

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Penal



LA MEDIACIÓN EN EL SISTEMA PENAL

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR**

Esther Pascual Rodríguez

Bajo la dirección de la doctora

Margarita Martínez Escamilla

Madrid, 2012

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

**LA MEDIACIÓN EN EL SISTEMA PENAL:
PROPUESTAS PARA UN MODELO REPARADOR,
HUMANO Y GARANTISTA**

TESIS DOCTORAL

Presentada por ESTHER PASCUAL RODRÍGUEZ

Bajo la dirección de

Dra. DOÑA MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Penal

Madrid, 2011

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	11
PRIMERA PARTE: LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA MEDIACIÓN PENAL.....	27
1. Introducción a la primera parte	27
2. La limitada eficacia de la aplicación del “Ius puniendi”	33
3. Evolución histórica del ejercicio del “ius puniendi” con atención especial a la posición jurídica de la víctima	48
4. Aproximación al concepto de justicia restaurativa	85
5. La mediación penal como una de las expresiones de la justicia restaurativa.....	94
6. El origen de la mediación penal	101
7. Los posibles reproches a la mediación penal que afectan a su concepción	111
a) La privatización del derecho penal	112
b) Las resonancias moralizantes de la mediación	120
c) Menoscabo de los fines del derecho penal y de la pena....	132
SEGUNDA PARTE: LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL: PRINCIPALES CUESTIONES SUSTANTIVAS Y PROCESALES	145
1. Introducción a la segunda parte	145
2. Normas que posibilitan la aplicación de la mediación en el proceso penal	146

3. Principios informadores del proceso de mediación penal y su relación con los derechos fundamentales y las garantías del proceso.	152
a) Principio básico: Respeto escrupuloso al derecho a la presunción de inocencia.	154
b) La voluntariedad	162
c) La confidencialidad.	170
d) La oficialidad del proceso de mediación penal	175
e) La neutralidad.	179
f) La flexibilidad.	181
g) La gratuidad.	183
4. Examen crítico de los criterios de selección para derivar al proceso de mediación: el hecho y clase de infracción penal infringida, el infractor y la víctima.	185
a) Críticas a la derivación por razón del hecho enjuiciado y tipo de infracción cometida.	187
b) Críticas a la derivación por razón del tipo de infractor.	201
c) Críticas a la derivación por razón del tipo de víctima.	203
1. Mediación en los delitos de violencia de género	204
2. Mediación cuando la víctima es menor de edad	211
3. Las personas jurídicas como víctimas participantes en el proceso de mediación.	211
5. Situaciones polémicas de derivación a mediación	213
a) Cuando la persona acusada es reincidente o reo habitual o tiene antecedentes penales computables a la causa objeto de mediación.	213

b)	Cuando la persona acusada está en situación irregular en España	214
c)	En el delito continuado (art. 74 del Código Penal)	214
d)	Cuando una de las partes no está en el pleno uso de sus facultades mentales.....	215
e)	Cuando hay varias personas víctimas o acusadas y sólo participa una.....	216
6.	El acuerdo de mediación: su alcance, su legalidad y los problemas que genera.....	220
a)	Introducción.....	220
b)	Tipos de acuerdo. La reparación material y la reparación simbólica.....	224
c)	Problemas que pueden plantearse en torno al acuerdo de reparación.....	232
1.	El contenido de los acuerdos no debe suponer una renuncia o un obstáculo al derecho del infractor a la presunción de su inocencia	232
2.	Acuerdos que se cumplen antes del juicio	240
3.	Acuerdos que no se han cumplido antes del juicio. ¿Qué sucede en estos casos?	240
4.	Acuerdos que superan la cantidad económica que pide el fiscal. ¿Cómo se plasman?	241
5.	Acuerdos sin contenido económico.....	242
6.	Acuerdos que se cumplen tras el juicio y que son impuestos a través de las reglas de conducta	243
7.	Cómo debe equilibrar el mediador los acuerdos para que no sean excesivos o insuficientes	246
d)	El seguimiento del acuerdo.....	247

e)	Las consecuencias jurídicas derivadas de la mediación...	247
7.	Desarrollo del proceso de mediación en cada una de las fases del proceso	251
a)	Mediación penal en la fase de instrucción.....	251
b)	Mediación penal en el juicio de faltas.....	253
c)	Mediación penal en la fase de enjuiciamiento.....	260
d)	Mediación penal en la fase de ejecución.....	262
e)	Mediación penal en el centro penitenciario entre víctima y persona penada.....	263
	TERCERA PARTE: EL PROCESO DE MEDIACIÓN PENAL	265
1.	Introducción.....	265
2.	La premediación.....	269
3.	Las entrevistas individuales con las partes	272
a)	Fase de información y fase de acogida con la persona infractora	272
b)	Fase de información y fase de acogida con la persona víctima	278
c)	Técnicas empleadas en la fase de acogida con la persona infractora y la persona víctima.....	281
d)	Estudio de la contención de la crisis en las entrevistas individuales en el proceso de mediación.....	298
e)	Contención de crisis en la fase de acogida de la entrevista individual con la persona infractora.....	298
f)	Contención de crisis en la entrevista individual con la persona víctima	303

4.	La fase de encuentro dialogado.....	308
a)	El lugar y la ubicación de las partes	311
b)	La estructura del proceso en el encuentro dialogado y los criterios de intervención	314
c)	Técnicas a emplear en el encuentro dialogado.....	318
1.	La técnica de preguntas	318
2.	El intercambio de papeles	319
3.	El intercambio de miradas o triangulación visual	320
4.	Las sesiones privadas o “caucus”	320
5.	Pregunta del milagro	322
6.	El parafraseo.....	323
7.	La reformulación.....	323
5.	La fase de acuerdo: técnicas para conseguirlo. El acta de reparación y el informe del mediador.	325
6.	La figura del mediador.....	330
7.	La actuación del mediador en cada una de las fases del proceso de mediación penal	339
a)	En la entrevista individual: fase de información y fase de acogida	339
b)	En la entrevista conjunta: fase de encuentro dialogado y fase de acuerdo	339
c)	El cierre pedagógico.....	340
	CUARTA PARTE: ANÁLISIS DE UNA EXPERIENCIA EN MEDIACIÓN PENAL EN MADRID 2005-2008	343

1.	Introducción.....	343
2.	Resultados de la intervención	349
3.	Órganos jurisdiccionales remitentes	350
4.	Momento de recepción.....	351
5.	Resultados de la intervención	353
a)	Resultados de la mediaciones derivadas	353
b)	Motivos de no inicio de la mediación.....	353
6.	Infracciones penales derivadas	356
7.	Infracciones penales mediadas	358
8.	Datos referentes a las mediaciones	363
a)	Contenidos de los acuerdos	363
b)	Grado de cumplimiento de los acuerdos	365
c)	Tiempo entre hechos e inicio de la mediación.....	366
d)	Tiempo entre el inicio de la mediación y su conclusión ...	367
e)	Razones de no acuerdo en mediaciones iniciadas.....	368
f)	Datos referentes a la resolución judicial	369
g)	Datos referentes a las personas participantes	370
9.	Perfil de las personas físicas atendidas en mediación.....	376
a)	Víctimas	376
b)	Personas infractoras	379
10.	Intereses de las personas víctimas e infractoras.....	383

11. Percepciones de las partes antes y después de participar en el proceso de mediación	388
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS LEGISLATIVAS.....	393
1. Conclusiones.....	393
2. Propuesta de modificaciones legales para acoger la mediación penal en la legalidad sustantiva y procesal.....	400
ANEXOS.....	411
BIBLIOGRAFÍA	425

INTRODUCCIÓN

“Sin embargo, algo me molestaba vagamente. A pesar de mis preocupaciones, me sentía tentado a veces a intervenir y mi abogado me decía entonces: cálese, será mejor para su causa. Parecía como si, de algún modo, el proceso se llevase dejándome fuera.

Todo se desarrollaba sin mi intervención. Se decidía mi suerte sin contar conmigo. De vez en cuando tenía ganas de interrumpir a todo el mundo y decir: pero de todos modos, ¿quién es el acusado? Es importante ser el acusado. ¡Yo tengo algo que decir!”

Albert Camus *El extranjero*

El objetivo de este trabajo de investigación consiste en el diseño teórico y desarrollo práctico de un sistema de mediación entre la persona víctima y la persona imputada, acusada o condenada por la comisión de una infracción penal, para su incorporación al Código Penal y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como la valoración de las repercusiones que aquella puede tener, tanto respecto de los fines del derecho penal, de la pena y del proceso, como en las instituciones encargadas de su aplicación, a fin de demostrar su compatibilidad con las garantías de los derechos de las partes procesales y el correcto funcionamiento de la administración de justicia.

Pero no sólo la vertiente jurídica en relación con la mediación penal es lo que se pone de relieve en esta tesis, puesto que también constituye un objetivo primordial de la misma, destacar otros dos aspectos importantes: por un lado, mostrar la experiencia y el largo camino recorrido en la práctica de la mediación en la jurisdicción penal de adultos en nuestro país, y por otro, describir la mediación, no sólo como

pieza jurídica”, sino como procedimiento, como técnica que sirva para aminorar seriamente las carencias de la justicia.¹

Son constantes en las últimas décadas los análisis, expresiones y doctrinas críticas con el funcionamiento de los sistemas penales. Desde hace tiempo se halla muy extendida la idea de que el derecho penal, el sistema penal, está en crisis, esto es, que no cumple adecuadamente sus funciones. Si las funciones del monopolio estatal de la violencia fueran la reducción de la violencia², la que se ejerce por unas personas contra otras y la que ejerce el propio estado, sin dudarlo deberíamos afirmar el fracaso del ejercicio del *ius puniendi* por el Estado. Probablemente el éxito de la prisión y del endurecimiento penal es que se sostiene sobre sus funciones no declaradas³.

Desde luego la violencia estatal se acrecienta década tras década; por ejemplo, la población encarcelada en todo el mundo, especialmente en España, crece exponencialmente⁴. La prisión, en crisis en la década de los años 80, resurge con prestigio y virulencia en nuestros sistemas penales. El nuevo modelo de la seguridad ciudadana, que nos empuja hacia sistemas penales cada vez más “securitarios” y expansivos, exige

¹ Sin que por ello, se trate de un remedio mágico como concluye DE LA OLIVA SANTOS en “Mediación y justicia: síntomas patológicos” en Otrosí, nº 8, octubre-diciembre de 2011, 5ª época, pág. 7.

² Lo cual parece una tendencia natural de las sociedades humanas desde su aparición hace varios milenios (Entrevista de Eduardo Punset a Steven Pinker, Profesor de Psicología en la Universidad de Harvard, 19 de abril de 2011, en <http://www.redesparalaciencia.com/wp-content/uploads/2011/06/entrev1011.pdf>.

³ ASUA BATARRITA: "Cárceles, ¿para qué? La permanente contradicción entre los fines teóricos de la pena y los efectos reales de la prisión", Juventud y sociedad, del neón al neolítico, crisis social. Servicio de Juventud del Ayuntamiento de Zaragoza, 1990.

⁴ “Desenmascarando mitos que sostienen el sistema penal”, en <http://www.otroderechopenal.com>.

estrategias inteligentes para contrarrestarlo⁵. La justicia restaurativa es desde esta perspectiva una apuesta estratégica de futuro; siguiendo a DÍEZ RIPOLLÉS, se introduciría como un paradigma de “un *modelo penal bienestarista*, que anteponga una aproximación social a una aproximación represiva hacia la delincuencia [...] en el campo de la racionalidad pragmática, esto es, en el de la efectividad y eficacia de las medidas de intervención social a tomar. Pero la efectividad y eficacia del modelo penal bienestarista hay que demostrarlas o, al menos, hacerlas plausibles, y eso no se logra reclamando adhesiones ideológicas ciegas en una sociedad cada vez más desideologizada. Hay que documentar las consecuencias negativas del modelo de la seguridad ciudadana y su previsible, si no ya presente, fracaso. Para ello es preciso abandonar la argumentación en el mero terreno de los principios, y descender a discursos en los que las alternativas defendidas estén bien apoyadas en datos empírico-sociales”⁶. Este es uno de los objetivos de este trabajo, demostrar con datos empíricos como el modelo que propongo sí cumple los fines para los que fue creado, y a ello dedicaré precisamente la cuarta parte de este trabajo de investigación, en que se recoge el trabajo de campo. Dijo tan simple como acertadamente Albert EINSTEIN: “Si buscas resultados distintos, no hagas siempre lo mismo”. La justicia restaurativa es buscar nuevos caminos, una vez transitados los que nos llevan a un callejón sin salida.

Una de las preocupaciones principales en los estados democráticos actuales que persiguen el bienestar de los ciudadanos es tender a la adecuada solución de los conflictos generados en la sociedad. El

⁵ DÍEZ RIPOLLÉS: “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* (06-04) 2004, <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>.

⁶ DÍEZ RIPOLLÉS: “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* (06-04) 2004, pág. 03:31, <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>

sistema penal actual, basado en la justicia punitiva, de orientación retributiva y/o preventiva, propone como solución a los conflictos una sentencia por cada disputa, en la que se imponga una pena, un castigo, al infractor. Existe la convicción, errónea desde mi punto de vista, de que el derecho penal puede solucionar la mayor parte de los problemas de la sociedad. Desde una perspectiva programática, los principios que rigen nuestro derecho penal son el de mínima intervención y el de subsidiariedad, pero desde una visión práctica podemos observar que desde hace algunos años ocurre todo lo contrario: el Código Penal de la democracia ha creado nuevos y numerosos delitos⁷, a su vez, necesarios

⁷ Piénsese en las numerosas reformas que ha sufrido el Código Penal de 1995 (LO 10/95 de 23 de noviembre) desde su entrada en vigor —y que ponen de manifiesto por un lado, el fracaso del legislador y por otro la excesiva criminalización—. A saber: 1º) en 1998 es modificado por la LO 2/1998 de 15 de junio, incorporando previsiones contra la denominada delincuencia terrorista de baja intensidad, y por la LO 7/1998 de 5 de octubre por la que se suprimieron las penas de prisión y de multa para los supuestos de no cumplimiento del servicio militar obligatorio y prestación social sustitutoria, rebajando las penas de inhabilitación en dichos supuestos. 2º) En 1999 se modificó nuevamente en dos ocasiones, mediante la LO 11/1999 de 30 de abril y la LO 14/1999 de 9 de junio, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de reforma de la LECrim. 3º) En el año 2000 se modificó cinco veces a través de la LO 2/2000 de 7 de enero, en materia de prohibición del desarrollo y el empleo de armas químicas, LO 3/2000 de 11 de enero, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, LO 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, LO 5/2000 de 13 de enero que pospone la entrada en vigor de los artículos 19 y 69 al 13 de enero de 2001, LO 7/2000 de 22 de diciembre, que supuso la modificación del Código Penal y de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores en materia de terrorismo y la LO 8/2000 de 22 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. 4º) En 2002 se modificó por la LO 3/2002 de 22 de mayo en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria y por LO 9/2002 de 10 de diciembre en materia de sustracción de menores. 5º) En 2003 cambió seis veces, mediante LO 1/2003 de 10 de marzo para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los concejales, LO 7/2003 de 30 de junio de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivos de las penas, LO 11/2003 de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, LO 15/2003 de 25 de noviembre de modificación de la LO 10/1995 y la LO 20/2003 de 23 de diciembre, dirigida a castigar la convocatoria ilegal de un referéndum. 6º) En 2004 se publicó la LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas para la protección Integral contra la violencia de género, cuyo Título V incorpora una nueva reforma del Código Penal. 7º) En 2005 por LO 2/2005 de 22 de junio se modifica nuevamente el Código Penal para suprimir los artículos 506 bis, 521 bis y 526 bis, y por LO 4/2005 de 10 de octubre en materia de delitos de riesgo provocados por explosivos. 8º) En 2007 por

en una sociedad moderna como la actual (me refiero a los delitos contra el medio ambiente, contra las relaciones familiares, informáticos, etc.); y endureciendo la respuesta penal frente a hechos y tipos de personas (habitualidad, marginación, contra la libertad sexual, organizaciones...).

Se predica un derecho penal mínimo mientras vamos criminalizando cada vez más conductas para luego tener que inventar la desjudicialización que facilitará la salida del sistema de aquellos que no deberían haber entrado nunca. ¿No sería más lógico y menos costoso emocional y económicamente que evitásemos desde un principio la entrada en el sistema penal o, una vez que esta se ha producido, buscar otras alternativas para responder al conflicto?

Uno de los problemas que lo dificulta es el momento político y criminológico que atraviesa la humanidad. Las tendencias punitivas de EEUU y demás países occidentales, el retorno al neorretribucionismo y el modelo penal de la seguridad dificultan, al menos de momento, llevar a cabo una política descriminalizadora. La ciudadanía, en reiteradas ocasiones, parece mostrarse partidaria de una corriente de creciente autoridad y exigencia de ultraseguridad como solución en el combate a una presunta escalada delictiva, que nos transmiten los medios de comunicación⁸, sin preocuparse por el menoscabo de axiomas democráticos, derechos fundamentales y principios constitucionales

medio de la LO 15/2007 de 30 de noviembre se modifica en materia de seguridad vial. 9º) En 2010 se modifican por medio de LO 5/2010 de 22 de junio numerosísimos artículos.

⁸ Resulta altamente recomendable la lectura de las investigaciones publicadas en GARCÍA ARÁN y BOTELLA CORRAL (Dir.): *Malas noticias, medios de comunicación, política criminal y garantías penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, de las que se desprende nitidamente el proceso por el que los medios de comunicación recrean la realidad y desorientan a la ciudadanía, tendiendo una trampa en la que caen los poderes públicos en su propio beneficio, produciendo todo ello una inacabable espiral de expansión del derecho penal sobre la base de una falsa búsqueda de la eficacia contra el delito.

justificándose en una pretendida y nunca empíricamente demostrada eficacia; se dice que la sociedad pide eficacia sin reparar en costes, celeridad, endurecimiento y aumento de penas, menores posibilidades de excarcelación, cumplimiento íntegro de las penas, etc.; por el contrario, numerosos estudios actuales, de ámbito nacional⁹ e internacional¹⁰, demuestran que la sanción penal no disuade en todos los casos, que se demuestra empíricamente que la eficacia del incremento punitivo no es tal y que genera más violencia.

En la actualidad el aparato judicial y su soporte legal se encuentran desfasados ante las necesidades de resolución que tienen los conflictos interpersonales suscitados en la sociedad. Esto desemboca en la imposibilidad de dar una respuesta concreta a la demanda social, con la consecuente deslegitimación para la institución judicial¹¹. La forma

⁹ Entre otros estudios, merece la pena destacar a nivel nacional: RÍOS MARTÍN y CABRERA CABRERA: *Mil voces presas*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998; *Mirando el abismo: el régimen cerrado*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2002; GALLEGRO; CABRERA CABRERA; SEGOVIA BERNABÉ y RÍOS MARTÍN: *Andar 1 km en línea recta. La cárcel del siglo XXI que vive el preso*, Biblioteca Comillas Derecho, 03, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2010; BELTRÁN VERDES: *Derechos torcidos: tópicos, medias verdades y mentiras sobre pobreza, política y derechos humanos*, Debate, Barcelona, 2009; PLATAFORMA OTRO DERECHO PENAL ES POSIBLE. *Desenmascarando mitos que sostienen el sistema penal*, en <http://www.otroderechopenal.com>; CID MOLINÉ: *El incremento de la población reclusa en España entre 1996-2006: Diagnóstico y remedios*, en Revista Española de Investigación Criminológica, Artículo 2, Número 6 (2008) www.criminologia.net.

¹⁰ Y a nivel internacional: HARCOURT: *Illusion of order: the false promise of broken Windows Policing*, Harvard, 2001; WACQUANT: *Las cárceles de la miseria*, Alianza Ensayo, Madrid, 2000; y MATHIESEN: *Diez razones para no construir más cárceles*, Nueva doctrina penal, nº 1, Buenos Aires, 2005; MATTHEWS: *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*, Bellaterra, Barcelona, 2003; GARLAND: *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005.

¹¹ Un claro ejemplo de esto lo encontramos en el ámbito de la violencia doméstica. Son muchísimas las mujeres que denuncian a sus maridos con el fin, no de romper la relación y conseguir un castigo ejemplar para su pareja, sino para que el Juez obligue al hombre a “realizar un tratamiento de desintoxicación, para que me trate mejor, para que ya no me insulte más cuando discutimos, para que el divorcio sea más rápido, etc.” Cuando tras interponer la denuncia, presencian la detención de su pareja, y escuchan que éste tiene una orden de alejamiento respecto a ellas de 500 metros hasta que se celebre el juicio, son muchas las que se arrepienten y retiran la solicitud de la orden

tradicional en que el sistema judicial administra los litigios tiende a burocratizar la respuesta procesal al conflicto en detrimento de la especificidad de cada litigio. Intuyo que la sobrecarga de trabajo, las elevadas tasas de litigiosidad, la sobresaturación del sistema penal, la deficiente formación y organización de los juzgados, la despersonalización de la función constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, la desresponsabilización personal por los resultados personales y sociales de las decisiones judiciales o la arcaica regulación procesal están en la base de la incapacidad de la administración de justicia para solventar los conflictos que se le plantean. Se hace por tanto necesario encontrar otros métodos para que la administración de justicia gane en eficacia y la sociedad recupere la confianza en el sistema judicial al que va a buscar justicia, proporcionando a esta seguridad y credibilidad; pero esos métodos deben ser nuevos y consistir en algo distinto, pues lo que existe actualmente demuestra a través de los resultados que constituye en algunas de sus manifestaciones un fracaso. Analizaré si este fracaso puede ser superado por la justicia restaurativa y, en concreto, por uno de sus

de alejamiento. Pero ya es tarde, la Fiscalía actúa de oficio, y aunque la mujer exprese su voluntad, lo que prima es la persecución pública del delito, así que ésta nada puede hacer más que esperar a que llegue la celebración del juicio, y acogerse a la dispensa que contiene el art. 416 de la LECrim para guardar silencio y no declarar contra su pareja, o su ex pareja. Con este silencio, en la mayor parte de los casos, el Juez debe absolver por falta de pruebas, y así, lo que empezó hace meses, e incluso años, se resuelve finalmente con una sentencia absolutoria, y sin que el problema de fondo haya quedado resuelto. Incluso en muchos casos, con la relación más deteriorada, tras todo lo acontecido.

El problema aumenta ahora que el Tribunal Supremo está restringiendo el uso de la norma del 416 del citado texto legal. ¿Qué sucederá en esos casos? ¿Se deducirá testimonio para abrir diligencias contra la mujer por un delito de falso testimonio o acabará el marido o la pareja en prisión? Esto lo iremos viendo con el paso del tiempo. Pero desde luego, que tanto las mujeres que denuncian, como los hombres que son denunciados, así como letrados, jueces, fiscales, secretarios, etc., estamos siendo testigos del erróneo funcionamiento de la administración de justicia en este ámbito, que no logra en absoluto proteger a las verdaderas víctimas, ni solucionar los problemas de fondo con los que se acercan las mujeres a denunciar.

instrumentos, la mediación penal. A ello dedicaré la primera parte de este trabajo de investigación.

Frente al tipo de justicia expuesto, la que podríamos denominar justicia punitiva, de corte retributivo, preventivo o sintético, es decir, la administración de justicia que se centra en la averiguación del hecho en los estrechos límites del marco típico y la consecuente imposición de la consecuencia jurídica, la pena, se encuentra la justicia restaurativa —también llamada retributiva en la búsqueda de una adecuada traducción para *restorative justice*— y, dentro de esta, la mediación autor-víctima —Victim Offender Mediation (VOM); Täter-Opfer-Ausgleich (TOA)—, que consiste en un proceso voluntario en el que las partes enfrentadas por el delito o la falta dialogan, con la ayuda de un mediador, para alcanzar una serie de objetivos, entre los que destaca la adopción de un acuerdo de reparación que satisfaga a ambas partes. Este proceso de mediación, al menos en el modelo que yo defiendo y que será objeto de análisis y desarrollo, no constituye en ningún caso un intento de sustitución del proceso penal ordinario, sino que se incardina dentro de este como un complemento, como una alternativa únicamente al modelo adversarial de dirimir el litigio. Y la manera en que lo hace será analizada, reflexionada y desarrollada en este trabajo, concretamente en el apartado segundo, bajo el título “La aplicación de la mediación penal: principales cuestiones sustantivas y procesales”. Por tanto, siempre que hable del proceso de mediación me referiré a un modelo y unas experiencias que forman parte del proceso penal.

Sin desconocer que la mediación penal tiene unas características específicas respecto a otros ámbitos, como el familiar o el laboral, en los que se emplea esta técnica, en el origen de una mediación penal no estamos ante un conflicto en el que las partes se encuentren en una posición de igualdad valorativa: habrá una/s que asuma o se le atribuya un rol de infractor y otra/s que asuma o se le atribuya un rol

de víctima —o en ocasiones ambas asuman el doble rol en caso de denuncias cruzadas—. En definitiva, al margen (aunque sea también esencial) de que las personas que entran en un proceso de mediación penal se conocieran o tuvieran relación previa o no, vayan a tenerla en el futuro o no, exista un conflicto anterior o no al hecho delictivo, lo cierto es que (en la configuración general actualmente existente en la práctica) lo que “pone en marcha la maquinaria penal” y puede ser remitido a una mediación penal para su abordaje es la realización de uno o varios delitos, en los que habría una parte que ha atentado contra un bien jurídico merecedor de protección penal y otra sería el sujeto pasivo titular de ese bien jurídico o víctima en un sentido más amplio. “Este origen de la mediación penal a partir de una infracción de una norma penal y no de un mero conflicto de intereses privado determina de manera muy importante los perfiles diferenciales de la mediación penal”¹².

El proceso de mediación autor-víctima o mediación en asuntos penales —en la jurisdicción de adultos— en España no está recogido en nuestros textos legales, aunque tampoco está prohibido (salvo en los casos de violencia de género, en los términos establecidos en la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género), a diferencia de muchos otros países en los que sí está regulado por ley¹³. Existe una Decisión Marco¹⁴ de la Unión Europea de 2001, que

¹² ETXEBARRIA ZARRABEITIA: “Justicia restaurativa y fines del derecho penal”, en MARTÍNEZ ESCAMILLA (Dir.): *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Editorial Reus, 2011 (en prensa).

¹³ Tal es el caso de: Nueva Zelanda, que en el ámbito de adultos, cuenta con las Secciones 11 y 12 de la Ley de Justicia Criminal de 1985; Austria, que desde la promulgación de la Adenda a la Ley Procesal Criminal de 1999, recoge en su artículo 90, tanto para menores, como para adultos, la mediación; Alemania, que la regula en el artículo 46, 2º del Código de Justicia Criminal, los artículos 153 y 153ª de la Ley Procesal y el artículo 46ª del StGB incorporado en 1994; Bélgica, que a través de la Ley de 10 de febrero de 1994 la introduce en el artículo 216 del Código de Procedimiento Criminal; Francia, que por la Ley de 4 de enero de 1993, la recoge en el

desarrollaré a fondo en el apartado correspondiente, que exige el impulso en su implantación a todos los Estados miembros antes de marzo del año 2006, y varias recomendaciones del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas que aconsejan su incorporación a los mecanismos legales existentes¹⁵.

artículo 41 del Código de Procedimiento Penal; Holanda, que la regula en una Ley de 1995; Noruega lo hace en la Sección 1 de la Ley de 1991; Finlandia, que la regula en la Sección 15 del Decreto de Acompañamiento del Código Penal; Polonia, que la recoge en su Código Penal y en el Código de Procedimiento Penal, en diversos artículos de forma detallada, y finalmente, República Checa, que cuenta con una Ley de Probation y Mediación de 2001.

Sólo estos países cuentan con una legislación específica en materia de mediación penal en adultos. En algunos países, el proceso de mediación constituye una verdadera alternativa al proceso penal ordinario, en cambio en otros, se incardina dentro del propio proceso penal existente.

Existen otros países que cuentan con una amplia trayectoria práctica en mediación penal, pero carecen de textos legales que la regulen. Tal es el caso de Canadá, Estados Unidos, Italia, Gran Bretaña, Suecia, Ucrania, Rusia, Suiza, Grecia, Japón, China y diferentes países latinoamericanos.

¹⁴ En el ámbito de la normativa europea encontramos las denominadas decisiones marco y decisiones, de carácter obligatorio para los países miembros, pero sin efecto directo. La justicia penal pertenece a las materias que dependen de la cooperación entre los Estados miembros y se regula en el Tratado de la Unión Europea, en cuyo artículo 26 se menciona la necesaria cooperación que ha de llevarse a cabo entre las autoridades judiciales de los distintos países para luchar eficazmente contra la delincuencia. El artículo 34.2 del mismo texto legal, introduce una previsión expresa de aproximación de las leyes penales modificando para ello el sistema de fuentes, introduciéndose las llamadas decisiones marco, que se conciben como instrumento para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los estados miembros, siendo su régimen semejante al de las Directivas, por lo que obligan en cuanto al resultado a alcanzar, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios para ello. Sin embargo, se ha evitado expresamente que las decisiones marco puedan tener el efecto directo reconocido por la jurisprudencia a las directivas vencidas. También se establecen las decisiones, que deberán tener un fin distinto de la aproximación de legislaciones, serán obligatorias y tampoco tendrán efecto directo.

¹⁵ 26ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, que tuvo lugar en Helsinki en abril de 2005, dedicada a “la función social del sistema de justicia penal”, cuyo documento final enfatizaba en aspectos, que decía hasta entonces descuidados, como la prevención del delito, el papel de la víctima y la reparación del daño. El informe indicaba que el concepto de justicia reparadora podía articularse sobre la mediación entre autor y víctima, sobre el apoyo a la víctima, la prevención de la reincidencia y la reintegración de los delincuentes.

Ha sido al amparo de estos textos y a través de valientes experiencias prácticas como se ha ido creando en nuestro país una base para acoger la mediación penal en adultos y llevarla a cabo dentro del seno del proceso penal.

Dentro de esas experiencias prácticas está la llevada a cabo por la Asociación de Mediación y Pacificación de Conflictos de Madrid¹⁶, de la

¹⁶ La primera experiencia desarrolla un trabajo en mediación penal que comenzamos en octubre de 2005 en la jurisdicción penal de adultos, a través de un acuerdo entre la Asociación de Mediación y Pacificación de Conflictos de Madrid y Navarra, el Servicio de Planificación del Consejo General del Poder Judicial y las Fiscalías de Madrid y Navarra. Aunque resulte un poco tediosa para el lector que amablemente nos viene siguiendo, y aún a riesgo de que podamos omitir a alguien, queremos dejar constancia de dónde y quiénes apostaron por los proyectos que vamos a describir en este libro.

La idea inicial surgió entre Ramón Sáez, Justino Zapatero, Julián Ríos, Félix Pantoja y yo. Estudiamos las experiencias existentes en España más significativas por su calidad y permanencia. Analizamos la promovida por la Generalitat de Cataluña y la Magistrada Rosa Freire, en la que trabajan preparadísimos mediadores —Anxel Guillamat, Joan Sendra y Montse Martínez, entre otros muchos—. Igualmente, nos motivó mucho la que venía desarrollando desde 1998 en el ámbito de la mediación comunitaria con drogodependientes la Asociación Apoyo de Madrid, con Pilar Sánchez Álvarez a su frente, con el importante respaldo del entonces Fiscal Jefe, Mariano Fernández Bermejo.

En noviembre de 2005, iniciamos las reuniones de trabajo con el objetivo de elaborar un protocolo de intervención procesal para la puesta en funcionamiento de la primera experiencia y su ampliación a todos los órganos jurisdiccionales interesados. El grupo de trabajo lo formamos el Magistrado Ramón Sáez, los Fiscales Justino Zapatero, Teresa Olavarria, Carmen de la Fuente, M^a Jesús Raimunda y Félix Pantoja, la Secretaria Judicial Concepción Sáez y los abogados especializados en mediación Julián Ríos, Rosa Garrido, Alfonso Bibiano y yo. Coincidimos en dos necesidades. La primera, elaborar un protocolo para incardinar la mediación dentro del proceso penal, en sus diferentes fases, para demostrar su viabilidad, no sólo como sistema eficaz de resolución del conflicto, sino también como forma de garantizar los derechos fundamentales del art. 24 de la Constitución y la LECrim. La segunda, extender y ampliar la experiencia de mediación penal a los órganos jurisdiccionales de todas las comunidades autónomas que fuere posible, con el objetivo de sensibilizar a los operadores jurídicos y a la ciudadanía en general.

Como consecuencia de sucesivos encuentros, se concluyó un primer protocolo de trabajo para la fase de enjuiciamiento a desarrollar en el Juzgado de lo penal núm. 20 de Madrid. Esta experiencia se ha llevado a cabo en este órgano jurisdiccional desde noviembre de 2005 a enero de 2007, previo acuerdo con el Fiscal Jefe de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid —en ese momento, Manuel Moix—. Paralelamente, otro grupo de trabajo, formado por juristas y mediadores de Navarra, decidió iniciar el proyecto de mediación en la fase de instrucción y para juicios de faltas. Este grupo de trabajo estaba formado por la Magistrada M^a. Paz Benito

—Juzgado de Instrucción núm. 3 de Pamplona—, el secretario judicial Alberto Pulido Igea, los Fiscales Ana Carmen Armonies y José A. Sánchez Sánchez Vinarés y varios letrados y mediadores que formaban la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos de Navarra –Eduardo Santos, Idoia Zulet, Izaskun Gartzaron, Manuel Ledesma, M^a Paz Lecumberri y Lourdes Etxeberria– después de elaborar un protocolo de intervención con el apoyo de Juan Manuel Fernández Martínez, presidente del Tribunal Superior de Justicia de Navarra y, previo acuerdo con el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Navarra, Javier Muñoz, comenzaron la experiencia en el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Pamplona, ampliada hasta al día de hoy la experiencia a todos los Juzgados penales.

A su vez, en Madrid, se decidió iniciar la experiencia en la fase de instrucción y enjuiciamiento de faltas. Se eligieron dos Juzgados de Instrucción, el 32 y el 47, cuyos Magistrados, Santiago Torres y José Díaz, junto a los fiscales ya referidos, César Estirado y los secretarios judiciales Guillermo Vázquez Ariño y Carlos Vaquero, elaboraron un protocolo de intervención. Comenzaron la experiencia en septiembre de 2006, y se sigue manteniendo hasta este momento en el Juzgado de Instrucción 32. En enero de 2007, se inició la experiencia en la fase de ejecución gracias al apoyo de la Magistrada M^a Jesús Coronado Buitrago, titular del Juzgado de ejecuciones núm. 4 de Madrid y las Fiscales María de la O Silva Fernández y Beatriz Sánchez Álvarez.

Igualmente, en enero de 2007, M^a Auxiliadora Chavarri, Magistrada del Juzgado de Instrucción num. 13 de Sevilla, con los mediadores la Asociación de Mediación de Sevilla –Amedi– José Castilla Jiménez, Jana Vidal, Rafael Labajo y M^a José González, los fiscales Enrique Egocheaga Cabello, Margarita Viera Díez, y M^a José Segarra, y la colaboración del secretario judicial Leonardo Doblado Herrera, decidió comenzar esta experiencia en la fase de instrucción y en los juicios de faltas. Asimismo, en noviembre de 2006, la Magistrada del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Calatayud, Amaya Olivas y la del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Zaragoza, M^a Soledad Alejandre, junto con el Fiscal Jefe de Zaragoza y los fiscales Alejandro Fernández Furquet y Mercedes Pinós Marco, también comenzaron a trabajar en esta experiencia con los mediadores de la asociación «¿Hablamos?» Carlos Piñeyroa, Pablo Jiménez, Carmen Ferrero, Amparo Salanova, Sonia Trigo y Susana Valimaña. En enero de 2007, la Magistrada del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Jaén, M^a Fernanda García Pérez, y los fiscales Mercedes Heredia Puente y Cristóbal Fábrega, con la autorización del Fiscal Jefe, José María Casado, iniciaron la experiencia con la colaboración de los mediadores de la Asociación «Soluciona Jaén» Enrique del Castillo Codes y Ave María Fernández Camacho. En abril de 2007, comenzó también la experiencia el Magistrado del Juzgado de lo penal núm. 2 de San Sebastián, Jorge Juan de Hoyos Moreno, junto al fiscal Jesús Chavarino, y los mediadores Alaitz Zugasti y Amaia Las Heras, de la Asociación «Arrats». Por otro lado, el Magistrado del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Córdoba, José Luis Rodríguez Lainz, inició en julio la experiencia con los mediadores Lorenzo Ochoa Ramos y Ana Altamirano Carrillo de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía.

En julio de 2007, a impulso del entonces Director de ejecución penal del Gobierno Vasco, Xabier Etxebarria Zarrabeitia, los órganos jurisdiccionales penales de Barakaldo y Vitoria, gracias al apoyo de los Fiscales Jefe, María Ángeles Montes y Josu Izaguirre, así como de la Jueza Decana Cristina de Vicente y los Magistrados titulares de cada juzgado, comenzaron con sendos equipos de mediación del Departamento de Justicia del Gobierno Vasco. Estos equipos estaban conveniados con la asociación sin ánimo de lucro Geuz en Barakaldo e IRSE en Vitoria. A día de hoy existen Servicios de Mediación Intrajudicial del Gobierno Vasco a disposición de todos los órganos judiciales en la comunidad autónoma.

que soy miembro y en la que he participado activamente en calidad de mediadora desde el año 2005. Precisamente por darse esa circunstancia de participación activa y directa es la experiencia que voy a destacar en esta investigación, pues todo lo que de ella hemos aprendido lo he vivido en primera persona.

Antes de participar como mediadora en esta experiencia en Madrid, trabajé como mediadora familiar durante tres años en Cuenca; además de a la mediación, me dedico al ejercicio de la abogacía en el ámbito penal y penitenciario, aparte de colaborar con asociaciones que trabajan con las personas en situaciones de exclusión social y que han pasado por el espacio punitivo. Ello me ha permitido acercarme, observar y participar. He podido conocer biografías vitales de las personas que entran en el sistema penal, saber de sus miedos, situaciones familiares, sociales y laborales, necesidades, esperanzas y posibilidades y de las consecuencias que tiene en esos elementos la aplicación del derecho penal. La policía en el desarrollo de sus funciones adquiere un escaso conocimiento de la historia de las personas en relación con las que interviene —posibles víctimas o presuntos infractores—, ni sabe lo que les ocurrirá a lo largo del proceso; tampoco el juzgado que instruye o juzga ni la fiscalía que acusa pueden llegar a saber lo que el destino deparó ni antes ni después a la persona acusada o condenada, ni a la víctima, ni a la familia de ambos, que ni son atendidas ni acogidas en la parte humana más elemental: el respeto a las emociones y a los sentimientos. En

En diciembre de 2007, la experiencia en Madrid se amplía al Juzgado de lo penal núm. 6, gracias a la Magistrada M^a Inmaculada Iglesias y a la secretaria judicial, Isabel López. En marzo de 2008, comienzan la experiencia en un Juzgado de lo penal de Valladolid cuya Magistrada titular es Ana Carrascosa y en otro de Instrucción, cuyo Magistrado es César López. En febrero de 2008, se comienza en Madrid, en la sección 17 de la Audiencia Provincial, gracias a los Magistrados Manuela Carmena, entusiasta de la idea desde hacía muchos años, María Jesús Coronado, Ramiro Ventura Faci y José Luis Sánchez y a la secretaria judicial. M^a Luisa Álvarez.

último extremo, se desconoce si el conflicto que originó la infracción penal, que en ocasiones llega a generar un drama humano, llegó a solucionarse o, por el contrario, con la intervención ritual del sistema penal, incrementó la violencia y el sufrimiento para todas las personas implicadas. Lamentablemente esto ocurre con bastante frecuencia. Es de aquí de donde parte el planteamiento principal de esta tesis: ¿es posible incorporar al sistema penal un instrumento que atenúe la violencia institucional, posibilitando la participación activa de las personas implicadas en la solución pacífica del asimétrico conflicto delictivo en el que se ven inmersos, respetando su autonomía ética, sin merma en las garantías jurídicas de las partes procesales ni de la seguridad jurídica?

Por estos dos motivos —por el de haber ejercido mi labor profesional en el ámbito de la mediación y en el ámbito de la abogacía —, puedo anticipar que este trabajo de investigación no constituye únicamente una tesis de naturaleza exclusivamente jurídica o político-criminal. Aunque la mediación penal como instrumento de la justicia restaurativa despliega diversas consecuencias jurídicas, también supone el uso de un instrumento de comunicación, por eso es tan trascendental la visión del mediador, puesto que la mediación se nutre de contenido jurídico y de contenido emocional. Es por este motivo que esta tesis aporta una visión muy global sobre la justicia restaurativa, la mediación penal, su aplicación, el desarrollo del proceso desde la perspectiva del mediador, las vivencias de las partes implicadas a través del trabajo de campo y finalmente las conclusiones a las que llego, entre las que constan las propuestas de *lege ferenda* —sustantivas y procesales— necesarias para su incorporación a los textos legales y que vienen recogidas en el apartado quinto de este trabajo de investigación, junto con las conclusiones de esta investigación.

Junto a las tres partes que acabo de explicar, faltan por justificar su existencia la primera y la tercera, puesto que esta tesis se compone de cinco partes, más los anexos. La primera parte está dedicada al estudio del derecho penal y su aplicación en relación con la justicia restaurativa y la mediación. También sitúa al lector en sus orígenes, sus conceptos y fines y el camino que se ha recorrido para llegar a estos métodos de solución de conflictos. Por último se recogen las respuestas a las voces críticas que se alzan en contra de la mediación.

En la tercera parte, se plasma la visión del mediador, puesto que estudia el desarrollo del proceso técnico de la mediación desde la perspectiva del mediador, analizando cada una de las técnicas que éste puede y debe emplear en el ejercicio de su profesión, así como los posibles acuerdos y dificultades con las que se puede encontrar en el camino y los deberes y derechos que entiendo deben regir este oficio.

Me apoyaré, para dotar de contenido a las cinco partes que he mencionado, no sólo en reflexiones de contenido dogmático y político-criminal obtenidas a través de la lectura de la literatura científica¹⁷ y de las observaciones conseguidas en grupos de discusión sobre estos temas, sino también en valoraciones extraídas del tratamiento adecuado de los datos de la experiencia de mediación penal que desde la Asociación de Mediación y Pacificación de Conflictos en relación con el servicio de Planificación y Análisis del Consejo General del Poder Judicial se han llevado a cabo, sin olvidar las evaluaciones¹⁸ realizadas de las otras experiencias habidas en España.

¹⁷ La bibliografía existente en España sobre este mecanismo de solución de conflictos en el ámbito penal no se puede calificar de extensa, a pesar del interés que suscita en la actualidad; no obstante, se han ido produciendo aportaciones significativas en los últimos años.

¹⁸ RÍOS MARTÍN – MARTÍNEZ ESCAMILLA – SEGOVIA BERNABÉ – GALLEGO DÍAZ – CABRERA CABRERA – JIMÉNEZ ARBELO: *Justicia restaurativa y mediación*

Ojalá que el lector llegue a contagiarse de “la magia” de la mediación penal tras la lectura de este trabajo de investigación. Desde luego, este era el objetivo pretendido.

penal. Análisis de una experiencia (2005-2008), Madrid, diciembre de 2008, www.cgpi.es; VARONA MARTÍNEZ: “Evaluación externa del servicio de mediación penal de Barakaldo julio-diciembre 2007”, www.justizia.net; VARONA MARTÍNEZ: “Justicia Restaurativa a través de los servicios de Mediación Penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad. Octubre 2008-Septiembre 2009”, www.justizia.net; RODRÍGUEZ SÁEZ: “Mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España, 1998-2011”, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, nº 8, Universidad de Deusto, Bilbao, 2011 (en prensa).

PRIMERA PARTE: LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA MEDIACIÓN PENAL

*Tú ves las cosas como son
Y preguntas “¿por qué?”
Yo veo las cosas como podrían ser
Y pregunto “¿Por qué no?”
George Bernard Shaw*

1. Introducción a la primera parte

En la primera parte de este trabajo de investigación, pretendo hacer una aproximación a la justicia restaurativa y a la mediación penal para situar y mostrar cómo se ha llegado a estos modelos de aplicación de justicia a través del “ius puniendi” del Estado. Así mismo, quiero dejar constancia de la necesidad de su inclusión dentro del modelo procesal tradicional y el alcance que estas herramientas pueden llegar a tener. Abordaré la definición que con carácter general se da sobre la justicia restaurativa, analizando su origen y evolución para, a continuación, hacer lo mismo con una de sus herramientas: la mediación penal. Ésta se aplica de diferentes formas y en distintas fases del proceso penal, generando una gran variedad de consecuencias jurídicas tras su aplicación, según el país y la legislación que lo regule, siendo su alcance bien diferente según se desarrolle en el ámbito de adultos o de menores, según los delitos para los que se contemple y según las consecuencias penológicas y otras de diversa índole jurídica.

Tras hacer un breve recorrido por la historia de la justicia restaurativa, de la mediación penal y las consecuencias que se derivan de su aplicación, me centraré en lo que ha ido sucediendo en nuestro ordenamiento jurídico. Puesto que en nuestro Estado no se regula en

texto legal alguno¹⁹, partiré de una definición propia y de ahí, iré desentrañando todo lo relacionado con la misma. Quiero adelantar que el modelo de mediación que contemplo, forma, en todo caso, parte del proceso penal. No constituye una alternativa para esquivar el proceso, sino que supone la utilización de una nueva herramienta que, en determinados casos, puede complementarlo de un modo más efectivo para los verdaderos intervinientes en el proceso, es decir, para la persona víctima, la persona infractora y, como veremos, para la administración de Justicia.

La mediación penal en la jurisdicción de adultos se está aplicando a través de experiencias en diferentes órganos jurisdiccionales, a pesar de no estar regulada de forma específica en la ley. Por eso se puede afirmar que la práctica va por delante de los textos legales. Ahora bien, sí que existen mecanismos legales en nuestros textos para dar cobertura a estas experiencias, y eso es lo que aquí será objeto de desarrollo. ¿Cómo se ha introducido la mediación penal en nuestro país si no se prevé legalmente su uso? Aunque en España la justicia restaurativa y la mediación penal son mecanismos muy recientes²⁰, nuestros Códigos contienen ciertos preceptos que permiten su adaptación y aplicación en el sistema penal, al entenderse como un método privilegiado de reparación del daño por la infracción penal, por medio de instituciones jurídicas como la atenuante de reparación del daño, contemplada en el art. 21.5^a de nuestro Código Penal²¹; la colaboración con la

¹⁹ A diferencia de la mediación familiar que cuenta ya con leyes autonómicas propias en Cataluña (2001), Valencia (2001), Galicia (2001), Canarias (2003), Castilla La Mancha (2005), Baleares (2006), Castilla León (2006), Madrid (2007), Asturias (2007), País Vasco (2008) y Andalucía (2009).

²⁰ A diferencia de lo que ocurre en otros países de corte anglosajón, que cuentan ya con una larga tradición en materia de justicia restaurativa.

²¹ Art. 21 CP: “Son circunstancias atenuantes: (...) 5^a. La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en

administración de justicia al confesar la infracción cometida, recogida en el art. 21.4^a del mismo texto legal²², o tipos penales en los que conductas que de alguna manera podrían considerarse que atenúan el daño merecen una disminución de la pena, como en los relacionados con la detención ilegal y el secuestro —art. 163 CP²³—, delitos contra la hacienda pública —art. 305.4 CP²⁴— o los de restitución directa o indirecta del vehículo a motor o ciclomotores sustraídos —art. 244.1 CP²⁵—, los causados sobre el patrimonio histórico —arts. 321 y ss CP—; contra los recursos naturales y medio ambiente —arts. 325 y ss CP— y protección de la flora y fauna (art. 332 y ss. CP). En el ámbito de ejecución de la pena de prisión el art. 91.2 del Código penal contempla

cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”.

²² Art. 21 CP: “Son circunstancias atenuantes: (...) 4^a. La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”.

²³ Art. 163.2 CP: “Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado”.

²⁴ Art. 305.4 CP: “Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria”.

²⁵ Art. 244.1 CP: “El que sustrajere o utilizare sin la debida autorización un vehículo a motor o ciclomotor ajenos, cuyo valor excediere de 400 euros, sin ánimo de apropiárselo, será castigado con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días o multa de seis a 12 meses si lo restituyera, directa o indirectamente, en un plazo no superior a 48 horas, sin que, en ningún caso, la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiase definitivamente del vehículo”.

la participación en programas de reparación del daño para el adelantamiento de los cómputos de libertad condicional de 90 días por año efectivamente cumplido; así mismo, en el artículo 88 CP se establece como requisito para la sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, el esfuerzo “por reparar el daño causado”.

