

Mediación penal: ¿Beneficios reales o potenciales?

POR NURIA BELLOSO MARTÍN, UNIVERSIDAD DE BURGOS

Sumario: 1. A modo de premisa: algunos planteamientos sobre la mediación.- 2. A vueltas con la Justicia Restaurativa.- 3. La mediación penal en España.- 4. Áreas susceptibles de aplicar la mediación penal.- 5. Algunas críticas a la mediación penal.- 6.-A Modo de conclusión

Resumen: Junto a la pena, hay otras formas y estrategias de desarrollar el control social. La mediación, en sentido amplio, permite desarrollar la autonomía de las personas, de desarrollar la alteridad y de colaborar con la Administración de Justicia. Concretamente, la mediación penal ofrece la posibilidad de dar un papel protagonista a la víctima, a la vez que hace posible que el delincuente pida perdón a la víctima y restaure el derecho lesionado. Analizaremos las áreas susceptibles de aplicar la mediación penal, dado que en algunas resulta más controvertido. Intentaremos dar respuesta a algunas críticas que se han formulado con respecto a la mediación penal.

Palabras clave: Autonomía. - transformación.- mediación penal de menores.

Abstract: Next to the pain, there are other forms and strategies of developing the social control. The mediation, in wide sense, allows to develop the autonomy of people, of developing the alteridad and of collaborating with the Administration of Justice. Concretely, the penal mediation offers the possibility to give a paper protagonista to the victim, at the same time that he/she makes possible that the criminal asks for forgiveness to the victim and restore the injured right. We will analyze the susceptible areas of applying the penal mediation, since in some it is more controversial. We will try to give answer to some critics that have been formulated with regard to the penal mediation.

Key words: Autonomy. - transformation. - penal mediation of smaller.

A modo de premisa: algunos planteamientos sobre la mediación

De la mano de L. A. Warat³¹, hemos tenido ocasión de participar, en contextos difíciles –favelas de Rio de Janeiro, en barrios marginales de Buenos Aires, diferentes experiencias de mediación –comunitaria-. Esta realidad se presenta como ventanas de democracia, de ciudadanía, de derechos humanos. Hemos sido testigos de grandes esfuerzos por imponer obstáculos a todos los movimientos que las ventanas abrían. Hemos asistido a intentos tendentes a criminalizar las diferencias, de criminalizar lo nuevo, la creatividad social; o por lo menos tentativas de “gatopardizar”³² las innovaciones, lo nuevo que está pidiendo a gritos instalarse en lo social. De todas estas

³¹ WARAT, L.A., “Diálogo de los olvidados” (inédito). Vid. también, del mismo autor, “Ecología, psicoanálisis e mediação”, en L.A. Warat coord., trad. J. Rodrigues, Em nome do acordo. A mediação no Direito, Buenos Aires, ALMED, 1998, pp.5-59; O Ofício do Mediador. Vol. I, Florianópolis, 2000.

³² El gatopardo (traducción conscientemente errónea de Il Gattopardo, cuyo significado real es El leopardo jaspeado) es el título de una novela escrita por G. T. di Lampedusa, entre finales de 1954 y 1957. Narra la historia de un conde que, cuando vislumbró, la caída de la aristocracia afirmó que “Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi”, “Si queremos que todo siga como está, es necesario que todo cambie”.

experiencias intensas, hemos aprendido que la mediación comunitaria de los excluidos es la forma de ejercer la ciudadanía y los derechos humanos como pedagogía; y que la construcción de los espacios que garanticen el diálogo de los excluidos es la forma transmoderna de hacer la revolución de las autonomías (la revolución que no aspira a la conquista del poder sino a la inserción del otro en nuestro espacio). Se trata de un tipo muy particular de mediación, que poco tiene que ver con las llamadas formas de negociación forense —que no hay que confundir con la mediación—. La negociación a cualquier precio, que algunos abogados o jueces pueden estar tentados de imponer desde su “gatopardismo” no tiene nada de revolucionaria; lo máximo a lo que puede aspirar es a indicar ciertas guías para la supervivencia, nunca caminos de transformación.

Estamos hablando de los caminos para la democracia y la ciudadanía global, que exigen formas más consistentes y expandidas de educación popular (mucho menos fragmentadas que las actualmente existentes). Formas de educación que se tienen que mezclar e integrar con modos de defensa legal. La mediación de los conflictos comunitarios nos introduce en una nueva concepción de lo jurídico basada en la desnaturalización del orden, la producción del diálogo en la palabra que se produce en el desorden. La fuga del deseo, de ese sentirse seguro por ser como los demás que el normativismo nos impone como parte de su dictadura de las certezas (La seguridad jurídica, el tipo penal).

El desorden que por medio del diálogo en el conflicto devuelve a los excluidos los caminos perdidos de su identidad y su pertenencia (que necesita ser encontrada como condición de la realización del diálogo en el conflicto, la identidad y la pertenencia y que dejan marcas que se reflejan en los conflictos).

Para realizar la democracia y sostener la realización de nuestros Derechos Humanos necesitamos aprender los sentidos de la autonomía. En esta dirección, es imprescindible apelar a las dimensiones pedagógicas de la mediación, emplear los conflictos en sus posibilidades pedagógicas, aprendiendo con el otro a producir conjunta y solidariamente la ley del conflicto. La autonomía, en su significación radical, es principalmente una autocomposición con el otro. Cuando se habla de acuerdo en mediación, se tiende, casi siempre, a vincularlo a las nociones de acuerdo cercanas a los procesos de negociación. Acuerdo como negociación de los intereses en conflicto. Ese acuerdo negociador es insuficiente en términos de mediación. En ese punto lo acordado es algo que trasciende los intereses en disputa. Siguiendo a Warat, lo que se busca en la mediación, en nombre del acuerdo, es la producción auto pactada de la ley del conflicto, su ética y reencuentro con la alteridad. Una ley acordada por las partes, sin ninguna interferencia de creencias heterónomas o de terceros que ignoran, en sus decisiones, a los propios actores del conflicto. Pero fundamentalmente, lo que genera la mediación es una nueva concepción de lo pedagógico (el acuerdo radical es una negociación que toma en cuenta inconscientemente los intereses de los tribunales, su deseo de productividad procesal y a veces, los intereses de los negociadores que, en algunos países, tienen un suplemento salarial por cada acuerdo que realizan, sin importar si luego lo acordado no se cumple y debe volver a los tribunales para ser ejecutado).

