



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

La Justicia Restaurativa: un cambio de paradigma en el sistema penal de justicia

Autor

CRISTINA MARTÍNEZ SÁNCHEZ

Director

CARMEN ALASTUEY DOBÓN

Facultad de Derecho
Año 2014

Máster en Especialización e Investigación en Derecho

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

Capítulo I

EL SURGIMIENTO DE UN NUEVO PARADIGMA DE JUSTICIA: LA JUSTICIA RESTAURATIVA

1. Concepto de Justicia Restaurativa.....	6
2. Caracteres y principios.....	11
2.1 La Justicia Restaurativa como proceso de diálogo.....	11
2.2 Las partes: las verdaderas protagonistas.....	13
2.3 La reparación del daño como fin esencial de la Justicia Restaurativa.....	14
2.4 La paz social, consecuencia última de su aplicación.....	16
3. Movimientos y factores de impulso del nuevo paradigma de Justicia Restaurativa.....	16
3.1 El movimiento de la <i>diversion</i>	17
3.2 Victimología y Victimodogmática: el <i>poder</i> de las víctimas.....	17
3.3 Abolicionismo y minimalismo.....	23
3.4 El paradigma de la resocialización.....	25
3.5 La influencia de la Justicia Comunitaria.....	29
3.6 La crisis del modelo <i>tradicional</i> de justicia.....	29

Capítulo II

JUSTICIA RESTAURATIVA *VERSUS* JUSTICIA TRADICIONAL

1. Principio de legalidad <i>versus</i> principio de oportunidad.....	31
2. Los acuerdos de reparación en los fines de la pena. Naturaleza jurídica.....	35

3. La justicia restaurativa como <i>alternativa o complementaria</i> del Proceso penal.....	45
--	----

Capítulo III

LA MEDIACIÓN: PRINCIPAL HERRAMIENTA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

1. Concepto y principios.....	42
2. Principios. <i>Voluntariedad, confidencialidad, neutralidad, universalidad, gratuidad, oficialidad, proporcionalidad, complementariedad</i>	46
3. Contenido material de la mediación penal.....	52
3.1 El reconocimiento de hechos.....	52
3.2 La conciliación.....	55
3.3 La reconciliación y el perdón del ofendido.....	56
3.4 La reparación del daño.....	57
4. El procedimiento de mediación. Fases: <i>Derivación, sesión informativa, identificación del problema, encuentro dialogado, acuerdo, seguimiento</i>	58
5. Ámbito material de aplicación. Criterios.....	62
6. La mediación penal y el proceso judicial.....	72
6.1. <i>Mediación como alternativa al proceso</i>	72
6.2. <i>Mediación en la fase de instrucción</i>	74
6.3. <i>Mediación en fase de enjuiciamiento</i>	76
6.4. <i>Mediación en fase de ejecución de sentencia</i>	77

Capítulo IV

SITUACIÓN ACTUAL DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN ESPAÑA

1. Marco legal: normativa internacional y europea.....	80
2. Legislación estatal y proyectos normativos.....	83
2.1. <i>Proyecto de Estatuto de la Víctima, Proyecto de Reforma del CP</i>	85
2.2. <i>Borrador del Código Procesal Penal</i>	86
3. Proyectos de mediación desarrollados en España.....	93

4. Protocolos de Actuación.....	94
5. Evaluación de experiencias de mediación de adultos.....	97
6. La Mediación penal en el derecho penal de menores.....	101
6.1. Presupuestos objetivos: <i>el consentimiento de las partes, reconocimiento de hechos, la conciliación, la reparación, la propuesta del Equipo Técnico</i>	104
6.2. Sujetos intervinientes: <i>El menor, la víctima, el Equipo técnico</i>	108
6.3. Contenido de la mediación: <i>el sobreseimiento, y la suspensión de las medidas impuestas en la sentencia</i>	109
6.4. La mediación en la fase previa a la iniciación del proceso.....	113
6.5. Experiencias prácticas.....	114
6.6. Valoración de las experiencias.....	119
CONCLUSIONES	120
BIBLIOGRAFIA	124

INTRODUCCIÓN

Desde hace varias décadas estamos asistiendo a un auge importante de nuevas formas de resolución de los conflictos, basadas en sistemas *autocompositivos*, donde las partes implicadas son las que resuelven sus controversias; provenientes de Europa, derivadas tanto de la acción legislativa de las instituciones europeas como de las propias legislaciones internas de los estados, pero también de otros lugares del mundo, de países como E.E.U.U, Canadá, Nueva Zelanda o Sudáfrica, por poner algunos claros ejemplos, en los que existe un notable interés por esta nueva concepción de justicia denominada restaurativa o reparadora, y que difiere sensiblemente del procedimiento judicial adversarial, propio y generalizado de nuestros modernos y democráticos estados liberales.

Estas nuevas fórmulas de resolución de conflictos, tales como la *negociación*, la *conciliación* o la *mediación*, en el fondo no son ninguna novedad, más al contrario, han constituido fórmulas tradicionales de interacción en el conflicto¹; sin embargo, lo novedoso que se presenta en el momento actual, es que se transforman y reinventan hacia nuevas concepciones teóricas de la justicia, con efectos especialmente significativos en su dimensión práctica, a través del desarrollo de programas complementarios y alternativos al proceso judicial, y que empiezan a tener un efecto expansivo, con un mayor significado en nuestras sociedades occidentales, que incide en todas las ramas jurídicas de nuestro Derecho, de las cuales, el Derecho penal desde luego no constituye ninguna excepción.

¹ La relación entre la justicia restaurativa y la justicia indígena tiene su fundamento en el potencial de la comunidad para solventar los conflictos, especialmente en las *Family Group Conferences* en Nueva Zelanda, vid. VARONA MARTÍNEZ, G: *La mediación reparadora como estrategia de control social*, Comares, Granada, 1998, p. 380.

Esta nueva justicia, constituye un nuevo modelo de resolución de conflictos, que surge de la praxis y se va incorporando en los sistemas jurídicos, en su mayor parte de forma complementaria a la justicia tradicional, pero supone una auténtica revolución en cuanto a los fundamentos y principios que inspiran su aplicación: la llamada *Justicia restaurativa o reparadora* supone un sistema alternativo de resolución de conflictos, como contraposición a la justicia aplicada por jueces y tribunales, y es desarrollada fundamentalmente mediante procesos de *Mediación*, que conceden a las partes implicadas en un conflicto, la posibilidad de un encuentro dialogado facilitado por un tercero; en otros casos, la comunidad como destinataria y protagonista del conflicto, junto con las partes directamente implicadas, participan en procesos restaurativos que pretenden retribuir a la víctima del daño ocasionado por el ofensor, haciéndole partícipe de su resolución y facilitando su integración a la comunidad, como en *los Círculos Restaurativos*, o en las *Sentencias Circulares*, de escasa o nula incidencia en nuestro sistema.

Todos ellos, por tanto, son mecanismos que incorporan formas distintas de abordar el conflicto, y en la mayor parte de los casos, se aplican con carácter complementario al proceso, modulando e incidiendo en su desarrollo y resultado; esta nueva forma de justicia, que parte de postulados muy diferentes a la justicia tradicional, y en muchos casos en clara contraposición a esta última, devuelve a las partes el protagonismo perdido y atribuido al estado, donde van a ser ellas las principales artífices en la composición de sus conflictos, pasando a disponer de un papel preponderante, que podrá tener determinadas consecuencias jurídicas, en la medida que estos sistemas se ensamblen e integren en nuestro ordenamiento jurídico.

El objeto del presente trabajo es analizar esta nueva concepción de justicia desde el ámbito del derecho penal: qué significado tiene en el momento actual en nuestro sistema jurídico, y cuál podría tener en el futuro, analizando cuáles son sus bondades y también cuáles podrían ser sus riesgos; una toma de posición acerca de si puede o debe integrarse un modelo alternativo-restaurativo de justicia en nuestro sistema judicial, y en su caso, en qué forma puede hacerse esta integración sin una merma de los principios y garantías constitucionales, con el engranaje de los principios y fines que sustentan este nuevo paradigma de justicia, cuyo fin primordial es la reparación de la víctima.

Esta nueva justicia, introduce mecanismos de *diversion* a las penas tradicionales privativas de libertad, y pone un mayor acento en el resarcimiento del daño a la víctima que en la punibilidad del hecho ilícito cometido, todo ello a través de un cambio conceptual del Derecho Penal², que más allá de ocuparse estrictamente del crimen y de las penas, respondería a un derecho de resolución del conflicto³, con fines de prevención general en cuanto a la observancia de políticas criminales adecuadas a la evitación del delito, y de prevención especial, conducentes a la reintegración del individuo en la comunidad.

El nuevo paradigma de justicia restaurativa incide transversalmente en todos los ámbitos relacionales del ser humano configurando una visión sistémica y global. Este nuevo modelo restaurativo supone una justicia menos violenta, y más humanitaria, e implica un nuevo modelo de control social⁴, fundamentalmente con la Mediación como institución que cobra más fuerza en nuestros sistemas occidentales, frente a otras formas de justicia restaurativa, de base comunitaria, que tienen una menor impronta en nuestras sociedades, de sesgo más individualista.

La idea de que existe una necesidad de cambio en nuestro sistema de aplicación de justicia, derivada a su vez de un cambio en las concepciones teóricas de la ciencia penal, entronca con una crisis de legitimidad del estado, donde se cuestiona el recurso al *ius puniendi* y la utilidad del propio modelo, con el ideal de prevención general y el patente fracaso de la resocialización ; por otro lado, el colapso de nuestro sistema judicial nos revela nuestra propia incompetencia para solventar las tensiones que nos depara nuestra interrelación con los otros, de ahí que resurge una nueva cultura de la negociación, de la resolución alternativa de conflictos y de la mediación, que readapta un modelo

² Se destaca la dimensión social y personal concreta del delito, frente a una concepción abstracta. El delito no es sólo la infracción de la norma jurídica sino que expresa una situación de conflicto, frente a la que debe actuarse para favorecer la convivencia y la paz social, en PÉREZ SANZBERRO, G., *La reparación y conciliación en el sistema penal, ¿apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999, p. 20.

³ El fundamento del paradigma de justicia restaurativa está antes en la concepción del delito como ruptura de las relaciones humanas y sociales que como violación de la ley, en TAMARIT SUMALLA, J., *La Justicia Restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012, p.4.

⁴ El análisis de la mediación, la conciliación y la reparación como estrategias de control social, distintas y diferenciadas del proceso penal es analizada por BARONA MARTÍNEZ, G, en su obra: *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 1998.

consciente de aprendizaje en la resolución de conflictos que va a depender de nuestras propias habilidades, a veces con la ayuda de un tercero que facilite el proceso.

Existe también la idea de que una sentencia no va a solucionar en muchos casos un determinado conflicto, sobretodo en aquellos casos en que la relación que subyace va mucho más allá de aquellos elementos que se han enjuiciado, y si a ello le añadimos, que en muchas ocasiones las consecuencias jurídicas que despliega el fallo judicial no satisfacen ni siquiera al que ha ganado el pleito, es ineludible replantearse una revisión del modelo de justicia, repensar hacia un modelo en el que las partes implicadas pudieran participar de una forma más incidente en la determinación de los resultados de sus controversias.

Este nuevo modelo de Justicia irrumpe en un momento de crisis de nuestro sistema judicial, de la mano de la actual crisis económica, que ha comportado significativos cambios; desafortunadamente estamos asistiendo a un paulatino encarecimiento de los costes de acceso al proceso judicial, con una restricción de su tutela para los colectivos menos favorecidos económicamente; y por otra parte, la judicialización ha llegado a extremos de excesiva ingerencia, por lo parece necesario ponderar y favorecer la aplicación de otras fórmulas alternativas.

La problemática, a mi juicio, en torno a este nuevo modelo de justicia no es baladí; si lo que se pretende es su implementación en nuestro sistema de justicia, los interrogantes a cerca de si será posible la construcción de un nuevo modelo de justicia que integre la esencia de la justicia restaurativa como forma de solventar conflictos teniendo como eje fundamental la participación de las partes y de la comunidad más directamente implicada, en convivencia con nuestro sistema tradicional de justicia, abre el camino hacia nuevos conceptos y reformulaciones en la ciencia penal.

La asunción de un modelo integrativo⁵, pasa por un análisis y en su caso, una reformulación de la Teoría general del Derecho, en torno a los principios del

⁵ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A., en *Tratado de Criminología*,. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.p. 1038 y 1039, explica un modelo integrador de respuesta al delito de respuesta conciliadora, de reparación del daño causado a la víctima y a la comunidad y de pacificación de las relaciones sociales; la característica de este modelo integrador es que procura contemplar los intereses, expectativas y exigencias de todas las partes implicadas en el problema criminal, con armonía y ponderación.

derecho penal y a los fines que se le han atribuido históricamente; pasa por el análisis del significado y las consecuencias que pueden tener institutos tales como la mediación, la conciliación o la reparación del daño, dentro del marco de las sanciones penales; si dichos institutos pueden considerarse una sanción autónoma o acaso una tercera vía de intervención del derecho penal o son de otra naturaleza, lo que podría conducir a un concepto de justicia restaurativa como *alternativa* a la justicia tradicional; o si por el contrario, deben subordinarse con un carácter de complementariedad en todo caso de la pena y del proceso.

A lo largo de estas páginas analizaré el concepto de Justicia Restaurativa y su herramienta fundamental, la mediación, los principios que la inspiran; el contenido y la estructura del procedimiento de mediación y la implicación que supondría su apreciación en las distintas fases del proceso con la legislación vigente, teniendo en cuenta las experiencias de mediación realizadas en nuestro país.

El estudio de la mediación se abordará en todas las fases procedimentales: en la fase de investigación o instrucción, en la fase de enjuiciamiento, y una vez emitida la sentencia, en la fase de ejecución de la misma; pasaré muy rápido por la mediación penitenciaria y la mediación comunitaria, deteniéndome en las mismas únicamente para conciliar su significado desde su incidencia respecto a la mediación intraprocesal, núcleo fundamental de mi trabajo; centraré mi análisis en los criterios de aplicabilidad de la Mediación desde el ámbito sustantivo material; y finalmente analizaré la incidencia de la Justicia Restaurativa en nuestro país, partiendo de las experiencias concretas desarrolladas, y en relación con las influencias externas del derecho comparado, con mención especial a la regulación positiva y a las propuestas que se están planteando, algunas todavía en fase muy incipiente.

Parece claro que no se puede obviar una demanda social cada vez más profunda que aboga por la incorporación de estos mecanismos a nuestro sistema jurídico, que nos viene de Europa y también del resto del mundo; las legislaciones se van haciendo eco de esta nueva forma de entender la justicia, aunque en la práctica en nuestro país al menos, su aplicación en el derecho penal de adultos es de escasa relevancia a nivel cuantitativo, y se debe, ante una situación legal de anomia, al desarrollo de protocolos de actuación surgidos de la perseverancia de algunas personas que, convencidas de las bondades de estos métodos lo han desarrollado en determinados momentos y lugares, en su mayor parte de forma desinteresada o con una escasez de medios que ha limitado su difusión, pero sobre los que ya podemos contemplar cierta valoración de su incidencia.

Capítulo I

UN NUEVO PARADIGMA DE JUSTICIA: LA JUSTICIA RESTAURATIVA.

1. CONCEPTO DE JUSTICIA RESTAURATIVA.

El concepto de justicia restaurativa parte de una visión amable⁶ del ser humano como presupuesto antropológico, puesto que entre sus finalidades preside el concepto de humanización de la justicia, restaurando a la víctima, al infractor y a la comunidad a la situación anterior; parte de la premisa de una concepción del delito como ruptura de las relaciones humanas y sociales más allá de la infracción de la ley que se produce⁷.

A la hora de definir el concepto⁸ de justicia restaurativa, nos encontramos ante un concepto indeterminado, variable y en constante cambio. La doctrina

⁶ Vid. AGUILERA MORALES, M. "La mediación penal ¿Quimera o realidad? "en GARCILANDIA GONZÁLEZ, P.M. y SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *Sobre la Mediación Penal (Posibilidades y límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español)*. Aranzadi, Pamplona, 2012.

⁷ Vid, TAMARIT SUMALLA, J., en *La Justicia Restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares. Granada. 2012, p. 4

⁸ Vid. GORDILLO SANTANA L. F., en *La Justicia Restaurativa y La Mediación Penal*. Iustel, Madrid, 2007, p. 39 y ss.: expone el origen del concepto y las principales aportaciones; así la mayor relevancia del trabajo publicado en los años setenta por Hudson & Galaways's, junto con el modelo práctico alternativo de justicia desarrollado por Howard Zher que recogió en su libros

entiende que la mayor aportación al concepto de justicia Justicia Restaurativa se debe al trabajo publicado en los años setenta por HUDSON & GALAWAYS'S; en general, se entiende que las bases se encuentran ya en la obra de CHRISTIE, a través de su artículo "*Conflicts as Property*", publicado en 1976, que propone una solución de los conflictos alternativa al sistema penal tradicional, donde las partes participen activamente en la solución de sus problemas.

La comunidad también se concibe como instrumento de pacificación de la sociedad, la cual participará en los conflictos que se produzcan en su seno.

La definición más ampliamente reproducida de justicia restaurativa corresponde a MARSHALL⁹, para quien "La justicia restaurativa es un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas en un delito resuelven de manera colectiva la forma cómo lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro".

HOWARD ZEHR¹⁰, la define como un "proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones

libros *Retributive Justice, restorative justice, alternative justice paradigms*, en 1980 y *Changing lenses: a new focus of crim*, los trabajos realizados por Wright, Umbreit, Harding y Walgrave, la idea de Braitwaite de introducir el daño causado a la víctima como instrumento positivo para reintegrar a los victimarios en sus comunidades. El concepto de Justicia Restaurativa fue acuñado oficialmente en el Congreso Internacional de Criminología celebrado en Budapest en 1993, Vid. VARONA MARTÍNEZ, G., en *La Mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 1998, p. 1. Vid. CHRISTIE, N., en "*Conflicts as Property*", *British Journal of Criminology*, vol. 17, n° 1, traducido al español en MAIER, J. (Comp.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1992. La Justicia Restaurativa como justicia reconciliadora, reconstitutiva y victimal según RÍOS MARTÍN J.C., en *La Mediación Penal y Penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex Madrid. 2008, p. 31. Justicia restitutiva en el sentido de resarcimiento del daño a la víctima según FREIRE PÉREZ R. M., "Reparación y Conciliación. El Derecho Penal y los intereses de las víctimas e imputados", en SÁEZ VALCARCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ P. (Dirs.), *Alternativas a la Judicialización de los Conflictos*, CGPJ, Estudios de Derecho Judicial, n. 111, Madrid, 2006, p. 89. Otras acepciones, como Justicia Restauradora o Reparativa en MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 2007, p. 16.

⁹ MARSHALL, T., "The Evolution of restorative justice in Britain" en *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 4, n.º4, London, 1996, p. 37.

¹⁰ HOWARD ZHER, uno de los pioneros en la aplicación de la Justicia Restaurativa, en *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, edición traducida por Good Books, 2007, p. 45.

derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible. Se hace necesario incorporar a la Comunidad en los procesos restaurativos, más allá del encuentro entre las partes directamente implicadas, ya que el daño se produce también de forma indirecta a la comunidad.

Los Principios Básicos sobre el uso de programas de justicia restaurativa en materia criminal del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas del año 2002 definen los programas de justicia restaurativa como “cualquier programa que usa procesos restaurativos y busca lograr resultados restaurativos”. Por procesos restaurativos entiende “cualquier proceso en el cual la víctima y el ofensor, y cuando es apropiado otros miembros de sus comunidades afectados por el delito, participan juntos activamente en la resolución de los problemas generados por el delito cometido, generalmente con la ayuda de un facilitador. Estos procesos pueden incluir la mediación, la conciliación, las conferencias y los círculos de sentencia.” Por su parte, los resultados restaurativos consisten en los acuerdos logrados como resultado de un proceso restaurativo; incluyen respuestas y programas como la reparación, la restitución o el servicio a la comunidad, con el objeto de satisfacer las necesidades y las responsabilidades de las partes y de la comunidad y, de tal forma, lograr la reintegración de la víctima y el ofensor.

La Justicia Restaurativa no se impregna de una única filosofía. DIGNAN¹¹ identifica tres corrientes principales: la tesis “civilizatoria”, la tesis “comunitarista” y la tesis del “discurso moral”, que pasamos a analizar:

a) *Tesis civilizatoria*: El concepto de justicia restaurativa se fundamentaría en una profunda crítica al sistema de justicia criminal tradicional.

La justicia restaurativa es vista como una manera de “civilizar el barbárico juego del crimen y castigo” que rige en la actualidad, poniendo mayor atención en la reparación del daño a favor de las víctimas.

Otro enfoque de esta tesis se asocia con el movimiento cristiano menonita¹², que pone el énfasis en los valores de reconciliación y reparación. El objetivo es

¹¹ DIGNAN, J., en *Understanding victims and restorative justice*. Maidenhead, U.K.: Open University Press. 2005.

que víctima y ofensor se encuentren y hablen sobre el delito, generalmente en el formato de un programa de mediación de carácter informal.

- b) *Tesis comunitaria*, con su máximo exponente NIELS CHRISTIE. Se funda en la crítica al sistema de justicia tradicional por entender el delito como un acto individual del ofensor en contra del estado, por lo que los intereses de las víctimas y la comunidad quedaban excluidos del proceso.

El comunitarismo demanda la inclusión de la víctima, y de manera más importante, demanda la inclusión de la comunidad en el proceso de la toma de decisiones; desde esta perspectiva, si el sistema de justicia se concentra solamente en las relaciones interpersonales entre la víctima y el infractor, no toma suficientemente en consideración las implicancias sociales y morales del delito. La postura de Christie, de gran influencia, con el interés por procesos informales, se aleja de la intervención profesional de abogados y otros agentes judiciales.

- c) *Tesis del discurso moral*, con su más renombrado exponente, John BRAIHWAITE, con su teoría sobre la “vergüenza reintegradora” (*reintegrative shaming*). Esta tesis descansa en el reconocimiento de que la conciencia es generalmente una herramienta más poderosa para controlar el delito que el castigo. Braithwaite sostiene que el crimen debe ser enfrentado, pero de una manera que no estigmatice negativamente al ofensor; la vergüenza irrespetuosa, como es usada en el sistema de justicia criminal tradicional, hace que la situación empeore, pues genera una estigmatización constante; por el contrario, si el ofensor es “avergonzado” por lo que ha hecho, de una manera respetuosa, y en presencia de la víctima y de personas que son importantes

¹² Uno de los primeros ejemplos, que ha venido a ser reconocido como el primer antecedente de justicia restaurativa, tuvo lugar en 1974 en Kitchener, Ontario (Canadá), a través de la comunidad menonita, cuando dos jóvenes que habían causado daños a numerosas propiedades, en lugar de ser castigados fueron requeridos a instancias de un oficial de libertad vigilada con la aceptación del juez, para que asumieran su responsabilidad, pidieran disculpas a los afectados y repararan el daño causado. A raíz de esta experiencia, la comunidad menonita intervino en experiencias similares, y empezaron a desarrollarse en Estados Unidos el *Victim/Offender Reconciliation Program* (VORP), y los programas de *Victim Offender Mediation* (VOM), en los que intervenían mediadores facilitando el encuentro entre ofensores y víctimas.

para él, es más probable que, acepte su responsabilidad y rectifique su conducta.

La tesis de Braithwaite ha sido muy influyente en el desarrollo de proyectos de justicia restaurativa de diversos países, especialmente en sistemas del *Common Law* como es el caso de Australia, Nueva Zelanda, Reino Unido, Canadá y Estados Unidos.

Existe un amplio consenso entre investigadores sociales que se manifiesta en la *Declaración de Leuven* de 1997, resultado de la Primera Conferencia internacional sobre justicia restaurativa para jóvenes, que el enfoque restaurativo deber residir en la reparación del daño, la pacificación de la comunidad y la seguridad de la sociedad.¹³ En los primeros momentos la justicia restaurativa se desarrollo principalmente en los contextos de la justicia juvenil y como respuesta a delitos de escasa gravedad.

Una constante de todas las definiciones de Justicia Restaurativa es que más allá de la integración en los procedimientos restaurativos a las partes enfrentadas por un conflicto, se apuesta por la participación de la comunidad, como víctima secundaria del daño producido, de ahí que los procesos restaurativos sean destinados a la reparación de las víctimas directas y a la propia comunidad como víctima indirecta, persiguiendo el fin último de restauración de la paz social.

El modelo restaurativo se define como un modelo integrador que contempla en el sistema de respuesta al delito la satisfacción de otras expectativas sociales: la solución conciliadora, la reparación del daño a la víctima y a la comunidad y la pacificación de las relaciones sociales¹⁴; en el fondo, late la idea de que el crimen es un conflicto interpersonal y que su solución efectiva debe encontrarse desde dentro, entre los propios implicados en el mismo, en lugar de imponerse por el sistema legal con criterios formalistas y que además conlleva un elevado coste social. Se propone intervenir en el conflicto sin metas represivas, buscando soluciones a través del pacto, el consenso, el arreglo y la composición, confiando en la capacidad de las partes para encontrar fórmulas reales de compromiso.

¹³ Vid. TAMARIT SUMALLA, J., *La Justicia Restaurativa : desarrollo y aplicaciones*, ob.cit. p. 11.

¹⁴ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. en *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 1033-1034.

Se trata de un nuevo modelo de justicia más legítima que profesional, próxima al ciudadano, con un perfil comunitario y participativo, que sintoniza con los valores éticos y el sentido común de la experiencia humana y comunitaria¹⁵, lo cual choca frontalmente con algunas delimitaciones que se van perfilando en torno al estatuto del mediador, en relación a su necesaria formación, y a la exigencia por algunos sectores de un nivel de profesionalización que excluiría o limitaría la participación de la misma comunidad, la cual ha constituido base y fundamento del origen y desarrollo de esta nueva concepción de justicia, y relegaría multitud de experiencias restaurativas que han tenido como sustento la participación misma de la sociedad a través de voluntarios y asociaciones que han abanderado estas experiencias.

Los procesos de justicia restaurativa pertenecen al ámbito genérico denominado de resolución alternativa de conflictos o *Alternative Dispute Resolutions* (ADR); dentro de esta denominación se incluyen otros procesos o mecanismos que carecen de base restaurativa, pero que tienen en común la informalidad o el carácter preferentemente desjudicializador.

Existen iniciativas europeas que tienen como objetivo el desarrollo de la mediación penal y otras prácticas restaurativas: el *European Forum for restauative justice* fundado en el año 2000, con el objetivo de promover mecanismos de cooperación internacionales, y el desarrollo de principios y buenas prácticas o el estímulo de la investigación entre otros¹⁶.

2. CARACTERES Y PRINCIPIOS

2.1. El proceso de Justicia Restaurativa como proceso de diálogo.

A diferencia del proceso tradicional de justicia penal, el proceso de Justicia Restaurativa es un proceso de diálogo en el que las partes se van a sentar a hablar de los hechos ocurridos, del daño ocasionado y de la forma de repararlo, con la ayuda de un tercero, y de la comunidad en su caso, para buscar una solución al conflicto.

Este proceso de diálogo se entiende beneficioso tanto para la víctima como para el victimario: para la víctima, porque tendrá la posibilidad de conocer

¹⁵ Vid. GARCIA PABLOS DE MOLINA. A. , ídem, p. 1057

¹⁶ Vid. TAMARIT SUMALLA, J. , en *La Justicia Restaurativa: desarrollo y aplicaciones,....ob*, cit. p. 12

las causas que motivaron la realización del hecho, podrá pedir explicaciones a su ofensor, además de poder expresarle el daño que le ha infringido, también puede ayudarle a superar sentimientos de dolor, miedo o angustia, obteniendo de este modo una forma más efectiva de enfrentar las consecuencias del delito; por su parte, el victimario va a ser consciente, directamente por la propia víctima de las consecuencias que ha producido su conducta, contribuyendo de esta forma a una mayor responsabilidad por el hecho delictivo¹⁷

En los procesos restaurativos, la comunidad puede participar en la resolución de los conflictos generados en su seno, porque la sociedad civil se considera partícipe en la generación de justicia, consiguiendo una mayor democratización de la sociedad¹⁸.

La utilización de estas formas alternativas de justicia contribuyen, en última instancia a la pacificación de la sociedad, al utilizarse métodos basados en la comunicación y el diálogo, a través de herramientas como la mediación con la participación de un tercero imparcial, o con una mayor implicación de la comunidad como es el caso de las conferencias y los círculos restaurativos.

El proceso de diálogo entre las partes afectadas constituye un valor en sí mismo, con independencia de las consecuencias jurídicas que pueda suponer, y debe diferenciarse tanto conceptualmente como en su dimensión práctica de las sanciones alternativas a la pena que puede imponer el juez dentro del proceso penal tradicional, ya que éstas no serían consecuencia de un proceso de diálogo entre las partes y en su caso la comunidad, sino de la aplicación del *ius puniendi* estatal.

2.2. Las partes son las verdaderas protagonistas de la aplicación de justicia.

¹⁷ Vid. GORDILLO SANTANA, L. F., ob. cit., p. 61, el diálogo es beneficioso tanto para la víctima como para el victimario. En el mismo sentido, LARRAURI, E., "Tendencias actuales de la Justicia Restauradora, en PEREZ ALVAREZ F., *Serta: In memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 444.

¹⁸ GORDILLO SANTANA, L. F., ob. cit., p. 62. En esta línea BARATTA, A. en su "Debate en Santa Fe con Baratta, 1994, citado por ELBERT, C. A., "Baratta y los límites Epistemológicos de la Criminología", en PEREZ ALVAREZ, F (Ed), *In Memoriam alexandri Baratta*, ob. cit. p. 91, donde argumenta la necesidad de tomar en serio los problemas sociales, una participación de todos los entramados sociales con la posibilidad de atender y resolver conflictos sociales a través del diálogo fomentando la sensación de justicia de la ciudadanía.

Las partes, infractor y víctima, van a protagonizar este proceso de diálogo, ayudadas por un mediador o por determinados representantes de la comunidad que facilitarán el proceso restaurativo para lograr encontrar una solución al conflicto¹⁹.

Las partes toman las riendas para encontrar una solución pacífica al injusto cometido, destacando que lo fundamental en este proceso va a ser el resarcimiento del daño a la víctima por encima de otros fines. Así como en la justicia tradicional el Juez impone la pena, en la restaurativa la solución pasa por un proceso dialogado que permita identificar cuál es el daño realmente producido por el delito, qué puede o debe hacerse para repararlo y quién ha de hacerlo.²⁰

En el caso del *Conferencing* la comunidad es parte, un tercer actor en el desarrollo del proceso restaurativo, más allá de un proceso privado entre víctima y ofensor, la comunidad participa como víctima secundaria del delito, y a su vez facilitando el apoyo a la víctima implicándose activamente en la reparación del daño, y al infractor posibilitando su reinserción en la sociedad²¹.

Surgen dudas a cerca de quién puede participar en las conferencias familiares o en los círculos restaurativos, si sería factible la presencia de algunos representantes de la comunidad o del entorno en el que se haya delinquido, o incluso del estado, ya que pueden plantearse problemas cuando los valores de la comunidad que participa son distintos a los normativos, además de que en muchos contextos sociales no existe una comunidad reconocida y que cuente con redes de apoyo para implicarse.

En cuanto a la participación del estado, ésta se realiza a modo de control legal; por otra parte, tampoco los defensores de esta justicia pretenden prescindir

¹⁹ Vid. LARRAURI, E., "Tendencias actuales de la Justicia Restauradora", en PEREZ ALVAREZ, F (Ed.), *Serta: In memoriam Alexandra Baratta*, ob. cit., p. 446.

²⁰ Vid. MATELLANES RODRIGUEZ N., "La Justicia Restaurativa en el sistema penal. Reflexiones sobre la Mediación", en MARTIN DIZ (Dir.) *La mediación en materia de familia y Derecho Penal*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011, p. 208.

²¹ Vid. GUARDIOLA M. J., ALBERTÍ M. y otros, en TAMARIT SUMALLA J., *La Justicia Restaurativa*, ob.cit., p. 239.

de la intervención del estado sino de incrementar la participación de la sociedad civil²²

A diferencia de la justicia aplicada por un juez y tramitada por los distintos agentes jurídicos, abogados, Ministerio Fiscal, acusación particular, van a ser las partes afectadas por el hecho punible, las que van a “crear” justicia, una justicia que podemos denominar a medida, a medida de sus intereses, ya veremos con qué limitaciones.

2. 3. La reparación del daño como fin esencial de la Justicia Restaurativa.

Uno de los fines esenciales que persigue la justicia restaurativa, su fin primordial, es la reparación del daño a la víctima. Mientras que la Justicia tradicional tiene como fines la retribución por el injusto cometido, la prevención general y la especial, la justicia restaurativa pone su mayor acento en la reparación a la víctima, como forma también de reparar el daño a la comunidad.

Pero, ¿qué es la reparación o en qué consiste reparar? La reparación es un instituto que procede del Derecho civil de daños, sin embargo, el concepto de reparación que se defiende es un concepto de reparación más amplio²³: más allá de la reparación económica está la reparación simbólica, la realización de determinados trabajos o servicios por acuerdo con la víctima, el perdón o las disculpas²⁴, etc.; son conceptos que exceden de un concepto de reparación de carácter civil, e incluyen conceptos ético- religiosos o filosóficos que pueden tener determinadas consecuencias en el ámbito penal. Los acuerdos de restauración resaltan la importancia de la presentación de disculpas; las disculpas constituyen un mecanismo social muy válido para la restauración del orden y la transformación de la sociedad.²⁵

²² En este sentido, siguiendo a Braithwaite, LARRAURI, E., “Tendencias actuales de la Justicia...”, en PÉREZ ÁLVAREZ F., *Serta: In Memoriam...*, ob. cit. p. 446.

²³ Vid. GARCÍA-PABLOS, A. en *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1058.

²⁴ Vid. ZHER, H., *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, ob. cit., p. 22. La justicia restaurativa coincide con la exigencia de admisión de una responsabilidad activa por la que el ofensor reconozca el mal que ha causado. Implica, además motivarle para que comprenda el impacto de sus acciones (los daños ocasionados) e instarle a dar pasos concretos para reparar los daños en la medida de lo posible.

