a la Víctima de la ciudad de Nueva York. Incluso, en Francia, es la propia policía la que actúa como mediadora en pequeños conflictos penales en los que interviene, surgidos entre vecinos, familiares, etcétera. Escucha a las partes e incluso las convoca para reuniones sucesivas a fin de propiciar

entre ellas un acuerdo pacificador. Se trata de una práctica que tiene su complemento en un libro-registro (*main courante*) donde la policía anota detalladamente los asuntos en los que interviene y no son enviados a los órganos judiciales. Tal registro está a disposición del fiscal que tiene la posibilidad, al menos teórica, de conocer estos asuntos y las actividades que sobre ellos ha realizado la policía (el conocimiento de todos los asuntos penales por parte del Fiscal es un mandato legal: artículo 19 del Código de Procedimiento Penal francés). Existe, por tanto, una especie de complicidad entre las fiscalías y la policía y es ahí donde ésta encuentra su legitimidad para desarrollar prácticas de índole mediadora. De esta forma se despliegan los positivos efectos de una pacificación del conflicto en su origen, sin que el mismo haya alcanzado trascendencia judicial.

2) La mediación puede realizarse en fase prejudicial, dando lugar a una auténtica vía alternativa al proceso penal.

Cuando la mediación se lleva a cabo en este estadio, el favorable resultado de la misma puede dar lugar a que el Ministerio Fiscal, en uso del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal (de que goza en diversos países), no ejercite tal acción y proceda a archivar las actuaciones.

3) Otro estadio durante el que se puede practicar la mediación entre víctima e infractor es, precisamente, durante el transcurso del procedimiento judicial (generalmente de forma externa al mismo, pero bajo control judicial); incluso puede llevarse a cabo la mediación después del juicio y antes de dictar sentencia.

La mediación realizada con éxito en esta etapa del procedimiento puede influir en la suspensión del fallo, en la atenuación de la pena a imponer, en la sustitución de una pena por otra menos aflictiva, o incluso puede dar lugar a la aplicación de una condena condicional.

4) En fase de ejecución de sentencia.

La mediación en esta fase puede utilizarse como tratamiento terapéutico orientado a la resocialización del delincuente. Generalmente consiste en una mediación en la que los condenados no se ven enfrentados necesariamente con su propia víctima, sino con otra u otras. Es la denominada “mediación vicaria”, relativamente fácil de llevar a cabo y con positivos efectos.

Resulta preciso señalar que la mediación vicaria no obtiene el mismo efecto que la llevada a cabo entre el delincuente y su propia víctima, sin embargo, se convierte en una alternativa muy útil para aquellos casos en los que las partes no desean encontrarse con sus auténticas contrapartes. Ejemplo de estas técnicas han sido las terapias con delinquentes sexuales en la prisión de Hameln (Alemania) y con autores de delitos contra la propiedad en Rochester (Inglaterra) o en Saxerriet (Suiza).

También en fase de ejecución de sentencia la mediación llevada a cabo con éxito entre víctima y autor puede dar lugar a la obtención de beneficios penitenciarios e incluso a una suspensión de la ejecución de la pena que quede por cumplir, si bien en este último caso la liberación anticipada puede ir unida al cumplimiento de ciertas obligaciones, entre otras, la reparación de los daños causados a la víctima (esto ocurre en países como Alemania o Austria).

En España, la mediación en el ámbito de las infracciones penales tiene una cierta inscripción en el tiempo, ya que desde el año 1990 la Dirección General de Justicia Juvenil, del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, ha venido realizándola en el campo de la justicia de menores. Por el contrario, la mediación con adultos infractores tan sólo está en sus inicios, aunque corresponde el mérito de sus primeras experiencias a las oficinas de atención a las víctimas, entre las que se incluyen las existentes en la Comunidad Autónoma vasca.

Ante la falta de un marco normativo que en España ampare las prácticas mediadoras en la delincuencia de adultos, su resultado positivo se ha venido canalizando, con anterioridad a la promulgación del actual Código Penal de 1995, a través de diversas soluciones procesales (y así se ha manifestado por la Oficina de Ayuda a la Víctima del delito de Valencia, pionera en esta práctica): en el caso de las faltas por el no ejercicio de la acusación por parte del fiscal, y en el de los delitos, por la petición de la menor pena posible, en el acto del juicio, por parte del Ministerio Público, o bien por la conformidad del imputado con la pena, igualmente mínima, solicitada por el Ministerio Fiscal.

En el actual Código Penal, sin embargo, la mediación puede tener un mejor encaje. Así, dicho cuerpo legal contempla en muy diversos artículos la posible reparación a la víctima por parte del infractor, con diversos efectos penológicos. Por ejemplo, como circunstancia atenuante en el artículo 21-5 o como propiciadora de la sustitución de una pena de hasta dos años de prisión por arresto de fin de semana o multa (artículo 88-1). Tal reparación puede ser fruto de una mediación, con las ventajas que ello conlleva respecto al encuentro de las partes y a la amplitud en los medios de reparación que procura, incluso simbólicos si son aceptados por la víctima.