Resulta poco productivo, en los casos en que es preciso recurrir a la mediación, pretender llegar a un acuerdo negociado de intereses en disputa, sin intentar, simultáneamente que los actores con problemas aprendan alguna cosa de sus conflictos, para evitar una especie de eterno retorno de lo mismo en otras situaciones, para que aumente su autoestima, se reencuentren con ellos mismos, recompongan en algunos puntos sus necesidades básicas, de alguna manera afectadas, y comiencen a gratificarse, por lo menos mínimamente, con el otro. Cuando se media, cuando un mediador ayuda en un conflicto tiene que atender necesidades preventivas administrativas y reparadoras del conflicto que se está atendiendo, todas de naturaleza predominantemente pedagógica.

Es preciso ayudar a las partes para que aprendan juntas a encontrar caminos de prevención de futuros conflictos (entre sí o con otros), que aprendan a administrar mejor ese vínculo para evitar desmembramientos mas graves de lo conflictivo (en esa relación o en otras) y también aprender alguna cosa de sí mismo y de las relaciones que los vinculan, así como de los modos de comunicación para poder conseguir algunas formas de recomposición del conflicto que está siendo tratado. Sin este proceso pedagógico cualquier acuerdo de intereses logrado corre serios riesgos de no ser cumplido, además de que perderíamos una excelente oportunidad para que los actos puedan evitar repetirse en otras oportunidades, encontrarse en situaciones bastante similares de desacuerdos (de interés y de afectos con los otros). De todo esto puede hacerse una lectura desde un punto de vista personal, pero también desde la mediación transformadora para la recuperación de la dignidad de las partes con fines político-penales para el devenir individual en la transformación social de las diferencias.

Los operadores del derecho poseen el saber de los sentidos deónticos. Deciden redefiniendo sentidos deónticos, aplicando normas, encontrando para ellas sentidos que creen descubrir en las propias palabras de la ley. Las decisiones principalmente de la magistratura, suelen carecer del más mínimo análisis existencial. No han llegado a

sentir que sus decisiones deberían contribuir para la reconstitución de las personalidades fragmentadas de las partes, ayudarlas a salir del trauma institucional que significa el pasaje de las partes en conflicto por un tribunal de justicia. Las partes de un litigio no tienen la mínima oportunidad de poder encontrar un sentido para la vida, en el proceso es difícil encontrar en el litigio rastros que sirvan de indicadores de la presencia de un intento de configuración de una instancia de educación para la responsabilidad. Los jueces no saben y no se preocupan por ofrecer una alternativa constructiva. Como los médicos y los profesores, los jueces no fueron preparados para ayudar existencialmente a las partes de un conflicto. Esta es una de las razones por las cuales la mediación ofrece algo más que la mera resolución de un litigio.

El mediador que acepta todo el sistema tal y como está, que no muestra ni el más mínimo atisbo de rebeldía, poco puede ayudar. Es preciso integrarlo en el circuito de diálogo del excluido. Esta es casi una precondition del análisis existencial comprometido con la mediación. El diálogo del excluido es un intento de producción de un sentido para la vida. Sentido que es imposible encontrar cuando se está en un estado de conformidad con el poder, de acatamiento a las marcas de la violencia institucional.

El mediador que todavía no consiguió encontrarse con los sentidos de su vida, se encuentra imposibilitado para brindar cualquier tipo de ayuda. Está condenado a ser un negociador, como aquél que renueva una gran ilusión.

La perspectiva que estamos utilizando, en esta reflexión sobre la mediación y sobre el mediador, es la de la mediación transformativa, la que pretende lograr no sólo una gestión del conflicto y un acuerdo sino, esencialmente, una transformación de las partes implicadas en el conflicto³³.

Entendemos que la mediación penal debe estar presidida por este modelo, de manera que no se limite, meramente, a conseguir un acuerdo de reparación sino que intente ir más allá, buscando la inserción del delincuente y de la víctima en la óptica transformadora de la mediación.

A vueltas con la Justicia Restaurativa

Ante la necesidad de encontrar nuevos paradigmas para hacer frente a la criminalidad y a la delincuencia, la Justicia Restaurativa se impone como uno de los principales modelos de reforma del sistema penal.

El movimiento denominado “Justicia Restaurativa” surge a partir de la década de los 70, influido principalmente por las propuestas abolicionistas, victimológicas y de grupos críticos con respecto al sistema penal, interesados en la búsqueda de alternativas a la prisión. A partir de ahí, la Justicia Restaurativa viene siendo paulatinamente debatida y aplicada en diversos países, pero es principalmente a partir de la década de los años noventa cuando se convierte en uno de los movimientos de reforma del sistema criminal, llegando incluso a ser recomendada por la Organización de Naciones Unidas.

La Justicia Restaurativa parte de tres principios fundamentales: 1) El delito causa un daño a las personas y a las comunidades; 2) Causar un daño conlleva unas obligaciones, 3) La obligación principal es reparar el daño.