²⁵ Vid. LARRAURI, E., “Tendencias actuales de la justicia restauradora..”, ob. cit., p. 448

Se destaca la importancia de que la víctima se sienta reparada, satisfecha, y surge el problema a efectos de aplicación cuando la petición de disculpas o incluso la reparación no satisfaga a la víctima; en algunos casos se contempla la aplicación de beneficios en las penas cuando se entiende que el infractor ha intentado reparar y no ha sido posible por la oposición de la víctima.

Deben establecerse límites a los acuerdos de reparación, especialmente en los casos que puedan ser degradantes, y por algunos autores se ve la necesidad de regular unos principios legales que marquen los tipos de sanciones y el tiempo de cumplimiento²⁶.

Sin embargo, una regulación muy prolija sería contraproducente para la esencia misma de la justicia restaurativa, que limitaría la facultad de las partes, cuando se debe confiar en el poder a las partes para resolver los conflictos y de la comunidad en su caso, bastando en este sentido como garantía del control la figura del mediador o facilitador, y en las mediaciones intrajudiciales, el control judicial a posteriori.

Las críticas en torno a estas soluciones consensuadas entre las partes han venido desde la rama jurídica y la criminológica²⁷; los primeros, por la vulneración de los principios del derecho: el principio de igualdad, al poderse alcanzarse distintos resultados para casos similares; el principio de proporcionalidad puesto que se deja en manos de la víctima y la comunidad la resolución del caso, pudiendo adoptarse soluciones desproporcionadas, y por último el principio de imparcialidad puesto que no participan terceras personas imparciales sino las partes afectadas y por tanto con consecuencias parciales. Todo ello va unido a una concepción de delito indisponible para los particulares por afectar a los intereses públicos.

Las críticas desde las teorías criminológicas son, en cuanto que ven peligrar que se sustraigan del sistema penal formal muchas conductas ilícitas como forma de huida a posiciones más benévolas para los sujetos infractores, de ahí que pretendan restringir la aplicación de la justicia restaurativa a los casos

²⁶ Vid. LARRAURI, E. " Tendencias actuales de la Justicia Restauradora..,ob. cit. p. 449

²⁷ Vid. LARRAURI E., ídem, p. 454-455

menos graves, lo que ha generado en muchos casos un efecto de “extensión en la red”²⁸

La justicia restaurativa persigue la humanización de la justicia, incentivando a su vez a la responsabilización del victimario quien tomará verdadera conciencia del hecho cometido, del daño ocasionado a la víctima, y de cómo repararlo, para de esta forma salir del estigma que le provoca la culpabilidad por el ilícito cometido, y conseguir la reinserción en la comunidad.

2.4. La paz social como fin y consecuencia última de la justicia restaurativa

La aplicación de la justicia restaurativa tiende a la pacificación²⁹ de la sociedad, al tomar conciencia el victimario del daño realizado a la víctima por la realización de su conducta; la autorresponsabilización del daño facilitará su reinserción en la sociedad, desde valores como el respeto a la víctima y a la sociedad, favoreciendo de este modo la paz social.

La reparación, desde una perspectiva de prevención especial se valora como el esfuerzo del autor para reconocer la injusticia cometida y reincorporarse a la comunidad jurídica, y va a conducir a la aceptación por su parte de las normas de la comunidad, reafirmando de esta forma la prevención especial positiva. En consecuencia, el Derecho penal que se orienta en la reparación favorece la resocialización del delincuente, y por tanto también contribuye a la pacificación.³⁰

3. movimientos y factores de impulso del nuevo paradigma de justicia restaurativa.

A lo largo de la historia, el binomio enjuiciamiento-conciliación ha constituido dos opciones efectivas. La mediación tiene “corta historia pero largo

²⁸ LARRAURI, E., *Idem.* p. 464.

²⁹ ROXIN, C.: “La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones”, en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, nº 8, pp. 19-30.

³⁰ GORDILLO SANTANA, L. F., en *La Justicia Restaurativa y la mediación penal*, *ob. cit.* p. 70.

pasado”³¹. No es una fórmula inventada en la actualidad, pero en sus antecedentes más próximos debemos destacar los siguientes orígenes:

3.1. El movimiento de la “diversión”.

El movimiento de la diversión se origina en Estados Unidos en la década de los setenta con la influencia del movimiento de la despenalización, con la crítica al sistema carcelario, postulando la búsqueda de vías alternativas al sistema legal, (“*diversion*”), a través de instancias no institucionales y a través de mecanismos informales que pudieran resolver más eficazmente y con un menor coste los conflictos.

La necesidad de reducir el internamiento, y su sustitución por la aplicación de las penas a través de la comunidad evitaría el coste estigmatizador de la prisión, a la vez que, aliviaría la sobrecarga de la administración de Justicia, pudiendo resolverse un buen número de conflictos de importancia menor satisfaciéndose a su vez los intereses de las víctimas³²

El movimiento *desformalizador* implica la participación de los distintos agentes sociales, administraciones públicas, asociaciones, y demás colectivos, que pueden desempeñar una labor positiva en el desarrollo de la aplicación de sanciones alternativas, pero a su vez, conlleva una necesidad de regulación que garantice el respeto a las garantías y derechos, tanto de la víctima como del victimario, limitando las actuaciones que puedan propiciar el control social dirigido a la imposición de determinadas ideologías, ético-religiosas, o aquellos casos que se vulneren flagrantemente el principio de proporcionalidad de las penas, de ahí de la necesidad de control judicial.

3.2 Victimología y victimodogmática: El “poder” de las víctimas.

La concepción liberal de los estados modernos implica la protección y la garantía de los derechos de las personas, derechos tales como la libertad, la seguridad, y la protección de sus bienes jurídicos. La conquista del estado liberal en primer lugar y social posteriormente, tal y como lo concebimos en la

³¹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. en *Tratado de Criminología*, ob. cit. p. 1047. En el mismo sentido, VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora...*, ob. cit. p. 300.

³² PÉREZ SANZBERRO, G., en *Reparación y Conciliación*, p. 14 y ss. VARONA MARTÍNEZ G., *La mediación reparadora...* p. 147 y ss.

actualidad, supuso el desplazamiento de una justicia privada desigual y carente de derechos, basada en última instancia en la ley del más fuerte, y al arbitrio de la respuesta utilizada por la propia víctima, al nacimiento de una justicia pública dimanante de la soberanía del pueblo, donde el Estado pasa a ejercer el “ius puniendi”, convirtiendo el conflicto entre partes en un conflicto social, *neutralización de la víctima*³³, donde es el estado el que va a dar una respuesta jurídica a la conducta ilícita, de igual modo que va a compensar o resarcir a la víctima del hecho punible.

En este proceso, y como contrapunto, se aseguran los derechos y garantías del reo, pero muy escasamente se ha incidido en la víctima, con una reflexión a cerca del papel que debe desempeñar en el proceso y en la determinación de sus derechos y necesidades; la víctima se nos muestra relegada en el proceso a ser prueba testimonial de los hechos encausados, sometiéndola a un interrogatorio sobre hechos relevantes en torno a despejar las dudas a cerca de la supuesta comisión de una infracción.

El procedimiento se revela formalista, rígido, y encorsetado en sus fines, ha olvidado a las verdaderas víctimas, los verdaderos lesionados, y abstraído en los fines sociales y el bien común es incapaz de dar una respuesta satisfactoria a las necesidades concretas de los verdaderos perjudicados.

El estado debe de asegurar a las víctimas una adecuada protección, a mayor, si lo que pretende es su participación en el proceso penal para esclarecer los hechos de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 410 de la Ley 1/ 1882 de Enjuiciamiento Criminal, que recoge la obligación que todos los españoles tenemos de declarar como testigos en un proceso penal³⁴.

Los movimientos de defensa de los derechos de las víctimas surgieron ante una necesidad de respuesta a las voces de las víctimas, demandando un mayor protagonismo y una mayor respuesta a la satisfacción de sus

³³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA A., *Tratado de Criminología*, Valencia 2009, pp.108 y ss.; LANDROVE DÍAZ, G., *La moderna Victimología*, Valencia, 1998, pp. 20-25; GORDILLO SANTANA, L., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, ob. cit., pp. 78-80

³⁴ En este sentido, MAGRO SERVER, V., “El nuevo estatuto de la víctima en el proceso penal”, en *Diario La Ley*, nº 7495, 25 de Octubre 2010. Ref. D-324.

necesidades³⁵. El redescubrimiento de las víctimas se produce tras la Segunda Guerra Mundial, y entre los pioneros del movimiento de la Victimología se encuentran VON HENTING y MENDELSON; los delitos no pueden concebirse si no es por la interacción víctima-infractor, para una mejor comprensión del fenómeno criminal, matizar la responsabilidad del autor o en la prevención del delito³⁶.

El movimiento victimológico tiene su influencia, por tanto, en la dogmática penal, desde la perspectiva de la contemplación a la víctima, tanto en la forma en que su comportamiento influye en el hecho delictivo como en su necesidad de protección, con la implantación de programas de protección a las víctimas, o en otros casos, con la exclusión de la respuesta punitiva del Estado ante la ausencia de necesidad de protección partiendo del principio de aplicación del derecho penal como última ratio.

La proyección de la victimología en la dogmática penal provocó la aparición de la victimodogmática³⁷. El principio victimodogmático parte de la constatación de la existencia de víctimas responsables del hecho, para llegar a establecer un principio de autorresponsabilidad de la víctima, cuya infracción haría decaer el merecimiento de tutela por parte de la víctima. SCHUNEMANN, entiende que el criterio del merecimiento y la necesidad de pena determina el merecimiento y la necesidad de tutela. HASSEMER apunta al criterio de “posibilidad de autotutela” para definir la capacidad del titular del bien jurídico de evitar perturbaciones en su bien jurídico con sus propias fuerzas y sin la

³⁵ Vid ESER A., “A cerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal.”, en ESER, HIRSCH, ROXIN y otros, *De los delitos y de las víctimas*, Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1992, p.17, donde se destaca el papel de la Victimología en una nueva situación jurídica mejorada desde la protección de la víctima.

³⁶ Cfr. TAMARIT SUMALLA, J. M., *La víctima en el Derecho Penal*. Pamplona. Aranzadi, 1998. p. 18. Siguiendo a Schneider alude a la teoría de la interacción simbólica y a las nuevas investigaciones sobre los procesos de aprendizaje social, donde se concibe la delincuencia como un fenómeno complejo surgido de una distribución de papeles en los procesos de comunicación, donde los autores aprenden y asumen su rol de victimarios y las víctimas aprenden se identifican con el suyo.

³⁷ Cfr. LANDROVE DIAZ, G., en “Las víctimas ante el derecho español”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 1998, vol. XXI, pp. 147-175.

ayuda de la protección jurídico-penal, y a la “intensidad del peligro” para determinar la legitimidad de la intervención penal.³⁸

En España, SILVA SÁNCHEZ constata la repercusión de las teorías victimodogmáticas en el *principio de intervención mínima*; introduce la idea de “ambito de responsabilidad”, teniendo en cuenta las aportaciones que tanto autor como víctima hayan contribuido a los hechos³⁹.

Las críticas del movimiento victimodogmático por parte de la doctrina penal vienen por la exigencia a la víctima de un deber de autotutela que no puede serle exigible, y por la deriva a una privatización de la justicia penal, con la subsidiariedad de lo público frente a lo privado ⁴⁰.

Frente a la política criminal tradicional, que procuraba anticiparse al crimen y prevenirlo, centrándose en las causas del delito y especialmente en el infractor potencial, se promueve en la actualidad una política-criminal que se fundamenta en una interacción entre el autor y la víctima⁴¹. Los defensores de estos planteamientos consideran que la satisfacción a las víctimas debe ser uno de los objetivos básicos que debe de contemplar el proceso penal⁴².

Otra de las finalidades del movimiento victimológico es la construcción de programas de ayuda y protección a las víctimas de los delitos. LARRAURI establece una división en tres grandes áreas de actuación⁴³: 1) las encuestas de victimización, que nos aportan información a cerca de las víctimas, 2) la posición de las víctimas en el proceso penal, y 3) la atención asistencial y económica a la

³⁸ Cfr. TAMARIT SUMALLA, J., en *La víctima en el Derecho Penal*, ob. cit., pp. 23- 29., donde se recoge que la introducción de nuevas categorías dogmáticas no ha encontrado una pacífica acogida por la doctrina como criterios de interpretación del sistema.

³⁹ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la víctima-dogmática”, en CGPJ, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993, pp. 30-31.

⁴⁰ Cfr. TAMARIT SUMALLA, J., en *La víctima en el Derecho Penal*, ob. cit. pp. 53-56

⁴¹ Vid. MATELLANES RODRIGUEZ N., “ La justicia restaurativa en el sistema pena...” ob. cit. p. 212

⁴² Vid. PÉREZ CEPEDA, A. L., *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Madrid, 2007, pp. 438-439

⁴³ Cfr. LARRAURI E., “Victimología” en ESSER, HIRSCH, ROXIN y otros, *De los delitos y las víctimas*, ob.cit. pp. 286-300.

víctima. La asistencia a la víctima no se limita a la indemnización económica, debe traducirse en asistencia y prevención de la revictimización⁴⁴.

La elaboración de programas de ayuda ha sido impulsado desde las instancias internacionales, así el Convenio 116 del Consejo de Europa del año 1983 orientado a víctimas de delitos violentos, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el 29 de Noviembre de 1985 medidas que se han de adoptar para mejorar el acceso a la justicia, el trato justo, las indemnizaciones y la asistencia social a las víctimas de delitos, la Recomendación de 28 de junio de 1985 del Comité del Consejo de Ministros a los estados miembros sobre la posición de la víctima en el marco del proceso penal; recientemente la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 21 de Marzo de 2001, sobre el Estatuto europeo de la víctima en el proceso penal y La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de Octubre de 2012 que modifica y amplía sustancialmente las disposiciones de la Directiva marco 2001/220/JAI.

En España, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la libertad sexual, supone un “mayor compromiso en la política de asistencia⁴⁵ a las víctimas, más allá de los colectivos en los que la acción política se había centrado hasta el momento, y un nuevo planteamiento del modelo de asistencia, definiendo lo público y lo privado, accediendo a un mayor número de víctimas y con una necesaria profesionalización”.

Con esta ley se generalizó una red de oficinas de atención a todo tipo de víctimas en las que se ofrece información y asistencia, legal y psicológica, si bien con carácter preferente para las víctimas de delitos violentos con resultado de muerte, lesiones graves, daños contra la salud física o mental, y violencia doméstica o de género.

Con anterioridad ya habían surgido iniciativas semejantes en comunidades autónomas como las de Valencia (1985), Cataluña (1989), Baleares

⁴⁴ Cfr. HERRERA MORENO, en *La hora de la víctima: compendio de victimología*, Edersa, Madrid, 1996, pp.407-408.

⁴⁵ Vid. TAMARI SUMALLA J., *Victimas Olvidadas*. Editorial Tirant “Criminología y Educación Social”, Valencia 2010, p. 19.

(1989) o el País Vasco (1991) vinculadas a la administración de justicia⁴⁶, coincidiendo con la especial sensibilidad de la población hacia estas víctimas.

El proyecto⁴⁷ de Ley Orgánica para la creación de un Estatuto de la Víctima constituye la finalidad de dar una respuesta global a las víctimas, regulando en un solo texto legislativo los derechos de la víctima, en cumplimiento con las Directivas de la Unión Europea.

Los movimientos de apoyo a las víctimas han ido calando en nuestra sociedad, y las legislaciones han ido adaptándose, otorgándoles un nuevo protagonismo, hasta el punto que la sociedad ha sido muy sensible a sus demandas; en ocasiones dichos movimientos no se hallan exentos de críticas, ya que junto con otras implicaciones, han provocado una *vis expansiva* del derecho penal⁴⁸, con demandas de endurecimiento de las penas, de restricción de penas alternativas o sustitutivas a la prisión, o de beneficios penitenciarios⁴⁹.

Nuestro sistema penal adolece de una esquizofrenia latente, por cuanto que asistimos a una *vis expansiva* del derecho penal, donde aparecen conductas que anteriormente no se hallaban tipificadas, importadas del derecho administrativo sancionador o incluso del derecho civil, las cuales pasan a ser concebidas como tipos penales que protegen situaciones de peligro in abstracto; nuevas conductas derivadas del tráfico comercial, del uso de las nuevas

⁴⁶ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La asistencia a las víctimas del delito, en TAMARIT SUMALLA J., *Víctimas Olvidadas.*, ob. cit., pp. 194-195; de los datos resulta revelador la asistencia claramente preferente de estas oficinas a la violencia doméstica y de género, (un 84,4% en 2007), lo que evidencia la adopción del sentimiento general de la población hacia estas víctimas.

⁴⁷ El Consejo de Ministros aprobó con fecha 1 de Agosto de 2014 la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de Estatuto de la víctima para su tramitación parlamentaria, en cumplimiento de las obligaciones por la Unión Europea, sobre la necesidad de adaptación de la protección de los derechos de las víctimas, especialmente con la transposición de la Directiva 2012/29/UE y la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, así como la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo.

⁴⁸ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid 2001, pp. 67 y ss.

⁴⁹ Cfr. DIAZ RIPOLLES J. L. "EL nuevo modelo de seguridad ciudadana", <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>, pp. 10 y ss.

tecnologías, de las relaciones transfronterizas entre los estados, que favorecen la indemnidad de una delincuencia profesional y organizada; y como contrapunto de todo ello, una nueva corriente de pensamiento que revela las limitaciones del derecho penal y del proceso para dar respuesta a los fines de prevención general y especial, así como a las propias víctimas, que no se sienten identificadas con un sistema que despersonaliza su conflicto y no es sensible a sus necesidades; esta nueva corriente apuesta por una nueva justicia restaurativa o reparadora de las víctimas, que satisfaga los intereses y necesidades que el sistema penal tradicional no ha conseguido satisfacer.

3.3 Abolicionismo y minimalismo

Desde las tesis abolicionistas y minimalistas se ha criticado el formalismo con el que el Derecho penal resuelve los conflictos expropiándolos de sus verdaderos titulares; se defiende un modelo de justicia que devuelva el conflicto a las partes, limitando la intervención del estado.

La idea central reside en la necesidad de modificar la concepción del delito y el papel del derecho penal⁵⁰ estableciéndose fórmulas alternativas a la cárcel y en su versión más radical la erradicación del Derecho Penal⁵¹

Las tesis abolicionistas fueron iniciadas, entre otros, por CHRSTIE,⁵² HULSMANN y MATHIESEN, y presentadas en el *Noveno Congreso de Criminología de Viena*, en 1983; señalan en síntesis que el Derecho penal «roba o sustrae» el conflicto a sus titulares reales, autor y víctima, lo que aumenta el daño causado por el mismo⁵³.

CHRISTIE fue el pionero en su "*Conflicts as Property*", y proclama que solo los verdaderos protagonistas, la víctima y el infractor están legitimados para la resolución de su conflicto, abogando por la desaparición del sistema público

⁵⁰ Vid. PEREZ SANZBERRO, G., en *Reparación y conciliación en el sistema penal*, ob.cit., p.14.

⁵¹ NEWMANN, U., "Alternativas al Derecho Penal", en ARROYO ZAPATERO, L, NEWMANN, U., y NIETO MARTIN, A (Coord.), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, Colección Estudios Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 202

⁵² CHRISTIE, N., "Conflicts as property", *British Journal of Criminology*, vol. 17, nº 1, 1977, traducción al español en Maier, J., *De los delitos y las víctimas*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 169.

⁵³ Vid. VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora*, 1998, p. 65. Cfr. GARCÍA-PABLOS, Tratado, 2009, p. 150. Cfr. LARRAURI E, *Penas alternativas*, 1997, p. 96.

procesal penal, debiendo sustituirse por mecanismos de composición privada del conflicto carentes de todo elemento punitivo.

Se reivindica el potencial del conflicto para la actividad y la participación ciudadanas.⁵⁴ Se aboga por procedimientos descentralizados e informales de resolución de los conflictos que pueden aportar soluciones más satisfactorias para todas las partes, y son menos violentos que la justicia institucionalizada.

Se propone una justicia participativa⁵⁵, en donde la participación reemplace a la respuesta punitiva, partiendo de unos presupuestos distintos a las sustentados por el derecho penal, entendiendo el delito como una situación problemática, fortaleciendo el rol de protagonismo de la víctima y con la disminución correlativa del poder estatal.

La posición, moderada, considera que la reparación puede llevar a una reducción de la pena estatal, son las tesis que más se acercan a la justicia reparadora, que enfatiza el papel de la víctima y la necesidad de una intervención comunitaria. Entre los seguidores de esta posición destacan MUGFORD, BRAITHWAITE, PETTIT o DUFF.

El movimiento abolicionista toma como base las teorías de la “diversión” y la Criminología crítica⁵⁶: el derecho penal debe de cumplir con la protección de los bienes jurídicos esenciales, de ahí su carácter formalista-garantista, sin embargo en aquellos casos que existan otras formas de protección que se revelen eficaces debe de cederles paso, conformando un derecho de última ratio, lo que está en evidente contradicción con la excesiva penalización de conductas que por el contrario han saltado de la esfera privada al ámbito del derecho penal.⁵⁷

El abolicionismo se distingue de la justicia restaurativa en, que propugna una alternativa al sistema penal actual, sustituyéndose bien por la resolución de

⁵⁴ LARRAURI PIJOAN, E.: “Abolicionismo en el Derecho Penal: la propuesta del movimiento abolicionista”, en *Poder y Control*, nº 3, 1987. pp. 95 y ss.

⁵⁵ BOVINO A. “La víctima como preocupación del abolicionismo penal, en ESER, HIRCH, ROXIN..., ob. cit., p. 275.

⁵⁶ VARONA MARTÍNEZ, G. en *La mediación como estrategia de control social*, ob. cit., pp. 65-70.

⁵⁷ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, 1992, ob. cit., p. 22, destaca la importancia de las tesis desformalizadoras a tener en cuenta por la dogmática penal contemporánea.

conflictos por la propia comunidad, o bien mediante su integración en el derecho civil⁵⁸.

Las tesis abolicionistas que persiguen la privatización del conflicto han sido duramente criticadas⁵⁹: si se reduce la función del derecho penal a la solución del conflicto surgido entre el autor y la víctima, se niegan los intereses de la sociedad en la conservación del ordenamiento jurídico⁶⁰; la privatización de la justicia conlleva a la mercantilización de la misma, y a peligrar la conquista de los derechos y garantías adquiridos, donde por otra parte, la impunidad de ciertos delitos violentos no sería aceptable, pero la crisis del actual sistema penal, con un progresivo distanciamiento de los valores éticos y culturales, en una progresiva deshumanización, más interesado en el castigo del culpable que la solución efectiva del problema criminal y de la reparación del daño ocasionado a la víctima, han tenido una influencia notable en todo un movimiento de cambio en torno a nuevas concepciones y nuevas formas de aplicación del derecho, como son la justicia restaurativa y los sistemas alternativos de resolución de conflictos.

Pese al fracaso que supuso el movimiento de la despenalización, hoy día, en el marco de los estados sociales y democráticos de derecho vuelve a tener plena vigencia, siempre se está en la búsqueda de sanciones más humanas, menos lesivas y menos costosas, en las que está presente la idea de respeto a la autonomía personal del delincuente dentro del orden y las garantías constitucionales.

El movimiento abolicionista supuso un impulso al movimiento de la justicia Restaurativa, en el claro intento de devolver a la comunidad el poder de resolver sus propios conflictos, con la promoción de la figura del mediador-víctima-victimario.⁶¹

3.4 El paradigma de la “resocialización”.

⁵⁸ Cfr. LARRAURI PIJOAN, E. “Tendencias actuales de la Justicia Restauradora, en PEREZ ALVAREZ, *Serta: In memoriam*, ob.cit. p.440.

⁵⁹ Particularmente crítico de las teorías abolicionistas, vd., FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, 1995, 341. LARRAURI PIJOAN, E.: “Abolicionismo en el Derecho Penal...”, ob. cit, pp. 133 y ss.

⁶⁰ Cfr. HIRSCH, H.J.: “Derecho Penal material y reparación del daño, en ESER, HIRSCH, ROXIN,.., *De los delitos y las víctimas*, ob.cit. p. 58

⁶¹ GORDILLO SANTANA L. F., en *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*, ob. cit. p. 133

El paradigma “resocializador” pone el acento en la necesidad de intervenir de forma positiva en la persona del infractor como parte esencial de la respuesta al delito, reintegrándole en la comunidad jurídica una vez cumplida la pena, a diferencia del modelo disuasorio que propugna una respuesta implacable al delito, rápida y eficaz, como instrumento preventivo, respaldada por la sociedad.

Los fines de la pena orientados a la resocialización vinieron a sustituir a la retribución del delito como castigo. Las ideas de la resocialización en nuestro país se recogen en el artículo 25 de la CE que orienta las consecuencias jurídicas del delito a la reinserción y resocialización del delincuente.

El impacto terapéutico del sistema penal en sus destinatarios ha sido objeto de estudio por la “*Therapeutic Jurisprudence Approach*”, (“Teoría Jurídica Terapéutica”) que contempla la criminalidad como problema de salud pública debiéndose abordar la reinserción del sujeto infractor con la debida reparación del daño causado a la víctima y a la comunidad; se redefine⁶² el concepto de la resocialización con indicadores de mejora de la calidad de vida, mejoría existencial, autoestima del penado, aprendizaje de habilidades sociales, etc.

La resocialización mediante la aplicación de la pena de prisión como tratamiento de rehabilitación del delincuente resultó un completo fracaso⁶³. Se objeta, que la pena no resocializa sino que estigmatiza; es imposible fomentar los parámetros de la libertad desde un enfoque de privación de la misma, de ahí que se propugnen medidas resocializadores al margen de la prisión, en un régimen de libertad⁶⁴; la prisión constituye un factor criminógeno, revelándose como una subcultura, con su lenguaje, normas y valores propios que genera la victimización del propio delincuente dentro del sistema carcelario con sus particulares estructuras de poder, y con la imposibilidad de salir de la marginación⁶⁵.

⁶² Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, p. 1056.

⁶³ La resocialización calificada por MUÑOZ CONDE como un mito, en MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito” en *La reforma del Derecho Penal* MIR PUIG, Ed. Universidad autónoma de Barcelona, Barcelona, 1980.

⁶⁴ CÓRDOBA RODA, J., “La pena y sus fines en la Constitución”, en *la Reforma del Derecho Penal*, Mir Puig, Ed., Universidad de Barcelona, Barcelona, 1980, p. 155.

⁶⁵ GORDILLO SANTANA, en *La Justicia restaurativa y la mediación penal*, ob. cit. p. 116

Desde otra perspectiva, las nuevas corrientes de la criminología apuntan a una falta de legitimación para la resocialización dirigida al delincuente, ya que la delincuencia es considerada un producto social, donde la sociedad es la que define y produce el delito, y por tanto el objeto de la resocialización debería de cambiar orientándose a la sociedad misma, en tanto que es responsable de los delitos; en este contexto la resocialización iría orientada a la modificación de las estructuras sociales⁶⁶. La Escuela del “*Labelling Approach*” o “*Etiquetamiento social*” no entiende la criminalidad como cualidad del individuo sino como consecuencia de un proceso de definición social⁶⁷.

Otras críticas van orientadas a que la resocialización puede suponer un atentado contra el derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad, por partir de la idea de que el orden jurídico preestablecido sea el correcto, de ahí que cada vez son más los partidarios de que sea el delincuente el que decida libremente su participación en el tratamiento resocializador, por lo que existe un derecho del delincuente a no ser resocializado, lo contrario es una clara manipulación de la conciencia⁶⁸.

El fracaso del ideal resocializador se traduce en nuestros tiempos en una vuelta a las tesis retribucionistas, con una clara expansión punitiva, con un incremento de los tipos delictivos basados en el riesgo, así como en la expansión de las penas privativas de libertad donde se limitan las concesiones de libertad al delincuente en favor de la seguridad colectiva⁶⁹; El delincuente pierde la condición de ciudadano y se convierte en *enemigo* de la sociedad; la pertenencia a ciertos grupos definidos legalmente como peligrosos determina la peligrosidad del sujeto, quebrantándose el principio de culpabilidad. Nos encontramos ante un *Derecho penal de autor*, que justifica la intervención penal en las formas de vida o características personales del sujeto, incrementando sustancialmente las penas

⁶⁶ Vid. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A., “Supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 32, 1979, p. 685.

⁶⁷ GORDILLO SANTANA, L.F. en *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*, ob. cit., p. 114.

⁶⁸ MATELLANES RODRIGUEZ, N.; “La justicia restaurativa en el sistema penal...”, ob. cit., p. 219.

⁶⁹ Vid. JAKOBS, G.: “Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, en JAKOBS, CANCIO MELIA, *Derecho penal del Enemigo*, Madrid, 2006, pp. 21 y ss. Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J., “La Constitución penal. Los derechos de la libertad”, en *Las sombras del sistema constitucional*, Madrid, 2003, pp. 356 y s.s. Un buen ejemplo de ello es la L. O. 7/2003 de 30 de Julio de medidas de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

de prisión y restricciones de beneficios penitenciarios. Podemos encontrar un reflejo de estas orientaciones en derecho material en la Ley Orgánica 7/2003 de medidas para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, de 30 de junio.

Paralelamente en esta vuelta al neoretribucionismo, aumenta el protagonismo de los movimientos a favor de las víctimas, bajo el paraguas de la Justicia Restaurativa, con influencias palmarias en el derecho penitenciario, en el condicionamiento a la libertad condicional junto a los tradicionales requisitos de buen comportamiento y clasificación en tercer grado, y en la satisfacción de la responsabilidad civil; en los casos de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de una organización, el pronóstico individualizado de reinserción social puede acreditarse a través de la petición expresa del perdón a las víctimas, aspecto que vulnera los principios y garantías del penado pues se somete su condición a los acuerdos reparadores como vía de rehabilitación y resocialización, cuando tales acuerdos de reparación debieran considerarse el impulso para el tratamiento y no como una condición⁷⁰.

En todo caso, un modelo de política criminal que debe de integrar la protección de los derechos humanos⁷¹, no puede olvidarse de los fines de prevención especial, con una proyección al futuro que permita reintegrar al sujeto infractor en la comunidad. La resocialización se orienta hoy día a evitar la desocialización del delincuente que provoca el estigma carcelario, y este es el fin que persiguen los sustitutivos de las penas privativas de libertad; las nuevas vías para la resocialización consisten en la humanización de las penas.

⁷⁰ Vid. GORDILLO SANTANA. L. F., en *La Justicia Restaurativa y la mediación penal*, ob. cit. p. 123.

⁷¹ Vid. BARATTA, A., *Seguridad*, ob. cit. pp. 13 y ss.

Considero acertada la opinión de un sector de la doctrina que observa como la reparación del daño puede contribuir sensiblemente a la resocialización del delincuente⁷²

3.5 La influencia de la Justicia Comunitaria.

Por parte de estas concepciones se critica el modelo retributivo, con una clara afinidad ideológica con el movimiento abolicionista, provenientes a su vez, del mundo anglosajón, donde la finalidad del sistema sería la reparación a la víctima de los daños sufridos y a la comunidad, así como la integración social del infractor y las víctimas.

Predica un control mayor de la comunidad sobre el delito, por medio del compromiso de los vecinos y de las partes interesadas en buscar soluciones constructivas al conflicto, con la reafirmación simbólica de las normas comunitarias y la prevención eficaz del delito y la reincidencia⁷³

3.6 La crisis del modelo tradicional de Justicia

La crisis del sistema judicial cuestiona la legitimidad del ius puniendi. La asunción por el estado de los conflictos particulares elevando a la categoría de públicos los intereses perseguidos, aun cuando inicialmente los derechos o intereses lesionados fueran particulares, supuso la instauración de las garantías procesales fundamentalmente en la protección de los derechos del reo, como contrapunto a la acción dirigida al castigo y penalización de su conducta reprochable, sin embargo la apreciación de los derechos, intereses y necesidades de las víctimas concretas, se vieron postergados en pro de un interés superior, el interés general, incardinado por el estado, quien se atribuyó la potestad de ejercitar en nombre de las verdaderas víctimas las acciones judiciales en una mayoría de delitos que gozan de naturaleza pública, frente a los escasos tipos delictivos de naturaleza estrictamente privada.

⁷² Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, 1992, p. 264; Cfr. LUZÓN PEÑA, en, *Estudios penales*, 1991, p. 282; Cfr. ROXIN en MAIER (Coord.), *De los delitos y las víctimas*, 1992, p. 153; Cfr. DÜNKEL, en BERISTAIN y DE LA CUESTA, *Victimología*, 1990, p. 115; Cfr., VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora*, ob. cit., p. 339.

⁷³ Vid, KARP, D. y CLEAR., Justicia comunitaria: marco conceptual, en: *Justicia Penal Siglo XXI. Una selección de Criminal Justice*, 2006, p. 242.

Por otra parte, la crisis de identidad⁷⁴ del derecho penal contemporáneo donde se cuestiona el propio modelo de utilidad social, desde distintas perspectivas: la abolicionista, la resocializadora y la garantista, conduce al replanteamiento de los fines tradicionalmente asignados y a su redefinición conforme a nuevos principios.

Las expectativas atribuidas al Estado en la defensa de los intereses de sus ciudadanos empezaron a quebrar cuando los objetivos trazados fracasaron, el castigo que supone la aplicación desmesurada de penas privativas de libertad no consigue la resocialización del delincuente tras su paso por la prisión, tampoco las víctimas de los delitos se encuentran satisfechas con un proceso judicial que les otorga una escasa participación, con unas reglas rígidas y que no consigue satisfacer sus intereses; y la sociedad pese al endurecimiento de las penas en muchos delitos no consigue liberarse de una delincuencia que atenta contra su seguridad.