En el ordenamiento jurídico penal de los *menores infractores*, la reparación se halla regulada en el art. 19 de la Ley Orgánica 5/2000 LORPM²⁶. El modelo existente contempla la reparación directa e indirecta bajo ciertas premisas: la existencia de infracción menos grave o falta; la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor infractor, en particular la ausencia de violencia o intimidación graves; que el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado por la infracción o cualquier otra actividad educativa propuesta por el equipo técnico. En fase de ejecución de las medidas impuestas, ya sin sometimiento a los requisitos objetivos y subjetivos mencionados en el art. 19 de la LORPM, el art. 51.2 del mismo texto legal contempla el cese de la medida que se esté cumpliendo por acuerdo conciliador o reparador entre la víctima y el infractor cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplida expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor. En el art. 60.5 del Reglamento de desarrollo de la LORPM, aprobado por RD 1774/2004, de 30 de julio, se establece la posibilidad de conciliación entre menores internados que hayan sido

²⁶ Art. 19 LORPM que regula el Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

sancionados en un centro cerrado, circunstancia que permite suspender la sanción impuesta.

Es decir que, de algún modo, se puede afirmar que nuestra legislación en materia penal y procesal comparte muchos de los objetivos que persigue la justicia restaurativa, como son la reparación a la víctima y la pacificación social, poseyendo instrumentos que permiten su implantación y aplicación. Todo esto lo desarrollaré a fondo a lo largo de esta primera parte, para tratar de combatir, finalmente, los reproches que se suelen argüir sobre la concepción o esencia de la aplicación de la mediación penal.

En el ámbito internacional, desde los primeros años de la década de los años 80 del siglo pasado, son numerosas las declaraciones e instrumentos provenientes de organismos internacionales que contemplan la justicia restaurativa en general y la mediación en particular como objeto y en ocasiones como objetivo prioritario de atención²⁷.

²⁷ Sin ánimo de exhaustividad, en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas cabe señalar:

Declaración de la Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para víctimas de delitos y del abuso de poder, de 29 de noviembre de 1985, instando a la utilización, cuando proceda, de mecanismos oficiosos para la solución de litigios, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, de 1990, que destacan la importancia de fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal y la necesidad de fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia las víctimas y hacia el conjunto de la sociedad.

Resolución 1999/26 de 28 de julio de 1999, del Consejo Económico y Social: “Elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia restaurativa en materia de justicia penal”, en la que se solicita a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal el estudio de la conveniencia de formular normas de las naciones Unidas en mediación y justicia reparadora.

Declaración del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 18 de abril de 2002, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, sobre principios básicos en el uso de programas de Justicia restaurativa en el ámbito penal.

Resolución 2000/14 de 27 de julio de 2003, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas: “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en material penal”, en la que se insta a los Estados miembros a intercambiar información sobre la mediación y la Justicia reparadora.

Principios propios del Consejo Económico y Social recogidos en la Resolución 2002/12 que contienen las bases para la aplicación de programas de Justicia restaurativa en materia penal.

En el ámbito de *la Unión Europea*, cabe destacar:

Recomendación R (83) 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, orientada a potenciar la participación del público en la elaboración y aplicación de políticas criminales tendentes a prevenir la criminalidad, y a facilitar la indemnización y la reparación a las víctimas, como una forma de sustitución de la pena privativa de libertad.

Recomendación R(85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la posición de la víctima en el marco del proceso penal y del derecho penal, recomienda a los gobiernos revisar la legislación y las prácticas, teniendo presente que las decisiones de la justicia se habrán de tomar en consideración la reparación del daño sufrido por la víctima y todo el esfuerzo hecho seriamente por el autor del delito en este sentido.

Recomendación R (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la simplificación de la justicia penal, recomienda a los gobiernos potenciar la aplicación de principios de descriminalización y de intervención mínima; tomar medidas que faciliten la simplificación de los asuntos menores; y evitar, siempre que sea posible, la intervención judicial. Asimismo, se recomienda llegar a acuerdos de compensación entre el autor y la víctima y evitar la infracción penal, si el sujeto cumple las condiciones acordadas.

Recomendación R (87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, de 17 de septiembre de 1987, recomienda a los gobiernos de los Estados miembros favorecer los experimentos, en el ámbito nacional o local, de mediación entre el infractor y la víctima y evaluar resultados, observando hasta que punto sirven a los intereses de la víctima.

Recomendación R (92) 16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reglas europeas sobre sanciones y medidas aplicadas en la comunidad, considera que las sanciones y medida se cumplen en la comunidad son modos importantes de combatir el delito y evitar los efectos negativos de la prisión.

Recomendación R (99) del Consejo de ministros del Consejo de Europa relativa a la mediación en materia penal establece unos principios que deben tener en cuenta los Estados miembros al desarrollar la mediación en materia penal.

Comunicación de la Comisión, de 28 de mayo de 1999, al Consejo, al Parlamento europeo y al Comité Económico y Social sobre las víctimas de delitos en la Unión Europea: Normas y Medidas. Afirma que la mediación entre el delincuente y la víctima podría ser una alternativa a un procedimiento criminal largo y desalentador en interés de las víctimas, y baraja la posibilidad de indemnizar el daño o recuperar los bienes al margen del procedimiento penal convencional. Finalmente, no podemos dejar de

2. La limitada eficacia de la aplicación del *ius puniendi*

En esta primera parte de la investigación considero importante destacar la eficacia limitada y la crisis que atraviesa el sistema penal actual en relación con los fines preventivos, valoración no fácil de objetivar dogmáticamente, pero sí cuando el espacio de análisis es la realidad de su aplicación y las consecuencias no previstas e indeseadas, incluso por el legislador. Ante la enorme dificultad, debido a la complejidad y extensión, de un análisis profundo de las cuestiones que han contribuido a su deterioro y que en buena medida justifica la necesidad de experimentar nuevos caminos en la aplicación de la justicia penal, puede ser útil traer a colación una de las numerosísimas experiencias que he vivido como abogada de oficio. La descripción de la realidad como método de investigación es eficaz cuando en sí mismo se manifiesta como instrumento que permite observar nítidamente las disfunciones de la aplicación de la legalidad al margen de la lógica jurídica que mantiene la creación normativa y que no prevé consecuencias en su aplicación. Ayudará a comprender hasta qué punto el “ius puniendi” puede tornarse en una limitación en la eficacia de los fines del sistema penal en relación de los protagonistas del conflicto

reseñar de manera especial la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/220/JAI), relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal que establece: ...“Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales [...]. Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculgado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación [...]. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de marzo de 2006” (arts. 10 y 17). No obstante, el Estado español aún no ha hecho frente a las obligaciones legislativas impuestas por la Unión Europea en este campo, ni por el momento entiende que para ello haya que introducir modificaciones en la legislación vigente toda vez “*que se trata de una cuestión que se aborda dentro de la reforma legal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se examinará la conveniencia de su incorporación, así como las cuestiones relativas a los tipos penales donde puede aplicarse, la determinación de los mediadores, los efectos y consecuencias de la misma*” (respuesta parlamentaria escrita 4/001242/0000 de 9 de julio de 2004).

delictivo: la víctima y el infractor. Expongo a continuación, a modo de relato, lo acontecido en el “*caso de los hermanos Iriz*”:

Estaba de guardia de procedimiento abreviado un sábado en la zona noroeste de Madrid, cuando recibí una llamada del Colegio de Abogados. Me indicaban que tenía que acudir a la comandancia de la Guardia Civil de Collado Villalba para asistir a un detenido por un presunto delito de malos tratos en el ámbito familiar. Cuando llegué me pasaron directamente a la oficina donde estaba el Instructor del Atestado preparado para tomar declaración al detenido. Mandó a un compañero que le subieran de los calabozos. Miré al pasillo para ver el aspecto del que iba a ser “mi defendido” y vi un chaval muy joven y asustado. Tenía 18 años recién cumplidos. Le leyeron sus derechos y optó por declarar. Se había peleado con su hermano de 16 años y en el transcurso de la discusión le había hecho una brecha que precisó para su curación varios puntos. Su hermano y sus padres no le habían denunciado, pero los servicios de salud, dada su obligación legal, sí. De ahí que se buscara al autor de los hechos y se le detuviese.

El muchacho narró lo ocurrido con espontaneidad y pormenorizadamente, sin saber que con cada detalle empeoraba su situación. Cuando por fin nos dejaron solos le expliqué lo que iba a suceder según se fuesen desarrollando los acontecimientos. Traté de convencerle de que había que aclarar al Juez varios aspectos de su declaración, pero él no quería disfrazar la verdad ni modificar nada. No entendía que hubiese cometido un delito ni alcanzaba a aventurar sus consecuencias. Confiaba en que los jueces entenderían todo y finalmente todo quedaría cómo una anécdota divertida en su vida. Al fin y al cabo, decía: “pero si en este país, no te pasa nada por matar, ni robar, mira como todos los días sale en las noticias que han dejado libre a no sé quién, así que lo que me dices que va a pasar, es imposible”.

De momento, y para su sorpresa, le volvieron a llevar al calabozo hasta el día siguiente en que pasaba a disposición judicial ante el Juzgado de Guardia. Cuando llegué allí estaban en la puerta un señor, una señora y chico de unos 15 años. La señora lloraba y el señor parecía estar desesperado. Se dirigieron a mí y me preguntaron si era la abogada de su hijo. Les dije que sí. La madre, amargamente, me contó que su hijo no estudiaba ni trabajaba, que estaba muy perdido, que fumaba muchos porros y que siempre estaba triste. Que no sabían qué hacer con él. Que su marido tenía una enfermedad que no le permitía trabajar y que ella, tenía que “echar muchas horas” limpiando en casas para poder salir adelante, porque la pensión de incapacidad de su marido era muy baja. Me contó que su hijo, a veces, era muy impulsivo y violento pero que nunca les había pegado, y que aunque con su hermano discutía a menudo, era un buen chico. En el Juzgado nadie les informaba de nada y cuando lo hicieron no entendieron lo que les decían. “Nos han ofrecido unas acciones” me decía. La oficial que tramitaba el asunto estaba muy nerviosa, llevaba varias cosas a la vez y nos pedía de malas maneras la documentación. No había sitio para estar sentado, ni para dejar los abrigos, ni el paraguas, ni para sentarse a tomar notas. Yo necesitaba ver el expediente y, sin embargo, no había manera. Primero lo tenía el fiscal, luego la Juez, y finalmente cuando me lo dieron, me dijeron: “Venga, míralo rápido que ya entramos; ya lo fotocopiarás luego, o cuando te lo de el procurador, ahora para qué lo quieres”. Y así entré, primero con el hermano lesionado, el cual lucía una llamativa brecha, llena de puntos cerca de la frente, al despacho de la Juez. El menor, acompañado de su madre y la abogada de oficio que le había correspondido como víctima de malos tratos en el ámbito familiar, contó lo sucedido y a las preguntas del Ministerio Fiscal respondió que cuando se peleaba con su hermano le tenía mucho miedo. Cuando tuve el turno y pregunté cuál había sido el origen de la discusión, me dijo la Juez, que para qué preguntaba eso, que eso no

tenía importancia, aunque le permitió contestar: “Había cogido a mi hermano unas botas de fútbol de cuando él jugaba hacía menos de un año, para ir yo a jugar con unos amigos, y cuando me vio volver con ellas, se enfadó, y me dijo que me las quitase, le dije que no, e intentó quitármelas y...”. “Ya está bien”, dijo la Juez, “no siga, no hace falta que nos cuente todo eso, escriba (le dijo a la funcionaria que levantaba el acta) que el motivo de la discusión fue por unas botas de fútbol que el denunciante llevaba puestas”. Dijo “el denunciante”, y sin embargo, éste nunca había denunciado a su hermano, no fue él quien activó el funcionamiento del sistema penal, pero la Juez lo daba por hecho sin caer en la cuenta de lo que implicaba esa terminología de “el denunciante” para su hermano. Luego entró el detenido. Volvió a declarar lo mismo que ante la Guardia Civil, aunque añadió que se peleaban muchas veces y que otras veces él había tenido moratones y heridas, pero que eran peleas de hermanos. A mis preguntas contestó que no tenía intención de herir a su hermano, y que se arrepentía de lo que había sucedido y que le gustaría haberlo resuelto de otra manera. Sobre el motivo, cuando iba a revelar el porqué no quería dejarle a su hermano unas botas que ya no usaba, la Juez rechazó la pregunta, a pesar de mi protesta. Decía que estaba fuera de lugar. Tras la vista se resolvió sobre la eventual orden de alejamiento –que el hermano de mi defendido no había solicitado– decretando que mi defendido, al que dejaban en libertad provisional con la obligación de comparecer los días 1 y 15 de cada mes, tenía prohibido acercarse a su hermano a una distancia inferior a 500 metros y comunicarse con él por cualquier medio. Así pues, tuvo que abandonar, con 18 años, sin trabajo, ni dinero, su casa. No podía creer que esto le estuviese sucediendo y empezó a pensar que hasta su propia familia le estaba dando la espalda. No podía acercarse a su hermano, ni a su domicilio a menos de 500 metros. Pero ¿dónde podía ir? Su familia no tenía dinero para pagar un hotel o un alquiler, y tampoco tenían familia extensa cerca. Y así, el

joven, tuvo que “buscarse la vida”, y el odio a sus padres y hermano empezó a crecer. Le parecía increíble que si su hermano no le había denunciado, el Juez le impidiese acercarse a él o telefonarle. Ni siquiera podía ir a su casa, salvo para recoger sus cosas acompañado de la Guardia Civil.

La abogada de la acusación particular²⁸ estaba satisfecha. Calificaba a mi defendido de violento. Quería a toda costa llegar hasta el final del asunto, es decir, hasta la celebración del juicio oral, pues si se archivaba entonces no cobraría más que el día de guardia. La tramitación del asunto, pues, le suponía más dinero.

La instrucción de la causa siguió su acostumbrado ritmo lento y un año y medio más tarde se señaló la celebración del juicio. El fiscal interesó para el acusado 2 años de prisión más las accesorias legales y la prohibición de acercamiento y comunicación con su hermano durante dos años. Yo solicité la libre absolución. Durante ese tiempo mi defendido había estado viviendo en algunas casas de amigos, había hecho nuevas y nada recomendables amistades y, sobre todo, había perdido la confianza en su familia y en sí mismo. Mostraba un gesto airado, estaba muy delgado, y en su mirada había odio. Al principio sí mantuvo la relación con su madre, que le daba algo de dinero y comida, pero con el tiempo, se fue alejando incluso de ella.

El día del juicio, los hermanos se encontraron de frente en los pasillos del edificio que alberga los juzgados de lo penal. La abogada de la acusación todavía no había llegado y el hermano agredido estaba solo. Yo estaba con el acusado. Se miraron e inmediatamente el hermano pequeño se acercó a nosotros. Me retiré para que pudiesen

²⁸ En materia de violencia familiar y de género siempre se designa un Letrado de oficio de los adscritos a ese turno para defender los intereses de la víctima (mujer o familiar).

hablar. No lo hicieron; sólo se abrazaron. El pequeño le reiteraba y juraba que él no quería nada de esto; que había tratado de retirar la orden, que todo esto “era una mierda”; que no se había puesto en contacto con él porque le dijeron que le podía perjudicar todavía más, pues le acusarían esta vez de quebrantar la orden de alejamiento y a él mismo de cooperar en el quebrantamiento. Me preguntaron qué podían hacer. Les aconsejé a los dos que no declarasen: que el hermano pequeño le dijese al Juez que se acogía a la dispensa que establece el art. 416 de la LECrim, y que el acusado se acogiese a su derecho constitucional a no declarar contra sí mismo. Les indiqué que de tal modo no se habrían probado judicialmente los hechos y el Juez debería absolver. Ambos se mostraban perplejos: no entendían porqué tenían que callar y ocultar la verdad para arreglar el problema. Nos llamaron para entrar a la Sala. Ninguno de los dos dijo palabra. A la hora de elevar las conclusiones provisionales a definitivas tanto el Fiscal como la Acusación particular reiteraron sus peticiones de condena. Y en sus informes argumentaron que el silencio no podía más que probar el miedo que sentía la víctima y la vergüenza que sentía el acusado, añadiendo que con el informe del médico forense y las declaraciones iniciales de ambos había suficiente prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia y dictar una sentencia condenatoria.

Transcurridos 20 días, el Juez dictó sentencia absolutoria. El hermano pequeño quería que su hermano regresase cuanto antes a casa. Pero todavía no podía; había que esperar a que la sentencia fuese firme, y eso ocurriría si las partes no la recurrían o, si lo hacían, la sentencia absolutoria fuese confirmada en la segunda instancia. Pasado el plazo para interponer recurso sin recurrirse la sentencia, se decretó su firmeza de la misma. El proceso judicial había terminado. Mi defendido podía, al fin, volver a casa. Pero la familia quedó rota. Los silencios de aquel año y medio habían resquebrajado los lazos afectivos, y habían encendido otros sentimientos. Les sugerí acudir a un Centro

de apoyo a las familias —que son lugares públicos y gratuitos— para someterse a una terapia familiar. Nadie les había informado de que existían este tipo de recursos ni tampoco la familia conocía previamente su existencia. Finalmente, el hermano pequeño, entusiasmado con la idea, logró convencer al resto de la familia para acudir todos juntos.

De este relato —un caso real— que, por desgracia, no es singular, cabe extraer numerosas conclusiones: que los hermanos querían en todo momento expresar la verdad y no podían entender que se volviese en contra de ellos. Que ante un proceso penal convergen muchos intereses contrapuestos —los del abogado que ejerce la acusación particular, los del abogado defensor, los de las personas denunciadas y denunciadas, los del juez instructor, los del fiscal—. Que cada parte procesal lucha por un interés, y que las partes enfrentadas por el delito en muchas ocasiones desean lo mismo pero no se les escucha y, lo que es peor, no se les permite expresarse. Que al sistema penal no le importa el origen de la infracción sino el resultado y su acreditación. Que el sistema penal no genera espacios de diálogo y de escucha, sino espacios para ganar o perder. Que la propia ley no permite a los operadores jurídicos resolver el delito arreglando los problemas de fondo. Que se premia la mentira y la ocultación con la absolución, mientras que la verdad puede conducir al abismo. Que las medidas cautelares generan y agravan muchos problemas que el derecho no contempla a dos niveles: emocionales y económicos. Que la víctima, so pretexto de ser defendida, resulta demasiado a menudo perjudicada. Que los deseos de las partes no se tienen en cuenta, no son escuchados y mucho menos satisfechos. Que la sensación de fracaso crece entre los operadores jurídicos y los usuarios de la justicia.

La Constitución Española y el resto de textos legales de contenido penal —sustantivo y procesal— reconocen a los justiciables una serie de derechos y garantías jurídicas²⁹. La evolución hacia un derecho penal garantista ha constituido un proceso complejo y de difícil consecución pero también es cierto que al derecho penal se le encomienda la consecución de objetivos que a menudo rebasan sus límites y comprometen las bases en que fundamenta su legitimidad³⁰. Existe en todo caso consenso en que la función que el derecho penal ha de cumplir es doble: asegurar la protección de los bienes jurídicos y constituir un instrumento de defensa social. La pena que genera el delito también cumple una doble finalidad; por un lado, dirigida a la colectividad, se le asigna un efecto de prevención general³¹, bien en su versión intimidatoria —prevención general negativa— o a través de los diferentes efectos de la prevención general positiva reforzando la vigencia del ordenamiento jurídico y por otro, de prevención especial o particular sobre el delincuente, para que evitar la reincidencia³². Para algunos la pena tiene asignados fines puramente retributivos, y para otros fines resocializadores.

²⁹ Véase a este respecto los artículos relacionados con los derechos y garantías contenidos en el Código Penal —arts. 109 y 110 en relación a la responsabilidad civil derivada de los delitos y las faltas—, la Ley de enjuiciamiento criminal —Capítulo IV que regula el ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de abogado y el tratamiento de los detenidos y presos. Especialmente cabe destacar el art. 520 que recoge los derechos del detenido, imputado, procesado y acusado—; la Ley Integral contra la violencia de género, la Ley de Solidaridad con las víctimas del terrorismo, leyes especiales y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

³⁰ HIGHTON, ÁLVAREZ y GREGORIO: Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas de víctima-victimario, Ad-hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 18.

³¹ Introducido en su sentido moderno por FEUERBACH y también por FILANGIERI y BENTHAM.

³² Como esta clase de prevención no se dirige a los ciudadanos, sino a individuos ya determinados, los ya delincuentes, también se denomina a veces “prevención individual”. Véase a este respecto a MIR PUIG: *Derecho penal. Parte General*, 8ª ed., PPU, Barcelona, 2008.

El moderno derecho penal occidental se ha visto influido por dos filosofías penales, utilitarista y retribucionista, que a pesar de ser diferentes comparten la misma visión frente al delito, concibiéndolo no como un conflicto entre el delincuente y la víctima sino entre el delincuente y la sociedad. La concepción utilitarista se basa en la idea de que la infracción delictiva es castigada para influir en el resto de personas que componen la sociedad de manera que no se vean tentados a delinquir, y en el propio delincuente para que no vuelva a incurrir en la misma conducta. La función principal del derecho penal para esta corriente consiste por tanto en la prevención de la delincuencia³³. Para la doctrina retribucionista, el conflicto generado por el delito queda resuelto en la medida en que el delincuente recibe un castigo por su comportamiento delictivo, y de ese modo compensa a la sociedad por la ofensa o el daño que ha causado³⁴.

Ambos modelos vienen a reproducir los mismos fenómenos que tratan de combatir. El proceso penal actúa como una máquina que reproduce el sufrimiento moral y físico en la persona víctima y en la persona infractora. Ésta, por su conducta, será procesada, condenada y aislada temporalmente en una prisión³⁵; se verá estigmatizada socialmente, quedará marcada el resto de su vida³⁶; y la víctima será

³³ No se funda en postulados religiosos, ni morales o en cualquier caso idealistas, sino en la consideración de que la pena es necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales. Véase a este respecto a MIR PUIG: *Derecho penal. Parte General...*, pág. 55.

³⁴ CID MOLINÉ: “Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal”, en *Revista de Estudios de la justicia*, nº 11, 2009, pág. 115. (http://cej/doc2/cid/20_11)

³⁵ No puede esperarse de la cárcel que arregle todo aquello en lo que la sociedad ha fracasado. Como dice NILS CHRISTIE en *Los límites del dolor*, FCE, México, 1984: “la pobreza, la miseria y la falta de educación se han de combatir por medio de escuelas y ayuda social, pero nunca a través de las prisiones”.

³⁶ Como dice CLAUS ROXIN en su análisis sobre el futuro del derecho penal: “incluso quien le desea y profetiza un largo futuro, tendrá que reconocer que la justicia penal es quizás, en cierta medida, un mal necesario y por ello requerible, pero en todo caso es un mal. Éste somete a muchos ciudadanos, no todos ellos siempre

olvidada, marginada de la información del proceso, del derecho a la verdad, de una reparación real y eficaz en diferentes niveles, cuando no revictimizada por el propio sistema que predica su protección, al carecer de espacios para expresar sus deseos y de mecanismos de intervención para la gestión personal de sus intereses en la reparación del daño que ha sufrido.

La excluyente intervención del poder punitivo del Estado se torna igualmente excesiva si nos referimos a los bienes jurídicamente protegidos³⁷. Se criminalizan conductas cuya desviación bien podría ser corregida mediante instrumentos jurídicos de menor intensidad o severidad coercitiva, con la finalidad —declarada o soterrada— de resolver problemas sociales; se incrementa la penalidad sin certeza de obtener efectos disuasorios, con el único resultado patente de desbordar las prisiones; el principio rígido de obligatoriedad de la acción llena los Juzgados de asuntos no fundamentales, utilizando recursos materiales y personales escasos, dinero, esfuerzo y tiempo para la resolución otros temas de mayor relevancia o gravedad³⁸. Este “modelo de litigiosidad” como así lo denomina DE URBANO CASTRILLO³⁹ no es

culpables, a medidas de persecución extremadamente graves, social y psíquicamente. Estigmatiza al condenado y conduce a desclasificaciones y marginaciones sociales, que no pueden ser deseadas en un Estado social de Derecho que tienda a la integración y a la evitación de la discriminación. De ahí que los resultados que se le atribuyen al derecho penal se pudiesen alcanzar de una forma pactada socialmente”. Dicha afirmación aparece reflejada en: ¿Tiene futuro el derecho penal?, Revista del Poder Judicial, 3ª época, núm. 49, Consejo General del Poder Judicial, 1998, pág. 374.

³⁷ Comparte esta visión la mayor parte de la doctrina. A este respecto cabe citar textualmente a PERULERO GARCÍA: “Mecanismos de viabilidad para la mediación en el proceso penal” en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 453 y s., cuando menciona “El modelo actual de derecho penal es de corte claramente retributivo y su objetivo principal es la represión o castigo del delincuente, lo que ha dado lugar a un progresivo incremento punitivo, tanto en la tipificación de conductas punibles como en la determinación de las penas a imponer”.

³⁸ HIGHTON, ÁLVAREZ y GREGORIO: *Resolución alternativa...*, pág. 19.

³⁹ DE URBANO CASTRILLO: “La justicia restaurativa penal”, *La Ley Penal*, nº 73, Madrid, 2010, pág. 7.

asumible por la propia Administración de Justicia actual, pero es que tampoco es productiva en líneas de política criminal ni los destinatarios se muestran satisfechos con sus resultados⁴⁰.

Cuando el propio sistema penal —al que por parte de algunos sectores se le asignan funciones de confirmación de la vigencia de la norma y de preservación y restablecimiento de la paz social— genera un exceso de violencia, está desvirtuando los fines que lo legitiman; se torna inhábil para preservar y restablecer la paz social; los mecanismos procedimentales no se adecuan a las crecientes necesidades generadas por la fuerza expansiva del derecho penal; la administración de justicia se bloquea; y disminuye la confianza de los ciudadanos en el Estado de Derecho. Las estadísticas indican que sancionar leyes más rigurosas sólo consigue el indiscutible efecto de aumentar el número de presos en las cárceles, pero no asegura la disminución del número de delitos, ni aminora los riesgos de ser víctimas. Como dice MARTÍNEZ ESCAMILLA *“Hace tiempo que ha decaído la idea de resocialización como fin de la pena. Se sabe a la perfección que la cárcel produce devastadores efectos en la persona y sin embargo, el sistema penitenciario no para de crecer...”*⁴¹. En tal contexto, por el contrario, la sociedad queda expuesta a ser rehén de la violencia de las fuerzas de seguridad y del aparato judicial. Quizá convenga, por lo tanto, plantearnos si el ejercicio de la potestad punitiva del Estado debiera concebirse con una mayor dosis de relatividad, teniendo en cuenta que es posible que no todo conflicto interpersonal o social pueda —y en ocasiones, deba— resolverse siempre por medio del derecho sancionador, y que muchos de aquéllos que

⁴⁰ PERULERO GARCÍA: “Mecanismos de viabilidad para la mediación en el proceso penal” en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 454.

⁴¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA: “Justicia reparadora, mediación y sistema penal: diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?” en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Tomo I, Madrid, 2008, pág. 465.

finalmente recalen en sede penal, pueden merecer ser sometidos a soluciones más versátiles⁴², porque como continúa añadiendo la autora referida: “*por otra parte, el consenso que desde hace tiempo reina en la doctrina acerca de que la retribución no puede constituir el fin del derecho penal, choca con lo que se conoce como populismo punitivo: la opinión pública, atenazada por la inseguridad y el miedo, reclamaría mayores castigos*”⁴³. Por su parte, DE URBANO CASTRILLO, en relación al denominado “populismo punitivo” hace referencia a que a través de él se reclaman penal más duras, a la par de que se extiende la criminalización de las conductas, tendencia que no parece detenerse, siendo alentada por los medios de comunicación⁴⁴.

Se considera, que en muchas de las reformas que se han hecho en los textos legales de ámbito penal, se ha acudido al denominado por HASSEMER “*derecho penal simbólico*”⁴⁵, es decir, a aquellas previsiones legislativas que buscan aplacar, a través de la aprobación de nuevas normas penales (mediante la tipificación de nuevos hechos ilícitos, o el incremento de la respuesta punitiva a delitos preexistentes), reacciones emotivas de la sociedad, normalmente provocadas por sensaciones de inseguridad, que a su vez, suelen estar generadas por una repetición de hechos delictivos a los que las normas penales vigentes no dan respuesta eficaz, o por un concreto hecho delictivo, de extrema

⁴² HIGHTON, ÁLVAREZ y GREGORIO: *Resolución alternativa...*, pág. 20.

⁴³ MARTÍNEZ ESCAMILLA: “Justicia reparadora, mediación y sistema penal: diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?” en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Tomo I, Madrid, 2008, pág. 466.

⁴⁴ DE URBANO CASTRILLO: “La justicia restaurativa penal”, *La Ley Penal*, nº 73, Madrid, 2010, pág. 7.

⁴⁵ HASSEMER: “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos” en *VV/AA: Pena y Estado*, Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur, 1995, pág. 22 a 36.

gravedad, amplificado por los medios de comunicación⁴⁶. Un claro ejemplo de esto que planteo y que sirve para entender el planteamiento de HASSEMMER es la Ley Orgánica 8/2006, que en su preámbulo reconoce que a pesar de no haberse incrementado los delitos graves en los cinco años de aplicación de la ley, sin embargo se incrementa la dureza sancionatoria respecto a este tipo de delitos porque algunos de los casos que –desgraciadamente– se han producido, han desembocado en un fortísimo impacto mediático.

Esto nos lleva a dos conclusiones. Por un lado, que a nivel colectivo, debe plantearse si está haciendo un correcto uso de la producción legislativa en el ámbito penal pues nos encontramos ante una auténtica “diarrea legislativa”; el uso excesivo del derecho penal no parece venir acompañado de una disminución efectiva de la criminalidad ni de un aumento de la sensación de seguridad en la población. Tampoco parece que satisfaga plenamente las necesidades de la víctima o cumpla verdaderas funciones de reinserción en el delincuente⁴⁷. Estas afirmaciones no nacen sólo de impresiones que se fraguan en la colectividad y en los diferentes operadores jurídicos sino que emanan de datos objetivos, como son los Barómetros de opinión y los estudios realizados por el Centro de Investigaciones Sociológicas sobre la justicia⁴⁸.

⁴⁶ PALA PUIG: “Las últimas reformas del Código Penal en materia de faltas”, ponencia presentada en el curso de formación a jueces y magistrados en Valencia. CGPJ. 2005.

⁴⁷ RÍOS MARTÍN, PASCUAL RODRÍGUEZ, BIBIANO GUILLÉN y SEGOVIA BERNABÉ: *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex, 2ª ed., Madrid, 2008, pág. 334.

⁴⁸ Dichos datos pueden ser consultados a través de la siguiente página web <http://www.cis.es>

Por otro, el modelo penal garantista, tanto en su versión retributiva, centrada entre el crimen y el castigo, como en la rehabilitadora, dirigida a la recuperación y la reintegración del delincuente, precisa ser reformulado para conseguir desplegar el “ius puniendi” del Estado sin merma de las garantías del acusado dando asimismo cabida a los grandes olvidados del sistema penal, la persona víctima⁴⁹ y la comunidad⁵⁰. Esta visión integradora se concreta en la justicia restauradora o restaurativa, que facilita en el delincuente la asunción de la responsabilidad y de las consecuencias de sus acciones y permite

⁴⁹ DÍEZ RIPOLLÉS en “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana” en Revista electrónica de ciencia penal y criminología, nº 06-03, 2004, (<http://criminet.ugr.es/recpc/06>) en la pág. 03:9 se pronuncia acerca del olvido de éstas del siguiente modo: “Durante mucho tiempo los intereses de las víctimas han quedado subsumidos en los intereses públicos. Su tutela se obtenía en la medida en que la incidencia del delito sobre determinados ciudadanos suponía un perjuicio a los intereses de la sociedad en su conjunto. De hecho, este requisito sigue fundamentando la caracterización del derecho penal como un sector del derecho público, diferenciado del derecho privado. Se ha sostenido incluso el principio de neutralización de la víctima, con el que se quiere expresar que las víctimas deben de tener una capacidad de intervención en la reacción penal lo suficientemente limitada como para no condicionar los intereses públicos que en ella se están sustancialmente dilucidando”.

⁵⁰ Se admite sin ningún tipo de discusión que la gran olvidada del sistema penal es la víctima, pero también “la comunidad” se ha ido alejando y olvidando en el sistema penal. Antiguamente y como se verá en la parte histórica de este trabajo, la comunidad era esencial en la resolución de los conflictos que se suscitaban entre sus miembros, pero con el transcurso de los siglos y la evolución del derecho penal, ésta fue quedándose atrás hasta perder toda oportunidad de participación en la misma. Con la instauración de la justicia restaurativa, la comunidad ha vuelto a recuperar ese protagonismo que un día tuvo. Así lo demuestran numerosas experiencias que se han llevado a cabo en diferentes países. Como experiencia más representativa destaca la *Community Board* creada en San Francisco (EEUU) en la década de los años 70, que aboga porque las comunidades gestionen sus propios conflictos, sin tener en cuenta al Estado para ello, empezando la gestión de los mismos en una fase muy temprana a través de una de las herramientas de la justicia restaurativa, en concreto la mediación. Con esta intervención temprana, se evita que el conflicto desencadene disputas violentas que terminen resolviéndose en los juzgados. Las *Community Board* crean espacios autónomos e independientes de los establecidos por el sistema judicial, con el fin de ofrecer a los ciudadanos la posibilidad de participar en la resolución del conflicto, de este modo, se contribuye a crear lugares de socialización que reforzarán las relaciones de vecindad y mejorarán la convivencia. En Francia a este tipo de mediación se la ha denominado *mediación social*, puesto que para los franceses sólo existe un tipo de sociedad, que es la francesa, no reconociendo la existencia de diferentes comunidades, de ahí el término que acuña de mediación social y no comunitaria, como ocurre en nuestro país.

a la víctima intervenir en la reparación y la restitución del daño o perjuicio que le ha sido irrogado⁵¹.

Uno de los instrumentos que se proponen en esta investigación es la mediación que busca: asunción de la responsabilidad por el agresor, encontrar soluciones, firmar acuerdos y restablecer la convivencia social⁵². Y es que la comunidad también está implicada en el conflicto generado por el delito y en su posible resolución en la medida en que éste es producto de las interacciones entre sus propios miembros. La lógica de la mediación parte, además, de la idea de que la propia comunidad puede regular buena parte de sus conflictos y que para ello es necesario potenciar nuevas vías de participación social⁵³. No se trata de crear una justicia paralela, sino de recomponer las relaciones de la comunidad con la justicia institucional, de implicarla en su propia historia y de crear dinámicas de solidaridad y de justicia socializadoras. Quienes, individual y colectivamente, han visto sus derechos dañados

⁵¹ Como dice ROXIN “El nuevo pensamiento al que yo concedería grandes perspectivas para el derecho penal venidero, es aquél según el cual la reparación voluntaria del daño prestada hasta la apertura del procedimiento principal, debe conducir a una atenuación obligatoria de la pena, también, en pronósticos favorables, a la suspensión de la pena en la condena condicional e incluso, con excepción de los delitos más graves, a prescindir de la sanción. Esta concepción tiene la ventaja de que se le ofrece al autor un gran aliciente para la reparación del daño, y a la víctima una rápida y desburocratizada indemnización que en muchos casos el Estado no puede llevar a cabo frente a un deudor reacio. La victimología, que en las últimas décadas ha logrado una progresiva relevancia, conseguiría con esta solución abrir una brecha decisiva en el sentido de un sistema de derecho penal orientado a la víctima” en *¿Tiene futuro...?*, pág. 389.

⁵² FREIRE PÉREZ: “Reparación y conciliación. El derecho penal y los intereses de víctimas e imputados. Crónica de una experiencia” en *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, pendiente de publicación, Barcelona, 2006, pág. 1.

⁵³ Esto es así en los modelos de mediación comunitaria y en aquellos otros en los que se involucra a los vecinos, o familiares o compañeros de trabajo u otras personas en la resolución del conflicto, no limitándose solamente a llegar a un acuerdo la persona infractora y la persona perjudicada, sino todos aquellos que quieran intervenir y que podrían haber sido perjudicados. También existen modelos de mediación en los que interviene la comunidad con la idea de que la persona infractora pueda entender el daño que genera la comisión de una falta o un delito, no sólo al perjudicado en concreto, sino a la colectividad por la alarma que puede generar.

no sólo son víctimas, continúan siendo ciudadanos en un contexto social en que no cabe pensar que los conflictos, tensiones y desigualdades desaparezcan de forma definitiva. La mediación no sólo canaliza la actitud responsable y activa de quienes intervienen en el proceso sino que supone, además, la creación de un espacio de sociabilidad que se ofrece a la sociedad en su conjunto⁵⁴.

3. Evolución histórica del ejercicio del “ius puniendi” con atención especial a la posición jurídica de la víctima

Aunque el epígrafe de este apartado se remite a la posición jurídica de la víctima en relación a la evolución histórica del “ius puniendi”, las líneas que siguen a continuación no van a centrarse exclusivamente en esta figura, puesto que también se hace necesario mirar hacia la posición del acusado, para dotar de mayor claridad la exposición.

Llegados a este momento, en el que se reconoce la existencia de la victimización secundaria⁵⁵, se hace necesaria, en mi opinión, su superación, pues es una de las graves deficiencias que genera el sistema penal en su aplicación⁵⁶. Se trata de conseguir, por un lado, un respeto eficaz, real, material y no meramente formal o simbólico de la

⁵⁴ RÖSSNER, GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y BERISTAIN IPIÑA: *La mediación penal*, Generalitat de Catalunya, Departamento de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos y formación especializada, Barcelona, 1999, pág. 52.

⁵⁵ Así lo manifiesta, entre otros MARTÍNEZ ESCAMILLA: “Justicia reparadora, mediación y sistema penal: diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?” en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Tomo I, Madrid, 2008, pág. 470, cuando dice “que existe consenso en afirmar que el trato que obtiene la víctima por el sistema de justicia penal dista mucho de ser positivo”.

⁵⁶ Aunque la víctima tenga derecho a una indemnización y ejercer la acusación particular, a través de un letrado, el proceso penal no atiende sus necesidades, sino que es instrumentalizada como un medio para la obtención de un castigo. El recorrido que ha de efectuar a través de las distintas fases del proceso, le hace incrementar sus sentimientos negativos.

dignidad de las personas intervinientes en el proceso penal y, por otro, de buscar una mayor eficacia en la solución de los conflictos interpersonales de relevancia penal. Estas dos líneas de fuerza redundarán en una mayor vigencia del respeto de la norma penal y de la administración de justicia por parte de los ciudadanos.

Para llegar a entender las ventajas que se derivan del proceso de mediación para la persona que ha sido víctima de una infracción penal, hay que recorrer brevemente toda la trayectoria que ésta ha de realizar desde que sufre el delito o la falta, hasta que todo el procedimiento legal finaliza, aparte de conocer cuáles son los derechos⁵⁷ que los textos

⁵⁷ En España, salvo las víctimas del terrorismo que cuentan con una legislación especial, la normativa en materia de protección a la víctima la encontramos en el art. 106.2 de la C.E. que dispone: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”; en el art. 109 del Código Penal que establece: “La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. El perjudicado podrá optar, en todo caso por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil”; el art. 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando dice: De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible”; el art. 1902 del Código Civil ordena que: “El que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”; el art. 139.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común enuncia: “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”; el art. 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial estipula que: “Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este Título 2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizable con relación a una persona o grupo de personas. La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización” y por último el art. 1 de la Ley 35/95 de 11 de diciembre de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, que dice: “1. Se establece un sistema de ayudas públicas en beneficio de las víctimas directas e indirectas de los delitos dolosos y violentos, cometidos en España, con el resultado de muerte, o de lesiones corporales graves, o de daños graves en la salud física o mental. 2. Se

legales le reconocen y los deberes que le asignan. Por ello veo obligado exponer a continuación el recorrido que ésta ha de realizar que suele comenzar en la mayor parte de los casos en una comisaría o dependencia policial, donde recién sufrida la agresión se la hace esperar, en ocasiones varias horas, para ejercitar su derecho-deber que consiste en denunciar el hecho delictivo⁵⁸. Allí declara y pormenoriza lo ocurrido. El escenario en el que inicia su primer contacto con el sistema incomoda la posición; la suciedad de las dependencias, el distinto plano con relación al funcionario al que declara, de pie y mirando hacia arriba, quien no muestra mucho interés en la lesión sufrida por la víctima. Tras esta comparecencia, donde ha podido realizar varias diligencias de reconocimiento fotográfico o de personas, éstas últimas practicadas por la policía, es llamado a un Juzgado de instrucción, donde nuevamente le va a ser recordada la agresión sufrida y se le va a recibir declaración sobre los mismos extremos que declaró ante la policía, y en su caso, va a realizar nuevas diligencias de reconocimiento⁵⁹. También para realizar esta declaración o el reconocimiento ha de esperar largo rato, e incluso puede suceder que una vez allí se suspenda la declaración o el reconocimiento por diferentes causas⁶⁰, debiendo acudir otro día para poder realizarlos. En ocasiones la declaración la presta en el despacho del Juez, pero en la

beneficiarán asimismo de las ayudas contempladas por esta Ley las víctimas de los delitos contra la libertad sexual aún cuando estos se perpetraran sin violencia”.

⁵⁸ También se puede iniciar el procedimiento por otras vías, bien porque la víctima por medio de Abogado y Procurador haya presentado una querrela, bien porque haya acudido a un hospital o centro de salud desde el que remiten el parte médico al juzgado de guardia si ha habido indicios de que las lesiones que presentaba la persona podían ser constitutivas de falta o delito.

⁵⁹ MARTÍNEZ ARRIETA: “La víctima en el proceso penal”, Revista de Actualidad Penal. N° 5. Semana 29 enero – 4 febrero de 1990, Madrid, pág. 49.

⁶⁰ Por ejemplo porque desde el Juzgado no han citado al Letrado del denunciado, quien tiene el derecho a estar presente en la declaración de la víctima, o porque a la hora de llevar a cabo la rueda de reconocimiento no hay personas en los calabozos con similares características físicas como se exige en la Ley.

mayor parte de los casos, le toma la declaración un funcionario de la oficina judicial, estando de pie en medio de la oficina, lo que supone una gran incomodidad a la hora de narrar los hechos, pues está lleno de gente hablando, de teléfonos sonando, de interrupciones, etc. Solamente puede responder a las preguntas que se le formulen de forma breve. En numerosas ocasiones, está presente en su declaración el letrado del denunciado, quien también le puede formular las preguntas que considere necesarias. Si se trata de una falta o un delito de lesiones, también deberá ser visto por Médico Forense, debiendo acudir por tanto, otra mañana a la sede de los Juzgados para ser reconocido por éste. Tras la declaración se le hace el ofrecimiento de acciones, que la mayor parte de las personas (salvo que acudan asistidas de un abogado) no entiende, contestando, bajo presión dadas las circunstancias en que se le formula ese ofrecimiento, lo que en ese momento considere sin saber qué está diciendo. Tras esta diligencia⁶¹, pueden transcurrir años hasta que un día recibe una citación por medio de un telegrama en el que se le apercibe de que debe acudir al señalamiento de juicio y en caso de no hacerlo incurrirá en una infracción sancionable con multa, pudiendo llegar a ser conducido por la autoridad competente ante el Juez. Tras ese telegrama, deberá acudir al juicio el día y hora señalado. Deberá esperar a ser llamada o llamado en una sala de espera en la que se mezclan los abogados, los testigos, los policías, los peritos, los acusados, etc., y en la que existe mucha tensión y alboroto. Una vez llamada deberá entrar en la sala y tras jurar o prometer verdad deberá someterse al interrogatorio del Ministerio Fiscal, de la Acusación particular si la hay y al del letrado defensor, todo ello, bajo la mirada del acusado. Este hecho que acabo de describir

⁶¹ Salvo que deba acudir al médico forense para que éste emita su informe pericial, o algún otro tipo de perito. Si estuviese asistida de letrado ejercitando la acusación particular sí deberá formular escrito de calificación provisional y solicitar una pena y una indemnización.

genera mucha ansiedad en la mayor parte de la gente. Se sienten perdidos, cuestionados y tensos. Tras su declaración podrá quedarse en la sala o abandonarla y en algunos casos recibirá la indemnización si ha habido sentencia condenatoria y el condenado ha consignado la cantidad debida en la entidad bancaria correspondiente. También puede suceder que el acusado recurra la sentencia condenatoria y el proceso se demore muchos meses más o puede que incluso un año, estando durante todo este período la víctima totalmente desinformada, salvo que esté asistida de letrado. Si la víctima recibe la sentencia y le dan la razón y obtiene la reparación, estará satisfecha, pero esto no sucede en la mayor parte de los casos⁶², y la reparación, nunca suele ser considerada suficiente para ésta.

En otros casos, sucede que debe acudir al acto de la vista varias veces porque el juicio oral se suspende –por incomparecencia de otros testigos, o del acusado, etc.– y en otras se llega a una conformidad, por lo que ni debe entrar en la sala, generándole esto una desinformación y sensación de inutilidad y pérdida de tiempo.

Este relato de la realidad actual, lamentablemente común en numerosos órganos jurisdiccionales, cuestiona abiertamente, una vez más, las declaraciones de principios de protección del proceso hacia la víctima, y de la atención hacia ella de los operadores jurídicos.

A lo largo de la historia del derecho penal se ha ido privando a las partes en el proceso penal de la oportunidad de resolver el conflicto que las enfrenta; a juicio de ULF CHRISTIAN esto se debe a que el propio Estado, mediante el denominado “proceso de expropiación del conflicto” no permite la real participación de los verdaderos protagonistas de la

⁶² Véanse los datos de las encuestas de satisfacción de las víctimas en relación con los procesos judiciales que pueden consultarse en las páginas del CIS.

pugna⁶³. Así lo explica el criminólogo noruego NILS CHRISTIE en su conocida tesis titulada “*Conflicts as property*”: “*el elemento clave del proceso penal es que se convierte aquello que era algo entre las partes concretas, en un conflicto entre una de las partes y el Estado. Así, en un moderno juicio penal dos cosas importantes han sucedido. Primero, las partes están siendo representadas. En segundo lugar, la parte que es representada por el Estado, denominada víctima, es representada de tal modo que, para la mayoría de los procedimientos, es empujada completamente fuera del escenario y reducida a ser mero desencadenante del asunto. La víctima es una especie de perdedor por partida doble, primero, frente al delincuente y, segundo al serle denegado de derecho a la plena participación en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida. La víctima ha perdido su caso en manos del Estado*”⁶⁴. Los intereses y los sentimientos de la víctima apenas importan, mediatizados por el superior interés público⁶⁵: el poder sancionador constituye un monopolio en manos del Estado. Sin embargo, sigue diciendo CHRISTIAN, no todo aquello que puede resultar útil a la autoafirmación del Estado lo es también a la persona directamente perjudicada⁶⁶.

En efecto, la víctima en el proceso penal no sólo sufre el hecho punible, sino además otro tipo de daños morales, psíquicos y sociales, que con frecuencia quedan sin respuesta⁶⁷. La víctima del hecho

⁶³ ULF CHRISTIAN: *Mediación penal. De la práctica a la teoría*, Colección Visión Compartida, Buenos Aires, 2005, pág. 25.

⁶⁴ Su traducción puede leerse en *Los conflictos como pertenencia*, incluido en la obra colectiva compilada bajo la dirección de JULIO MAIER: *De los delitos y las víctimas*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1992, pág. 157.

⁶⁵ ULF CHRISTIAN: *Mediación penal...*, pág. 25.

⁶⁶ ULF CHRISTIAN: *Mediación penal...*, pág. 26.

⁶⁷ SCHNEIDER: La posición jurídica de la víctima en el Derecho y en el Proceso penal, Cuadernos de Política Criminal, número 35, pág. 355 y s.

punible, en tanto que tal, suele sentirse abandonada, incomprendida, llena de miedos, angustias y rencores como he expuesto en líneas anteriores. Una vez incorporada al proceso, el sistema la ignora, instalándola en el victimismo: no se le escucha; no se le atiende; no tiene cabida en el mismo: las decisiones que desee o necesite adoptar respecto de las consecuencias penales del hecho que le ha perjudicado y para sentirse material y psicológicamente reparada resultan irrelevantes. Salvo en los delitos privados, carece de relevancia jurídico-penal que el ofendido retire la denuncia⁶⁸.

El problema crece cuando a través del proceso penal, la propia víctima se siente acusada y culpable. El abandono que sufre la víctima en el proceso penal por parte de los operadores jurídicos, salvo que se constituya en acusación particular asistida por abogado, le genera nuevos daños, pudiendo incrementar por tanto su sentido de venganza y la necesidad de una justicia individual⁶⁹. También suele ocurrir que las decisiones que quiera tomar el perjudicado sobre las consecuencias penales del hecho sean irrelevantes, y en el régimen más extremo, ninguna importancia tiene que aquél quiera retirar la denuncia, como está sucediendo constantemente en los casos de violencia familiar y de violencia de género. Por lo tanto, el conflicto ha quedado reducido a la relación “Estado-persona imputada”, siendo el Estado el único que tiene

⁶⁸ Nuestro ordenamiento jurídico consta de tres modalidades de persecución de las infracciones penales. A saber:

Las infracciones de carácter exclusivamente público, que son perseguibles de oficio mediante la intervención del Ministerio Público, con independencia de que el perjudicado pueda constituirse como acusación particular.