Al ser un paradigma reciente y todavía en fase de consolidación, no hay una definición consensuada de Justicia Restaurativa, pero podemos definirla como una nueva forma de resolución de conflictos en el que las propias partes implicadas en un conflicto específico (víctima, infractor y comunidad –primaria y/o secundaria) se encuentran y buscan, por medio del diálogo/consenso, y con la ayuda de un facilitador capacitado –el mediador o equipo de mediación- la solución de la divergencia, de manera que la reparación de los daños y la reintegración de las partes se presentan como medida conveniente para todos.

³³ Vid. BARUCH BUSH, R., y FOLGUER, J.P., La promesa de mediación, Barcelona, Granica, 1993.

La denominación es variada: reparación a la víctima, conciliación víctima-ofensor, reconciliación, mediación, reparación, etc. En el ámbito internacional se la denomina justicia restaurativa o reparadora, traducción de la expresión inglesa *restorative justice*³⁴.

Quien se acerca por primera vez a la mediación penal, es posible que lo primero que piense es que se ha diseñado un sistema que “burla” la imposición de la pena, que “evita” ir a la cárcel o, al menos, consigue un atenuante de la tipificación penal, con la consiguiente rebaja de la pena que en su caso le correspondería si no hubiera aceptado participar en el procedimiento de mediación. Por tanto, no es extraño que la actitud inicial sea de rechazo ya que se contraponen al espíritu propio del castigo y del “*ius puniendi*” del Estado. Sin embargo, como sustrato de la mediación penal se puede observar una transformación de la penalidad carcelaria y una especie de “resistencia” al poder punitivo. No se trata meramente de “evitar” ese poder, sino de diseñar otras formas de ejercer la punición que no sean exclusivamente las de la pena de prisión.

Prefiere la reparación del daño causado antes que su represión. Esta mediación no pretende una confrontación con los procedimientos judiciales formales ni con el marco de garantías que representan. Se propone contribuir a una justicia penal menos retributiva, que tenga más en cuenta a la víctima y al infractor y lo que para ellos representa el conflicto. Lo que persigue la mediación es la reparación del daño y la resolución no violenta de conflictos³⁵. La Justicia restaurativa³⁶ es todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectados por el delito participen conjuntamente, de forma activa, en la resolución de cuestiones derivadas del delito, en general, con la ayuda de un mediador o facilitador.

Su finalidad es la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad³⁷. Pueden iniciarse en cualquier fase del procedimiento penal y solamente con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del delincuente.

La justicia penal actual se basa en que la forma de motivar a las personas para que se comporten bien con las demás es amenazarlas con consecuencias severas si no lo hacen. Pero en este argumento se pueden encontrar varias falacias. En primer lugar, lo que nos hace comportarnos de forma correcta no es el miedo sino principalmente la autoestima. No queremos menospreciarnos a nosotros mismos. La fuerza disuasoria no funciona a menos que la persona se pare a pensar acerca de las probabilidades de ser atrapado, calcule que el riesgo es alto y, sabiendo cuál puede ser el castigo, tenga miedo.

³⁴ “La Justicia Restaurativa se cuestiona la forma en que se ha hecho justicia hasta ahora, y ofrece un nuevo enfoque que sitúa a víctima e infractor en el centro de la búsqueda de la justicia. Por un lado, para la víctima, la Justicia Restaurativa ofrece un ambiente seguro para hacer preguntas y encontrar respuestas que sólo el infractor puede dar, ofrece una oportunidad para que la víctima explique al infractor el alcance de los daños causados por el delito y encuentra una forma de evitar el daño causado y restablecer la paz. Por otro lado, apoya al infractor para que rinda cuentas directamente con la persona más perjudicada por el delito, proporciona un espacio seguro para ofrecer una disculpa y demostrar que el daño no se repetirá”. (KEARNEY, N., Presidente del European Forum for Restorative Justice. *Carta de Presentación del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España) entre los días 04 y 05 de marzo de 2010).

³⁵ Vid. RÍOS MARTÍN, J. “La mediación penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal”, en *Estudios de Derecho Judicial. Alternativas a la Judicialización: la mediación de los conflictos*, n.º 3. Madrid, 2007, pp.139-164.

³⁶ Vid. GORDILLO SANTANA, L. F., *La Justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Justel, 2007.

³⁷ El European Forum for Restorative Justice, con más de 12 años de existencia, se dedica a ayudar a establecer y desarrollar la Justicia Restaurativa en toda Europa. El Foro es una organización con más de 300 miembros de toda Europa. A través de sus diversas actividades como asesoría, entrenamiento, conferencias y seminarios, publicaciones, escuelas de verano e investigaciones, el Foro es muy activo y ha contribuido sustancialmente al creciente cuerpo de conocimientos, prácticas y políticas sobre Justicia Restaurativa en los últimos años. Como documentos internacionales sobre Justicia Restaurativa, pueden consultarse: a) Consejo de Europa- Recomendación n.º R 99(19) del Comité de Ministros del Consejo Europeo de los Estados miembros sobre mediación en materia penal, de 15 de noviembre de 1999; b) Consejo de la Unión Europea, Decisión marco de 15 de marzo de 2001 sobre el Estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JHA); c) Naciones Unidas (2002/12) Principios básicos sobre la utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal; d) Manual de las Naciones Unidas sobre Justicia Restaurativa.