Con la crisis del estado de bienestar y la crisis de la legitimidad del sistema penal debido en parte al incremento de la litigiosidad, unido también al fracaso del ideal resocializador, parecen necesarias soluciones dinámicas y que impliquen la participación de la ciudadanía⁷⁵

⁷⁴ Cfr. SIVA SANCHEZ, J. M. , *Aproximación*, ob. cit. pp. 13-41

⁷⁵ LARRAURI E. en *Tendencias actuales de la Justicia restauradora*, op.cit. p 441.

Capítulo II

JUSTICIA RESTAURATIVA VERSUS JUSTICIA TRADICIONAL

1. Principio de legalidad versus Principio de oportunidad.

En el ámbito penal, la adopción de procedimientos de justicia restaurativa o reparadora, conlleva a un nuevo planteamiento o redefinición del significado de los principios de legalidad y oficialidad, que constituyen la base de la moderna ciencia del Derecho penal y en particular de nuestro sistema judicial; el principio de legalidad es incuestionable, y más allá de la determinación de los tipos penales no podemos obviar las consecuencias jurídicas que llevan aparejadas en pro de lo que las partes, en este caso la víctima y el victimario pudieran llegar a determinar, sin la introducción de mecanismos de flexibilidad o excepcionalidad de estos principios.

El principio de legalidad tiene su máxima expresión normativa en el artículo 25.1 de la Constitución, donde se establece que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquél momento”. Y el artículo 124 encomienda al Ministerio Fiscal la labor de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés tutelado por la ley, con sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad.

El principio de oportunidad⁷⁶ se configura en muchas legislaciones como la llave de acceso para la implementación de la justicia restaurativa en el sistema tradicional de justicia, por el que va a quedar justificado que en determinados casos, y de conformidad con unos criterios reglados, el juez o el fiscal, decidan a cerca de su conveniencia para derivar los asuntos a procesos restaurativos.

De conformidad con lo expresado por MANZANARES SAMANIEGO⁷⁷, se pueden plantear críticas a la introducción generalizada del principio de oportunidad en cuanto a la excepcionalidad que supondría respecto al principio de legalidad, fundamento y base para la aplicación de la justicia penal. Comparto la idea de que la aplicación de criterios de oportunidad que permitan una amplia discrecionalidad judicial, podrían sesgar la aplicación de la justicia, vulnerándose en estos casos los principios de igualdad y seguridad jurídica, de ahí que considero necesario un profundo análisis a cerca del modelo de justicia que se pretende conseguir, asumiendo las reformas necesarias conforme a parámetros legales que permitan la introducción de los mecanismos restaurativos, no conforme a criterios de excepcionalidad u oportunidad, sino de legalidad, definidos y estructurados de forma clara por las normas, y para ello, el significado y la naturaleza de instituciones como la reparación, la conciliación o la mediación se hacen imprescindibles.

De *lege ferenda*, nuestro modelo de justicia, puede plantear alternativas que abran camino a este nuevo concepto de justicia restaurativa, con una nueva conceptualización del derecho que se traduzca en nuevas forma de aplicación de la justicia, redefiniendo algunos de los fundamentos y fines de la ciencia penal, favoreciendo el sustrato para la introducción de mecanismos y fórmulas que permitieran el desarrollo de procesos restaurativos

⁷⁶ Vid. ORTIZ URCULO, J., "EL principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites. Ponencia", *Centro de Estudios Jurídicos*, 2004.

⁷⁷ Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., en *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 2007, p. 21, alude a que la selección y tipificación de los hechos merecedores de pena, el principio de culpabilidad como límite para la punibilidad, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, que constituyen el grueso de la legitimidad de la aplicación del derecho penal, delimitados por el principio de legalidad, no pueden ceder ante vagas invocaciones a la pena natural o a las particularidades del caso concreto. Desde este punto de vista, habría que descriminalizar las conductas que no fueran merecedoras de pena.

alternativos al procedimiento penal tradicional, y que podrían comportar en unos casos la despenalización de determinadas conductas, y en otros, la alternatividad y complementariedad respecto al proceso penal⁷⁸, enriqueciéndolo con fórmulas de participación social de base comunitaria y sirviendo mejor a los intereses de las víctimas, todo ello sin perder el carácter garantista de protección de los bienes jurídicos necesarios para la convivencia.

Un importante sector de la doctrina, tomando como base el principio de indisponibilidad del derecho penal para las partes, se opone a la introducción del principio de oportunidad, y en particular a la introducción de procedimientos de base restaurativa, entendiendo que la actual regulación es satisfactoria⁷⁹. Sin embargo el argumento de la indisponibilidad es débil, por cuanto que en este momento actual nos encontramos con multitud de supuestos en los que se llevan a cabo transacciones entre las partes que provocan sobreseimientos del proceso por conformidad⁸⁰ entre la defensa, la acusación particular y el Ministerio Fiscal, y que traen como consecuencia rebajas en las penas privativas, permitiendo la diversion a penas alternativas a la cárcel en los supuestos de tipos menos graves.⁸¹

No es objeto de este trabajo el análisis del instituto de la conformidad, sin embargo en la práctica procesal es patente la manipulación que se realiza en torno a esta institución con la connivencia de los agentes judiciales implicados, en aras de una resolución rápida, rozando los límites del derecho a la presunción de inocencia en algunos casos y del principio de proporcionalidad de las penas en otros, al preverse calificaciones jurídicas de mayor gravedad en proporción al injusto cometido para luego otorgar concesiones que aseguran una sentencia condenatoria, pero dentro de los límites de la posibilidad de aplicación de los institutos alternativos, toda vez

⁷⁸ Se tiende a reconocer la justicia reparadora como complemento antes que como alternativa global al derecho penal, y a su vez se produce una extensión del alcance con la admisión de nuevas prácticas restaurativa en una mayor diversidad de delitos y en todas las fases del procedimiento, en TAMARIT SUMALLA, J., *LA Justicia Restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, ob. cit. p.62.

⁷⁹ Vid. RUIZ VADILLO, E. *Revista Eguzkilore*, num 13.

⁸⁰ Vid. Instrucción 2/2009 de 22 de Junio sobre aplicación del protocolo de conformidad suscrito entre la Fiscalía General de estado y el Consejo General de la Abogacía Española.

⁸¹ Cfr. MORENO VERDEJO, J., "La conformidad en el procedimiento abreviado y juicio rápido". *Estudios jurídicos*, Madrid, 2004

que el presunto autor reconozca el ilícito cometido, como consecuencia de una conformidad pactada entre el fiscal y la defensa del imputado.⁸²

Para otro sector doctrinal, el principio de oportunidad sólo debe de permitir el sometimiento de determinados delitos a procesos de justicia restaurativa, sin necesidad de acudir a un proceso penal, cuando se trate de delitos de naturaleza privada o semipública de origen económico, por cuanto que son materias de disposición para las partes y por tanto susceptibles de transacción.

Los defensores de la Justicia Restaurativa consideran que el principio de oportunidad puede constituir una vía de acceso al sistema de justicia tradicional, con la posibilidad de aplicar la mediación penal u otras herramientas de justicia restaurativa de forma complementaria al proceso en aquellos casos que se determinen, *principio de oportunidad reglada*.

Las experiencias de justicia restaurativa que se vienen realizando en numerosos juzgados y Audiencias Provinciales conforme a criterios de oportunidad, se traducen en la atenuación de las penas hasta en dos grados por la vía de la reparación del daño por la aplicación del artículo 21.5 C.P. en relación con el artículo 66.2 del C.P; y en la sustitución de las penas de prisión de hasta dos años por la aplicación del artículo 88. C.P, o en la suspensión de las mismas por aplicación del artículo 83.1.6 C.P.

El principio de oportunidad puede determinar la aplicabilidad de la justicia restaurativa conforme a criterios reglados; la traducción de dichos criterios y su traslación al ordenamiento jurídico compondrá la delimitación de la legalidad conforme a criterios de oportunidad, pero en mi opinión la definición o delimitación del contenido de los criterios de oportunidad, no son suficientes para la introducción de un nuevo modelo de justicia o una redefinición del antiguo, sino que en la base de un cambio de orientación de nuestro modelo debe de estar primero el análisis de la propia naturaleza que deba atribuirse a los acuerdos de reparación como consecuencia de la aplicación de procedimientos de justicia restaurativa como la Mediación o el *Conferencing*, y en última instancia a la naturaleza que debe atribuirse a la

⁸² Cfr. RIOS MARTIN, J., *Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia.*., ob. cit. p.10

institución de la reparación en sí misma, para ir dando paso a un nuevo concepto de justicia penal integrador, que configure a estas instituciones como vías alternativas a la pena en unos casos y/o como instituciones complementarias a la misma en otros.

En el momento actual, la implementación de la justicia restaurativa en nuestro país se perfila a través del principio de oportunidad, y por tanto habrá que llenarlo de contenido, delimitando los ámbitos de aplicación subjetivo y objetivo-sustantivo; de ahí surgen dudas en torno a los límites, es decir: ¿todas las conductas típicas y antijurídicas van a ser susceptibles de integrar la aplicabilidad de la justicia restaurativa? En el capítulo siguiente se analizan los criterios de delimitación de conductas delictivas al objeto de ser susceptibles de aplicación de procesos restaurativos, así como las exclusiones que deben establecerse de acuerdo con la legalidad delimitada por nuestro derecho positivo.

En España, el principio de oportunidad solo se contempla en la legislación penal del menor, artículo 19 de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, y anteriormente, en el artículo 15, regla 6ª de la LORCPJM de 1992, que incluye la reparación como condición del sobreseimiento del proceso.

En resumen, el principio de oportunidad podrá excepcionar el principio de legalidad conforme a unos criterios flexibles aunque tasados por la ley, como mecanismo de acceso de la justicia restaurativa, sin embargo si entendemos que la justicia restaurativa aporta beneficios al sistema de justicia convencional, y lo que se pretende, al menos este trabajo es intencional en este sentido, es el análisis de la posibilidad de integración de ambos modelos de justicia, la excepcionalidad que suponga la introducción de los criterios de oportunidad para la implementación de la justicia restaurativa deberá evolucionar hacia una asunción y comprensión de una regulación que contemple el concepto, la naturaleza, los principios y los fines, así como las consecuencias de la apreciación de los acuerdos de reparación insertos en los procesos restaurativos.

2.- Los acuerdos de reparación en los fines de la pena. Naturaleza jurídica.

La naturaleza jurídica que se le atribuya a la conciliación víctima-ofensor, y en particular a los acuerdos de reparación, va a determinar en última instancia que los procesos de justicia restaurativa puedan tener un

carácter alternativo al proceso judicial penal o un carácter complementario, como actualmente lo son en la mayoría de los casos.

En consecuencia debemos valorar si los acuerdos de reparación o en su caso la conciliación autor-víctima, en este caso como consecuencia de la aplicación de procesos de justicia restaurativa, pueden atribuirse a su respecto, fines de naturaleza penal distintos a la prevención del delito, como serían fines de pacificación del conflicto desde una perspectiva de la víctima o, tienen naturaleza sancionatoria independiente o autónoma respecto de la pena, o incluso, si pueden ser consideradas como sanciones penales⁸³

a) Acuerdos de reparación y el fin de pacificación social.

Algunos autores como HIRCH, no atribuyen al derecho penal fines de pacificación social, sino que el derecho penal al ser un derecho de aplicación de última ratio, deberían ser otras ramas del derecho que resuelven conflictos, las que cumplieran con estos fines; si la reparación puede aplicarse como una consecuencia jurídica autónoma habría que sacarla del Derecho Penal, puesto que la aplicación de este último debe hacerse como última ratio.

En mi opinión, la pacificación se considera un fin general que es contemplado por todas las ramas del derecho; en particular, respecto del derecho Penal, los fines de la pena llevan implícitos la pacificación social y del individuo, y por tanto, no es extraño que el derecho penal incorpore los acuerdos de reparación provenientes de los procesos restaurativos atribuyéndoles determinadas consecuencias penales, que pueden derivar en la no necesidad de pena, o en su aplicación atenuada.

⁸³ Vid. PEREZ SANZBERRO, en su obra *Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿apertura de una nueva vía?*, Granada, 1999, pp. 211-250, realiza un estudio a cerca de las aproximaciones doctrinales a la institución de la reparación en relación con los fines de la pena: para Seelmann y Rosnner, la reparación constituye un nuevo fin del Derecho Penal, que se define en la pacificación del conflicto, según Sessar la reparación es una modalidad de sanción penal diferenciable de las tradicionales, y para Frehsee, constituye una tercera vía en el sistema jurídico penal de control social, tesis que después asumiría Roxin, para atribuirle un carácter autónomo que sirve a los fines de prevención general positiva y especial, y por último, Zipf, considera que la solución adecuada es integrar la reparación en otros institutos jurídicos, como la conciliación autor-víctima, dotando de fuerza penal a la compensación del daño de carácter civil, aproximando al concepto de *diversion* con la finalidad específica de orientación hacia la víctima.

Para los defensores de la justicia restaurativa, el fin último que se consigue cuando la paz jurídica queda restablecida por completo, implica la no necesidad de pena desde la perspectiva de la prevención general y especial.⁸⁴; si la pacificación del sentimiento jurídico de la comunidad puede ser completa en infracciones penales menores, por una parte de la doctrina, se plantea la despenalización de éstas conductas, especialmente en los grupos de delitos cometidos frente al patrimonio.⁸⁵

b) La reparación como sanción penal autónoma

La reparación concebida como sanción autónoma, como una tercera clase de pena, junto a la privativa de libertad y a la multa, es la tesis que propugna SESSAR.

La concepción de la reparación como sanción penal supondría la privación de la voluntariedad, característica fundamental para la composición entre autor y víctima.

El concepto de reparación como sanción penal ha sido objeto de críticas por la doctrina mayoritaria, ya que existe una diferencia de partida esencial entre la pena y la reparación civil, ya que el presupuesto de aplicación de la pena es la culpabilidad, mientras que el presupuesto para la aplicación de la reparación es el daño, con independencia de que el autor pueda declararse exento de responsabilidad⁸⁶.

La aplicación de los acuerdos de reparación como una consecuencia jurídica independiente de la pena, sólo puede ser válido si entendemos que la reparación cumple con los fines de la pena; una mayoría de la doctrina

⁸⁴ El Proyecto Alternativo de Reparación en Alemania integra un concepto amplio de reparación, satisfaciendo los fines de la pena, introduciendo la mediación entre víctima y ofensor. El Proyecto publicado en 1992 parte de las tesis de ROXIN que atribuye la reparación como tercera vía, junto a la pena y las medidas de seguridad y reinserción social. En realidad, sólo en la propuesta de sustitución de la pena por la reparación puede decirse que constituya una consecuencia jurídico-penal autónoma en el derecho material alemán, no así en la integración de la reparación en el sistema de sanciones penales propuestas en el proyecto.

⁸⁵ Vid. ALASTUEY DOBÓN, M, C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 448.

⁸⁶ Vid. GRACIA MARTÍN L, BOLDOVA PASAMAR, y ALASTUEY DOBÓN en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia, 2004, p. 532.

entiende que no satisface la función de ejemplaridad al no cumplir con los fines de prevención general y por tanto no puede constituirse como una respuesta autónoma al delito.⁸⁷

c) La reparación como tercera vía.

ROXIN, en su Proyecto Alternativo de reforma⁸⁸ publicado en 1992, defiende la naturaleza de la reparación como tercera vía, partiendo de las tesis de Rössner, Wulf o Seelman, pero a diferencia de ellos, no atribuye a la reparación un fin penal específico sino que contribuye positivamente a los fines del derecho penal; defiende que la reparación cumple con los fines de prevención general, y lo justifica en su utilidad preventiva, en la llamada *prevención general positiva*, tendente a la satisfacción del sentimiento jurídico con la recomposición de la paz jurídica alterada por el delito, y respecto de la prevención especial, ya que con el deber de reparar se provoca que el autor se enfrente a los daños ocasionados a su víctima de forma muy diferente a como lo haría de resultar la víctima anónima y abstracta, favoreciendo la asunción espontánea de las consecuencias penales en el sentido una reparación razonable y justa, pudiendo conducir al reconocimiento del Derecho con la asunción voluntaria de las normas, de forma muy distinta a como concibe la pena privativa de libertad.

La reparación reemplazaría a la pena o la aminoraría, cuando fuera suficiente para satisfacer la reacción ante el sentimiento jurídico del delito y solventara el conflicto entre el autor y la generalidad. Se parte de un presupuesto de punibilidad en sentido abstracto, sin la implicación obligatoria del castigo del caso concreto y del carácter subsidiario del derecho penal, con la sustitución por soluciones más benignas para el autor, como sería el caso de la sustitución de la pena por trabajos en beneficio de la comunidad de contenido reparatorio hacia la comunidad.

La propuesta de reparación como tercera vía descansa sobre la base de la voluntariedad, aun cuando pueda entenderse que suponga un modo de presión; su base voluntaria es lo que la separa de una modalidad de pena; y en relación con la víctima, la voluntariedad en la reparación antes de la

⁸⁷ ALASTUEY DOBON .M. C., ídem.

⁸⁸ Vid. ROXIN, C. "Fines de la pena y reparación del daño", en ESER, HIRSCH, ROXIN, en *De los delitos y las víctimas* ob.cit. p.135

apertura del juicio oral supone para ésta, un mayor valor que el que se pueda conseguir con una reclamación civil de mayor coste económico y temporal y también un mayor valor respecto del título civil conseguido una vez finalizado el procedimiento penal.⁸⁹

Para ALASTUEY DOBÓN, la reparación no puede ser una tercera vía, en primer lugar, porque una prestación voluntaria que tiene lugar antes de la apertura del juicio oral no es una consecuencia jurídica del delito; la consecuencia jurídica en el Proyecto Alternativo sería la renuncia a la pena. Por otra parte, una construcción de este tipo, que considere a la reparación como una tercera vía junto a la pena y la medida de seguridad, sólo sería posible si la reparación es capaz de cumplir con los fines del derecho penal: en relación a la prevención especial, la autora pone en tela de juicio la voluntariedad de la reparación defendida en el Proyecto, y por tanto los efectos positivos, que sólo se producirían con respecto a una prestación verdaderamente voluntaria⁹⁰

Derivado de su carácter voluntario, apuntan TAMARIT SUMALLA, LARRAURI, y GORDILLO SANTANA, a la imposibilidad de configuración como sanción penal autónoma.⁹¹, pero defienden que se aviene a los fines de prevención general positiva y no contradice el fin del derecho penal de

⁸⁹ Vid. PEREZ SANZBERRO, G, en *Reparación y conciliación en el sistema pena.....*, ob. cit., pp. 256.

⁹⁰ ALASTUEY DOBON, M. C. en *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp.75-93.

⁹¹ En sentido contrario apunta TAMARIT SUMALLA, J.M. : la reparación no puede incorporarse a los fines de la pena, sino como una disminución de las necesidades preventivas de pena a partir de una ponderación de los diversos fines de naturaleza pública, con el fin de atender a otro objetivo de la política social, realizable en el seno del proceso penal, cual es la reparación de la víctima del delito. *La reparación a la víctima en el Derecho Penal*. Barcelona, 1994, p. 171 y ss.

En el mismo sentido se pronuncia GORDILLO SANTANA L.F, en *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*. Madrid 2007, pp. 355 y 356: Ningún proceso de mediación penal, incardinado en el ámbito legislativo como pena o sanción autónoma puede tener cabida, primero, por vulnerar la esencia misma del proceso, y segundo porque en ningún caso cumplirá con los fines de prevención especial que deben de fundamentar es tipo de actuaciones; Vid, LARRAURI E., "Tendencias actuales de la Justicia Restauradora", en PEREZ ALVAREZ, F., en *In Memoriam Alexandra Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, 2004, p. 445.

protección de los bienes jurídicos, los cuales son protegidos por la compensación en lugar del castigo⁹².

TAMARIT SUMALLA considera no sólo relevante a la hora de determinar la responsabilidad penal del infractor, que la reparación pueda servir a los fines de la pena, sino que la clave está en que la pena se revela incapaz de servir adecuadamente a los fines del Estado en su respuesta frente al delito. Los procesos de justicia restaurativa pueden satisfacer mejor los fines reparadores que también forman parte de los fines de la pena, y además pueden servir a los fines de prevención general positiva y prevención especial.⁹³

La reparación contemplada desde una perspectiva penal debe de cooperar con los fines de la pena y no puede nuevamente desplazar a la víctima con una nueva expropiación de sus derechos que suponga un aumento del poder del estado, de ahí que las propuestas para la inserción de la reparación en el derecho penal deben ser pensadas cuidadosamente para que no se vean frustrados los objetivos de auxiliar realmente a la víctima y colaborar en la tarea de la restitución⁹⁴.

El concepto de reparación concebido como “tercera vía”⁹⁵, frente al injusto penal, junto a la pena y la medida de seguridad, recogido en la Propuesta de regulación del Proyecto Alternativo alemán de Roxin, puede suponer la retirada de la pena como forma de reacción penal frente al delito, o en su caso, una reducción significativa de la misma. En este sentido, QUINTERO OLIVARES plantea la reparación como un instrumento que permite limitar la aplicación de la pena, planteando la integración de la reparación en el derecho penal como “renuncia a la pena”, pudiendo configurarse como excusa absolutoria o respondiendo a la decisión

⁹² LARRAURI. E., “Victimología” en ESSER, HIRSCH, ROXIN..., ob.cit., p. 296.

⁹³ El fundamento de la reparación puede encontrarse en TAMARIT SUMALLA, J., “La articulación de la Justicia Restaurativa con el sistema de justicia penal”, en *La Justicia Restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Ed. Comares, Granada, 2012, p. 65

⁹⁴ Vid. MAIER, J., “ La víctima y el sistema penal” en ESER, HIRSCH, ROXIN..., ob.cit. p. 208.

⁹⁵ La defensa de la reparación como tercera vía es la conclusión de la tesis defendida por la autora en PEREZ SANZBERRO, G, *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿apertura de una nueva vía?*, ob. cit., p.p.258-265.

individualizada del juez ante el caso concreto, y ante la falta de necesidad de pena en los supuestos que se haya reparado.

Otros autores como BERISTAIN, BUSTOS, GARCIA-PABLOS, GIMENEZ SALINAS y LARRAURI, destacan la idoneidad de estos instrumentos en el tratamiento de las conductas delictivas.⁹⁶

Si la voluntariedad constituye un principio inherente de la reparación, ésta no puede entenderse como una sanción penal, ya que las sanciones penales son impuestas coactivamente, por tanto no puede entenderse como una tercera vía al lado de la pena y la medida de seguridad. En este sentido, para ESQUINAS VALVERDE la reparación debe entenderse como una "excusa absolutoria", lo que permite ser aplicada antes, durante o incluso después del proceso⁹⁷.

En mi opinión, la conciliación víctima-ofensor, y en concreto la materialización de dichos acuerdos concretada en la reparación, tendría una *naturaleza mixta*, entre el binomio sanción coercitiva y asunción voluntaria, que no eximiría su naturaleza penal puesto que el ofensor la percibiría como un "castigo" derivado de su conducta antijurídica, que sería asumido de forma voluntaria, de igual modo que se asume la pena voluntariamente con una conformidad pactada; la asunción voluntaria de una reparación podría conllevar a una no necesidad de pena, desde una perspectiva preventivo general y especial, con la renuncia a la misma o al archivo del procedimiento iniciado en su caso, o en otro caso, a una atenuación de la pena a imponer, la suspensión o la sustitución de las penas privativas⁹⁸.

⁹⁶ García Pablos plantea un nuevo modelo de justicia penal, cuyo punto de partida sea la concepción del suceso criminal como problema y como conflicto interpersonal e histórico, que enfrenta a la víctima y al victimario, en el mismo sentido Beristain acaba demandando una nueva reestructuración de la respuesta al delito y a la violencia, con talante no vengativo o expiatorio, sino restaurativo, en PEREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación...*, ob. cit., pp.46.

⁹⁷ ESQUINAS VALVERDE P. en "*La mediación entre víctima y agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos*," p. 61.

⁹⁸ CRUZ PARRA, J. A., en su tesis doctoral "*la mediación penal. Problemas que presenta su implantación en el proceso español y sus posibles soluciones*. Junio 2013, se decanta por definir la reparación por mediación como motivo de sobreseimiento del proceso, si está en fase de instrucción; y si está en fase de enjuiciamiento constituiría una atenuación de la pena, (como

3. La justicia restaurativa como *alternativa o complementaria* del proceso penal.

Nuestra legislación no contempla la reparación como tercera vía o como sanción autónoma para ninguna conducta penal, atribuyéndole únicamente la naturaleza de atenuante en la aplicación de las penas, y por tanto los acuerdos de reparación como consecuencia de aplicación de herramientas de justicia restaurativa, como la mediación, no pueden constituir una sanción penal independiente.

Para la mayoría de la doctrina, la privatización de las acciones penales excluyendo la persecución penal o dicho de otro modo la despenalización de determinadas conductas, únicamente podría reservarse para los delitos de bagatela, existentes en casi todos los tipos penales, sobre todo en los delitos contra la propiedad, entendiéndose que el daño social producido no es considerable y sólo entraría en consideración cuando lo exprese el portador del bien jurídico lesionado, o cuando la publicidad puede lesionar aún más el interés dañado, como es el caso de los delitos referidos a la esfera íntima del individuo, o en caso de lesión del interés estatal por delitos que protegen la revelación del secreto. La privatización del conflicto para algunos autores puede ponderarse en el caso concreto mediante la adopción del principio de oportunidad⁹⁹.

En mi opinión, sería posible la despenalización o la asunción de algunas conductas, que hoy se encuentran tipificadas como faltas o delitos menores hacia sistemas alternativos de base restaurativa que podrían quedar fuera del proceso penal, cuando se potencien las redes comunitarias que permitan una mayor implicación y participación de la comunidad en la resolución de los conflictos que se generen en su seno; en los demás casos, la justicia restaurativa no puede por sí sola constituir una alternativa al procedimiento, y los órganos judiciales actuarán a modo de control en su derivación, aplicación y consecuencias, por tanto podemos concluir diciendo que la justicia restaurativa tiene un carácter complementario respecto del proceso judicial.

lo es ahora) o podría instaurarse como motivo de suspensión de la pena, sin incluirla en el catálogo de sanciones penales ya que no tiene una naturaleza sancionadora.

⁹⁹ Cfr. MAIER, J. " La víctima y el sistema penal" en ESER, HIRCH, ROXIN..., ob. cit. . p. 229.

No obstante, existen programas que suponen un auténtico sistema alternativo al enjuiciamiento, realizados en países de cultura anglosajona principalmente, como EEUU y países del Norte de Europa. Dichos programas se aplican fuera del ámbito de la justicia penal y son gestionados por la policía o por entidades públicas, y se dirigen especialmente a menores o a determinados delitos menores, tales como los robos en tiendas.

Capítulo III.

LA MEDIACION: PRINCIPAL HERRAMIENTA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.

3.1 Concepto y principios.

La mediación constituye la herramienta de aplicación más extensiva dentro de lo que denominamos justicia restaurativa, ya que en nuestros sistemas europeos continentales, otras fórmulas de justicia comunitaria han tenido menor significación, debido al monopolio que el estado tiene en la definición y la respuesta de las conductas punibles, y donde se reconoce a la comunidad escasa o nula legitimidad política¹⁰⁰

A diferencia de lo que ocurre con la justicia restaurativa como categoría o concepto indeterminado, con una pluralidad de acepciones, la mediación cuenta con una definición precisa, contenida en *la Recomendación nº R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 15 de septiembre de 1999*, que la define en su artículo 1 como “ el proceso en el que víctima e infractor se encuentran, si así lo aceptan voluntariamente, para participar activamente en la resolución de las consecuencias derivadas del delito, mediante la ayuda de una tercera parte imparcial, llamada mediador”. El texto también alude a los principios más importantes que deben regir este procedimiento, como son la voluntariedad de las partes, la confidencialidad del proceso, así como su disponibilidad en todas sus fases.

¹⁰⁰ Vid. TAMARIT SUMALLA, J. “La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico”, en TAMARIT SUMALLA, J. (coord.) : *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012. p.47

Si la mediación es la herramienta más conocida y utilizada dentro de lo que entendemos por Justicia Restaurativa, de no menor trascendencia tiene el hecho de que no existe una aplicación unánime de la misma, derivado de la multiplicidad de formas de entender la mediación, lo que ha ido configurado una clasificación agrupada en torno a distintas escuelas¹⁰¹:

Más allá de los métodos y fórmulas que se aplican por los seguidores de estas escuelas, no cabe duda que el modelo restaurativo que se aplique para la intervención dentro del proceso penal deberá adaptarse a las características propias y específicas de un proceso que ya de entrada parte de un desequilibrio en la relación entre los sujetos enfrentados, que dista mucho de aquellos conflictos que puedan surgir en la esfera civil del individuo, y donde el mediador debe asumir el rol de facilitar el diálogo, reequilibrar fuerzas y sostener el proceso sin perder su objetividad y neutralidad.

Por otra parte, la Mediación cumple con el mandato constitucional de participación de los ciudadanos en la administración de justicia, ya que qué mejor forma de participar será q cuando el conflicto nos afecta directamente¹⁰².

¹⁰¹ Vid. GORDILLO SANTANA, L.F.: *La justicia restaurativa*, ob. cit. p. 182, donde relaciona las distintas escuelas de mediación: *la Escuela de Harvard*, (HAYNES, J., COBBS, S., FISHER, R., URY, W...): El objetivo es el acuerdo. El modelo está en la línea de una negociación entre partes, pero asistida por una figura imparcial, el mediador que sostiene la estructura del proceso. *Escuela Circular Narrativa*: (SUARES, M, y COBAS, S...) nace del paradigma sistémico donde la comunicación tiene especial relevancia, puesto que a través del lenguaje podemos cambiar la narrativa del conflicto consiguiendo una perspectiva distinta del mismo, mejorando las relaciones. *Escuela Transformativa*: (FOLGER, BUSH...): orientada, más que a la obtención de acuerdos alcanzados entre las partes, al proceso en si mismo, como transformador de la relación entre las personas. *Escuela Interdisciplinaria*: (BUSTELO, D,...): es una mezcla de las anteriores, incluye el mundo de los afectos y los intereses con una comunicación adecuada para conseguir un acuerdo.

¹⁰² Cfr. FABREGA RUIZ, C. F. (Fiscal de Jaén. Secretario General GEMME España y HEREDIA LAPUENTE, M. (Fiscal de Jaén y Coordinadora Fiscalía del Proyecto Mediación Penal de Adultos "La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la justicia. *Revista Estrados*. Colegio Abogados de Jaén, p. 3

2. Principios de la mediación penal.

a) Principio de voluntariedad

La mediación es un procedimiento de carácter esencialmente voluntario¹⁰³, derivado de su propia naturaleza, ya que se trata de un diálogo entre partes en el se van a expresar, no sólo hechos sino sentimientos y emociones, deseos, y necesidades, que conectan con las vivencias más íntimas de los seres humanos, y que por tanto, en un escenario como ese, se debe de ofrecer un espacio de seguridad tanto para la víctima como para el ofensor; en dicho espacio no es posible la coerción ni la imposición sin renegar de su propio significado, y sin que a su vez suponga una vulneración de los derechos fundamentales, tales como la libertad y la intimidad. Si de lo se trata, es de atender el conflicto y orientarlo hacia su reparación, perdería toda razón de ser imponer una obligatoriedad a las partes para su participación.¹⁰⁴

La garantía de los derechos individuales defendidos en nuestros estados democráticos conlleva a que cualquier procedimiento restaurativo, debe de garantizar este principio durante todo su devenir, pudiendo renunciarse a la mediación en cualquier momento y solicitar la tutela de los tribunales. A pesar de ello, se observa una tendencia creciente al fomento de métodos alternativos de resolución de conflictos, a todos los niveles, y desde las instancias europeas se promueve la incorporación de estos métodos en los derechos de los estados miembros.

¹⁰³ Vid. Conclusiones sobre el Seminario de mediación penal del Consejo General del Poder Judicial -2005-, donde se recoge la voluntariedad de la mediación.

¹⁰⁴ Es reseñable *La Directiva 2008/52/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles dictada para la resolución de conflictos transfronterizos, donde no se excluye la posibilidad de regulación de la mediación en el ámbito privado por parte de las legislaciones nacionales con carácter obligatorio, con el único límite de no impedir el acceso al sistema judicial, lo que choca frontalmente con los principios que inspiran la Justicia restaurativa. En el mismo sentido *la Recomendación (2001)9* del Comité de Ministros del Consejo de Europa declara que el intento de mediación puede ser impuesto por ley. Por el contrario, *El libro Verde* de la Unión Europea sobre los métodos alternativos de resolución de litigios en materia civil o mercantil, establece en su apartado sexagésimo que "podría ser inútil obligar a alguien a participar en un ADR contra su voluntad, en la medida en que el éxito del proceso depende de esa voluntad".

El carácter de voluntariedad inherente a los procesos restaurativos y en particular para el caso de la mediación penal contradice el hecho de que se configuren a nivel teórico, por una parte de la doctrina, como pena o sanción, puesto que la aplicación de penas o sanciones conlleva necesariamente la obligatoriedad y la coerción en su cumplimiento.

Por otra parte, de configurarse como sanción, además de vulnerarse la esencia misma de la justicia restaurativa, no podrían atenderse a los fines positivos de prevención especial, cuya valoración ha sido expuesta en clave de éxito por los programas y experiencias donde se han desarrollado. Los conocedores de la aplicación práctica de estos programas nos revelan que la clave del éxito deriva de la autonomía para decidir de las partes¹⁰⁵

b).-Principio de confidencialidad

El segundo principio, tan importante como el anterior y vinculado a él, es el de la confidencialidad, ya que para que la voluntariedad pueda ser efectiva, el proceso debe de ser también confidencial, tanto para las partes como para el mediador.

La confidencialidad preserva la presunción de inocencia del victimario en el caso de que hubiera existido un reconocimiento de hechos, ya que el mismo no podrá ser utilizado como prueba en un proceso penal.¹⁰⁶; se establecen cautelas para preservar la presunción de inocencia¹⁰⁷.