Las infracciones semipúblicas, que son perseguibles a instancia de parte mediante la interposición de una denuncia o de una querrela por parte del perjudicado, momento en el cual pasan a convertirse en indisponibles.

Las infracciones privadas, que sólo son perseguibles a instancia del perjudicado, disponiendo únicamente éste de la acción penal para sustanciar el procedimiento.

⁶⁹ La atención a la víctima en ningún caso debería traducirse en una mayor represión para el delincuente.

la posibilidad de comunicarse con el autor del delito, pero ni éste ni aquel están especialmente interesados en llevar adelante una conversación⁷⁰.

Para que se comprenda cabalmente la justificación y el alcance de la justicia restaurativa y de la mediación en el ámbito penal, es necesario hacer un breve recorrido histórico sobre el papel de la víctima en la evolución del proceso penal, para intentar destacar las claves que nos permitirán conocer cómo y por qué se produjo el desplazamiento de la víctima a los márgenes del sistema penal:

En organizaciones sociales de fuerte sustrato religioso, se producía la ordalía⁷¹, lo que suponía ser procesado ante los dioses, buscando en la divinidad la legitimación del *ius puniendi*. En este contexto, las penas no se orientaban a producir sufrimiento físico en el condenado⁷². En respuesta a la ofensa a la comunidad, ante la violación de normas básicas de la vida en comunidad, se aplicaba con frecuencia el destierro.

En las colectividades humanas protohistóricas, el delito era concebido como una lesión al conjunto de la comunidad, no un atentado a los intereses particulares. La respuesta al delito, a la ofensa inferida a la comunidad por uno de sus miembros, daba lugar a guerras

⁷⁰ HIGHTON, ÁLVAREZ y GREGORIO: *Resolución alternativa...*, pág. 41.

⁷¹ Su configuración como proceso ante los dioses lo vemos claramente en un pasaje de TITO LIVIO en el que narra que dos primos, Corbis y Orsua, se disputaban en trono de una ciudad a la que dan el nombre de Ibis, próxima a Cartagena. Ambos eligen la lucha entre ellos como medio de resolver el litigio declarando no desear tener otro juez entre los dioses o los hombres que Marte. La ordalía es el procedimiento completo, y no sólo medio de prueba, ya que su resultado es por sí mismo sentencia, y no es necesaria su apreciación o estimación por el juez.

⁷² PÉREZ-PRENDES y MUÑOZ-ARRACO: *Interpretación histórica del Derecho*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1996, pág. 162 y s.

privadas⁷³ y venganzas hasta recuperar el equilibrio en la vida comunitaria, rota por el delito.

La respuesta privada al delito sufriría una primera ordenación con la “ley del Talión” como límite a la sanción conforme a una concepción primaria de la proporcionalidad.

En efecto, en los territorios y grupos sociales donde se implementó y evolucionó el Derecho romano, la Ley del talión (ya reconocida en las XII Tablas) implicó un indudable avance frente a la justicia privada, en tanto que pretendió limitar la venganza a los estrictos términos de la ofensa. Más tarde se admitió que el ofensor “rescatara” la venganza pagando –a modo de indemnización– una cantidad al ofendido: es la “composición voluntaria”. Con el desarrollo del poder estatal fue el Estado el que imponía obligatoriamente y gestionaba tal “composición”, que pasó así a ser legal, de manera que al final de esta evolución quien recibía una afrenta en forma de violación de un derecho subjetivo (el derecho a la vida, a la integridad física o patrimonial, etc.) era reparado de la ofensa sufrida; esto es en último término la pena. Todo delito conlleva a partir de entonces la imposición de una pena. El resultado final de esta secuencia ha llegado hasta nuestros días: en el momento actual, la pena viene siendo una forma de “indemnización” ejecutada forzosamente en la persona del condenado, a quien se infringe en mayor o menor medida algún tipo de dolor.

⁷³ Puede parecer una contradicción el hablar de guerras privadas y sin embargo considerar el delito como una lesión a la comunidad y no a los individuos singularmente. Cuando se habla de guerras privadas quiere decir que se hacían entre comunidades de personas, y no en virtud del mandato de un rey o de un jefe de estado. Esas guerras no comenzaban por ideas invasorias o ataques contra poblaciones, sino que el dañar a uno de los individuos que componían la comunidad ya generaba esa “guerra” por considerar que dañaba a todos y cada uno de los miembros de la misma.

Volviendo a Roma, sólo los delitos públicos, los que se conocían como “crimina”, se ventilaban en un proceso penal, público, ante tribunales –al principio– no estables y más tarde, en tiempos de la monarquía absoluta, ya permanentes y ordinarios que actuaban por delegación del emperador. Los delitos privados o “delicta” se dilucidaban en un procedimiento civil, con las normas que regían el proceso privado, ante órganos que ya desde la época del Principado actuaban por delegación del emperador⁷⁴.

Así pues, aunque a lo largo de su evolución histórica el derecho penal romano fue superando los planteamientos rudimentarios de talión, venganza, castigos religiosos, etc., se constituyó, como en tantos momentos históricos, en un sistema represivo defensor de los intereses de quienes detentaban el poder, constituyendo, así, un derecho puramente sancionador. Las penas que se aplicaban en este sistema, eran decididamente aflictivas: la pena de muerte agravada por la cruel y humillante forma de aplicación (crucifixión, hoguera, espectáculos públicos, etc.), la condena a trabajos forzados, la deportación o relegación y la condena a minas⁷⁵.

En el modelo jurídico germánico⁷⁶, la cristianización y el crecimiento espectacular de la presencia jurídico-pública en el ejercicio del control y represión social fueron los principales factores evolutivos y transformadores de los criterios y prácticas punitivas germánicas

⁷⁴ ÁLVAREZ SUÁREZ: *Instituciones de Derecho Romano*, Volumen III, Derecho Reunidas, Madrid, 1977, pág. 143.

⁷⁵ PÉREZ-PRENDES y MUÑOZ-ARRACO: *Interpretación histórica del Derecho*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1996, pág. 248 y s.

⁷⁶ Con la denominación convencional de “Derecho germánico” se designa al conjunto de normas y usos jurídicos propio de los pueblos germánicos, constituidos por gentes indoeuropeas que, procedentes de Europa central se fueron asentando hasta llegar a Dinamarca, las islas danesas y el sur de Escandinavia.

originarias. El principio de religiosidad imponía la obligación de vivir con lealtad al orden natural establecido por las divinidades. La pieza esencial en la construcción del mecanismo del control y represión social fue la figura de la “carencia de paz” –friedlösigkeit–, cuya pérdida acarrearba la situación de enfrentamiento real entre el delincuente, su víctima y los grupos de parentesco a que cada uno pertenece. La declaración formal de carencia de paz hecha por la *Sippe* (estirpe o grupo familiar) en la asamblea general, establecía la enemistad con el inculpado, surtiendo un doble efecto: por un lado se le privaba de protección y, por otro, se dirigía contra él una persecución general que en ocasiones concluía con su muerte, exenta de venganza por parte de la *sippe* del muerto, siempre que se hubiese llevado a cabo respetando el principio de publicidad. También existían otro tipo de castigos como la venganza contra la familia a través de incendios y la enemistad, que, aunque originariamente era perpetua, se solía limitar a un plazo de veinte años.

La cristianización fue influyendo en este sistema, tendiendo así a restringir la muerte del proscrito y la monarquía pasó a asumir la representación de la comunidad familiar, reclamando la exclusividad a la hora de dictar la declaración de enemistad. Así comenzaron otras formas de castigo como las mutilaciones, la servidumbre penal a favor de la víctima, la confiscación de bienes, etc.; como se observa, una progresiva monopolización del *ius puniendi* aparejada al dominio social de un poder político capaz y necesaria para garantizar la paz pública, pero con elementos impregnados de un derecho privado a castigar o impulsar o decidir el castigo y la reparación por el delito.

Las acciones u omisiones leves consideradas delitos dieron lugar a las composiciones, que consistían en un acuerdo recíproco entre el causante y la víctima para conservar la paz entre ambos, lo que se lograba mediante el pago por el primero del precio del consentimiento

de la segunda (*busse*). La progresiva tendencia al predominio del sector público en el ámbito penal derivó hacia una mayor participación pública en la cuota de la *busse*, evolucionando así hacia *las multas*⁷⁷.

El derecho penal visigótico se componía de elementos romanos, germánicos y canónicos. En general se aceptaba el principio de no existencia de pena sin ley, aunque a veces esto quedaba al arbitrio del monarca, cuya labor entre otras era la de “reprimir la maldad del hombre” y la salud general de la sociedad mediante la paz y la concordia generales. Precisamente por esa idea de la justicia creadora de la ley, no aplicaban la segunda parte de la máxima, *nullum crimen sine lege*. Muchos delitos tenían varias consecuencias, es decir, varias penas. La clase social a la que pertenecían víctima e infractor, desde luego, influía en su determinación. Las penas principales que se imponían en este sistema eran las pecuniarias, unidas a las composiciones típicas del Derecho germánico, llegando incluso a la confiscación total de los bienes, las indemnizaciones, los azotes, la pérdida de miembros, la pérdida del honor, la decalvación, la pérdida del empleo, la conversión en siervo, el destierro, la prisión y finalmente la muerte.

El derecho penal de la alta edad media (s. VIII a XIII) se corresponde —como no puede ser de otro modo— con las características de la sociedad en la que operaba. La sociedad del alto medievo era geocéntrica: creía en dios como creador de la naturaleza y del orden por el que aquélla se rige. Así, dios es manifestación del orden natural. El animismo y la superstición explican de tal modo las numerosas ordalías de los fueros municipales existentes en la península ibérica; la

⁷⁷ PÉREZ-PRENDES y MUÑOZ-ARRACO: *Interpretación histórica del Derecho*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1996, pág. 352 y ss.

invocación a dios –como juez– para declarar el derecho evidenciaba que la confusión entre el derecho canónico y secular era plena.

La sociedad de la alta edad media era también estructuralmente desigual y, por lo tanto, profundamente violenta. Los hombres son jurídicamente desiguales y la función social del derecho consiste en legitimar tales desigualdades. La violencia se utilizaba tanto para defender derechos subjetivos como para castigar a quienes los hubiesen violado. A la ofensa recibida se replicaba con la venganza privada. Para reducir el uso de la violencia se fue paulatinamente arbitrando la actividad de ciertas instituciones que ejercían la autoridad en nombre de las comunidades, en persecución de quienes hubieran causado la ofensa. El binomio “ofensa-venganza” va siendo así sustituido poco a poco, “trabajosamente” —como apostilla Tomás y Valiente⁷⁸—, por el más jurídico e impersonal “delito-pena”.

De tal manera el monopolio de la iniciativa privada tiende progresivamente hacia la transformación de esa iniciativa en pública. Así, las consecuencias jurídicas del acto delictivo podían ser tres: 1ª) la venganza de sangre; 2ª) la enmienda o compensación del daño causado, que en muchos casos se llevaba a cabo a través de su forma más primitiva como era el talión; y 3ª) la composición pecuniaria, que inicialmente solía ser libremente acordada por las partes. Ésta última, paulatinamente y según los delitos, comenzó a establecerse a través de una distribución tripartita, que es también una de las manifestaciones de la progresiva introducción de la iniciativa pública, siendo una parte para la víctima, otra para el rey y otra para el Concejo, llegando los Fueros Municipales a fijar unas cantidades fijas que eliminaban la posibilidad de pactos mayores o menores entre los afectados. Partiendo

⁷⁸ TOMÁS Y VALIENTE: *Manual de Historia del Derecho Español*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1983, pág. 85.

de esta idea, se entiende que la pena principal en la Edad Media fuera las pecuniarias, con postergación de las penas privativas de libertad y la muerte⁷⁹.

Como hemos podido observar, en sus orígenes, el derecho a castigar se consideró un derecho particular, un privilegio de la víctima o de los familiares para restablecer el honor mancillado con la ofensa. La persecución penal quedaba encomendada exclusivamente al ofendido por el delito. La respuesta penal, sin controles, era a menudo, por lo mismo, irracional y desproporcionada. También sucedía en ocasiones que por desidia, por falta de medios, por ignorancia e incluso por miedo, la víctima permaneciera inactiva. Como señala HERRERA MORENO “la víctima, en tiempos pretéritos, se erigía en exclusiva y pleniponteciaría detentadora del control punitivo, justificando sobradamente la conocida visión victimológica de dicha etapa como “edad de oro de la víctima”⁸⁰.

Posteriormente se estableció el sistema de las composiciones o pago en bienes⁸¹, que era negociado entre el ofendido y el autor del hecho o por sus respectivos familiares. El poder político, comprendiendo su dependencia en gran medida de la acción privada para hacer cumplir

⁷⁹ Fue común en todos los sistemas jurídicos –excepto en los prerromanos– que, a lo largo del proceso penal, y con el fin de “averiguar” la verdad y obtener por tanto la prueba de confesión, en la mayor parte de los casos, salvo que se tratara de nobles, monarcas y clérigos, se aplicaran tormentos o torturas a los inculpados; aunque hay que resaltar que esta institución fue definitivamente construida por la doctrina italiana de la Baja Edad Media, pues fue en Bolonia entre 1263 y 1286 cuando aparece una obra anónima y sin título que fue unánimemente denominada y citada como *Tractatus de Tormentis*. En España, la obra más notable escrita en Castilla durante los siglos XVI y XVII sobre la tortura fue la publicada por Antonio Quevedo Hoyos en 1632.

⁸⁰ HERRERA MORENO: “Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación” en *Revista de derecho penal y Criminología*, nº 6, UNED, Madrid, 1996, pág. 378.

⁸¹ ALASTUEY DOBÓN: *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 36.

sus leyes penales, va introduciendo las reglas del *qui tam pro domine rege quam pro se ipso*, obteniendo tanto la corona como el particular ofendido por el delito los beneficios económicos derivados del perjuicio⁸².

El dilatado periodo histórico que discurre del siglo XIII al siglo XVIII posee no obstante, en lo que aquí nos interesa, caracteres homogéneos dado que durante el mismo se fueron formando los sistemas normativos como consecuencia de la aparición del Estado con caracteres y contornos identificables con nuestras actuales categorías, y la consolidación de la plenitud del absolutismo como forma de gobierno. La crisis del derecho común, ya alcanzado el siglo XVIII, marcó el cenit y al tiempo el fin de una época y serviría de puente hacia los profundos cambios revolucionarios que le seguirían.

Durante estos cinco siglos que dan entrada a la edad moderna, la concentración del poder político en manos del soberano –consecuencia lógica de la nueva situación económica producida por el declive de la economía feudal–, sustrayendo sus diversas atribuciones al disperso poder nobiliario, alcanza un elemento básico de la soberanía como es el poder de castigar. La persecución del delincuente se convierte así en un deber gubernamental; al hacerse cargo el poder del estado de la acción, ésta pasa a ser de ejercicio público. Se van sentando las bases para la creación de un órgano público y específico que llevará a cabo esa tarea: el ministerio fiscal, con autoridad y control del ejercicio de la acción penal. Culminado el proceso de estatalización, los sistemas criminales operarán de acuerdo con el principio según el cual el crimen se comete

⁸² Un claro ejemplo lo encontramos en Inglaterra, donde a partir del siglo XIII, se implantan las acciones *qui tam*, para el tratamiento jurídico de aquellas ofensas que provocan simultáneamente un perjuicio para el rey y para el particular, obteniendo las dos partes un beneficio económico.

contra el Estado y la sociedad, más que contra el individuo que sufre el perjuicio⁸³.

La progresiva superación del derecho privado a castigar, paralela al surgimiento de poderes políticos en la comunidad capaces de ir apoderándose del derecho a castigar, mediante una penetración de lo privado y lo público en el derecho a castigar, terminó derivando con el paso de los siglos en una respuesta pública en la que el monarca, ejerciendo ya un poder absoluto y actuando en representación de dios en la tierra, se servía de un sistema inquisitorial para conocer la verdad a través de torturas físicas y otros medios inhumanos, así como un sistema de penas de un fuerte carácter aflictivo; la infracción era pagada por el cuerpo por medio de azotes, mutilaciones y trabajos formados para salvar el alma.

A partir del pensamiento de la Ilustración y las revoluciones burguesas se fueron instaurando los estados liberales asumiendo el pensamiento humanista. Se concedió no sólo un respeto mayor a los derechos de la persona detenida, sino también se concibió la proporcionalidad de la pena como medida respecto del mal causado y la libertad como fundamento y límite del derecho a castigar. Aparecieron, asimismo, las primeras formulaciones del principio de legalidad penal —la ley se situaba por encima del monarca (cuyo poder se dividía y compartía)—, y el reconocimiento de principios y valores como la presunción de inocencia, los derechos subjetivos, la dignidad humana y la necesidad de dotar al procedimiento de garantías formales. El derecho a castigar se legitimaba desde la ruptura que el delincuente, desde su libre albedrío, había realizado del contrato social. El Estado,

⁸³ Se inicia así el denominado proceso de neutralización de la víctima por parte del sistema penal. Véase a este respecto: ALASTUEY DOBÓN: *La reparación a la víctima...*, pág. 36; LANDROVE DÍAZ: *La moderna victimología*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 20 y s.

detentador del poder cedido por la colectividad mediante el contrato social, a través de la ley y el procedimiento, tenía el derecho y el deber de intervenir, sancionando al infractor, que era considerado un ser libre, en plenitud de derechos y, por tanto, plenamente reprochable. Consiguientemente, la pena modificó su carácter. Más que expiación corporal, pasó a ser considerada, con mayor acento en una fundamentación u otra, como retribución al mal uso de la libertad o como medio para infundir mediante el terror político de los hombres el respeto al derecho. Por otro lado, surge como hoy la conocemos la pena privativa de libertad, en la medida en que la libertad se ha convertido en un bien social y es susceptible de graduarse el castigo a la gravedad de la infracción con una cuantía de tiempo de privación de libertad y exclusión de la convivencia con otras personas con los que se había suscrito un contrato social. Apareció la cárcel como respuesta-castigo a la criminalidad, frente al modelo anterior de prisión puramente preventiva. Adquirieron protagonismo las teorías absolutas de la pena en el sentido de que ésta era independiente de los efectos que provocase su imposición, basadas en las ideas de Kant y Hegel que habían fundamentado filosóficamente esta posición. A través del castigo se retribuía al infractor, que debía expiar su culpa de modo justo, como restablecimiento del orden jurídico quebrado por la infracción.

Se afirma convencionalmente que el moderno derecho penal arranca con el pensamiento ilustrado, en concreto con la obra del MARQUÉS DE BECCARIA titulada “De los delitos y de las penas⁸⁴”, máxima representación del pensamiento de la Ilustración en el campo penal⁸⁵. Cesare Bonesana, hijo y heredero del marqués Giovanni Saverio, nació

⁸⁴ BECCARIA: *De los delitos y de las penas*, Aguilar, Madrid, 1969.

⁸⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, GARCÍA RIVAS, FERRÉ OLIVÉ Y SERRANO PIEDECASAS: *Lecciones de derecho penal. Parte General*. Praxis Universidad, 3ª ed., Barcelona, 2004, pág. 78.

en Milán el 15 de marzo de 1738 y fue el autor de este opúsculo político criminal, aparecido por primera vez y en forma anónima en Livorno durante el verano de 1764– traducido al español una década después–. Mucho se ha escrito sobre Beccaria y su obra⁸⁶, pero lo cierto es que no se duda de su determinante influencia en el desarrollo del derecho penal. Pocos libros han sido tan eficazmente difundidos y han alcanzado un éxito tan rápido y tan duradero como éste⁸⁷. No sólo fue muy leído (y, por lo mismo, perseguido por el poder político eclesial de la época, por sostener la diferenciación entre lo pecaminoso y lo delictivo y socavar así los cimientos del poder absoluto de origen divino que había permitido hasta entonces al poder religioso configurar el espacio de lo prohibido en el mundo secular), sino que influyó poderosamente en la reforma de numerosos códigos penales de su tiempo⁸⁸.

El principal mérito de Beccaria consistió en conjugar y sintetizar con eficacia ideas dispersas pero ya generalmente admitidas en su época y sintetizarlas: las críticas volterianas al procedimiento penal francés; las censuras de Montesquieu a la inútil crueldad de las penas; las protestas, desde posiciones humanistas, contra la tortura. Beccaria

⁸⁶ Cabe destacar entre otros autores la crítica de Beccaria a cargo de TOMÁS Y VALIENTE en *La tortura judicial en España*, Ariel, Biblioteca de Bolsillo, Barcelona, 2000, pág. 143 y ss.

⁸⁷ Sin tener el alcance de la obra de Beccaria, también merece la pena destacar la obra de JOHN HOWARD titulada *“The state of prisons in England”*, de 1770, que denuncia el carácter cruel, inhumano y degradante de las prisiones inglesas – perfectamente aplicable a todos los sistemas penitenciarios europeos de la época-. El influjo de las ideas ilustradas aprovechó no sólo al campo penal, sustantivo y procesal, sino también al penitenciario.

⁸⁸ Catalina II la Rusa conmovida por el texto ordena la supresión de la tortura. En 1776 la emperatriz María Teresa de Austria comienza también a promover dicha abolición. También Luis XVI suprime en su Monarquía la tortura por disposición de 1780, pasando las conclusiones del libro de Beccaria, casi de modo íntegro al artículo 8 de la Constitución de 1789 y al 15 de la de 1793. Como así se recoge en la obra de JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de derecho penal*. Tomo I. 2ª ed., Buenos Aires, 1956, pág. 245 y ss.

propugnaba un derecho penal basado en el principio de legalidad; el carácter público del proceso acusatorio; defendía que las pruebas debían ser claras y racionales; la desaparición de la tortura judicial y el proceso inquisitivo que la amparaba; abogaba por la igualdad de nobles, burgueses y plebeyos ante la ley penal, debiendo serles impuestas a todos las mismas penas las mismas; el criterio para medir la gravedad de los delitos había de ser el daño social producido por cada uno de ellos, y no categorías morales como el pecado, ni sociales, como la calidad o escala social del ofensor o el ofendido; recalca que la crueldad de las penas no determina su eficacia, debiendo moderarlas; que la pena no debe perseguir tanto el castigo del culpable como la represión de otros posibles futuros delincuentes; reivindicaba la proporcionalidad entre los delitos y las penas ya que lo contrario es injusto y socialmente perjudicial; que la pena de muerte es injusta, innecesaria y menos eficaz que otras penas menos aflictivas más benignas, debiendo ser suprimida; en suma, asumiendo literalmente las tesis de Montesquieu, que la legislación penal debe ocuparse menos de castigar los crímenes que de prevenirlos⁸⁹.

España fue uno de los países europeos que más tardó en ser influido por la obra del Marqués de Beccaria, sin duda por virtud del fuerte poder de la Iglesia Católica en la España de la época, pero a pesar de las resistencias opuestas a la corriente ilustrada —la obra de Beccaria fue incluida por la inquisición española en el índice de libros prohibidos en 1777—, sus ideas se difundieron extensa y profundamente, lo que propició la redacción de un código penal —el primero que se aprobó en España— de clara inspiración ilustrada, en

⁸⁹ TOMÁS Y VALIENTE en *La tortura judicial en España*, Ariel, Biblioteca de Bolsillo, Barcelona, 2000, pág. 161 y s.

una fecha relativamente temprana, 1822⁹⁰. La abolición de la tortura se acordó por la Constitución de Bayona de 1808, y sucesivamente por las Cortes de Cádiz de 1812, aunque ésta fue derogada cuando Fernando VII se negó a su regreso de Francia en 1814 a firmar la constitución de Cádiz. Por ello hubo que esperar hasta 1820 en que fue restablecida, derogada nuevamente en 1823 y restablecida de nuevo en 1836, siendo sustituida por la Constitución de 1837 y ésta a su vez por la Constitución de 1845. Sin embargo, la pena de muerte estuvo vigente hasta la publicación del Proyecto de Ley sobre la abolición de la pena de muerte en el Código Penal de 1844 (excepto en el Código Penal militar), no siendo abolida para todo tipo de delitos hasta la Constitución de 1978 y la reforma penal de 25 de junio de 1983⁹¹, puesto que durante la época franquista sí estuvo vigente.

Durante la segunda mitad el siglo XIX, las ciencias penales van a ser protagonizadas y desarrolladas por la doctrina italiana. La denominada *Escuela clásica* elabora una ciencia acorde con las exigencias del pensamiento liberal de la época. Así, la víctima deja de ser el sujeto sobre el que recae la acción delictiva para pasar a ser mera portadora de un bien jurídico, que es lo verdaderamente lesionado.

⁹⁰ Entre los españoles ilustrados y que apoyaban los postulados de Beccaria destacaban Jovellanos, Meléndez Valdés, Lardizábal, Valentín de Foronda y Vizcaíno Pérez entre otros; mientras que los defensores acérrimos del derecho penal vigente, de la tortura y de la pena de muerte, atacaban la obra duramente. Entre éstos destacan a su vez Pedro de Castro y Fernando de Cevallos, los cuales escribieron *Defensa de la tortura* en 1778 el primero, y *La falsa filosofía o el ateísmo, deísmo, materialismo y demás nuevas sectas convencidas de crimen de Estado contra los soberanos* en 1775, el segundo. Véase a este respecto la obra de TOMÁS Y VALIENTE: *La tortura judicial en España*, Ariel, Barcelona, 2000, pág.168 y s. En todo caso, entre los receptores de las ideas de Beccaria en España, como Lardizábal, la acogida fue tamizada por las influencias religiosas.

⁹¹ Hasta esa fecha sólo hubo dos períodos en que la pena de muerte fue abolida en España. El primero de ellos fue en 1873 en la 1ª República Española, mientras estaba como presidente Salmerón, puesto que, cuando dimitió, su sucesor Castelar volvió a aplicarla; y el segundo de esos periodos fue durante la 2ª República que comenzó en 1932.

Tampoco el positivismo criminológico fijó su atención en la víctima, centrado como estaba en la etiología del delito a través del delincuente⁹², cerrando el paso a la influencia de la víctima en la nueva disciplina de la Criminología hasta muy avanzado el siglo XX.

Tras la segunda Guerra Mundial se establecieron las bases del Estado Social y Democrático de Derecho. Sin desdeñar lo mejor del modelo liberal, se exigió del Estado la adopción y desarrollo de políticas que sirvieran para remover los obstáculos que dificultaban la igualdad real y efectiva de los ciudadanos. Surgió una fuerte preocupación por los Derechos humanos y una nueva conciencia social acerca de la dureza de la aplicación de la pena privativa de libertad y de las consecuencias que generaba.

Después de lo que simboliza Auschwitz, el *ius puniendi* del Estado, su propia legitimación como monopolizador de la violencia, entra en crisis. El fundamento de la fuerza penal del Estado, conceptos como culpabilidad o responsabilidad, se cuestionan. Es clamorosa y generalizada la reivindicación del reconocimiento y respeto –a nivel nacional e internacional– de los derechos humanos. En este contexto, se introducen en el ámbito penal dos axiomas fundamentales: la idea de que la reforma social y económica no podía sino conducir a una reducción del delito y la de que el Estado era el responsable de la prevención y asistencia a los infractores penales, mediante el control y el castigo. Surgen por tanto una serie de estructuras, denominadas “agencias de control penal”, que, bajo el paradigma cuasi sagrado de la rehabilitación y de la reinserción, e integradas por profesionales expertos, combinan los trabajos “sociales” con los objetivos “penales”. Estas posiciones son expresión del denominado “welfarismo penal”.

⁹² ALASTUEY DOBÓN: *La reparación...*, pág. 37.

Propiciada por un contexto económico favorable en Europa, la introducción de los derechos sociales en las Constituciones se consolidó igualmente tras la segunda guerra mundial, lo que supuso, como explica FERRAJOLI, un cambio de paradigma en el ordenamiento jurídico⁹³. Se exige de las normas no solo el requisito formal de su ajuste a la legalidad “formal”, sino también un requisito material de concordancia con los vínculos de sustancia que son los derechos fundamentales y sociales; derechos recogidos ahora en las constituciones, junto con las garantías para su aplicación. Los derechos fundamentales se constituyen por ello como “la ley del más débil”.

Al abrigo de estas nuevas sensibilidades, se redefinieron los fines asignados al castigo, otorgando a la reeducación y a la reinserción un protagonismo preponderante respecto de otras finalidades de control social; se reformularon –a la luz del bienestar social, límites garantistas y el optimismo resocializador– las teorías preventivas y utilitaristas de la pena provenientes de VON LISZT cuya finalidad ya no es tanto castigar como evitar que el infractor vuelva a delinquir; sólo la pena necesaria se considera justa. Sin embargo, surgieron enseguida problemas que cuestionaron la vigencia exclusiva de esta teoría: la escasez de medidas sociales de reinserción, las dudas en torno al tiempo preciso para resocializar a un sujeto y, por tanto, la necesaria limitación de las penas frente a su indeterminación, la cuestionable legitimidad del Estado de reeducar en contra de la voluntad del sujeto.

Los años ´60 y ´70 del siglo XX acogen el máximo desarrollo del pensamiento crítico, en todos los órdenes (feminismo, antimilitarismo, igualdad racial, revolución sexual, etc.), lo cual llega a las ciencias penales en forma de fuerte crisis de legitimidad de la prisión,

⁹³ FERRAJOLI: *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

criminología crítica, concepciones como el *labelling approach*, crisis generalizada de los sistemas políticos y en concreto del *ius puniendi*, destipificación de las conductas sexuales que se apartan de lo convencional, etc.

A partir de los años ´80 comienza el declive de las teorías rehabilitadoras, sustituidas por la llamada “cultura del control”, término acuñado por el sociólogo y criminólogo DAVID GARLAND⁹⁴. El “*welfarismo penal*” queda abandonado y es sustituido por el denominado “*sistema workfare*”. Este cambio se debe al abandono del ideal de la rehabilitación por parte de los profesionales expertos – juristas, profesores, trabajadores sociales– mientras resurge la sanción penal como idea de castigo y expresión de la ira social, para lo que se cambia el tono del discurso público sobre el delito. Se concibe necesaria la protección de la víctima y aumenta la infraestructura de “la industria de la prevención”, así como de sectores como “la seguridad privada”. Se comercializa “el control del delito” y se introduce la sensación permanente de crisis, de “enemigos convenientes o apropiados” —en palabras del noruego NILS CHRISTIE—, de los que hay que defenderse⁹⁵.

Hoy no puede sostenerse, sin abdicar de un mínimo realismo, la eliminación del Derecho penal como instrumento de solución de los conflictos sociales más graves⁹⁶. Sin embargo, sí es cuestionable la utilización que se hace de él y su continua tendencia a la hipertrofia, al ir incorporando al Código Penal nuevos delitos, particularmente de

⁹⁴ GARLAND: *La sociedad del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005.

⁹⁵ NILS CHRISTIE: *La industria del control del delito*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

⁹⁶ En realidad no pretende ser un instrumento de solución de conflictos, que no lo hace, sino de prevención para la protección de bienes jurídicos.

riesgo o peligro (peor aún: de mera desobediencia, convirtiendo en delito meras infracciones administrativas), o el recurso abusivo a la pena de prisión.

Hasta aquí me he referido a la evolución histórica general del *ius puniendi*, pero ¿cuál es el estado actual del derecho penal en España y cómo le afecta a la víctima?

El legislador penal español no se halla al margen de las más recientes corrientes (represtigio de la prisión) y en los últimos tiempos ha emprendido una huida hacia el Derecho penal, incluso en supuestos no gravemente lesivos para la paz ciudadana. En lugar de recurrir a otros medios menos drásticos (y más eficaces) del ordenamiento jurídico, o decantarse por la adopción de políticas sociales de mucho más alcance y eficacia, el gobernante español ha descubierto que el recurso demagógico al derecho penal es un procedimiento sumamente barato, que además resulta rentable políticamente por los votos que proporciona en los procesos electorales.

Pero, por desgracia, el continuo y desmesurado recurso al derecho penal (sobre todo en relación con los hechos situados en el marco de la seguridad ciudadana), ignorando su carácter subsidiario, (pese a la vigencia teórica de éste principio junto con el de intervención mínima del derecho penal⁹⁷), no deja de provocar disfunciones con otros sectores del ordenamiento jurídico y otros medios de control social y, en todo caso, no constituye el medio más eficaz ni más justo de abordar los problemas sociales y evitar y prevenir los delitos.

⁹⁷ PERULERO GARCÍA: “Mecanismos de viabilidad para la mediación en el proceso penal” en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 453.

No es ajena a esta política criminal la presión social y mediática (medios que presionan y políticos que se dejan presionar). Frecuentemente, la alarma social generada por la comisión de algún delito de cierta gravedad o de determinadas infracciones no constitutivas de delito es alimentada de inmediato y profusamente por los medios de comunicación (una profesión que se ejerce de manera cada vez más acrítica) para conformar una opinión publicada que parece clamar por la agravación de la pena correspondiente al delito o por la criminalización de esas infracciones. Además, comprobamos diariamente que, cuando se dialoga con la ciudadanía, esta opinión pública, aparentemente tan punitiva, se desvanece, encontrándonos en la sociedad una mayoría de personas que comprenden, que matizan, que creen en la segunda oportunidad, que humanizarían el sistema penal. Incluso, cuando conocemos a víctimas concretas, en procesos de mediación autor-víctima, en los que se les da una oportunidad de ser escuchados, de participar en la solución de su conflicto, comprobamos, no sin sorpresa, una enorme generosidad hacia el infractor, que choca y contrasta con la imagen de la víctima vengativa que transmiten los medios de comunicación a partir de unos pocos casos excepcionales. Por otro lado, hay que tener en cuenta que las víctimas de los delitos que habitualmente se ven en los tribunales, son normalmente víctimas que pertenecen al mismo mundo desfavorecido que los infractores.

Este tipo de presiones sociales y mediáticas distorsionan muchas veces la realidad y en nada contribuyen a favorecer una solución justa y eficaz del problema. La política criminal de un Estado de Derecho debe huir de este tipo de presiones para tratar de resolver los conflictos introduciendo racionalidad, serenidad y distancia. No es admisible que cada poco tiempo el Código Penal esté siendo objeto de modificaciones a golpe de telediario, tertulia radiofónica o programa del corazón, algo que por desgracia nos está resultando ya habitual.

Los expertos en derecho penal, Criminología y otras disciplinas afines son marginados del proceso de elaboración de las normas, dando lugar a una legislación penal escasamente rigurosa, eficaz y coherente con los principios básicos que han ido construyendo nuestros sistemas penales desde hace dos siglos y medio. A este respecto son muy ilustrativas las palabras de DÍEZ RIPOLLÉS cuando dice: “La experiencia cotidiana del pueblo, su percepción inmediata de la realidad y los conflictos sociales han pasado a ser un factor de primera importancia a la hora de configurar las leyes penales, y pugna por serlo también en la aplicación legal. Lo novedoso, sin embargo, no es que tales experiencias y percepciones condicionen la creación y aplicación del derecho, algo legítimo en toda sociedad democrática, sino el que demanden ser atendidas sin intermediarios, sin la interposición de núcleos expertos de reflexión que valoren las complejas consecuencias que toda decisión penal conlleva. Los portadores de esos nuevos conocimientos son la opinión pública creada por los medios populares de comunicación social, las víctimas o grupos de víctimas, y en último término el pueblo llano”⁹⁸.

El resultado es la ausencia de una política criminal que responda a decisiones meditadas, claras, realistas y eficaces en la lucha contra el delito. El continuo parcheo de las reformas y modificaciones legales está haciendo irreconocible la identidad del Código Penal⁹⁹.

⁹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS: “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, nº 06-03, 2004, (<http://criminet.ugr.es/recpc/06>), pág. 03:11.

⁹⁹ La sobreocupación carcelaria repunta alarmantemente, sobre todo desde el Código Penal de 1995 y las reformas del Código Penal del año 2003, de carácter marcadamente represivo. El endurecimiento penal y penitenciario introducido por ellas, particularmente por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, es una clara expresión de la filosofía “ley y orden”, influjo de las tendencias neoconservadoras de la política criminal norteamericana.

Las presiones sociales y mediáticas están contribuyendo además a conformar una opinión pública situada en el error en torno a la criminalidad y la seguridad ciudadana de nuestro país, a la que se hace creer que existe un problema grave de inseguridad, fomentado y hasta agravado por la vigencia de una legislación penal en exceso benevolente que, además, permite que las penas no lleguen a cumplirse en su integridad. Como recoge acertadamente DÍEZ RIPOLLÉS “la consolidación de la delincuencia clásica encuentra un apoyo inestimable en la generalización del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana (...). Se han incrementado desde hace unos años en la población tanto la preocupación en general sobre la delincuencia, como el miedo a ser víctima de un delito”¹⁰⁰.

El límite mínimo de la pena de prisión se ha reducido de 6 a 3 meses y su máximo, establecido en 20 años —ya rebasado hasta llegar a 25 y 30 años en algunos delitos y en algunos supuestos de acumulación de penas— en casos excepcionales se ha ampliado hasta alcanzar los 40 años; además, 40 años de privación continua de libertad como consecuencia de la introducción de obstáculos a la concesión de los beneficios penitenciarios y la libertad condicional.

En determinados supuestos, la comisión de cuatro faltas de lesiones, hurtos y hurtos de uso de vehículo a motor, en el plazo de un año, se ha pasado a castigar con la pena correspondiente al delito.

La reincidencia cualificada puede dar lugar a la aplicación de la pena superior en grado.

En las penas de prisión superiores a cinco años se dificulta el acceso al tercer grado de régimen penitenciario con la exigencia de un periodo de seguridad fijado en el cumplimiento de la mitad de la pena.

Y en todas las penas de prisión, para tener acceso al tercer grado y a la libertad condicional se exige tener satisfecha la responsabilidad civil derivada del delito.

Todas estas novedades, introducidas, entre otras, en el sistema penal en 2003, constituyen un evidente endurecimiento penal y penitenciario que redundará en detrimento de la progresiva humanización de las penas y de su orientación a la reinserción social y en buena medida explica el incremento habido en los últimos años entre la población penitenciaria sin incidencia relevante sobre la seguridad de los ciudadanos, ya que las tasas de prisionización han caminado a un ritmo superior a las de delincuencia.

¹⁰⁰ DÍEZ RIPOLLÉS: “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, n° 6-03, 2004. (<http://criminet.urg.es/recpc/06>) pág. 03:8

Sin embargo no cabe sostener que en España exista un problema especialmente grave de inseguridad si atendemos a la tasa de criminalidad, que es menor que la media de los países europeos. Por el contrario, España tiene uno de los porcentajes de presos más altos de Europa, habiéndose llegado a cuadruplicar su población penitenciaria en el período 1980-2009 (en menos de 30 años) y a duplicar desde el año 1990 (en menos de veinte años), sin que tal incremento responda al aumento paralelo de los índices de criminalidad (que han evolucionado en descenso), durante los mismos periodos.

Sí existe para ello una explicación fácilmente comprensible: en primer lugar, y contrariamente a la opinión generalizada, es un dato contrastado que se recurre cada vez más a la cárcel como respuesta a la criminalidad, en detrimento de otras penas y alternativas menos agresivas; en segundo lugar, la pena de prisión sigue ampliándose cualitativamente, hasta llegar a alcanzar una duración mayor que en otros ordenamientos penales y cuantitativamente, al estar produciéndose una continua creación de nuevas figuras delictivas castigadas con esta pena; y en tercer lugar, porque con el Código Penal vigente de 1995, desapareció la redención de penas por el trabajo, sin haber disminuido la pena nominal prevista en el Código, haciéndose cada vez más difícil la clasificación en tercer grado y la obtención de la libertad condicional, por lo que los presos, mayoritariamente, cumplen íntegras sus condenas en prisión, sin poder acceder a los regímenes de semilibertad y libertad a prueba que previstos para cumplir el mandato constitucional de orientar el cumplimiento de la pena de prisión a la reinserción social de las personas penadas.

Así las cosas, en modo alguno se puede afirmar que nuestra legislación penal sea excesivamente benevolente; al contrario, se revela como una de las más represivas de la Europa occidental. España es uno de los países del entorno de la Unión Europea con menos tasas de

delincuencia —el 45,8 por cada 1.000 habitantes—, sin embargo, es uno de los Estados miembros con más gente en prisión. Las cifras sorprenden por su envergadura: desde el año 2.000 el número de reclusos en España ha aumentado un 65,1%. Según los datos del Ministerio del Interior en las cárceles españolas hay 76.756 reclusos. De ellos, más del 20% están en prisión preventiva (16.251 personas) y el 35% son extranjeros. Casi el 92% son hombres, frente al 8% de mujeres, de las cuales un 85% con madres¹⁰¹.

Con la aparición de estos factores se ha ido consolidando en los últimos años un modelo penal en el que se considera al infractor una persona “normal”, autónoma, que trasgrede las leyes porque quiere, de forma racional, valorando costes y beneficios; que ni los condicionantes sociales ni personales se correlacionan con el delito. Se considera que el legislador no debe involucrarse en terrenos sociales sino asegurar la pacífica convivencia de los ciudadanos honrados, endureciendo la respuesta penal para los delincuentes. Así mismo se abandonan las políticas de tratamiento y se introducen las campañas de amenaza e intimidación difusas. Se establecen de esta forma más tipos penales, más penas, de más duración, y en condiciones más duras de ejecución. Asistimos desde hace tiempo a una utilización desmesurada del derecho penal¹⁰², sin que se haya constatado con certeza que haya sido acompañada de una disminución efectiva de la criminalidad, ni de un sentimiento de mayor seguridad subjetiva de los ciudadanos, ni, por ende, de una mayor confianza en la administración de justicia que, por

¹⁰¹ AGUILERA: “Demasiadas personas en prisión” en Revista crítica, nº 973, año LX, Madrid, mayo-junio 2011.

¹⁰² La tendencia imperante sugiere un “efecto expansivo de la tutela jurisdiccional” denominado así por BARONA VILAR en “Solución extrajudicial de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje” en GONZÁLEZ-CUELLAR (Dir.): *Mediación un método de solución de conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010, pág. 77.

el contrario, suele ser percibida como una institución ineficiente en términos de gestión, e ineficaz y benevolente por la respuesta penal que ofrece ante determinados delitos.

La opinión pública, manipulada por manifestaciones neoretribucionistas, fomentadoras de la represión, vertidas de forma reiterada y con especial énfasis por los medios de comunicación ha reivindicado y, en buena medida, justificado el sentido y el tono de las últimas reformas penales tanto en España como en otros países de nuestro entorno. La creencia, popularmente extendida, que vincula inseguridad ciudadana con ausencia de represión, revela planteamientos y conclusiones simplistas, poco rigurosos, equivocados, y a menudo peligrosos. La percepción de inseguridad ciudadana en cuanto al delito sin duda existe. Pero la inseguridad vital que genera los inalcanzables precios de las viviendas, la precariedad de los contratos laborales, el deterioro de la sanidad pública, la permanente crisis del sistema educativo, el proceso de desarticulación, en fin, del Estado social, también alcanza a una buena parte de los ciudadanos, generando condiciones objetivas de vulnerabilidad, quizá no tan percibidas pero no por ello menos intensas y determinantes en la vida cotidiana de los ciudadanos.

Para combatir la inseguridad vinculada al delito son necesarios más medios policiales y judiciales, bien formados y remunerados. Pero no es suficiente. Las soluciones a este problema son más complejas que las simplistas desde las que se pretende abordar políticamente: exclusiva solución policial, penal y de fomento de la venganza social a través de la información morbosa de los medios de comunicación. Nada es más vendible políticamente en este momento, en que prima la seguridad muy por encima de la libertad (con renuncia expresa a cohonestar ambas), que incrementar la duración de las penas –en especial, las que privan de libertad al reo-, someter a condiciones más estrictas su

ejecución, llenar hasta desbordar las cárceles. Se descartan, entre tanto, definitivamente, otras opciones viables, más humanas y eficaces: la neutralización del miedo al otro, el reto de saber coexistir con el diferente, el ser al tiempo iguales pero diversos, la capacidad de gestionar los conflictos sin anular a la otra parte, desde el diálogo y no desde el monólogo violento. Se olvida igualmente el mandato constitucional de la orientación reinsertadora de las penas, mientras precipitadamente y sin sosegado debate, se da paso a las peligrosas políticas criminales genéricamente denominadas de “tolerancia cero”, difícilmente compatibles con la cultura de los derechos y las garantías jurídicas.

Su origen teórico cabe encontrarlo en la “Teoría de las ventanas rotas”¹⁰³ formulada por los profesores George Kelling y James Wilson en 1982¹⁰⁴. Considerando que la degradación urbana consolida “culturas criminales” y “comportamientos desviados” o “anti-sociales”, plantearon la prevención de delitos devolviendo a la policía una función de tutela del orden, reprimiendo comportamientos *predelictivos* y reinterpretando los sentimientos difusos de la población, y acentuando de ese modo el discurso del clima de constante peligro¹⁰⁵. La teoría de las ventanas

¹⁰³ Esta teoría se basa en que: “1. El delito es mayor en las zonas donde el descuido, la suciedad, el desorden y el maltrato son mayores; 2. Si se rompe un vidrio de una ventana de un edificio y nadie lo repara, entonces pronto estarán rotos todos los demás; 3. Si una comunidad exhibe signos de deterioro y esto no parece importarle a nadie, entonces allí crecerá el delito; 4. Si se cometen pequeñas faltas y las mismas no son sancionadas, entonces comenzarán faltas mayores y luego delitos y delitos cada vez mayores; 5. Que los espacios públicos deteriorados son progresivamente abandonados por la mayoría de la gente, que se repliega nerviosa y asustada hacia sus casas, y que esos mismos espacios abandonados son progresivamente ocupados por los delincuentes”.

¹⁰⁴ JAMES Q. WILSON y GEORGE L. KELLING: “Broken windows: the police and neighborhood safety” en *The Atlantic Monthly*. Marzo. 1982. (<http://theatlantic.com/politics/crime/Windows.htm>).

¹⁰⁵ WACQUANT: *Las cárceles de la miseria*. Alianza Ensayo, Madrid, 2000, pág. 21. Quien recoge en su obra que esta cuestionable teoría sostiene que si se lucha paso

rotas fue aplicada por primera vez a mediados de la década de los 80 del siglo pasado en el Metro de Nueva York, donde había sido contratado como consultor para el Departamento de Tránsito George Kelling, quien recomendó una estrategia de seguridad. En 1990, William J. Bartton fue nombrado Jefe de Tránsito de la Ciudad de Nueva York implantando la tolerancia cero a la evasión de multas, por medio de métodos de procesamiento de arrestos más sencillos e investigaciones de antecedentes en cualquier persona arrestada. Rudolph Giuliani, alcalde republicano de Nueva York desde su elección en 1.993, adoptó medidas semejantes de manera más firme bajo los programas de “tolerancia cero” y “calidad de vida”, introduciendo tales estrategias en la actividad policial en la ciudad, con prácticas tales como el aumento discrecional de arrestos y registros, la persecución sistemática de actividades hasta entonces constitutivas de infracciones administrativas como los *grafitties*, la detención de quienes bebían u orinaban en la vía pública, de los “limpia parabrisas” o de los mendigos, promoviendo por tanto el alejamiento forzado de los “*homeless*”¹⁰⁶.

La naturaleza estrictamente funcional y la debilidad política de estas estrategias generan el indeseado efecto estratégico de debilitar la cohesión social y estimular la cultura de la desconfianza, que demanda seguridad de forma crónica y obsesiva e incide, de forma catastrófica, debilitándola, en la cultura de los derechos y libertades. Así, se termina criminalizando problemas sociales y sectores excluidos; se violan

a paso contra los pequeños desórdenes cotidianos, se logra hacer retroceder las grandes patologías criminales.

¹⁰⁶ Los defensores de la teoría de las ventanas rotas y de la tolerancia cero consideraron que las tasas de crímenes, menores y mayores, se redujeron significativamente (ver el estudio de las tendencias de crimen en Nueva York por George Kelling y William Sousa del 2001), mientras que los críticos apuntan al hecho de que las tasas de crímenes también bajaron en muchas otras ciudades de EEUU durante 1990, en donde no se adoptaron políticas de tolerancia cero —ver BERNARD E. HARCOURT: *Illusion of order: the false promise of broken Windows Policing*, Harvard, 2001—.

derechos y garantías constitucionales y los principios del derecho penal liberal (intervención mínima, taxatividad, etc). Al fomentar la cultura “postmoderna”, se opta por el individualismo exacerbado, la fragmentación social y la ampliación de la brecha cada vez más visible entre los sectores opulentos y los miserables. No habiéndose constatado el descenso del número de delitos con este tipo de políticas¹⁰⁷, sí parece evidente que se consigue desplazar la atención de los verdaderos problemas socioeconómicos¹⁰⁸, criminalizando la pobreza y dejando desatendido el flanco de la alta delincuencia económica.