La Justicia Restaurativa empieza cuando una persona admite que ha participado en un acto delictivo dañoso. Se argumenta que en un sistema restaurativo es más probable que el acusado admita esto porque la aceptación de su responsabilidad le ofrece la oportunidad de corregir el daño y empezar de nuevo, mientras que el sistema punitivo concluye en castigo. Algunas personas no estarán interesadas en reparar el daño, pero otras sí querrán expresar su pesar y otras, al menos, preferirán la reparación del daño al castigo. Una vez que la responsabilidad es aceptada, la Justicia Restaurativa ofrece una serie de preguntas: “ya no se trata de: ¿quién es el culpable y cómo debe ser castigado? Sino de ¿quién ha sido afectado y cómo se pueden corregir los efectos dañosos que su conducta haya podido provocar? Esto lleva a la víctima a participar del procedimiento: no como un testigo que ayuda al Fiscal a probar que el acusado es culpable pero sí como una persona que ha sufrido un daño”³⁸.

El uso de la justicia reparadora no menoscaba el derecho de los Estados a perseguir a los delincuentes, es decir, el *ius puniendi* del Estado sigue vigente. Únicamente se pretende complementarlo con otras medidas. Como rasgos principales podemos destacar:

- a) Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando haya pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del delincuente.
- b) La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso.
- c) Se llegará a los acuerdos de forma voluntaria y solo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas.
- d) La víctima y el delincuente normalmente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un proceso restaurativo.
- e) La participación del delincuente no se admitirá como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.
- f) La mediación puede desarrollarse en diversas fases del proceso penal: Instrucción; Juicio oral; Final. Consta de varias fases: contacto; acogida; encuentro dialogado; acuerdo.
- g) Se debe evitar la mediación: en supuestos de delitos en sujeto pasivo o colectividad o intereses difusos³⁹.
- h) Se trata de un modo de operar en la justicia penal más humano, sin que se resienta la seguridad jurídica y los fines de prevención general del Derecho penal.

En relación a la víctima, la mediación penal persigue tres objetivos:

- La reparación o resarcimiento del daño
- La recuperación del sentimiento de seguridad, como forma ésta de reparación simbólica
- La resolución de problemas asociados a la victimización secundaria derivados de la reiterada llamada al proceso del ofendido como testigo

En relación a la persona acusada y/o condenada, se trata de evitar los efectos que el actual procedimiento penal genera:

³⁸ WRIGHT, Martín “Derecho, Justicia y la idoneidad para su fin: hacia una respuesta restaurativa para la delincuencia” (Conferencia pronunciada en el I Congreso internacional sobre Justicia restaurativa y Mediación Penal, *Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España) entre los días 04 y 05 de marzo de 2010).

³⁹ Hay algunas áreas controvertidas para aplicar la mediación penal, tales como en delitos de peligro, en delitos de atentado, resistencia y los cometidos por funcionarios públicos; en casos en los que son varios los acusados y unos quieren someterse al proceso de mediación y otros no; para personas reincidentes; si la víctima es menor de edad o incapaz; si la mediación no llega a buen puerto por la injustificada oposición de la víctima; en delitos de violencia de género.

- Sufrimiento personal que supone la pérdida de libertad
- Interiorización de actitudes manipuladoras y pautas de desconfianza
- Nulo aprendizaje de respeto a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal
- Ausencia de responsabilización frente a la conducta infractora
- Intenso deterioro de las facultades psicológicas y físicas
- Se dificultan los procesos de reinserción social y se incrementan las posibilidades de reiteración delictivas

En cuanto a la sociedad civil, la mediación:

- . Facilita el diálogo comunitario
- . Reconstruye la paz social quebrada por el delito y minimiza las consecuencias negativas
- . Devuelve el protagonismo a la sociedad civil
- . Controla el aumento de la población reclusa
- . Incrementa la confianza en la administración de justicia penal
- . Protege la esfera civil: más y mejor manejo de los conflictos a nivel comunitario con la participación directa de las partes afectadas.
- . La finalidad es que la sociedad civil acometa reformas de las leyes procesales y penales que permitan introducir y ordenar la mediación intraprocesal, cumpliendo con las obligaciones que nos incumben conforme a la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001, de la Unión Europea, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal.

Cuando se ha alcanzado un acuerdo, fruto de la mediación penal, la comunidad debe proporcionar los medios necesarios para que el infractor pueda llevarla a cabo. Si se ha comprometido a hacer trabajos en beneficio de la comunidad para reparar el daño, deberá tener la oportunidad para ello, bien a través de ONGs, Ayuntamiento, Servicios Sociales, etc. En el caso de que necesite trabajar para ganar dinero y pagar la reparación, facilitarle las habilidades para llevarlo a efecto

Para poder valorar hasta qué punto un programa es restaurativo hay que analizar lo que tiene de restaurativo tanto en sus valores como en su proceso, pues los valores y procesos son inseparables, dado que los valores determinan el proceso y el proceso hace visibles los valores. En cuanto a los valores, entendemos que hay varios, pero podrían destacarse cuatro como elementos principales de la Justicia Restaurativa: 1) encuentro; 2) participación; 3) reparación; 4) integración.

Algunos de los programas y resultados que, en general, se identifican con la justicia restaurativa incluyen⁴⁰:

- Mediación entre víctima y delincuente: consiste en el encuentro entre víctima y ofensor⁴¹
- Reuniones de restauración: en estos encuentros, además de la víctima y del ofensor, se incluyen los familiares y personas de apoyo del ofensor y de la víctima, y además tienden a participar agentes del Estado, como policía y asistentes sociales.

⁴⁰ Junto a estos tres programas cabría citar también los programas de: a) Asistencia a la víctima; b) Asistencia a los ex delincuentes; c) Restitución; d) Servicio a la comunidad.

⁴¹ Vid. La historia real de una superviviente de un delito de violación a través de la Justicia Restaurativa (<http://cj-worldnews.com/spain/>)

- **Círculos:** además de incluir a la víctima y al ofensor, se incluyen a familiares o personas de apoyo del ofensor y de la víctima, y están abiertos a cualquier persona representativa de la comunidad que tenga un interés en implicarse en el asunto. Los miembros del sistema judicial también pueden participar.