¹⁰⁵ LARRAURI, E., "Tendencias actuales de la Justicia Restauradora" en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Ed), Serta, *In memoriam Alexandri Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, 2004; La Recomendación R (99) 19 del Consejo de Ministros de la UE en el punto II - apartado 1, dice: " La mediación penal tiene que llevarse a cabo exclusivamente con el consentimiento libre de las partes..." Vid. GORDILLO SANTANA, L.F., *La Mediación penal. Caminando hacia un nuevo concepto de justicia.* , Tesis Doctoral leída el 22 de Septiembre de 2005, Universidad de La Rioja, capítulo 3. p. 109 y ss. En el mismo sentido GORDILLO SANTANA, L.F., en su obra *La Justicia Restaurativa y la Mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 199 y pp. 355-356.

¹⁰⁶ Vid. RIOS MARTIN, J.C. , MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. , SEGOVIA BERNABÉ, J. L. y otros, " Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)", *Revista Estudios jurídicos*. ISSN-e 1888-7740, 2008. p.41.

¹⁰⁷ Siendo claros exponentes de ello, *el acta de Mediación*, que sólo recogerá los acuerdos que las partes hayan alcanzado, y sólo en el caso de que la mediación finalice de forma positiva con acuerdo se remitirá al juzgado, o el hecho de que el mediador no podrá ser llamado como testigo en un proceso judicial respecto la mediación en la que haya intervenido.

Por tanto la confidencialidad garantiza la voluntariedad del proceso con el respeto al principio de presunción de inocencia, y garantiza a su vez, el principio de tutela judicial efectiva, de tal manera que las partes pueden renunciar a la mediación en el momento que quieran e instar la iniciación o el retorno al proceso judicial¹⁰⁸.

La mediación penal se desarrollará en un procedimiento alternativo al proceso penal, que garantice una adecuada separación, lo que permitirá la no intromisión en los procesos restaurativos de ninguno de los agentes que después vayan a intervenir en el procedimiento judicial.

c) Principio de neutralidad.

La neutralidad reside en la figura del mediador, quien debe de actuar conforme a criterios de imparcialidad, para que las partes puedan intervenir en un plano de igualdad. Para ello, debe de contar con habilidades desarrolladas y estrategias de comunicación que le van a permitir sostener el proceso de forma equilibrada, sin privilegios hacia ninguna de las partes.

No se halla exenta de críticas la pretendida imparcialidad, ya que el mediador no puede dejar de estar involucrado como observador y partícipe del proceso, pero la neutralidad no implica nula intervención por parte del mediador, como si de un moderador se tratase distribuyendo los turnos de palabras, puesto que el mediador debe de intervenir para reequilibrar fuerzas o compensar desequilibrios de poder que se manifiesten durante el proceso, sin que ello llegue a incidir en su objetividad¹⁰⁹.

El principio de imparcialidad conecta con el principio de imparcialidad en la condena en aquellos casos en los que, una vez iniciada la mediación, se haya abandonado, o haya concluido sin acuerdo, ya que una hipotética sentencia condenatoria nunca podrá fundamentarse en la participación o no en un proceso de mediación.

¹⁰⁸ En este sentido apunta la Recomendación R (99) 19 del Consejo de Ministros de la UE , en el punto II- Principios generales, apartado 2, dice “ las discusiones en mediación son confidenciales y no deben ser usadas subsiguientemente, excepto con el consentimiento de las partes , y en el punto IV, aptdo. 14 dice que la participación en mediación “ no debe usarse como una prueba o evidencia de admisión de culpabilidad en el subsiguiente proceso penal”.

¹⁰⁹ GORDILLO SANTANA. L. F., p. 220.

Algunos autores como LARRAURI ponen en entredicho que una condena por un tercero imparcial sea mejor que el acuerdo entre las dos personas afectadas.¹¹⁰

d) Principio de universalidad.

El principio de universalidad implica que la mediación puede ser aplicada en todos los delitos y a todos los tipos de delincuencia.¹¹¹

Este principio no está exento de controversias, ya que a priori, en relación con los delitos más graves, una parte importante de la doctrina apuesta por restringir la mediación a las faltas y a los delitos de menor gravedad (con cuantías por tanto no superiores cinco años de prisión), en equivalencia con la regulación del principio de oportunidad recogido en la legislación penal del menor, y por un segundo argumento de carácter valorativo y de escaso rigor científico, que consiste en que la mediación resultaría más atractiva en infracciones penales leves, por lo que el éxito de su aplicación gozaría de mayores garantías.

Una segunda corriente doctrinal aboga por la no aplicación de restricciones en función de la gravedad de la infracción cometida en conexión con la filosofía que inspira la mediación, en la que ningún hecho delictivo debe de ser excluido a priori, y en congruencia con los fines que se le atribuyen a la mediación como instrumento para la pacificación social, pero apuesta por el establecimiento de criterios de aplicabilidad o de derivación en función de otros parámetros¹¹², como la naturaleza del delito o la relación existente entre la víctima y el infractor¹¹³.

¹¹⁰ Vid. LARRAURI PIJOAN, E.: "Tendencias actuales de la justicia restauradora", ob.cit., p.454

¹¹¹ El principio de aplicabilidad universal fue defendido por el Proyecto alternativo alemán.....

¹¹² En este sentido, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "Mediación, conciliación y reparación en el derecho penal", en ROMEO CASABONA, C. (dir), Comares, Granada 2007, pp. 55-56. AGUILERA MORALES, M., " La mediación penal, ¿quimera o realidad?", en GARCILANDIA GONZALEZ, P.M. y SOLETO MUÑOZ, H. (dirs.) , *Sobre la mediación penal (posibilidades y límites en un entorno de Reforma del Proceso Penal Español)*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 340-341.

¹¹³ Vid. RIOS MARTIN, J.C, ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X, PASCUAL RODRIGUEZ, E y otros, en *La mediación penal y penitenciaria, experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex, 2012, pp. 97-98, establece que ningún tipo de delito puede

Con todo ello , entiendo que la voluntad de las partes debe de ser la clave para determinar la apertura o no de un procedimiento de mediación, y por tanto defendiendo la universalidad de la mediación sin reservas, pero con las debidas garantías para las partes, me estoy refiriendo en relación a establecer límites ante situaciones de graves desequilibrios de poder entre las partes como único límite de aplicabilidad, ya que, de un lado, la voluntad de las partes no debe de ser suplida por criterios determinantes en función de las posibilidades de éxito o fracaso de la mediación; y de otro, es de justicia el derecho que debe asistir a todas las víctimas de encontrarse con su agresor en un espacio de seguridad y atender a su necesidad en relación con el daño ocasionado, y este derecho no puede ser suplido por la voluntad del estado conforme a criterios paternalistas o de funcionalidad o eficacia.

e).- Principio de gratuidad.

Los procedimientos de justicia restaurativa, y en concreto el procedimiento de mediación debe de ser gratuito en coherencia con el carácter público del derecho penal

f)- Principio de oficialidad.

Este principio igualmente es controvertido, entendido en cuanto a los límites de la mediación y estrechamente relacionado con el principio de universalidad; existen diversas alternativas en torno a quién debe derivar los asuntos a mediación, de tal forma que existen las siguientes posibilidades: a) que sea el juez o el fiscal quien derive, como organismos de control¹¹⁴ , b) que fueran

ser descartado a priori de la mediación, salvo aquellos que den lugar a determinadas situaciones de desequilibrios de poder o desigualdad y determina unos criterios para decidir la idoneidad de la mediación penal según los casos: un primer criterio, atendiendo a a las condiciones subjetivas de sus protagonistas en función de sus capacidades personales, y un segundo criterio que sería la significación subjetiva del hecho al margen de su calificación jurídico-penal, que debiera tener un componente personal relevante para que merezca el esfuerzo de mediación y encuentro entre las partes.

¹¹⁴ La oficialidad se determina con la derivación del juez, previo acuerdo, o a propuesta del Ministerio Fiscal o del abogado defensor, en RIOS MARTIN, J.C. , MARTINEZ ESCAMILLA, M. SEGOVIA BERNABE y otros... “ Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Análisis de una experiencia (2005-2008) Revista Estudios jurídicos. ISSN-e 1888-7740, nº 2008, p. 41

los mismos sujetos implicados los que decidieran someterse a este procedimiento, en consonancia con el respeto al principio de igualdad, y c) una vía intermedia, que permitiera a las partes solicitar la mediación y el juez valorase finalmente de oficio sobre la posibilidad de abrir la mediación.

Entiendo que la vía intermedia sería la más adecuada en consonancia con el principio de universalidad que defiende, y vendría reforzada por el control del juez, a modo de juez de garantías para las partes, en el sentido de evitar los posibles abusos, y en atención especial a aquellos casos en los que existiera un desequilibrio de poder manifiesto entre las partes

No obstante a través de la figura del mediador podrían detectarse posibles desequilibrios insalvables con los que se podría fundamentar la exclusión o el abandono de la mediación.

g) Principio de la proporcionalidad.

La idea de proporcionalidad conecta con la necesidad de evitar una desmedida utilización de sanciones que conlleven privación de libertad o restricciones a la misma¹¹⁵. El principio de proporcionalidad en materia penal conecta con los principios constitucionales de libertad, dignidad de las personas y libre desarrollo de la personalidad, conectado a su vez con los fines que se persiguen con la aplicación de las penas, de prevención general y especial, y en conjugación con el principio de intervención mínima.

Por los detractores de la justicia restaurativa, esencialmente desde las teorías retribucionistas, se argumenta que no se cumplen los criterios de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y los acuerdos alcanzados, a lo que los partidarios de la justicia restaurativa contra argumentan que tampoco existe coherencia y proporcionalidad en la traslación a la práctica de sus concepciones teóricas; en última instancia, se considera que los acuerdos alcanzados no deben de tratarse como un valor rígido al que deban subordinarse los fines de la reinserción del infractor y la reparación de la víctima.¹¹⁶

¹¹⁵ Vid. BARONA VILAR, S. en *Mediación penal, fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, 2011, p.272

¹¹⁶ Cfr. LARRAURI PIJOAN, E.: "Tendencias actuales de la justicia restauradora", ob. cit., p. 454.

La justicia restaurativa deberá contemplar el principio de proporcionalidad; los cauces para garantizar la proporcionalidad en los acuerdos de reparación serían un adecuado marco legal, la participación de mediadores cualificados, y la intervención del juez como control de garantías¹¹⁷

En coherencia con la filosofía de la justicia restaurativa, como instrumento de pacificación social y como reparación del daño ocasionado, no caben acuerdos desproporcionados, mucho menos denigrantes que atenten contra los derechos de las personas.

h) Principio de complementariedad

El procedimiento de mediación, tal y como lo concebimos, por el momento, no tiene un carácter alternativo sino complementario; no se trata de establecer fórmulas de aplicación de justicia poniendo al ciudadano en la disyuntiva de elegir una u otra, sino que ambos procesos, aun respetando su autonomía, deben estar perfectamente ensamblados para recomponer un nuevo modelo de justicia penal que integre la esencia de la justicia restaurativa, que es la reparación del daño a la víctima y a la comunidad, sin abandonar los principios y derechos rectores que presiden el proceso judicial.

La complementariedad de la mediación respecto del proceso judicial, tiene consecuencias en la aplicación de las penas a imponer, minimizándolas, suspendiendo su aplicación o sustituyendo su contenido, de ahí que no estemos ante un cauce alternativo sino complementario.¹¹⁸

Estrechamente vinculado a este principio está el principio de oficialidad al que hemos aludido con anterioridad.

3. Contenido material de la mediación penal

3.1.- EL reconocimiento de los hechos.-

El punto de partida que considero de obligada reflexión es si el reconocimiento de hechos debe de constituir un requisito o presupuesto para la

¹¹⁷ Cfr. LARRAURI PIJOAN, E., "Tendencias actuales de la justicia restauradora", ob .cit, p. 453.

¹¹⁸ BARONA VILAR, S. en *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 270.

mediación o no, y ello es de suprema importancia, en relación a la preservación del principio consagrado en nuestro ordenamiento jurídico de presunción de inocencia; de ahí se ha derivado toda una problemática puesta de manifiesto por la doctrina: en sentido positivo se pronuncia TAMARIT SUMALLA, que parte de un necesario reconocimiento de los hechos en consonancia con el sentido de la justicia restaurativa, y en relación a la presunción de inocencia y a la preservación de las garantías jurídicas, entiende no quedan alteradas si se garantiza la confidencialidad del proceso y la prohibición de que lo realizado en él pueda ser utilizado como material probatorio en el proceso judicial¹¹⁹; en sentido contrario apunta GONZALEZ CANO, donde la participación del imputado en un proceso mediador no implica asunción de autoría, por lo que no debe exigirse el reconocimiento previo de hechos ni como presupuesto para derivar el caso a mediación ni como contenido del acuerdo¹²⁰

Si el punto de partida para que la mediación pueda abrirse, es la existencia de un acuerdo voluntario entre las partes, ello implica necesariamente un reconocimiento al menos de carácter implícito, a cerca de la veracidad de los hechos, aunque no sean en su totalidad, y de ahí que haya autores que nieguen la pretendida garantía del principio de presunción de inocencia en estos procesos, que se verá cuestionado en el propio momento en que el infractor consienta su participación en la mediación.

La respuesta a aquél argumento la podemos encontrar en el paralelismo que ofrece con el instituto de la conformidad, en el sentido de que cuando el abogado defensor entra a negociar una posible conformidad con el fiscal y finalmente no se llega al acuerdo, podamos entender un cierto reconocimiento implícito, pero la sentencia judicial no puede motivarse en base a esta circunstancia, de la misma manera el hecho de haber consentido una mediación no va a presuponer ningún juicio de culpabilidad, aunque entendamos que del hecho de haberse intentado la mediación sea difícil abstraer un juicio de atribución de responsabilidad, pero la obligada motivación de la sentencia nunca podrá sustentarse en el indicio o la presunción de haberse intentado una mediación.

¹¹⁹ Vid. TAMARIT SUMALLA J, en *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012, p. 72.

¹²⁰ Vid. GONZÁLEZ CANO, E. "Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de menores", en *Revista del Tribunal de Justicia*, nº 7, 2000. p.39.

Por otra parte, de igual modo que ante una posible conformidad se informa al imputado de su implicación y consecuencia, de todas estas circunstancias debe quedar informado el sujeto infractor al que se ofrece una mediación, para la salvaguarda de sus derechos y en especial de su presunción de inocencia¹²¹.

A mi modo de ver, en ningún caso otorgar consentimiento para la participación en un proceso de mediación implica un reconocimiento previo de hechos, de ahí que no considero presupuesto necesario para derivar a mediación el reconocimiento de hechos por parte del sujeto infractor en sede procesal o preprocesal, puesto que si el punto de partida fuera este presupuesto, estaríamos vulnerando el derecho a la presunción de inocencia del imputado, con la imposibilidad de retorno al proceso judicial, toda vez que el proceso de mediación resultare frustrado; una vez iniciada la mediación y ya fuera del ámbito procesal, cuando el mediador es el garante de la legalidad y el conductor del proceso, considero presupuesto necesario el previo reconocimiento de hechos frente a la víctima, para subsiguientemente continuar con la petición de disculpas, la conciliación y los acuerdos de reparación.

Por todo ello, es necesario una regulación que delimite los casos que se deriven a mediación, el modo de proceder para quien competa esta tarea, y la garantía de una adecuada separación entre el proceso restaurativo y el proceso judicial; la inexistencia de dicha regulación legal determina que, en la praxis, la derivación de los casos sea realizada en aquellos asuntos en los que no existen dudas a cerca de la autoría¹²², lo cual no deja de tener un carácter fragmentario y residual.

Otras formas de garantía del principio de presunción de inocencia en relación con el reconocimiento de hechos vertidos en el proceso de mediación son, la prohibición de que el mediador no pueda ser citado como testigo, y que el juez no puede acceder al contenido de las sesiones de mediación, sólo al acta final

¹²¹ En este sentido, DEL MORAL GARCIA, en SÁEZ RODRIGUEZ (Coord.): *La mediación familiar. La mediación Penal y Penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*, 2008, pp. 389 y ss.

¹²² Vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA M. "La mediación penal en España: estado de la cuestión" en MARTINEZ ESCAMILLA M. *Justicia Restaurativa y mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid, 2011

ratificada por las partes en la que se recogen los acuerdos, si la mediación concluye de forma satisfactoria.

3.2- La conciliación.-

En primer lugar, hay que diferenciar la conciliación dentro de un procedimiento de mediación de la conciliación como instituto propio, donde la autoridad para resolver la tiene un tercero; ejemplos de ello en el ordenamiento español serían la conciliación judicial como fase previa a la interposición de una demanda judicial, la conciliación laboral con carácter obligatorio para la reclamación por despido, y en el ámbito criminal, hay que significar que tiene un carácter residual y preceptivo, antes de la interposición de una querrela por injurias o calumnias contra los particulares.

La idea de conciliación implica un acuerdo entre sujetos que parten en principio de posturas diferentes y con posiciones o intereses enfrentados. Dicho acuerdo, no ha de suponer necesariamente una completa identificación personal con el contenido del mismo, ni tampoco que se recupere el estado interrelacional anterior al conflicto .

PÉREZ SANZBERRO¹²³ distingue dos dimensiones del concepto igualmente importantes en relación al significado de la conciliación autor-víctima: por un lado, la que hace referencia al resultado, el “acuerdo”, y otra no menos importante, que es la que hace referencia al “procedimiento”, que supone el protagonismo de las personas directamente implicadas en el delito, a través de un proceso de comunicación caracterizado por la horizontalidad y con la finalidad de contribuir a la pacificación de las relaciones sociales.

La conciliación va a suponer un consenso entre víctima y ofensor para reparar el daño, y puede consistir desde una petición de disculpas, la aceptación o perdón de la víctima o la reparación, que puede consistir en una compensación económica o una reparación simbólica.

¹²³ PÉREZ SANZBERRO, G., en *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿apertura de una nueva vía?*, Granada,1999, p. 22

3.3.- La reconciliación y el perdón del ofendido.-

Partimos de la base de que la reconciliación o el perdón no deben de ser entendidos como un objetivo esencial de un proceso restaurativo, ya que la víctima no puede sentirse compelida a que es lo que se espera de ella como consecuencia de un proceso de mediación¹²⁴

Sin embargo no desdeñando este argumento que me parece muy legítimo, entiendo por otra parte que la mediación no debe de ir orientada únicamente a la consecución del acuerdo, sino que más allá de ello, se deben de facilitar escenarios favorables para que la reconciliación y el perdón puedan producirse de una forma espontánea, libre y exenta de coerciones formales ni connotaciones morales.

Me parece muy significativa la anotación de las reflexiones que realiza el magistrado de la Audiencia Nacional SÁEZ VALCÁRCEL, en remisión al escenario que propone JULIAN RÍOS en relación a la reconciliación y el perdón para los delitos más graves, que sería que las personas fueran capaces de superar parte de su pasado, elaborar el duelo por los daños sufridos y perpetrados, de asumir sus responsabilidades y de encontrar un motivo que dé sentido a la vida y les permita seguir adelante.¹²⁵

En relación a la relevancia que el perdón y la reconciliación tienen en nuestro ordenamiento, hay que señalar que el perdón del ofendido en nuestro derecho penal tiene escasa trascendencia, y se halla únicamente vinculado a aquellos bienes jurídicos protegibles sobre los que el sujeto pasivo goza de una

¹²⁴ En este sentido, TAMARIT SUMALLA J, "La justicia restaurativa, concepto, principios, investigación y marco teórico", en TAMARIT SUMALLA J., *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Ed. Comares. Granada. 2012, p. 44, expresa que ello obedece a una concepción mal entendida de la justicia restaurativa, y que algunas reticencias por parte de los defensores de la exclusión de la mediación en violencia de género, tienen que ver con el equívoco de que el proceso restaurador esté orientado a la reconciliación de la pareja.

¹²⁵ SÁEZ VALCARCEL, R. "Notas sobre justicia restaurativa y delitos graves dialogando a partir de reflexiones y su viabilidad" en MARTINEZ ESCAMILLA , M., *Justicia Restaurativa, mediación penal, y penitenciaria: un renovado impulso*, Ed. Reus,2011, p.182.

especial disponibilidad. El perdón sitúa en primer plano el interés de la víctima en la represión de estos delitos.¹²⁶

El perdón se regula en el artículo 130. 4 C.P , y sólo extingue la responsabilidad criminal cuando la ley así lo prevé, a diferencia de la regulación anterior a 1995, que establecía como regla general la relevancia del perdón en los delitos semi-públicos; y la ley lo dispone en el artículo 201.3 (descubrimiento y revelación de secretos), el art. 215.3 (injuria y calumnia), art. 267.3 (daños por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros) y art. 639.3 (faltas perseguibles a instancia de la persona agraviada)

3.4.- La reparación del daño.-

En primer lugar, debemos diferenciar la Mediación respecto de la Reparación; así que se habla de justicia restaurativa o reparativa, pero la mediación no puede ser considerada como equivalente de reparación¹²⁷, restitución o resarcimiento de la responsabilidad civil ex delicto, aunque se encuentre relacionada con estas figuras, ni siquiera todavía cuando el concepto de reparación penal vaya más allá de la mera reparación civil.

La reparación en el contexto de la conciliación autor-víctima va más allá del concepto de reparación civil del daño; y se inspira en el reconocimiento positivo de la disposición del autor en la asunción de su responsabilidad ante la víctima y en su caso ante la sociedad¹²⁸; en este sentido la reparación del

¹²⁶ Vid. GRACIA MARTIN. L., BOLDOVA PASAMAR, M.A, y ALASTUEY DOBON, M.C., en Lecciones de Consecuencias Jurídicas del delito. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, pag. 354.

¹²⁷ El Tribunal Supremo, por su parte, viene señalando que — la mera solicitud de mediación penal por parte del acusado ante la Subdirección General de Reparación y Ejecución Penal, no constituye la atenuante prevista en el art. 21.5 CP (ATS, Sala 2ª, Nº 1991/2009, de 7 de Septiembre, MP Francisco Monterde Ferrer), e incluso que la participación del recurrente en el programa voluntario de mediación penal, aun con resultado positivo, no implica efectiva reparación (STS, Sala 2ª, Nº 1006/2006, de 20 de Octubre, MP José Ramón Soriano Soriano).

¹²⁸ Cfr. PEREZ SANZBERRO, G, *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿apertura de una nueva vía?*, Ed. Comares, Granada, 1999. p.20.

daño es aquel acuerdo que repara simbólicamente o materialmente a la víctima, permite reintegrar al infractor y restaurar a la comunidad afectada.¹²⁹

Existe un difícil encaje entre los acuerdos de reparación y la responsabilidad civil, ya que los acuerdos obtenidos en los procesos restauradores no excluyen la posibilidad de ejercitar las acciones civiles salvo que se hubieran renunciado¹³⁰.

Los acuerdos reparadores pueden ir desde la restitución del daño, la compensación económica o la reparación simbólica a la víctima, y en cualquier caso deben de garantizar el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales de las partes.¹³¹

4. El procedimiento de mediación. Fases.

En este apartado, voy a hacer referencia muy brevemente al procedimiento de mediación como proceso restaurativo de aplicación de justicia, aunque su extensión en la praxis a día de hoy sea escasa, dependiendo del mayor o menor grado de aceptación que tiene por parte de jueces y magistrados, así como a causa de la inexistencia de una regulación de este instituto en el ámbito penal; ello comporta que los resultados obtenidos como consecuencia de un procedimiento de mediación tengan que depender de otros institutos jurídicos, que sí han sido objeto de regulación, como la reparación, la conformidad o la confesión.

El procedimiento de mediación se divide en fases, pero la flexibilidad de formas y de modos de aplicar y entender la mediación hace que dichas fases no deban ser configuradas con criterios rígidos sino que la flexibilidad sea la tónica que impere en todo el proceso; BARONA VILAR habla de que la

¹²⁹ Vid. LARRAURI E., *Tendencias actuales de la Justicia Restauradora*, op. cit. 447; Cfr. GARCIA PABLOS, A., *Criminología: Una introducción a los fundamentos teóricos*, ob. cit., 508, donde afirma la necesidad de dotar de medios a los programas reparadores desde el aparato estatal.

¹³⁰ Vid. GORDILLO SANTANA, L. F., *La mediación penal: caminando a un nuevo concepto de Justicia*. Tesis doctoral leída el 22 de Septiembre de 2005, Universidad de La Rioja, Cap. 3.

¹³¹ Vid. GIMENEZ SALINAS, I., COLOMER, E., "La mediación: una visión desde el derecho comparado, en ROSSNER, D y otros, *La mediación penal, Centro de Estudios jurídicos y Formación especializada de la Generalitat de Cataluña*, 1999, p. 94 y ss.

institucionalización ofrece garantías y seguridad, pero un exceso de institucionalización, puede llevar a la automaticidad y rutinización del proceso.¹³²

Podemos sistematizar distintas fases en un procedimiento de mediación:

a) *fase de derivación a mediación*, por el Juzgado con el requerimiento a las partes de que asistan a una sesión informativa, que en materia penal, tal y como hemos recogido en el apartado en que se definen los principios de la mediación penal, es de carácter voluntario para las partes, por lo que, si la víctima o el victimario no consienten la mediación el procedimiento no puede abrirse.

b).- *Fase de sesión informativa*.-Esta es la fase de contacto de las partes con el mediador o el equipo de mediación, donde se les explicará en que consiste el proceso, cuáles son sus reglas, sus principio y sus finalidades.

La fase informativa se realizará por separado con cada una de las partes, y podrá realizarse en presencia de los abogados; es la fase donde el mediador recaba información de las partes, de cuáles son sus emociones y sentimientos iniciales; esta fase es de gran importancia para la generación de un clima adecuado para favorecer el diálogo y la comunicación y de ello va a depender esencialmente la continuidad del proceso.

c) *Fase de identificación del problema*

En esta fase, se trata básicamente de recabar información de las personas mediadas, que expondrán sus puntos de vista a cerca del conflicto.

Se realiza en primer lugar, mediante entrevistas individuales entre el mediador y las partes; el primer contacto se realiza con el infractor, ya que si éste manifestara su deseo de no participar en la mediación no tendría sentido importunar a la víctima para posteriormente no llevarse a efecto el proceso.

La entrevista individual tiene dos partes: una primera parte, en la que se les informa en qué consiste el proceso de mediación penal, los principios que lo conforman, cuáles son las reglas de actuación, qué consecuencias puede tener en relación al momento procesal, los beneficios para que los participantes puedan

¹³² Vid. BARONA VILAR S., en *Mediación penal, fundamento...*, ob. cit., p.371.

entender la implicación y las consecuencias que puede tener el procedimiento de mediación en el proceso penal.

Una vez que se comprueba por el mediador que las partes han comprendido todo ello, se solicita el consentimiento para continuar, y se firma un documento, *el acta de consentimiento informado*, que lo suscriben tanto las partes como el mediador, y que implica que las partes consienten de forma voluntaria y libre la participación en el proceso de mediación, así como el deber de confidencialidad del mediador, no sólo por la obligación que le impone su deontología profesional sino por la obligación legal derivada de la protección de datos.

El mediador recopilará la información del relato de las partes, y para ello deberá contar con estrategias de comunicación, como la escucha activa, la capacidad de observación del lenguaje verbal y no verbal, el parafraseo, la reformulación en sentido positivo, el reconocimiento y la focalización de los puntos fuertes de la relación entre los mediados; es el momento de detectar por parte del mediador si la mediación resulta inviable o perjudicial para alguna de las partes, puesto que si esto ocurre quizá lo más conveniente fuera poner fin al procedimiento.

Como resultado de estas entrevistas que se articularán en distintas sesiones, la persona mediadora ya puede llegar a entender las posiciones de las partes, que conectan con las creencias y valores y muestran lo que aparentemente quieren las personas, y desde ahí profundizar en los intereses que conectan con las emociones, hasta llegar a comprender sus necesidades,¹³³ que serán fundamentales para el éxito de la mediación.

e.)- Fase del encuentro dialogado.

En esta fase se produce el encuentro entre la víctima y el infractor; dicho encuentro no constituye una negociación, sino un encuentro conciliador¹³⁴; el

¹³³ Como ejemplo gráfico lo encontramos en la "pirámide de los intereses de Acland" en RÍOS MARTÍN J.C. y otros, *La mediación penal y penitenciaria*, ob. cit. p.117

¹³⁴ Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, E, "La mediación en el Derecho Penal de adultos en la fase de enjuiciamiento: un estudio sobre la experiencia piloto en los órganos jurisdiccionales", en SAEZ VALCÁRCEL, R y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Dirs.) *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p.122

acuerdo final ha de ser presentado al juez, y por tanto la libertad de negociación de las partes está condicionada por el propio proceso penal.

En esta fase se identifican los puntos conflictivos, los de coincidencia y de divergencia, centrando los intereses más allá de las posiciones iniciales; es clave despersonalizar el conflicto, es decir separar las personas del conflicto, para no reproducir el esquema estigmatizador del sistema penal en el tratamiento negativo y reductivo de delincuente¹³⁵.

El mediador establecerá las pautas de la negociación, facilitando el camino para el diálogo, para el encuentro de una verdad común que ambos aceptan, y para que puedan expresar libremente sus sensaciones y sentimientos ante el otro; este encuentro las dos partes han de ganar, y ésta es la clave de la imparcialidad y la neutralidad de la mediación.

De ahí que es muy importante la habilidad del mediador, que cuente con herramientas de comunicación: la escucha activa, el saber preguntar de forma adecuada, utilizando preguntas directas o estratégicas como las circulares o hipotéticas, reflexivas..., la utilización de criterios objetivos, sin entrar en ideologías, condiciones culturales o religiosas, también el mediador puede solicitar a las partes que generen ideas para solucionar el conflicto adoptando una postura neutra e imparcial.

f). - Fase de acuerdo -

Esta es la fase orientada a la búsqueda creativa de soluciones y evaluación por las partes, en la finalmente se concretarán los acuerdos, que deberán ser proporcionados y deberán incluir los medios de reparación a la víctima, materiales o simbólicos.

La importancia de que sean las partes las que por sí mismas alcancen el acuerdo, puede matizarse con la intervención del mediador generando ideas, que puede abrir el abanico de opciones tendentes al acuerdo de reparación.

Los acuerdos de reparación se documentarán por escrito en el acta de reparación, y ésta, será firmada por las partes con la asistencia de los abogados.

¹³⁵ Ídem, p. 150.

Siguiendo a RÍOS MARTIN/ PASCUAL/SEGOVIA, no es necesario reflejar un reconocimiento total o parcial de los hechos; y en cualquier caso, respecto del reconocimiento que pretenda realizarse por parte del infractor, se le deberá informar de las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de ello, con el fin de preservar y garantizar sus derechos. En idéntico sentido se pronuncia BARONA VILAR, que argumenta que deberá existir necesariamente un reconocimiento de los hechos del infractor ante la víctima, pero en el acta de reparación se plasmarán los compromisos que se adquieran por consenso entre la víctima y el victimario, pudiendo ser asesorados por sus respectivos letrados.

g) Fase de seguimiento o cumplimiento del acuerdo

En esta fase, el mediador realiza un breve informe, que se adjunta con el acta de acuerdos adoptados, y a partir de aquí el procedimiento de mediación se cierra, para implementarse el acuerdo obtenido en el proceso judicial.

Esta fase, tiene naturaleza procesal, puesto que la integración de los acuerdos en el proceso penal, conllevará el necesario control de los acuerdos alcanzados en el procedimiento de mediación. Comparto la opinión de BARONA VILAR cuando entiende que la función del mediador acaba cuando finaliza el procedimiento de mediación, habiéndose alcanzado o no el acuerdo correspondiente¹³⁶.

El cumplimiento o incumplimiento de los acuerdos alcanzados tendrá las consecuencias previstas en el ordenamiento, sobre la atenuación de la pena, la suspensión, la sustitución o respecto de la condena condicional, etc.

5. Ámbito material de aplicación. Criterios.

Uno de los puntos de partida a considerar para la introducción de la Mediación penal es el relativo al ámbito objetivo-material de aplicación, es decir: ¿los procesos de mediación van a integrar toda conducta delictiva, incluidas las más graves, o se deben de limitar a conductas menos gravosas?, o ¿acaso debe de reducirse su aplicación a los delitos de bagatela?

¹³⁶ Vid. BARONA VILAR, S., *Mediación penal, fundamento, fines*, ob. cit. p.381.

La determinación objetiva no debe de realizarse, según la profesora BARONA VILAR conforme a *númerus clausus*, parece más recomendable la no existencia de una lista cerrada de hechos delictivos, pues de otro modo conllevaría la inadaptación de la mediación a la realidad del momento, sin embargo sí se aboga por la existencia de protocolos de actuación a tenor de los resultados de las experiencias que se han venido realizando¹³⁷.

Por otra parte, si entendemos que la justicia restaurativa, y en concreto la mediación puede servir a la sociedad para avanzar en la correcta aplicación de justicia, al servicio de los intereses generales y de las víctimas, y puede avanzar en la pacificación de la sociedad en mayor medida que la justicia retributiva tradicional, no podemos restringir su aplicación a determinados grupos de delitos, y de ser así, se vulneraría el derecho de igualdad, y en especial el de las víctimas a participar en dichos procesos restaurativos.

Partiendo de las múltiples experiencias concretas que se han ido desarrollando en nuestro país y también fuera de nuestras fronteras, podemos tener alguna idea de cómo inciden estos procesos restaurativos en las personas que han participado en ellos, habiéndose obtenido resultados en su mayor parte positivos.

Si atendemos al derecho comparado, en el derecho alemán, francés, Estados Unidos, Inglaterra, Países Escandinavos, Australia, Nueva Zelanda, o Canadá, no existe un elenco cerrado de supuestos, lo que no implica que todos los casos sean susceptibles de mediación; se toman en cuenta criterios de efectividad, viabilidad o utilidad, partiendo de las experiencias que se van desarrollando, y que bien podrían ser incorporados a las leyes para establecer la conveniencia de derivar o no un determinado caso a mediación.

En principio, ningún delito debe de quedar descartado de la mediación, salvo aquellos que den lugar a determinadas situaciones de desequilibrio de poder o desigualdad.

¹³⁷ En el mismo sentido se pronuncia GONZÁLEZ CANO, I, " *La mediación pena,*" ob. cit., p.40, quien considera que hay que esta a las circunstancias del caso, sobretudo a la posición emocional y a las condiciones de igualdad en que se encuentren las partes para ver si es posible o no el desarrollo de la mediación en cada caso concreto".