Con los objetivos de intentar superar la obsesión social por el castigo y la pena como formas exclusivas de solución de los conflictos penales, de convencer a los ciudadanos de la existencia y bondad de fórmulas alternativas más eficaces y humanizadoras de solucionar conflictos interpersonales, así como de apostar de forma específica por disminuir la violencia estatal, todo ello sin renunciar al control social y sin abandonar ningunas de las garantías procesales de las personas implicadas en el conflicto, apareció la justicia restaurativa. Uno de los máximos valedores en Alemania del movimiento que se ha dado en llamar *Justicia Restaurativa* es KERNER Hans-Jürgen, quien la define como “una asistencia jurídico-penal que restablece la paz social y una justicia compensatoria”¹⁰⁹. Este modo de entender la Justicia ha sido también tratado por TRENCZEK¹¹⁰ (otro gran valedor de la justicia

¹⁰⁷ A juicio de WACQUANT “esta teoría, nunca confirmada empíricamente, sirve de coartada criminológica para la reorganización de la actividad policial...” en *Las cárceles de la miseria*, Alianza Ensayo, Madrid, 2000, pág. 22.

¹⁰⁸ GIORGIA: *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*, Virus, Barcelona, 2005.

¹⁰⁹ KERNER HANS JÜRGEN: *Mediation beim Täter-Opfer-Ausgleich*, en *Handbuch Mediation* (dirig. por HAFT, FRITJOF y von SCHLIEFFEN, Katharina), Munich, 2002, pág. 1259.

¹¹⁰ TRENCZEK: “Victim-Offender-Reconciliation: the danger of cooptation and a useful reconsideration of Law Theory” en *Contemporary Justice Reviews*. Volumen 5. 2002, pág. 23 y ss.

restaurativa en Alemania) en un artículo sobre las ventajas y los riesgos que se pueden derivar de cualquier sistema institucional que se proponga fomentar la reconciliación entre el autor del hecho delictivo y su víctima, en el que se expresa de este modo: *“Las demandas a favor de otra orientación del control social no son nuevas... Se habla de un nuevo paradigma... Tenemos que superar el tradicional paradigma retributivo a través de un nuevo paradigma restitutivo de justicia, éticamente fundado, que ponga un énfasis especial en la reconciliación de las partes en el conflicto. Y menospreciar todos esos planteamientos como idealistas y utópicos demostraría cuán lejos los dogmáticos de la ley se habrían desviado de las ideas que fundamentan la propia ley”*.

Así pues, este modo de entender la Justicia, que se viene extendiendo desde hace más de treinta años en el derecho penal europeo e internacional y en la criminología, a nivel no sólo teórico, pretende superar —sin desplazar ni suprimir el modelo garantista— y restañar la injusticia histórica cometida con la víctima del delito, acercándola al sistema, incorporándola activamente al proceso penal, valiéndose para ello de un mecanismo específico: la mediación¹¹¹.

La marginación histórica de la víctima, a la que antes se ha hecho referencia, empieza a cambiar cuando hace más de dos décadas se habla del “renacimiento o redescubrimiento” de la figura de la víctima¹¹², pudiendo observarse el interés por ésta desde diferentes esferas: por parte de la Criminología con el desarrollo de la

¹¹¹ ESQUINAS VALVERDE: “La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad viable también en España?”, en *Revista Penal*, nº 18, 2006, pág. 55.

¹¹² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Espasa Calpe, Madrid, 1998, pág. 76 y HERRERA MORENO: *La hora de la víctima. Compendio de victimología*, Edersa, Madrid, 1996, pág. 72.

Victimología¹¹³; por parte del derecho penal material mediante el nacimiento de la victimología y; por parte del derecho procesal penal que aspira a situarla en una mejor posición en el proceso.

Actualmente y desde que la Victimología se ha consolidado como disciplina científica, los esfuerzos de los victimólogos se centran principalmente en la creación de programas de asistencia a las víctimas, de tratamiento a las mismas, de prevención del delito como víctimas potenciales y de indemnizaciones a las mismas¹¹⁴. La existencia de la victimología se debe a la aportación de HENTING¹¹⁵ y MENDELSON¹¹⁶, pioneros de esta joven disciplina, los cuales aportan una visión activa y dinámica de la víctima, considerándola como un

¹¹³ Comparto la opinión de ALASTUEY DOBÓN: *La reparación...*, op. cit., pág. 39, cita 15, cuando señala: “Esta disciplina, a nuestro entender, no debe elevarse al rango de ciencia independiente de la Criminología. Si los cambios de orientación en la Criminología..., se dirigen, precisamente, a incluir a la víctima en el objeto de sus investigaciones, parece no sólo innecesario sino incluso perturbador, crear una nueva ciencia independiente que se ocupe exclusivamente de la víctima del delito. El interés por la víctima en el seno de la Criminología nace precisamente con el descubrimiento de la importancia de la relación delincuente-víctima para el desencadenamiento del hecho criminal. Por ello, la perspectiva de la víctima debe examinarse en estrecha conexión con la del delincuente...”. Esta visión de que la victimología forma parte de la criminología la comparten también entre otros GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *Manual de Criminología...*, op. cit., pág. 76; LANDROVE DÍAZ: *La moderna...*, op. cit., pág. 34 y CEREZO MIR: *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, I: Introducción, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, pág. 66; frente a los que comparten la postura opuesta, entre los que destaca MENDELSON que consideró a la victimología como una ciencia autónoma que se ocupa del mismo modo de víctimas de delitos, de accidentes y de catástrofes naturales y RODRÍGUEZ MANZANERA: *Victimología. Estudio de la víctima*, 3ª ed., Porrúa, México, 1996, págs. 16 y 28.

¹¹⁴ ALASTUEY DOBÓN: *La reparación...*, op. cit., pág. 41.

¹¹⁵ Alemán expulsado durante el período nazi, que vivió entre los años 1887 y 1974, y que residió tras su expulsión en Estados Unidos. Una de sus principales obras la encontramos traducida en VON HENTING: *Estudios de Psicología Criminal. La estafa*, Espasa Calpe, 2ª ed., Madrid, 1964.

¹¹⁶ Israelita que acuñó el término de Victimology en su principal obra MENDELSON, B: *Une nouvelle branche de la science bio-psycho-sociale: la victimologie*. Revue internationale de criminologie et de police technique. Bonn. 1956.

sujeto inseparablemente unido al infractor, en un continuo proceso de interacción con el mismo¹¹⁷.

A pesar de los esfuerzos y de la consolidación de la victimología, las víctimas en la actualidad continúan sufriendo lo que se denomina revictimización o victimización secundaria o doble victimización: primero son víctimas del delito, y a continuación lo son de la reacción del Estado frente al delito. La combinación de delitos en su mayor parte de acción pública perseguibles de oficio, con la fiscalía acotada por el marco impuesto por el sistema de legalidad, genera en muchos casos una situación gravosa para la víctima. Como, además, sucede que la respuesta judicial a la infracción cometida queda reducida al tiempo de castigo y encierro para el infractor, obtenido esto, le queda a la víctima un sentimiento de vacío e insatisfacción: el castigo sólo no colma otros importantes intereses y necesidades; no restaura las pérdidas pues en muchos casos la indemnización que le correspondía nunca la va a poder obtener, pues la persona que debe abonársela es en muchos casos insolvente; no da respuesta a sus preguntas; tras el juicio –si llega a celebrarse– continúa desconociendo numerosas cuestiones (por qué la persona le robó, o le lesionó, o le amenazó, etc. Finalizado el proceso, la víctima no ha podido cerrar sus heridas; sigue siendo incapaz de hallar algún sentido a su tragedia¹¹⁸.

¹¹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *Tratado de Criminología*. Pág. 121.

¹¹⁸ Los agraviados por el delito deben sufrir pérdidas de tiempo: primero han de ir a denunciar el hecho a Comisaría, posteriormente al Juzgado de Instrucción que entienda del asunto, acudir en algunos casos a ruedas de reconocimiento, a citas con el Médico Forense o médicos particulares, al acto de juicio, que en la mayor parte de los casos nunca se celebra a la hora señalada, en muchos casos volver a acudir al juicio porque se tuvo que suspender, o en otros acudir para nada, puesto que se ha llegado a una conformidad sobre cuyo contenido y alcance nadie le informa; también sufren pérdidas económicas –bien porque no van a recibir la indemnización que les corresponde, bien porque pierden días de trabajo, bien porque deben desplazarse–, sufren en muchos casos falta de consideración, trato despectivo, desinformación y en todo caso, ansiedad ante el juicio –por tener que enfrentarse con su agresor, por

Por ello es que en la parte empírica de este trabajo demostraremos con datos reales cómo la mediación aplicada al derecho penal de adultos en los diferentes procesos (por falta o por delito) y en las diferentes fases del procedimiento –instrucción, enjuiciamiento y ejecución– devuelve el protagonismo a la víctima, le permite expresarse, cierra sus heridas, calma su ansiedad, obtiene en todo caso un beneficio –moral y económico–, conoce todo lo relacionado con el delito y la persona que lo cometió, se siente arropada y vuelve a confiar en el sistema judicial y sobre todo en la persona y en la comunidad.

Por tanto, podemos concluir que los antecedentes de la justicia restaurativa o restauradora se encuentran en los movimientos de víctimas que comienzan a reclamar más atención por parte del sistema penal, reivindicando ser más escuchadas durante el proceso y más tenidas en cuenta en la orientación de la pena¹¹⁹. Una tendencia, a mi juicio, bien diferente a la actual política criminal expansionista que utiliza, manipula y se escuda en una víctima en abstracto a la que atribuye demandas vengativas –apoyándose en alarmas sociales eficazmente orquestadas– que sirve de coartada demagógica para la implantación de incrementos punitivos que no son sino cortinas de humo para ocultar su propia ineficacia en la prevención real de los delitos.

considerar que su declaración es la causa determinante del encarcelamiento, por poder incurrir en un delito de falso testimonio, por no saber o no entender qué le están preguntando, por tener miedo a que el acusado actúe por venganza sobre él o su familia, etc.–.Muchas víctimas –sobre todo en delitos menos graves y en los de violencia doméstica y de género– quieren, con posterioridad a haber interpuesto la denuncia, retirarla, pero en sistemas rígidos como el nuestro, en los que en presencia de un aparente delito de acción pública el Fiscal debe necesariamente accionar, hacen que una vez puesta en marcha la acción no se pueda disponer de ella.

¹¹⁹ LARRAURI: “Tendencias actuales de la justicia restauradora” dentro del Proyecto “*Protección a la víctima y rehabilitación de los delincuentes en libertad*” (BJU 2001-2075) que se ha plasmado en LARRAURI y CID MOLINÉ: *La delincuencia violenta*, Tirant Lo Blanch, Barcelona, 2005, pág. 440 y s.

Las experiencias en el ámbito de la mediación nos muestran, en la mayor parte de los casos, a unas víctimas concretas que son generosas, que no quieren el castigo por venganza sino que buscan que el infractor consiga aprender y entender el alcance de su acción; que buscan evitar un juicio que sólo les genera ansiedad y pérdidas de tiempo; que buscan la paz con el infractor y consigo mismas. Las víctimas reales que conocemos, no encajan con el concepto de víctima que han construido los medios de comunicación y tras las que se justifican las políticas criminales basadas en el excesivo e innecesario rigor punitivo que sufrimos actualmente.

4. Aproximación al concepto de justicia restaurativa

El concepto inicial de justicia restaurativa empezó a discutirse a finales de los años 70 principalmente en Estados Unidos¹²⁰ por parte de pequeñas redes de académicos y prácticos americanos y europeos. En 1990 se sufragó con fondos de la Organización del Tratado del Atlántico Norte una conferencia internacional¹²¹ en Italia con el fin de explorar el interés mundial en este tipo de justicia¹²². Tras esta conferencia aumentaron las experiencias prácticas y los estudios en diferentes países¹²³, desencadenado así que la subcomisión de las Naciones Unidas (constituida por un grupo de expertos sobre Justicia Restaurativa) preparase un informe para presentar más tarde ante la

¹²⁰ Quien con mayor claridad y precisión lo articuló fue el autor HOWARD ZEHR en: "Justice paradigm shift? Values and visions in the reform process" en *Mediation Quarterly*. Volumen 12. Nº 3. Jossey Bass Publishers, 1995, pág. 216 y s.

¹²¹ Presentaron ponencias relacionadas con el desarrollo e impacto de los programas políticos y ejercicio de la justicia restaurativa los siguientes países: Austria, Bélgica, Canadá, Gran Bretaña, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Holanda, Noruega, Escocia y Turquía.

¹²² HIGHTON-ALVÁREZ-GREGORIO: *Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 81.

¹²³ Estados Unidos, Canadá y diversos países europeos.

Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, del Consejo Económico Social de las Naciones Unidas, con arreglo a lo dispuesto en las resoluciones 1999/26, de 28 de julio de 1999, y 2000/14, de 27 de julio de 2000¹²⁴ del Consejo Económico y Social. A raíz de ese informe y por parte del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa, se comenzó a trabajar para que desde el seno de las Naciones Unidas se dictase un instrumento internacional que declarase los principios básicos de ese tipo de justicia y su utilización, y así se celebró en Ottawa, Canadá, del 29 de octubre al 10 de noviembre de 2001, una reunión del citado grupo para el estudio de las observaciones recibidas por 37 Estados Miembros sobre el anteproyecto¹²⁵. El Grupo de Expertos examinó modelos de justicia restaurativa y los detalles de los principios comunes que los había informado, y concluyó que se consideraban menos costosos y más eficaces que las opciones de la justicia penal ordinaria en muchas circunstancias y en algunas ocasiones más acordes a las necesidades de las poblaciones autóctonas o aborígenes. Hubo acuerdo general entre los expertos en que las prácticas de justicia restaurativa debían considerarse como complemento de los sistemas de justicia establecidos y no como un mecanismo destinado a reemplazarlos. Fruto de estos estudios y trabajos se dictó el Proyecto revisado de elementos de una declaración de principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal dictado por el Consejo Económico y Social

¹²⁴ Es esta resolución el Consejo Económico y Social pidió al Secretario General que solicitara observaciones de los Estados Miembros y de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, así como de los institutos que integran la red del Programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, sobre la conveniencia y los medios de establecer principios comunes para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal, incluida la conveniencia de elaborar un instrumento con ese fin, como los elementos de un anteproyecto de declaración de principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal.

¹²⁵ Véase el informe del Secretario General sobre la justicia restaurativa en E/CN.15/2002/5.

de las Naciones Unidas de 2001, del que merece la pena exponer el Preámbulo:

“El Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa,

Recordando que en el mundo entero ha habido un significativo aumento de las iniciativas en materia restaurativa,

Reconociendo que esas iniciativas a menudo se basan en formas de justicia tradicionales e indígenas en las que el delito se considera fundamentalmente un daño a la persona,

Recalcando que la justicia restaurativa es una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades,

Destacando que este enfoque permite a los afectados por el delito compartir francamente sus sentimientos y experiencias y tiene por objeto atender a sus necesidades,

Consciente de que este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa, permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad, y posibilita a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia,

Observando que la justicia restaurativa da origen a una serie de medidas que son flexibles en su adaptación a los sistemas de justicia penal vigentes y complementan esos sistemas, teniendo en cuenta las circunstancias jurídicas, sociales y culturales,

Reconociendo que el uso de la justicia restaurativa no menoscaba el derecho de los Estados de perseguir a los presuntos delincuentes,

Recomienda que se establezcan los Principios Básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, anejos a la presente resolución, para orientar la elaboración y el funcionamiento de los programas de justicia restaurativa de los Estados Miembros”.

Una vez reconocida y abierta la posibilidad de instaurar la justicia restaurativa comienzan a difundirse entre los prácticos y los teóricos las ideas fundamentales¹²⁶ o notas características que la inspiran y que se concretan en:

El delito pasa a ser considerado en primer lugar como una ofensa a las relaciones humanas y en segundo lugar una violación de la ley; es decir, es observado como la manifestación de un conflicto social; una incompatibilidad de conductas, percepciones, objetivos y afectos entre individuos o grupos; un proceso interaccional antagónico en el que suele predominar la vía agresiva para el logro de los objetivos.

La justicia restaurativa reconoce que tras la comisión del delito existen nuevas oportunidades. Percibe la situación tras el delito como un periodo de aprendizaje. El diálogo se percibe como algo beneficioso para el infractor, siendo de esta forma más consciente del daño que ha provocado en la víctima que en el proceso penal tradicional. Se atienden

¹²⁶ Obtenidas a través de: Informe del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 2001 sobre Justicia Restaurativa; HIGHTON-ALVÁREZ-GREGORIO: *Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 83 y s.; ULF CHRISTIAN: *Mediación Penal. De la práctica a la teoría*, Librería Histórica, Buenos Aires, 2005, pág. 32 y s.; SUARES MARINÉS: *Mediación, conducción de disputas*. Paidós, Buenos Aires, 1996; GORDILLO SANTANA: *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Logroño, 2007, pág. 61; LARRAURI: “Tendencias actuales de la justicia restauradora” dentro del Proyecto “*Protección a la víctima y rehabilitación de los delincuentes en libertad*” (BJU 2001-2075) que se ha plasmado en LARRAURI y CID MOLINÉ: *La delincuencia violenta*, Tirant Lo Blanch, Barcelona, 2005, pág. 443 y s.; ASWORTH: “Responsabilities, rights and restorative justice” en *The British Journal of Criminology*. Special Issue. 2002. Vol. 42. n° 3, pág. 578.

las verdaderas necesidades creadas por el acto delictivo, tales como la seguridad, la reparación del daño, el restablecimiento de las relaciones o del daño físico. Se reconoce la existencia de otras víctimas además de la directamente afectada por el delito, como los miembros de la familia, amigos o personas del círculo de aquélla. Predominan las ideas de proceso comunicacional, la noción de partes y la existencia de acuerdos restauradores; permite la participación activa en el proceso, lo que no tiene cabida en el procedimiento penal tradicional. Así, los valores presentes en la justicia reparadora se concretan en: compensar, en lugar de castigar, reintegrar, en lugar de excluir, y mediar, en lugar de imponer¹²⁷.

Con todas estas ideas que subyacen en la justicia restaurativa y sin que exista una definición universalmente reconocida, la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas¹²⁸ no definió¹²⁹ el propio término “justicia restaurativa” en ninguna de las dos resoluciones del Consejo Económico y Social (1996/26, 2000/14) pero sí se recogió en el informe que: “Por *Programa de justicia restaurativa* se entiende todo programa que utilice procesos restaurativos e intente

¹²⁷ LARRAURI PIJOAN: “La reparación” en *Penas alternativas a la prisión* en CID MOLINÉ y LARRAURI PIJOAN: Bosch, Barcelona, 1997, pág. 173.

¹²⁸ E/CN.15/2002/1.

¹²⁹ No se concluyó con una definición universal, aunque diversos países sí ofrecieron definiciones concretas sobre el referido término, alguna de ellas muy clara y acertada, como es el caso de Filipinas que propuso la siguiente definición: “*La justicia restaurativa es una vía alternativa de justicia penal que no tiene carácter punitivo sino que procura más bien hacer justicia a delincuentes y víctimas por igual, en vez de inclinar la balanza marcadamente a favor de una de las partes en detrimento de la otra. Busca recomponer las relaciones sociales, que son el objetivo último de la justicia restaurativa, y pretende abordar tanto la acción delictiva como el sufrimiento que de ella se deriva, lo que es también el objetivo de la justicia correctiva*”. El Comité Consultivo Mundial de la Sociedad de Amigos, fundado en 1937, también dio una definición: “*La justicia restaurativa pretende lograr un equilibrio entre los intereses de la víctima y la comunidad y la necesidad de reinsertar al delincuente en la sociedad. Procura ayudar a la recuperación de la víctima y posibilitar la participación fructífera en el proceso de justicia de todas las partes interesadas*”.

lograr resultados restaurativos. Por proceso restaurativo se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias.”

Estamos, pues, ante un tipo de justicia en que se enfatiza la importancia de incrementar el rol de las víctimas y de las comunidades en el proceso de recreación del sistema para que los victimarios se asuman como responsables de sus actos, ofreciéndoles al mismo tiempo la oportunidad de enmendar directamente su conducta ante las personas y la comunidad a quienes violentaron¹³⁰. Lo que no debe confundirse en ningún caso, es el término con el de justicia reparadora, puesto que no es lo mismo¹³¹. Ésta se centra fundamentalmente en la recuperación y reintegración del delincuente, mientras que la restaurativa se dirige no sólo al infractor, sino a la víctima y a la colectividad.

¹³⁰ HIGHTON-ALVÁREZ-GREGORIO: *Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 83.

¹³¹ Justicia restaurativa no es sinónimo de justicia reparadora. La diferencia queda muy claramente plasmada en PALMA CHAZARRA: *La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*, Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2007. La autora en la pág. 612 recoge textualmente: “Puede decirse que la justicia restaurativa tiene tres modelos derivados de sus orígenes: a) el religioso, cuyo objetivo es la búsqueda del perdón y de la reconciliación; b) el social, dirigido al restablecimiento de las relaciones y de la paz en la comunidad; c) el ubicado y utilizado por los sistemas de control social, desde su inicio y en su ejecución, por los órganos judiciales. (...) La justicia restaurativa es una concepción de la justicia manifiestamente distinta a la denominada “justicia reparadora” a pesar de que ambos términos son utilizados indistintamente”.

Uno de los mayores defensores de la justicia restaurativa a nivel internacional es TONY MARSHALL, quien la define como “un proceso a través del cual las partes o personas que se han visto involucradas y/o que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro”¹³².

Para DANIEL VAN NESS, otro de los máximos propagadores de esta corriente, la justicia restauradora implica procesos restauradores y acuerdos restauradores. Respecto del proceso se enfatiza la deliberación de todas las partes que tienen un interés en el conflicto ayudadas por un facilitador. Respecto de los acuerdos se entiende por tales la restitución, el trabajo en beneficio de la víctima, y también todos los que tengan como objetivo la reparación de la víctima y la reintegración del infractor¹³³.

Como vemos, las principales definiciones de justicia restaurativa —probablemente por su origen— las proporcionan autores extranjeros, con especial relevancia los precedentes de los países del Common Law, aunque a nivel europeo y desde el año 2002 sí podemos contar con una definición, establecida en el artículo 2 de la Decisión de 8 de octubre de 2002 del Consejo de Europa que dice: *“A los fines de la presente Decisión, la justicia reparadora será considerada como una visión general del proceso de la justicia penal en la cual las necesidades de la víctima se sitúan en primer lugar y se destaca de modo positivo la responsabilidad del infractor y abarca un cuerpo de ideas relativo a*

¹³² MARSHALL ROSENBERG: *Crime and Justice, a review of research*. University of Chicago Press, Chicago, 1999.

¹³³ VAN NESS: “Proposed basic principles on the use of Restorative Justice: recognising the Aims, and Limits of Restorative Justice” en VON HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K. y SCHIFF, M.: *Restorative Justice and Criminal Justice*. Hart Publishing, Oxford, 2003, pág. 166.

diversas formas de sancionar y de tratar los conflictos en las etapas sucesivas del proceso penal o en conexión con éste”.

Personalmente la definiría como un tipo de justicia que, promueve la reparación del daño causado por el delito a través de diversas soluciones dialogadas entre la víctima y el infractor, desplegando una serie de ventajas para los mismos y para la sociedad, fomentando de este modo la pacificación social.

La justicia restaurativa supone un cambio de acento en la comprensión y aplicación de la justicia criminal convencional. Muy en síntesis, se caracteriza por otorgar mayor protagonismo a las partes en conflicto, la potenciación del diálogo como herramienta, la reparación del daño causado a la víctima¹³⁴, la responsabilización y tratamiento rehabilitador del infractor y la pretensión de involucrar a toda la comunidad en la prevención y tratamiento de los delitos¹³⁵. Subyacen las ideas de acudir a las raíces últimas de los problemas, propiciar respuestas no violentas que procuren la nivelación de eventuales asimetrías y la pacificación la vida social.

Dentro de la justicia restaurativa o restauradora pueden diferenciarse diversos mecanismos o formas de llevarse a cabo, entre las que destacan: las **conferencias de familia y conferencias restaurativas**, en las que –además de víctima y victimario– también participan familiares o personas de apoyo de los infractores y de las

¹³⁴ Ésta tiene un papel primordial en la respuesta del sistema de justicia restaurativa. Con respecto a ellas, el modelo cumple una triple función: sancionadora del agresor, rehabilitadora del mismo y protectora de la víctima (con tareas asistenciales, informativa-participativamente, tuteladora y reparadora). SUBIJANA ZUNZUNEGUI: “Las víctimas en el sistema penal. En especial, la Justicia Restaurativa” en VV.AA., Panorama actual y perspectivas de la victimología, CGPJ, Madrid, 2008, 234-235.

¹³⁵ En todas aquellas faltas y delitos que afectan o pueden afectar a una pluralidad de personas (familia extensa, comunidad de vecinos, compañeros de trabajo, etc.).

víctimas y ocasionalmente también es invitada a participar la policía, los agentes de libertad vigilada o los trabajadores sociales¹³⁶; **los círculos o conferencias comunitarias**, que junto con la víctima y el infractor también están abiertos a la intervención de cualquier persona representativa de la comunidad que tenga un interés en involucrarse en el asunto¹³⁷; las experiencias en el ámbito de justicia municipal, que se llevan a cabo por medio de las **comisiones de vecinos**, que se encargan de solucionar delitos menores generalmente sin víctima, pero que afectan a la calidad de vida comunitaria¹³⁸; **los paneles**, que cuelgan las diversas soluciones que proponen la comunidad y los perjudicados¹³⁹; **las community board**, que implican a la comunidad desde que comienzan los conflictos con el fin de resolverlos en una fase muy temprana, y en todo caso antes de que lleguen a desencadenar comportamientos violentos por algunos de sus miembros, que terminen en un proceso judicial¹⁴⁰, **los tratados de paz o círculos de sentencia**, que constituyen un proceso diseñado para desarrollar consenso entre los diferentes miembros de una comunidad acerca de un plan de sentencia que contemple las inquietudes de todos los

¹³⁶ Estas conferencias del grupo familiar se llevan a cabo fundamentalmente en Nueva Zelanda.

¹³⁷ Recurren a este método principalmente en Canadá.

¹³⁸ KURKI: "Evaluating Restorative Justice Practices" en VON HIRSCH, ROBERTS, BOTTOMS, ROACH y SCHIFF: *Restorative Justice and Criminal Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2003, pág. 294 y ss.

¹³⁹ Esta práctica se lleva a cabo en Inglaterra.

¹⁴⁰ Destaca la experiencia llevada a cabo en San Francisco en la década de los años 70. Como ya expliqué en la nota a pie de página nº 13 en Francia a este tipo de experiencia se le conoce con el nombre de mediación social, mientras que en España recibe el nombre de mediación comunitaria.

interesados¹⁴¹ y por último, **la mediación penal**, a la que nos referiremos detalladamente y a lo largo de esta investigación.

5. La mediación penal como una de las expresiones de la justicia restaurativa

Como ya se ha dicho, uno de los mecanismos de aplicación de la justicia restaurativa lo encontramos en el proceso denominado *mediación penal*. No existe una definición legal en los textos españoles, ni universal sobre el concepto de mediación penal, pero sí existen numerosísimas definiciones que lo describen. Y ya han sido reconocidas en textos legales que la conceptúan como un mecanismo de resolución de conflictos, e invitan a su aplicación¹⁴². Este es el caso de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001¹⁴³

¹⁴¹ PIÑEYROA SIERRA, VALIMAÑA TORRES y MARTÍNEZ DE ALBORNOZ: *El valor de la palabra que nos humaniza. Seis años de justicia restaurativa en Aragón*, Hablamos, Zaragoza, 2011, pág. 29.

¹⁴² Se trata de normativa europea: Recomendación nº R(99)19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la Mediación Penal, estableciendo las líneas maestras sobre mediación en materia penal que deben tener en cuenta todos los Estados miembros; la Decisión Marco (2001/220/JAI) del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, sobre el desarrollo del estatuto de la víctima en el proceso penal, fomentando la implantación de procesos de mediación; la Decisión de 8 de octubre de 2002 y la Directiva europea de 22 de octubre de 2004 reconociendo la mediación como un medio complementario al sistema de justicia. Existen junto a éstas, varias recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa de verdadero interés para esta materia y que merecen ser destacadas, las cuales son: Recomendación nº R(85)11 de 28 de junio de 1985 relativa a la posición de la víctima en el marco del proceso y del derecho penal, recomendando a los gobiernos revisar la legislación y las prácticas procesales, teniendo en cuenta que las decisiones de los órganos jurisdiccionales deben atender fundamentalmente a la reparación del daño sufrido por las víctimas y al esfuerzo realizado con seriedad por el autor del delito en esa reparación y por último la Recomendación nº R(87)21 de 17 de septiembre de 1987 sobre asistencia a las víctimas y prevención de la victimización, fomentando la simplificación de la justicia penal, recomendando a los gobiernos aplicar los principios de discriminación e intervención mínima, simplificación de asuntos menores, y evitación, siempre que así se pueda, de la intervención judicial en primer término, señalando la conveniencia de realizar experiencias locales y nacionales de mediación entre víctimas e infractores.

¹⁴³ Dicho texto lo podemos encontrar en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 22 de marzo de 2001. L 82/4, con número de referencia 2001/220/JAI.

relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal¹⁴⁴, que en su artículo 1, letra e, ofrece una definición cuando dice: *“A efectos de la presente Decisión Marco, se entenderá por: ... “mediación en causas penales: la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente”*. Para a continuación, en su artículo 10 exponer lo siguiente: *“1. Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida. 2. Los Estados miembros velarán porque pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre la víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales”*. Y finalmente exigir en el artículo 17 relativo a la aplicación de esta Decisión Marco que: *“Los Estados Miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en la presente Decisión Marco: en lo que se refiere al artículo 10, a más tardar el 22 de marzo de 2006.”*

Como la mediación se ha estudiado y ejercitado antes de que el legislador la haya regulado, todas las definiciones que existen sobre ella parten, como dice PUY MUÑOZ, de la doctrina¹⁴⁵. Los autores son en muchos de los casos mediadores prácticos que plasmando sus experiencias y métodos se han convertido en maestros de esta materia¹⁴⁶. De las numerosas definiciones con que se ha descrito a la mediación penal cabe destacar las siguientes:

¹⁴⁴ En su Considerando n° 5 se dice: “Es importante concebir y tratar las necesidades de la víctima de forma integrada y articulada, evitando soluciones parciales o incoherentes que puedan acarrear una victimización secundaria”.

¹⁴⁵ PUY MUÑOZ: “La expresión “Mediación Jurídica”. Un análisis tópico” en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 24 y s.

¹⁴⁶ Tal es el caso de: FOLBERG y TAYLOR en 1984, MOORE en 1986, FRANÇOIS SIX en 1990, GROVER, GROSCH y OLCZAL y MARINÉS SUARES en 1996, etc. Estos

Según PÉREZ SANZBERRO “la mediación constituye una forma de intervención en un conflicto, un método, que consiste básicamente en facilitar la comunicación entre las partes enfrentadas que posibilite la adopción de un acuerdo por ellas mismas. La mediación puede, por tanto, representar un instrumento que posibilite la conciliación sobre la base de la reparación del daño, aun cuando no necesariamente tenga que estar dirigida a ésta. El mediador no tiene la capacidad decisoria que tiene un árbitro o un juez”¹⁴⁷.

GORDILLO SANTANA considera que “podríamos entender por mediación un sistema de regulación de conflictos totalmente abierto a diferentes interpretaciones. Lo cierto es que existen múltiples escuelas y teorías sobre lo que se entiende por mediación y en consecuencia, diversas definiciones del concepto. Dar una definición puede ser positivo, pero también puede servir para dejar fuera a los que tienen una visión diferente. No obstante, a pesar de ello, en algo sí existe consenso respecto a cuáles son los elementos esenciales que lo integran: *la existencia de un conflicto, de personas que son parte en el mismo y de una tercera persona que no toma decisiones pero que facilita los acuerdos entre las personas participantes en el conflicto*”¹⁴⁸.

En la tesis defendida por SAN MARTÍN LARRINOA se afirma que “la mediación consistiría en la búsqueda, con la intervención de un tercero,

investigadores prácticos aportan las primeras definiciones sobre lo que es mediación, y no refiriéndose concretamente a la mediación penal. Para los primeros de los autores citados en esta nota a pie de página, considerados como unos de los pioneros en esta materia, “la mediación es un procedimiento que resuelve en un conflicto entre dos con un acuerdo justo y legal, obtenido de un diálogo mantenido de forma voluntaria y moderado por un mediador imparcial y neutral, provisto de autoridad moral y privado de potestad coercitiva” en *Mediation. A comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*. Jossey Bass Inc. Publishers. San Francisco. 1984.

¹⁴⁷ PÉREZ SANZBERRO: *Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999, págs. 21 y 22.

¹⁴⁸ GORDILLO SANTANA: *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, págs. 181 y 182.

de una solución libremente negociada entre las partes de un conflicto nacido de una infracción penal. En este ámbito, la mediación tiende, por lo general, a una conciliación extrajudicial ente el autor de la infracción y la víctima en el marco de un encuentro, a una despenalización y a lograr una reparación libremente consentida por ambas partes”¹⁴⁹.

Para PALMA CHAZARRA, que en su tesis doctoral hace un profundo estudio sobre el concepto de mediación, concluye que es “un sistema estructurado mediante un proceso de intervención técnico en un conflicto, entre al menos dos personas, por el que las mismas, a través de conversaciones dirigidas por un tercero equidistante, sin poder de decisión para imponer soluciones, acuerdan una opción pacífica y satisfactoria para ambas, con proyección hacia su futuro cumplimiento”¹⁵⁰.

En el libro coordinado por SÁEZ RODRÍGUEZ¹⁵¹ sobre mediación penal, y en el que participan varios expertos como autores junto con ésta, se define la mediación penal como “el sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral, con carácter técnico y en posesión de conocimientos y habilidades específicas, independiente de los actores institucionales del proceso penal e imparcial, ayuda a dos o más personas implicados en un delito o falta, en calidad de víctima e infractor –o en ambas posiciones en los supuestos de denuncias

¹⁴⁹ SAN MARTÍN LARRINOA: *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos (del presente francés al futuro español)*. Departamento de justicia, economía, trabajo y seguridad social del Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz, 1997, págs. 31 y 32.

¹⁵⁰ PALMA CHAZARRA: *La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*, Tesis doctoral dirigida por el Dr. Don Borja Mappeli Caffarena. Universidad de Sevilla, 2007, pág. 40.

¹⁵¹ SÁEZ RODRÍGUEZ (Coord) y VVAA: *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*. Centro de Estudios Jurídicos, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 314.

cruzadas—, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre el modo de reparación, tanto material como simbólica”.

Conjugando las diversas definiciones ofrecidas, y considerando personalmente que la definición más completa y clara de todas, es ésta última, ofrecida por SÁEZ RODRÍGUEZ y otros autores en el libro citado, podemos concluir que el punto de partida de la mediación penal supone el reconocimiento por las personas implicadas en un delito de la existencia de un conflicto, la consideración de las causas reales y las consecuencias del mismo, buscando la fórmula más idónea para satisfacer sus intereses y necesidades. Es una apuesta por la vigencia del principio del derecho penal mínimo que coadyuva a la dimensión preventiva especial: la responsabilidad ética del infractor y su reinserción social con la adopción de medidas alternativas a la prisión. Para articular éste diálogo se requiere la intervención de una tercera persona: el mediador. Esta figura —desde los principios de gratuidad, independencia, imparcialidad y respeto exquisito a la voluntad de las partes—, tratará de restablecer o de iniciar, en su caso, los canales de comunicación entre las personas en conflicto, de modo que la víctima pueda conocer las causas de la actuación del infractor y éste, a su vez, tomar conciencia del sufrimiento que ha causado. Se trata de un espacio en el que poder expresar el dolor sufrido para que sea “sonoro” y no “sordo”, siendo éste último el no reconocimiento ni privado ni público del sufrimiento. El criterio de inicio es la búsqueda de la verdad. El punto de partida no es otro que la constatación zubiriana de que «el hombre es un ente que no puede desentenderse de la verdad, sino que la verdad constituye un ingrediente esencial de su propia

realidad humana»¹⁵². No son pocas las ocasiones en que la víctima se siente engañada respecto de los hechos, y los sentimientos más vengativos surgen del desconocimiento de lo realmente ocurrido. El proceso penal no lo favorece porque se incardina hacia la búsqueda de la verdad formal a través de las pruebas más que hacia el conocimiento de lo realmente ocurrido; y obviamente no es lo mismo que la verdad se conforme por el juez que se elabore y construya por la víctima a partir del reconocimiento de los hechos por el infractor. La verdad, por muy dolorosa que sea transforma la percepción del conflicto; permite salir a la víctima de su posición para ponerse, siquiera mínimamente, desde un punto de vista emocional, en el lugar del otro. La verdad no busca la venganza ni, mucho menos, exalta la crueldad. Por el contrario, con la honestidad y la verdad se evita la deshumanización. Jurídicamente no se compensa –bien por desconocimiento o indolencia, pero no por falta de instrumentos legales– al autor de la infracción penal por reconocer los hechos, pero sin duda, y teniendo en cuenta la trascendencia para la víctima, debería incorporarse en el código penal como atenuante, o ser valorada en la determinación de la extensión concreta de la pena a imponer, o en la apreciación de la atenuante de reparación del daño o en la imposición de penas alternativas a la prisión. En definitiva, la mediación posibilita el derecho a la verdad; posibilita el tránsito del odio a la comprensión. De esta manera se facilita a la víctima la respuesta a sus “*porqués*” y le ayuda a superar con mayor facilidad la situación traumática sufrida por la agresión.

Por otro lado, la mediación permite a la persona infractora responsabilizarse de sus propios actos y hacerse cargo del dolor

¹⁵² NICOLÁS: «La teoría zubiriana de la verdad», en NICOLÁS y BARROS: *Balance y perspectivas de la filosofía de X. Zubiri*, Granada, 2004, pág. 139.

causado a la persona de la víctima¹⁵³ y a su vez evita las justificaciones en las que difuminar los perjuicios ocasionados. Se suele pensar que la persona infractora no siente, no padece, no sufre, que carece del sentimiento de culpa. Puede que así sea en ciertas ocasiones, pero no siempre. No son pocas las personas que, incluso cumpliendo condena¹⁵⁴, se encuentran emocional y moralmente con la culpa. El sistema penitenciario no facilita la petición de perdón y no ofrece cauces para la elaboración personal de la propia vida, de la responsabilidad por los propios actos, de la empatía respecto a la víctima.

Estas dificultades ocasionan a la propia persona una serie de sentimientos que en determinados casos extremos les llevan a quitarse la vida¹⁵⁵, otros sobreviven con la culpa como pueden y, otros, la mayoría, la esconden en la violencia para poder sobrevivir. Lo que parece claro es que cuanto más instalado estén la víctima, la opinión pública y el sistema penal en el dolor y la venganza, más dificultades existirán para que el infractor dé pasos hacia la petición de perdón, la responsabilización por el sufrimiento causado y la reparación del daño, y también se compromete en buena medida su pronóstico de rehabilitación en el futuro.

¹⁵³ Pese a que los términos empleados: culpa, “hacerse cargo del daño”, responsabilización por los hechos, puedan parecer que tienen un contenido moralizante, están basados en claves elementales de funcionamiento del ser humano consistentes en la asunción libre y responsable de las consecuencias de los propios hechos a fin de poder reparar, liberarse emocionalmente del sentimiento negativo de la culpa, así como, promover cambios personales y decisiones legales que conlleven un futuro social más satisfactorio. De todas formas, en el penúltimo apartado de esta parte, abordo la problemática relacionada con el contenido moralizante y la mediación.

¹⁵⁴ Al estar cumpliendo condena sienten que están compensando (en algunos casos “con creces”) el daño generado a la víctima y a la sociedad.

¹⁵⁵ Véase a este respecto la tasa de suicidios en las cárceles españolas a través de los informes sobre prisiones que he mencionado en la introducción general de este trabajo de investigación y a través de la página web de la páginas de instituciones penitenciarias.

En suma, la mediación penal posibilita la creación de escenarios públicos y privados que permiten un cambio moral hacia el respeto mutuo y la minimización del sufrimiento humano.

De cuanto antecede, cabe inferir una definición de mediación penal que hago mía: se trata de un proceso voluntario – técnicamente conducido por una tercera persona imparcial y neutral, denominada “mediador”– por virtud del cual el autor de una falta o delito y quien lo ha sufrido o iba a sufrirlo acuerdan –a través del diálogo– el modo de reparar material o simbólicamente el daño causado”.

6. El origen de la mediación penal

La mediación –entendida como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, por medio del cual una o varias personas colaboran con otras para ayudarlas a tomar sus propias decisiones y llegar a un acuerdo que beneficie a las partes enfrentadas– es tan antigua como la humanidad. No es una creación de nuestros tiempos, sino que constituye una adaptación moderna de la gestión y resolución de los conflictos, ya presente en otras culturas¹⁵⁶, y en distintos periodos históricos¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Claro ejemplo de ello es que en China y en Japón, la mediación tiene una larga tradición; en distintos países africanos aún se continúa convocando una asamblea en la que un respetado miembro de la comunidad actuando como mediador facilita a dos más interesados la resolución de su problema de forma colaborativa y sin coacciones; en Estados Unidos los primeros puritanos, los cuáqueros y los colonizadores holandeses utilizaron la mediación, el arbitraje y la conciliación para asegurarse el cumplimiento de los principios morales y las tradiciones de su grupo, acudiendo al sistema legal sólo como último recurso; en Suecia destaca la figura del *ombudsman*, que desde 1809 interviene a favor de los ciudadanos a efectos del control de distintos organismos estatales; en Italia desde 1923 existía la figura del conciliador y el pretor, junto con los tribunales; en Francia en 1973 se creó la figura del mediador de la República; en España el Tribunal de Aguas de Valencia media desde 1239 entre los campesinos para regular el conflicto suscitado por el uso del agua, y la Constitución

En el ámbito penal, determinar con exactitud y precisión el momento en el que la justicia vindicativa da paso a la restaurativa se torna difícil, aunque sí hay unanimidad en la doctrina al afirmar que las primeras experiencias de mediación surgen en el marco de determinados programas desarrollados en Canadá y Estados Unidos en la década de los años 70 del siglo pasado¹⁵⁸. En 1974, la Corte del pequeño pueblo de Kitchener, ubicado en Ontario, Canadá, dictó una sentencia innovadora basada en los principios de la justicia restaurativa, por la que se condenó a dos jóvenes que mediante actos vandálicos causaron daños en veintidós vehículos, consistentes en rotura de parabrisas, espejos retrovisores, faros, etc., a que repararan el

de 1812 imponía obligatoriamente la conciliación, vedando toda actuación judicial sin que conste fehacientemente que se ha intentado el medio de la conciliación, etc.

¹⁵⁷ El pensador y político chino CONFUCIO ya mencionaba en el siglo VI antes de Cristo que “la mejor solución para un conflicto debía lograrse a través de la persuasión moral y en un acuerdo no basado en la coacción”.

¹⁵⁸ Véase al respecto: RÍOS MARTÍN: “La mediación penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal” en *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Estudios de Derecho Judicial 111-2006, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pág. 154; FREIRE PÉREZ: “Reparación y conciliación...”, pág. 2; RÖSSNER, GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y BERISTAIN IPIÑA: *La mediación penal...*, pág. 97; GONZÁLEZ-CAPITEL: *Manual de mediación*, Atelier, Barcelona, 1999, pág. 18; HIGHTON, ÁLVAREZ y GREGORIO: *Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas de víctima-victimario*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 154 y ss; GUILLAMAT RUBIO: “Mediación en conflictos en la jurisdicción penal ordinaria” en *Apuntes de psicología*, Revista cuatrimestral de psicología, Universidad de Sevilla y Colegio Oficial de Psicólogos de Andalucía Occidental, 2000, vol. 18, números 2 y 3, pág. 400; CARRASCO ANDRINO: “La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación” en *La mediación delincuente-víctima en USA*, Jueces para la Democracia, núm. 34, revista de marzo, 1999, pág. 75. En Francia, el Reglamento de las asambleas de la Señora de la Moignon data de 1671; en él se alude a las asambleas que, en París, tenían a su cargo “la pacificación de los altercados”, así como a la Asamblea General del Clero, que orientaba a todos los obispos del Reino para “laborar en la mediación de todos los pleitos y querellas” (citado por L.Houlsman en “Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa”). En España, a mediados del siglo XVI y con el fin de reducir el número de causas pendientes, las Cortes castellanas solicitaron el establecimiento, en cada ciudad, de “conciliadores” cuyo trabajo sería “convenir y concertar a cualesquier personas de cualquier calidad que sean que en tal pueblo tuvieron pleitos y diferencias”. L.Kagan, “Pleitos y pleiteantes en Castilla (1500-1700)”.

daño ocasionado las víctimas, pudiendo así resarcirlas¹⁵⁹. Esta idea fue recomendada por el oficial asignado de la *probation*, es decir, de la libertad condicional, voluntario perteneciente a la comunidad menonita¹⁶⁰. En dicha sentencia condenatoria se imponía a los jóvenes la obligación de que el plazo de un mes acudiesen a las casas de las 22 víctimas con el fin de determinar la cuantía de los daños. Fijada la cuantía se les concedió el plazo de 3 meses para llevar a cabo la restitución, y al vencimiento de ese plazo ya habían cumplido con el cometido¹⁶¹. El resultado positivo de esta experiencia informal sentó las bases para iniciar el primer programa de Reconciliación entre víctima y ofensores en ese mismo lugar, que fue puesto en práctica por la comunidad de los “menonitas”¹⁶². Más tarde, en 1977¹⁶³ se inició un

¹⁵⁹ HIGHTON, ÁLVAREZ y GREGORIO: *Resolución alternativa de conflictos...*, pág. 154 y s.

¹⁶⁰ Los menonitas constituyen una comunidad religiosa que propugna ideales pacifistas enmarcados dentro de la no violencia. En la actualidad viven en países de América, África, Asia, Australia y Europa. Hablan decenas de idiomas y alcanzan la cifra de 1.100.000 las personas que la componen. El nombre de su comunidad proviene de un apodo dado por sus perseguidores por el nombre de Menno Simons, un líder del siglo XVI. Ellos mismos preferían darse a conocer como “Taufgesinnte”, lo que significa “los que son bautizados en base a su confesión de fe”. Este movimiento tuvo su origen en el siglo XVI, dentro de la Reforma Protestante. Un pequeño grupo de creyentes jóvenes manifestaron que las reformas de Lutero y Zwinglio no eran suficientemente profundas, distanciándose mucho de los ideales bíblicos. Con la intención de volver al cristianismo del Nuevo Testamento se bautizaron unos a otros, previa confesión de su fe en Jesucristo. Esto sucedió en Zurich, Suiza, en enero de 1525. Conrad Grebel era el líder del grupo. Fervorosos en su fe, comenzaron a evangelizar. El movimiento se extendió rápidamente siguiendo el río Rhin hacia Alemania y los Países Bajos. Las iglesias oficiales se opusieron inmediatamente comenzando su persecución, denominándoles “anabaptistas” o “anabautistas” que significa “rebautizados”. En poco tiempo muchos líderes menonitas encontraron la muerte como mártires, sin embargo, a pesar de esta persecución el movimiento creció ganando para la fe mayormente a sus propios descendientes. Hoy en día constituye una de las iglesias evangélicas con más fuerza y antigüedad. Esta información ha sido obtenida de <http://www.menonitas.org>.

¹⁶¹ CARRASCO ANDRINO: “La mediación del delincuente-víctima...”, pág. 75. Discrepa del resto de autores respecto al número de víctimas, que en lugar de 22, dice que fueron 21.

¹⁶² RÍOS MARTÍN: “La mediación penal: acercamiento...”, pág. 155.

¹⁶³ Otros autores dan otros datos: RÖSSNER, GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y BERISTAIN IPIÑA: *La mediación penal...*, pág. 79,

programa similar en Indiana por parte de los agentes de la libertad condicional con el modelo de Ontario, que dos años más tarde se consolidó. En la creación de estos programas incidieron varios factores: el cuestionamiento de la legitimidad, y hasta de la propia necesidad y existencia del derecho penal desde las corrientes abolicionistas; la creciente importancia de la víctima y de la reparación de los efectos del delito; el tratamiento no estigmatizante del infractor-delincuente, y las posibles alternativas a la prisión. Estos programas se enmarcaron en lo que se denominó VORP¹⁶⁴ o programas de reconciliación cuya característica definitoria residía en su finalidad: la reconstrucción de las relaciones interpersonales con prioridad respecto de la también buscada rehabilitación del delincuente. El origen de los VORP no está, pues, vinculado a la búsqueda de una alternativa a la pena privativa de libertad sino al propio sistema penal¹⁶⁵.

En Europa, el país pionero fue Gran Bretaña, aunque no se puede determinar con exactitud la fecha de su nacimiento. La mayor parte de

señalando que: “Los movimientos de diversión han sido muy importantes en Estados Unidos y Canadá, especialmente, de los jóvenes. El primer programa de este tipo se estableció en 1972 en Minnesota”.