La mediación penal en España

El artículo 25.2 de la Constitución española establece que “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

La utilización de la mediación para resolver conflictos de carácter penal no es una cuestión pacífica. Hay varias características del procedimiento penal que se discute que puedan respetarse en un procedimiento de mediación: a) la indisponibilidad de los derechos que se discuten en el proceso penal; b) la vigencia del principio de legalidad; y c) la titularidad estatal del ius puniendi. Sin embargo, estamos asistiendo a una reconsideración de la utilización del sistema penal, de manera que no sólo se utilice para reprimir –y prevenir-, sino también para reparar⁴².

A ello hay que sumar algunos otros factores tales como: a) la introducción en el sistema penal del principio de oportunidad; b) la acogida de otros intereses también dignos de tutelar –como los derechos de las víctimas-; c) la posibilidad de gestionar y resolver el conflicto de una manera más rápida e informal; d) la búsqueda de instrumentos alternativos a la pena; e) el intento de obtener una mayor resocialización del delincuente; f) descongestionar la Administración de Justicia. Todo ello ha desembocado en una incorporación de la mediación a determinados ámbitos, principalmente en el de la justicia de menores o para determinados delitos, principalmente donde se considera que el interés privado es mayor que el interés público en la persecución del delito⁴³.

Áreas susceptibles de aplicar la mediación penal

Las áreas en las que existe un mayor grado de consenso para aplicar la mediación penal son las del el ámbito de menores y las del ámbito de los conflictos en sede penitenciaria.

a) Mediación penal de menores

La Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor –LORRPM- es una ley formalmente penal pero de carácter materialmente educativa. No es una ley retribucionista. Se inspira en el principio del superior interés del menor. En la citada Ley se establecen unas modificaciones que afectan a la reparación y conciliación⁴⁴.

⁴² Este planteamiento se inserta en la concepción de un “Derecho penal mínimo” (Vid. QUINTERO OLIVARES, G., La justicia penal en España, Pamplona, Aranzadi, 2000, pp.238-239).

⁴³ SANZ HERMIDA, Á., “La mediación en la justicia de menores”, en Mediación: un método de z conflictos. Estudio interdisciplinar. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., (Director), SANZ HERMIDA, A. M^o., y ORTIZ PRADILLO, J.C., (Coordinadores), Madrid, Colex, 2010, p.156.

⁴⁴ Artículo 18.1: “El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado”.

Esta Ley prevé dos modalidades diferentes en función del momento procesal en que se lleve a cabo el acuerdo del menor y la víctima, por lo que sus efectos jurídicos son también diferentes: así, si se cumplen todos los requisitos previstos en el artículo 19, en la fase de instrucción del proceso, se dará lugar al sobreseimiento de la causa, mientras que si se cumplen los presupuestos del artículo 53.1, ya en fase de ejecución de la sentencia, se posibilita la suspensión o sustitución de la medida impuesta.

Esta Ley prevé dos modalidades diferentes en función del momento procesal en que se lleve a cabo el acuerdo del menor y la víctima, por lo que sus efectos jurídicos son también diferentes:

- 1) Si se cumplen todos los requisitos previstos en el artículo 19, en la fase de instrucción del proceso, se dará lugar al sobreseimiento de la causa;
- 2) Si se cumplen los presupuestos del artículo 53.1, ya en fase de ejecución de la sentencia, se posibilita la suspensión o sustitución de la medida impuesta.

1.a) Sobreseimiento de la causa por conciliación o reparación entre el menor y la víctima o perjudicado

- En este primer caso, la conciliación consumada plenamente se convierte en mecanismo no sólo de aceleración del proceso –puesto que se archiva la causa- sino también en método para poner fin al conflicto.
- Por imperativo legal, las labores de mediación corresponden al Equipo Técnico de Menores –ETM- (art.19.3 LORRPM).

Su labor es de naturaleza pericial al inicio y no vinculante, pues es al Ministerio Fiscal al que corresponde controlar el cumplimiento de los presupuestos legalmente establecidos para iniciar una conciliación y/o reparación.

Aunque el juez de Menores no participa en el proceso de mediación, le corresponde una importante función de control o fiscalización, como es el de dictar el sobreseimiento del asunto, por auto motivado y a solicitud de Ministerio Fiscal.

- Los presupuestos básicos son que se trate de delitos menos graves o faltas, sin violencia o intimidación, y que haya un acuerdo de conciliación o compromiso de reparación del menor con la víctima

1.b) La sustitución de las medidas por conciliación menor/víctima

- El artículo 51.3 LORRPM dispone que el acuerdo de conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento que se produzca, podrá dejar sin efecto la medida impuesta.
Aquí la ley se refiere sólo al “acuerdo de conciliación” por lo que parece que no es aplicable esta posibilidad a un eventual compromiso de reparación menor/perjudicado.
- El órgano competente para acordar dejar sin efecto la medida al menor es el Juez de Menores que conoció del asunto en primera instancia y competente, por tanto, para el control de la ejecución de la sentencia (art.44.1 LORRPM). Esta facultad no la tiene de oficio sino que deberá hacerse a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor (art.51.2).
- En cuanto a los presupuestos: la ley requiere la existencia de un acuerdo de conciliación menor/víctima; la Ley no establece ningún límite respecto a los hechos enjuiciados o a la gravedad de la medida impuesta, por lo que se amplía el ámbito de conciliación respecto de lo establecido en el art.19 LORRPM; la estimación

Artículo 19: “A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil”.

favorable de la existencia de conciliación entre el menor/víctima en la fase de ejecución por el Juez de Menores implica dejar sin efecto la medida impuesta al menor.

a) Mediación penitenciaria

La aplicación de la mediación en los centros penitenciarios constituye un reto, ya que se trataba de adaptar el proceso de mediación a un contexto enormemente conflictivo, punitivo y jerarquizado como es la prisión.