En cuanto a la controversia relativa a la aplicación de la mediación a los delitos de violencia doméstica y de género, su prohibición prevista en el art. 44.5 LO 1/2004 es un error: en primer lugar, es significativo que se prohíba lo que ni siquiera está previsto en la ley; el legislador en aquel momento no podía pensar en prohibir la mediación penal, que era una institución que no estaba –ni está– regulada, por ello, es posible que el legislador estuviera pensando exclusivamente en la mediación civil, toda vez que dicha prohibición recae en un artículo referido al proceso civil¹³⁸. La limitación que impone no tiene justificación, siempre que la mediación se desarrolle correctamente teniendo en cuenta la asimetría y desigualdad de poder que pueden existir en la relación entre víctima y persona acusada y que debe comprobarse caso por caso y ser especialmente vigilada por el mediador.

Los criterios que son tenidos en cuenta para la derivación de los asuntos a Mediación pueden ser los siguientes:

1. *La gravedad de la infracción cometida.*

Para algunos autores la mediación debe de excluirse en supuestos de delitos graves o ejercidos con violencia o intimidación¹³⁹.

El primer problema de la incorporación de este criterio es la delimitación del concepto de gravedad, que puede estar asociada a la penalidad o a la intensidad de la violencia ejercida, si bien, por otra parte, la gravedad del hecho conforme a la determinación jurídico penal Código Penal (art. 33 C.P.), no tiene por qué coincidir con la gravedad percibida subjetivamente por la víctima, con lo cual este criterio no puede ser el idóneo.¹⁴⁰ Ni todos los delitos graves deben quedar excluidos ab initio, ni todos los hechos leves, como las faltas, son idóneos para ser objeto de mediación

¹³⁸ Cfr. FABREGA RUIZ, C.F. (Fiscal de Jaén. Secretario General GEMME España1 y HEREDIA LAPUENTE, M. (Fiscal de Jaén y Coordinadora Fiscalía del Proyecto Mediación Penal de Adultos) “ La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la justicia) *Revista Estrados*. Colegio Abogados de Jaén, p. 2.

¹³⁹ Vid. GONZÁLEZ CANO, I.: “La mediación penal en España” en BARONA VILAR, S. (Dir), *La Mediación Pena*, ob. cit. p.40.

¹⁴⁰ Vid. ECHEVARRIA, XAVIER. C. Ponencia sobre Mediación Penal. *Revista CEJ*. Nov. 08.

En todo caso, la calificación jurídico penal de los hechos no puede ser determinante a la hora de estimar procedente o no la mediación, por respeto al principio de igualdad, y por el derecho de no discriminación que tienen todas las víctimas a recibir el mismo trato; en el polo opuesto, se argumenta que puede conducirle a la victimización secundaria al producirse un encuentro cara a cara con su agresor.

2. *La naturaleza del conflicto.*

Atendiendo a criterios de utilidad y eficacia en relación con las experiencias obtenidas en casos similares, a determinadas circunstancias como la relación existente entre las partes, aspectos emocionales¹⁴¹, etc.

3. *Voluntad de las partes.*

La voluntad del sometimiento a mediación constituye el presupuesto esencial para el inicio de un procedimiento de mediación¹⁴².

En el caso de la víctima, la solicitud de mediación debiera constituirse en presupuesto de carácter preceptivo para acordar su apertura, en virtud del principio de igualdad del derecho de las víctimas de a ser resarcidas.

4. *Criterios de oportunidad,*

Atendiendo al presupuesto de existencia de una relación de igualdad o equilibrio entre las partes en el caso concreto.

Conforme a criterios de oportunidad los estados pueden determinar el ámbito objetivo-material de la mediación, en coherencia con la interpretación de la Decisión Marco 2001/220/JAI efectuada por la STJUE¹⁴³

¹⁴¹ Cfr. BARONA VILAR, S., *Mediación Penal. Fundamento*, ob. cit. Apuesta por la mediación cuando exista una voluntad bilateral de sometimiento a este procedimiento, atendiendo a las circunstancias de la comisión del hecho, el factor emocional, las consecuencias producidas sobre la víctima y cuando se prevean posibilidades de éxito de las medidas reparatorias.

Los supuestos de violencia de género son un claro exponente de una desigualdad en la relación entre partes, sin embargo sólo el caso por caso puede concretar en que supuestos de violencia de género ejercida comportan o generan una situación de desigualdad que hagan desaconsejable un procedimiento de mediación.¹⁴⁴

En mi opinión, partiendo de la base de que es difícil encontrar un equilibrio real entre las partes sobretodo en el ámbito penal, este desequilibrio, salvo que sea muy notable, no es óbice para descartar una mediación, si el mediador cuenta con herramientas que le permitan corregir los desequilibrios entre las partes¹⁴⁵

5. Atender a las experiencias prácticas.

En atención a las experiencias piloto que se han venido desarrollando en nuestro país, se puede concluir diciendo que existen ciertos tipos delictivos que se consideran más favorables a ser reconducidos a Mediación, como pueden ser los delitos contra el patrimonio, donde la reparación cobra un fuerte sentido; también las faltas; los delitos contra el honor, las injurias y calumnias; los de lesiones, amenazas y coacciones.

De la misma forma, que los hechos delictivos que afectan a intereses generales, donde no hay víctimas concretas o al orden público, que se considera prevalente, no se hacen recomendables de esta justicia alternativa.

6. Supuestos de reincidencia.

¹⁴³ Vid. STJUE de 21 de Octubre de 2010, Sala 2ª, caso Eredics, asunto C-205/09, que deja plena libertad a los distintos legisladores nacionales para considerar qué delitos pueden ser sometidos a una mediación.

¹⁴⁴ Vid. ESQUINAS VALVERDE, P., "Capacitación de la mujer y mediación en la violencia de género", en PUENTE, L. M. (Dir), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una político criminal punitivista*, Granada, 2010, p 234.

¹⁴⁵ Vid. ALZATE, R., MERINO, C., y MÉNDEZ, M., "Generando opciones de mediación", en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbito* (Dir. H. SOLETO MUÑOZ), Madrid, 2011

En general, parece conveniente no excluir estos supuestos, ya que los antecedentes penales pueden no tener nada que ver con la infracción cometida ahora susceptible de mediación.

Algunos autores están en contra, puesto que estos instrumentos permiten una manipulación para conseguir rebajas en las penas. En España existe la previsión recogida en la ley del menor que excluye el recurso a mediación cuando se trate de reincidentes¹⁴⁶

7. Delitos de peligro sin víctima diferenciada.

Se ha cuestionado la mediación en este tipo de delitos, dada la inexistencia de una víctima diferenciada, como los delitos contra el medio ambiente, la seguridad del tráfico o la salud pública.

En estos casos, se podría realizar una mediación a través de una víctima simbólica, a través de las personas que hubieran sufrido delitos similares, sin embargo, la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima, exigía la previa lesión de bienes o derechos de naturaleza personal, de ahí que la mediación estrictamente quedaría excluida para estos casos.

No obstante, mediante la conciliación se pueden conseguir acuerdos de reparación consistentes en realizar actividades con contenido específico dentro de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, y de esta forma evitar un tratamiento menos favorable al ciudadano que lesiona bienes jurídicos de intereses generales y sin víctima concreto, respecto de aquellos que afectan a personas concretas.

8.- Infracciones por funcionarios públicos y otros delitos contra el orden público, como el atentado y la resistencia a la autoridad.

¹⁴⁶Vid. MONTESINOS GARCIA, A. " La mediación penal.." cit. pp. 93-97 se pronuncia en contra de la mediación para los supuestos de multireincidencia o delincuencia habitual

En los delitos cometidos por funcionarios públicos, donde la víctima es el estado, la mediación puede realizarse entre la persona acusada y el responsable del servicio de la administración correspondiente.

En los delitos de atentado o resistencia, el bien jurídico protegido puede ser de naturaleza personal- si existen lesiones, pero también lo será el interés del estado. Técnicamente es posible, como en el caso anterior la mediación, pues existen dos personas diferenciadas: el sujeto infractor, y la víctima, el agente de la autoridad lesionado o cuya orden se desobedece.

En estos casos los fines de la mediación son posibles, puesto que se puede conseguir la responsabilización del infractor, y la reparación y el restablecimiento de la norma vulnerada, sin embargo, el mediador debe de poner especial cuidado, en atención a la desigualdad institucional existente¹⁴⁷.

9. La exclusión de la mediación penal en la violencia de género.

En nuestro sistema judicial, todavía no se ha regulado el principio de oportunidad y por tanto la aplicabilidad de la justicia restaurativa viene determinada por protocolos establecidos por el Consejo General del Poder Judicial que configuran el marco de aplicación teniendo en última instancia el juez la potestad de derivación a mediación de los casos que estime convenientes.

Ante la inexistencia de esta determinación objetiva para su aplicación, aparece regulada un única exclusión: la imposibilidad de mediación en los casos de violencia de género, artículo 87 ter 5 LOPJ; y ello se fundamenta en una mayor protección a la víctimas, que se encuentran en una situación especial de desigualdad o asimetría que hace inviable un proceso de mediación que debe partir de una posición de cierto equilibrio entre las partes.¹⁴⁸

Sin embargo debe de tenerse en cuenta, que no todos los casos que pueden configurar un delito de violencia son iguales, no es lo mismo un hecho aislado de

¹⁴⁷ Cfr. RIOS MARTIN, J.C., MARTINEZ ESCAMILLA, M. SEGOVIA BERNABE, J.L., y otros, en "Justicia Restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008), realizada desde el Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del C.G.P.J., p. 52.

¹⁴⁸ Vid. CATALINA BENAVENTE, M. A., *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia*. Granada, 2010.

violencia que una historia de malos tratos o vejaciones físicas o psíquicas¹⁴⁹. La pluralidad de las formas de violencia evidencia que la existencia por si misma, sin proceder a un análisis más profundo, no es condición suficiente para predecir la viabilidad y efectividad de la mediación en este tipo de situaciones, por tanto no pueden establecerse reglas generales o rígidas ante la conveniencia de la mediación en violencia de pareja¹⁵⁰.

Uno de los problemas que se alegan para negar la mediación en violencia de pareja es el relativo al desequilibrio de poder, que se manifiesta en las relaciones de pareja que han reproducido un historial de violencia, que hace presuponer que la parte menos poderosa negociara en condiciones de desigualdad, con una disminución de su autonomía y capacidades cognitivas¹⁵¹.

La persona mediadora tiene la posibilidad de ayudar a las partes en desequilibrio de poder, pudiendo prestar apoyo a la víctima más débil, no siendo obstáculo la violencia en si misma para excluir la mediación¹⁵² La Recomendación num. 98, 1, del Consejo de Europa sobre Mediación Familiar en su párrafo 3.9 pone el acento en la figura del mediador “ pondrá especial atención en saber si ha habido violencia entre las partes o si puede producirse, así como los efectos que esta pueda tener sobre la negociación, y examinar si bajo estas circunstancias es apropiado el proceso de mediación”.

Algunos autores defienden que la mediación penal en violencia de género puede resultar positiva, puesto que puede suponer para la víctima la pérdida

¹⁴⁹ Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, V. “Justicia restaurativa y violencia doméstica: posibilidad, error o acierto.”, *Diario de la Ley*, num. 7701, 23 de Septiembre de 2011

¹⁵⁰ Cfr. SUARES, M., *Mediando en sistemas familiares*, Paidós, Buenos Aires, 2002, p 373.

¹⁵¹ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R. “Mediación en Violencia de Genero, una solución, un problema”, en GONZALEZ CUELLAR, N., *Mediación: Un método de? conflictos*. Estudio interdisciplinar, Colex, Madrid, 2010, pp. 193-205.

¹⁵² Vid. MERINO ORTIZ, C. MENDEZ VALDIVIA M. y ALZATE SAEZ DE HERDIA, R. : “Respuestas de la mediación familiar en situaciones de violencia de pareja” en CASTILLEJO MANZANARES R. (Dir.) *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos*. Editorial La Ley. Madrid. 2013, p. 476.

del miedo, la recuperación de su autoestima y su *empoderamiento*¹⁵³; y para el victimario hacerse consciente del daño ocasionado y asumir su responsabilidad.

Puede constituir una vía para evitar o reducir la reincidencia, fortaleciendo la resocialización del maltratador, especialmente en los casos menos graves. Para algunos autores, el juez debería ser quien decidiera la derivación de algunos casos a mediación¹⁵⁴

En consecuencia, la mediación penal puede constituir una respuesta adecuada a determinados supuestos de violencia de género. La experiencia comparada evidencia que es viable y que curiosamente, frente a las reservas a cerca de su implantación, constituye un instrumento muy valioso en la lucha contra la violencia de género, así lo avalan estudios recientes realizados en Austria y Estados Unidos.¹⁵⁵

10. Delitos cometidos por las personas jurídicas.

Con el aumento de la criminalidad internacional, consecuencia derivada en parte de la globalización donde se favorece el crimen organizado, las legislaciones¹⁵⁶ se han ido adaptando para hacer frente a una nueva criminalidad

¹⁵³ Vid. ESQUINAS VALVERDE, P., "Capacitación de la mujer (*empowerment*) y mediación en violencia de género", *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista* (PUENTE L. dir) Comares, Granada.

¹⁵⁴ Cfr. CANO MATA, I. Para los casos que hubiera existido conciliación entre víctima y victimario el juez podría contemplar la posibilidad de derivar a Mediación. Cfr. "La mediación penal en España", *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos (experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)* Dir. S. BARONA VILLAR, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

¹⁵⁵ Estudios realizados en Australia entre 1998-2008: PELIKAN, C., "On the Efficacy of Victim-Offender-Mediator in Cases of Partnership Violence in Austria; YATES, D. L., VIJAYAN K. P. y PHILLIS, E. B., "Mediation versus Arrest Approaches to domestic Assault: Police Implications for Addressing Domestic abuse Among Under-Educated and Jobless Offenders", *American Journal of Criminal Justice*, 2008, vol. 33, pp. 282-296.

¹⁵⁶ La Recomendación 18/1998 de 20 de octubre del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, las Decisiones- Marco de la Unión Europea, como la 2005/667, sobre refuerzo penal contra la contaminación de buques, o la 2005/222 sobre ataques a los sistemas informáticos, la 2004/757 sobre punición de tráfico de drogas, o la 2004/1998 sobre explotación sexual y pornografía infantil, inciden en la necesidad de que los entes colectivos puedan asumir responsabilidad penal

transfronteriza que posibilite la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas¹⁵⁷

El desarrollo técnico y los cambios políticos y económicos han derivado en una complejidad de formas delictivas, Internet y la Sociedad de la Información, que han servido para la justificación de la aparición de un Derecho Penal de la Seguridad, no exento de críticas. Las exigencias de la política criminal, según HEINE, hace necesario un mayor control de los procesos sociales defectuosos.¹⁵⁸

Las argumentaciones en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas obedecían a la incompatibilidad de la persona jurídica con las categorías dogmáticas de acción y culpabilidad y con los fines de la pena, pero en la actualidad se encuentran superadas.¹⁵⁹ Con la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio, de reforma del Código Penal en España, las personas jurídicas pueden ser sujetos responsables de delitos, lo cual supone un replanteamiento de los principios de culpabilidad y personalidad de las penas¹⁶⁰.

El planteamiento inicial pasaría por el replanteamiento de que una vez atribuida responsabilidad penal a las personas jurídicas, de igual manera las personas jurídicas podrán ser sujetos activos intervinientes de un procedimiento de justicia autocompositiva.

Cuando la persona jurídica está en la posición jurídica de víctima, autores como BARONA VILAR¹⁶¹, no ven obstáculo para que la persona física

¹⁵⁷ Vid. CARBONELL MATEU, J.C., " Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010", *Cuadernos de Política Criminal*, 2011, p 6

¹⁵⁸ Vid. HEINE, G., C. (Ed), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Navarra, 2006, p.29

¹⁵⁹ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M, FEIJOO SANCHEZ, B.J. y GOMEZ-JARA DIEZ, C., en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídica*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2012, p. 20.

¹⁶⁰ Vid. GÓMEZ COLOMER, J.L. " El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica en España: particularidades sobre sus derechos fundamentadles y la necesaria reinterpretación de algunos principios procesales, a la vista de la importante reforma legislativa", *Revista Derecho y Proceso Penal*, num. 27, enero-abril 2012,

¹⁶¹ Cfr. BARONA VILAR S., "Delimitación objetiva de la mediación penal. Supuesto especial con personas jurídicas, en CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.), *La Mediación: nuevas realidades, nuevos retos*, R, Ed. La Ley Madrid.

represente a la jurídica con plena capacidad de obrar. Cuando la persona jurídica está en la posición jurídica de victimario, muchos autores no ven viable el procedimiento de mediación, ni la efectividad de la adopción de medidas como la reparación simbólica. Según Barona Vilar el reconocimiento de la personalidad de las personas jurídicas ofrece un claro soporte legal para considerar asumible la mediación en los supuestos de delitos cometidos por una persona jurídica, o ente, que no poseyendo personalidad, se le pueda reconocer la responsabilidad. Serán las personas físicas quienes las representan las que participaran en la mediación, pudiendo darse un litisconsorcio pasivo cuando sea la persona física quien se haya servido de la persona jurídica para cometer la acción criminal como la misma persona jurídica¹⁶².

La mayor parte de los ordenamientos no excluyen esta posibilidad, en especial los del Common Law, donde la derivación a mediación no se fundamenta en los aspectos objetivos sino en los de naturaleza subjetiva, tales como la situación personal del autor, las circunstancias del hecho delictivo, la predisposición de la víctimas a ello, la factibilidad de la resocialización, etc....

6. la mediación penal y el proceso judicial.

Hasta el momento los procedimientos de mediación en materia penal llevados a cabo en nuestro país, han sido elaborados a través de protocolos de actuación, ante la inexistencia de una regulación que los sostuviera; estos protocolos han sentado la forma de proceder sin que exista una igualdad de criterios, de ahí que exista un consenso de carácter eminentemente unánime en la doctrina a cerca de la necesaria promulgación de una Ley de Mediación que recoja el concepto de mediación, los principios y la forma de proceder en relación con las fases del proceso¹⁶³

6.1.- Mediación como alternativa al proceso.

Se trata de la mediación que tiene lugar sin que el proceso judicial haya sido iniciado.

¹⁶² Cfr. GOMEZ COLOMER J.L. " *El enjuiciamiento criminal,*" ob. cit., p. 212

¹⁶³ Aun tratándose de una institución flexible como es la mediación, existe un consenso en la doctrina de una necesaria regulación con unas mínimas reglas procedimentales, en BARONA VILAR, S., *Mediación penal, fundamento...* ob. cit., p. 371-372.

La mediación como alternativa pura y simple al proceso no existe ni puede existir en ningún sistema democrático, ya que no es posible la exclusión de la garantía jurisdiccional en la persecución de los delitos; ni siquiera en los países anglosajones pervive por ella misma, sino que constituye un engranaje más de la cadena de justicia penal.

Cuando hablamos de mediación alternativa al proceso, partimos del supuesto de existencia de un conflicto en el que sus protagonistas decidieran la no tutela de sus derechos en un procedimiento judicial y optar en su lugar por un procedimiento de mediación; esta posibilidad únicamente sería factible para los casos de faltas o delitos en que se requiere la instancia del ofendido o perjudicado para su perseguibilidad. Los supuestos que contempla nuestro ordenamiento van desde las faltas de amenazas, coacciones, injurias leves, vejaciones injustas y lesiones por imprudencia, la calumnia o la injuria contra particulares, las prácticas inconsentidas de reproducción asistida, delitos contra la libertad sexual, descubrimiento y revelación de secretos, abandono de familia, daños por imprudencia grave, delitos contra el mercado y los consumidores, y delitos societarios.

El fundamento jurídico de la mediación alternativa al proceso, se puede entender bajo el amparo de la exigencia legal, en aquellos casos en los que se exige una conciliación con carácter previo como requisito de procedibilidad, y, por tanto, a sensu contrario, un acuerdo conciliatorio alcanzado como consecuencia de un procedimiento alternativo de mediación, impediría la activación del proceso.

la mediación respecto de aquellos casos en los que el perdón del ofendido tiene virtualidad para extinguir la acción penal podrían igualmente considerarse como alternativas al proceso, serían los casos de descubrimiento y revelación de secretos, injuria y calumnia, daños por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros, y faltas perseguibles a instancia de la persona agraviada.

Para algunos autores como BARONA VILAR o GONZÁLEZ CANO, la mediación preprocesal sería posible en aquellos casos en que, de común acuerdo las partes deciden acudir al Servicio de mediación, o lo hacen por remisión oficial a través de órganos de persecución penal, y para aquellos supuestos en los que aun no habiendo sido despenalizados, sería posible una aplicación práctica del

principio de oportunidad, dejando a los sujetos la posibilidad de perseguir determinados hechos previstos legalmente, a través de la mediación penal.¹⁶⁴

En mi opinión dotar a la mediación penal de facultades de perseguibilidad de forma semejante a la acción judicial, me parece sencillamente incongruente con los principios del derecho penal, y por otra parte, me parece más factible su derivación desde dentro del proceso, que por el contrario, optar por un procedimiento de mediación para ulteriormente obtenerse la validación judicial de los acuerdos alcanzados. Esta segunda opción me parece arriesgada en relación al control de garantía de los derechos de las partes, puesto que con independencia de que víctima y victimario decidan resolver su conflicto a través de un procedimiento autocompositivo, la necesaria investigación para el esclarecimiento de los hechos y circunstancias personales para la atribución de la responsabilidad penal, no debe suplirse por un pacto consensual entre las partes; si el pacto entre partes sustituye la labor de investigación de los órganos instructores del procedimiento se produce la privatización de la justicia penal, y ello a mi juicio podría conducir a una pérdida o disminución de las garantías de derechos.

6.2.- La Mediación en fase de instrucción.

El procedimiento de mediación tiene lugar en la fase de investigación, una vez iniciado el proceso y hasta la apertura del juicio oral.

Consecuentemente con el principio de oficialidad, la derivación a mediación deberá realizarse por decisión del juez o del fiscal, y las partes deberán prestar su consentimiento, toda vez que hayan sido incoadas diligencias contra el sujeto infractor.

Respecto de los protocolos elaborados, se sigue la pauta de que el juez selecciona el asunto en función de los hechos y las declaraciones de las personas implicadas, da traslado al Ministerio Fiscal para que muestre su conformidad, y se dicta una providencia que determina la derivación del asunto; el Secretario judicial, lo comunica a los abogados personados en la causa y se procede a

¹⁶⁴ BARONVA VILAR, S. *Mediación penal, fundamento, fines.....* ob. cit., p.328

remitir una carta personalizada de invitación a participar, con una información básica a cerca del contenido del proceso de mediación¹⁶⁵

No estamos ante una vía alternativa al proceso sino ante la alternatividad de una parte del proceso penal que va a tener un despliegue de efectos y consecuencias dentro del proceso, y ello en base al artículo 21.5 CP, que recoge las circunstancias atenuantes: “de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”.

La mediación en fase de instrucción revela el *handicap* de si el acuerdo de las partes de sometimiento a mediación puede excluir la persecución de los hechos; dicho de otro modo, si ante un reconocimiento de hechos delictivos, se puede paralizar la actividad investigadora del órgano instructor concediendo validez a un acuerdo consensuado entre las partes sin necesidad de descubrir indicios que hagan presumir la culpabilidad de su autor.

En mi opinión, la asunción de procesos de mediación en nuestro sistema de justicia tradicional, derivados de la apreciación de los principios de una justicia restauradora, donde las partes puedan satisfacer mejor sus intereses y necesidades ,no significa prescindir o sustraer del proceso determinadas conductas, salvo que se opte por su despenalización, sino más al contrario, implica una apuesta por la integración de dichos resultados autocompositivos en el proceso penal, con las consecuencias jurídicas que se determinen, en relación a la atenuación de las penas, al sobreseimiento o archivo en determinados supuestos, o a la imposición de penas alternativas.

GONZÁLEZ CANO considera que deberá articularse el principio de oportunidad como motivo de sobreseimiento, como consecuencia de la mediación. cuando la ley lo autorice, y por las causas y para el logro de los fines

¹⁶⁵ El procedimiento se recoge en los Protocolos de actuación establecidos bajo el amparo del Consejo General del Poder Judicial; hacemos referencia en concreto al protocolo establecido en virtud del convenio de colaboración entre el Gobierno de Aragón, el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio Fiscal y la Asociación ¿hablamos? de Zaragoza, de 19 de diciembre de 2012. Para mayor detalle encontramos el desarrollo de la experiencia práctica realizada por la Asociación de Mediación y Pacificación de Conflictos y el Juzgado de lo Penal 20 de Madrid, los Juzgados de Instrucción 32 y 47 de Madrid, en RIOS MARTIN, J.C./MARTINEZ ESCAMILLA, M./ SEGOVIA BERNABE, J.L. *Justicia Restaurativa y Mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*

constitucionales. La autora considera que el auto de sobreseimiento evita la continuación del proceso, y por tanto la mediación en este momento constituiría una alternativa al proceso judicial¹⁶⁶

6.3.- La mediación en fase de enjuiciamiento.

La mediación en la fase de enjuiciamiento se producirá desde el momento de la apertura del juicio oral hasta la sentencia.

Las consecuencias de la mediación en esta fase podrían ser las siguientes:

a) El acuerdo de mediación podría ser recogido en los escritos de calificación del Ministerio Fiscal y de los abogados, con la aplicación de la atenuante específica de conciliación y reparación del daño o de disminución de sus efectos a la víctima, de conformidad con la regulación que prevé el artículo 21.5 C.P; y por otra parte el juez tendría la posibilidad de contemplar dicha atenuante aun en el caso de que el fiscal no lo hiciera en su escrito de calificación.

b) El acuerdo de mediación comporta un reconocimiento de los hechos con los efectos que se reconocen en los artículos 779.5, 798, 800 y 801 de la LECrim.

c) El acuerdo de mediación comporte un sobreseimiento de la causa, que conllevaría a la suspensión del juicio oral, pudiendo articularse de forma provisional en primer lugar, y tras el cumplimiento de las condiciones establecidas en el acuerdo de mediación, procedería a dictarse el sobreseimiento libre.

Algunos autores están en contra de que la mediación pueda articularse en fase de juicio oral; para otros, la mediación intraprocesal debiera estar permitida en tanto dure el proceso y hasta el mismo momento de dictar sentencia¹⁶⁷.

¹⁶⁶ GONZALEZ CANO, I, " La mediación penal en España", en BARONA VILAR S., *La mediación penal de adultos..* ob. cit., p. 44.

¹⁶⁷ Vid BARONA VILAR S, *La mediación penal. Fundamento, fines...* ob. cit., p.334, quien se muestra a favor en congruencia con la posibilidad de mediación en la fase de ejecución tras la sentencia.

6.4.- La mediación en fase de ejecución de sentencia.

La mediación en fase de ejecución de sentencia viene condicionada por dos momentos procesales diferentes; el primero de ellos sería antes del inicio de la ejecución de sentencia, y el segundo, una vez iniciado el cumplimiento de la ejecución de la pena, mediación penitenciaria, coincidiendo esta última con una pena privativa de libertad

a) *Mediación penal al inicio.*

Partiendo de la premisa de que no existe una norma habilitante que permita remitir el procedimiento a mediación, existen diversos institutos que permiten de forma implícita la articulación de una mediación en esta fase procedimental:

-Suspensión de la pena. Se regula en el art. 81.3 CP, con la finalidad de evitar la cárcel en los delitos menores, facilitando la rehabilitación del delincuente, conforme a una resolución motivada del órgano judicial sentenciador atendiendo a las circunstancias de menor peligrosidad del condenado, y al esfuerzo reparador a la víctima¹⁶⁸.

Una modificación de este precepto con la introducción de un nuevo supuesto que contemplara la conciliación entre la víctima y el infractor a través de una mediación abriría la posibilidad de implementación de la mediación en este momento procesal¹⁶⁹.

-Tramitación del indulto. Podría articularse la mediación para la reparación del daño a la víctima con el efecto de suspensión de la pena por remisión del

¹⁶⁸ El artículo 81.3 en su redacción no se alude a la reparación, y en base a dicha exclusión, se puede realizar una interpretación razonable para los supuestos en los que imposibilidad total o parcial, según TAMARIT SUMALLA, J, "La articulación de la Justicia Restaurativa con el sistema de justicia penal", en *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada, Comares, 2012, p. 71

¹⁶⁹ En este sentido, en GONZÁLEZ CANO, I., "La mediación penal en España", en la obra colectiva *La mediación penal para adultos* (dir. BARONA VILAR), ob.cit., p.47, la autora se pronuncia a favor de la suspensión con independencia del resultado final, dado que puede suceder que la víctima no aceptara en ningún caso un acuerdo, lo que no debería influir en la revocación de la mediación.

artículo 4.4 CP., que permite al juez suspender la ejecución de la pena mientras se produce la tramitación del indulto¹⁷⁰.

-*Sustitución de la pena.* Por aplicación del artículo 88 CP, que dispone a cerca de la potestad de los jueces y tribunales para sustituir las penas de prisión que no excedan de un año en atención a las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta, y en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado. También se contempla excepcionalmente para penas no superiores a dos años excluidos los reos habituales.

La concreción que realiza la ley para referirse al esfuerzo en reparar el daño, al que alude, “en particular”, constituye a juicio de TAMARIT SUMALLA, el criterio principal para articular la suspensión, y de ahí que la valoración del juez no es tanto de la propia reparación como del esfuerzo del victimario en reparar a la víctima, y por tanto se trata de un requisito de contenido esencialmente subjetivo del reo, no de carácter objetivo que se concrete en una materialización del resultado¹⁷¹.

Cabría la remisión a mediación en el momento de dictar sentencia o en un momento posterior, que son los dos momentos que se contemplan para contemplarse la sustitución de la pena privativa de libertad con el requisito previo de aceptación voluntaria por parte de la víctima.

b) Mediación penitenciaria.

La mediación puede referirse a dos momentos que configuran dos tipos de mediación diferentes: en primer lugar, una vez que se ha iniciado el cumplimiento de la pena y el reo se encuentra en el centro penitenciario, (ámbito de relevancia externo) y que puede comportar la obtención de beneficios penitenciarios, y en segundo lugar, la que hace referencia a la mediación como instrumento de canalización de conflictos dentro del régimen disciplinario sancionador regulado en la Ley Orgánica Penitenciaria.(ámbito de relevancia interna)

- *Ambito de relevancia externo:* Las consecuencias de la mediación en el centro penitenciario, podrían ser:

¹⁷⁰ Vid. BARONA VILAR, S., en *La mediación penal, fundamento, fines*, ob. cit., p. 338

¹⁷¹ Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M., *La víctima en el Derecho Penal*, ob. cit. pp. 210 y ss.

1) *En relación a la clasificación inicial de régimen abierto, conforme a lo dispuesto en el artículo 102.2 RP por aplicación del artículo 72.5 de la L.O 1/1979 de 26 de Septiembre, General Penitenciaria, que establece como requisito para la clasificación o progresión al tercer grado, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando la conducta tendente a reparar el daño*

2) *En relación a la concesión de régimen abierto para los condenados a penas superiores a cinco años, siempre que haya transcurrido la mitad de la condena a tenor de lo establecido en el artículo 36.2 CP., en atención al pronóstico favorable de reinserción social, del que puede resultar como elemento de valoración positiva la participación en un procedimiento de mediación*

3) *En relación a la concesión de libertad condicional prevista para los penados en los casos de tercer grado penitenciario, que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena, y que hayan observado buena conducta en el sentido del pronóstico favorable de reinserción social, y con los requisitos de haber satisfecho la responsabilidad civil (artículo 90 CP), y para los casos de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, con sus presupuestos específicos en relación al pronóstico favorable de reinserción, los resultados de un proceso de mediación podrían ser considerados en relación a la emisión del pronóstico favorable de reinserción.*

- *Ambito de relevancia interna:* Se refiere a una forma alternativa de solución de conflictos que puede plantearse en el seno de las Instituciones Penitenciarias, en el marco del régimen disciplinario sancionador, como forma de resolución de los conflictos carcelarios derivados de la convivencia en prisión, con la introducción de mecanismos pacificadores que incidan en el modelo sancionador excesivamente impositivo y represivo y reduzcan la violencia dentro del ámbito penitenciario a través del diálogo, el respeto y la tolerancia, y como una fórmula de prevención de nuevos conflictos¹⁷²

¹⁷² Vid. RIOS MARTIN, J.C., PASCUAL RODRIGUEZ, E., BIBIANO GUILLEN, A., *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias...*, ob., cit., pp. 114-115

Capítulo IV

APROXIMACIÓN A LA MEDIACIÓN Y A LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN ESPAÑA

1. Marco legal: normativa internacional y europea

La expansión y el desarrollo de la Mediación en Europa no ha sido uniforme, pero lo cierto es que existe cierta identidad o semejanza entre los distintos países, y las diferencias se refieren más al mayor o menor grado de desarrollo de estas nuevas formas de aplicación de justicia, que a divergencias de concepto; las diferencias son más notables fuera de las fronteras europeas, sobretodo en aquellos países donde la justicia tiene un carácter más *privativista*, como es el caso de los países anglosajones, o donde existe una mayor cultura del consenso y la resolución de conflictos fuera del ámbito judicial como en Canadá, o Nueva Zelanda

Sin embargo no es objeto de este trabajo incidir en los distintos modelos de derecho comparado, que resultaría de un estudio a parte para ofrecer una panorámica completa y profunda, sino que con el objeto de analizar el significado que tiene la mediación en España, y apreciar sus singularidades, se va a ofrecer el estudio de algunas prácticas desarrolladas en nuestro país, al objeto de poder extraer algunas conclusiones que nos ofrezcan una cierta perspectiva respecto de la evolución en España de esta institución en los últimos años.