¹⁶⁴ Estas siglas literalmente significan *victim-offender reconciliation program*. Existe otro tipo de mediación penal entre víctima y delincuente recogido en las siglas VOM que significa *victim-offender mediation*, que a diferencia de los anteriores programas, se encuadran dentro del modelo social de resolución de disputas asociados generalmente a centros de justicia vecinal (*neighborhood justice*). El primer programa de esta clase tuvo lugar en Columbus, Ohio, en 1969. Debido a la gran cantidad de causas pendientes, la fiscalía decidió establecer un forum para someter a mediación los delitos leves, que debido al gran volumen de casos no podían ser adecuadamente tratados. El éxito de este programa propició que en 1977 el Departamento de Justicia de EEUU crease otros centros de justicia vecinal en Atlanta, Kansas City y Los Ángeles. La diferencia con los programas de reconciliación estriba en la motivación de unos y otros; en los primeros existen determinados ideales religiosos, mientras que en los segundos se busca agilizar y mejorar el funcionamiento de la administración de justicia. Estos datos provienen de BAKKER, M.W: *Repairing the breach and reconciling the discordant: mediation in the criminal justice system*, North Carolina Law Review, n° 72, septiembre, 1994, págs. 1483 y s.

¹⁶⁵ CARRASCO ANDRINO: “La mediación del delincuente-víctima...”, pág. 75.

los autores¹⁶⁶ la fija en 1977 cuando se iniciaron varios programas de mediación dirigidos a jóvenes y a adultos que se habían visto envueltos en disputas violentas en el ámbito escolar los primeros, y en el vecinal, los segundos, con el objetivo primordial de paliar las consecuencias negativas derivadas de la judicialización de los conflictos, siendo denominadas “neighborhood justice”. HIGHTON, ÁLVAREZ y GREGORIO en referencia a las primeras experiencias de la Mediación en Gran Bretaña datan la mediación en la década de los años 70, aunque no exactamente en la fecha referida de 1977, y que aportan otros datos¹⁶⁷. Los primeros programas conectados con tribunales se introdujeron en 1985, siendo en 1987 incorporados a la jurisdicción penal de adultos. En la actualidad los programas de mediación existentes se pueden aplicar antes, durante y después del proceso penal durante la fase de libertad condicional en que se encuentran los condenados. En estos casos, los denominados “Probation Services” tienen el deber de contactar con las víctimas y comunicarse con ellas para conocer su parecer sobre la posible libertad condicional de su agresor, a fin de que posteriormente informen en la vista presencial sobre este extremo. Solamente cabe en casos de personas condenadas

¹⁶⁶ RÍOS MARTÍN: “La mediación penal: acercamiento...”, pág. 154; GONZÁLEZ-CAPITEL: *Manual de mediación...*, pág. 18; GUILLAMAT RUBIO: “Mediación en conflictos...”, pág. 401., entre otros. De este dato discrepan RÖSSNER, GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y BERISTAIN IPIÑA: *La mediación penal...*, pág. 79, cuando señalan que “en los países europeos existen planes de mediación a partir de los años 80”.

¹⁶⁷ HIGHTON, ÁLVAREZ y GREGORIO: *Resolución alternativa de conflictos...*, pág. 160 y s. Desde 1972 existen los Community Service Orders que constituyen la primera experiencia europea de medidas de trabajo de interés general. También existen posibilidades de reparación dentro del ámbito de la justicia juvenil, que se añaden a otros tipos de medidas como la “supervisión order” constitutiva de sanción penal independiente. El primer programa sobre víctimas y victimarios se puso en práctica en la ciudad de Exeter, Inglaterra en 1979, con el fin de evitar la acusación penal de los jóvenes ofensores operando a través de la cooperación.

por delitos graves¹⁶⁸, tratándose en consecuencia de una mediación indirecta en la que víctima e infractor no se encuentran cara a cara¹⁶⁹.

En el resto de Europa, las experiencias pioneras en mediación penal surgen en torno a 1985 en Holanda, Alemania¹⁷⁰ y Austria. En este último país se aplica tanto en el ámbito de adultos como en el de jóvenes, desde 1992 y 1980, respectivamente, habiéndose aprobado la ley en 1999 por Parlamento austriaco. En Bélgica las experiencias iniciales se realizan en el año 1991; la Ley de Mediación Penal data de 1994 y es aplicable a delitos con penas inferiores a dos años de prisión. En Alemania las primeras experiencias de mediación recibieron la denominación de “Programas de conciliación víctima-autor (Täter-Opfer-Ausgleich), con características similares a los “Victim Offender Reconciliation Programs” norteamericanos. El origen de estos programas se encuentra en la preocupación por la víctima y la reparación del daño, buscando nuevas alternativas constructivas de cara al infractor.

En Francia los primeros programas de mediación penal se realizaron a principios de 1980, iniciados por las Fiscalías de Valence y Grenoble con la participación de oficinas de atención a las víctimas. Posteriormente se creó el Instituto Nacional de Ayuda a las Víctimas y de Mediación (Inavem) que agrupa la mayor parte de asociaciones de asistencia a la víctima y fomenta el desarrollo de la mediación, la formación de mediadores y la creación y aplicación de un código deontológico para los mismos. El primer reconocimiento legal a la

¹⁶⁸ GUILLAMAT RUBIO: “Mediación en conflictos...”, pág. 401.

¹⁶⁹ Esto sucede en lugares como Coventry y Leeds en donde tras una década de experiencia han evolucionado a este sistema de mediación indirecta en delitos graves.

¹⁷⁰ Sobre la implantación de los proyectos de conciliación autor-víctima en la República Federal Alemana, hay que referirse a la obra de PÉREZ SANZBERRO: *Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999, págs. 60 a 87.

aplicación de la mediación penal data de 1993. En la actualidad existen asociaciones de carácter comunitario que llevan a cabo la mediación penal, denominadas “Boutique de Droit” que trabajan acercando la justicia a los barrios.

En todos estos proyectos europeos la mediación se ha venido articulando mediante dos vías, dependiendo del momento procesal en que se aborda: durante la fase instructora, el Ministerio Fiscal, con base en el principio de oportunidad, se abstiene de instar la continuación del procedimiento, decisión que, por el principio acusatorio, vincula al Juez; o en fase decisoria, la sentencia contempla una atenuación de la pena que hará factible la suspensión de su ejecución o la obtención de la libertad condicional.

En España, la mediación penal se introdujo a finales de los años noventa en diversas comunidades autónomas y desde diferentes organismos¹⁷¹, aunque de todas esas experiencias pioneras cabe destacar principalmente las llevadas a cabo en Cataluña y en Madrid, por el alcance que han tenido, los efectos que han desplegado y su permanencia.

En Cataluña, en 1998, se desarrolló una experiencia a través del “Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya”, concretamente desde la “Secretaria de Serveis Penitenciaris Rehabilitació i Justicia Juvenil”¹⁷². Esa experiencia, pionera dentro del Estado fue tan positiva que dio lugar a la aprobación del Decreto 284/2002 de 19 de noviembre, de estructuración y reestructuración

¹⁷¹ Desde las Oficinas de Atención a la víctima y desde algunos institutos de criminología.

¹⁷² Los procesos de mediación penal fueron gestionados por ACDMA –Asociación para el desarrollo de la mediación y el arbitraje– desde el año 1998 hasta el 2004, en que ganó el concurso de gestión de dicho programa la ABD –Asociación de Bienestar y Desenvolupament– quien continúa en la actualidad.

parcial de varios departamentos de la Generalitat, estableciendo que corresponde al Server de Mesures penals Alternatives el desarrollo del Programa, contribuyendo así a su consolidación¹⁷³.

En Madrid, la Asociación APOYO¹⁷⁴ introdujo la mediación penal comunitaria en el proceso de adultos a través de una experiencia que se viene desarrollando desde el año 1999, y que en la actualidad continúa funcionando con éxito¹⁷⁵. Es denominada mediación penal comunitaria porque se trabaja a nivel de “barrio” con personas que tienen problemas de toxicomanía, siendo éste el elemento desencadenante del delito, con procesos penales pendientes. El proceso de mediación penal se lleva a cabo desde la sede de la asociación, y es el propio denunciado o acusado o la persona víctima, quienes siendo del barrio o la comunidad, solicitan que se lleve a cabo el proceso de mediación.

Pero es a partir del año 2005, en Madrid, cuando comienzan las primeras experiencias pilotos en mediación penal en las que se implican las instituciones judiciales a nivel estatal, siendo apoyadas por el Servicio de Planificación y Análisis del Consejo General del Poder Judicial y las respectivas Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia de las diferentes Comunidades Autónomas¹⁷⁶. La experiencia de Madrid se llevó a cabo con la participación de la Asociación de

¹⁷³ Revista Española de Investigación Criminológica. REIC AC-03-05. <http://www.criminologia.net>

¹⁷⁴ Asociación creada en 1984. Trabaja en el barrio de Moratalaz con personas que tienen problemas con las drogas, que padecen el SIDA y que tienen o han tenido problemas con la cárcel.

¹⁷⁵ Véase a este respecto la obra colectiva *Mediación penal y penitenciaria. 10 años de camino*, Fundación Ágape, Madrid, 2010.

¹⁷⁶ En esta misma línea han surgido destacadas iniciativas orientadas al fomento y desarrollo de las resoluciones alternativas de conflictos (ADR: alternative dispute resolution), como el Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación de España, identificado bajo las siglas GEMME ESPAÑA y que tiene como objetivo primordial generar entre los operadores jurídicos la cultura de la mediación.

Mediación para la Pacificación de Conflictos de Madrid¹⁷⁷ y se inició en el Juzgado de lo Penal nº 20¹⁷⁸, es decir en la fase de enjuiciamiento, incorporándose después otros órganos¹⁷⁹. A partir de tales experiencias, la mediación en el derecho penal de adultos (dentro de la experiencia llevada a cabo por el servicio de planificación y análisis del CGPJ y las diferentes Fiscalías) se ha ido extendiendo por diferentes lugares del territorio nacional como País Vasco, Navarra¹⁸⁰, Aragón¹⁸¹, Andalucía¹⁸², Valladolid, Palencia, Burgos y Alicante¹⁸³ en algunos de sus órganos en la jurisdicción penal¹⁸⁴.

¹⁷⁷ Dicha experiencia queda recogida y plasmada en la obra de RÍOS MARTÍN, PASCUAL RODRÍGUEZ, BIBIANO GUILLÉN y SEGOVIA BERNABÉ: *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2008.

¹⁷⁸ Esta experiencia ha quedado recogida en diversos textos, entre los cuales, merece la pena destacar el del Magistrado SÁEZ VALCÁRCEL, titular del Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid en el momento en que se desarrolló la experiencia, expresiva de sus reflexiones en: “La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia” dentro del libro *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*. Estudios de Derecho Judicial 111-2006, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 35 a 86.

¹⁷⁹ Concretamente los Juzgados de Instrucción nº 32 y nº 3, el Juzgado de Ejecuciones Penales nº 4, el Juzgado de lo Penal nº 6 y la Sección 17ª de la Audiencia Provincial, todos ellos de Madrid.

¹⁸⁰ A través de ANAME –Asociación Navarra de Mediación-.

¹⁸¹ La lleva a cabo la Asociación ¿Hablamos?, Asociación para la mediación penal, penitenciaria y comunitaria de Aragón, que comenzó su andadura en abril del año 2005. Su objetivo fundamental era el establecimiento de un Servicio de Mediación Penal en Zaragoza, así como un claro objetivo de sensibilización a la sociedad, en sus diferentes expresiones, sobre la necesidad de fórmulas alternativas en la resolución del conflicto que todo delito supone, aunque en la actualidad, en su asamblea de 2010 se aprobaron los nuevos estatutos en los que se establece como objeto social de la Asociación “promover la justicia restaurativa...”. Sobre la creación, evolución y trabajo de Hablamos, remitirse a la obra colectiva de PIÑEYROA SIERRA, VALIMAÑA TORRES y MARTÍNEZ DE ALBORNOZ: *El valor de la palabra que nos humaniza. Seis años de justicia restaurativa en Aragón*, Hablamos, Zaragoza, 2011.

¹⁸² Se lleva a cabo en: Sevilla a través de la Asociación de Mediación para la pacificación de conflictos de Sevilla; Jaén a través de la asociación de mediadores “Solucionar Jaén”; Córdoba a través de la asociación “Proderechos Humanos de Andalucía” y en Huelva.

¹⁸³ Comenzó la experiencia piloto con la cobertura del CGPJ, el Juzgado de lo Penal nº 2 de Alicante a mediados de octubre del año 2007. Sobre esta experiencia

Hoy en día continúa su expansión a través de experiencias que van por delante de la legislación¹⁸⁵.

En España, las únicas administraciones públicas que se han implicado en crear y gestionar la mediación penal hasta la fecha, son la vasca¹⁸⁶ y la catalana¹⁸⁷.

véase la monografía de MAGRO, HERNÁNDEZ y CUÉLLAR: *Mediación penal. Una visión práctica desde dentro hacia fuera*, ECU, Alicante, 2011, pág. 79 y ss.

¹⁸⁴ A este respecto remitirse al Estudio realizado a cargo del Servicio de Planificación y Análisis del Consejo General del Poder Judicial, titulado “Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)” disponible en la página web www.poderjudicial.es

¹⁸⁵ De los asuntos derivados a mediación RODRIGUEZ SAEZ: Informe de situación; investigación elaborada a petición del CGPJ, 2010. www.cgpj.es

En Cataluña, la tendencia es al descenso, de un 58% a un 46%, en los porcentajes de viabilidad de 2008 a 2009¹⁸⁵. Del número de asuntos inviables, el 38% se atribuyó a incidentes relacionados con la víctima y el 18%, al imputado (porcentaje éste que ascendió en 2009 al 25%).

En Euskadi, en 2008, los asuntos que se cerraron sin realizar mediación representaron el 33%, y en 2009 no llegó al 30%. Los motivos imputables a la víctima (por no ser localizada o no desear iniciar el proceso) son siempre inferiores porcentualmente a los que se refieren al imputado: en ambos años se cifran en el 39 y el 51%, respectivamente.

En el informe sobre los programas-piloto, de los asuntos derivados a mediación no pudieron ser iniciados el 40%. Entre las causas destacaron la imposibilidad de localizar a la víctima (9%) o al infractor (22%), o no desearlo la víctima (33%) o el infractor (28%).

Tanto en el documento del CGPJ respecto del primer semestre de 2009, como en la Memoria de Cataluña respecto de 2008 y 2009, el porcentaje de los asuntos cerrados con acuerdo ronda el 80%; en el caso de Euskadi, superó en ambos años el 83%.

En el informe de los programas-piloto, de las mediaciones que pudieron iniciarse, el porcentaje de acuerdos llegó al 71%, alcanzándose el mayor número de ellos en las causas por delito (50%); las faltas representaron el 43%.

Un dato que sólo se ha recogido en Euskadi, en la Memoria de 2009, que estimamos de interés reseñar hace referencia a los motivos que impidieron el acuerdo en las mediaciones iniciadas. Los más relevantes porcentualmente son: el desacuerdo en la prestación económica (19%); en la versión de los hechos (15%); por la cronificación del conflicto (13%) y por no moverse las partes de sus posiciones iniciales (11%).

¹⁸⁶ En julio del 2007 se creó en Euskadi el primer Servicio de Mediación Penal dependiente de la Dirección de Ejecución Penal, en el marco de la experiencia que estaba siendo coordinada por el Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad

Como podemos concluir, en nuestro país la mediación penal en la jurisdicción de adultos se ha introducido a través de las experiencias prácticas referidas y que van en aumento¹⁸⁸, sin contar con una legislación específica que la regule.

7. Los posibles reproches a la mediación penal que afectan a su concepción

La aplicación de la mediación penal genera cuestiones jurídicas y de política criminal controvertidas a las que pretendo dar respuesta a lo largo de este trabajo de investigación. Así, por ejemplo, los criterios de selección del tipo delictivo para ser sometidos a mediación, el incumplimiento de los acuerdos de reparación, el poder de decisión del mediador, los límites a su aplicación cuando puede suponer la merma

Judicial del Consejo General del Poder Judicial. La gestión del Servicio de Mediación Penal en Barakaldo se convenió en julio de 2007 con el *Centro Universitario de Transformación de Conflictos GEUZ* (www.geuz.es). La puesta en marcha del Servicio de Mediación Penal en Vitoria-Gasteiz, dependiente también de la Dirección de Ejecución Penal, se inició unos meses después del mismo modo. El Servicio en Vitoria-Gasteiz fue conveniado con el *Instituto de Reintegración Social de Álava* (www.irsealava.org), que ya había llevado a cabo una experiencia en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Vitoria-Gasteiz desde 1998 al 2000. Así mismo, durante el 2007, se comenzó una experiencia en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Bilbao, realizando las labores mediadoras Gizabidea-Pastoral Penitenciaria. En octubre de 2008 se pusieron en marcha dos nuevos Servicios de Mediación Penal en Bilbao y en Donostia-San Sebastián. El primero, gestionado mediante convenio de colaboración con el *Centro Universitario de Transformación de Conflictos GEUZ*, y el segundo, mediante convenio de colaboración por la *Asociación Navarra de Mediación (ANAME)*. Los Servicios de Mediación Penal se han encuadrado entre los Servicios de Cooperación con la Justicia dependientes de la Dirección de ejecución penal —junto al Servicio de Asistencia a la Víctima, el Servicio de Asistencia al Detenido y el Servicio de Asistencia a la Reinserción (www.justizia.net). Recientemente se han transformado en Servicios de Mediación Intrajudicial, con ámbito territorial que alcanza a todos los partidos judiciales de la comunidad autónoma y con vocación de ir extendiendo su acción a otros órdenes jurisdiccionales.

¹⁸⁷ En Cataluña, la Generalitat a través del Departamento de Justicia y de la Secretaría de Servicios para la reinserción y los servicios penitenciarios, ofrece el programa de mediación y reparación penal que puede consultarse a través de la página web www.gencat.cat

¹⁸⁸ Tal es el aumento creciente y silencioso, que quizás en la fecha de la lectura de esta tesis haya más experiencias a las que no haya hecho referencia por desconocimiento.

de algún derecho –como es el caso de los extranjeros que se encuentran en situación irregular en España– y un largo etcétera. Pero, junto a esos concretos problemas de carácter sustantivo o procesal que se presentan en su aplicación, se han planteado por algunos autores diversos reproches político-criminales que implican una oposición de principio a la mediación en asuntos penales, los cuales se sintetizan en:

a) La privatización del derecho penal

Una de las objeciones que se alza frente a la implantación de la mediación penal atribuye a esta institución una mácula de privatización de la función jurisdiccional por su carácter alternativo al proceso penal tradicional, en cuanto que puede suponer una especie de privatización de la respuesta al delito y de la pretensión punitiva, que pertenece en exclusiva a la titularidad del Estado.

Sin embargo, la mediación penal en ningún caso puede asimilarse a la privatización del derecho penal. Como hemos visto en la evolución histórica del derecho penal desarrollada anteriormente, costó mucho tiempo y esfuerzo que el “ius puniendi”, primero en manos de la víctima y de su familia, y posteriormente del monarca absoluto, fuese monopolizado por un Estado democrático y respetuoso con los principios y garantías establecidos en una norma suprema. En efecto, la evolución del derecho penal en los países de nuestra cultura jurídica, e incluso en la mayoría de las sociedades, ha llevado a que el Estado se atribuya el monopolio del “ius puniendi”, reconociendo en su ejercicio garantías, tanto para la persona infractora, como para la persona víctima¹⁸⁹, y en ese devenir histórico se produce, consiguientemente un reforzamiento del control social formal, lo cual es indiscutiblemente

¹⁸⁹ MARTÍNEZ ESCAMILLA: “Justicia reparadora, mediación y sistema penal: diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?” en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Tomo I, Madrid, 2008, pág. 473.

positivo cuando a su vez el Estado es controlado democráticamente. La racionalización y desapasionamiento del castigo, que se aparta así de la venganza originaria, constituye a todas luces una evolución positiva¹⁹⁰. Pero eso no debe suponer un obstáculo para buscar nuevas herramientas en el ámbito del derecho penal que lo mejoren, porque también se ha constatado a través de su evolución histórica que el derecho penal ha orillado a la víctima, alejándola o excluyéndola casi totalmente del sistema penal (pasando del protagonismo al olvido). Por ello, si evolucionar significa avanzar, todas las nuevas herramientas que se incorporen al sistema penal actual no deben nunca suponer un paso atrás, mermando derechos que tanto ha costado consolidar. La mediación penal en ningún caso trata de arrebatar el ejercicio del “ius puniendi” al Estado para devolvérselo íntegramente a las víctimas. Simplemente, propicia que las partes tengan su espacio propio —como personas— dentro del sistema penal. Y esto no significa privatizar el derecho penal. El proceso de mediación penal no se desarrolla al margen del proceso, sino que nace de él y vuelve a él para dar forma y respuesta jurídica a esos acuerdos a los que llegan las partes tras dialogar sobre sus necesidades y posibilidades de reparación. Por tanto, la mediación penal no persigue entre sus fines la abolición del derecho penal¹⁹¹. Personalmente comparto la opinión de MARTÍNEZ ESCAMILLA, cuando afirma que el modelo abolicionista no está en condiciones de suplir satisfactoriamente las garantías que nos ofrece el

¹⁹⁰ VIDOSA y DE JORGE MESAS: “Mediación. 1ª experiencia de adultos en España” en *Revista del Poder Judicial*, n° 40, 1995, pág. 309 y s.

¹⁹¹ Aunque personalmente considero que en la actualidad hay un exceso de intervencionismo y de tipos penales que no deberían haber llegado al Código Penal. Pero eso es otro tema. No abogo por la abolición del derecho penal sino por un uso mínimo del mismo.

actual sistema penal¹⁹². Siendo cierto que hoy en día se abusa del derecho penal y que está invadiendo esferas en las que no debería haber entrado, generando efectos que distorsionan el sistema y entorpecen su funcionamiento, la mediación podría disminuir esos indeseados efectos¹⁹³. Así, el sometimiento al proceso de mediación –si se trata de juicios de faltas– puede desembocar en archivos y sobreseimientos libres o en sentencias absolutorias, y en el caso de delitos, la sentencia condenatoria que se dicte, será fruto de una negociación y un acuerdo satisfactorio para todas las partes procesales, que en ningún caso deberá confundirse con el instituto de la conformidad que hoy en día existe y del que a mi juicio se abusa en detrimento de las garantías de los intereses de los acusados.

El derecho penal y la mediación intraprocesal o intrajudicial¹⁹⁴ no se excluyen mutuamente sino que se complementan, ofreciendo así a los justiciables un modelo de justicia más cercana, más dialogada y más humana. Estos valores no sólo compatibles sino incorporados a la Constitución en el marco de nuestro Estado social y democrático de Derecho. No sólo factores jurídicos y sociales están en la base de los intentos por introducir en el ordenamiento jurídico español los

¹⁹² MARTÍNEZ ESCAMILLA: “Justicia reparadora, mediación y sistema penal: diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?” en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Tomo I, Madrid, 2008, pág. 473.

¹⁹³ Comparto la misma visión que ofrece GIMÉNEZ SALINAS cuando dice: “...hoy en España...la justicia necesita nuevos caminos. Ello no significa abandonar el camino del derecho penal, el principio de legalidad, o el de las garantías. Significa simplemente reconocer que, al menos en España, la justicia no pasa solamente por poner más jueces o hacer más leyes” en *La conciliación víctima-delincuente como alternativa a la justicia penal*, Papers d’estudis i formació, nº 8, Generalitat de Catalunya, Barcelona, Marzo, 1992, pág. 89.

¹⁹⁴ La mediación intraprocesal o también denominada intrajudicial, se da cuando el conflicto ya está dentro del sistema de justicia y por tanto ya ha sido judicializado. Personalmente me inclino más por la primera de las denominaciones, puesto que es más clara reflejando que la mediación se lleva a cabo dentro del proceso penal. Sin embargo, la segunda de las acepciones puede inducir al error al pensar que se lleva a cabo por los jueces o necesariamente dentro de los juzgados.

mecanismos de justicia restaurativa, sino que además también existen factores políticos¹⁹⁵. Nuestra propia Constitución Española alude en varios de sus preceptos a algunos de los fines que busca la justicia restaurativa, como por ejemplo, la participación ciudadana y la pacificación social¹⁹⁶.

La mediación penal, como mecanismo estimulador del diálogo tiene precisamente cabida en estados democráticos, en contraposición con los estados totalitarios, por ello, nuestro modelo de estado, comulga directamente con los fines que promueve la mediación. La mediación que aquí se propone nace en el propio proceso penal y se inserta en él, cualquiera que sea el procedimiento y cualquiera que sea la fase procesal en que se encuentre. Por tanto, el “ius puniendi” lo ejercita el propio Estado a través de la Administración de justicia, pero permitiendo que en ese ejercicio participen los protagonistas del conflicto, cumpliendo por medio de la justicia restaurativa con dos de sus fines: atender a la víctima y a la colectividad.

Además, apoyando este argumento que estoy defendiendo, debemos remitirnos a uno de los derechos fundamentales que nuestra Constitución recoge en el apartado 1 del artículo 24: el derecho de todos a obtener la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, a continuación se formulan los principios del sistema de administración

¹⁹⁵ LARRAURI PIJOÁN: “Tendencias actuales de la justicia restauradora” en PÉREZ ALVÁREZ, *Serta in memoriam Alexandra Baratta*, Salamanca, 2004, pág. 461 y s.

¹⁹⁶ Estos dos conceptos que trata de garantizar nuestra norma suprema están recogidos en dos de sus artículos, concretamente en el artículo 9.2 CE: *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la **participación de todos los ciudadanos** en la vida política, económica, cultural y social.* Y en el artículo 10: *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la **paz social**.*

de justicia cuya estructuración corresponde al poder político. El derecho a la tutela judicial efectiva surge como consecuencia de la prohibición de la tutela privada y aparece vinculado en el precepto constitucional que lo reconoce a la interdicción de la indefensión. La tutela efectiva debe obtenerse dentro de un proceso en el que se respeten todas las garantías. Así se constituye la función jurisdiccional como una de las potestades del Estado, caracterizando la tutela efectiva como un derecho prestacional que demanda de los poderes públicos el establecimiento y mantenimiento de los necesarios servicios para dotar de eficacia al derecho fundamental. Sin amparo de derechos, libertades e intereses legítimos el estado cedería el monopolio de la fuerza y permitiría de manera genérica la composición privada, incluso en el ámbito del conflicto que denominamos penal. Por tanto, se puede afirmar que la mediación es una forma de obtener el derecho a la tutela judicial efectiva. Si como ya sabemos, uno de los requisitos para la prestación de la tutela judicial efectiva es el de la organización de una estructura y un aparato judicial, el sistema de mediación que en este trabajo se analiza y propone, y que se está practicando en muchos órganos jurisdiccionales de España, no es un método alternativo de resolución de conflictos¹⁹⁷ sino un mecanismo que se inserta dentro del sistema de Administración de Justicia y se configura en todo caso, como un instrumento auxiliar y complementario de la misma al servicio de la eficacia del proceso. Además debemos tener en cuenta que la mediación está funcionando en ámbitos del derecho de especial interés público, como es el derecho de familia y el derecho penal, en adultos y en menores. No se trata, pues, de que la mediación sustituya a los Tribunales de Justicia en la resolución del conflicto ni de desplazar la tutela efectiva, un derecho fundamental, sino de utilizar una

¹⁹⁷ Esa institución recibe el nombre de “Alternative dispute resolution”, conocida coloquial y mundialmente bajo el acrónimo ADR.

metodología distinta para la resolución de los mismos y que no es incompatible con el control de legalidad del Juez.

Para continuar dialogando con las voces críticas, es importante destacar que una cosa es el fenómeno de la desjudicialización de ciertos sectores del derecho privado con mecanismos de arbitraje¹⁹⁸ y conciliación¹⁹⁹, que se insertan en el contexto de la crisis del estado social y de la justicia, que afectaría esencialmente a sectores del intercambio y la contratación mercantil, y otra bien distinta la mediación entre personas infractoras y personas víctimas en el espacio del conflicto criminal. Si bien es verdad que la mediación emergió en Estados Unidos desde lugares alternativos a la justicia oficial, a través de diferentes movimientos en los años 70 con el objetivo de desinstitucionalizar la justicia, la psiquiatría y el sistema penal y penitenciario, también es cierto que la trayectoria de la mediación en Europa, más tardía, es muy diferente y responde a otras inquietudes y requerimientos.

La mediación penal, en cuanto que se trata de una mediación con objetivos reparadores, constituye una forma de intervención en el tratamiento del delito y del daño causado por la acción, diferente al

¹⁹⁸ El arbitraje es una negociación entre los disputantes en presencia de una tercera parte que tiene poder para decidir, si los negociadores no llegan a un acuerdo y estos aceptan previamente someterse al juicio del árbitro. Esto significa que las condiciones de aplicación del arbitraje las fija la ley. Es un método rápido y barato, pero las partes no tienen el control sobre el proceso una vez que ha comenzado. La diferencia entre este proceso y la mediación radica en que el árbitro tiene poder para imponer soluciones y el mediador no. Concepto extraído de BERNAL SAMPER: *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2002, pág. 83.

¹⁹⁹ La conciliación es una negociación en presencia del conciliador que se encarga de reunir a las partes y proponerles llegar a un acuerdo. La diferencia con la mediación es que el mediador diseña el proceso, enseña habilidades a las partes y ayuda en la toma del acuerdo a las partes para que sean éstas quienes generen las posibles alternativas, mientras que el conciliador desempeña un papel pasivo. BERNAL SAMPER: *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2002, pág. 83.

método tradicional, pero en todo caso, complementario, puesto que coadyuda a la consecución de algunos de los fines del proceso penal, declarados por el ordenamiento jurídico, que claramente no logra satisfacer²⁰⁰.

Todo esto significa que la mediación se inserta en el proceso debido con todas las garantías, bajo el control del juez, sin introducir elementos de privatización, por ello debe ser un proceso en todo caso gratuito, porque así lo es el proceso penal al ser un derecho público²⁰¹. Es el juez, con la colaboración del fiscal y de la defensa, el que decide qué casos deriva a mediación, el que solicita de las partes su colaboración e informa de sus derechos, quien supervisa la calidad y probidad de los mediadores, protege los derechos e intereses de la

²⁰⁰ Así, en lo que a la víctima se refiere, se podrían tal como hemos visto a lo largo del capítulo, identificar tres objetivos: 1) la reparación o resarcimiento del daño, 2) la recuperación del sentimiento de seguridad y 3) la resolución de los problemas asociados a la victimización secundaria derivados de su reiterada llamada como testigo –siempre en clave burocrática y desentendiéndose del sufrimiento que soporta la misma evocación de la agresión-, haciendo valer en su caso, a semejanza del imputado, una especie de regla de tratamiento, un estatuto que reconozca su condición de sujeto, con su dignidad personal que las instituciones no solo deben respetar sino restaurar, y no de mero objeto o instrumento subordinado al desenvolvimiento de la pretensión punitiva del estado. Desde la perspectiva del infractor, imputado, acusado o condenado, la mediación puede incentivar o reforzar lógicas de contenido rehabilitador, propiciando la responsabilización del autor por el hecho y la consecuencia perjudicial que su conducta produjo en la víctima, así como evitando el ingreso en prisión o la aplicación de penas o medidas alternativas a la cárcel.

²⁰¹ Sobre esta cuestión se pueden lanzar muchos interrogantes acerca de quién ha de ejercer la mediación. Deberían ser mediadores dependientes de la Administración para que sea un proceso totalmente público, asociaciones sin ánimo de lucro con subvenciones públicas o privadas o empresas privadas. ¿Supondría esto una pseudo privatización? Al ir las experiencias prácticas por delante de la ley, se está haciendo de diversas formas. Hay asociaciones con mediadores voluntarios que ejercen la mediación desde el altruismo, hay asociaciones con subvenciones privadas, hay mediadores con subvenciones de los Colegios Profesionales, etc. Existe un elenco de realidades a la hora de ejercer la mediación. Lo que sí parece claro y unánime es que el justiciable no debe asumir ningún tipo de coste económico para participar en el proceso de mediación, y ahí sí ha de respetarse el carácter público de esta institución. Otra cuestión diferente es la gestión económica en relación a los servicios de mediación que se lleven a cabo. Y la práctica irá demostrando cuál es la respuesta ideal a estos interrogantes.

víctima y del encartado, y, por fin, decide, con respeto al método de la contradicción, cómo se incorpora el acuerdo de reparación al juicio y qué relevancia habrá de tener en la solución del caso. Al contrario de lo que algunos afirman, se trata de dotar de contenidos reparadores y restauradores a la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos de la víctima, también del infractor, un mecanismo al servicio de la justicia como potestad y función del estado, para permitir el protagonismo de los intervinientes en el conflicto y la expresión de su voluntad, de sus necesidades y de sus requerimientos. El objetivo es trabajar en la misma clave de la reforma del proceso, para su mejor logro del derecho de acceso a la justicia.

En relación a la denuncia de privatización del derecho penal por una forma de composición privada o acuerdo negociado que sustituiría a la pena y la medida de seguridad como respuestas sancionadoras, es pertinente recordar que la mediación reparadora no puede jugar como alternativa a la determinación judicial de la respuesta penal. En nuestro sistema, y como hemos dicho en otro apartado, el acuerdo de reparación es considerado por el juez, con la interacción de las acusaciones y de la defensa, para seleccionar y cuantificar la pena, suspenderla o sustituirla, es decir en los márgenes estrictos de lo que significa la determinación de la punibilidad de una persona por una conducta delictiva. Incluso en el caso de que se regulara alguna fórmula de desarrollo del principio de oportunidad, nunca se desbordarían los límites del derecho penal.

El sistema clásico de justicia basa la solución del conflicto en la decisión de un tercero. Las partes depositan en este la responsabilidad de resolver y eso supone que ellas no participan de forma directa en la resolución por lo que la solución no supone un acercamiento entre las partes si no una nueva fuente de resentimientos y de perpetuación del conflicto al seguir el esquema de vencedores y vencidos. La mediación,

por el contrario, se basa en una cultura de diálogo y mecanismos de autocomposición, situando la génesis de la solución en el acercamiento de las partes, y buscando una solución que convenza a éstas y solucione definitivamente el conflicto al ganar todos y no uno solo. Esto es especialmente interesante cuando las partes implicadas deben mantener una relación posterior viable y permanente. Se trata de restaurar el orden jurídico perturbado con el conflicto y por eso hablamos de la mediación como Justicia Restaurativa.

La mediación no solo ofrece mejores soluciones para determinados casos sino que, además, es una forma de cumplir el precepto constitucional por el que se establece el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en la Administración de Justicia, plasmado en el art. 125 CE. Es un vehículo de participación de la comunidad en el sistema de justicia penal que produce un enriquecimiento tanto en las relaciones de ésta con los justiciables como en la de los justiciables entre sí, configurándose también como un instrumento de cohesión social.

b) Las resonancias moralizantes de la mediación

La interiorización de valores que se exige a las partes; la capacidad de pedir perdón y de perdonar (de ponerse en lugar del otro); conseguir que el infractor muestre su arrepentimiento (en el fondo asunción de la responsabilidad personal), reconozca los hechos y pida perdón. Se admite que estas exigencias tienen sentido en el derecho penal de menores al tratarse de un derecho de carácter tuitivo que busca, siempre en interés del menor, su educación, pero que en adultos es inadmisibles. El derecho penal protege bienes jurídicos y se usa para sancionar su violación, pero en ningún caso para incorporar pautas morales de comportamiento: ni el arrepentimiento ni el perdón están entre sus fines.

Afirman algunos penalistas que no le corresponde al derecho penal restañar las heridas morales causadas por el delito y resolver el conflicto humano desencadenado por éste. Podemos admitir que, siendo cierto que no es una finalidad presupuesto de legitimidad del *ius puniendi*, tampoco deslegitima la mediación penal, siempre y cuando no colisione con los fines que legitiman el sistema penal o con los derechos de las partes.

Cuando se habla de reconocimiento de hechos, asunción de responsabilidad, conciliación, perdón y restablecimiento de la paz, parece que entran en la esfera del derecho penal las denominadas “resonancias moralizantes”, que deberían quedar en todo caso al margen.

En la mediación ha de existir un reconocimiento —al menos parcial— de los hechos, pero a diferencia por ejemplo, de la prueba de confesión, en el proceso de mediación no parece bastar con que el infractor reconozca que ha robado o ha lesionado, sino que se supone, o se espera, que en un esfuerzo de alteridad al menos asuma la responsabilidad por su comportamiento. En este sentido pareciera que la finalidad de la mediación fuera la interiorización por parte del autor de los valores que la norma vulnerada representa. Frente a esta comprensión de la mediación, la crítica sería que un Derecho penal respetuoso con la libertad del individuo no puede perseguir la interiorización de valores, sino tan sólo el respeto a las normas que lo representan²⁰².

²⁰² Sin embargo, con el proceso de mediación, se logra la finalidad de la pena propuesta, entre otros, por JAKOBS (*Derecho penal*, Marcial Pons, 1995, pág. 9 y s), que es la restauración de la norma vulnerada, devolviendo la confianza en el orden jurídico. Para ello, hay que mostrar al ciudadano que la violación de la norma provocará una respuesta y generará determinados efectos negativos colaterales. Sin embargo, también hay otros autores, entre los que destaca BINDER (*Ideas y*

Considero que la crítica relativa al contenido moralizante de la mediación debiera tenerse por superada: en países con una dilatada y mayor experiencia en el campo de la mediación penal y la justicia restaurativa, estas objeciones no han constituido obstáculo alguno para el desarrollo de los programas llevados a cabo; por su exitosa experiencia podemos concluir que su implantación no ha generado problemas de contenido moral que choquen frontalmente con los fines del derecho penal. En la justicia restaurativa y en la mediación penal priman dos elementos por encima de todo: la víctima y la comunidad social, y es a través de la responsabilidad de la conducta, por medio de la reparación del daño, como se restaura a la víctima y a la comunidad social. Estos fines que persigue la justicia restaurativa y que el derecho penal debería contemplar como propios, son reordenados y situados en los primeros escalones de la escala de prioridades que defiende la justicia restaurativa.

Pero aunque esta crítica está superada y no constituya una de las cuestiones más polémicas a la hora de abogar por la mediación penal en los foros europeos y mundiales sobre justicia restaurativa y mediación penal, contestaré con argumentos (creo que de peso) a continuación para callar o calmar a las voces críticas que puedan erigirse a favor de este reproche.

Para comenzar pondré un ejemplo. Todo el mundo estaría de acuerdo en que en una prisión se realicen tratamientos voluntarios para violadores. El éxito del tratamiento pasa porque el condenado sienta empatía hacia la víctima y llegue a interiorizar el respeto al derecho a la libertad sexual. La no reincidencia, el respeto a las normas en este caso,

materiales para la reforma de la justicia penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 166), que sostiene que la función de la justicia no es administrar el Derecho sino construir la paz.

pasa por la asunción de determinados valores. ¿Nos parecería mal este tratamiento? No en la medida que sea voluntario, aunque esté estimulado mediante la concesión de beneficios penitenciarios. ¿Este razonamiento es trasladable al tema de la mediación? Pues sí. Para que una persona pueda comprender el daño que ha generado con el delito, y que va más allá de la lesión del bien jurídico, tiene que ser capaz de entender y ver el alcance que ha tenido su acción u omisión, pues sólo así podrá empatizar con la víctima, es decir ponerse en su lugar y aprender de la experiencia. Ilustraré esto que acabo de decir, con el relato de una mediación que tuve ocasión de presenciar, desde mi experiencia como mediadora.

Nos llegó al equipo de mediación un caso de robo en casa habitada en grado de tentativa. Nos lo derivó el Juzgado de lo Penal en la fase de enjuiciamiento, sin estar todavía señalado el juicio oral. Los hechos descritos por el Ministerio Fiscal decían que el acusado se introdujo en la vivienda unifamiliar de Doña X, y una vez allí dentro, se apropió de un bolso propiedad de la dueña de la vivienda que contenía dinero en metálico, y cuando estaba huyendo del lugar, en el jardín de la casa, fue abordado por el jardinero de la misma, quien logró recuperar el bolso y avisar a la policía, quien se personó en el lugar de los hechos y procedió a su detención.

La dueña de la casa nunca vio al acusado, ni sabía cómo era. Lo iba a ver por primera vez el día del juicio. Antes de coincidir en el encuentro dialogado que se produce en el proceso de mediación (fase conjunta del mediador con las dos partes) esta mujer, en la entrevista individual nos contó cómo se imaginaba ella al acusado. Pensaba que pertenecía a una banda de “esas del este” que son muy peligrosas y violentas, que era muy alto, fuerte, agresivo y vengativo. La idea de ir a juicio y tener que encontrarse cara a cara con él, le producía pavor, y la idea de declarar en su contra, sabiendo él dónde vivía ella junto con su familia más aún.

Cuando le llegó la carta del Juzgado ofreciéndole la oportunidad de participar en un proceso de mediación no lo dudó ni un instante, la respuesta fue afirmativa, y aunque estaba aterrada, quiso encontrarse con el acusado en el espacio propiciado por la mediación.

El encuentro dialogado, que es la fase que se lleva a cabo tras las entrevistas individuales con cada una de las partes intervinientes en el proceso, se desarrolló con éxito.

El acusado escuchó de la boca de la víctima todo lo que había supuesto en su vida sufrir una tentativa de robo en su casa. Ella le explicó quién pensaba que era él (se quedó sorprendidísima cuando vio que era un chico muy joven, de 19 años de edad, bajito y delgadísimo, y del mismo pueblo en el que ella vivía), que había puesto la casa en venta sin éxito, que se había gastado un dineral en cámaras de seguridad, que había despedido a la señora que trabajaba en el servicio de limpieza por desconfianza, que había animado a sus hijas a buscar un colegio mayor en Madrid donde alojarse, en lugar de ir al domicilio todos los días, que todas las noches sentía un miedo tremendo, que dormía mal, que no quería acudir al juicio, que estaba buscando una excusa para no tener que comparecer, y que su relación de pareja se estaba deteriorando.

Cuando el acusado escuchó todo esto se quedó perplejo. No podía entender que alguien le tuviese miedo a él. No podía entender que la víctima pensase que se iba a vengar si declaraba en su contra. Nunca se había imaginado todo este dolor en la familia de la víctima durante dos largos años. El acusado estaba realmente avergonzado. Le explicó que entró por la puerta del garaje que estaba abierta, tras saltar la valla. Que a ella la vio salir, y pensaba que no habría nadie en casa. Que necesitaba urgentemente dinero y que por eso entró. Que cuando el jardinero le detuvo, sintió mucho miedo, y más aún cuando vino la policía. Que todo este tiempo había estado alejado del lugar porque no

quería que sus padres se enterasen y por eso llevaba dos años sin pisar el pueblo. Que sus padres no entendían su conducta y estaban muy preocupados. Que al irse del pueblo, abandonó el trabajo que tenía, a su novia y a sus amigos.

Comprendió perfectamente que el delito no sólo genera unas consecuencias penológicas, sino también unas consecuencias más allá de las jurídicas. En un proceso ordinario, él nunca habría escuchado todo esto, ni comprendido por tanto, todo el dolor que causó su acción. Se habría limitado a negar los hechos y habría pasado a sentirse víctima del sistema. No habría aprendido nada real, ni positivo, si no fuera por haber escuchado a la víctima. Y ésta no habría alcanzado la paz que necesitaba para restaurar su vida. Asumir el hecho cometido, sus consecuencias, pedir perdón, y sentirse perdonado, fue lo que arregló el problema de la víctima, y el futuro del acusado. Estas “resonancias moralizantes”, en muchas ocasiones, cumplen una función positiva, y ¿qué hay de malo en ello?

Con todo, está muy extendida la tentación de reprochar a este tipo de justicia conciliadora el romanticismo e idealismo que desprende, y de marcar el acento en el peligro que encierra la vuelta de criterios moralizantes en la resolución de los conflictos²⁰³. Pero la mediación penal, en ningún caso, contempla entre sus fines la interiorización de valores. El hecho de reconocer el hecho delictivo, pedir perdón o disculpas a la persona víctima, y repararla, no supone que la persona infractora deba asumir unos valores basados en contenidos moralizantes. Todos sabemos, en mayor o menor medida, distinguir lo que está bien de lo que está mal, y sabemos que el derecho penal

²⁰³ HERRERA MORENO: “Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación”. Revista de Derecho penal y Criminología. N° 6, 1996, pág. 389.

circunscribe su castigo a aquéllas conductas típicamente antijurídicas, culpables y punibles.

Por lo demás, también el derecho penal, sin llegar a aplicar la justicia restaurativa y la mediación penal, pondera de manera especial aquellas conductas en las que se reconoce el hecho delictivo, se repara y se asume la responsabilidad del delito llegado el momento de sentenciar e imponer la pena correspondiente. Más adelante, en fase de ejecución, se valoran esas tres variables a la hora de conceder el beneficio de suspensión de la pena o su sustitución. Igualmente, cuando la persona está cumpliendo una pena privativa de libertad, existe en la denominada “Tabla de variables de riesgo” un epígrafe que recoge “*asunción del hecho delictivo*”, valorándose esta circunstancia a la hora de conceder o no permisos, progresiones de grado y libertades condicionales. Esto significa que el actual sistema penal y penitenciario, sin intervención de la mediación penal, también valora esas conductas que implican algún grado de reconocimiento de responsabilidad y reparación del daño causado. Es más, se exigen.

La mediación penal a través del reconocimiento de hechos, que ya explicaremos en qué consiste exactamente en la segunda parte de este trabajo de investigación, permite a la persona autora de la infracción penal tomar conciencia de las consecuencias que tienen sus actos en la vida de las demás personas. Esto quizás le pueda ayudar a no volver a caer en esa conducta que el derecho penal sanciona.

En cualquier caso, hemos de partir de la base de que el derecho penal no castiga desde valores morales, por eso la negativa a reconocer o asumir responsabilidades no genera perjuicio penal alguno. Sin embargo, si una persona se reconoce culpable de la infracción y repara, ¿qué hay de malo en reconocer consecuencias positivas a esa conducta? ¿no exige el derecho la reparación a la víctima? ¿no se atiende desde el sistema penal, y al amparo de la normativa penal (arts. 125 y siguientes

del Código Penal), con carácter preferente, a la reparación? ¿qué tiene de perjudicial que una persona repare sin implicar activamente al aparato judicial? ¿No equivaldrá, por el contrario, un menor coste para el Estado y una más ágil y eficaz satisfacción para la víctima? ¿Por qué tenemos tanto miedo a hablar del perdón y del arrepentimiento? Esos comportamientos no son patrimonio exclusivo de ninguna fe religiosa, ni el derecho penal tiene como fin la búsqueda y consecución de esos valores, pero si las personas los incorporan a sus procesos vitales ¿por qué no pueden hacerlo también en su tránsito por el sistema penal? Son valores que diariamente valoramos y hasta exigimos en quienes nos rodean, que si no se llevan a cabo en el ámbito penal no provocan ningún tipo de reproche, pero que si se ejercen no deben ser obviados o criticados.

Ocurre incluso que muchos Gobiernos y otros entes de carácter público han tenido que pedir perdón públicamente a la sociedad y así lo han hecho. Un claro ejemplo lo encontramos en las *Comisiones de verdad y reconciliación* que se han llevado a cabo en numerosos países, entre los que cabe destacar a Sudáfrica, Guatemala y Chile. Estas comisiones han fijado entre sus objetivos: 1) Establecer la verdad y dejar atrás la historia de silencio y negación de un pasado violento y doloroso; 2) Atender y promover los derechos de las víctimas; 3) Reunir pruebas que conduzcan al enjuiciamiento de los responsables de las violaciones; 4) Determinar las responsabilidades institucionales y recomendar las reformas necesarias para evitar la repetición de las violaciones y 5) Promover la reconciliación y la reducción de las tensiones resultantes de los periodos de violencia. Estas comisiones han demostrado ser herramientas de gran utilidad para cumplir funciones complementarias a las que tradicionalmente cumplen los mecanismos

judiciales de investigación, y han desplegado verdadera eficacia allí donde se han desarrollado²⁰⁴.

Pero sin centrarnos en las comisiones de verdad y reparación, es palpable que la proliferación de demandas y peticiones de perdón han provocado en determinados sectores actitudes despectivas por considerarlas retóricas hipercristianas²⁰⁵. Por ello es tan importante desvincular el perdón de la fe y desmontar la idea de que el perdón es una perniciosa invención de la religión, innecesaria en un mundo plenamente secularizado y libre de influencias eclesiales. El arrepentimiento y el perdón son valores inherentes a la condición humana. Pero como han sido gestionados unilateralmente por las diversas confesiones religiosas, en especial las de raíz cristiana, han sido identificados con los valores propios de tales confesiones.