Se comenzó en marzo de 2005 en el Centro penitenciario de Madrid III. Valdemoro⁴⁵, y se ha ido extendiendo a otras cárceles españolas como la de Málaga, Nanclares, Pamplona, Zuera y Granada. Se inició la experiencia de mediación interpersonal en la cárcel entre las personas presas que habían tenido conflictos interpersonales.

Permite que las personas inmersas en un conflicto interpersonal que origine la incoación de un procedimiento disciplinario profundicen en su conflicto de forma dialogada, utilizando actitudes de escucha, respeto y asumiendo la responsabilidad por los hechos realizados, de forma que puedan restablecer o pacificar la relación interpersonal para la prevención de nuevas agresiones. Se pretende devolver a las personas privadas de libertad parte de la percepción del control sobre sus vidas. Se presenta como un método eficaz para la reducción de violencia dentro del ámbito penitenciario.

Los objetivos de la mediación penitenciaria tienen una triple vertiente:

- a) Objetivos dirigidos al tratamiento penitenciario: asunción de la parte de responsabilidad de la conducta infractora y de su participación en el conflicto interpersonal, aprendizaje de conductas de diálogo y de escucha dirigida a comprender la posición del otro; aprendizaje de adopción de decisiones personales y autónomas en el conflicto.
- b) Objetivos dirigidos hacia la convivencia penitenciaria: pacificación de las relaciones internas dentro de los módulos a través de la difusión, entre las personas presas de este sistema dialogado en la solución de conflictos; disminución de la reincidencia en las infracciones debido al carácter suspensivo de la sanción, en función del cumplimiento de los acuerdos; reducción de las intervenciones administrativas y judiciales, dando entrada al principio de oportunidad y a la economía procesal.
- c) Objetivos dirigidos al beneficio de las personas privadas de libertad: reducción de la ansiedad como consecuencia directa de la desaparición o, al menos, disminución del conflicto interpersonal.

El temor a la posibilidad de sufrir represalias por la participación en un conflicto genera un alto nivel de estrés; aumento de la sensación de control, al ser ellos mismos los que deciden acerca de la posibilidad de mediar o no; disminución de los perjuicios al penado y su familia por la aplicación del Reglamento Penitenciario⁴⁶.

⁴⁵ En la exposición de la Mediación Penitenciaria vamos a seguir, principalmente, el trabajo de LOZANO ESPINA, Francisca, "La mediación penitenciaria", en N. González-Cuéllar Serrano (Director), Mediación: un método de ? conflictos. estudio interdisciplinar. Madrid, Colex, 2010, pp. 175-191. También, vid. RÍOS MARTÍN, J. C., PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther y BIBIANO GUILLÉN, Alfonso, La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano. Madrid, Colex, 2006; y de los mismos autores, La mediación penitenciaria. Reducir violencias en el sistema carcelario. Madrid, Colex, 2005.

⁴⁶ Si se logra eliminar la sanción como resultado final de la mediación, se rescindirá la posible pérdida de permisos u otros privilegios que harán que mejore la calidad de vida de las personas privadas de libertad.

Algunas críticas a la mediación penal

Los escépticos y detractores de la mediación penal han vertido diversas críticas con respecto a estos mecanismos desjudicializadores⁴⁷, tales como:

- a) La vulneración de la presunción de inocencia (sin embargo, no se debe olvidar que el juez única y exclusivamente ha de basarse en los hechos probados para dictar sentencia, y el que se acuda a un proceso de mediación no es medio probatorio alguno de culpabilidad del sujeto encausado);
- b) La escasa transparencia y publicidad de los mismos, lo que puede traducirse en la ausencia de muchas de las garantías mínimas de cualquier proceso judicial;
- c) La falta de imparcialidad del organismo al que se confía las labores de mediación;
- d) La forma de configuración de la solución del conflicto, apartándose de las reglas jurídicas y desembocando muchas veces en la aplicación simple de la lógica de las relaciones de fuerzas económicas y sociales;
- e) Las graves limitaciones que en orden a la eficacia supone la carencia de poderes coercitivos en los sujetos que resuelven, lo que impide dictar medidas cautelares o iniciar procedimientos ejecutivos.
- f) La “alegalidad” de las experiencias “piloto” de mediación penal en algunos juzgados de España: desde hace algunos años se están llevando a cabo esas experiencias, en las que contando con la aprobación del juez y del fiscal, se derivan algunos casos, al equipo de mediación, por entender que dadas sus circunstancias y características, esos casos podrían gestionarse a través de mediación.
- g) Sin embargo, no hay que olvidar que la mediación penal no está regulada en el ordenamiento jurídico español. Es más, algunas de las referencias que se hacen sobre la misma es para prohibirla, como en la Ley de Protección Integral de la Violencia de género, en su artículo 44.5, prohíbe la mediación en estos casos (LOPJ, art.87, ter.5); también lo hace la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León de 2006 (art. 2.1). Como hemos visto, sólo está regulada y admitida en la Ley de Responsabilidad del Menor.
- h) Dificil encaje en el marco procesal penal español actual, chocando con diversos principios tales como el principio de necesidad, el principio acusatorio, el papel del Ministerio Fiscal y otros. Baste analizar el principio de legalidad y el principio de oportunidad:
- i) El principio de legalidad confiere indisponibilidad a las normas e imperatividad en su observancia, lo que implica que el procedimiento penal tenga carácter necesario excluyendo la posibilidad de cualquier acto de disposición o acuerdo para solucionar el conflicto originado por el hecho delictivo. En este contexto, la mediación no sería posible.
- j) El principio de oportunidad se configura como un elemento corrector o flexibilizador de la rigidez del principio de legalidad, de tal manera que se pueda tener un ámbito de discrecionalidad sobre el ejercicio de la acción penal. Este principio ya rige en las legislaciones de países de nuestro entorno (Dinamarca, Bélgica, Noruega, Francia) pero no en nuestro ordenamiento, lo que dificulta la aceptación de la mediación.