En el ámbito internacional, el desarrollo normativo sobre justicia restaurativa, ha tenido lugar a través de instrumentos de *soft law*¹⁷³; pese a ello, un importante paso en la consolidación del concepto de justicia restaurativa ha sido la aprobación en el seno del ECOSOC en abril de 2002, como resultado del impulso del 10º Congreso de la Naciones Unidas de prevención contra el crimen

¹⁷³ Vid. TAMARIT SUMALLA, J en *La Justicia Restaurativa*, ob. cit. p.24

y justicia penal, con la Resolución 2002/12 sobre “Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal”; estos principios responden más con un modelo de complementariedad que de alternatividad, mediante la adopción de criterios de flexibilidad, carece de fuerza vinculante y evita realizar recomendaciones explícitas de adaptación dirigidas a los Estados. La Declaración alude a la “mediación, la conciliación, el Conferencing y las sentences Circles”.

Un paso más dentro del ámbito de Naciones Unidas ha sido la elaboración del Manual de programas de justicia restaurativa (2006) en el seno de la Oficina para drogas y delitos, donde se recogen los principios restaurativos que cuentan con consenso internacional, y realiza un descripción de las distintas prácticas restaurativas, y analiza otras cuestiones como la selección y formación de los facilitadores, el papel de las agencias y gestores de los programas y el desarrollo legislativo.

En el ámbito del Consejo de Europa se ha dictado recomendaciones poniendo en valor el deber de reparación a las víctimas, como son el caso de la Recomendación R (83)7¹⁷⁴, la Recomendación R (85)11¹⁷⁵ sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del procedimiento pena o la Recomendación R (87)18 del Consejo de Europa sobre la simplificación de la justicia penal

La Recomendación R (99) 19 del 15 septiembre de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Mediación en asuntos penales, determinaba expresamente la introducción de la Mediación en las legislaciones de los estados miembros sobre las siguientes consideraciones¹⁷⁶: 1)valora positivamente una participación activa de la víctima en el proceso penal, 2)

¹⁷⁴ La recomendación R (83) está orientada a potenciar la participación en la elaboración de políticas criminales y a facilitar la reparación de las víctimas, como forma de substitución de las penas privativas de libertad

¹⁷⁵ La recomendación R (85)11 recomienda a los gobiernos revisar las legislaciones internas para orientar la justicia hacia la reparación de la víctima.

¹⁷⁶ Consideraciones extraídas por la magistrado FREIRE PÉREZ, R.M., “Reparación y conciliación. El Derecho Penal y los intereses de las víctimas e imputados”, en SÁEZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Dir.): *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid, Consejo General del Poder judicial (escuela judicial) , 2006, p. 95.

reconoce el interés legítimo de las víctimas a expresar las consecuencias de su victimización, de comunicarse con el delincuente, pedirle explicaciones y de una reparación, 3) potenciar la autorresponsabilidad del delincuente y favorecer su rectificación.

Posteriormente, la Recomendación 8/2006, de 14 de Junio sobre asistencia a las víctimas, reconoce los beneficios de la mediación para las víctimas, por lo que se debe de facilitar a las víctimas la oportunidad de participación, con la debida protección y con el máximo respeto a la voluntariedad, la confidencialidad y la independencia de los procesos de mediación.

La Comisión Europea para la eficiencia de la Justicia, ha realizado una revisión de la aplicación de la Recomendación sobre la mediación penal de 1999, y ha elaborado unas Directrices en relación con la implementación de la mediación, así como la necesidad de realizar evaluaciones de impacto de la justicia restaurativa en los Estados miembros; se señala las diferencias existentes entre los diferentes estados, que obedecen a determinadas causas, como la falta de disponibilidad de la mediación, su falta de conocimiento por los operadores jurídicos, la falta de formación especializada, y las diferencias en torno a la cualificación de los mediadores; también señala el documento la necesidad de poner en marcha proyectos pilotos que cuenten con valoraciones externas independientes.

En el seno de la Unión Europea es donde la justicia restaurativa ha contado con mayor fuerza jurídica, así la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001¹⁷⁷, estableció la obligación de los estados miembros de introducir la mediación en los procesos penales; la mediación es entendida como una solución negociada entre la víctima y el autor con anterioridad o durante el proceso penal,

¹⁷⁷ La evaluación institucional del impacto de la Decisión Marco en los países miembros ha sido realizada por *Victim Support Europe* y la *Asociación Portuguesa de Apoyo a las Víctimas*, poniendo de relieve una aplicación muy desigual de la norma: tal sólo un reducido grupo de países, formado por Alemania, Finlandia, Luxemburgo y Polonia, reconocen la mediación penal en sus legislaciones con carácter general; la mayoría de país la restringen a delitos menos graves como es el caso de Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Portugal y la mayoría de países del Este; y por último el grupo de países que no han incorporado la mediación en sus legislaciones, como es el caso de España, Holanda, Dinamarca, Rumanía y Bulgaria; mención especial alude al caso de Reino Unido, por ser el país donde más programas de justicia restaurativa se han desarrollado.

lo que favorece la confusión entre la mediación con otras formas de justicia negociada, además de olvidar la mediación post-sentencial; aborda el tema de la profesionalización del mediador definiendo en clave de competencia su intervención, por lo que no cierra el paso a una intervención de los mediadores voluntarios no profesionales con una adecuada formación.¹⁷⁸

La Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo que sustituye a la decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, donde se realizaba una apuesta clara por la mediación, en concreto en su artículo 10 decía “*que los estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medidas*”, difiere sensiblemente de la nueva regulación, la que hace alusión en su artículo 12, a la necesidad de protección de las víctimas en los contextos de aplicación de la mediación; la justicia restaurativa desde este punto de vista, es concebida como un riesgo de generar victimización secundaria, lo que ha llevado a críticas por parte de algunos sectores, como el *European Forum for Restorative Justice*, que han cuestionado las insuficiencias y los temores vertidos en la nueva directiva¹⁷⁹.

2.- Legislación estatal y proyectos normativos.

En España, hasta el momento, únicamente *la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal del Menor*, regula la mediación en su artículo 19 , en su doble vertiente de conciliación y reparación del daño, circunscrita a determinadas infracciones no violentas en base a criterios de oportunidad.

No existe otra regulación positiva a cerca de la mediación, y resulta extraño, que la primera referencia legislativa de carácter estatal a la mediación de adultos haya surgido con el objeto de prohibirla, como ha sucedido en la *Ley Orgánica 1/2004 de violencia de género*; ello, a juicio de TAMARIT SUMALLA, sólo puede entenderse por la influencia decisiva que tuvo el movimiento

¹⁷⁸ Vid. TAMARIT SUMALLA, J., “ La Justicia Restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico” en TAMARIT SUMALLA (Coord.): *LA Justicia Restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Ed. Comares, Granada, 2012, p. 27

¹⁷⁹ TAMARIT SUMALLA, J., pp. 29-30.

feminista, que apostó por el rechazo de las prácticas restaurativas al percibir las como respuestas blandas frente a los agresores.¹⁸⁰

Los procedimientos de Justicia Restaurativa constituyen en nuestro sistema una realidad *de facto*, no sólo en la Jurisdicción de menores, donde la Ley del menor contempla la mediación, sino también en el ámbito de la justicia de adultos, a través de protocolos de actuación establecidos entre El Consejo General del Poder Judicial e Instituciones de Mediación, que son las encargadas de controlar y aplicar los procesos de mediación como complementarios al proceso judicial.

La forma de ensamblarse en el proceso se ha venido realizando a través de la institución de la *conformidad* que permite alcanzar un acuerdo autocompositivo entre las partes con la consecuencia de la finalización del procedimiento con una “conformidad pactada” entre las partes y el Ministerio Fiscal y “ratificada” por el Juez.

Los efectos derivados de los procesos de justicia restaurativa o de reparación del daño constituyen una causa de atenuación de la responsabilidad criminal prevista genéricamente en el artículo 21.5 CP, y comporta la imposición de la pena en la mitad inferior de la prevista para el tipo de delito, o como muy cualificada, que conlleva la aplicación de una disminución de la pena en uno o dos grados,

En España, a diferencia de algunos países de nuestro entorno, como Francia o Alemania, no se contempla la *dispensa de pena*, que permite dejar en suspenso la pena en cumplimiento de un acuerdo de reparación alcanzado.

La realidad es que la Jurisprudencia no siempre concede una relevancia importante al esfuerzo reparador, supeditando la aplicación de rebajas en la pena al hecho de haberse producido una compensación económica.¹⁸¹

¹⁸⁰ Idem,.. p. 54

¹⁸¹TAMARITOSUMALLA, J, “ La articulación de la Justicia Restaurativa con el sistema de justicia penal”, en *La Justicia Restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada, Comares, p.69.

- ***El Proyecto de Estatuto de la Víctima***

Recientemente acaba de aprobarse en Consejo de Ministros el proyecto de *Estatuto de la víctima*, donde se regulan normas protectoras para las víctimas en relación con la implantación de los procesos restaurativos:

En relación a la mediación penal, el *artículo 15* establece, dos presupuestos de aplicación, que pueden considerarse de carácter *esencial*¹⁸²:

1º) “*que el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad*”,

Este reconocimiento ha sido objeto de un amplio debate doctrinal en torno a la conveniencia de establecerlo como presupuesto para la apertura de un procedimiento de mediación en relación con el principio de presunción de inocencia, sin que exista un acuerdo unánime en la doctrina en torno a esta exigencia¹⁸³, ni por aquellos autores que son favorables en sentido positivo a dicho reconocimiento, el debate se abre respecto a qué momento debe prestarse, y en qué forma, tal y como hemos reflejado en el capítulo anterior, dentro del contenido material de la mediación.

2º) “*que la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento*”

El consentimiento otorgado por la víctima junto con el consentimiento del infractor constituye presupuesto esencial del inicio de un procedimiento de

¹⁸² El carácter esencial de dichos presupuestos va a determinar la imposibilidad de iniciar un procedimiento de mediación, en los casos que por parte del sujeto infractor no se produzca un reconocimiento de los hechos, y en aquellos otros a los que la víctima no preste su consentimiento.

¹⁸³ El criterio de TAMARIT SUMALLA, J., que apuesta por un modelo intraprocesal de justicia restaurativa con un presupuesto de reconocimiento de hechos para derivar el asunto a mediación, entendiéndolo que la participación en estos procesos implica una asunción de autoría, frente al modelo de GONZALEZ CANO, en el que la participación del imputado en el proceso de mediación no implica asunción de autoría, por lo que no debería serle exigido el reconocimiento de hechos, ni como presupuesto para derivar el caso a mediación ni como contenido del acuerdo, ni arrepentimiento o petición de excusas o de cambio de actitud, en TAMARIT SUMALLA, J. “La articulación de la Justicia Restaurativa con el sistema de justicia penal” en *La Justicia Restaurativa...*, ob. cit. p. 72

mediación y ello es derivado del carácter voluntario del proceso; por tanto la víctima puede decidir si desea o no participar en un proceso de estas características.

El artículo establece además una serie de cautelas en relación a la protección de la víctimas, tales como que el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para su seguridad, o que no exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales, sin embargo no precisa ni el tipo de control, ni quién debe realizarlo, ni si la última decisión en su caso la tienen las propias víctimas.

- ***Proyecto de Reforma del Código Penal .***

El Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica La L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, introduce dentro del capítulo III, “de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas”, en su artículo 84 la posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena en caso de mediación. El vigente artículo 84 quedaría modificado en lo siguiente:

Artículo 84.1: “El juez o Tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:

- 1. cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de la mediación”.*

En primer lugar, se observa la atribución de una dimensión escasa de la mediación, ya que tiene un carácter complementario y exclusivo para la suspensión de la pena; no regula la mediación en relación con la sustitución de la pena, y tampoco le atribuye ningún efecto en cuanto a la atenuación de la misma, por lo que el alcance de los acuerdos de reparación como consecuencia de un procedimiento de mediación según la literalidad del precepto, sólo tendrían relevancia para la suspensión de la pena, de ahí, que a mi juicio, limita las posibilidades de expansión de la mediación, al poder alcanzarse los mismos resultados, sin realizar todo el proceso, con tal de la obtención el acuerdo.

En relación a la literalidad del precepto, se habla de “acuerdo”, entiendo en este caso se entiende incluido cualquier tipo de acuerdo, ciertamente con unos límites, los que marcan los derechos fundamentales y los principios consagrados en nuestra Constitución, pero con un único efecto de suspensión en el proceso, como se ha señalado, no se alude al cumplimiento del acuerdo en otro momento del proceso; por tanto, los acuerdos obtenidos como consecuencia de procesos de

mediación, en los casos de sustitución de las penas, o de otorgamiento de una condena condicional, por poner los casos más evidentes, deberán asimilarse a acuerdos de reparación, tal y como está contemplado en el código penal actual. Si bien es cierto, que los acuerdos de reparación que se consigan a través de una mediación en muchos casos coincidirán con el resarcimiento o con la indemnización por los daños, surge la duda del valor que se atribuirá a aquellos acuerdos alcanzados por las partes que no son estrictamente reparación, como la petición de disculpas, la conciliación, o la reconciliación y el perdón, a efectos de la determinación de la pena con una atenuante, más allá de la atenuante de reparación del artículo 21.5 CP., o a efectos de la sustitución de la pena, del artículo 88 CP.

Con una interpretación amplia del concepto de reparación, en el sentido de que la víctima se considere reparada, en la forma en que ambas partes hayan acordado, cabrá la aplicación de la atenuación de la pena y la sustitución, pero no deja de resultar chocante que el proyecto de reforma del código penal no se haya mencionado la mediación en estos supuestos; si, como ya hemos señalado anteriormente, las bondades de recurrir a un proceso de mediación se extraen, no sólo, y no tanto por los resultados, como por el desarrollo del proceso en si mismo, que favorece la comunicación, el entendimiento, y la reconciliación entre las partes, esta regulación tan parca y tan restrictiva, no parece que vaya a dotar a nuestra justicia de nuevos aires restaurativos.

El cumplimiento al que viene referido, no dice, si es total o parcial, pero la interpretación vendría referida a algún tipo de cumplimiento, porque las suspensiones de condena se condicionan a una reparación, teniendo en cuenta las posibilidades del condenado (artículo 81.3 CP.)

Por último, observo se realiza una regulación de la mediación *en negativo*, me explicaré, se adopta el criterio de condicionar la suspensión de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado en la mediación, en lugar de realizarlo en forma positiva, como podría ser, que el acuerdo obtenido en un proceso de mediación suspenderá o podrá suspender la ejecución de la pena.

En resumen, y en mi opinión, el legislador aborda tímidamente la institución de la mediación penal para su implantación en nuestro sistema judicial, parece que la apuesta de muchos operadores jurídicos, de las recomendaciones de la Unión Europea, y de las experiencias del derecho comparado, junto con las múltiples experiencias realizadas en España, no son suficientes para acometer una reforma tan importante en nuestro sistema judicial; lo que si es cierto, es que una reforma de este calado comporta la asignación de

múltiples recursos económicos y humanos, que en época de crisis, como la actual que vive nuestro país, no parecen ser la coyuntura más favorable; parece que haya que esperar otro tiempo para una reformulación de nuestro sistema de justicia, tal vez habrá que insistir más por parte de quienes de alguna forma somos partícipes en la aplicación de justicia de la conveniencia de un sistema integrador de los dos modelos, que nos conduzca a una justicia más humana y más justa, más democrática y participativa, y defienda mejor los intereses de las víctimas, sin menoscabar los derechos de los victimarios, facilitando la paz jurídica en el sentido más positivo del término, desechando cualquier utopía.

- ***Borrador de Código Procesal Penal.***

Existe un consenso a cerca de la necesidad de abordar una reforma de la ley de Enjuiciamiento criminal, que data de 1882; el anteproyecto de reforma de la ley de enjuiciamiento criminal de 2011, tras la disolución de las Cortes, y la formación de un nuevo gobierno, ha dado paso a un nuevo borrador de Código Procesal Penal¹⁸⁴, que al igual que el anterior, contempla el instituto de la mediación penal y su implementación en nuestro sistema justicia.

Junto al principio de legalidad se regula el de *oportunidad* en el artículo 90, como excepción al primero, donde el Ministerio Fiscal está obligado a ejercer la acción penal cuando se entienda suficientemente fundado el hecho punible, “salvo” que concurra “motivo bastante” para la suspensión o el sobreseimiento conforme a razones de oportunidad, que se regulan en los artículos siguientes.

Se contemplan por tanto dos instituciones, que constituyen una auténtica novedad en nuestro sistema de justicia:

1) *El archivo por oportunidad*, que se condiciona a la existencia de determinadas causas, que atribuyen la potestad del Ministerio Fiscal de proceder al archivo de la causa.

2) *La suspensión de la causa*, regulada en el artículo 91. apartado 2º, que posibilita al victimario, antes de dictar sentencia, que pueda cumplir con las

¹⁸⁴ Un grupo de expertos, liderado por Manuel Marchena, magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Jacobo Lopez Barja de Quiroga, magistrado jefe del Gabinete del Tribunal Supremo, Nicolás González Cuellar, abogado y catedrático de Derecho procesal, Antonio del Moral, magistrado de la misma Sala Segunda, y dos fiscales, Gabriela Bravo y Jaime Moreno, han elaborado un borrador de anteproyecto de Código Procesal Penal.

condiciones que le imponga el M.F., y en el caso de hacerlo, se producirá el archivo de la causa

Las condiciones de la suspensión, que se recogen en el artículo 92, consisten en la realización del encausado de prestaciones de dar, hacer o no hacer, someterse a tratamiento de su adicción en su caso o realizar trabajos en beneficio de la comunidad que priven de sentido a la imposición de pena.

El archivo por oportunidad, con o sin suspensión de la causa equivale a una *renuncia de pena*. Para el caso de no cumplimiento con las condiciones que le imponga el Fiscal el procedimiento continuará quedando la suspensión sin efecto.

A través del archivo o suspensión por razón de oportunidad, no hay motivo para que no pudieran integrarse los acuerdos de reparación adoptados en un procedimiento de mediación, previo acuerdo con el MF, sólo que la mediación es objeto esta vez de regulación específica en el Título VI.

Las razones de oportunidad no vienen especificadas, por lo que parece que se pretenda optar por un criterio abierto de derivación, con carácter de amplia discrecionalidad, pero modulada por los siguientes requisitos:

a) Que el delito sea de *escasa gravedad* y *no exista interés público relevante* en la persecución, atendidas todas las circunstancias"; (artículo 91)

El legislador no ha definido claramente a qué tipo de delitos puede aplicarse el archivo por oportunidad, ya que el concepto de "escasa gravedad" es un concepto indeterminado; se podría haber concretado si el concepto de escasa gravedad se refiere a delitos menos graves o a delitos leves, en atención a las penas que prevén, tal y como se establece en la legislación de menores, pero falta una definición más clara por parte del legislador al objeto de evitar después indeterminaciones y disparidad de criterios en la aplicación práctica.

La "no existencia de un interés público relevante en la persecución" es una definición imprecisa, que nuevamente nos abre un amplio abanico en la contemplación de supuestos, un amplio "cajón de sastre" tanto para una aplicación amplia o restrictiva, por lo que la discrecionalidad a la que hemos aludido se deduce tan amplia que no dista mucho de la situación existente en la actualidad, sin regulación.

b) *El cumplimiento del acuerdo.*

El apartado 2º regula el archivo “cuando la causa hubiera sido suspendida, conforme al artículo siguiente, por un plazo otorgado al encausado para la satisfacción de condiciones aceptadas por el mismo y dichas condiciones hubieran sido cumplidas satisfactoriamente”.

El capítulo III recoge novedades en cuanto a la conformidad, ya que no establece ninguna limitación de supuestos delictivos que puedan resolverse a través de este instituto; por tanto es una vía de acceso para dotar de eficacia jurídica a los acuerdos obtenidos en un procedimiento de mediación, a salvo las exclusiones legales que pudieran realizarse o mantenerse al margen, me estoy refiriendo en este caso, al supuesto excluido de mediación en violencia de género.

Los efectos de la conformidad sobre la pena se recogen en el artículo 104, párrafo 1º, cuando la conformidad se alcanzara antes de expirar el plazo para la presentación del escrito de defensa, la pena será rebajada en un tercio de la fijada en la sentencia, aun cuando ello suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal.

La mediación penal se regula específicamente en el TÍTULO VI: el *Artículo 143* define la mediación penal como un procedimiento de solución del conflicto entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo.

El artículo 144, alude a la *Mediación institucionalizada o profesional* y regula muy brevemente el procedimiento:

1.- A la mediación penal realizada en instituciones de mediación o por profesionales de a mediación serán aplicables las normas establecidas en los arts. 6.1, 6.3, 7, 8, 10.1, 10.3, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25 y 26 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

2.- La voluntad de someter el conflicto con la víctima a mediación por el infractor se comunicará a la víctima por el Ministerio Fiscal, *cuando no lo considere inadecuado* en razón a la naturaleza del hecho. La comunicación se realizará directamente o a través de la Oficina de Atención a las Víctimas.

Se extrae, que quien controla qué asuntos van a mediación es el MF., pero no dice con qué criterios, habrá que entenderse la aplicación analógica de los criterios establecidos en el artículo 9 en relación con la potestad del archivo por motivo de oportunidad ; como requisito esencial la voluntariedad de las partes: se atiende primero al consentimiento prestado por el infractor para la mediación

antes de solicitarlo de la víctima, lo cual parece razonable no importunar a la víctima si el infractor no quiere participar.

3.- La institución de mediación o el mediador comunicarán el inicio y la finalización del procedimiento de mediación, con su resultado, al Ministerio Fiscal.

En este punto, se entiende que todo el procedimiento de mediación queda fuera del “alcance del proceso”, únicamente consta la apertura y hasta el cierre con su resultado, ambas instancias proceso penal y procedimiento de mediación permanecen separadas, lo cual constituye una garantía de independencia respecto de los dos procesos.

4.- El mediador se encuentra sometido a secreto profesional y no podrá declarar sobre los hechos de los que tenga conocimiento con ocasión de su intervención en el procedimiento.

La confidencialidad del procedimiento de mediación queda garantizada con el deber de secreto profesional que vincula a los mediadores, y a la inhabilidad para declarar como testigos en el proceso penal que sustituya al de la mediación en la que hayan conducido.

5.- La mediación penal será siempre gratuita, en correlación a la gratuidad del proceso penal.

El artículo 145.- alude a la suspensión de las Diligencias de Investigación cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación penal en base a criterios de oportunidad, en parangón con la suspensión contemplada para supuestos distintos de la mediación, anteriormente aludida.

La relevancia de este precepto, a mi juicio, está en contemplar normativamente la posibilidad de que el procedimiento de mediación sea iniciado por las partes, sin necesidad de derivación; con ello, se abre la puerta a que las instituciones de mediación puedan emprender procesos restaurativos y con posterioridad comunicarlo al Ministerio Fiscal, que dotará de oficialidad al proceso y permitirá su integración en el sistema de justicia, con la atribución de las consecuencias jurídicas correspondientes, y el control del cumplimiento de los acuerdos.

El artículo 146 es significativo, por cuanto que soslaya que a la mediación no le atribuye ninguna consecuencia jurídica, es decir, que por si misma no se le atribuye efecto alguno. Así dice:

“Ni el Ministerio Fiscal ni los Tribunales ofrecerán ventajas al encausado por el hecho de someterse a un procedimiento de mediación, sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que puedan derivarse conforme a la Ley del acuerdo con la víctima si se alcanza”.

Este artículo revela muy claramente que el procedimiento de mediación no se asemeja al instituto de la reparación; solo a los acuerdos entre la víctima y el victimario pueden atribuirse consecuencias jurídicas modificativas en la determinación o la aplicación de las penas; por tanto, prima el resultado y no el proceso, como hemos apuntado antes; la mediación no tendría más valor que el logro o alcance del acuerdo; tal vez debieran contemplarse, al igual que ocurre en la legislación de menores, cuando las víctimas sean las que impidan o dificulten el logro del acuerdo, la posibilidad de obtener algunas ventajas a favor del victimario, que ha reconocido los hechos y ha intentado la conciliación, pese a no ser aceptada, en la determinación y la aplicación de las penas a imponer, en lugar de anular todo valor al procedimiento de mediación y el inicio o retorno al proceso.

La reforma procesal deberá ir acompañada de un decidido apoyo institucional, de la formación adecuada de los facilitadores, sobre los que existe un intenso debate, y que a juicio de TAMARIT SUMALLA deberán estar alejados de personas que desempeñen otros roles dentro del sistema, como jueces, abogados, fiscales, policías o profesionales de apoyo a la reinserción de infractores o a las víctimas¹⁸⁵

¹⁸⁵ TAMARIT SUMALLA, J. “La articulación de la Justicia restaurativa...”, ob. cit., p. 75, considera necesaria la independencia del mediador, y por ello excluye a los operadores jurídicos que juegan otros roles en el sistema, por la falta de tradición en España en este sentido, a diferencia de los países anglosajones o del Norte de Europa.

3.-Proyectos de mediación desarrollados en España

Anteriormente, ya hemos mencionado que la Justicia restaurativa en nuestro país ha tenido una escasa y desigual difusión, porque las experiencias desarrolladas han carecido de una regulación legal de carácter imperativo, y por tanto su desarrollo ha dependido de la apuesta decidida de algunos jueces y fiscales, que en colaboración con algunas instituciones, asociaciones sin ánimo de lucro, y algunos profesionales de la ramas sociales y jurídicas, han llevado a la práctica procesos de mediación.

Muchos programas se han venido desarrollando a iniciativa de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y de los Institutos de Criminología, con el apoyo de algunos gobiernos autonómicos y ayuntamientos, así el *El proyecto de Mediación de la Comunidad Valenciana*¹⁸⁶ o *La Oficina de Ayuda a la Víctima de Bilbao, Donostia, y Vitori-Gasteiz*¹⁸⁷.

Los programas se han desarrollado en unos casos a nivel institucional¹⁸⁸; en otros se encomienda su gestión a asociaciones¹⁸⁹ y fundaciones que se encargan de proporcionar personal cualificado para el desarrollo de las

¹⁸⁶ La oficina de asistencia a la Víctima de Valencia fue la primera creada en España, en abril de 1985, con la participación en el programa del Juzgado de Instrucción N° 2 de Valencia, la colaboración de los profesores Jose Ramón Casabó y Antonio Beristain, bajo la inspiración del modelo holandés. El programa concreto de mediación se inició bajo la inspiración belga del de Lovaina, y la ayuda del Prof. Tony Peters, según referencias de VARONA MARTINEZ, G. en *La mediación reparadora como estrategia de control social...* ob. cit. p. 269.

¹⁸⁷ La oficina de Bilbao se creó en el año 1992, con la idea de atender a casos leves, al igual que las de Donostia y Vitoria –Gasteiz. La característica fundamental, y a diferencia de la anterior, es que la propia oficina de mediación proponía los asuntos que iban a ir a mediación, y con posterioridad el fiscal informaba quien podía solicitar una pena menor.

¹⁸⁸ En Cataluña, se ha realizado a instancias de la Subdirección de Reparación y Ejecución Penal del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya; también en Alicante a través de la Oficina Judicial de Coordinación Institucional de la Audiencia Provincial de Alicante; en el País Vasco se realiza por el Departamento de Justicia y Administraciones Públicas del Gobierno Vasco y lo gestionan distintas asociaciones: ANAME en Guipúzcoa, ADOSTEN En Vizcaya, y en Alava IRBE.

¹⁸⁹ En Navarra a través de la Dirección General de Justicia, con la gestión de la asociación ANAME ; el mismo caso se da en Zaragoza con la gestión por parte de la Asociación ¿hablamos?

mediaciones¹⁹⁰; en otros casos las iniciativas parten de las universidades en colaboración con los colegios profesionales¹⁹¹. Muchos programas se realizan sin dotaciones de fondos, o con dotaciones simbólicas, a través de la firma de convenios entre el Consejo General del Poder Judicial, los Colegios de Abogados o Asociaciones formadas por voluntarios con formación específica en mediación penal¹⁹²

4.-Protocolos de Actuación.

Los proyectos de mediación se vienen desarrollando a través de protocolos de actuación¹⁹³ que sirven de soporte *cuasinormativo* para desarrollar la mediación, ante la inexistencia de una norma jurídica que defina el procedimiento y todas sus implicaciones.

El marco jurídico de la mediación, el cual es recogido por todos ellos, es la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima, que establece que los estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales; el encaje jurídico en nuestro derecho interno se aprecia con la aplicación de la atenuante del artículo 21.5 CP como muy cualificada; la satisfacción de la responsabilidad civil se considera requisito para la concesión de la suspensión de la pena (artículo 81 CP; y “el esfuerzo para reparar el daño causado” constituye uno de los criterios para una eventual sustitución de la condena (artículo 88 CP); en el ámbito de menores viene

¹⁹⁰ Como ejemplos, los casos de Burgos con la Asociación AMEPAX, y el Juzgado de Instrucción N. 4, en Andalucía a través de la Asociación ENLACE,

¹⁹¹ En la Rioja, se trabaja bajo un proyecto dependiente del Departamento de Derecho procesal de la Universidad de La Rioja, y el Gobierno de La Rioja.

¹⁹² Protocolo de mediación de la experiencia piloto de mediación desarrollada por la Asociación de Mediación y Pacificación de Conflictos y el Juzgado Penal 20 de Madrid y el Juzgado de Instrucción 32 y 47 de Madrid. El Equipo de reflexión que lo ha elaborado estuvo compuesto por Ramón Sáez, Juez del JP 20 de Madrid, Justino Zapatero, Teresa Olavaria, Carmen de la Fuente, M^a Jesús Raimunda, Fiscales del TSJ de Madrid, Esther Pascual Y Alfonso Bibiano abogados mediadores, y Julián Ríos, profesor de derecho penal. Más reciente el convenio de colaboración entre el Gobierno de Aragón, el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio Fiscal y la Asociación ¿hablamos? para la mediación intrajudicial en materia penal firmado el 19 de Diciembre de 2012.

¹⁹³ El contenido del protocolo responde al adoptado por los últimos convenios realizados entre el CGPJ, los gobiernos autónomos, el Ministerio Fiscal y los equipos de mediación para el desarrollo de la mediación intrajudicial.

recogida en el artículo 19 de la LO 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores.

Se recogen los principios básicos de la mediación, anteriormente referidos en el *capítulo tercero*: la voluntariedad de la mediación, la confidencialidad, la neutralidad e imparcialidad del mediador, la gratuidad del servicio, y la complementariedad, pues necesita de la aprobación del Juez y del Fiscal en los asuntos que sean susceptibles de su competencia.

El contenido de la mediación básicamente, reproduce el esquema diseñado en el protocolo elaborado para la experiencia piloto de mediación desarrollada por la Asociación de Mediación y Pacificación de Conflictos y el Juzgado de lo penal 20 de Madrid y Juzgado de Instrucción 32 y 47 de Madrid, elaborado por el magistrado Ramón Sáez Valcárcel, Justino Zapatero, Teresa Olavaria, Carmen de la Fuente, M^a Jesús Raimunda, Fiscales del TSJ de Madrid, Esther Pascual y Alfonso Bibiano, abogados mediadores, y Julián Ríos, profesor de derecho penal, que actuaron además como coordinadores.

El procedimiento de mediación se articula para las distintas fases del procedimiento: fase de instrucción, fase de enjuiciamiento, y fase de ejecución de la sentencia penal.

Fase de instrucción: En esta fase, el procedimiento de mediación se desarrolla conforme a las siguientes fases, no constituyendo fases cerradas, sino aplicadas con criterios de flexibilidad que favorezcan la fluidez del proceso.

1^a) *fase de contacto*: tanto en las Diligencias Previas como en los Juicios de Faltas, la derivación se realiza por el juez con el acuerdo del MF, el imputado podrá entrevistarse con su letrado con el fin de que le informe del proceso a seguir y de las consecuencias de la mediación, se remite el expediente al equipo mediador (denuncia, declaraciones, informes periciales, etc.), y el juzgado enviará una providencia al imputado y a la víctima justificando las razones de su derivación a mediación, y en un plazo breve de tiempo las partes deberá prestar el consentimiento, en su caso para participar en el proceso

2^a) *Fase de acogida*: Se informa a las partes del contenido y la naturaleza del proceso de mediación, en una entrevista individual con cada uno, así como de los efectos que puede tener en el proceso penal; también es la fase en la que el mediador comprueba la percepción de los hechos, vivencias y emociones, de las partes y valorará si procede continuar con el procedimiento, valorando que no sea perjudicial para ninguna de las partes y que el verdadero interés de las partes

sea buscar una solución al conflicto, basado en el diálogo, el respeto, el reconocimiento de la verdad y la reparación.

3ª) *Fase del encuentro dialogado*: En esta fase se junta a las partes (mediación directa), salvo que se considere mejor hacerlo de forma separada (mediación indirecta); la fase puede durar varias sesiones, y en ellas se aplican las técnicas de intervención, (escucha activa, preguntas, reformulación, etc...) conducentes a conseguir un acuerdo.

4ª) *Fase de acuerdo*: Se plasman los acuerdos en un documento, que llevará implícito un "Plan de Reparación" que firman las partes, y sus representantes legales en su caso, y se remite copia para el Juzgado y para el MF; si termina sin acuerdo, el equipo mediador informará al juzgado de dicha circunstancia con el respeto a la confidencialidad.

Para el caso de Diligencias Previas, será tenido en cuenta dicho acuerdo en el escrito de calificación, y la defensa mostrar su conformidad o realizar esta última un escrito de calificación incorporando el acuerdo alcanzado y las variaciones que procedan en cuanto a su calificación penológica.

En los casos de juicios de faltas podrán las partes ejercitar su derecho a no acudir al acto del juicio. En el caso de asistencia de las partes, se valorará dicho acuerdo

Se establecerá un plazo para la realización de la mediación, pero podrá ser ampliada a criterio del juez y por petición del equipo mediador

5ª) *Fase de comparecencia de conformidad y juicio*: En caso de conformidad con el acuerdo se dará traslado de los escritos de conformidad al Juzgado de lo Penal para el enjuiciamiento, produciéndose la ratificación en el acto del juicio, con carácter previo a la práctica de la prueba, y en el caso de los juicios de faltas ante el Juzgado de Instrucción.

6ª) *Fase de reparación o ejecución de los acuerdos*: el contenido será el que determinen las partes, la restitución, la reparación del daño, indemnización, el perdón, etc.