El dolor, la rabia y la impotencia que sienten algunas víctimas al haber sufrido un hecho delictivo puede generar el peligro de alimentar la dinámica perversa de la acción-reacción, y así la venganza y el resentimiento se convierten en los principios rectores de la actuación personal y colectiva²⁰⁶. Si sucediese de otro modo, como cuando interviene la mediación ¿no resultaría más positivo? Parece que asumir sentimientos morales negativos (resentimiento, enemistad, venganza, etc.) es lo natural, pero se duda –y mucho– de los positivos; si la víctima de una infracción penal se muestra compasiva y comprensiva las alarmas se disparan. Esto es una antinomia irreductible. No se

²⁰⁴ GÓMEZ MÉNDEZ: “Comisiones de verdad, ¿qué tanto aportan a la verdad, la justicia y la reconciliación?” en *Estado del mundo*, Oasis, 2005-06. N° 11. Centro de Investigación y proyectos especiales, CIPE. Facultad de finanzas, gobierno y relaciones internacionales. Universidad Externado, Colombia, pág. 161.

²⁰⁵ BILBAO ALBERDI: “Perspectiva filosófica del perdón” en *El perdón en la vida pública*, Aula de Ética, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pág. 17.

²⁰⁶ BILBAO ALBERDI: “Perspectiva filosófica del perdón” en *El perdón en la vida pública*, Aula de Ética, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pág. 15.

entienda que con estas apreciaciones quiero recuperar como base de la reparación un “arrepentimiento” de contenido “religioso” o “moralizante” en el sentido peyorativo que puede darse a esos calificativos en un ámbito como el del ordenamiento estatal regido por la más estricta neutralidad religiosa. Pero no hay porqué huir de conceptos como la sinceridad del arrepentimiento, que se contemplan en textos legales de países de nuestro entorno para dar forma a una atenuante²⁰⁷.

Conviene realizar asimismo otra puntualización de interés para comprender la verdadera naturaleza de la mediación: se traicionaría la concepción antropológica que la anima (como a la justicia restaurativa en que se inserta) si se produjese una evolución del sistema paralela a la que se observa en la conformidad, en que la confesión no equivale a la asunción de responsabilidad y en muchas ocasiones ni siquiera significa que el acusado se considere culpable. No nos engañemos: a veces –más de las deseables– la institución de la conformidad esconde la renuncia de quien se considera inocente a apostar por un juicio contradictorio de resultado incierto. Por eso hay que distinguir las “confesiones” o “reparaciones” ficticias de aquellas animadas por una voluntad sincera de restablecimiento del derecho. La reparación que busca exclusivamente una atenuación es perfectamente viable y está reconocida en nuestro Código Penal y articulada en las leyes procesales. La reparación que se enmarca en un proceso de mediación significa algo más²⁰⁸.

²⁰⁷ Sin ir más lejos, un ejemplo de ello lo encontramos en el Código Penal portugués.

²⁰⁸ Tener clara la diferencia entre el proceso de mediación y la conformidad antes del juicio oral es de vital importancia. Son muchos los Jueces y Fiscales que confunden esa conformidad que se hace “a toda prisa” y sin proceso de aprendizaje y de convencimiento antes del juicio, con el proceso de mediación. En muchos de los cursos que se han impartido para Jueces y Fiscales, es común oír “eso ya lo hacemos

También sucede con frecuencia en los juzgados y tribunales que los acusados el día del acto de la vista llegan a una conformidad con el Fiscal, es decir, reconocen los hechos y se conforman con la pena que han pactado el Ministerio Fiscal y su defensa. Este fenómeno²⁰⁹ se da, por desgracia, en numerosas ocasiones, y digo por desgracia porque ni la víctima entiende lo que ha ocurrido, ni garantiza que vaya a ser reparada, y el autor del hecho podría haber sido en muchos de los casos absuelto. Se trata de “mercadear con la pena”. ¿Por qué el fiscal que hizo el escrito de acusación pedía la pena máxima en su escrito de conclusiones provisionales y el fiscal que acude a la vista oral, ofrece la pena mínima el día del juicio? ¿Qué ha sucedido en ese lapso temporal de meses (a veces incluso años) para que la pena solicitada disminuya tanto? La explicación que yo encuentro es la evitación del juicio a toda costa y la facilidad de dictar sentencias de conformidad. En este cauce no hay nada positivo para las partes en sí (persona víctima y persona infractora). El hecho de conformarse con la pena ofrecida por el Fiscal, le va a suponer a la persona infractora la asunción de la indemnización a la víctima (si existía responsabilidad civil derivada del delito), sin poder pactar cómo llevar a cabo esa reparación. Por su parte, la víctima abandona el juzgado, en la mayor parte de los casos, sin saber qué ha sucedido exactamente y por qué no se celebra el juicio, ni conocer la pena, ni si va a ser reparada. Depende de cada juzgado, de cada fiscal, de cada agente judicial y de cada abogado el que informe o no a esa persona y a los testigos de lo que ha sucedido y de si pueden abandonar

nosotros”, “en mi juzgado siempre buscamos el acuerdo”, etc. Afirmar eso, a mi juicio, supone no entender el sentido de la mediación, ni sus fines.

²⁰⁹ A mi juicio, el instituto de la conformidad supone una gran “comodidad” para el Fiscal, el Letrado Defensor y el Juez, pues se evita el juicio y en menos de cinco minutos se termina todo. Eso sí, al analizar las consecuencias de la conformidad, se puede determinar que en muchos de los casos, el acusado, recién condenado, no ha entendido la trascendencia de su acto, totalmente guiado y dirigido –no siempre, erróneamente– por su Letrado defensor.

o no el edificio judicial. Existe una Instrucción²¹⁰, sobre la aplicación del protocolo de conformidad suscrita por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española que, exige a los Fiscales informar a la víctimas de las conformidades penales, pero puedo afirmar, dada mi experiencia práctica, que he visto a muy pocos fiscales (por no decir ninguno) levantarse del estrado, salir del juzgado, buscar a las víctimas y a los testigos e informarles de lo que ha sucedido, a pesar de ser los representantes de la sociedad. He sido yo, como abogada defensora, la que he tenido que informar a la víctima y a los testigos (por así decirlo, a mis contrincantes) de lo que ha sucedido. Por ello, nunca deben confundirse las conformidades penales con el proceso de mediación penal, en el que las partes van acompañadas e informadas a lo largo de todo el proceso.

En estas conformidades hay un vacío de valores, mientras que en la mediación hay una concurrencia de valores; no veo qué hay de malo en ello. La ausencia de valores no es punible, ni se pretende que lo sea en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, pero su presencia no merece

²¹⁰ Instrucción 2/2009 sobre la aplicación del protocolo de conformidad suscrita por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española que dice a este respecto: “Otra de las tareas esenciales que el Fiscal debe asumir en el marco de la resolución consensuada del procedimiento es la protección de la víctima y del resto de los perjudicados por el delito. Esa misión específica del Ministerio Público ha de ser particularmente cuidada a la hora de cerrar el acuerdo de conformidad. La víctima se ha encontrado históricamente ausente y desinformada –cuando no perpleja– acerca del resultado pactado del proceso, sobre todo cuando no está personada en él. Por ello, de cara a la negociación de la conformidad el Fiscal procurará oír previamente a la víctima o perjudicado, aunque no estén personados en la causa, siempre que sea posible y lo juzgue necesario para ponderar correctamente los efectos y el alcance de tal conformidad, y en todo caso cuando por la gravedad o trascendencia del hecho o por la intensidad o la cuantía sean especialmente significativos los intereses en juego, así como en todos los supuestos en que víctimas o perjudicados se encuentren en situación de especial vulnerabilidad. Igualmente deberá asegurarse en lo posible que éstos sean informados de la existencia y los términos de la conformidad, una vez pactada, y de sus consecuencias procesales. A tal fin, los Fiscales Jefes dispondrán los medios necesarios, en los términos establecidos por la Instrucción 8/2005, de 26 de julio de 2005, sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal”.

ser reprochada. También se puede afirmar que el ejercitar estos valores de reconocer los hechos, asumir la responsabilidad y reparar, combaten de modo directo a lo que se denomina la “retórica exculpatoria”, consistente en derivar toda la culpabilidad del delincuente al contexto social en que vive o a los avatares biográficos que ha sufrido o a cualquier otra circunstancia que le exime de su responsabilidad personal²¹¹.

Desde el lado de la víctima se puede afirmar que, aunque en la mediación penal el perdón²¹² no es en ningún caso imprescindible, sí es, en la mayor parte de los casos, necesario. Pedirlo no significa humillarse sino, por el contrario, equivale a dignificarse, porque quien pide perdón, ejerce el deber de responder. Aceptarlo no significa alterar la responsabilidad penal del infractor pero sin duda incide en la necesidad de pena de cara al futuro en la medida en que pacifica sus relaciones y posibilita la superación del conflicto personal generado a la víctima por el hecho delictivo.

c) Menoscabo de los fines del derecho penal y de la pena

Se cuestiona también a la mediación autor-víctima y a la reparación desde la perspectiva de que la eliminación o disminución de la pena pudiera suponer una merma de las funciones preventivo-generales del derecho penal, puesto que se puede extender la percepción de que, tras la comisión de un delito y en el curso del enjuiciamiento, se pide perdón, se paga la responsabilidad civil, se evita el juicio y se escabulle la responsabilidad penal. Esto puede degenerar en la percepción de que

²¹¹ BILBAO ALBERDI: “Perspectiva filosófica del perdón” en *El perdón en la vida pública*, Aula de ética, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pág. 22.

²¹² En castellano la palabra “perdón” procede de la construcción latina *per-donare*, en la que el prefijo *per* intensifica y enfatiza al verbo que acompaña, *donare*, cuyo significado es “dar”. Así tenemos que perdonar, etimológicamente, quiere decir, dar intensamente.

con la aplicación de la mediación, la justicia es blanda y se evitan los castigos. Según esta postura, los sometimientos voluntarios al proceso de mediación se harían por fines puramente utilitaristas, instrumentalizando de este modo esta herramienta de la justicia restaurativa.

No es correcto afirmar que la mediación penal equivale a la impunidad del delincuente y atenta contra uno de los fines de la pena, la prevención general. La mediación penal se centra en atender los intereses de la víctima y en la rehabilitación de la persona infractora²¹³. Como resultado de la mediación, en la mayor parte de los casos²¹⁴, siempre habrá un reproche en forma de pena, pero ésta siempre será en alguna medida útil para la víctima y supondrá también alguna ventaja para la persona que va a ser condenada, lo que desde luego no equivale a premiar o incentivar su conducta delictiva. Se puede pensar entonces que la mediación puede suponer una invitación para delinquir, pues la persona que ha cometido la infracción penal reconoce los hechos, pide perdón, repara en la medida que puede a la víctima, en algunos casos se le impone una “pena adaptada a sus necesidades” y ahí acaba todo.

Al contrario, hay que destacar especialmente que para el infractor someterse al proceso de mediación conlleva un esfuerzo personal indudable: debe acudir a las entrevistas individuales con el mediador; enfrentarse cara a cara con la persona víctima; buscar acuerdos en

²¹³ MEJÍAS GÓMEZ: *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho, Madrid, 2009, pág. 54.

²¹⁴ No en todos: en los juicios de faltas con el proceso de mediación se consigue, por un lado la retirada de la denuncia presentada ante el Juez de instrucción o bien una sentencia absolutoria, lo que no sucede en el proceso de mediación por delitos, salvo que en el transcurso de la mediación, se constate la presencia de una causa de exención total de la responsabilidad criminal, al amparo de lo preceptuado en el Código Penal, o que del relato de hechos con el que las partes se muestren conformes, resulte que haya de modificarse la acusación o incluso sobreseer o archivar el procedimiento.

función de su capacidad para reparar y las necesidades o pretensiones de aquélla; llevar a cabo el acuerdo para, en muchos casos, ser condenado a una pena, siquiera sea inferior a la inicialmente pedida por la acusación. Todo este proceso, que exige mucho más de la persona infractora que lo que se le requiere a lo largo de la tramitación del procedimiento ordinario; no invita, pues, a banalizar su conducta o frivolar con el resultado final. El encuentro entre las partes que provoca la mediación hace posible que la persona infractora del hecho realice un verdadero ejercicio de responsabilidad asumiendo lo negativo de sus actos y las consecuencias desfavorables de aquéllos²¹⁵. Por ello puede afirmarse que la mediación constituye gran instrumento de prevención general positiva²¹⁶, pues posibilita la toma de conciencia por parte del infractor del daño inferido y el alcance de sus acciones, lo que puede evitar que vuelva a repetirlos en el futuro.

Por otra parte, en el proceso ordinario, durante el acto de la vista oral, a las víctimas –tratadas como medios de prueba– sólo se les interroga y se les permite hablar sobre lo que presenciaron u oyeron, nunca sobre lo que sintieron y menos sobre lo que esperan o desean. No importa si ese hecho supuso modificar parte de sus vidas, o si debido a ello, crecieron o aumentaron sus miedos²¹⁷.

²¹⁵ HERRERA MORENO: “Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 6, 1996.

²¹⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA: “Justicia reparadora, mediación y sistema penal: diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?” en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Tomo I, Madrid, 2008, pág. 476.

²¹⁷ Y sin embargo, es llamativo pensar la gran contradicción del proceso penal respecto la víctima, que como recoge adecuadamente PALMA CHAZARRA en su tesis doctoral *La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*, Universidad de Sevilla, 2007, pág. 521, puede recogerse bajo el “principio de reparación a la víctima pero sin la víctima”.

En suma, la mediación garantiza por un lado que la persona víctima será escuchada, atendida en toda la extensión que precise y reparada, y por otro, que el infractor conozca el verdadero alcance y las consecuencias de sus actos, repare el daño y dolor causados, y lo que es más importante, que cuestione su propia conducta de cara al futuro, cumpliendo así, claramente con los fines de la pena, cuáles son: la prevención especial y la general. Del modo en que lo cumple lo explicaré a continuación, adentrándome para ello primero, en un breve estudio sobre las teorías de la pena y sus fines.

Como recoge ROXIN *“es lamentable porque la finalidad de ayudar al autor del delito a tener una vida futura sin delitos es, como idea, el medio más constructivo de todos para tratar con la criminalidad. La resocialización ayuda al delincuente en la reintegración social y eleva sus oportunidades en la vida. Pero también ayuda a la generalidad, porque un autor que no vuelve a cometer delitos ya no representa un riesgo y, con ello, mejora las condiciones de vida de todos”*²¹⁸.

Se ha llegado así a dar prioridad a la prevención general, que se dirige a la colectividad, sobre la especial, debido a su descrédito, de tal modo que se ha difundido la resignación y el escepticismo con carácter general acerca de la prevención especial. Coincido plenamente con ROXIN en que la verdadera etiología de este desarrollo negativo y descreído sobre la prevención especial radica en que en el pensamiento preventivo-especial siempre ha existido una única mirada dirigida a la pena privativa de libertad y a su conocida falta de éxito, como instrumento resocializador, lo que se ha convertido en el propio aliado contra la prevención especial²¹⁹.

²¹⁸ ROXIN: *La teoría del delito en la discusión actual*, Grijley, Lima, 2007, pág. 74.

²¹⁹ ROXIN: *La teoría del delito en la discusión actual*, Grijley, Lima, 2007, pág. 75.

En relación con la prevención general positiva, qué mejor confirmación de la vigencia de la norma —qué mejor “ejercicio de reconocimiento de la norma”— que la asunción de la norma infringida en un proceso dialogado entre infractor y víctima —con la participación de un modo u otro de la comunidad más cercana—, el reconocimiento de la persona de la víctima, de su dignidad y derecho a la indemnidad de los bienes jurídicos de los que es titular y el reconocimiento del daño causado a la persona y a su través a la colectividad a la que de algún modo representa²²⁰.

La mediación penal cumple con las tres funciones que se encuadran en la prevención general positiva. Informa a la persona infractora y a la persona víctima de lo que está prohibido por el ordenamiento, al ofrecer a las dos partes la posibilidad de participar en un proceso, en el que va a haber una consecuencia jurídica para ambas partes; ello produce un refuerzo y el mantenimiento en la confianza del sistema penal de permanencia e imposición. Por último, al hacer ver a las partes todos los efectos que se despliegan con la apertura de un procedimiento penal, y como la pena se solicita y se cumple, se fortalece la actitud de respeto por el derecho. La víctima comprobará en primera persona como se ha desarrollado la instrucción o se está desarrollando, cómo el sistema se preocupa por ella y por su daño y su reparación, conocerá el escrito de acusación (en un proceso normal, y en la mayor parte de los casos, salvo que se constituya en acusación particular que la tenga informada, las personas víctimas no conocen bien la función del Ministerio Fiscal, no saben qué es un escrito de acusación y desconocen la petición de pena que éste solicita para la persona infractora) y lo que ello conlleva, así de este modo verá que el propio sistema la respeta y

²²⁰ ETXEBARRIA ZARRABEITIA: “Justicia restaurativa y fines del derecho penal”, en MARTÍNEZ ESCAMILLA (Dir.): *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Editorial Reus, 2011 (en prensa).

potencia el derecho al conocimiento de la verdad y por ende, ella querrá respetar también a ese sistema que la protege. Por parte de la persona infractora, también se cumplen estas tres funciones. Durante el proceso de mediación penal comprobará cómo el sistema penal ha trabajado para incriminarle, la petición fiscal a la que se enfrenta y las posibles repercusiones que va a tener en su vida la acción u omisión delictiva. Acercarse al sistema penal desde esta perspectiva le hará ver lo positivo del cumplimiento de esas funciones.

MARTÍNEZ ESCAMILLA manifiesta sus dudas respecto al contenido material del efecto de pacificación social —si redundando en la protección de bienes jurídicos o por el contrario se agota en un efecto psicológico de estabilización del clima emocional—, entendiéndolo que aún no está suficientemente justificado cómo la justicia restaurativa coadyuva a la prevención general positiva²²¹.

Concebida la prevención general positiva al modo de JAKOBS, y también en el concepto de prevención-integración de ROXIN, la protección de las condiciones de la interacción social, y por ende de los bienes jurídicos, tiene lugar reafirmando al que confía en la norma en su confianza, de modo que pueda ajustar su comportamiento a las expectativas fijadas por la norma y confirmadas por la respuesta penal. Sin embargo, la probabilidad de que ese comportamiento se aprenda en general a considerarlo como una alternativa de comportamiento a no tener en cuenta, no depende solamente de los efectos costosos de la pena, como dice JAKOBS, sino que la participación en el procedimiento conciliador, que también tiene consecuencias costosas, de tipo personal y de otro tipo, también coadyuva a ese aprendizaje.

²²¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA: “Justicia reparadora, mediación y sistema penal: diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?” en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Tomo I, Madrid, 2008, pág. 489.

Que la respuesta penal al delito sea considerada como adecuada, proporcionada, y en ese sentido justa, por la colectividad y en especial por esa cierta representación o materialización de los intereses de la colectividad, que en el momento concreto es la víctima, se atribuye como condición de la idea de pacificación social que integra el concepto de prevención general; de modo que la conciliación y reparación desactivan o disminuyen la necesidad de la pena desde esta perspectiva de reafirmación de la norma infringida.

Siendo las penas símbolos abstractos de desaprobación, sin relación sustancial con la naturaleza de la infracción penal, la reparación, que sí tendría esa relación sustancial, aparece como una contribución a la confirmación normativa²²².

Si el sistema penal busca a través de la pena el restablecimiento de la paz jurídica a través de la conciliación, la reparación satisface las necesidades de prevención general o al menos las aminora en gran medida.

De algún modo la víctima es un representante cualificado del conjunto de la sociedad; el daño sufrido, el injusto sufrido, serían la expresión concreta de la lesión del bien jurídico merecedor de protección penal; la conciliación personal y la reparación acordada por autor y víctima serían precisamente concreción de la pacificación del conflicto interpersonal y por ende satisfaría suficientemente o en alguna medida la finalidad de prevención integradora, de pacificación social.

²²² PÉREZ SANZBERRO: *Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999, págs. 233 a 239, que realiza una extensa reflexión sobre la reparación y la prevención general positiva, conforme al triple efecto que le atribuye Roxin (efecto de confianza, efecto de aprendizaje y efecto de pacificación), y cómo para Roxin el efecto de pacificación se puede conseguir a través de vías distintas de la pena, justificando así una menor necesidad preventiva en los casos en que se produzca la conciliación-reparación.

Respecto al efecto de declaración de la verdad y el efecto comunicativo y de pacificación comunitaria que pueda tener, mediante la extensión del mensaje normativo al entorno más cercano de infractor y víctima, la mediación también se sitúa en una posición de ventaja respecto a la mera imposición de la pena en el procedimiento penal, puesto que la verdad construida en el proceso penal tiene muchas menos posibilidades de acercarse a la verdad y de servir a las funciones antedichas que la verdad construida por los protagonistas en un diálogo personal.

En relación con la finalidad de prevención especial, aparte de las funciones preventivo-especiales (positivas, negativas o neutralizadoras) que cumpla la pena (atenuada) efectivamente impuesta, se suspenda posteriormente o no, el diálogo, sobre todo directo entre infractor y víctima, así como la imposición de reglas de conducta para posteriores relaciones, la asunción interior de la responsabilidad²²³, el reconocimiento del daño concreto a una persona concreta mirándole a los ojos, con el reconocimiento como persona que ello implica (desmontando la objetivización de la víctima que sirve de mecanismo autoexculpatorio en muchos delitos como por ejemplo los de terrorismo), los compromisos de tratamiento del infractor que en su caso se adopten, el empoderamiento de la víctima que supone el proceso, la comprensión mutua, aumentan la eficacia preventivo-especial de la sanción que se imponga o la consiguen al margen de la sanción o sin ella, disminuyendo el riesgo de reiteración delictiva y el riesgo de re-victimización de la víctima. Esta mayor eficacia preventivo-especial del proceso penal y la pena, en su caso, en los casos en que se ha introducido un proceso de mediación autor-víctima, produce

²²³ Como posibilidad, no como fin. Véase la acertada caracterización de esta dualidad en MARTÍNEZ ESCAMILLA: "Justicia reparadora, mediación y sistema penal: diferentes estrategias...", págs. 476 y 477.

también que la prevención general no sufra con los mecanismos de exclusión o reducción de la pena.

La persona infractora, a través del proceso, llevará a cabo una serie de acciones que hasta entonces y con carácter general eran desconocidas para él o ella. Trabajará la empatía (ponerse en el lugar del otro), la responsabilización de la conducta, y el diálogo; a través de esos trabajos, podrá comprender el daño que ha ocasionado con su conducta, lo que producirá un efecto de auto reproche, que se traducirá en el deseo de no incurrir nuevamente en la conducta delictiva, por ello, la función de prevención del delito, se cumple de un modo más claro y visible para el autor. Podemos decir, que supone un aprendizaje más “fácil” que con el proceso convencional. Sin responsabilización no puede existir reparación hacia la víctima y, por tanto, difícilmente puede existir recuperación personal ni social en orden al aprendizaje de actitudes que permitan vivir en libertad sin repetir la infracción penal —prevención especial—²²⁴.

Como he mencionado antes, habrá a quienes interese hacer un uso utilitarista de la mediación, hecho que también puede darse por parte de la víctima, pero ya hemos mencionado que la mediación no supone una interiorización de valores o una modificación de los que se tienen, por lo que no se juzga desde qué enfoque o con qué interés se acercan las personas a la mediación; no obstante, el mediador puede ir captando los verdaderos intereses de las partes, debiendo de ponderar si son excesivos o si pueden resultar perjudiciales en cuyo caso, se suspenderá el proceso y se seguirá por los cauces ordinarios.

²²⁴ RÍOS MARTÍN: “La mediación penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal” en *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Estudios de Derecho Judicial 111-2006, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007, pág. 164.

En definitiva, estos efectos del encuentro dialogado, de la conciliación y la reparación, mejoran, al margen de la pena disminuida que resulte, la perspectiva preventivo-especial pero también preventivo general positiva y, precisamente por ello, sin merma de la finalidad preventivo general negativa de la norma penal, que no se ve afectada por una reducción de la pena en abstracto *producida en estas condiciones*. MARTÍNEZ ESCAMILLA contesta acertadamente²²⁵ a quienes afirman que la mediación-conciliación merma el efecto intimidatorio, y por tanto la protección de las víctimas potenciales, que el modelo conciliador no pretende sustituir de forma generalizada a la sanción penal; que los efectos intimidatorios no se producen sólo por la pena sino por el temor a ser descubierto, al proceso penal, etc.; que el propio procedimiento de mediación, como ya se ha dicho, también incorpora “sacrificio”; y que no es la prevención general negativa el único fin tenido en cuenta por el legislador. Por otro lado, desde hace tiempo son varios los autores que en la doctrina española reconocen a la reparación efectos preventivos, a través del efecto intimidatorio que produce²²⁶.

La eficacia preventivo general negativa de la amenaza de la pena subsiste íntegramente. El infractor no se queda con la ilusión de que puede burlar la amenaza de la pena (el proceso penal actual con el “regalo” del tercio por conformarse o con la atenuante por pagar la responsabilidad civil justo antes del juicio oral ofrecen mayores posibilidades de “burla”) con pasar por un “procesillo” de mediación. La implicación en un proceso de mediación supone una seriedad y un

²²⁵ MARTÍNEZ ESCAMILLA: “Justicia reparadora, mediación y sistema penal: diferentes estrategias...”, pág. 491.

²²⁶ Un resumen de la doctrina española se encuentra en PÉREZ SANZBERRO: *Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999, págs. 41 a 51.

esfuerzo personal, además de las consecuencias del acuerdo, que no significa una elusión sin más del castigo, que permiten afirmar que en ningún caso la mediación supone una impunidad, ni a los ojos del infractor ni de los potenciales infractores, ni de la víctima, ni de las personas que cumplen las normas. De hecho casi siempre es más sencillo someter a un juicio y negar, que afrontar y confrontar-se con la víctima.

La desconfianza en la mediación, como si fuera un medio de conseguir una fácil impunidad procede en ocasiones, creo, de contemplarla sólo desde su fundamentación “abolicionista”, reduccionista o de búsqueda de alternativas a la pena, olvidándose de las corrientes que llegan a la mediación desde la protección de las víctimas, la evitación de la victimización secundaria y la búsqueda de una mayor atención y satisfacción en el sistema penal a la víctima y sus intereses y necesidades. Esta desconfianza se puede traducir indebidamente en limitaciones a la mediación que siguen pecando de olvidar las necesidades, intereses y la voz de las víctimas concretas.

Un último y sencillo contra-argumento dirigido a quienes sostienen que la mediación supone una merma del fin preventivo de la pena y en concreto de la prevención negativa: con los mismos argumentos cabría sostener que también las alternativas a la pena de prisión, la suspensión y la sustitución de la pena privativa de libertad, podrían constituir llamamientos a la delincuencia, pero se hallan reguladas en el Código Penal, encuentran su legitimación dentro de la síntesis de las tensiones dialécticas entre los fines de la pena y se aplican con profusión y con eficacia. Si es así, cabe presumir que ocurre porque dan resultados positivos, no constituyen “cartas blancas para delinquir”. De igual modo la mediación penal tampoco ha de concebirse contraria a la prevención general, o lo que es lo mismo, a los fines del derecho penal.

Por todo lo expuesto en este dialogo desarrollado con las ideas que cuestionan el modelo propuesto, puedo concluir que ninguno de los cuestionamientos que se erigen en contra de la mediación tiene unos mínimos de intensidad como para que suponga la invalidación o “una enmienda a la totalidad” de este sistema de resolución de conflictos. A lo sumo, pueden respetarse y coexistir diferentes posicionamientos dogmáticos e ideológicos, o de concepción del ser humano en todas sus dimensiones. Lo que no es válido, y lamentablemente ocurre que desde ciertos sectores de la academia y de las instituciones jurídicas, se invalide, sin que exista un mínimos de conocimiento ni reflexión, y lo más graves, ni preocupación por ello. Precisamente DÍEZ RIPOLLÉS hace un llamamiento ante el inmovilismo académico cuando dice: “Ese intento de comprensión debiera comenzar por reconocer los errores cometidos por un pensamiento penal férreamente anclado en el modelo garantista. Desde la seguridad que da la indiscutible pertenencia de la mayor parte de nosotros a este modelo de reflexión jurídico penal, es hora de que iniciemos una seria autocrítica. El pecado original del garantismo ha sido su inmovilismo. La defensa de ciertos principios considerados intocables le ha llevado a convertirse en un peso muerto, en una fuerza negativa, a la hora de abordar cualesquiera iniciativas de control social dirigidas a resolver nuevas e ineludibles necesidades sociales”²²⁷.

Por tanto ha llegado la hora de dar cobertura académica e institucional a los caminos explorados de la mediación penal, que han demostrado –a pesar de la escasez de medios y de las dificultades con las que han lidiado– que son positivos y necesarios, sin que por ello se

²²⁷ DÍEZ RIPOLLÉS: “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana” en Revista electrónica de ciencia penal y criminología, n° 06-03, 2004, (<http://criminet.ugr.es/recpc/06>), pág. 03:22.

pueda decir que constituyan una panacea capaz de sustituir nuestro sistema de justicia.

SEGUNDA PARTE: LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL: PRINCIPALES CUESTIONES SUSTANTIVAS Y PROCESALES

“Los que se dedican a la práctica sin la ciencia son como los marinos sin brújula ni timón, y nunca saben decir con certeza hacia dónde van. La práctica debe fundarse siempre en una sólida teoría”.

Leonardo Da Vinci

1. Introducción a la segunda parte

Tras haber analizado en la primera parte de este trabajo de investigación los conceptos de justicia restaurativa y de mediación penal, habernos referido a sus orígenes y haber hecho un recorrido histórico en la posición de la víctima en el proceso penal, explicando de qué modo, a pesar de no estar legislada la mediación penal, se ha introducido en el proceso penal a través de experiencias prácticas, en esta segunda parte pretendo adentrarme en las cuestiones que pueden resultar controvertidas a la hora de aplicar la mediación penal.

Quedan por desentrañar las cuestiones más polémicas de índole penal sustantiva y procesal que se suscitan a partir de la aplicación de la mediación en juzgados y tribunales. Empezaré por analizar el sistema normativo que actualmente lo sostiene; posteriormente realizaré una reflexión acerca de las posibles tensiones entre la mediación penal y el derecho a la presunción de inocencia; seguidamente analizaré los principios informadores de este sistema de resolución de conflictos. Posteriormente examinaremos el proceso de mediación penal

intraprocesal: los criterios de selección del caso²²⁸, los tipos penales susceptibles de ser sometidos a mediación²²⁹, quiénes pueden participar en el proceso, cómo armonizar los derechos y garantías constitucionales con la responsabilización de la conducta por parte de la persona infractora, cuáles son los linderos que delimitan y acotan la aplicación de la mediación penal, las consecuencias que se derivan de la participación en el proceso de mediación y el contenido y alcance de su resultado: el acuerdo reparador. Terminaremos explicando cómo se desarrolla el proceso penal cuando se deriva un expediente a mediación en cada una de las distintas fases procesales y procedimientos.

2. Normas que posibilitan la aplicación de la mediación en el proceso penal

La mediación en el derecho penal de adultos, si bien carece hoy día en España de regulación en el derecho positivo, no es así en la normativa internacional²³⁰. Tanto la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como el Código Penal, no la contemplan específicamente, pero sí contienen algunas de las consecuencias penológicas que pueden derivarse de su exitosa aplicación. Entre ellas se encuentra la rebaja de

²²⁸ Esto pertenece a la fase de derivación, no propiamente a la mediación.

²²⁹ Esto también pertenece a la fase de derivación.

²³⁰ La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/220/JAI), relativa al estatuto de la víctima en el proceso establece que: "...Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales [...]. Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación [...]. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de marzo de 2006" (arts. 10 y 17). No obstante, el Estado español aún no ha hecho frente a las obligaciones legislativas impuestas por la Unión Europea en este campo, ni por el momento entiende que para ello haya que introducir modificaciones en la legislación vigente toda vez "*que se trata de una cuestión que se aborda dentro de la reforma legal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se examinará la conveniencia de su incorporación, así como las cuestiones relativas a los tipos penales donde puede aplicarse, la determinación de los mediadores, los efectos y consecuencias de la misma*" (respuesta parlamentaria escrita 4/001242/0000 de 9 de julio de 2004).

la pena, bien por la aplicación de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante –simple o muy cualificada– de reparación del daño, regulada en el art. 21.5^a del Código Penal²³¹, lo que permite, en el primer caso, imponer la pena en su mínima extensión, y en el segundo, aplicar la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate –art. 66 del Código Penal²³²–, o bien por la aplicación de la circunstancia atenuante de confesión, del art. 21. 4^a del Código penal²³³, con las mismas reglas de determinación y aplicación de la pena.

También la mediación puede desplegar su eficacia en el ámbito de ejecución de la pena y en el ámbito penitenciario, principalmente en las instituciones que exigen al órgano judicial considerar la peligrosidad criminal del autor, sus circunstancias personales o la reparación de los efectos del delito. En el primero a través de la suspensión de las penas privativas de libertad, que requiere para ser acordada, entre otras condiciones, que se hayan satisfecho todas las responsabilidades civiles y la valoración de la peligrosidad criminal; las reglas de conducta que pueden imponerse a las personas condenadas a las que se suspende o sustituye la pena privativa de libertad o de prisión, respectivamente, que podrían formar parte del acuerdo de reparación entre autor y víctima; la suspensión de la pena privativa de libertad para toxicómanos, sobre todo en el caso de reincidentes, que permite una valoración discrecional del órgano judicial; o para enfermos muy graves

²³¹ Art. 21 C.P: “Son circunstancias atenuantes: (...) 5^a La 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 de juicio oral”.

²³² Dicho precepto regula las reglas de aplicación de la pena en los delitos dolosos según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes.

²³³ Art. 21 C.P: “Son circunstancias atenuantes: (...) 4^a La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”.

con padecimientos incurables; la sustitución de la pena de prisión de hasta un año o excepcionalmente hasta dos, que exige considerar las circunstancias del culpable, su esfuerzo por reparar y dado que la imposición de los trabajos en beneficio de la comunidad exigen el consentimiento del penado; la concesión del indulto, que necesita de informes favorables sobre la actitud del condenado hacia la víctima, y la opinión de ésta.

En la fase de ejecución de la pena de prisión también existe la valoración de los efectos que se consiguen a través de la mediación. En concreto, en el ámbito penitenciario, a través de un instrumento de medición de la peligrosidad denominado “Tabla de variables de riesgo” con el que trabajan las Juntas de Tratamiento de los Centros Penitenciarios al estudiar la posibilidad de conceder permisos, progresiones de grado, adelantar el tercer grado y conceder la libertad condicional, se toma en consideración la asunción por el infractor de la responsabilidad por el hecho delictivo cometido; esta circunstancia es clave en el proceso de mediación. Asimismo en este ámbito penitenciario también se debe tomar en consideración la satisfacción de la responsabilidad civil, la petición de perdón a las víctimas (arts. 72.5º y 6ª LOGP²³⁴) y expresamente conforme a lo dispuesto en el art. 91.2º CP²³⁵, haber participado en programas de reparación a las víctimas.

²³⁴ Art. 72.5 LOGP: “La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición. (...)”. En el apartado 6º se recoge: “Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo (...),

Estas figuras que se acaban de relacionar permiten dotar de “efectos jurídicos a la mediación”, pues son diversas las consecuencias jurídicas que se derivan de su aplicación desde el punto de vista del infractor y desde la perspectiva de la víctima en la medida en que en ellas se tiene en cuenta su satisfacción y reparación. El resultado obtenido con la introducción del proceso de mediación en el procedimiento penal puede implicar la aplicación de alguna o de varias de las consecuencias expuestas, según la fase procesal en la que se encuentre por el Juez Instructor en el caso de juicio de faltas o de las diligencias previas o sumario; por el Juez de lo Penal o por las Secciones penales de las Audiencias Provinciales en el caso de los procedimientos abreviados o juicios ordinarios; por los Jueces de ejecuciones penales en el caso de las ejecutorias (suspensiones o sustituciones de las penas de prisión); por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en el caso de los expedientes de vigilancia penitenciaria (permisos, grado, libertad condicional); por la Junta de Tratamiento y los Equipos Técnicos de los centros penitenciarios en el caso de los informes, y finalmente, por el Ministerio de Justicia en el caso de los indultos. También el resultado puede traducirse en la libre absolución o el archivo de las actuaciones, lo que sucede en mayor medida en los juicios de faltas.

Por razones sistemáticas considero más oportuno hacer una detallada descripción del proceso de mediación en los distintos procedimientos penales y sus fases al final de este capítulo, una vez que se hayan solventado los cuestionamientos que surgen de dialogar con

requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonios presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios terroristas (...).”

²³⁵ Art. 91.2° CP: “... Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso”.

las situaciones más problemáticas desde el punto de vista jurídico. No obstante, en este momento, y a fin de encuadrar los siguientes temas, considero importante hacer una breve y genérica descripción del proceso de mediación. En los protocolos de actuación que se vienen aplicando en la actualidad –cuestión distinta será en la propuestas de *lege ferenda*–, la mediación comienza con la selección del caso por parte del Juez; posteriormente se ofrece a las partes implicadas –primero a los infractores y una vez que éstos consienten a los perjudicados– y a sus letrados la posibilidad de participar en el mismo, quienes deben prestar su consentimiento libre y voluntariamente. Se remiten al equipo mediador una serie de documentos (copia de denuncia, declaraciones, informes médicos, etc.) según los casos. Ese experto o grupo de profesionales se entrevistará, en privado, con la persona denunciada, imputada, procesada, acusada o condenada –en adelante infractor–, según la fase procesal en la que nos encontremos²³⁶. A partir del resultado de esas entrevistas, el mediador podrá considerar la eventualidad de llevar a cabo la mediación directa o indirectamente, según estime oportuno o no confrontar personalmente a las partes en un encuentro personal y directo²³⁷.

²³⁶ En la tercera parte del trabajo, cuando desarrolle el modelo de proceso de mediación que propongo, se explicarán las razones que aconsejan el orden de actuación referido, es decir, realizar en primer lugar la entrevista con la persona infractora y posteriormente con la víctima.

²³⁷ Lo ideal es que se produzca el encuentro físico entre las partes, pero en algunos de los casos, esto puede resultar contraproducente, porque las partes desean poner fin a la controversia que les enfrenta jurídicamente, pero coincidir en el mismo espacio físico, puede estropear esta buena voluntad dado el enquistado conflicto que viven y la mala comunicación que hay entre ellas. Por ello, en estos casos, que sobre todo suelen darse en juicios de faltas –conflictos vecinales y de pareja– o en delitos en los que las partes han tenido una relación afectiva, es aconsejable recurrir a las mediaciones indirectas, que como demuestran los datos estadísticos arrojan datos positivos tras esta práctica. Véase a este respecto el informe de VVAA titulado “Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia. 2005-2008, que puede consultarse a través de la página web del consejo general del poder judicial y el informe de VARONA MÁRTÍNEZ titulado “Justicia restaurativa a través de los servicios

Cuando el mediador considere que ambas partes están preparadas para ello, y si los intervinientes aceptan, les invitará a realizar una sesión conjunta denominada encuentro dialogado. Una vez reunidos los intervinientes con el mediador, se tratará de abordar diversas cuestiones que variarán en función de las circunstancias del caso y la actitud de los participantes, entre las que no pueden faltar los hechos y los motivos relacionados con la comisión de la falta o el delito y el modo en que pueden ser reparados los perjuicios causados.

Como resultado final de ese encuentro dialogado entre la persona víctima y la persona infractora, se elaborará y firmará por todas las partes un acta conteniendo los acuerdos adoptados o acta de reparación que, junto con un informe del mediador, se entregará al Juzgado o Tribunal para su traslado al Ministerio Fiscal, a las Acusaciones Particulares, si es que las hubiere, y a los Letrados defensores. Una vez el Juez tenga en su poder ese informe y el acta de acuerdos adoptados, habrá de adoptar las resoluciones oportunas para obtener su ratificación. Citará a las partes para que se verifiquen si mantienen dicho acuerdo, observará y constatará su efectivo cumplimiento y escuchará las pretensiones del Fiscal y de los letrados defensores en torno a las consecuencias penológicas que cada uno proponga.

En función del acuerdo alcanzado y de su cumplimiento, el Juez podrá —según el tipo de procedimiento o la fase procesal en la que nos encontremos— dictar sentencia absolutoria en los juicios de faltas²³⁸,

de mediación penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad”, que puede consultarse a través de la página web del gobierno vasco.

²³⁸ Puesto que muchos de los acuerdos a los que se llega en mediación en juicios de faltas es retirar la denuncia, lo que supone, que se dicte una sentencia absolutoria, bien porque ninguna de las partes acude al juicio oral, o bien, porque por medio de una comparecencia retiran la denuncia y anuncian su intención de no acudir al plenario.

dictar sentencia condenatoria de conformidad con la pena rebajada, bien en fase de instrucción o en fase de enjuiciamiento, o dictar auto de suspensión o sustitución de la pena, en fase de ejecución de sentencia. También puede suceder que exista una sentencia condenatoria de contradicción, dictada tras un juicio desarrollado de forma ordinaria, bien por no existir identidad entre los hechos que está dispuesto a admitir el imputado como de su responsabilidad y los contenidos en el escrito de acusación del Ministerio fiscal, o bien porque el Juez pueda eventualmente estimar que la conformidad prestada no alcanza el canon mínimo exigido para considerarla válidamente emitida, o que los términos pactados —en cuanto a la calificación jurídica de los hechos o las consecuencias penológicas— no se ajustan a la legalidad. Tras haber finalizado la mediación con éxito, esto no suele suceder, pero al ser una posibilidad que puede existir, hay que mencionarla.

Al proceso descrito se le pueden realizar una serie de cuestionamientos que desde el punto de vista penal, procesal y constitucional necesitan ser abordados para validar el modelo y realizar las oportunas aportaciones de *lege ferenda* que en mi opinión deberían venir recogidas en la futura regulación procesal.

3. Principios informadores del proceso de mediación penal y su relación con los derechos fundamentales y las garantías del proceso.

Existen distintas apreciaciones acerca del concepto de mediación en función de las diferentes escuelas teóricas²³⁹ o modelos de aplicación

²³⁹ Existen tantos tipos de mediación como mediadores y conflictos, pero sí se puede afirmar que existen cuatro modelos o escuelas teóricas de mediación: **A) el modelo Harvard**, que tiene su origen en la Harvard Negotiation Project de la Facultad de Derecho y se centra en entender la mediación como una técnica de negociación asistida por terceros y cuya finalidad única es la resolución del conflicto centrándose únicamente en los intereses de las partes. Se dice de este modelo a modo de crítica

práctica. Pese a ello, existe unanimidad en la doctrina a la hora de reconocer la presencia de ciertos principios inherentes al proceso de mediación sin los cuales no podría ser concebida

Parece obligado defender que si la mediación penal viene a insertarse en el procedimiento penal como un instrumento al servicio de fines declarados —de manera paradigmática la reparación integral de la víctima y su tratamiento institucional con la dignidad que merece— tal mecanismo no debe poner en cuestión ni comprometer el sistema de garantías establecido tanto para amparar los derechos de quien resulta perseguido criminalmente como para proteger los derechos del perjudicado por las infracciones penales. Por ello, se contemplará el sentido de cada uno de estos principios informadores a la vista y en relación con los derechos fundamentales y con las garantías del proceso contenidos en el artículo 24 de nuestra Constitución²⁴⁰. El principal es

que no bucea en la raíz del conflicto, sino que únicamente atiende a fines utilitaristas. **B) el modelo circular normativo**, creado por Sara Cobb, que se centra en la comunicación e interacción de las partes, no persiguiendo como fin la solución del problema, sino la pacificación de las relaciones entre las partes, teniendo como consecuencia la solución del conflicto. Recibe la crítica de ser un modelo excesivamente terapéutico. **C) el modelo transformativo**, que tiene su origen en Folger y Bush y que se fundamenta en que el conflicto debe utilizarse para fomentar la transformación humana a través del *empowerment y la recognition*, buscando un retorno a las ideas de la comunidad y de bien común. Recibe como críticas la carencia de la idea de lo justo en general y de lo justo en particular. **D) el modelo tópico**, postulado por Bandieri, en el que es fundamental la búsqueda del sentido común como camino razonable hacia la solución del conflicto. El desarrollo a fondo de cada uno de estos modelos lo podemos encontrar en OTERO PARGA: “Los modelos teóricos de la mediación” en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 158 y ss.

²⁴⁰ Art. 24 CE: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

el derecho a la presunción de inocencia. Como veremos en su momento, la mediación puede desarrollarse en cualquier fase del procedimiento penal. Y, exceptuando la mediación en fase de ejecución, si se desarrolla antes del dictado de la sentencia, se está comprometiendo la presunción de inocencia en su vertiente de regla de tratamiento porque al denunciado, imputado o incluso al condenado por sentencia no firme hay que tratarle como inocente. Estas son nuestras reglas. Las reglas del Estado de Derecho. Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia representa –como ya defendió MONTESQUIEU no sólo garantía de seguridad sino también de libertad porque “cuando la inocencia de los ciudadanos –decía en “el espíritu de las leyes”– no está asegurada, tampoco lo está su libertad”. Así pues, todo aquel contra quien se dirige un proceso penal en un Estado de Derecho ha de tener la seguridad y la confianza de que mientras se tramita la causa será tratada como un ciudadano inocente por la jurisdicción penal.

Por este motivo, junto al desarrollo de otros principios específicos de la mediación se hace importante una reflexión específica sobre este derecho fundamental y su desenvolvimiento en el proceso de mediación.

a) Principio básico: Respecto escrupuloso al derecho a la presunción de inocencia.

La decisión de las personas imputadas en un proceso penal, de iniciar, mantenerse o abandonar una mediación en el seno de aquel, debe ser garantizada en todo momento, no sólo formalmente, sino dotándola de un contenido material de respeto absoluto a los derechos fundamentales, sin que éstos puedan sufrir limitación o devaluación alguna. La mediación penal fracasará en lo que representa de una nueva concepción del derecho penal y de ampliación y replanteamiento de sus fines, sin merma de las garantías sustantivas y procesales que nos ha legado el derecho penal liberal, si no se hace frente a ese riesgo.

A continuación haré mención a algunas de las garantías que sirven para asegurar el respeto al derecho fundamental a la presunción de inocencia:

– **Confidencialidad de los datos conocidos en las sesiones de mediación.**

Aunque a este principio le dedicaré un apartado independiente, resulta conveniente hacer aquí referencia a este principio en cuanto sirve para garantizar la presunción de inocencia.

La confidencialidad debe quedar recogida en el documento de consentimiento informado que se lee y entrega para su firma a las partes intervinientes al inicio del proceso mediador. Con él, surge el compromiso de la víctima, del acusado y del profesional de la mediación que intervenga de no utilizar datos que se hayan conocido en las sesiones de la mediación en caso de que ésta no llegue a finalizar con éxito.

Qué puede suceder si un infractor reconoce durante el encuentro dialogado con la persona víctima que realizó los hechos, dando todo tipo de detalles sobre los mismos y el día del juicio, tras manifestar que no ha cumplido el acuerdo pactado decide acogerse a su derecho a no declararse culpable y pedir su libre absolución y la víctima quiere utilizar su conocimiento de los hechos recabado durante el proceso de mediación para hacer saber al Juez que el infractor reconoció su responsabilidad como instrumento de prueba contra el acusado. Si la persona víctima escuchó de la persona infractora que sí había cometido el hecho, dando detalles concretos, y la víctima que no estuvo presente en la comisión de los hechos quiere contar a la Sala lo que manifestó el acusado, el Juez no debería dejar a la víctima hablar sobre el contenido de las sesiones, sino limitar a ésta que cuente lo que presenció sobre los hechos que sufrió. Es cierto que para la víctima puede ser sumamente

doloroso presenciar la mentira tras haber oído la verdad y entender que el juez no pueda condenar, pero ese es un riesgo que conlleva la mediación y que aún no se ha dado. Considero que la víctima hablará del contenido de las sesiones si se le pregunta. Si no, no lo hará. En este sentido de *lege ferenda* que debería regularse que precediendo un proceso de mediación –cualquiera que haya sido su conclusión– las partes se abstendrán de formular preguntas que tengan que ver con el desarrollo de las sesiones de mediación y, de realizarlas, el Juez no las considerará pertinentes (en consonancia con el apéndice 2 de la R (99) 19 del Consejo de Europa). En caso de que no se regulara así o hasta que se reglamente de algún modo la mediación en el derecho positivo, entiendo que lo que pueda afirmar la víctima en el acto del juicio oral sobre lo que dijo u oyó de boca del imputado en unas determinadas condiciones y circunstancias muy particulares, si no es simultáneamente admitido por el acusado, tendría un valor probatorio de cargo insuficiente por sí mismo, salvo que viniera corroborado y avalado por otros elementos de prueba válidamente incorporados al material probatorio.