Existe también en nuestro Código Penal (artículo 83-5) la posibilidad de suspender la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años, mediante el cumplimiento de una obligación que pueda imponer el juez o tribunal a efectos de lograr la rehabilitación del penado, una vez obtenida la conformidad de éste. Esta obligación perfectamente puede consistir en la participación en una mediación con la víctima que conduzca a la reparación del daño causado a ésta.

MEDIACION SOCIAL Y DIVERSIDAD: MEDIACION INTERCULTURAL

Saliendo del campo de la mediación penal, queremos dejar constancia de una modalidad de mediación que no aparece ligada al sistema de justicia y que ha venido teniendo una notable incidencia en las poblaciones multiculturales. Se trata de una mediación arraigada en la comunidad social y con vocación y objetivos que se dirigen hacia ella. Nos referimos a la mediación comunitaria, social o de barrio (denominaciones estas últimas que predominan en Francia), con la que se aspira a crear nuevos foros de socialización en ámbitos geográficos determinados (generalmente en barrios desfavorecidos), a través de la participación de los propios residentes en la resolución de los conflictos de sus convecinos.

Pretende evitar que ante los conflictos se recurra sistemáticamente a la policía, a las instancias judiciales, a los trabajadores sociales, al Estado en definitiva. Para esta filosofía, la mediación, como modo de arreglo de conflictos, no representa un fin en sí

misma sino un medio de transformación social, que a través de la escucha y del respeto a los demás y a sus diferencias permite a los ciudadanos crear entre sí nuevas solidaridades.

Trata de convertirse en un medio para combatir las exclusiones y las desigualdades y aspira a que las personas y los grupos aprendan a comunicarse directamente unos con otros, negociando y llegando a soluciones consensuadas, logrando así, entre otros objetivos, el de la integración social de las comunidades de inmigrantes. Para ello estas experiencias forman en las técnicas de mediación al mayor número posible de personas, de todos los medios sociales, con objeto de que no solamente ejerzan labores de mediación social dentro del programa en cuestión, sino que, además, extiendan el germen de la mediación a su propio modo de vida y a la sociedad en la que se mueven. A través de esta fórmula es toda la colectividad la que aprende paulatinamente a vivir en comunidad.

Este modelo de mediación está ilustrado por las experiencias de Community Board de San Francisco y de Boutique de Droit en Lyon, donde participan como mediadores personas voluntarias de muy diversos orígenes y situaciones sociales y personales, que se correlacionan con la demografía existente en su ámbito. De esta forma los ciudadanos pueden reconocerse en ellos cuando son parte en una mediación, convirtiéndose así los mediadores en auténticos puentes de unión entre sus conciudadanos.

El mediador, en estos casos, necesita no sólo ser neutral y poseer credibilidad ante las personas en conflicto (condiciones que ha de tener siempre), sino, además, formar parte de la comunidad local y estar profundamente familiarizado con el contexto en el que ocurre el problema. Ha de ser sensible a las necesidades culturales de las partes, reconociendo cuáles son los procedimientos de intervención más apropiados y que pueden facilitar una mejor sintonía entre los contendientes. Le es preciso un conocimiento profundo de la diversidad a fin de que pueda apreciar, incluso, más allá de las actitudes manifestadas. Así, en algunas culturas orientales la norma es interiorizar la ira y la ansiedad y no expresarla en público. Si esto se desconoce por el mediador se puede interpretar erróneamente, por ejemplo, una situación de silencio como de cooperación, lo que puede conducir a crear actitudes negativas en las partes, de tal forma que la mediación se coloque en un punto muerto o quiebre sistemáticamente cualquier intento de acuerdo.

Dentro del ámbito de la mediación social, merece una especial referencia en estas jornadas la mediación que específicamente se ha denominado como mediación intercultural y que se ha desarrollado en Francia desde el comienzo de los años ochenta.

Así, al lado de los profesionales del campo social, en los barrios en dificultad habitados por franceses y extranjeros desfavorecidos, han surgido entre sus habitantes mediadores, generalmente mujeres, que no sólo realizan tareas de mediación en sentido estricto, cuando ello es necesario, sino que además ayudan a sus convecinos a afrontar y solucionar problemas que se les plantean cotidianamente. Así, por ejemplo, colaboran con éstos en sus relaciones con los profesores de sus hijos, hacen de intermediarias entre policías y jóvenes, ayudan a las familias a cumplimentar trámites y documentación administrativa, etcétera. Todas estas actividades tienen un punto en común, se dirigen a establecer la comunicación entre las instituciones y las poblaciones procedentes de inmigración, o incluso de origen nacional, que carecen de recursos de

toda índole para afrontar los problemas que engendra una sociedad postindustrial que produce paro y pobreza. Estas tareas asumidas inicialmente por los mediadores, se han ido ampliando con el paso del tiempo. Así, en la actualidad, también ayudan a los habitantes del barrio en la búsqueda de empleo, de alojamiento, en el establecimiento de redes entre los ciudadanos para el intercambio de servicios (de cuidado de niños, de enseñanza mutua de materias prácticas, etcétera); incluso realizan labores de información sobre normativas existentes, labores de prevención de la delincuencia o de la toxicomanía, tratan de prevenir los conflictos y facilitan la resolución de los problemas que se presentan en el vecindario.