El momento de la reparación deberá ser anterior a la formulación del escrito de conclusiones provisionales a los efectos de su valoración efectiva como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, salvo que las partes hubieran pospuesto la ejecución del acuerdo con posterioridad a la sentencia.

7ª) *Fase de seguimiento*: A instancias del Juzgado, que recabará informes del equipo de mediación sobre el estado del procedimiento y ejecución del plan de reparación

Fase de enjuiciamiento: En esta fase procesal, se realizarán las mismas fases que en la fase de instrucción, con las mismas consecuencias en la determinación de la pena, la suspensión o sustitución de la misma.

Fase de ejecución, Es igual que las anteriores, pero con las diferencias respecto a las anteriores en cuanto a la posibilidad de la suspensión (artículo 83.5 CP) o sustitución de las condenas. (artículo 88.1, parr. 3º)

5.-Evaluación de las Experiencias de mediación de adultos.

1. *Programa de mediación penal de adultos en Cataluña en el año 1998*, iniciado por la Dirección General de Medidas penales alternativas y Justicia juvenil, del cual se realizaron estudios de valoración en el año 2002, que arrojaron como resultado un total de 452 casos, de los que 116 no resultaron viables, y de un total de 210 asuntos en los que consta el resultado, un 66% se llegaron a acuerdos de mediación¹⁹⁴.
2. *Experiencia de Mediación penal de adultos desarrollada en los Juzgados de Madrid y Pamplona*. La experiencia se desarrolló a partir de un acuerdo entre la Asociación de Mediación y Pacificación de Conflictos y el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía de Madrid y Navarra, y se impartió en los

¹⁹⁴ Vid. VALL RIUS, A. / VILLANUEVA REY, N: *El programa de mediación en la Jurisdicción penal ordinaria; un estudio sobre tres años y medio de experiencia*. Generalidad de Cataluña, Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada, 2003

Juzgados de lo Penal N. 20 de Madrid¹⁹⁵, Juzgado de Instrucción 32 y 47 de Madrid y en el Juzgado de Instrucción N. 3¹⁹⁶ de Pamplona.

La valoración realizada por los participantes del proyecto fue muy positiva: Se realiza una valoración del programa, puesto en marcha entre marzo y noviembre de 2006, con la atención de 25 casos, de los que un 24% responden a delitos, y un 76% a faltas, arrojando unos resultados positivos en un 48% confirmando que la mediación penal es posible, y sirvió para la elaboración de protocolos de actuación a partir de las conclusiones prácticas obtenidas.

3. *Experiencias de mediación realizadas a través de convenios de actuación entre el Consejo General del Poder Judicial, personas e instituciones de mediación y los juzgados en todo el territorio nacional*¹⁹⁷(periodo de 2005-2008)

De los resultados arrojados, podemos destacar lo siguiente:

1º) De los casos que fueron derivados a mediación, un 60% pudieron iniciarse, respecto al 40% restante que no pudieron iniciarse por diversos motivos;

2º) Respecto al ámbito objetivo de actuación: un 43,4% constituían infracciones penales calificadas como delito, frente a un 53,6% que eran constitutivas de falta; entre los tipos objetivos las lesiones ascendieron al mayor

¹⁹⁵Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, E. abogada y mediadora, participante del programa cuenta la experiencia llevada a cabo en el Juzgado de lo Penal N. 20 de Madrid. El trabajo realizado se desarrolló de Enero a octubre de 2006, con el tratamiento de 17 casos, habiéndose obtenido un resultado positivo en 8 de ellos. "La mediación en el Derecho Penal de adultos en la fase de enjuiciamiento: un estudio sobre la experiencia piloto en los órganos jurisdiccionales", en *Alternativas a la Judicialización de los conflictos: mediación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 109-137.

¹⁹⁶ Vid. BENITO OSÉS, M.P. y SANTOS ITOIZ, E, " Programa de mediación penal y reparación del daño en el juzgado de instrucción N. 3 de Pamplona", *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, p. 175

¹⁹⁷ Se realiza un trabajo de investigación, analizando la experiencia realizada en los juzgados que se sumaron a la introducción de la mediación penal, durante los años 2005-2008, en RIOS MARTIN, J.C, MARTINEZ ESCAMILLA, M., SEGOVIA BERNABE, J.L., y otros, "Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)

número, (34,5%), seguidas de las amenazas, (24,8%), las infracciones en el ámbito familiar, (18,4%), las injurias, (8,7%) y los robos (8,7%).

3º) En cuanto a los acuerdos alcanzados, el porcentaje de acuerdo alcanzó el 71,2%.

4º) Las consecuencias derivadas de los procedimientos de mediación respecto del proceso penal, en un 68% de los casos se aplicó la atenuante muy cualificada de reparación del daño, y en el 31% la atenuante simple; la suspensión de la pena se otorgó en un 84,6% y la sustitución por multa o trabajos en beneficio de la comunidad en un 11,5%. En ningún supuesto el infractor ingresó en prisión.

El protocolo de actuación diseñado ha servido de marco referencial para la firma de nuevos convenios al que se han suscrito distintos juzgados repartidos por la geografía nacional:

4. *Convenio de colaboración entre el gobierno de Aragón, el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio Fiscal y la Asociación “¿hablamos?” para la mediación intrajudicial en materia penal.*

La Asociación hablamos empezó un proyecto de Mediación Penal en Zaragoza, siendo pionero el juzgado de Instrucción N. 4 de Zaragoza, al que se han ido sumando otros, hasta que con la firma del convenio de colaboración entre el gobierno de Aragón, el CGPJ y el Ministerio Fiscal el 19 de diciembre de 2012 los 12 juzgados de instrucción de Zaragoza capital se sumaron entre 2012 y 2013; y para 2014 se esperaba hacerlo extensivo a los cinco juzgados de instrucción de Huesca y a los tres de Teruel, capitales de provincia, al Juzgado de Instrucción de Calatayud 2, al de Daroca 1 y La Almunia de Doña Godina 2.

Los resultados según el balance realizado por la asociación de los años 2007-2010 fue positivo, con un porcentaje del 33% de acuerdos de reparación realizados, frente al 27% que no hubo acuerdo, y el porcentaje restante, 40% correspondía a casos que no pudieron iniciarse por diversos motivos; por tanto respecto de los casos que llegaron a realizarse se alcanzó un porcentaje de acuerdo del 54%¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Estudio realizado por la Asociación ¿hablamos? entre los años 2007-2010

El Consejo General del Poder Judicial ha publicado en su página web estadísticas en torno a la valoración de las experiencias restaurativas llevadas a cabo en España. Así, en los últimos años, 2011,2012 y 2013¹⁹⁹ los resultados son los siguientes:

DATOS ANUALES 2011

TOTAL derivaciones realizadas **2.306**

TOTAL mediaciones cerradas **2.263**

TOTAL mediaciones efectuadas **1.252**

TOTAL mediaciones terminadas CON ACUERDO **966 77.15%**

TOTAL mediaciones terminadas SIN ACUERDO **286 22.8%**

DATOS ANUALES 2012

TOTAL derivaciones realizadas **2.728**

TOTAL mediaciones cerradas (había pendientes año anterior)**2.613**

TOTAL mediaciones efectuadas **1.383**

TOTAL mediaciones terminadas CON ACUERDO **1.040 75.19%**

TOTAL mediaciones terminadas SIN ACUERDO **343 24.80%**

DATOS ANUALES 2013

TOTAL derivaciones realizadas **3.984**

TOTAL mediaciones cerradas **3.759**

TOTAL mediaciones efectuadas **1.836**

¹⁹⁹ Vid. Pagina oficial CGPJ: www.consejogeneral.es

TOTAL mediaciones terminadas CON ACUERDO **1.4076.41%**

TOTAL mediaciones terminadas SIN ACUERDO **433 23.58%**

La valoración que puede establecerse como resultado de esta estadística, en un principio es que la mediación penal, pese a que no existe regulación positiva, va aumentando su implantación en nuestro sistema de justicia: En 2013 hay un 40% más de derivaciones que en el año 2012, lo que refleja la confianza de los órganos judiciales, fruto de los resultados obtenidos ya durante años, van teniendo en este procedimiento de resolución de conflictos y en su incidencia en la paz social.

En segundo lugar, respecto de los acuerdos alcanzados, el grado de satisfacción que se refleja en los acuerdos alcanzados, más de un 76% durante 2013, tiene gran trascendencia de cara a entender que la mediación puede constituir una institución eficaz de aplicación en nuestra justicia penal.

6.-La mediación en el derecho penal de menores.

a) Ámbito normativo internacional.

En el ámbito de la justicia penal juvenil la justicia restaurativa se desarrolló desde una época muy temprana, atendiendo al potencial educativo y a la finalidad de protección que se persigue en la regulación de los menores.

Con anterioridad a la Convención sobre los Derechos del niño, existían recomendaciones sin carácter vinculante en el marco penal de Naciones Unidas, dirigido a menores: las *Reglas de Beijing*, aprobadas por la Resolución 40/33 de noviembre de 1985 de la Asamblea General de Naciones Unidas, reglas mínimas para la administración de justicia de menores, ya tenían por objeto procurar el bienestar del menor, evitando, en lo posible su paso por el sistema de justicia de menores.

La Regla 11.1 dispone que “se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes para que los juzguen oficialmente.”

La Convención sobre los Derechos del niño de 20 de Noviembre de 1989 supuso la obligatoriedad para todos los estados miembros que la suscribieron, y en su artículo 40.3.b) establece la conveniencia de tratar a los menores sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías jurídicas

En este mismo sentido la Recomendación N° R (87) 20, de 17 de Septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, aconsejaba el desarrollo de los procedimientos de desjudicialización y mediación como alternativas al proceso para los menores infractores.

b) *Ámbito normativo interno: LO 5/2000 de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de Menores,*

En la actualidad, el proceso penal del menor es el único que contempla la Mediación; tanto en la fase de instrucción, que puede conducir al sobreseimiento y archivo del procedimiento, como en la fase de ejecución, una vez que el menor ha sido condenado en sentencia, pudiendo dejar sin efecto las medidas que en ella se contemplan.

En el derecho de menores, si bien es cierto, que al igual que en el derecho de adultos, rige el principio de legalidad y el principio acusatorio, presenta especialidades que favorecen el desarrollo de la Mediación y otras herramientas de Justicia Restaurativa, como son el interés superior del menor y la finalidad sancionadora-educativa respecto de las medidas de aplicación en los procesos penales²⁰⁰.

La derogada *Ley Orgánica 4/1992 de 5 de Junio* ya incorporaba la reparación del daño, y aunque no recogía el concepto de Mediación, propiciaba la conclusión del procedimiento en aquellos casos de menor gravedad, atendiendo a las circunstancias del menor y al compromiso de reparación del daño respecto de la víctima, (artículo 15.1), así como a la suspensión del fallo (artículo 16.3).

La vigente *Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal del Menor* estableció un modelo avanzado de justicia restaurativa donde se reconoce la

²⁰⁰ La ley del Menor contempla la determinación de la pena de forma flexible y un amplio alcance del principio de oportunidad se justificaban en el principio fundamental del interés del menor; y ello a pesar de las subsiguientes modificaciones legislativas: LO 15/2003 que introdujo la acusación particular a favor de las personas ofendidas cuando se trataba de menores o incapaces, y la LO 8/2006 que reforzó los derechos de las víctimas y endureció la respuesta penal a los menores infractores, fruto de las demandas sociales, en TAMARIT SUMALLA, J., " La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal en *La Justicia Restaurativa....*, ob. cit. p.p. 76-77

Mediación como un medio para alcanzar la conciliación-reparación entre la víctima y el menor ofensor, estableciendo los supuestos en los que cabe su aplicación, así como el procedimiento para su puesta en marcha. En su Exposición de Motivos refiere atención especial a la reparación del daño causado y a su reconciliación con la víctima, con un predominio de los criterios educativos y resocializadores sobre los de defensa social y de prevención general²⁰¹.

El interés superior del menor, al que va orientado el sistema penal de menores, ha desarrollado alternativas que han permitido una respuesta penal diferente a la de adultos, más orientada en la reeducación del menor, con una atención especial a sus circunstancias personales, educativas y sociales; y el cauce a través del cual se han desarrollado estas especialidades ha sido el *principio de oportunidad*, permitiendo el desistimiento del proceso, aun concurriendo sus presupuestos para iniciarlo, por razones de política criminal, si se aprecia para el menor mayores beneficios, una vez que concurran determinados requisitos(*oportunidad reglada*).

La LO 5/2000 concede un amplio margen a la justicia restaurativa, sin embargo no atribuye a la reparación carácter obligatorio, de ahí que no se contemple ninguna medida de reparación aunque el juez podría hacer uso de la cláusula residual séptima en relación con las medidas a imponer para la libertad vigilada, concebida en un concepto amplio del término. Esta circunstancia se halla acorde con los principios generales de la teoría del derecho penal, que no atribuyen a la reparación consecuencia jurídico-penal, junto a la pena y a la medida de seguridad²⁰².

Más allá de la propia regulación que la Ley del menor ofrece, reservando dos momentos para la realización de la mediación, uno en fase de instrucción y el otro en la fase de ejecución de sentencia, nada obsta para que se puedan implementar procesos de mediación en las fase de audiencia, sin embargo la ley no lo prevé, y por tanto en nada podría afectar al desarrollo de esta fase, no

²⁰¹ Vid. TAMARIT SUMALLA, J. "La articulación de la Justicia Restaurativa...", ob. cit. p. 76

²⁰² El artículo 7.1 de la Ley no incluye ninguna medida de reparación, lo que no es óbice para que el juez no pueda imponer alguna, en aplicación de su cláusula residual séptima: ("cualesquiera otras obligaciones que el Juez estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona"). Se extrae la naturaleza del estatuto jurídico de la reparación, a la que no se le otorga el carácter de sanción penal, sino como forma de reacción alternativa, en TAMARIT SUMALLA, J., "La articulación de la Justicia Restaurativa..", ob. cit. p. 78.

obstante cabría la comunicación al Juez de Menores, al efecto de poder adoptar medidas concretas en el momento de la sentencia²⁰³.

1.- Presupuesto objetivos.

1).- El consentimiento de las partes para la Mediación.

Las partes deben otorgar el consentimiento para participar en el proceso de mediación, y este podrá ser revocado en todo momento; por tanto no se trata de un consentimiento de carácter vinculante.

La ley contempla la asistencia de los padres o representantes legales, aunque se les reconozca plena capacidad procesal, como una medida de apoyo afectivo y psicológico; de tal forma que el artículo 5.1C) RD 1774/2004 prevé que el intento de solución extrajudicial que el Equipo Técnico proponga deberá ser aceptado por el menor y por sus representantes legales, donde la ley no lo exige, contraviniendo el Reglamento a la norma, y pudiéndose por tanto, entenderse como ilegal ²⁰⁴, ya que en el párrafo 6ª del artículo 19, requiere únicamente la conformidad de los representantes legales de la víctima cuando éste sea menor de edad, omitiendo dicha intervención de los representantes legales respecto del menor-infractor.

2).-El reconocimiento de los hechos.

La contemplación de la mediación penal en estos procesos, pasa por el reconocimiento de los hechos por parte del menor, que expresamente se recoge en el artículo 19, lo cual difiere sustancialmente respecto de la mediación realizada entre adultos dentro las experiencias concretas que se ha venido realizando, donde no es precisa una confesión o reconocimiento de los hechos como requisito previo para la participación en un proceso de mediación; se persigue garantizar plenamente el principio de presunción de inocencia y la no interferencia o superposición entre los dos procesos, de tal forma que el sujeto infractor, toda vez que se haya visto frustrada la Mediación, pueda acudir al proceso penal con plenas garantías.

²⁰³ Vid. CUCARELLA GALIANA, L. A., "Justicia restaurativa y menores infractores de la ley penal", en GARCILANDÍA GONZÁLEZ, P.M. y SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Sobre la Mediación Penal (Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español)*, Cizur Menor, 2012, p.567.

²⁰⁴ Vid., GARCIA-ROSTAN CALVIN, G., *El proceso Penal de Menores....*pp. 95

A mayor abundamiento dicho reconocimiento de hechos al no establecerse cuándo debe realizarse, y en qué forma debe prestarse, a mi juicio se conculca el principio de presunción de inocencia en los casos que la mediación no llegue a buen fin, y se deba de retornar al proceso judicial. Así, el párrafo 2 del artículo 19 dice que “se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas...”

La interpretación que debe darse a este artículo, en mi opinión, es que no puede existir mediación sin reconocimiento de hechos, lo cual no quiere decir que el reconocimiento o la confesión deba constituir un requisito previo a la mediación aunque si presupuesto para su apreciación definitiva, solo de esta forma, quedaría salvado el principio de presunción de inocencia, en el caso de frustración del proceso de mediación y la incoación posterior de un expediente de reforma.

En cualquier caso, la participación del menor en un procedimiento de mediación, no supondrá nunca una *ficta confessio*²⁰⁵, que faculte a dictar una sentencia condenatoria del menor, ni tan siquiera como un indicio de culpabilidad en los casos que el expediente de reforma se retome por abandono de la mediación o por el incumplimiento de los acuerdos alcanzados, por cuanto que la culpabilidad solo puede venir sustentada por un acervo probatorio suficiente para determinar la acción ilícita. Pero, si el reconocimiento de hechos se ha producido ante el Ministerio Fiscal, y consta en el expediente de reforma, una vez que se retorna dicho expediente, resulta poco realista que se puedan asegurar las garantías del menor, de ahí que la solución que podría arbitrarse de *lege ferenda* sería la supresión del presupuesto de exigencia de reconocimiento de los hechos, al menos por escrito, de igual forma que este presupuesto no es exigible a las mediaciones que se vienen desarrollando en los procedimientos de mediación de adultos.

3.) *La conciliación*

²⁰⁵ En este sentido, CRUZ MARQUEZ, B., “ La mediación en la Ley Orgánica 5/2000.., ob. cit., p. 14. ; Cfr. GARCIA-ROSTAN CALVIN, G., *El proceso Penal de Menores.*, ob. cit., p. 93; Cfr. SANZ HERMIDA A.M. *La mediación en la justicia de menores*, ob. cit., p.169

...

La conciliación por tanto implicará un reconocimiento del daño causado, la petición de disculpas y la aceptación de las mismas por la víctima; por tanto, se deduce que la conciliación requiere necesariamente la concurrencia de dos voluntades, la del menor y la de la víctima, sin este consenso no hay conciliación. Este hecho, ha sido objeto de críticas por la doctrina, en el sentido de que se deja en manos de la víctima la continuación o no de la causa, obviando el principio educativo y el valor superior del interés del menor, sin embargo, esto no es cierto, porque la conciliación siempre debe de tener el convenio entre las voluntades contrapuestas, y el interés del menor queda salvado en la propia ley, al otorgar facultades para solicitar el sobreseimiento al Fiscal cuando el menor haya reconocido el daño y presentado disculpas con el compromiso de cumplimiento de la medida educativa impuesta por el Equipo Técnico²⁰⁶.

La conciliación puede abarcar o no la reparación del daño. La conciliación se erige como paso previo para el establecimiento de los acuerdos de reparación. Es decir, se dejan a salvo las acciones de reclamación civil que pudieran instarse.

El contenido de la conciliación quedará perfilado por los encuentros realizados entre las partes con la intervención del Mediador, función asumida por el Equipo Técnico y la plasmación de los acuerdos alcanzados constituirá el contenido de la reparación; y todo ello con independencia de las consecuencias jurídicas que tanto la conciliación como la reparación vayan a tener en la pena, contempladas por la norma y al margen de un derecho de naturaleza dispositiva.

4) La reparación.

La reparación incluye el compromiso asumido por el menor en la realización de una actividad beneficiosa para la víctima o para la comunidad, así como su realización efectiva, por lo que es requisito imprescindible que se cumpla a efectos de poder decretarse el sobreseimiento.

La reparación difiere de la conciliación, puesto que se trata de proporcionar un resarcimiento bien a la víctima, bien a la comunidad. El artículo 5.1 del RD 1774/2004 establece que el Equipo Técnico determinará la

²⁰⁶ Vid. GONZALEZ PILLADO, E./ GRANDE SEARA, P., "La mediación en la Justicia penal de menores: posibilidad, presupuestos y efectos, en GARCILANDÍA GONZALEZ, P.M. y SOLETO MUÑOZ, H., *Sobre la Mediación Penal*, ob. cit. p. 571

actividad reparadora una vez desarrollada la mediación entre el menor y la víctima.

La reparación por otra parte, exige también la concurrencia de las dos voluntades, la del menor y la víctima, que a través del proceso de mediación se delimitarán los acuerdos a alcanzar.

El incumplimiento del acuerdo de reparación determinará la reapertura del expediente de reforma. (Artículo 19.5 LORPM), salvo la imposibilidad sobrevenida ajena a la voluntad.

Puede darse el caso de conciliación y no acordarse la reparación, ya que no se entienden presupuestos acumulativos, pero los fines de la mediación hacen que la integración entre los dos presupuestos conciliación y reparación sea la situación óptima en estos procesos.

Por otra parte, los acuerdos reparación, deberían incluir el cumplimiento de las responsabilidades civiles, sin embargo, el propio artículo 19.2 LORPM, señala que dichos pactos despliegan sus efectos “ sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil” ..., lo cual no deja de ser, a mi juicio, un error de estrategia del legislador, puesto que abre la puerta a todos los posibles escenarios, donde las víctimas tengan que ejercitar acciones civiles ante la jurisdicción civil como consecuencia del sobreseimiento del proceso penal en el caso de no haberse satisfecho las responsabilidades civiles, lo cual resta eficacia al proceso mediador, con unos incrementos de tiempo y medios económicos que finalmente deberá asumir la víctima, lo que le puede llevar a desincentivarse a la hora de elegir un procedimiento que no resuelve de forma completa y satisfactoria sus derechos. Por el contrario, una mediación que alcance, la conciliación y la reparación con una vocación inclusiva de la reparación civil puede suponer una mejor defensa de los derechos e intereses de la víctima y del victimario, y un procedimiento más eficaz para la aplicación de la justicia de menores en este caso.

5.) La propuesta del Equipo Técnico.

La propuesta elaborada por el Equipo Técnico puede producir el sobreseimiento del expediente de reforma, lo que supondría una consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad (regulado de forma exclusiva en la legislación de menores), pero excede del ámbito contemplado en el propio artículo 19 donde, que lleva por título “ Sobreseimiento del expediente por conciliación entre el menor y la víctima. “ y por tanto de la Mediación, donde el

Mediador no propone sino que facilita, siendo las partes las que establecerían los términos de sus acuerdos, aunque dentro de los límites definidos por los principios y las normas penales, en concreto también dentro del interés superior del menor que preside esta legislación especial.

La determinación de las propuestas por el Equipo Técnico, aparecen contempladas en el artículo 5.1 del RD 1774/2004, tal y como me he referido al hablar de la reparación.

2.-Sujetos intervinientes: El menor, la víctima, y el Equipo técnico.

El artículo 19 LORPM, habla del menor infractor, la víctima o perjudicado. La existencia de una dualidad de posiciones no es óbice para exista una pluralidad de partes, en los casos en que haya más de un infractor y/o más de una víctima.

Las funciones de mediación serán realizadas por el equipo técnico, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 19: “el correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento”. Por tanto, además de las funciones de mediación se le encomienda el seguimiento en el cumplimiento de los acuerdos.

El Ministerio Fiscal no es parte en el proceso de mediación pero sin embargo, en base a criterios de oportunidad va a ser quien valore la posibilidad de que un asunto llegue a mediación o proceda el sobreseimiento en cumplimiento de las previsiones legales. Se trata de una oportunidad reglada²⁰⁷, y no libre, en atención a los supuestos de menor gravedad, con violencia o intimididad menos grave, y con la conciliación del menor y la víctima, el compromiso del menor a reparar, o el cumplimiento de determinadas actividades educativas..)

La intervención de los representantes legales está contemplada en el Reglamento de la Ley: artículo 5.1 c) que establece que la mediación solo será

²⁰⁷ Vid. CALLEJO CARRION, S., “ El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *Diario Le Ley*, num. 6366, 24 de noviembre de 2005,

posible con el consentimiento del menor y los representantes legales. Para el caso de la víctima, es necesario igualmente el consentimiento de sus padres o representantes legales. Sin embargo, a diferencia de los *Conferencing*, no participan en los procedimientos de mediación, lo que a juicio de TAMARIT SUMALLA pudieran tener cabida dentro del marco de la Ley²⁰⁸.

3.- Contenido de la mediación.

-El sobreseimiento.

El artículo 19 de la LORPM prevé la posibilidad de sobreseimiento²⁰⁹ del expediente de reforma en base a criterios de oportunidad del Ministerio Fiscal: “ El MF podrá desistir de la continuación del expediente atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño a la víctima o al perjudicado del delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. El desistimiento en la continuación del expediente solo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta”.

El citado precepto presenta una redacción poco clara, no exenta de dificultades en su interpretación:

1º) procederá el sobreseimiento aun cuando el menor no se haya conciliado con la víctima pero haya cumplido con los deberes que le ha impuesto el equipo técnico, y ello a tenor del último inciso que previene el artículo acerca del cumplimiento con una actividad educativa impuesta por el equipo técnico como causa suficiente para el sobreseimiento cuando se cumpla el requisito de la menor gravedad. En este caso, debe quedar claro, que nada tiene que ver con la justicia restaurativa, por lo que parecería más recomendable su regulación separada.

²⁰⁸ Dado el silencio legislativo que ni permite ni prohíbe la participación de los representantes legales en los procesos de mediación, queda abierta dicha posibilidad, a criterio del Ministerio Fiscal, como responsable de los efectos intraprocesales de la mediación, según TAMARIT SUMALLA, J., en “ la articulación de la Justicia Restaurativa ...”, op. cit. p. 85

²⁰⁹ Vid. FERREIROS MARCOS C.E, y otros, en *La Mediación en el derecho penal de menores*, Dykinson, Madrid, 2011

2) A diferencia del sobreseimiento del artículo 18, el sobreseimiento regulado en el artículo 19 está sometido a control judicial, dando lugar a un auto de sobreseimiento y archivo, con remisión de todo lo actuado.²¹⁰

2º) El concepto de “menor gravedad”, no queda aclarado por el legislador, ya que no aclara los criterios para su determinación; mientras que en el primer inciso parece aceptarse cierta violencia o intimidación menos grave, el inciso final, refiere su aplicación a delitos menos graves o faltas²¹¹.

Hay autores que entienden de este contexto una forma cumulativa de ambos requisitos para el sobreseimiento, es decir: la calificación de delito menos grave o falta y además la inexistencia de violencia o intimidación graves.

Respecto a la definición de “grave”, atendemos al artículo 13 CP. que señala que son delitos graves las infracciones que la ley castiga con pena grave, remitiendo al artículo 32.2 CP. donde se establecen las penas que se consideran graves. Siguiendo a TAMARIT SUMALLA pese a que existe una indeterminación en el requisito de la *falta de violencia o intimidación menos grave*, que quedaría sujeta a la interpretación del Ministerio Fiscal, y el último inciso del artículo 19, que constriñe la posibilidad de desistimiento a los *delitos menos graves*, la regulación del archivo por oportunidad a diferencia de la regulación del archivo por oportunidad derivada de un procedimiento de mediación, es más restrictivo, ya que la alusión a la gravedad se realiza de forma excluyente, sólo cuando se trata falta de delitos menores sin violencia y sin intimidación, de ahí que podamos extraer como consecuencia un criterio favorable de la Ley hacia la mediación como causa de sobreseimiento²¹².

El artículo 19 nada dice a cerca de la reincidencia, y por tanto, a priori, no cabría excluir los supuestos del menor reincidente, sin embargo cuando habla de las circunstancias a tener en cuenta por el Ministerio Fiscal a la hora de proponer el sobreseimiento, refiere “ a las circunstancias de los hechos y del

²¹⁰ Vid. FERREIROS MARCOS, C.E., SIRVENT BOTELLA, y otros, en *La Mediación en el Derecho penal de menores*, ob. cit., p.181

²¹¹ Vid. MARCHENA GÓMEZ, M., “ Reglas Generales para la instrucción del procedimiento, en CONDE-PUMPIDO FERREIR, C. (Dir), *Ley de la responsabilidad penal de los menores*, Trivium, Madrid,2001.

²¹² Vid. TAMARIT SUMALLA, J. “La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal,” en *La Justicia Restaurativa...*,ob. cit., p. 80

menor”, y en este cajón de sastre podría incluirse la existencia de hechos anteriores como circunstancia a tener en cuenta para no solicitar el sobreseimiento.

Se trata de un sobreseimiento sujeto a condición, cuyo control le compete al Ministerio Fiscal, a través de los informes que el Equipo Técnico le vaya facilitando.

-La suspensión de las medidas impuestas en la sentencia.

El artículo 51.3 LORPM, a diferencia del artículo 19 de la ley, habla de que la conciliación del menor con la víctima podrá dejar sin efecto la medida impuesta, a propuesta del Ministerio Fiscal, el letrado del menor, cuando el juez considere, una vez oído al equipo técnico, y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores.

En este caso, no se concretan los aspectos objetivos, es decir, qué supuestos podrían incluirse en esta previsión. Esta indeterminación ha llevado a un sector de la doctrina a entender que no aparecen los límites en relación a la gravedad del hecho, como se establecían en el artículo 19²¹³. Sin embargo la remisión que del propio artículo 53.3 se realiza al artículo 19 LORPJ, parece delimitar dichos aspectos objetivos, y por tanto, en mi opinión, de acuerdo con dicha remisión legal, quedarían fuera de la conciliación y los acuerdos de reparación igualmente los supuestos de casos graves o de violencia e intimidación graves, y subsistiendo además los mismos interrogantes planteados en torno a discernir los casos que serían aplicables o cuáles se quedarían fuera, a tenor de la falta de concreción o determinación del concepto de mayor o menor gravedad, tal y como hemos apuntado al analizar el citado artículo 19 LORPM.

Algunos autores han deducido, de la redacción del precepto, que el perjudicado quedaría excluido de la mediación si se realiza en fase de

²¹³ En este sentido se pronuncia SANZ HERMIDA, A. M., “La mediación en la justicia de menores”, en *Mediación: un método de? Conflictos: estudio interdisciplinar*, ob. cit., p. 172; en igual sentido, TAMARIT SUMALLA, J., “La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal”ob. cit. p. 87

ejecución²¹⁴, ya que literalmente el artículo 53 habla del menor y de la víctima. Sin embargo, entiendo que habría que incluir dentro del concepto de víctima al perjudicado, de acuerdo con la revisión del concepto de víctima establecido en La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de Octubre de 2012 que modifica y amplía sustancialmente las disposiciones de la Directiva marco 2001/220/JAI, relativas al estatuto jurídico de víctima. Por otra parte, en base a criterios de eficacia y virtualidad, obtener una solución jurídica completa inclusiva de todos los aspectos y comprensiva de todas las partes afectadas parece una respuesta más adecuada. Por tanto, cabría realizar una interpretación extensiva más allá de la literalidad del precepto.

Los artículos 5.3 y 15 del RD 1774/2004 regulan los aspectos procedimentales de esta mediación en el momento que las medidas fijadas por sentencia se están cumpliendo²¹⁵. Esta previsión legal ha hecho plantear a algunos autores la duda de si no estaríamos ante un supuesto de conculcación del principio *non bis in ídem*, al imponer al menor una medida sancionadora-educativa cuando ya está cumpliendo las medidas fijadas en sentencia.²¹⁶

Se hace necesario en este momento, para dejar sin efecto la medida que se está ejecutando, la convergencia de una solución participada entre el menor y la víctima, sin que tengan cabida otras fórmulas alternativas de reparación social como la realización de tareas socioeducativas o prestación de servicios en beneficio de la comunidad, ya que la ley y el reglamento no aluden a ellas.²¹⁷. Sin embargo, la ley, no se excluye dicha posibilidad, por cuanto que la misma estaría contemplada en el párrafo 1 del artículo 53 que contempla expresamente la posibilidad de sustitución de las medidas establecidas en sentencia por otras, de igual o menor duración, de oficio, a propuesta del Ministerio Fiscal, del letrado del menor, o de la administración competente. En el mismo sentido refieren los artículos 13.1 LORPM que establece la posibilidad incluso de oficio, de modificar,

²¹⁴ Así lo interpreta, SANZ HERMIDA, A.M., en “ La mediación en la justicia de menores”, en obra cit.

²¹⁵ La mediación post sentencia es un mecanismo para la desinstitucionalización del menor según señala SANZ HERMIDA A.M., en La Mediación en la justicia de menores., pag 161

²¹⁶ Vid. GONZALEZ PILLADO E., “La mediación en la justicia penal de menores: posibilidades, preexpuestos y efectos, en GARCILANDIA GONZALEZ y SOLETO MUÑOZ (Dir.) en *Sobre la Mediación Penal (Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español)* p. 611

²¹⁷ En este sentido se pronuncia GONZALEZ PILLADO, E, y GRANDE SEARA, P, en “ La mediación en la justicia penal de menores..., ob. cit., p. 613.

reduciendo su duración o mediante la sustitución de la medida impuesta al menor, cuando redunde en su interés y se exprese suficientemente el reproche que merece su conducta; y el artículo 49 LORPM que contempla que la entidad pública de reforma pueda solicitar la revisión de la medida en los mismos términos.

Como quiera que el cumplimiento de las medidas establecidas en la sentencia ya se ha iniciado, la entidad pública de reforma que tenga encomendada la ejecución de las medidas asumirá las competencias de mediación, que en fase de instrucción correspondían al Equipo Técnico. Así, el artículo 45.2 LORPM atribuye la competencia administrativa para la ejecución de las medidas adoptadas por los jueces de menores a las Comunidades Autónomas, pudiendo establecerse acuerdos de colaboración con entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, para la asunción de las funciones de mediación, de conformidad a lo establecido en el artículo 15.1 del RD 1774/2004.

Aunque el artículo 51.3 hace referencia exclusiva a la posibilidad de dejar sin efecto la medida impuesta, no parece haber obstáculo para la adopción de modificaciones o sustituciones de pena²¹⁸.

4.- La Mediación en la fase previa a la iniciación del proceso.