Mayores inconvenientes pueden surgir a partir de otra situación diferente: la que puede producirse en aquellos casos en los que ha habido acuerdo de reparación (que lleva inherente de algún modo el reconocimiento de hechos) firmado por las dos partes y un informe del mediador participando al órgano judicial el resultado de la mediación en este caso, incorporado a las actuaciones, y antes o en el momento mismo de la ratificación de esos acuerdos ante el juez, alguno de los intervinientes decide no seguir adelante con el proceso mediador. Parece claro que, en este supuesto, se habrá de atender a los principios generales que informan la producción de las pruebas válidas para confirmar la hipótesis acusatoria y destruir la presunción de inocencia, que en esencia exigen que los documentos incorporados a los autos puedan ser valorados sólo y en la medida en que su contenido se

ratifique a presencia judicial o se someta al debate contradictorio del juicio oral para su lícita incorporación al material probatorio, en la forma y en el momento procesal adecuado²⁴¹. Dicho de otro modo, las expresiones vertidas verbal o documentalmente en el acta de reparación únicamente tendrán valor de prueba si son ratificadas como tales por la víctima y el acusado en el acto del juicio oral. En este sentido, la utilización como material probatorio, fundamentalmente en sentido incriminatorio, de las manifestaciones vertidas en el procedimiento de mediación o en el acta por la que se le ponga fin, requerirá el consentimiento de ambas partes, no solo de una de ellas, ya que de lo contrario podría conducir a que la parte acusadora prestase su consentimiento unilateralmente para que se utilizase lo manifestado en la mediación como prueba de cargo. Esto, además de poner en riesgo el derecho a la presunción de inocencia, desincentivaría a la parte acusada para acudir a la mediación, ante el riesgo de que su conclusión sin éxito pudiese utilizarse como incriminación o prueba de cargo. En este sentido, habría que pensar si una vez regulada legalmente la mediación debería tipificarse esta conducta como falta de violación de secretos.

-Imposibilidad de utilización del mediador como prueba testifical.

El mediador debe quedar amparado por el secreto profesional, salvo que fuera llamado para aclarar aspectos relativos a la disposición positiva del infractor para compensar a la víctima en el caso de mediación con éxito, o sin él, que no contase con colaboración de aquella. Tampoco puede utilizarse el testimonio de otras personas ajenas al proceso penal que estuvieran vinculadas al conflicto y que hubieran podido participar en la mediación. Se garantiza de esta forma

²⁴¹ No bastando, como tiene declarado el TC la fórmula retórica y hueca tan usada en el foro de “tener por reproducida la documental” –SSTC, a partir de la 31/1981, y entre otras, 9/1984, 100/1985, 145/1985, 153/997, Auto TC 205/2001–.

que si alguna de las personas intervinientes en la mediación quiere desistir de la misma antes del inicio del juicio oral, tanto si se ha llegado o no a un acuerdo, ni el juez, ni el fiscal, ni abogados acusadores o defensores, pueden utilizar datos referidos a los hechos o expresión alguna recogida en el acta de acuerdos. En todo caso, el estatuto del mediador es distinto del que disciplina el comportamiento, derechos y obligaciones del testigo o perito, y más aún del acusado. Incluso no contemplado estatutariamente, ni de forma expresa en las leyes procesales, no parece aventurado afirmar que el mediador está amparado por el secreto profesional, y dispensado de declarar acerca de lo conocido con ocasión del ejercicio de su cargo u oficio, conforme contempla el art. 416.2 LECrim para el abogado.

– El Juez no puede conocer el contenido de la mediación hasta el desarrollo del juicio oral.

El Juez no puede tener conocimiento del contenido del proceso de mediación hasta el juicio oral, momento en el que conoce el acta de reparación firmada por las partes, para evitar su posible “contaminación”. De esta situación se deriva la exigencia de que en el acta de acuerdos no se recoja el reconocimiento de los hechos por parte del acusado²⁴², sino únicamente el contenido de la reparación, evitando así que pueda ser utilizado en el proceso.

²⁴² En cuanto al contenido del acta de reparación y más en concreto, la mención expresa y más o menos extensa del reconocimiento de hechos en el acuerdo final, entiendo que ha de primar la flexibilidad como principio informador de la mediación²⁴². Hay casos –seguramente los más– en que por diversos factores será conveniente y aconsejable que se plasme la declaración de responsabilidad del infractor respecto de los hechos que –consensuados con la víctima– integren el ilícito, con el fin de aproximar a ambos a una verdad común, mutuamente admitida. Pero eso no excluye que puedan darse otros casos en que no resulte imprescindible²⁴². Ni tampoco implica que los hechos fijados y admitidos bilateralmente por los intervinientes tras el proceso de mediación culminado en acuerdo coincidan literalmente con los determinados y calificados jurídicamente por el juez o la acusación.

Ahora bien, no se puede olvidar que un acta firmado por el acusado en el que se acepta un compromiso de obligación reparadora contiene un indicio de participación en los hechos. Pensemos en las situaciones en que la persona acusada desiste de la mediación finalizada con éxito y que desea tener un juicio con todas las garantías, pero ha expresado un reconocimiento de su participación en los hechos objeto de acusación del fiscal; ¿estos hechos pueden formar parte de la convicción judicial para fundamentar una sentencia condenatoria?, ¿en caso de recurso contra la sentencia, el Tribunal “ad quem” puede utilizar datos recogidos en ese acta para tomar una decisión? Podría pensarse que la mediación no supone actividad probatoria, pero haberla iniciado puede constituir una conducta procesal externa y objetiva que no significa necesariamente que se admita la culpabilidad²⁴³, pero podría ser valorada como indicio de culpabilidad por el juzgador, como quien devuelve el automóvil del que se apropió, o dice ser drogodependiente y devuelve una cantidad de dinero coincidente con la del daño sufrido por la víctima. No obstante, hay que tener en cuenta que la participación voluntaria en el proceso de mediación no supone en sí y por sí solo concretar los elementos del tipo, ni la culpabilidad del imputado ni su grado de responsabilidad. Puede suceder, y a menudo así acontece²⁴⁴, que a través del encuentro dialogado se descubra otra “verdad” que

²⁴³ Por lo demás, hay que tener en cuenta también que derivar a mediación en sí mismo puede a la postre no significar nada porque no asegura que se inicie el proceso (eventualidad que sólo está en manos de las partes) ni incide en la tramitación de la causa penal (como hemos visto más arriba al hablar del modo en que se inserta la mediación en el procedimiento penal).

²⁴⁴ En la práctica ha llegado a suceder. Recuerdo que en un caso en que intervine como mediadora, reunidos el acusado de un delito de lesiones y la víctima, ambos coincidieron en que el golpe había sido dado con el puño desnudo, sin utilizar –como se afirmaba en el acta de acusación– un puño americano, y que aunque el acusado llevaba un anillo –una alianza–, lo portaba en la otra mano, precisamente con la que no golpeó a la víctima. Eso implicó modificar la calificación jurídica de los hechos, que habían sido calificados por el Ministerio Fiscal como delito de lesiones empleando instrumento peligroso, y consecuentemente, rebajar la pena solicitada.

conforme otro relato de los hechos, y que implique una modificación en la calificación jurídica que puede llevar dependiendo de la fase del proceso bien a una nueva calificación, bien a un sobreseimiento. También puede ocurrir que el imputado asuma su participación en los hechos, pero no su tipología, o que alegue la presencia de circunstancias que exculpan o devalúan su comportamiento, discutiendo el grado de su responsabilidad. Por otro lado, asumir voluntariamente la reparación a la víctima no tiene por qué implicar aceptar la acusación del fiscal en todos sus extremos, o incluso en ninguno²⁴⁵.

Por tanto, pienso que el Juez no puede basar en esta circunstancia de participación en un proceso de mediación, la motivación de una eventual sentencia condenatoria, como tampoco lo hace con ninguna otra prueba ilícitamente obtenida, por más que pudiera tener la subjetiva e irrelevante (a efectos jurídicos), íntima convicción de la culpabilidad de la persona acusada o, de la misma forma cuando en la práctica es testigo, con frecuencia, de conformidades frustradas antes del juicio, entre el fiscal y la defensa. Únicamente puede ser tomado en consideración el conjunto del material probatorio que aparezca en las sesiones del juicio oral y que se presente con todas las garantías jurídicas. Sería conveniente que por ley se fijase la imposibilidad de tal valoración. No obstante, hasta que este extremo quedase absolutamente claro, sería conveniente que cuando se instruya de los derechos a la persona detenida –arts. 118 y 520 LECrim.– se haga especial hincapié en la naturaleza, fines y consecuencias de la mediación en todos sus extremos, informando sobre la posibilidad, extrema, pero posible, de que el abandono de una mediación una vez firmada el acta de acuerdos,

²⁴⁵ PÉREZ SANBERRO: *Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999, pág. 381.

puede generar un juicio genérico de participación en los hechos objeto de acusación. Esta información debe volver a reiterarse en la primera entrevista de la mediación cuando vaya a firmar el documento de consentimiento informado.

Por tanto, se dejaría para el acto del juicio oral la expresión y reconocimiento de los hechos, así como la asunción de responsabilidad por parte del acusado. Hasta ese momento, el mediador asume una importante función de garantía, así como los letrados personados y, sobre todo, el Ministerio Fiscal que sería el encargado de llevar el control de la admisión legal de la conformidad sin perjuicio de las facultades que al juez otorga el art. 787.2 y 3 LECrim.

Llegado el día del juicio, en que el juez conoce por primera vez los hechos, puede ocurrir que ambas partes aceptan que los hechos han sucedido de otra forma a la reflejada en el escrito de acusación del fiscal, o la forma de participación, o la concurrencia de una circunstancia que modifique la responsabilidad. Se trata –aquí, sí– de un “problema” específico de la mediación penal en fase de enjuiciamiento y se resuelve de forma más sencilla de lo que parece si se siguen las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal combinadas con el comportamiento adecuado por parte de los operadores jurídicos en los casos de mediación previa. Iniciado el acto del juicio, el Juez se asegura de constatar esencialmente: 1) que subsiste la voluntariedad de las partes llegado el día del señalamiento, 2) el esfuerzo reparador realizado por el acusado y 3) si aquél le resulta suficiente a la víctima. Si todo está en orden, a continuación se dará lectura –como siempre ha de hacerse– a la Conclusión 1ª del acta de acusación del ministerio fiscal y el acusado podrá manifestar si se reconoce o no responsable de los hechos que se le han leído. Si hubiera discrepancias corresponderá al Juez decidir si afectan de manera sustancial a la calificación jurídica que sostiene la acusación. Si no las considera relevantes en tal sentido,

se seguirá el juicio adelante (modificando, en lo que fuera necesario, la conclusión 1ª); si estima que lo son, se entrará a juicio para despejarlas, pero no se tratará en ninguno de los dos casos de un “pseudjuicio” sino del juicio oral seguido por los trámites bien del art. 787 o bien del art. 788 y ss.

Y para concluir este subtítulo sobre la presunción de inocencia, quiero traer a colación lo manifestado por los autores que han dedicado sus investigaciones a la justicia restaurativa y a la mediación penal, y que se sintetizan con la siguiente afirmación: la presunción de inocencia no es más que una manifestación del más amplio derecho a la tutela judicial efectiva y éste no se vulnera cuando voluntariamente se acepta participar en el proceso de mediación²⁴⁶.

b) La voluntariedad

La voluntariedad es el primer y fundamental requisito para iniciar un proceso de mediación. A ella acuden las partes enfrentadas por el delito –persona víctima y persona infractora– de forma voluntaria, bien porque así lo soliciten expresamente o bien por derivación del órgano jurisdiccional. Se admite de forma pacífica y consensuada que la mediación requiere de la voluntad de las partes para constituirse en sujetos activos de la misma²⁴⁷. Sin este ingrediente, la mediación estará

²⁴⁶ PALMA CHAZARRA: *La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*, Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2007, pág. 592; GORDILLO SANTANA: *La justicia restaurativa...*, pág. 199 y PÉREZ SANZBERRO: *Reparación y conciliación...*, págs. 373 y 392-398 y CARRASCO ANDRINO: “La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación” en *La mediación del delincuente-víctima en USA*, Jueces para la democracia, número 34, marzo, 1999, pág. 80, entre otros.

²⁴⁷ GORDILLO SANTANA: *La justicia restaurativa...*, pág. 199 y PÉREZ SANZBERRO: *Reparación y conciliación...*, pág. 172.

abocada al fracaso²⁴⁸, no sólo por la eficacia que se deriva de las propias características de este sistema de resolución de conflictos, sino también desde el punto de vista de las garantías jurídicas. Respecto del primer aspecto, como dice GORDILLO: “*precisamente su éxito radica en la libertad, la autonomía y la voluntad de las partes para intentar llegar a una solución dialogada. Sólo así podrá darse la garantía de que el acuerdo que se alcanza tras el proceso sea efectivamente cumplido*”²⁴⁹. Porque, en efecto, la voluntariedad también incide en el éxito del proceso. La esencia de la mediación es el cumplimiento voluntario de aquello que se acuerda también voluntariamente²⁵⁰. Por otro lado, y desde un punto de vista estrictamente jurídico, la voluntariedad, desde el conocimiento informado del proceso, rige durante toda su duración e implica que ambas partes conservan durante todo el proceso el dominio sobre su presencia y su participación activa en el mismo. Por ello, no se necesita alegar ni justificar causa alguna para abandonarlo.

La participación de la víctima y el infractor, además de ser voluntaria, ha de ser **informada**²⁵¹. Las partes han de ser debidamente informadas de las consecuencias de su participación, sólo así quedará verdaderamente garantizada la voluntariedad. Esta información debe tener un doble contenido, por un lado, el del desarrollo y eventuales consecuencias del procedimiento penal y, por otro, el del significado, trascendencia, alcance, consecuencias y derechos que asisten a los

²⁴⁸ RÍOS MARTÍN, PASCUAL RODRÍGUEZ, BIBIANO GUILLÉN y SEGOVIA BERNABÉ: *La mediación penal y penitenciaria...*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 100.

²⁴⁹ GORDILLO SANTANA: *La justicia restaurativa...*, pág. 199 y s.

²⁵⁰ MEJÍAS GÓMEZ: *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho, Madrid, 2009, pág. 35.

²⁵¹ SÁEZ RODRÍGUEZ (Coord): *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria...*, pág. 319.

intervinientes²⁵² si deciden iniciar el proceso de mediación. Además debe quedar claro no sólo que ambas partes participan sin ningún tipo de presión, sino también que son conocedoras de la facultad que siempre conservan de que en caso de abandono por decisión propia pueden resituarse procesalmente en la fase del procedimiento penal que corresponda, sin que esto les depare ningún tipo de perjuicio ni sustantivo ni procedimental. A estos efectos, corresponde al Juez (o, en su caso, el Fiscal), a los letrados que intervienen en la causa (especialmente el de la defensa y eventualmente, el de la acusación), y en todo caso al mediador garantizar la participación espontánea y responsable del infractor y de la víctima en el proceso de mediación y en este sentido deberán ocuparse de informarles de manera clara y exhaustiva de sus derechos y facultades, de las características y objetivos de la mediación reparadora, así como de la posibilidad que en todo caso les asiste de poner fin al proceso en cualquier momento²⁵³.

Llegados a este punto, se debe ser conscientes de la presencia de una serie de **riesgos** tal y como ha ocurrido con la aplicación práctica del instituto de la conformidad procesal. Los que estamos trabajando en el sistema penal como abogados podemos observar que su aplicación generalizada puede llegar a vulnerar el principio de culpabilidad y el derecho a un juicio justo, en tanto que la no participación en la

²⁵² Por ello a las partes en la entrevista individual —en la fase de información o pre mediación— y antes de dar comienzo a la entrevista de la fase de acogida, se les entrega un documento que han de firmar, por medio del cual se trata de asegurar y documentar, con carácter previo, ambas circunstancias: la información y la voluntariedad. Sin el consentimiento informado no se inicia la mediación. Tal documento también es suscrito por el mediador, pues éste tiene el deber de informar y de cerciorarse sobre la certeza de la concurrencia de esa voluntariedad.

Este tipo de documento está incorporado a los Anexos de este trabajo de investigación.

²⁵³ Una de las conclusiones del seminario organizado por el CGPJ y la FGE celebrado en octubre de 2006 y publicado en *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Estudios de derecho judicial, 2007, pág. 645.

conformidad, de hecho, puede suponer, de forma muy sutil, pero real, una agravación en forma de valoración negativa que se traduzca en un incremento del reproche punitivo²⁵⁴. El fundamento de la conformidad, además de premiar la expresión de la verdad, conlleva a nivel institucional un agradecimiento por descargar de trabajo a la administración. Pero ese premio es tan relativo que solamente se traduce en la solicitud por el fiscal de la pena mínima dentro del marco legal, o en caso de juicio rápido, la reducción de 1/3 de la pena. En el primer caso no es un premio, salvo que, a quien no participe, se le solicite una pena más elevada, pues es práctica habitual que el Ministerio Fiscal en el escrito de calificación provisional la sobrecargue para potenciar la conformidad y ofrecer, así, una sensible rebaja. Es decir, se castiga la no participación en la conformidad, lo que obliga a muchas personas acusadas ante la elevada pena solicitada por el fiscal, eso sí, dentro del marco penal, a conformarse y declarar su culpabilidad sin juicio, para obtener el beneficio de la mínima. Por otro lado, en la práctica cotidiana se ha llegado a una situación inadmisibles: la no voluntariedad de participar en la conformidad procesal se ha tenido en cuenta en la individualización de la pena. El Tribunal Constitucional se ha manifestado sobre la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva –art. 24.1– en relación con el derecho a no declararse culpable –art. 24.2 CE–(STS 75/2007, de 16 de abril); y casa la sentencia en la que se optó por no rebajar la pena solicitada por el Ministerio Fiscal, toda vez que “si hubieran reconocido los hechos, o al menos no hubieran negado los más evidentes, y no hubieran obligado a hacer un juicio larguísimo se justificaría el “que se les tratara con más magnanimidad”. No se pueda basar la pena impuesta en el ejercicio de

²⁵⁴ DEL MORAL GARCÍA: “Voluntariedad y penalización” en Respuestas de los expertos en *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 382 a 389.

los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Esta misma situación puede ocurrir con la puesta en práctica de la mediación. No se debe crear una situación en la que el infractor se pueda sentir sutilmente obligado a participar en una mediación si percibe que su negativa se puede traducir en una situación más perjudicial que si continua por el trámite ordinario.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el derecho a la información sirve a los **finés del proceso** tanto desde la perspectiva del respeto a los derechos y garantías del imputado como de los de la víctima. El derecho del acusado de ser debidamente informado de los términos de la acusación es una garantía del proceso penal en los estados de derecho que intenta establecer un equilibrio entre la acusación y el acusado, posibilitando que éste conozca los hechos cuya responsabilidad se le atribuye haciendo posible el derecho de defensa. Pues bien, tal garantía procesal —en origen pero con amplias implicaciones sustantivas derivadas— no resulta en modo alguno alterada por la mediación que no sólo no obstaculiza la instrucción de los derechos ni la comunicación de los actos procesales relevantes en la tramitación de la causa sino que, por el contrario, desde el momento en que supone la utilización de un mecanismo de comunicación y diálogo más detallado que la mera transmisión rutinaria de derechos, del contenido de la imputación o de la notificación de actos procesales, el infractor siempre logrará un conocimiento más amplio y completo de lo que se le pretende trasladar.

Desde el punto de vista de la víctima, la información es todavía hoy en nuestro sistema de justicia convencional la gran “asignatura pendiente”. Se puede decir que la víctima es la gran “desinformada” del proceso. Recibe el ofrecimiento de acciones en el Juzgado y las comunicaciones judiciales en su domicilio en un lenguaje lejano y críptico que en la mayor parte de los casos no logra entender; desconoce

el significado y alcance de los actos procesales que siguen a la denuncia o a su participación en el proceso penal y lo más probable es que ignore también el resultado final del juicio y las consecuencias que de ello se derivan. Salvo que se haya constituido en acusación particular, podemos decir que la víctima transita en solitario y muy a menudo en desamparo a lo largo del procedimiento penal convencional.

Así las cosas, la voluntariedad informada que incorpora la mediación intraprocesal en el procedimiento penal de adultos va a suponer para la víctima, además del resto de ventajas de que venimos hablando, una notable mejora en su tratamiento personal y procesal, la oportunidad de ser oída y atendida en sus individuales y particulares circunstancias, y a su vez que pueda comprender y entender de forma más clara y directa el funcionamiento del procedimiento penal y del papel de los diversos operadores jurídicos que en él intervienen, desde el Juez, al Ministerio público; asimismo, se le permite conocer el contenido del escrito de acusación y la reacción del Estado ante su particular conflicto, y finalmente, en su caso, la sentencia que se dicte y las eventuales consecuencias que de ella se deriven en su favor²⁵⁵.

²⁵⁵ Desde mi profesión de abogada y mediadora creo importante resaltar en este punto el modo en que me es posible advertir que se acercan las víctimas al procedimiento penal. Por un lado, es fácil comprobar que el desconocimiento —obvio y natural, por otra parte— de la materia procesal en el que se encuentran incrementa la necesidad de información que demandan. Muchas de las víctimas —la mayoría— no entienden qué es el ofrecimiento de acciones (en algún caso se ha identificado el término “acciones” con “títulos valores”, dando lugar a un malentendido inocuo y hasta chistoso, pero en la mayor parte de los casos la ignorancia de su significado y trascendencia genera inquietud y ansiedad) dada la complejidad de los términos legales que se les traslada, y la situación de premura y rapidez con que se suele realizar su lectura en las oficinas judiciales. Por otra parte, desconocen cuál es la función del Ministerio fiscal y el significado del escrito de acusación, no se les da a saber tampoco los hechos exactos por los que se pretende enjuiciar al infractor y la sanción que se pretende le sea impuesta que —una vez conocida— en numerosos casos les sorprende y consideran excesiva y desproporcionada. En este sentido, es también muy destacable que la idea general y acríticamente aceptada, incluso por numerosos operadores jurídicos, de la víctima vindicativa y resentida es un lugar común que, desde la práctica de la mediación penal, bien pronto se percibe errónea y

Además de estas cuestiones, el tema de la voluntariedad de la participación viene anudada a una serie de cuestiones de trascendencia jurídica; estas cuestiones son las siguientes:

¿Se puede **subrogar** la voluntariedad? Si la víctima o el infractor no pueden acudir físicamente a las sesiones del proceso de mediación y se hacen representar por alguna persona de su confianza actuando en su nombre, ¿sería válido el consentimiento prestado en el proceso por ese tercero?

Como regla general deben participar las partes directamente implicadas en el delito, es decir, infractor y víctima. En el caso de la persona infractora no caben excepciones: ha de ser siempre la que participe directamente en el proceso no pudiendo en ningún caso ser representada o sustituida por terceros, puesto que el hecho de participar en el proceso de mediación penal le va a generar una serie de beneficios, pero también a su vez, le va a irrogar un perjuicio claro: una sentencia, en la mayor parte de los supuestos condenatoria, lo que requiere que ese consentimiento sea personal y directo, consecuencia de su participación personal en el proceso de mediación. Si no pudiese acudir a las sesiones, cabe posponer el desarrollo del proceso (en aplicación del principio de flexibilidad que informa la mediación, como veremos más adelante), informando de dicha circunstancia a los demás intervinientes —víctima, juzgado, fiscal y letrados— y obtener la ampliación del plazo que sea precisa, siempre dentro de unos de unos límites temporales establecidos, para concluir la mediación²⁵⁶. En el

merecedora de revisión. Sólo hay que crear las condiciones para que las víctimas se expliquen y manifiesten sus deseos e intereses para constatar hasta qué punto buena parte de las medidas que se adoptan pensando en ellas —pero sin oírlas— se nutren de tópicos y no responden a sus auténticas necesidades.

²⁵⁶ El informe de actividad de las experiencias piloto en mediación penal realizadas durante el periodo de 2005 a 2008 (SPCGPJ), y la Memoria del SVM hacen referencia a las tres fases básicas por las que discurre el proceso de mediación penal:

caso de que el infractor esté en prisión, y no se acordase su traslado hasta el lugar donde se desarrolla el proceso de mediación, podrían los mediadores trasladarse hasta el centro penitenciario con el fin de llevar a cabo las entrevistas individuales. Sin embargo, el encuentro dialogado con la víctima, se tendrá que llevar a cabo, por regla general, fuera de prisión, y por lo tanto llegado este momento el traslado devendría obligatorio. Pero en unos u otros casos de los expuestos, la participación de forma directa de la víctima es obligada

Para las víctimas, dada la flexibilidad que rige el proceso de mediación penal, sí cabe admitir su participación por medio de representantes. De hecho puede suceder y desde la experiencia se puede afirmar que es igualmente eficaz y satisfactorio para los

la fase de acogida y encuentro dialogado, la fase de acuerdo y la fase de reparación. En las experiencias de mediación analizadas en el primero de dichos documentos, desde la derivación al Equipo de Mediación hasta la finalización del proceso, la duración media fue de 29 días. Las dificultades para localizar a las personas implicadas y fijar las entrevistas individuales y conjuntas puede retrasar ligeramente el proceso. En los casos en que existe una relación familiar o personal de otra naturaleza entre las partes, es previsible que el proceso dure más porque suele requerir más entrevistas individuales y más encuentros dialogados. La duración máxima del proceso de mediación en el SMV se ha fijado en dos meses, con posibilidad de prórroga, desde la derivación por el órgano judicial al Equipo de Mediación. Los informes reflejan que, en Euskadi, el tiempo medio en el 75% de los procesos de mediación se sitúa entre uno y dos meses. Los datos nacionales que se desprenden de los recabados por el CGPJ sitúan en más del 88% el porcentaje de mediaciones cuya duración no supera los noventa días; esto es, como en los anteriormente contemplados, el término establecido parece suficiente sin necesidad – salvo casos muy puntuales– de ampliaciones. Un índice medido únicamente en el informe de los programas-piloto, que estimamos muy relevante, es el que hace referencia a la relación entre el tiempo transcurrido desde la producción del hecho y el éxito en las mediaciones. En los casos en que transcurrieron menos de diez semanas, los acuerdos fueron posibles en un 52,5%. El mayor índice de mediaciones finalizadas con acuerdo se alcanza cuando han transcurrido entre 30 y 39 semanas desde la ocurrencia de los hechos: el 65%. Este dato parece sugerir que el transcurso de un determinado lapso temporal entre el hecho y el inicio del proceso de mediación, lo facilita. Parece, pues, que no es recomendable una intervención demasiado cercana a los hechos que impida a los intervinientes una reflexión serena sobre lo acontecido, ni tan tardía que carezca de interés para ninguno de ellos. Una media de nueve meses parece ser el tiempo indicado para emprender el proceso y satisfacer las necesidades reales de las partes implicadas sin precipitaciones ni dilaciones que lo conviertan en estéril y hasta contraproducente.

intervinientes. En efecto, ha habido casos en los que la persona directamente perjudicada por el delito no podía acudir a las sesiones de mediación por impedimentos físicos (la edad, la salud y la distancia) y las sesiones se realizaron con un tercero en su representación, generalmente algún familiar²⁵⁷. Como es natural, debe quedar claro es que esa voluntad subrogada sea real y actual, lo que se puede acreditar mediante un escrito firmado por la víctima otorgando facultades a quien ha de sustituirle para actuar y decidir en su nombre, o por cualquier otro medio que demuestre la concesión y aceptación voluntarias de tales prerrogativas. Para la víctima el hecho de participar en el proceso de mediación va a suponerle, en todo caso, una serie de beneficios o ventajas –evitación de un juicio ordinario, con las incomodidades y perjuicios que acarrea, supresión de miedos, ahorro de tiempo, ser mejor atendida e informada, así como efectivamente reparada, simbólica y/o materialmente, por lo que la participación voluntaria en el proceso de mediación puede cederse.

c) La confidencialidad

Todo lo que suceda desde que se deriva el expediente de mediación al equipo mediador hasta que termina el procedimiento es confidencial, salvo el acta de reparación en el que se plasman los acuerdos suscritos por las partes, y lo que éstas decidan que allí conste expresamente, puesto que una vez documentada se entrega a los letrados personados, al fiscal y al Juez. Por tanto, los actores de carácter institucional en el

²⁵⁷ Como se puede leer en la Sentencia nº 460 del Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid de 1 de diciembre de 2006, la persona que participó en el desarrollo del proceso de mediación no fue la víctima directamente perjudicada por el delito de hurto, sino su sobrino. La edad y estado de salud de la víctima hacían desaconsejable su desplazamiento tanto a las sesiones de mediación como al plenario. También se han dado casos en los que la víctima se encontraba en el extranjero y ha prestado su consentimiento a través de emails, participando por ella en el proceso de mediación un familiar directo. Con ello resultó que la víctima fue igualmente reparada pero se pudo evitar su desplazamiento con los consiguientes gastos en tiempo y dinero.

procedimiento penal (jueces, fiscales, abogados) sólo tienen conocimiento del acta de acuerdos adoptados firmada por las partes, junto con un informe del equipo mediador en el que se indica si la mediación ha concluido con o sin acuerdo reparador, o bien si la mediación no ha podido siquiera iniciarse. Esto es lo único que debe manifestar el equipo mediador. Del resto de lo acontecido nada pueden contar.

Se puede afirmar, pues, que la confidencialidad no sólo es una característica esencial del proceso de mediación que concierne a las partes y que afecta al derecho a la presunción de inocencia tal y como detalladamente expresamos en el principio primero de este capítulo, sino que es uno de los deberes que rige la actuación del mediador. La confidencialidad también se traduce en que durante el proceso de mediación sólo participan quienes han estado involucrados en el conflicto directamente, es decir, la persona o personas víctimas si son varias, y la persona o personas infractoras. Sus letrados²⁵⁸ y familiares no pueden participar en las sesiones que se lleven a cabo salvo, en su caso, en la entrevista inicial con cada uno de los intervinientes durante la fase de información, pues en esa sesión sólo se informa acerca del proceso de mediación, su significado, sus ventajas, sus consecuencias y sus reglas. Una vez que se procede a la firma del consentimiento informado, los acompañantes deben abandonar el lugar, pues dará comienzo la fase de acogida, que es total y absolutamente confidencial.

Existen motivos razonables que explican esta medida: la presencia de letrados y también de familiares del infractor y de la víctima durante el desarrollo de las sesiones de mediación podría limitar la libertad de expresión y la capacidad de decisión autónoma de los interesados

²⁵⁸ El abogado defensor en el caso del infractor y el abogado de la acusación particular en el caso de la víctima.

directos en el proceso de mediación o ser utilizada por uno de los intervinientes como medio de coacción o presión sobre el otro²⁵⁹. Podría, además, producirse un eventual desequilibrio de poder en el caso que uno de los intervinientes acuda acompañado y el otro no, que podría intentar suplirse maniobrando para obtener un mayor apoyo del mediador. Todo ello salvo que el acuerdo mismo no implique o vincule a algún familiar o amigo de las partes, en cuyo caso y si así se establece como condición de la reparación, podrá hallarse presente llegado el momento de llevarlo a cabo o ejecutarlo²⁶⁰.

En cambio, sí resulta conveniente que los letrados de las partes estén informados de que su cliente se va a someter al proceso y de cómo termina el mismo por si durante su desarrollo resultara necesario plantear al ministerio fiscal y/o al juez competente aquellas cuestiones procesales que puedan ir surgiendo que deban ser eventualmente resueltas por no comprometer o imposibilitar el proceso mismo. En

²⁵⁹ Esto puede suceder en los procedimientos por delitos de maltrato familiar o por los derivados del incumplimiento del convenio regulador. En algunos de estos casos, las partes enfrentadas por el delito (ex marido y mujer, o nieto y abuelo, o hermanos, etc.) solicitan que uno de los familiares esté presente para ser oído y que constate lo que dice. Esto es un grave error. No se debe permitir que estén presentes esos familiares porque el proceso de mediación no es en ningún caso un juicio paralelo, no tienen que constatar ni demostrar nada; por tanto, con carácter general es innecesario y puede que sea hasta contraproducente permitir la entrada y participación de terceros en el proceso de mediación.

²⁶⁰ Como ejemplo, puede resultar ilustrativo lo sucedido en un caso concreto de mediación en que intervine. Se trataba de un procedimiento por lesiones causadas entre dos hombres por un choque entre sus coches. Uno estaba acusado por delito y el otro por falta. La agresión se desarrolló en presencia de la hija menor del acusado por el delito. El acuerdo al que llegaron (además de abonarse las indemnizaciones económicas pertinentes), incorporaba el deseo del padre de pedir perdón al otro implicado en presencia de su propia hija, ya que desde los hechos había percibido en ella un cambio desfavorable de actitud ante él, como muestra de la desaprobación por la violencia que ejerció, y su decepción. Para él era vital que su hija presenciara su gesto de disculpa, y de este modo se acordó en el acta de reparación. El acuerdo, pues, alcanzó en este caso a una tercera persona, la hija del infractor, que no sólo estuvo presente en el momento de su cumplimiento, sino que se evitó tener que acudir a juicio a declarar sobre unos hechos que desaprobaba pero en los que estaba involucrado su padre.

definitiva, se trata de asegurar la tranquilidad y seguridad de los intervinientes y propiciar en las sesiones una atmósfera de confianza que permita la expresión sincera de los deseos e intereses y la adopción autónoma de decisiones, sin interferencias ni imposturas, pues la existencia de la confidencialidad va a favorecer tanto el intercambio de emociones como de información entre las partes²⁶¹.

Este requisito también suscita incertidumbres de diversa índole, entre las que cabe destacar las siguientes:

¿Tienen también las partes el deber de confidencialidad o sólo alcanza al mediador?, y en tal caso, ¿supone que no podrá acudir al juicio como testigo o perito?

A la víctima se le puede imponer un deber de secreto o sigilo sobre las vicisitudes del proceso de mediación de las que haya sido testigo o protagonista puede imponerse a las partes del proceso (acusación pública o particular o popular) la imposibilidad de preguntar sobre tales vicisitudes. Esas declaraciones no podrán ser valoradas

La importantísima –por lo que tiene de basamento jurídico a nivel europeo de la mediación penal– Recomendación (99) 19 del Consejo, en sus principios generales, realiza tres afirmaciones que permiten apoyar mi postura en este aspecto: 1) En el apéndice 1 afirma que “la mediación en asuntos penales solo deberá tener lugar si las partes consienten libremente. A las partes les deberá ser factible abandonar tal consentimiento en cualquier momento del proceso de mediación”: el deber de sigilo debe asegurarse, pues, aunque sólo sea por asegurar la libertad de entrar, permanecer y abandonar el proceso sin temores a eventuales coacciones y chantajes. 2) “El contenido de las sesiones de

²⁶¹ RÍOS MARTÍN, PASCUAL RODRÍGUEZ, BIBIANO GUILLÉN y SEGOVIA BERNABÉ: *La mediación penal...*, pág. 101.

mediación es confidencial y no podrá ser usado ulteriormente, salvo con el consentimiento de las partes”. Bueno; no puede decirse más claramente, creo, que en este apéndice 2 de la Recomendación. 3) El apéndice 4 de la Recomendación establece: “La mediación en asuntos penales deberá ser posible en todas las fases del procedimiento penal”; luego se concibe la mediación en fase de investigación y de enjuiciamiento, esto es, sin que se haya resuelto judicialmente acerca de la responsabilidad penal del infractor, lo que significa –ya lo hemos dicho más arriba– que la mediación no puede interferir en su estatuto, ni en los derechos y garantías que tiene reconocidos.

¿La documentación manejada durante el proceso de mediación puede o debe ser incorporada al acuerdo y por lo tanto, integrada en las actuaciones penales como parte del material probatorio?

La documentación del proceso de mediación no se puede utilizar como medio de prueba para la absolución o la condena. Y esto es así porque todo lo conocido por el mediador en el proceso de mediación está cubierto por el secreto profesional (art. 24 de la Constitución) y por tanto nadie puede ser obligado a declarar sobre ello.

Igualmente toda la documentación manejada durante el proceso de mediación es confidencial. Si la mediación finaliza con acuerdo se documenta en un acta que se acompaña con un informe del mediador en el que se hace constar únicamente si la mediación ha podido iniciarse y si ha concluido favorablemente. Nada más se explica en dicho informe. Por tanto, la autoría o no del infractor no se menciona. Y aunque se puede entender que quien repara es porque reconoce que algo mal ha hecho que debe subsanar, al ser un comportamiento completamente voluntario es compatible con el mantenimiento de los derechos y de las garantías procesales reconocidos constitucional y legalmente. Es importante destacar que el proceso de mediación no es

una fase destinada a recabar pruebas o a investigar. Las actuaciones del proceso de mediación no son actividades probatorias.

d) La oficialidad del proceso de mediación penal

El proceso de mediación se desprende del propio proceso penal para, más tarde, tras su desarrollo, retornar y engarzarse definitivamente en el mismo. Por tanto, se trata de un “método” oficial, no de un mecanismo libre, privado, y sin trascendencia jurídica. La presencia de este requisito proporciona seguridad a las partes y a sus defensores, pues el alcance de lo acontecido en la mediación, si se llega a buen término, integra la respuesta judicial en el procedimiento penal.

La oficialidad está íntimamente relacionada con el carácter público del derecho penal. Ya expuse en el capítulo primero que uno de los reproches que se vierte sobre la mediación es que aboca a la privatización del derecho penal, pero el hecho de que estemos en todo caso refiriéndonos a la mediación intraprocesal, que su devenir se encuentre ligado al procedimiento penal, permite enfrentar dicha crítica. Precisamente por su carácter oficial se garantiza, para la víctima, la reparación del daño si así es acordada, y para el infractor, la rebaja penológica. Por tanto, la oficialidad proporciona seguridad y garantía. Y la solución acordada en mediación, proporciona además un plus de garantía en el cumplimiento de la reparación que la obtenida en el proceso judicial tradicional.

La oficialidad también se refleja en el hecho de que el proceso de mediación no puede suponer ninguna limitación al ejercicio de los derechos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal

reconoce a las partes²⁶². El derecho a la defensa queda absolutamente garantizado²⁶³.

Se ha discutido en los encuentros estatales sobre mediación y en otros foros de discusión jurídica²⁶⁴ si el requisito de la oficialidad ha de implicar que las sesiones de mediación se lleven a cabo en el interior de las sedes judiciales, en dependencias destinadas al efecto, o si por el contrario, pueden realizarse en lugares independientes y ajenos a los edificios judiciales, y aunque, ciertamente, no es una cuestión de vital importancia para el desarrollo del proceso, sí podemos afirmar que tiene más trascendencia de la que aparenta. Para los letrados defensores y las acusaciones particulares el hecho de que se lleve a cabo en el interior de los edificios judiciales les proporciona seguridad y confianza, es la certeza, pensando en sus representados, de que se trata en todo caso de un proceso flexible, pero reglado, que cuenta con el apoyo de todas las instituciones jurídicas que participan en el proceso penal, a saber, fiscal, juez y secretario. Para los intervinientes también puede suponer una garantía, sobre todo para la víctima; al infractor le aporta seriedad. Proporciona a las partes, en fin, una mejor imagen de la justicia, pues la única visión que tienen hasta que se someten al proceso es en la mayor parte de los casos bastante negativa²⁶⁵. Es,

²⁶² SÁEZ RODRÍGUEZ (Coord.): *La mediación penal y penitenciaria...*, pág. 321; y GONZÁLEZ CANO en *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 32 y ss, quien cita textualmente todo lo recogido en el libro coordinado por Sáez Rodríguez, en el que ella aparece como coautora junto con Ríos, Sáez, Zapatero y Saéz.

²⁶³ RÍOS MARTÍN, PASCUAL RODRÍGUEZ, BIBIANO GUILLÉN y SEGOVIA BERNABÉ: *La mediación penal y penitenciaria...*, pág. 101.

²⁶⁴ I Encuentro de Mediadores penales celebrado en Navarra en noviembre de 2005, II Encuentro de Mediadores penales celebrado en Calatayud en noviembre de 2007, III Encuentro de Mediadores penales celebrado en Vitoria en abril de 2009, Congreso de Jueces y Fiscales celebrado en Barcelona en el año 2006, entre los más destacables.

²⁶⁵ Es realmente curioso, pero en las entrevistas iniciales con los intervinientes al inicio del proceso de mediación, ambos responden lo mismo a la pregunta de “¿qué

creemos, muy ilustrativo exponer en este sentido una realidad que se da en reiteradas ocasiones en la práctica: Cuando se trata de participar en el proceso de mediación antes de la celebración del juicio oral, las partes no ponen trabas a acudir a la sede de los juzgados para participar en el proceso; sin embargo, cuando las partes son derivadas a mediación tras el juicio oral, es decir, cuando ya hay sentencia (bien en la fase de ejecución, o bien pendiente de recurso de apelación en los juicios de faltas) expresamente manifiestan el deseo de que el proceso se lleve a cabo fuera de los edificios judiciales²⁶⁶.

Este principio guarda relación con una de las garantías jurídicas que instaura la Constitución Española en su art. 24.2: el Derecho al juez predeterminado por la ley. La mediación no infringe este derecho porque es precisamente el juez que conoce el asunto el que, en el ámbito del proceso iniciado y en cualquiera de sus fases, interviene,

piensas de la Justicia?”, y su respuesta está siempre cargada de valoraciones muy negativas. Sin embargo cuando termina el proceso de mediación y tras la finalización del proceso judicial, la respuesta es bien diferente, pudiendo resumirse en afirmaciones como “ahora sí creo en la justicia” o “todos los casos deberían resolverse por este medio”.

Las mismas conclusiones se infieren de estudios oficiales. Así, podemos mencionar dos informes de la profesora Gema Varona referidos a los Servicios de Mediación Penal en el País Vasco en los años 2007 y 2009; los resultados de la encuesta de satisfacción realizada a los usuarios del Servicio de Mediación Penal del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña por la Asociación Benestar i Desenvolument, en enero de 2009, y el informe “Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)” elaborado a instancias del Consejo General del Poder Judicial. Todos ellos pueden consultarse en las páginas web de los organismos oficiales mencionados. A partir de su estudio y análisis comparativo se pueden alcanzar conclusiones que les son comunes y que nos refieren una altísima tasa de satisfacción de los usuarios de los servicios de mediación penal en aquellos juzgados y tribunales donde, con mayor o menor grado de institucionalización, se realiza mediación penal con los parámetros y el ideario que aquí se postula. Así, podemos destacar, a modo de síntesis, que preguntados por su grado de satisfacción por el proceso de mediación, el 92% de los encuestados en Cataluña estiman que respondió a sus expectativas y que, en Euskadi, el 80% de los intervinientes –víctimas e infractores– manifiestan que repetirían la experiencia.

²⁶⁶ En estos casos, suelen preguntar si no se puede celebrar el proceso en la cafetería que está en frente de los juzgados, en un parque o en otro lugar que no tenga nada que ver con las dependencias judiciales.

tanto para ofrecer al imputado su participación voluntaria en el diálogo, como a la hora de imponer la sentencia tras haber analizado la legalidad del acuerdo que alcanzaron las partes con el apoyo del mediador.

Otra de las garantías del proceso debido y que enlaza con el principio informador de la oficialidad es la asistencia técnica para la mejor defensa de los intereses del imputado. Se trata de un derecho instrumental que se encuentra al servicio de los principios de igualdad de partes y de contradicción efectiva y a cuya tutela están obligados los órganos de la jurisdicción en el proceso por delito; éstos no deberían conformarse con un cumplimiento formal y habrían de exigir una defensa letrada de calidad. Los abogados son parte cardinal antes y después del proceso de mediación, pero periférico al escenario del diálogo. Aconsejará a sus clientes o defendidos antes de aceptar la invitación para intervenir en la mediación, al concluir las sesiones del encuentro entre las partes y al final, antes de aceptar y suscribir el acuerdo. Incluso, en función de sus mutuas relaciones, le autorizará a pactar. Es decir podrá intervenir en todo momento, pero a esa distancia, imprescindible para salvaguardar el proceso de las inercias que impone su oficio.

El letrado no puede estar presente en las sesiones de mediación, pues ésta se construye idealmente como un proceso de comunicación que intenta que los protagonistas del conflicto o las personas enfrentadas por el delito o la falta, a través del diálogo se puedan poner en el lugar del contrario, acortar la distancia social y cultural y buscar opciones en beneficio mutuo. Es por ello que su función es establecer —o restablecer, en su caso— la comunicación entre las personas para un reconocimiento mutuo entre las partes basado sobre una ética de la deliberación y de la comunicación. Las explicaciones, las disculpas, la reparación material, las prestaciones personales y el resto de

compromisos que el imputado pueda asumir en la mediación y en el acuerdo son fruto de su voluntad, y por tanto nunca se le imponen. Es trascendental la ausencia de poder institucional en el desarrollo del proceso de mediación, porque el mediador es una figura que interviene en situación de igualdad con los mediados, posición necesaria para establecer el diálogo. Sus facultades sobrevienen de la confianza que depositan en él el infractor y la víctima y su capacidad para crear procede de la falta de poder, debilidad que se convierte en una garantía de la mediación, ya que ello induce al mediador a una posición activa, constructiva, y le convierte en el garante ético de que se establezca una comunicación efectiva.

Y, en esta mesa de diálogo, que se levanta sobre un plano horizontal, el abogado tiene un difícil encaje. Por dos motivos. Uno que su presencia pone en cuestión la comunicación, pues adquiriría –por las inercias relativas a las prácticas de su oficio– el protagonismo principal y derivaría el discurso hacia cuestiones estrictamente jurídicas. Por otro, su lenguaje y sus formas no resultan compatibles para los encuentros entre agresor y víctima. Pero, tal inadecuación radica, sobre todo, en la circunstancia de que el letrado está acostumbrado a subrogarse en el lugar del interesado, a sustituirlo y desplazarle en la toma de decisión, en virtud de la relación de confianza y de su propia especialización en el litigio. El abogado es un profesional que gestiona conflictos ajenos, muchas veces sin preguntar ni atender a las necesidades y requerimientos de sus asesorados. Está acostumbrado a representar a otro. Muchas veces el abogado, de buena fe, concluye una negociación asumiendo por completo la decisión.

e) La neutralidad

El proceso de mediación trata de buscar el equilibrio entre las partes para la resolución de su conflicto. Durante el mismo, los

mediadores no se posicionan a favor de ninguno de los intervinientes sino que tratan de que infractor y víctima lleguen al acuerdo que más les beneficie. Se mantienen neutrales durante las entrevistas individuales y durante el encuentro dialogado, lo que les permite actuar en caso de que detecten que se está produciendo algún desequilibrio de poder, para corregirlo. La actitud neutral del mediador le legitima y le dota de prestigio y crédito suficientes ante las partes para dirigir el proceso, intervenir en su despliegue para corregir las eventuales inestabilidades e inseguridades, supervisar su desarrollo, y realizar su tarea mediadora.

Esa neutralidad permite que en la fase de negociación y toma de acuerdos, una vez elaborada a fondo la parte emotiva, se trabaje desde la practicidad para llegar al acuerdo. El mediador por tanto, debe mantener una posición de equilibrio y de equidistancia respecto de las partes²⁶⁷. Esta conducta debe percibirse en detalles que pueden parecer insignificantes y que sin embargo para los protagonistas del conflicto son de vital importancia. Por ejemplo, la distancia que mantienen las partes en la mesa respecto del mediador durante la fase del encuentro dialogado o la duración misma de las entrevistas individuales. Las imperceptibles diferencias pueden ser valoradas de manera negativa por cualquiera de las partes que puede considerar que su participación en el proceso no se está valorando de igual modo que la de la parte contraria. Es claro que los intervinientes en la mediación sólo aceptarán ser conducidos en el proceso por alguien que no sólo refiera ser neutral sino por alguien que se comporta neutralmente. Como dicen HIGHTON, ÁLVAREZ y GREGORIO, la neutralidad alude a la relación directa entre

²⁶⁷ GUILLERMO PORTELA: “Características de la mediación” en *Mediación y solución de conflictos, habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 220.

el mediador y las partes, tratándolas en forma equidistante y sin favoritismos²⁶⁸.

f) La flexibilidad

El proceso de mediación, a diferencia del procedimiento convencional es absolutamente flexible no sólo en cuanto a los plazos sino en las formas al llevar a cabo las entrevistas individuales y el encuentro dialogado, así como en la propia resolución del proceso²⁶⁹.

Como se ha indicado en la primera parte de esta tesis, el proceso de mediación tiene unos plazos para desarrollarse, que si bien son flexibles, se pueden acortar y ampliar si la situación así lo precisa. La flexibilidad permite que el proceso de mediación se pueda alargar si las circunstancias del caso así lo requieren sin que suponga un perjuicio para las partes, o pierdan la oportunidad de participar en el mismo²⁷⁰. Sabemos que una de las garantías del debido proceso es que éste se lleve a cabo en un plazo razonable. La mediación es perfectamente compatible con un proceso público desplegado y resuelto en plazo razonable, es decir sin dilaciones indebidas. El tiempo medio (uno o dos meses) que su desarrollo demanda no es un lapso que pueda considerarse excesivo a estos efectos –en atención a los plazos medios-, máxime cuando, de ser exitosa, evitará los recursos y facilitará la

²⁶⁸ HIGHTON, ÁLVAREZ y GREGORIO: *Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 70.

²⁶⁹ RÍOS PASCUAL, PASCUAL RODRÍGUEZ, BIBIANO GUILLÉN y SEGOVIA BERNABÉ: *La mediación penal y penitenciaria...*, Colex, 2ª ed., Madrid, 2008, pág. 101.