Podríamos concluir que los efectos de la mediación penal dependerán de⁴⁸:

⁴⁷ Vid. SANZ HERMIDA, Á. M., “La mediación en la justicia de menores”, en N. González-Cuellar Serrano (Director), *Mediación: un método de ? conflictos. estudio interdisciplinar*, Madrid, Colex, 2010, p. 158.

⁴⁸ MAGRO SERVET, V.; CUÉLLAR OTÓN, P.; y HERNÁNDEZ RAMOS, C., “La experiencia de la mediación penal en la Audiencia provincial de Alicante”, en N. González-Cuellar Serrano (Director), *Mediación: un método de ? conflictos. estudio interdisciplinar*, Madrid, Colex, 2010, p.120.

- a) Si se trata de delitos privados –muy escasos- se puede evitar el proceso o terminarlo por la propia voluntad del ofendido.
- b) Si se trata de delitos semipúblicos, que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, la mediación penal podría operar:
 - como un mecanismo previo de solución del litigio que evitaría la realización del proceso, pues la víctima podría obtener la reparación del daño a través del acuerdo de mediación
 - en procesos ya iniciados por propia denuncia o querrela de la persona ofendida, el acuerdo podría determinar el perdón del acusado o la retirada de la denuncia.
- c) Sin embargo, para la generalidad de las infracciones penales, particularmente delitos, de carácter público, y con un grado de disponibilidad para las partes, incluido el Ministerio Fiscal, muy limitado o nulo, la mediación habrá de ceñir sus efectos en el proceso penal, generalmente, bien a la fase de la solicitud y aplicación de la pena correspondiente, mediante el juego de la atenuación de la responsabilidad penal, bien a la fase de la sentencia condenatoria, mediante la suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad impuesta.

A modo de conclusión

El sistema carcelario se encuentra ante un dilema de difícil solución: ¿encarcelar para resocializar?, ¿prisión para retribuir el mal practicado mediante la infracción penal? ¿Encarcelar para dar ejemplo a los demás miembros de la sociedad? En sociedades de países subdesarrollados o en economías emergentes, la ausencia del Estado social ha provocado la aparición de un Estado predominantemente penal, ya que donde hay mayor desigualdad social también hay un mayor índice de criminalidad.

El paradigma conflictivo de la penalidad se presenta, en el siglo XXI, con unos retos imprescindibles. En nuestra sociedad, los movimientos de “ley y orden”, las teorías maximalistas de la pena se recuerdan en momentos puntuales, cuando acaecen delitos que conmocionan a la sociedad (cometidos por menores, en su mayoría).

Un Derecho penal mínimo, combinado adecuadamente con una adecuada utilización de las nuevas tecnologías –vigilancia electrónica- y el recurso a otras medidas que no sean exclusivamente las de prisión- multas, arrestos domiciliarios, pulseras electrónicas- permitirán descongestionar un sistema de reclusión que se revela como poco eficaz en orden a la reinserción de los delincuentes.

El Derecho penal puede encontrar en la Justicia restaurativa y en la mediación penal un complemento a todas las medidas que acabamos de indicar, en orden a aliviar el descongestionamiento de los Juzgados penales y de los propios centros de reclusión.

Con todo, hay que advertir que la mediación en general –no sólo la penal-, tiene todavía varias asignaturas pendientes, como la de su correcta comprensión e implantación como complemento a la Administración de Justicia para la solución de determinados conflictos y litigios y la de su imprescindible difusión, de manera los ciudadanos puedan conocer en qué consiste, sus ventajas e inconvenientes y, con esa información, decidan si someterse o no a un procedimiento de mediación.

Consideramos que la mediación, especialmente la penal, sólo puede funcionar como mediación intra-judicial, es decir, yendo de la mano de la Administración de Justicia. Rechazamos la posibilidad de que se acepte una mediación extra-judicial, privada. Para ello, se debería empezar por:

- 1- Regular la mediación legalmente e institucionalizarla a través de un sistema público de mediación incorporado a la Administración de Justicia y dependiente del Ministerio de Justicia, como el modelo

portugués⁴⁹. La mediación intrajudicial permitirá un adecuado aprovechamiento de las ventajas que implica la mediación y el sistema judicial sería un añadido al sistema de garantías del procedimiento.

- 2- Sería conveniente la creación de Oficinas de Resolución de Conflictos –ORC- y la configuración de la sede de los Juzgados como Tribunales “multipuertas”, es decir, en la propia sede de los tribunales, esta ORC pudiera informar al ciudadano de los servicios que tiene a su disposición para la resolución de sus conflictos, según las características que presentaran: el arbitraje, el proceso y la mediación⁵⁰.

Como objetivos referidos concretamente a la mediación penal podríamos apuntar los siguientes:

- 1- Instaurar un sistema integral, institucional y público de mediación para evitar riesgos tales como:
 - c) Abuso o presiones por parte de la persona acusada a la víctima para llegar acuerdos y evitar la cárcel
 - d) Abuso de la víctima exigiendo actos de reparación desproporcionados que excedan de los límites legales

La solución podría ser la del establecimiento de la mediación dentro del proceso penal dotado de un sistema de garantías para prevenirlas y corregirlas.