La mediación como fase previa a la iniciación del proceso no está contemplada en la Ley; así el artículo 18 establece la posibilidad de que el Fiscal pueda desistir de la iniciación del procedimiento para los casos menos graves sin violencia o intimidación en las personas y las faltas, dando traslado a los órganos de protección de menores, para el establecimiento de medidas de protección, y dando cuenta del desistimiento a la víctima y los perjudicados.

El Ministerio Fiscal sería el encargado de derivar el asunto a mediación, de conformidad con lo establecido en el artículo 27.3 LORPM, por ser el encargado de la tramitación del expediente de reforma, pero también puede ser solicitado por el letrado del menor, quien le dará traslado de esta petición al Fiscal; y el Equipo Técnico, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.2 del RLORPM puede valorar la conveniencia de efectuar una actividad reparadora o

²¹⁸ FERREIROS MARCOS C.E, y otros, en *La mediación en el Derecho Penal de Menores...* ob.cit. p. 198

de conciliación, dando traslado para ello al Ministerio Fiscal y al letrado del menor, proponiendo la solución extrajudicial más adecuada.

Pero el monopolio de la acción penal no es sólo del Ministerio Fiscal, la LO 15/2003 de 26 de noviembre, introdujo la figura del acusador particular en los procesos de menores, quien puede oponerse al sobreseimiento, debiendo ser el juez quien decida pudiendo sobreseer el expediente, atendiendo a la previsión legal que establece el artículo 19 del compromiso de cumplimiento con la medida educativa impuesta por el equipo técnico, pese a la negativa de la víctima o la acusación particular en relación a una eventual conciliación y/o reparación²¹⁹.

Los supuestos de reincidencia no estarían excluidos a priori por cuanto que la ley no establece esta exclusión, y quedarían sujetos a criterios de oportunidad.

5.- Experiencias prácticas en menores desarrolladas en España

-Programa de mediación de la Comunidad de Cataluña-

El primero de estos proyectos, fue el desarrollado en Cataluña en el año 1990, fruto de un acuerdo entre la Dirección General de Justicia Juvenil y la primera promoción de Jueces de menores²²⁰.

Este programa, orientado a menores, fundamentalmente recogió la mediación dentro de las prácticas de conciliación y reparación; y aunque se dirigía a la reparación de la víctima, se potencializaban los procesos de mediación²²¹.

²¹⁹ En un sentido favorable al sobreseimiento en los casos de que la mediación no haya tenido éxito o por causa no imputable al menor, en virtud de la aplicación del párrafo 4º del artículo 19 se pronuncia SANZ HERMIDA, A. M., *Comentarios a la Ley penal del menor (conforme a las reformas introducidas por la L.O. 8/2006)*, Iustel, 2007m p. 215.

²²⁰ El programa se inició bajo el marco normativo de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, y al amparo de la R(87)20 sobre las reacciones sociales a la delincuencia juvenil.

²²¹ Con este programa se pretende pasar de un modelo tutelar a otro de responsabilidad, donde se persiguen entre otros fines, los de facilitar el reconocimiento de las normas, la desjudicialización y la incorporación de los derechos de las víctimas; el programa supone una alternativa al sistema de sanciones y una nueva visión hacia las personas; la mediación fue la única alternativa al

El procedimiento a seguir consistía básicamente en lo siguiente: 1º) El Fiscal pedía un informe al equipo técnico, 2º) El equipo comprobaba la voluntariedad del menor en reparar y el reconocimiento de los hechos, 3º) Se derivaba el asunto al equipo de mediación, 4º) el mediador informaba al fiscal de las posibilidades de reparar, y previa su autorización, se contactaba con la víctima. 5) A partir de aquí, y bajo estos presupuestos se iniciaba el procedimiento de mediación, con los encuentros con la víctima y el infractor.

EL contenido de los acuerdos era la conciliación, las disculpas, la reparación económica y los trabajos en beneficio de la comunidad.

El equipo de mediación estaba formado por profesionales del cuerpo de delegados de asistencia al menor de la *Generalitat*, fundamentalmente psicólogos o trabajadores sociales.

Los presupuestos para iniciar la mediación eran la asunción de cierta responsabilidad por parte del menor infractor, la voluntariedad de mediar y la capacidad reparadora. En un primer momento estas condiciones eran valoradas por el equipo técnico que, en su caso derivaba el asunto a mediación, bajo el protocolo señalado, pero a partir de octubre de 1996 estas condiciones pasan a ser valoradas directamente por el Equipo de Mediación.

Respecto a este programa, se realizaron evaluaciones, con gran significado, la realizada entre mayo de 1990 y mayo de 1996, que llevó a cabo 3.600 casos; los hechos mayoritariamente eran robos con fuerza e intimidación, daños y lesiones; los resultados positivos lo fueron en un 83% de los casos; significativo es que el elemento valorativo de la gravedad percibido para las partes se distanciaba del elemento de gravedad formal del hecho tipificado; las víctimas se consideraron resarcidas.

El programa se desarrollo con la participación de la víctima, pero también se extendía a aquellos casos que la víctima no prestaba el consentimiento, de conformidad con las previsiones legales.

En cuanto al seguimiento del cumplimiento de los acuerdos, se constató que no existen mecanismos legales para su control. Pero el aspecto positivo, a juicio de sus organizadores, fue que disminuyeron notablemente los

procedimiento contemplada. Son reflexiones realizadas por VARONA MARTINEZ, G. en *La mediación reparadora como estrategia de control social...* ob. cit., p. 259.

internamientos en los centros de reforma. Algunas carencias, como la manifestada por los propios participantes fueron la falta de una red comunitaria de apoyo, el ensanchamiento de las redes de control al atender casos esencialmente de menor gravedad, o las posibles vulneraciones a la presunción de inocencia.

-Programa de mediación de la Comunidad de Madrid.

Este programa, a diferencia del anterior, que fue realizado fundamentalmente por dos juzgados de menores, lo esencial no era la confrontación con la víctima²²², se realizaban reparaciones extrajudiciales que se reflejaban preferentemente en el archivo del procedimiento, o también, aunque en menor medida, como suspensión del fallo. Para ello, existía una colaboración con distintos centros, que recibían subvenciones para desarrollar proyectos de reparación y trabajos comunitarios.

Se procedió a realizar una valoración interna del programa de 1993 a 1995, con unos porcentajes más bajos que el programa catalán en cuanto a acuerdos obtenidos de reparación (en torno a un 12,5%); los casos tratados fueron referidos fundamentalmente a daños, si bien se constataron tasas muy bajas de reincidencia.

La valoración final resultó muy positiva, pero se destaca la necesidad de una mayor continuidad de los programas al objeto de una mejor comprensión a cerca de la incidencia de estos sistemas de control social en un sentido más amplio.

-Programa de mediación de menores en el País Vasco²²³

El programa de mediación con menores se inició a partir de la promulgación de la ley del menor 4/ 1992, y se llevó a cabo por parte de los equipos técnicos, y centrada más en los intereses del menor que en la mediación educativa de base comunitaria.

²²² VARONA MARTINEZ, G. en *La mediación reparadora como estrategia de control...*ob.cit., p. 264, expone, siguiendo las conclusiones elaboradas por el IMAIN (Instituto Madrileño de Atención a la Infancia) que en este programa no eran relevantes los intereses de las víctimas, además de ser un proyecto más judicial, que de carácter alternativo.

²²³ Ídem.

En 1997, el Gobierno Vasco firmó convenios de colaboración para la realización de conciliaciones/reparaciones y posteriormente también trabajos en beneficio de la comunidad, con algunas instituciones como Renfe, Metro Bilbao y Eusko Tren, por los que se renunciaba a la acción civil.

La valoración de los resultados fue positiva, con bajos índices de fracaso; las reparaciones consistieron en trabajos en beneficio de la comunidad, petición de disculpas, seguimiento de un tratamiento, etc...

-Programa de Mediación realizado por los Equipos Técnicos de los juzgados de Menores de Zaragoza²²⁴

El EMA (Equipo Medio Abierto) empezó a hacer conciliaciones-reparaciones con la promulgación de la Ley 4/92; la Fiscalía de Menores consideraba que, en determinados casos, era más conveniente para el menor y para la víctima llevar a cabo una reparación extrajudicial y rebajar su petición de medida o directamente pedir el archivo o el sobreseimiento al o a la Juez de Menores.

En estas primeras experiencias se comprueba que dando un contenido educativo a las reparaciones y conciliaciones extrajudiciales, éstas tenían una gran capacidad preventiva, que se relacionaba directamente con el hecho de que la intervención se iniciaba en fechas más próximas a la comisión de los hechos que en el procedimiento judicial ordinario; esta actuación tan cercana en el tiempo ponía fin, en muchos casos, a lo que podía ser el inicio de una escalada de sucesos y hechos delictivos protagonizados por el menor.

El procedimiento que se sigue, es el siguiente:

-Inicio de la intervención: Se entrevista el EMA con el menor infractor, sus representantes legales y el letrado, previa entrega por parte de la Fiscalía del expediente de Diligencias Preliminares, que recoge la información del caso.

Se informa del motivo de la intervención en una primera entrevista y la posibilidad de una solución extrajudicial. Es el momento de recabar la información sobre los hechos ocurridos y como inciden en la persona del menor,

²²⁴ Vid., BENEDI CABALLERO, M. y AGUELO MUÑOZ, F, " Proyecto educativo del IASS, sobre Intervención con los menores de edad en conflictos con la Ley Penal", IASS, 2009

en su familia y su entorno social, si el menor reconoce el daño causado y asume su responsabilidad, la disposición de conciliarse con la víctima.

Una vez que el menor reconoce el daño ocasionado y acepta su voluntad de conciliarse con la víctima y reparar, se procede con la vía extrajudicial.

-Entrevista con la víctima: se realiza una entrevista con la víctima informando de la apertura del expediente y de la intención de resolverlo de forma amistosa, con una conciliación y con una reparación, en su caso, y el modo de proceder; se intenta obtener toda la información a cerca del conflicto, sobre cómo las partes quieren resolverlo, cuáles son los intereses, y teniendo en cuenta que las medidas a imponer deben contener fines educativos, pero sin olvidarse del daño sufrido por las víctimas.

-Acuerdos de Conciliación y Reparación: los acuerdos alcanzados por las partes se materializan con la conciliación y/o reparación, y son firmados por el menor, y sus representantes legales; pueden ir desde reconocer ante la víctima el daño, el compromiso de no reincidir, la realización de actividades voluntarias en beneficio de la víctima o de la comunidad, la asunción del pago de una cantidad como compensación por el daño ocasionado.

Se aprecia una diferencia sustancial de estos programas con relación a la Mediación, tal y como la hemos descrito, y es que, la propuesta del acuerdo es realizada por el Equipo Técnico, no fruto del consenso encontrado entre el menor y la víctima, y a mi juicio tiene su sentido, ya que estos programas van orientados a la reeducación del menor y en su interés también, por lo que se deja menos margen a la libertad de las partes en su delimitación y concreción, siendo el Equipo Técnico el que, partiendo de las propuestas recabadas por las partes, el que elabore el programa educativo.

Respecto a la responsabilidad civil, el Ministerio Fiscal, la ejercita, salvo que el perjudicado renuncie a ella o la ejercite él mismo.

Con la modificación en virtud de la Ley 8/2006 las Conciliaciones - Reparaciones deben quedar solucionadas paralelamente la responsabilidad penal y la responsabilidad civil.

La tipología de casos en las intervenciones extrajudiciales que se realizan son: daños materiales, uso indebido de vehículos, tenencia de sustancias, desobediencia a la autoridad, conflictos escolares o acoso, violencia intrafamiliar, estafa, delitos contra el honor, delitos informáticos.

6.-Valoración de las experiencias realizadas.

- 1) La valoración de las experiencias realizadas ha resultado positivas en atención a los altos índices de participación de los menores infractores y las víctimas, cuando fueron llamadas.
- 2) Los resultados de los programas en general, han resultado satisfactorios, con resultados positivos, y bajos índices de reincidencia.
- 3) Resulta necesario, a mi juicio, separar los equipos de mediación de los equipos técnicos, operadores jurídicos cooperadores necesarios en los procesos de menores, para que el recurso a la mediación constituya una justicia alternativa al proceso judicial, y pueda cumplir óptimamente sus fines.
- 4) La necesaria diferenciación de los procesos de mediación respecto de las sanciones alternativas que puedan imponerse desde dentro del procedimiento judicial, debe ser más nítida, para de esta forma no generar confusión entre los resultados del proceso judicial y los derivados de los sistemas de justicia restaurativa o reparadora.
- 5) Resulta necesario precisar, el momento en que el menor infractor debe de aceptar la “responsabilidad”, (reflexión trasladable en igual medida a la mediación de adultos) por el hecho de conllevar implícito el reconocimiento de hechos, y con ello, no incurrir en una vulneración del principio de presunción de inocencia.
- 6) Una carencia, que se observa respecto de la justicia restaurativa en España frente al derecho comparado, es que falta una base comunitaria de apoyo a estos programas, que permitieran una implicación de la sociedad en la resolución y en la prevención de los conflictos, y con el apoyo de las instituciones, y esto igualmente es trasladable a los casos de menores.

CONCLUSIONES.

1. La justicia restaurativa aparece en nuestra sociedad como un “nuevo” modelo de resolución de conflictos que propugna un cambio de método en el sistema de justicia; un método que rescata la negociación entre las partes, facilitada por un tercero, *Mediación*, con la participación de la comunidad en algunos casos, (*Conferencing, Círculos Restaurativos...*), como punto de partida para la resolución del conflicto y la consecución de acuerdos; un modelo de justicia centrado en los intereses de las partes en conflicto, víctima y victimario, y que plantea la participación de la comunidad, como víctima secundaria, para favorecer el resarcimiento y la restauración del daño, por encima de la retribución por el injusto cometido. La comunidad al implicarse en los conflictos generados en su seno adquiere compromisos y facilita la reinserción del victimario, contribuyendo por otra parte a fomentar la participación de la misma en la generación de justicia.
2. Las “debilidades” de nuestro modelo de justicia se han patentado por diversos movimientos que han puesto en tela de juicio algunos de los fundamentos sobre los que se sostiene; tal fue así que todo el movimiento generado a favor de las víctimas ha supuesto desde la Victimología una denuncia al sistema, por entender que despersonaliza el conflicto y no da respuesta a los intereses de las verdaderas víctimas, demandando un mayor protagonismo de la víctima de cara a una mejor satisfacción de sus necesidades; por otra parte el Abolicionismo exigía una retirada o una reducción a la mínima aplicación del Derecho penal por entender que el ejercicio del *ius puniendi* por el Estado expropiaba el conflicto a sus verdaderos titulares, y apostaba por una resolución privada del mismo; por otra parte el fracaso del ideal “resocializador” de las penas privativas de libertad incidía nuevamente en la crisis de un modelo de justicia incapaz de cumplir con los fines que se le atribuyen, que se enlazaba con los modelos de *diversion* en la aplicación de penas, con mecanismos informales que resuelvan más eficazmente y con un menor coste los conflictos.
3. Los modernos Estados liberales asumieron el *ius puniendi*, para garantizar la seguridad de las personas, desechando el recurso a la justicia privada que imponía la ley del más fuerte, y preservar los derechos del justiciable; hoy, a principios del S. XXI, nuevos cambios se hacen necesarios, una nueva revisión de aquél concepto innovador que adoptaron las modernas sociedades occidentales, se queda obsoleto y necesita de ajustes. La sociedad siempre va por delante de la normas, y va marcando tendencias: se vuelve a mirar hacia atrás en la historia, y a otras culturas, v. g. derecho indígena, y nuevos métodos que implican a la comunidad en la resolución de los problemas que

les atañen se rescatan y adaptan al presente, con el objetivo de favorecer la reparación y reintegración, rescatando las bondades de una justicia participativa en interrelación con la sociedad.

4. La Justicia Restaurativa no propone un modelo rupturista con el sistema "tradicional" de justicia, sino que persigue su ideal restaurador sin una negación del Derecho penal a diferencia del abolicionismo. Las divergencias entre unos sistemas de Justicia Restaurativa u otros, dependen de las concepciones del derecho más dominantes y de los propios modelos de aplicación de justicia, estableciéndose mayores diferencias entre el *Common Law* y aquellos sistemas, como el nuestro, de arraigado carácter público.
5. La crisis del sistema de justicia aboca a cambios, crisis que implica una renovación de la justicia que conlleva necesariamente a una redefinición de algunos conceptos y permite una transformación que integre las nuevas demandas que propone una justicia reparadora que pone su mayor ideal en la reparación del daño, la asunción de responsabilidad por parte del autor, la conciliación y la reintegración del victimario en la sociedad, y resta valor a la retribución propiamente de la infracción cometida, aunque ella sea proporcional a la culpabilidad del autor.
6. Si el ideal reparador está en el centro de este nuevo modelo, habrá que analizar qué valor tienen como tales los acuerdos de reparación a los que las partes lleguen como consecuencia de la participación en los procesos de justicia restaurativa. La naturaleza jurídica de la reparación no es una cuestión pacífica en la doctrina penal, más al contrario, ha generado, múltiples interpretaciones que van a traer como consecuencia conceptos muy diferentes de comprensión a cerca de los límites y las consecuencias jurídicas que van a tener dichos acuerdos en cualquier sistema de justicia, y por tanto posturas muy divergentes en torno a una mayor o menor autonomía en su aplicación.
7. Que el concepto de reparación, pese a provenir del Derecho civil, es un concepto mucho más amplio que un mero resarcimiento económico, y tiene importantes consecuencias jurídicas en la aplicación del Derecho penal, no es una cuestión beligerante en la ciencia penal, pero sí lo es su naturaleza jurídica y esto tiene una gran relevancia a la hora de dotar con mayor o menor autonomía a los acuerdos alcanzados como consecuencia de la aplicación de los procedimientos de justicia restaurativa. ROXIN en su Proyecto Alternativo de Reforma, defiende la naturaleza de la reparación como tercera vía, en tanto que la misma cumple con los fines del Derecho penal: con la prevención general en sentido positivo, puesto que se recompone la paz jurídica alterada por el delito, y respecto de la prevención especial, lo hace de forma más eficaz que la pena, en tanto que se favorece la

asunción voluntaria de responsabilidad y por tanto la asunción voluntaria de la norma. Otros, como SESSAR la consideran una modalidad de pena, junto con la multa y la pena de prisión. Mayoritariamente la doctrina penal en España niega el carácter sancionador de la reparación, fundamentalmente basado en la voluntariedad que preside el ideal reparador, sin embargo existe una corriente que defiende los procesos restaurativos atribuyéndoles fines que no consiguen la aplicación de las penas, como TAMARIT SUMALLA, LARRAURI, o GORDILLO SANTANA sin dejar de servir a los fines de prevención general positiva y de prevención especial. El concepto que defendía ROXIN, de reparación como tercera vía, puede rescatarse para justificar una retirada o renuncia de la pena o bien en su caso una reducción significativa de la misma, cuando cumpla satisfactoriamente con los intereses de prevención general, lo que ocurrirá en los casos de infracciones menos graves. Me parece acertada esta opción y una suficiente base para la justificación en la implantación de esta nueva justicia fundamentada en la reparación del daño; sin embargo, pese a la voluntariedad que se defiende y que por tanto implica la imposibilidad de considerarla como sanción penal, no dejo de pensar, que la reparación, pese a tener un carácter voluntario sin duda será percibida como un castigo por el infractor, y a éste respecto, la propuesta de ROXIN como tercera vía, me parece coherente en su significado, consiguiendo de esta forma una mayor autonomía para una eventual aplicación en la praxis.

8. Partiendo de este concepto de reparación, y avanzando hacia una propuesta integradora de ambas justicias, con una redefinición del concepto del Derecho penal como un derecho del conflicto, y no tanto o no sólo cómo una respuesta punitiva al injusto cometido, la justicia restaurativa podría configurarse como una verdadera alternativa al proceso judicial penal, para aquellos casos de menor gravedad, que con el debido control judicial, podrían ser gestionados por instituciones de base comunitaria, que aplicaran modelos de justicia restaurativa, de forma autónoma e independiente del proceso. Pero, para ello, falta una red comunitaria de apoyo, con una apuesta importante por parte de las instituciones que permita la participación y la asunción de este rol por parte de la comunidad. Hasta entonces la implementación de la Justicia Restaurativa pasa por un adecuado control judicial, pero con una garantía de independencia entre ambos procesos, al objeto de preservar los derechos de las partes, y en especial la presunción de inocencia del victimario.
9. Entre los procedimientos y métodos alternativos de resolución de conflictos, la Mediación es el método más extensivo en nuestros sistemas occidentales, en concreto en España, atendiendo a las experiencias prácticas, no se conocen otros modelos; me sumo a la opinión de TAMARIT SUMALLA, cuando se

refiere al derecho de menores, entendiendo que no hay obstáculo para la implementación de otros métodos, como el *Conferencing*, teniendo en cuenta el mayor valor que la justicia restaurativa atribuye a la participación de la comunidad, y a las experiencias positivas desarrolladas más allá de nuestras fronteras.

10. La Mediación, en todo caso, debe de salvaguardar sus principios fundamentales: el principio de voluntariedad de las partes, la confidencialidad, la neutralidad del mediador, la gratuidad en parangón con el carácter gratuito del proceso penal, el principio de oficialidad y la complementariedad puesto que, aunque hablemos de procesos alternativos, el control judicial en mayor o menor grado deberá de existir, y por último la universalidad, entendiéndola no como una exclusión con carácter apriorístico de ninguna conducta, y concediendo a la voluntad de las partes, libremente prestada, la potestad de iniciar un proceso restaurativo, con independencia de las consecuencias jurídicas que éste suponga en la aplicación de la pena.
11. La implementación de la Mediación en nuestro sistema de justicia, pasa ahora por la regulación del principio de oportunidad, que va a permitir, en base a unos criterios reglados, la derivación de asuntos a procedimientos de mediación, y para el caso de alcanzar acuerdos, se podrán producir renunciaciones de pena, con el archivo del procedimiento en los casos que se determine, (en este sentido apunta el borrador del nuevo código procesal penal, suspensiones) y en otros casos, la aplicación estrictamente de la atenuante de reparación del daño, y la suspensión o la sustitución de la pena, etc., dependiendo del momento en el que se lleve a cabo la Mediación.
12. Por último, para que se produzca un renovado cambio de orientación en nuestro sistema de justicia, harán falta la dotación de medios personales y materiales, puesto que este nuevo concepto de justicia requiere un esfuerzo importante tanto por parte de las instituciones oficiales como por parte de la sociedad a través de las instituciones de base comunitaria, si lo que pretendemos es una justicia más “justa”, más “humanitaria” y más “participativa”.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUILERA MORALES, M., “La mediación penal ¿quimera o realidad?”, en GARCILANDIA GONZÁLEZ, P. M. y SOLETO MUÑOZ H. (Dir.), *Sobre la Mediación Penal (Posibilidades y límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español)*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

ALASTUEY DOBÓN, M. C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ALZATE, R., MERINO, C., y MÉNDEZ, M., “Generando opciones de mediación”, en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbito* (Dir. SOLETO MUÑOZ, H.), Madrid, 2011.

BAJO FERNÁNDEZ, M, FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídica*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2012.

BARONA VILAR, S., “El presente y el futuro de la mediación entre autor y víctima en España ”, en TAMARIT SUMALLA J. (coord.), *Victimas Olvidadas*. Tirant lo Blanch (Criminología y Educación Social), Valencia, 2010, pp. 229-254.

BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BARONA VILAR, S., “Delimitación objetiva de la mediación penal. Supuesto especial con personas jurídicas”, en CASTILLEJO MANZANARES R. (Dir.) y TORRADO TARRÍO, C. (Coord.), *La Mediación: nuevas realidades, nuevos retos*, Ed. La Ley, Madrid, 2013, pp. 289-354.

BENEDÍ CABALLERO, M. y AGÜELO MUÑOZ, F, “Proyecto educativo del IASS, sobre Intervención con los menores de edad en conflictos con la Ley Penal”, IASS, Zaragoza, 2009.

BENITO OSES, M.P. y SANTOS ITOIZ, E., “Programa de mediación penal y reparación del daño en el Juzgado de Instrucción nº. 3 de Pamplona”, en SÁEZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Dir.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 167-190.

CALLEJO CARRIÓN, S., “El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *Diario Le Ley*, num. 6366, 24 de noviembre de 2005.

CANO MATA, I., “La mediación penal en España”, BARONA VILLAR, S. (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos (experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

CARBONELL MATEU, J.C., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010”, *Cuadernos de Política Criminal*, 2011.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “Mediación en violencia de género: una solución, un problema”, en GONZÁLEZ CUELLAR, N., *Mediación: un método de ...? Conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010, pp. 193-205.

CASTILLEJO MANZANARES R. (Dir.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos*. Editorial La Ley. Madrid. 2013.

CATALINA BENAVENTE, M. A., *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia*, Comares, Granada, 2010.

CHRISTIE, N., “Conflicts as Property”, en *British Journal of Criminology*, vol. 17, nº 1 (1978), traducción al español en MAIER, J. (Comp.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1992.

CÓRDOBA RODA, J., “La pena y sus fines en la Constitución”, *La Reforma del Derecho Penal*, (MIR PUIG, Ed.), Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1980.

CRUZ PARRA, J. A., *La mediación penal. Problemas que presenta su implantación en el proceso español y sus posibles soluciones*. Tesis doctoral. Universidad de Granada. Junio, 2013.

CUCARELLA GALIANA, L. A.; “Justicia restaurativa y menores infractores de la ley penal”, en GARCILANDÍA GONZÁLEZ, P.M. y SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Sobre la Mediación Penal (Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

DÍAZ RIPOLLES J. L. "EL nuevo modelo de seguridad ciudadana", <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>

DIGNAN, J., *Understanding victims and restorative justice*, Maidenhead, U.K., Open University Press, Berkshire, 2005.

ELBERT, C. A.: "Baratta y los límites epistemológicos de la Criminología ", en PÉREZ ALVAREZ F. (Ed.), *Serta: In memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

ESER A., "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal.", en ESER, HIRSCH, ROXIN y otros, en *De los delitos y de las víctimas*, Ad Hoc, Buenos Aires (Argentina), 1992.

ESQUINAS VALVERDE P., *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ESQUINAS VALVERDE, P., "Capacitación de la mujer y mediación en la violencia de género", en PUENTE, L. M. (Dir), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una político criminal punitivista*, Comares, Granada, 2010.

FERREIROS MARCOS C.E, y otros, en *La Mediación en el derecho penal de menores*, Dykinson, Madrid, 2011.

FREIRE PEREZ R. M.: "Reparación y Conciliación. El Derecho Penal y los intereses de las víctimas e imputados", en SÁEZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ P. (Dirs.), *Alternativas a la Judicialización de los Conflictos*, CGPJ, Estudios de Derecho Judicial, n. 111, Madrid, 2007, pp. 87-106.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "Supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 32, 1979.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GÓMEZ COLOMER, J.L., "El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica en España: particularidades sobre sus derechos fundamentales y la necesaria reinterpretación de algunos principios procesales, a la vista de la importante reforma legislativa", *Revista Derecho y Proceso Penal*, num. 27, enero-abril 2012.

GONZÁLEZ CANO, E., “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de menores”, en *Revista del Tribunal de Justicia*, nº 7, 2000.

GÓNZALEZ CANO I., “La mediación penal en España”, en BARONA VILAR, S. (dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 19-52.

GONZÁLEZ PILLADO, E., y GRANDE SEARA, P., “La mediación en la Justicia penal de menores: posibilidad, presupuestos y efectos”, en GARCILANDÍA GONZÁLEZ, P.M. y SOLETO MUÑOZ, H., (Dir.), *Sobre la Mediación Penal (Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

GORDILLO SANTANA, L. F., *La Justicia Restaurativa y La Mediación Penal*, Iustel, Madrid, 2007.

GRACIA MARTÍN L, BOLDOVA PASAMAR, M.A., y ALASTUEY DOBÓN, M. C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2004

HEINE, G. (Ed), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Navarra, 2006.

HERRERA MORENO, *La hora de la víctima: compendio de victimología*, Madrid, 1996.

JAKOBS, G., “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, en JAKOBS y CANCIO MELIA, *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, 2006.

KARP, D. y CLEAR., “Justicia comunitaria: marco conceptual”, en *Justicia Penal Siglo XXI. Una selección de Criminal Justice*, 2006.

LANDROVE DÍAZ, G., “Las víctimas ante el derecho español”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 1998, vol. XXI, pp. 147-175.

LANDROVE DIAZ, G., *La moderna victimología*, Valencia, 1998.

LARRAURI PIJOAN, E., “Abolicionismo en el Derecho Penal: la propuesta del movimiento abolicionista”, en *Poder y Control*, nº 3, 1987.

LARRAURI, E., "Tendencias actuales de la Justicia Restauradora", en PÉREZ ALVAREZ F. (Ed.), *Serta: In memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 440-463.

MAGRO SERVER, V., "El nuevo estatuto de la víctima en el proceso penal", en *Diario La Ley*, nº 7495, 25 de Octubre 2010. Ref. D-324.

MAIER, J. "La víctima y el sistema penal" en ESER, HIRCH, ROXIN, y otros, en *De los delitos y de las víctimas*, Ad Hoc, Buenos Aires (Argentina), 1992.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 2007.

MARCHENA GOMEZ, M., "Reglas Generales para la instrucción del procedimiento", en CONDE-PUMPIDO FERREIR, C. (Dir.), *Ley de la responsabilidad penal de los menores*, Trivium, Madrid, 2001.

MARSHALL, T., "The Evolution of restorative justice in Britain" en *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 4, nº 4, London, 1996.

MARTÍNEZ ESCAMILLA M. "La mediación penal en España: estado de la cuestión" en MARTÍNEZ ESCAMILLA M. (dir.), *Justicia Restaurativa y mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid, 2011, pp. 15-46.

MATELLANES RODRIGUEZ N., "La Justicia Restaurativa en el sistema penal. Reflexiones sobre la Mediación", en MARTIN DIZ (Dir.), *La mediación en materia de familia y Derecho Penal*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011.

MERINO ORTIZ, C., MENDEZ VALDIVIA, M. y ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., "Respuestas de la mediación familiar en situaciones de violencia de pareja" en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos*. Editorial La Ley. Madrid. 2013, pp. 451-481

MONTESINOS GARCÍA, A., "La mediación penal en Inglaterra y Gales", en BARONA VILAR, S. (dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 85-123.

MORENO VERDEJO, J., "La conformidad en el procedimiento abreviado y juicio rápido". *Estudios jurídicos*, Madrid, 2004.

MUÑOZ CONDE, F., "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito", *La reforma del Derecho Penal* (MIR PUIG, Ed). Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1980.

NEWMANN, U., "Alternativas al Derecho Penal", en ARROYO ZAPATERO, L, NEWMANN, U., y NIETO MARTIN, A (Coords.), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, Colección Estudios Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

ORTIZ ÚRCULO, J., "EL principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites. Ponencia", *Centro de Estudios Jurídicos*, 2004.

PASCUAL RODRÍGUEZ, E, "La mediación en el Derecho Penal de adultos en la fase de enjuiciamiento: un estudio sobre la experiencia piloto en los órganos jurisdiccionales", en SÁEZ VALCARCEL, R y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Dir.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 107-137.

PÉREZ CEPEDA, A. L., *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Madrid, 2007.

PÉREZ SANZBERRO, G., "Reparación y conciliación. Autor-víctima", en *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999.

RÍOS MARTIN, J.C., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SEGOVIA BERNABE, J.L., y otros, "Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)", *Revista Estudios jurídicos*. 2008.

RÍOS MARTÍN, J.C., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. , PASCUAL RODRIGUEZ, E., y otros, *La mediación penal y penitenciaria, experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, ed. Colex, Madrid, 2012.

ROXIN, C., "Fines de la pena y reparación del daño", en ESER, HIRSCH, ROXIN, *De los delitos y las víctimas*, Ad Hoc, Buenos Aires (Argentina), 1992.

ROXIN, C., "La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones", en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, nº 8, pp. 19-30

SÁEZ RODRIGUEZ (Coord.), *La mediación familiar. La mediación Penal y Penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*, Aranzadi, Navarra, 2008.

SÁEZ VALCÁRCEL, R., "Notas sobre justicia restaurativa y delitos graves dialogando a partir de reflexiones y su viabilidad", en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (coord.), *Justicia Restaurativa, mediación penal, y penitenciaria: un renovado impulso*, Ed. Reus, Madrid, 2011.

SANZ HERMIDA, A. M., "La mediación en la justicia de menores", en GONZÁLEZ CUELLAR, N., y otros, *Mediación: un método de ...? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010.

SANZ HERMIDA, A. M., *Comentarios a la Ley penal del menor (conforme a las reformas introducidas por la L.O. 8/2006)*, Iustel, Madrid, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.: "La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la víctima-dogmática", en CGPJ, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid 2001.

TAMARIT SUMALLA, J., *La reparación a la víctima en el derecho penal*. Barcelona 1994.

TAMARIT SUMALLA, J. M., *La víctima en el Derecho Penal*. Aranzadi, Pamplona, 1998.

TAMARIT SUMALLA J. (coord.), *Victimas Olvidadas*. Tirant lo Blanch (Criminología y Educación Social), Valencia, 2010.

TAMARIT SUMALLA, J. "La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico", en TAMARIT SUMALLA, J. (coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Ed. Comares, Granada, 2012, pp.3-61

TAMARIT SUMALLA, J., "La articulación de la Justicia Restaurativa con el sistema de justicia penal", en TAMARIT SUMALLA, J. (coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012, pp. 61-88

TERRADILLOS BASOCO, J., "La Constitución penal. Los derechos de la libertad", en *Las sombras del sistema constitucional*, Madrid, 2003.

VALL RIUS, A., y VILLANUEVA REY, N: *El programa de mediación en la Jurisdicción penal ordinaria; un estudio sobre tres años y medio de experiencia*. Generalidad de Cataluña, Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada, 2003.

VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 1998.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La asistencia a las víctimas del delito", en TAMARIT SUMALLA J. (coord.), *Victimas Olvidadas*. Tirant lo Blanch (Criminología y Educación Social), Valencia, 2010.

ZHER, H., *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, Good Books, 2007.