En resumen, estos mediadores, además de ayudar en la resolución de conflictos, favorecen la creación de espacios donde, con respeto a las diferencias culturales y a los derechos de sus conciudadanos, se transmita un “saber hacer” que, en definitiva, impida la exclusión social.

Los mediadores interculturales en Francia son, como decíamos, mujeres en su mayor parte, inmigrantes o hijas de inmigrantes en un 77%, y francesas de origen en un 23%.

Su labor está animada por las autoridades locales y reciben algunos apoyos financieros de la denominada Política de la Ciudad que ejerce el Estado francés.

En cuanto a su formación, hay que mencionar que la mitad, aproximadamente, de las mismas han recibido unas enseñanzas en las que participan diversas colectividades de acción social. Se trata de una formación que no tiene por objeto la obtención de diplomas profesionales, sino de métodos indispensables para tratar las situaciones que se les presentan en el marco de la misión que han asumido voluntariamente. Así, se les informa sobre los engranajes administrativos, sobre el ámbito urbano, sobre los aspectos sociales y culturales de su comunidad para que se familiaricen con diferentes códigos culturales; igualmente perfeccionan el idioma francés en caso necesario, y reciben formación deontológica.

Aunque la búsqueda de la autonomía de las poblaciones ha de ser una exigencia y guiar el trabajo de estos mediadores, merece destacarse la importancia del mismo, ya que juega un papel esencial en el proceso de integración social de las poblaciones desfavorecidas, desde el respeto a los derechos y a la diversidad étnica y cultural.

No ha de sorprender que sean las mujeres quienes precisamente hayan asumido en Francia este papel amplio de mediación y comunicación, ya que han sido ellas las que han estado más sometidas a los múltiples problemas cotidianos de adaptación a la vida en el país de acogida y las que se revelan, por tanto, como los mejores elementos para la integración social de sus conciudadanos. La mayor parte de estas mediadoras han llegado a ser, por la fuerza de las cosas, auténticas expertas en materia de resolución de conflictos, de negociación, de aprendizaje de reglas, de respeto a los ritmos y al factor tiempo en términos de escucha y de respeto al otro. Tales cualidades no son el resultado de una formación clásica, sino el producto, sobre todo, de una historia personal, de una trayectoria, de una vivencia y, de la muchas veces dolorosa experiencia de su propio recorrido migratorio.

CONCLUSIONES

La utilización de la mediación entre partes enfrentadas para el arreglo de sus conflictos se muestra con una gran potencialidad tanto en el ámbito penal como en el social. En el campo penal su magnitud se manifiesta no sólo en la variedad de estadios de oficialización del conflicto en los que puede ser aplicada: policial, prejudicial, procesal, de ejecución de pena...; sino también en la amplitud de sus efectos, que no se limitan a una mayor gama de posibles reparaciones a las víctimas, enriquecidas cualitativamente con el diálogo que procura la mediación, sino que además acercan al delincuente al conocimiento de las consecuencias reales de su acción y al sufrimiento provocado en sus víctimas, con lo que se propicia su mejor reinserción social.

Por su parte, la mediación social, que ejerce su acción pacificadora en la comunidad social y que aspira a crear nuevos foros de diálogo y de pacificación en ámbitos desfavorecidos a través de la participación de los propios residentes en la resolución de los conflictos de sus conciudadanos, se revela como un medio que, desde el respeto a los demás y a sus diferencias, puede crear entre las personas nuevas solidaridades.

Para el adecuado ejercicio de la mediación, se precisan mediadores familiarizados con el contexto en el que ocurre el problema y atentos a las claves culturales de las partes, al objeto de que el proceso mediador de acercamiento y de diálogo facilite un mejor entendimiento de las partes en sí y con el mediador, propiciando, de este modo, unas mayores posibilidades de alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambas.

Finalmente destacar la importancia de la mediación social cuando la misma se ejercita con amplitud de objetivos, tendiendo no solamente a la pacificación de los conflictos a través del diálogo entre partes enfrentadas, sino también al establecimiento de una comunicación entre las poblaciones desfavorecidas (de las que forman parte en muchas ocasiones personas procedentes de la inmigración) y las instituciones públicas; todo ello con objeto de propiciar una mayor justicia social para aquéllas y la transmisión de un saber hacer a tales poblaciones que impida su exclusión social.