- d) En el hipotético caso de que hubiera interés por introducir la mediación penal en el ordenamiento jurídico español, quizás habría que hacerlo aprovechando una reforma global del proceso penal, es decir, reformando la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- e) La Ley debería establecer el estatuto profesional del mediador (código ético, colegios profesionales) y los principios esenciales del procedimiento.

Se ha iniciado el recorrido por este camino de la mediación penal que se presenta largo, sinuoso en ciertos recovecos y angosto en otros, y en el que se vislumbran luces y sombras.

Surgen interrogantes tales como si la regulación legal de la mediación penal en España debería hacerse mediante una Ley autónoma o ubicándola en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Asimismo, convendría clarificar la responsabilidad civil derivada del delito o falta en la mediación penal. Habrá que esperar a los resultados de las experiencias “piloto” para, con mayor certeza, estar en condiciones de determinar la viabilidad de la mediación penal y resultados satisfactorios en nuestro ordenamiento jurídico. Con todo, de la experiencia habida cabe defender que los beneficios de la mediación penal son reales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA TORRES, Andrea, “Críticas ao tratamento penitenciário e a falácia da resocialização”, en João de ALMEIDA y João Luz da SILVA ALMEIDA (editores), *Sistemas punitivos e Direitos Humanos na Ibero-América*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Iuris, 2008, pp. 59-76.

-AA.VV., *Estudios de Derecho Judicial*, n°3, 2007, Madrid.

- BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, XXVII, Ed. di P. Calamandrei, Florencia, 1950.

-BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Mediación penal de menores”, en *Estudios sobre mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León* (Coordinadora: N. Belloso Martín). Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, Valladolid, Indipress, 2006, pp. 293-324.

⁴⁹ Vid. *la Lei n°21/2007 de 12 de junio, de Portugal, por la que se crea un régimen de mediación penal, en ejecución del artículo 10 de la Decisão Quadro n°2001/220/JAI, do Conselho de 15 de março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, dándose cobertura a las experiencias “piloto” de mediación penal.*

⁵⁰ Nos adherimos a estas dos posibilidades propuestas por F. Martín Diz en (MARTÍN DIZ, F., “Mediación y violencia de género: matices y posibilidades” Conferencia cit.).

- EGEA, Francisco, "Derechos fundamentales en prisión: respeto a la dignidad humana" en Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº 12, 1998 (Ejemplar dedicado a: IV Coloquio Internacional "Interrogantes penitenciarios en el quincuagésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos"), pp. 17-20.
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia, Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género. La mediación entre la víctima y el agresor en el ámbito de la violencia de género: ¿una oportunidad o un desatino?. Valencia, Tirant lo Blanch-Universidad de Granada, 2008.
- GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E., "La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el Derecho comparado", Cuadernos del IV Crim., nº10, 1996.
- GORDILLO SANTANA, Luis F., La Justicia restaurativa y la mediación penal, Madrid, Iustel, 2007.
- KEARNEY, Niall, Presidente del European Forum for Restorative Justice (Carta de Presentación del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas", celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España) entre los días 04 y 05 de marzo de 2010).
- LOZANO ESPINA, Francisca, "La mediación penitenciaria", en N. González-Cuellar Serrano (Director), Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar, Madrid, Colex, 2010, pp. 175-191.
- MAGRO SERVET, Vicente; CUÉLLAR OTÓN, Pablo; y HERNÁNDEZ RAMOS, Carmelo, "La experiencia de la mediación penal en la Audiencia provincial de Alicante", en N. González-Cuellar Serrano (Director), Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar, Madrid, Colex, 2010, pp.115-153.
- MARTIN DIZ, Fernando, "Mediación y violencia de género: matices y posibilidades" (Conferencia pronunciada en el I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas", celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España) entre los días 04 y 05 de marzo de 2010).
- _____ La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia, Madrid, CGPJ, 2010, espec. pp.301-404.
- MORENTE MEJÍAS, Felipe y Blas HERMOSO RICO, "Introducción" a La mediación en tiempos de incertidumbre, Madrid, Dykinson, 2010.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki, La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, Derecho y Política penitenciarias. 2ª ed., actualizada, Vol. I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.
- SANZ HERMIDA, Ágata Mª., "La mediación en la justicia de menores", en N. González-Cuellar Serrano (Director), Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar, Madrid, Colex, 2010, pp.155-174.
- SUMALLA, J.Mª. , La reparación a la víctima en el Derecho penal, Barcelona, 1994.
- _____ "La mediación reparadora en la ley de responsabilidad penal del menor" en Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación), en J.L. González Cussac, J.Mª. Tamarit Sumalla. y J.L. Gómez Colomer coords., Valencia, 2002, Tirant lo Blanch.
- TEJERINA, Benjamín, "Movimientos sociales y nuevas formas del conflicto social. Visibilidad, negociación y resolución de conflictos" en La mediación en tiempos de incertidumbre, en F. Morente Mejías (Director), Madrid, Dykinson, 2010, pp.47-82.
- WARAT, Luis Alberto, "Diálogo de los olvidados" (inédito).

- _____ “Ecología, psicoanálisis e mediação”, en L.A. Warat coord., trad. J. Rodrigues, Em nome do acordo. A mediação no Direito, Buenos Aires, ALMED, 1998, pp.5-59;

_____ O Ofício do Mediador. Vol. I, Florianópolis, 2000.

- WRIGHT, Martín “Derecho, Justicia y la idoneidad para su fin: hacia una respuesta restaurativa para la delincuencia” (Conferencia pronunciada en el I Congreso internacional sobre Justicia restaurativa y Mediación Penal, Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España) entre los días 04 y 05 de marzo de 2010).