²⁷⁰ Ha habido casos en los que ha tenido que alargarse el plazo de 2 meses para llevar a cabo la mediación por esperar a que una de las partes tuviese la oportunidad de asistir (regresar de un viaje, salir del hospital, etc.) o para permitir que el acuerdo se llevase a cabo (pagos aplazados, etc.).

ejecución de la sentencia, lo cual redundará en la aceleración de la resolución final del conflicto.

También se puede modificar el orden de realización de las entrevistas con las partes. Como ha quedado reflejado anteriormente, los mediadores se suelen entrevistar en primer lugar con la persona infractora y luego con la víctima; pues bien, dada la flexibilidad que rige el proceso se puede, atendidas las concretas circunstancias de cada caso, alterar este orden; también en función de las características de las partes o de los hechos, se pueden establecer un número más amplio de entrevistas con las partes, si así lo precisan.

La flexibilidad también opera en cuanto al lugar, puesto que como regla general se llevará a cabo en la sede del Juzgado o Tribunal que conozca del procedimiento, pero si las partes de manera voluntaria y justificada interesan que se lleve a cabo en otro lugar, así puede hacerse.

Otro tanto ocurre en torno al pacto sobre los acuerdos; prima la flexibilidad; no se parte de acuerdos cerrados, impositivos e inflexibles, sino que desde la capacidad de la persona infractora para reparar y la necesidad de la víctima para ser reparada, se busca el mejor acuerdo.

La existencia de la mediación no impide la publicidad del proceso para las partes participantes. Ya hemos visto cómo solamente limita el acceso de los actores institucionales del procedimiento penal, incluidos los abogados, así como del público en general, al espacio donde se desarrolle el diálogo triangular y mientras éste tiene lugar.

La flexibilidad también opera en el marco de la voluntariedad subrogada, puesto que si actuáramos en el marco de un proceso inflexible no podría darse esa subrogación, a veces indispensable para la consecución el acuerdo reparador. También la flexibilidad despliega

su eficacia a la hora de abrir los criterios de selección para derivar los asuntos a mediación. Amparados en este principio se pueden llevar a cabo mediaciones con personas jurídicas, sobre lo que me referiré más adelante.

g) La gratuidad

Este requisito está íntimamente relacionado con el carácter público que tiene el derecho penal. Los gastos derivados del proceso de mediación han de ser asumidos por la administración de justicia, al formar parte del propio proceso penal, complementándolo, como ya quedó plasmado en la primera parte de esta tesis, para el mejor cumplimiento de sus fines.

Esta característica hace posible que la mediación sea extensible a todas las personas que, implicadas en un proceso penal, deseen optar por implicarse en este sistema conciliador y complementario del sistema convencional de justicia. La aplicación de este requisito garantiza el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 14 de la Constitución Española sobre el principio de igualdad²⁷¹.

La mediación penal en ningún caso debe regirse por fines económicos, sin embargo, es evidente que su incorporación al proceso despliega una serie de efectos a nivel económico para la administración de justicia: por un lado y con efecto inmediato, hay un efecto de economía procesal, en cuanto que la mediación evitará las dilaciones

²⁷¹ Art. 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

indebidas, la práctica de pruebas innecesarias, el ahorro de papel y la reducción de tiempo invertido en las causas²⁷².

Pero la gratuidad de la mediación vinculada con su eventual efecto sobre los costes de la justicia puede resultar contraproducente para la propia mediación. Lo más destacable en la mediación aplicada al procedimiento penal tiene más que ver con los aspectos cualitativos que cuantitativos. De ahí que, desde mi punto de vista, suponga un error vincularla con el ahorro de tiempo o de recursos. Podemos aceptar –así nos lo han impuesto– que las conformidades se fundamenten en tales objetivos, pero no que pretendan lo mismo de la mediación, al menos en el orden jurisdiccional penal. Por otro lado, partimos de que el objetivo es hacer participar a los ciudadanos de la administración de justicia, otorgándoles la posibilidad de resolver sus conflictos en el seno del procedimiento reglado. Puede que, a la larga, y en virtud del efecto pedagógico de la mediación, nos terminemos acostumbrando a solucionar nuestros problemas personalmente y por la vía del diálogo, pero a corto y a medio plazo nos hemos de conformar con lo que hay: somos una sociedad que tiene una tendencia secular a acudir a los Tribunales para los aspectos más nimios de su vida cotidiana. Por lo tanto, no creo que el fundamento que hayamos de dar a la mediación sea el de fomentar el ahorro, sea de tiempo o de trámites, y menos aún que eso haya de incidir en la práctica de la prueba en el juicio oral, porque –insisto– aquí no tratamos de economía ni presupuestaria ni procesal sino de mejorar la calidad del servicio que se presta a los justiciables, con –además– respeto escrupuloso no sólo a las garantías y derechos constitucionales, como hemos estado viendo en este

²⁷² SÁEZ RODRÍGUEZ (Coord): *La mediación penal y penitenciaria...*, pág. 319. No cito el libro de *Mediación penal para adultos*, de Tirant Lo Blanch, en el que figura como coautora GONZÁLEZ CANO, puesto que cita textualmente todo lo expuesto en el primero, en el que también es coautora.

capítulo, sino con absoluta fidelidad a los principios básicos de la mediación, empezando por la voluntariedad que debe regir hasta el momento mismo del juicio oral: por tanto, desde mi punto de vista, no se debe dejar de preparar y tener listos el día señalado todos los medios probatorios necesarios pedidos por las partes y declarados pertinentes, por si cualquiera de las partes decide en ese momento abandonar el proceso de mediación. Si no hace falta su práctica, se agradece su presencia a las personas que hubieran comparecido, se les explica lo sucedido y se les hace saber que ya no van a ser molestados en otra ocasión.

En conclusión y en el horizonte siempre problemático del respeto al sistema de garantías establecido para la protección de los derechos fundamentales asociados al proceso penal, una vez estudiados los principios informadores del proceso de mediación penal se puede afirmar que no hay inconvenientes insalvables para incorporar la mediación al procedimiento por delito en el derecho penal de adultos aplicar como mecanismo para proveer una mejor respuesta judicial a la perturbación del orden jurídico e intentar solucionar de modo consensual el conflicto derivador de la infracción penal.

4. Examen crítico de los criterios de selección para derivar al proceso de mediación: el hecho y clase de infracción penal infringida, el infractor y la víctima.

A partir de los diversos programas de mediación en el derecho penal de adultos tanto dentro como fuera de nuestras fronteras, se pueden identificar los criterios de selección que se emplean para derivar un procedimiento penal por delito o falta al proceso de mediación. Así, se

atiende a la clase de infracción penal cometida²⁷³ o a las características del infractor²⁷⁴ o de la víctima. También se contempla la universalidad de la mediación²⁷⁵, cualquiera que sea la infracción o los caracteres de los sujetos intervinientes.

Es correcto afirmar que en las experiencias pioneras²⁷⁶, o en los inicios de la introducción de la mediación penal en el procedimiento penal de adultos, se comenzó con cautela y prudencia, para supuestos muy concretos, no contemplando en ese primer estadio casos en apariencia más complejos. Pero transcurrido el tiempo y visto el resultado de las experiencias tanto en España como en otros diferentes países, es defendible la tesis de que los criterios de selección para derivar un caso a mediación no se deben ceñir a situaciones y hechos

²⁷³ En EEUU existen programas dedicados a las “*misdemeanor*”, lo que aquí denominamos faltas, en exclusividad, mientras que hay otros que sólo se dirigen a los “*felonies*”, delitos graves. A este respecto cabe citar a BAKKER: “Repairing the breach and reconciling the discordant: mediation in the criminal justice system”, en *North Caroline Law Review*, 72, 1994, pág. 1497.

²⁷⁴ Encontramos algunos ejemplos de selección por razón del infractor en España en experiencias de mediación realizadas en ciertas comunidades autónomas. Por ejemplo, en la experiencia valenciana, llevada a cabo por medio de un convenio entre el Juzgado de Instrucción nº 2 y la Oficina de Atención a las Víctimas de Delitos, se exigía ser un “delincuente primario”; en la experiencia de Madrid, llevada a cabo a través de la Asociación APOYO, se derivaban casos de infractores drogodependientes en tratamiento, ya rehabilitados o que fuesen a comenzar un programa de desintoxicación, ya que consideran este procedimiento idóneo para la integración social de la persona infractora.

²⁷⁵ Este es el caso de ROXIN que aboga la aplicación de la mediación/reparación en todos los delitos y para todos los delincuentes por considerarla universal. Este criterio fue el que se adoptó en el Proyecto Alternativo de reforma del Código Penal alemán de 1992, que junto a las penas y medidas de seguridad recogía la reparación como la tercera vía.

²⁷⁶ En la experiencia piloto llevada a cabo por la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos de Madrid, con la colaboración del Servicio de Planificación del Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el año 2005 en el Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid, se comenzó por derivar casos en la fase de enjuiciamiento, en delitos con penas inferiores a cinco años de prisión, descartando la mediación con acusados reincidentes, así como los delitos de atentado y resistencia, y los cometidos en el ámbito familiar. Pero con el paso del tiempo, según se fue desarrollando la experiencia se fueron ampliando los criterios de derivación, incluyendo a reincidentes y los delitos de violencia doméstica, arrojando resultados altamente positivos.

simples, sino que han de fundamentarse sobre bases y criterios más amplios y flexibles y comprender una casuística más compleja.

Así pues, sobre estos criterios de selección antedichos —por razón del delito, del tipo de infractor y del tipo de víctima— se puede desplegar una mirada crítica que me permita abogar por la utilización de parámetros más amplios, desde la universalidad que predica ROXIN, aunque partiendo del concepto de mediación en sentido estricto, y desde las posibilidades procesales actuales que ofrecen las leyes españolas, de modo que los supuestos de exclusión de la mediación serán exclusivamente los que vengan determinadas por el propio concepto de mediación penal, por la naturaleza especial del proceso, y por las exigencias legales del procedimiento penal. Fuera de estos supuestos, me sumo a la opinión del célebre autor antes citado, y considero la mediación como un método complementario al sistema de justicia convencional aplicable en principio a todos los delitos o faltas y a todas las personas víctimas e infractoras, cuyos primeros límites se fijan por los propios interesados: que sean las partes en conflicto quienes decidan si optan o no —dentro del principio de voluntariedad que rige el proceso de mediación penal— por someterse a este mecanismo de resolución de conflictos.

Abordaré las críticas a la derivación por razón del hecho y su calificación jurídica, de la persona infractora y de la persona víctima, para ir exponiendo en esas líneas el criterio de derivación que —a mi juicio— resulta más apropiado para complementar el procedimiento penal en el derecho penal de adultos.

a) Críticas a la derivación por razón del hecho enjuiciado y tipo de infracción cometida

La ventaja de analizar los hechos en lugar de los tipos, o sea, de su calificación jurídica, es doble: 1ª) Su determinación por las partes en el

acuerdo reparador no prejuzga la calificación jurídica que merezcan al fiscal o las acusaciones y por tanto, al no interferir el reconocimiento en el tipo, se facilita el ulterior desarrollo del procedimiento ya en fase judicial; y 2ª) la ausencia de calificación facilita una mirada más amplia, menos restrictiva —en este estadio— a su consideración, porque no estoy segura de que haya que establecer (en principio) exclusiones por tipos (otra cosa será hacerlo por las características personales de alguno de los intervinientes) como tampoco de que sea bueno establecer listados de infracciones susceptibles o no de llevar a mediación. Eso sólo conduce a la autocensura, a estrechar los márgenes de nuestra mirada y ocultar lo que para la mediación importa: los hechos, los acontecimientos que generaron el conflicto entre las partes. Entre los numerosísimos datos interesantes que contiene el informe de evaluación de VARONA MARTÍNEZ²⁷⁷, creo importante destacar en este punto la opinión que recoge de los mediadores, con la que estoy plenamente de acuerdo: si bien en los protocolos se recogen algunas conductas delictivas para las que la mediación resulta particularmente indicada, muchos mediadores opinan que la existencia de un listado enumerado y cerrado puede resultar contraproducente porque puede obstaculizar y hasta impedir el acceso a mediación de tipos no incluidos en él al crear estereotipos que operan a modo de freno automático en los operadores jurídicos para impedir una actitud más abierta y amplia ante la mediación penal. En este sentido, por ejemplo, el servicio de mediación penal de Euskadi, ha tenido en cuenta la normativa internacional, que no realiza indicaciones expresas en la materia, sólo exige la observación de algunas pautas mínimas de precaución y

²⁷⁷ “Justicia Restaurativa a través de los servicios de Mediación Penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad. Octubre 2008— Septiembre 2009”, informe elaborado por Doña Gema Varona Martínez con la colaboración de Laura Vozmediano Sanz e Izaskun Orbegozo Oronoz en San Sebastián en diciembre de 2009. Dicho informe puede consultarse a través de la página web del gobierno vasco en ww.justizia.net

prudencia para evitar en las víctimas las revictimaciones y eludir el “efecto net-widening²⁷⁸” si los proyectos se ciñen a los llamados “casos bagatela”. Es particularmente interesante la evolución del tratamiento de determinados delitos por los Servicios de Mediación Vascos; en concreto, los delitos de atentado, en principio excluidos por diversas razones como la presencia de desigualdad institucional entre las partes y una mayor complejidad técnica, que fueron acometidos exitosamente e incorporados al elenco de los tipos susceptibles de mediación, y los delitos de violencia de género en los que la tendencia de derivación parece que ha sido la contraria; así, desde elementales reglas de prudencia y criterios restrictivos se consideró la posibilidad de mediar en aquellos hechos tratados como tales aunque no tramitados en Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en los que no se apreciaba que la violencia ejercida por el infractor constituyera manifestación de discriminación y opresión machista. Las dificultades que en la práctica de los Servicios de Mediación Vascos se han revelado y que han imposibilitado su ulterior desarrollo no han tenido que ver con las derivadas del comportamiento de los intervinientes en el proceso y su aceptación, sino con las resultantes de la aplicación de la medida de alejamiento (inevitable consecuencia de la sentencia condenatoria que sigue al reconocimiento de los hechos) cuando se deseaba pactar las reglas de contacto o convivencia entre los mediados. Los únicos tipos penales sobre los que, hasta la fecha de emisión del último informe, no se ha practicado la mediación por los servicios antes mencionados son los delitos contra la salud pública.

²⁷⁸ Se utiliza esta expresión para denominar el efecto de extensión del control penal a supuestos que ordinariamente quedan fuera del mismo, lo cual sería un efecto no deseado de los mecanismos de alternativas al enjuiciamiento o alternativas a la pena.

En cuanto a las faltas, defender que la mediación debe descartarse en los procedimientos penales que juzgan estas infracciones amparándose en la escasa alarma social que generan, la levedad de los hechos, la insignificancia de la sanción penal y el escaso interés público en su persecución, es una posición práctica y dogmática generalmente vinculada a quienes sostienen que estas infracciones deberían quedar al margen del derecho penal, con el argumento de que promover la mediación penal para las faltas puede alimentar su no salida del Código Penal.

Lo cierto es que hoy por hoy las faltas siguen teniendo cabida en el Código Penal²⁷⁹, por lo que defender la idea de que se les debería excluir del proceso de mediación porque no debieran estar previstas en la ley penal, constituye un planteamiento alejado de la realidad; doctrinal y jurisprudencialmente no se cuestiona su carácter de infracción punible, y legislativamente no se sabe de ninguna iniciativa parlamentaria tendente a su despenalización. Que se aplique la mediación en las infracciones calificadas como faltas no las justifica ni reivindica. Tampoco las refuerza. Si con el devenir de los tiempos, el legislador optara por su derogación, total o parcial, la práctica de la mediación desaparecería con ellas.

Sobre la escasa alarma social y el minúsculo interés público en su persecución cabe decir que, a pesar de la percepción general en la sociedad de que la justicia es lenta y no funciona, los índices de litigiosidad no dejan de aumentar²⁸⁰; existe, no se discute, una marcada

²⁷⁹ Las faltas están reguladas en los arts. 617 a 637 del Código Penal. Tras ellas, podemos encontrar dos disposiciones comunes en los arts. 638 y 639 del mismo texto legal.

²⁸⁰ Ver los índices y cuadros estadísticos representativos de este fenómeno en el punto 6 de la “Hoja de ruta de la modernización de la justicia”, que se pueden encontrar en la página web www.consejogeneraldepoderjudicial.es

y secular tendencia en nuestra sociedad hacia la utilización de la administración de justicia para solucionar los conflictos, en reclamo de justicia. Por ello se da la curiosa circunstancia de que abundan las reconvencciones civiles y las denuncias penales cruzadas. En concreto en el orden penal, detrás de muchas de las denuncias penales tramitadas en los diversos juzgados de instrucción y de paz de nuestro país²⁸¹ por infracciones calificadas como faltas subyacen conflictos generados a partir de relaciones personales, familiares, laborales, continuadas en el tiempo, cuya resolución por la vía jurisdiccional resulta tan insuficiente e insatisfactoria para los interesados que las denuncias se multiplican, se superponen, y se cruzan, provocando numerosos juicios pendientes con relación a las mismas personas. Las exitosas experiencias prácticas de mediación en los juicios de faltas ha venido a constatar —además de su indiscutible idoneidad para este tipo de infracción penal—, que en numerosas ocasiones el archivo consecuencia del proceso de mediación en un procedimiento da lugar a la misma conclusión en otros muchos procedimientos aún pendientes, cumpliendo así la mediación un objetivo no sospechado pero evidente vinculado con la economía procesal y la agilización y eficacia en el tratamiento de los procedimientos penales por faltas.

Si bien es cierto que la entidad de la sanción es muy leve, también lo es que a las partes no es precisamente la escasa cuantía de la sanción lo que les preocupa, sino que esa misma levedad y simplicidad del caso y del procedimiento provoca que las partes nunca dejen de estar motivadas para denunciar, pues lo que se juegan en caso de perder el litigio, es muy poco y la facilidad de entablar otro sigue ahí. Porque el conflicto de fondo no se soluciona. Y sin embargo, se sabe que

²⁸¹ Son éstos los órganos competentes para el enjuiciamiento de las faltas a tenor de lo dispuesto en el art. 14 de la LECrim.

a las partes en estos casos lo que realmente les mueve a plantear litigios es que su problema –que a menudo trasciende lo meramente jurídico– se llegue a arreglar.

Si la mediación es resolución de conflictos y los delitos son conflictos, la pregunta no será en qué tipo de delito se puede mediar, sino en qué tipo de conflictos. Aunque la cosa no es tan simple porque el derecho penal no persigue la resolución del conflicto como problema interpersonal. Muchas de las críticas a la mediación se basan en la idea incorrecta de que la justicia restaurativa y la mediación necesariamente significan devolver el caso a las partes. Sin embargo, opino que se trata de que el procedimiento penal, que tradicionalmente pivota sobre dos elementos, el estado en el ejercicio exclusivo y excluyente del *ius puniendi* y el infractor que es protegido del ejercicio abusivo de aquél con el elenco de garantías sustantivas y procesales reconocidas en los sistemas de justicia democráticos, deja hueco a una tercera columna que lo sostiene, la víctima, recuperando un lugar del que fue privada (por los motivos que se expresaron en la primera parte de la tesis), en que resulta neutralizada y dando entrada con ello además de a la pena o sanción, a la reparación. En esa medida, las partes –ambos– se convierten en protagonistas e intervienen de manera activa en el desarrollo y conclusión del procedimiento penal; desde tal punto de vista, el infractor, en permanente lucha por ser oído y respetado, y la víctima, la gran olvidada, recuperan las riendas del devenir procesal e intervienen decisivamente en su resolución.

He de reconocer desde la experiencia que he tenido como mediadora que en numerosas ocasiones se me ha hecho más complicado mediar en supuestos de faltas²⁸², que en los de delitos, ya que, más allá de la

²⁸² Las disputas entre vecinos que dan lugar a faltas de injurias, de vejaciones injustas de carácter leve, faltas de daños, etc. y el incumplimiento del régimen de

gravedad que penológicamente se pueda predicar de las infracciones, en las faltas, el componente relacional prima y otorga un “plus” de dificultad al caso fácilmente comprensible a partir del hecho de que en muchos casos las partes intervinientes se conocen y el conflicto está muy arraigado.

Por lo expuesto, considero que el proceso de mediación en las faltas es idóneo, siempre que se den otros requisitos necesarios para iniciar el proceso, como la voluntariedad de las partes y su capacidad para someterse al proceso. Ha habido ocasiones donde hemos podido observar desde los equipos de mediación, cómo las partes en conflicto ante los juicios de faltas, mostraban mucha más ansiedad, estrés y desesperación que en juicios por delitos, por lo que aunque no generen alarma social, sí originan mucho trabajo en los juzgados, y constituyen una realidad que precisa en muchos casos de otras fórmulas distintas de las procedimentales al uso que verdaderamente solucionen el problema de fondo, lo que en numerosos supuestos pasa por someterse al proceso de mediación. Es importante añadir que para las partes intervinientes en un juicio de faltas, pese a su escasa relevancia penal, es el “juicio de su vida”, lo viven con una intensidad inversamente proporcional al desencanto que suele producir el desarrollo del propio juicio, en el cual todo se desarrolla con rapidez y prisas, y no hay cabida para las explicaciones, ni cauce para la expresión de los sentimientos.

Desde la perspectiva opuesta, hay quienes defienden la exclusión de la mediación en los delitos más graves dada la importancia del bien jurídico que se protege, asumiendo que la mediación es una fórmula

visitas entre cónyuges, abundan entre las denuncias que podemos encontrar en los Juzgados de Instrucción y de Paz, y para los que la mediación no sólo es recomendable sino indispensable para su resolución satisfactoria con proyección de futuro.

que otorga una cierta impunidad o provoca benevolencia en la aplicación de la ley penal. También se apoyan para defender la ineptitud de la mediación en que las consecuencias jurídicas derivadas del procedimiento penal (suspensión y sustitución de la pena de prisión, entre otras) no alcanzarían a este tipo de delitos, dando a entender con este argumento que solamente estas figuras jurídicas constituyen los objetivos y ventajas jurídicas de la mediación, y contemplando el proceso exclusivamente desde la perspectiva de la persona infractora²⁸³.

²⁸³ Según el informe de los programas-piloto, de los hechos en los que se medió, el 57% se calificó como falta y el 43% como delito. Entre los tipos, el mayor número correspondió a las lesiones (34,5%), las amenazas (25%); las infracciones en el ámbito familiar (18%), las injurias (9%) y los robos (9%).

De los datos nacionales que recoge el documento del CGPJ relativos – recordemos— al primer semestre de 2009, se constata que los delitos mediados representaron el 66% y las faltas, el 34%.

En Cataluña, según datos del informe de mediación, la mayoría de las mediaciones se vienen realizando en juicios de faltas y diligencias previas. En cuanto a los tipos penales que más son objeto de derivación, en las Memorias no se distingue entre delito y falta. En 2009, los casos derivados por delito aumentaron respecto de 2008 un 2%, pasando del 28% al 30% y disminuyendo correlativamente las faltas en la misma proporción, siguiendo los datos del informe de evaluación. Las principales infracciones mediadas fueron las lesiones y contra el patrimonio, 24% en ambos casos; contra las relaciones familiares, el 17,53% y contra la libertad, el 17%.

En Euskadi, el porcentaje de delitos mediados en 2008 representó el 29% (consecuentemente, el de faltas fue el 71%), destacando las lesiones (41%), fundamentalmente referidas a maltrato familiar y los delitos contra la propiedad (12%); respecto de las faltas, se medió especialmente en las relativas al incumplimiento de las relaciones familiares (20%), lesiones y maltrato de obra (20%) y amenazas (17%). En 2009 los delitos mediados representaron el 36% (descendiendo correlativamente en las faltas, a un 64%). Respecto de las causas por delito mediadas destacan las lesiones, los delitos contra el patrimonio y los daños (respectivamente alrededor del 40%; el 29% y el 12%). Resulta particularmente destacable el tratamiento dado en Euskadi a los delitos de violencia doméstica y los delitos de violencia sobre la mujer. Conforme consta en el capítulo 2 del informe de 2008, la Dirección de Ejecución Penal del Departamento de Justicia del gobierno vasco venía interpretando lo establecido en el art. 87 ter, 4 y 5 de la LOPJ después de su modificación por la LO 1/2004 en el sentido de que sólo estaba vedada la mediación en aquellos asuntos de los que conocen los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y en ningún caso si los hechos no constituyen expresión de violencia de género; por lo tanto se venía entendiendo que cabía hacer mediación en los asuntos que sean por tal motivo remitidos al órgano judicial competente (hemos de leer, en su mayoría, a los Juzgados de instrucción) y en todo caso, cabría mediar en todos aquéllos que sean de la competencia de los Juzgados de lo Penal. De esta manera, en Euskadi, se inició el proceso de mediación respecto de delitos de violencia doméstica, que representaron el

Pero la gravedad del delito no debe ser lo que determine la inclusión o exclusión en un proceso de mediación, ni la posición del infractor la única a tener en cuenta: hay muchas víctimas o familiares de víctimas de delitos muy graves que han solicitado poder hablar con el responsable del crimen que han padecido. Y es que en los juicios penales seguidos por los trámites ordinarios el objetivo es claro, constatar si el acusado cometió el crimen o no, y en su caso imponer la sanción correspondiente; el resto de cuestiones no tienen mayor relevancia. A la víctima o a sus familiares se les permite la intervención meramente procesal en el procedimiento; más allá de esto, no se les ofrece cauce alguno para dirigirse al acusado para inquirir al acusado las respuestas a sus preguntas, por qué lo hizo, o por qué a esa víctima, cómo se siente. Estas cuestiones que para los operadores jurídicos y el propio sistema de justicia penal convencional resultan irrelevantes porque no inciden en el pronunciamiento judicial y el resultado final del procedimiento son, sin embargo, de vital importancia para muchas de las víctimas, y especialmente apreciables en las de delitos penológicamente graves. Por ello, no se debería descartar el proceso de mediación en estos supuestos, sino admitir que en todo caso sea la víctima de la infracción quien decida si desea someterse al proceso de mediación, y contar asimismo con la determinación en el mismo sentido del acusado o condenado²⁸⁴.

14% del total, y en dos localidades concretas, Baracaldo y Vitoria, se derivaron a mediación 4 delitos de lesiones en violencia de género. También se estiman relevantes los datos relativos a las faltas: se medió en 19 asuntos de violencia doméstica y en 3 (de nuevo en Baracaldo) de violencia de género.

²⁸⁴ En este mismo sentido véase a ETXEBARRIA ZARRABEITIA: “Justicia restaurativa y fines del derecho penal” en “Cuadernos penales José María Lidón”, nº 8, Universidad de Deusto, Bilbao, 2011, cuando dice: “(...) ha de defenderse la no

Hemos de asumir que la medición penal se rige por una lógica diferente a la del procedimiento penal convencional; que la gravedad del hecho punible intrínsecamente considerada o de su consecuencia penológica, no se corresponden necesariamente con la gravedad que los intervinientes y protagonistas del hecho punible o punido le otorgan; que desde el punto de vista de la víctima, sobre todo si el delito, por su relevancia, le ha producido secuelas o consecuencias personales (más allá de las meramente económicas), probablemente el proceso de mediación como vía de comunicación y diálogo, de expresión franca de emociones, pueda significar la mejor y mayor de las reparaciones; y que desde la perspectiva del infractor, si el proceso se desarrolló antes de la vista, le va a suponer, como mínimo, la apreciación de una circunstancia atenuante, y si es después, determinados ventajas –que ya están en las leyes– que extienden sus efectos a la ejecución ordinaria de condena, desde determinados beneficios en el régimen penitenciario hasta medidas de gracia, en su caso. No cabe duda que hasta en delitos muy graves, la mediación podría llevarse a efecto pasado un tiempo de cumplimiento de pena de prisión; en ocasiones las víctimas necesitan conocer datos de los hechos, recibir explicación y escuchar disculpas, sentir el arrepentimiento o responsabilización del infractor, para cerrar emocionalmente una etapa de la vida; por su parte el condenado, necesita expresar, su responsabilidad, pedir disculpas y reparar emocionalmente. Sin duda estos encuentros restaurativos tienen efectos legales a nivel penitenciario.

exclusión *ab initio* de ningún hecho con base en criterios relacionados con la gravedad objetiva, jurídico penal, del hecho. La exclusión por ejemplo de los delitos graves –aquellos castigados con pena de prisión superior a 5 años o inhabilitación absoluta o prohibición de aproximarse al a víctima por tiempo superior a 5 años, por ejemplo, según arts. 13 y 33.2 CP–, como ocurre en la Ley de responsabilidad penal de los menores, constituye un perjuicio para las víctimas de dichos delitos, al privarles de la posibilidad de participar en un proceso de mediación con base en un criterio restrictivo planteado desde la perspectiva de la necesidad de castigo al infractor. En la selección de los casos a derivar a mediación creo que deberían ser más relevantes criterios de tipo subjetivo”.

Respecto a las ventajas que pudieran derivarse para el infractor en caso de someterse a un proceso de mediación y llegar a un acuerdo con la víctima, está claro que si se trata de un delito grave, no podría acceder ni a la suspensión genérica del art. 80 del Código Penal, ni a la sustitución, pero es que éstas no son las únicas ventajas que se pueden derivar para la persona infractora, sino que junto a éstas existen otras que ya van quedando reflejadas a lo largo del trabajo de investigación y que resultarán perfectamente claras y enunciadas en el último apartado del mismo, destinado a las conclusiones.

Desde otro punto de vista, hay penalistas y operadores jurídicos que sostienen que el proceso de mediación penal cobra toda su fuerza y sentido en los delitos contra la propiedad, pues en ellos hay un daño, un infractor que lo ha cometido y un perjudicado, lo que facilita mucho la concreción de los acuerdos de reparación. Si bien es cierto que los acuerdos de mediación son más fáciles de concretar en los delitos en los que se puede cuantificar el daño, no por ello, deberíamos limitarlo sólo a éstos, sino que, a través precisamente de ese diálogo entre víctima e infractor, muchas veces descubrimos que el interés de la víctima no es precisamente el obtener una cuantía económica, o que la persona infractora no tiene medios para hacer frente a esa reparación económica, lo que no determina la paralización del proceso de mediación, sino que se pueden buscar otras alternativas que hagan sentirse a la víctima reparada. Por estas razones, no se deben excluir los tipos penales en los que no haya concreción de la cuantía del daño. Sobre ello volveremos en el capítulo siguiente.

En mi opinión, cabría excluir los delitos sin víctima, es decir, los delitos de peligro abstracto, delitos contra bienes colectivos o bienes supra individuales, pues la necesidad de que exista una víctima individualizable (puede ser una o varias personas las afectadas por el delito o falta) directamente perjudicada es una característica común a

todos los proyectos de mediación²⁸⁵. Esto no significa que los delitos sin víctima no puedan tratarse desde parámetros restaurativos²⁸⁶, aunque no a través del proceso de mediación sino de otros instrumentos de la justicia restaurativa.

La mediación presupone dos polos: una víctima y un victimario. Por eso se habla de bilateralidad. Y la mediación es un medio, no un fin. La mediación no se busca como tal en sí, sino como camino que permite llegar a acuerdos que implican responsabilización y reparación. Si no hay víctima o perjudicados concretos, parece que es forzar la situación, sería como “inventar” el otro polo para construir falazmente una mediación. No siempre es posible, ni siquiera necesaria, la mediación: cabe utilizar otros mecanismos de reparación o de conciliación. Es claro que en los delitos contra la salud pública pueden existir actitudes que muestren el rechazo y la voluntad de reparar el daño abstracto causado. Pero basta con preverlos y darles la relevancia que proceda (colaboración con ONGS, sometimiento a tratamientos deshabitadores...) con el envoltorio jurídico adecuado (trabajos en beneficio de la comunidad, reglas de conducta...). Otro tanto ocurre en los delitos contra la seguridad del tráfico sin víctimas o en los delitos en que el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración o se corresponde con una titularidad colectiva o supraindividual. En todos esos supuestos (delitos de peligro abstracto, delitos contra la Administración Pública, delitos cometidos por funcionarios, delitos contra la Hacienda Pública...), un proceso de mediación nada aporta. Como tampoco tiene sentido la mediación en el

²⁸⁵ PÉREZ SANZBERRO: *Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999, pág. 174.

²⁸⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA: Justicia reparadora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos? en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid, 2008, pág. 466.

orden penal entre una institución pública y un particular infractor. Todas esas infracciones han de quedar excluidas de la mediación, lo que no significa que en ellas no pueda tener repercusión y relevancia la reparación²⁸⁷.

Así mismo pueden quedar excluidos los delitos de peligro abstracto, es decir, aquellos en los que basta la realización de una conducta peligrosa, sin que sea necesario, a diferencia de lo que ocurre con los delitos de peligro concreto, que se haya generado una concreta puesta en peligro del bien jurídico. La diferencia con los delitos de peligro concreto reside en que en éstos expresamente se requiere la creación de una efectiva situación de peligro, tratándose por tanto, de un delito de resultado, siendo el resultado el peligro en sí, mientras que en los delitos de peligro abstracto no es necesario que en el caso concreto la acción cree un peligro efectivo: sólo serían delitos de peligro en el sentido de que la razón de su castigo es que normalmente suponen un peligro (peligro estadístico). Ejemplo: conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, delitos de tráfico de drogas, etc.

Dado que en los delitos de peligro abstracto no hay una víctima concreta e individualizable, no será posible la mediación. Sin embargo, sí lo será en los delitos de peligro concreto, dado que la acción ha estado a punto de causar una lesión a un bien jurídico determinado por tanto sí se ha producido un resultado.

²⁸⁷ De hecho, en los delitos contemplados en el Título XVI del Libro II del Código Penal relativos a la ordenación del patrimonio, la protección del patrimonio histórico, contra los recursos naturales y el medio ambiente, así como los relativos a la protección de la flora y fauna (arts. 319 y ss) se contempla la atenuación de la pena si el culpable “hubiere procedido voluntariamente a *reparar el daño causado*” —art. 340—.

Los delitos de peligro abstracto se encuentran fuera de la esfera de los tipos penales susceptibles de ser derivados al proceso de mediación penal (a modo de ejemplo cabe citar entre otros: Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente. Delitos contra la seguridad colectiva. Delitos contra la administración pública²⁸⁸. Delitos contra la administración de justicia: recogidos en el Título XX del Código Penal. Delitos contra la Constitución y el Estado. Delitos cometidos por funcionarios).

Respecto a los delitos en grado de tentativa, en los que sí existe una víctima (que lo ha sido potencialmente y que incluso puede serlo efectivamente), considero que sí es posible derivar al proceso de mediación, puesto que sí hay una persona determinada e individualizable a la que se le han podido llegar a causar ciertos daños, e incluso porque el simple sentimiento de haber sido el objetivo previsto de una infracción puede alterar el estado mental y los sentimientos de tranquilidad. En esos casos no creo que exista incompatibilidad con un proceso de mediación.

Fuera de los casos antes reseñados (delitos sin víctima, o infracciones en que el sujeto pasivo es una entidad pública) creo, como ya hemos definido, que no caben exclusiones apriorísticas. Todos aquellos supuestos en que exista víctima identificable y concreta son idóneos, en una primera aproximación, para la mediación. Será luego cuando haya que manejar ciertos parámetros en un segundo filtro, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso. No son lo mismo unos abusos sexuales en el ámbito familiar que una agresión

²⁸⁸ ASUA BATARRITA: “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto de la potestad disciplinaria” en *Delitos contra la Administración Pública*. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pág. 29.

sexual cometida por un extraño. No hay duda de que las faltas y los delitos menos graves en términos penológicos, especialmente aquellos dirigidos contra el patrimonio, son el mejor campo para que las fórmulas de mediación prosperen. Pero eso no significa que deban excluirse otros supuestos²⁸⁹.

b) Críticas a la derivación por razón del tipo de infractor

Para algún sector doctrinal y no pocos operadores jurídicos, el proceso de mediación penal, como mecanismo de intervención en el procedimiento penal que participa de sus mismos fines, contemplado desde la perspectiva de la prevención general, se debe dirigir exclusivamente a las personas infractoras jóvenes y de ellas, a los denominados “delincuentes primarios”, excluyendo así los supuestos en los que existen antecedentes penales, reincidencia²⁹⁰ y habitualidad delictiva²⁹¹. Sin embargo, la realidad cotidiana de la mediación que se realiza en el procedimiento penal de adultos pone en evidencia que no se debe excluir a las personas que ya han cometido delitos con anterioridad a su intervención en el proceso de mediación, pues los momentos vitales en que se cometen las infracciones son distintos y deben, pues, recibir un tratamiento diferenciado²⁹². Si la mediación

²⁸⁹ No podemos dejar de mencionar los peligros que la aplicación de la mediación penal en el tratamiento de las infracciones llamadas “menores” entraña, como la posible banalización del modelo o la eventual ampliación negativa de la red penal (el denominado efecto “net widening”).

²⁹⁰ Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido ejecutoriamente condenado por un delito comprendido en el mismo título del Código Penal y de la misma naturaleza. Art. 22.8ª CP.

²⁹¹ Es reo habitual la persona que ha cometido 3 o más delitos de los comprendidos en el mismo capítulo, en un plazo no superior a 5 años, y ha sido condenado por todos ellos. Art. 94 CP.

²⁹² SÁEZ RODRÍGUEZ (Coord.): “La mediación penal y penitenciaria. Un programa para su regulación” dentro de *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*. Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 325 y s.

constituye una alternativa a la forma tradicional de resolver los conflictos, quizás para esas personas que ya han comprobado en ocasiones anteriores como se resolvía su infracción penal y cómo no les ha servido tal tipo de resolución, reproduciendo su comportamiento y en recayendo en el delito, ésta sin duda, puede ser una oportunidad para intentar apartarse de forma definitiva del entorno criminal y de aprender a afrontar la vida y los problemas de forma diferente²⁹³.

Otro supuesto diferente es el que se plantearía si la recaída en el delito por el infractor se produce tras la participación en un proceso de mediación previo. En este caso, sí se podría plantear dudas sobre la eficacia de la mediación en estrictos términos de prevención especial. No obstante, si la víctima quiere mediar, porque necesita de ello, incluso en los casos en los que la persona infractora sea reincidente habría que intentar la mediación. Es, desde luego, difícil de concebir que la petición de disculpas personales y el efectivo esfuerzo reparador, en un caso concreto, a futuro (e inmediato, a veces) no signifiquen nada para el infractor, pero lo cierto es que quizá sea ingenuo suponer que deba necesariamente producirse en el delincuente una transformación vital automática y permanente por el solo hecho de mediar en un caso concreto, olvidándonos de que el mundo del delito para ciertos sectores

²⁹³ En la experiencia que llevamos a cabo en el Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid en diciembre de 2005, desde la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos de Madrid, pude participar desde mi labor como mediadora en el caso de un hombre de mediana edad que había cometido varios delitos a lo largo de su vida, en los que el elemento desencadenante del mismo siempre fue su adicción a las drogas. El último juicio que tenía pendiente era precisamente en el J.P. nº 20. Se dudó mucho sobre la conveniencia o no de enviar un caso de una persona reincidente al proceso de mediación, y finalmente se dio el visto bueno por parte de la Fiscalía. La mediación resultó un éxito. El acusado estaba realizando un programa de desintoxicación y por primera vez en su trayectoria vital y delictiva escuchó a una víctima expresar la rabia, el miedo, la incertidumbre y la impotencia que había sentido durante el descubrimiento del robo en su negocio, y durante los años que duró la tramitación de la causa. Por primera vez esta persona entendió todo el significado que el delito tiene para quien lo sufre, todo su alcance. Casi 4 años después, el infractor ha conseguido dejar de lado las drogas y apartarse del mundo del delito, teniéndose constancia de que no ha vuelto a cometer ningún tipo de infracción penal.

de la población es su “vía natural”, su manera de sobrevivir, y que, en fin, en muchos casos, sin necesidad de ponernos dramáticos, querer no es poder.

c) Críticas a la derivación por razón del tipo de víctima

Cabe cuestionarse la viabilidad de la mediación autor víctima en el caso de las víctimas menores de edad, incapaces, las mujeres víctimas de la violencia machista y las víctimas de delitos violentos. A este respecto cabe decir que no es fácil definir criterios generales, sino que habrá que atender a cada caso concreto. Depende de qué menor de edad estemos hablando, de su edad, de su madurez y de su predisposición a someterse al proceso, contando siempre con sus representantes legales, como es obvio. Depende también del grado y tipo de incapacidad. Sobre las mujeres víctimas de la violencia machista habría también que observar el grado y la reiteración de la violencia y el deseo de la víctima por someterse al proceso, pero sobre esto dedicaré un apartado más adelante.

Las víctimas o familiares de la víctima de delitos violentos o muy graves no deben ser excluidas del proceso. Son muchas las víctimas que piden explicaciones, que piden conocer datos de la vida de la persona que ha destrozado su presente y su futuro, son muchas las que necesitan un porqué y cómo fue para poder alcanzar la tranquilidad²⁹⁴, y será trabajo de los mediadores decidir si ese encuentro con la persona infractora les puede ocasionar más perjuicios o por el contrario, puede resultar beneficioso para la víctima, pero ésta, ha de poder optar por

²⁹⁴ No son pocas las ocasiones en que los medios de comunicación muestran a familiares de víctimas pidiendo una explicación al acusado, levantándose en el plenario gritando alguna cuestión, lanzando algún reproche en los pasillos, etc, pues recordemos que en el acto de juicio oral lo único que importa es la prueba, centrándose los interrogatorios de los acusados, víctimas y testigos en los hechos, no permitiendo aportar ningún tipo de explicación periférica al hecho en cuestión.

someterse o no a este proceso. Habrá mediaciones en las que no se consiga llegar a un acuerdo de reparación, pero quizás, el diálogo entre las partes, pueda constituir ya una satisfacción para ambos, y entonces el proceso de mediación concluiría con éxito, aunque sin acuerdo. En ocasiones, el diálogo es el mayor de los éxitos.

En relación con algunas clases de víctimas resulta cuestionable admitir su participación en un proceso de mediación. Sin embargo, considero que sí deberían contar con el derecho a participar en este tipo de proceso:

1. Mediación en los delitos de violencia de género

El art. 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 29 de diciembre sobre Medidas de Protección integral contra la violencia de género enumera los supuestos de competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el orden penal y en el civil; en el apartado 5, después de dicha enumeración, se introduce la siguiente redacción: “5. *En todos estos casos está vedada la mediación*”.

Es llamativo que se esté aparentemente prohibiendo un proceso como la mediación que no está contemplado en la actualidad en la ley²⁹⁵ ni apenas existía en la realidad en 2004 fuera de la jurisdicción de menores. Se ha debatido si esta prohibición excluye la mediación penal o sólo se refiere a la civil. En cualquier caso, parece obvio que esta referencia legal hace problemática la aplicación de la mediación en los

²⁹⁵ Recordemos que en la actualidad sólo hay una Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI), relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal que establece: “*Los Estados Miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales.... Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación...*”.

procesos penales relativos a esta materia²⁹⁶. A pesar de que el art. 44.5 de la L.O 1/2004 de 29 de diciembre, prohíbe de manera indubitada la mediación en esa materia, personalmente yo me uno a las autorizadas y numerosas voces que han abogado por la supresión de esa limitación que no tiene justificación suficiente, si la mediación aparece correctamente enfocada y manejada por expertos conscientes de la eventual asimetría de la relación o situación de desigualdad. La prohibición absoluta me parece muy cuestionable. Con carácter general se puede afirmar que la violencia de género se ha regulado por el legislador penal de un modo que tiene poco en cuenta las posibilidades de participación de la víctima en el proceso. Este modelo sobreprotector es desde luego coherente con la prohibición de la mediación en esta materia, al no considerar a la mujer víctima de estos delitos con capacidad para intervenir en el proceso en la búsqueda de cualquier acuerdo reparador, cuando ni siquiera puede rechazar o pronunciarse sobre la medida de alejamiento. Cuando se legisló, parece que se pensó solamente en casos en los que efectivamente había una violencia física o psíquica grave y reiterada, no teniendo en cuenta que existen otro tipo de acciones que sí podrían ser tratadas a través del cauce de la mediación penal²⁹⁷. Es totalmente cierto que en los delitos de violencia de género hay en principio un desequilibrio de poder y emocional entre

²⁹⁶ ESTIRADO DE CABO: “Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento” dentro de *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*. Estudios de derecho judicial 136-2007, Centro de documentación judicial, CGPJ, Madrid, 2008, pág. 212 y s.

²⁹⁷ Desde mi labor como abogada, puedo afirmar con rotundidad que cuando por turno de oficio se me asigna la defensa de un imputado de violencia de género, son numerosas las veces en las que la propia víctima me pide información acerca de cómo ver a su pareja, de cómo puede retirar la orden, de cómo volver atrás, pues ella no quería nada de esto. Ha habido víctimas que incluso me han llegado a confesar que “sólo quería darle un escarmiento”, “pensaba que así me darían una ayuda económica y una casa, pero no que él iría a la cárcel”, “he sido yo la que le he empezado a agredir”, etc.

las partes, pero también lo es que hay una gran diversidad de situaciones, desde delitos de gran levedad tanto por su escasa intensidad en la lesión del bien jurídico, como por su carácter puntual y aislado en la relación de pareja, hasta delitos que se enmarcan en una situación sistemática de dominación machista, pasando por todas las posibles situaciones intermedias, sin embargo la ley penal contempla esta realidad desde una visión muy rígida²⁹⁸.

También en el marco de las Naciones Unidas se ha vedado el empleo de la mediación en este campo delictivo. El último Informe del Secretario General de Naciones Unidas relativo a la violencia de género, de fecha 6 de julio de 2006, que lleva por título “Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer”, omite realizar mención alguna, ya sea de carácter positivo o negativo, en torno a la posibilidad de aplicar mecanismos de Justicia Restauradora a dichos supuestos de agresión contra la mujer en el ámbito doméstico. La única referencia en un sentido parecido alude a la reparación del daño causado a la víctima, como cuestión vinculada, al menos en cierta forma al planteamiento de las técnicas restauradoras, si bien, a este respecto se está pensando preferentemente en la obligación por parte del propio Estado de indemnizar dichos perjuicios. Así lo indica el subapartado 3º del apartado C sobre “*Medidas encaminadas a hacer frente a la violencia contra la mujer*”²⁹⁹. Esta situación de *lege lata* habría de convencernos sobre la inidoneidad en el actual contexto socio-jurídico español de

²⁹⁸ ESTIRADO DE CABO: “Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento” dentro de *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*. Estudios de derecho judicial 136-2007, Centro de documentación judicial, CGPJ, Madrid, 2008, pág. 213.

²⁹⁹ Entre los recursos disponibles para estas víctimas se encuentran la reparación de los daños sufridos, la restitución, la compensación, la satisfacción, la rehabilitación y las garantías de no repetición y prevención.

cualquier tendencia a instaurar técnicas de mediación entre las partes con carácter general³⁰⁰.

El conflicto violento generado en el ámbito de la pareja presenta una realidad que parece superar a los poderes públicos y a cualquier política-criminal. Es un conflicto social, incardinado en la propia estructura social y en lo que viene siendo su célula base, la pareja y/o familia. Visto que el castigo no frena este tipo de conductas, deberíamos preguntarnos acerca de cuáles son las necesidades de las partes y buscar otras formas de ayuda. Si miramos al conflicto, tendremos que mirar necesariamente a las necesidades e intereses de las partes, mientras que si seguimos mirando a los hechos, sólo seguiremos haciendo hincapié en el aumento de la penalización de conductas³⁰¹. Es muy llamativo que desde junio de 2007 hasta el mismo mes del año 2010, del total de denuncias presentadas, el 35% de las sentencias sobre delitos y faltas en esta materia fuesen absolutorias. Así mismo, también llama poderosamente la atención que durante ese período el porcentaje de renuncias una vez presentada la denuncia ascienda al 12,4% de los casos³⁰². Estos datos plantean si realmente esta ley y estos juzgados están resolviendo los problemas de fondo de las parejas o si por el contrario, en muchos de estos casos, se podría utilizar un mecanismo alternativo al judicial, que permita resolver eficazmente el conflicto que verdaderamente subyace en las parejas para que no se llegue a la violencia.

³⁰⁰ ESQUINAS VALVERDE: *Mediación entre la víctima y el agresor en la violencia de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 17 y s.

³⁰¹ PALMA CHAZARRA: *La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*. Tesis Doctoral. Universidad de Sevilla. 2007. Pág. 351.

³⁰² SÁEZ RODRÍGUEZ: "La estrategia penal contra la violencia de género en su complicado encaje con la mediación penal" en MARTÍNEZ ESCAMILLA (Dir.): *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Editorial Reus, Madrid, 2011. En prensa.

Retomando los argumentos a los que he aludido anteriormente sobre la posibilidad de introducir la mediación penal en este tipo de delitos y para supuestos aislados que no revistan ningún tipo de gravedad, sería preciso sostener, como recoge ESQUINAS VALVERDE en su monografía titulada “*La Mediación entre la víctima y el agresor en la violencia de género, ¿una oportunidad o un desatino?*” en la conclusión final, una doble cuestión de *lege ferenda*. Por una parte, habría que rechazar la aplicación de la mediación en aquellos supuestos de violencia de género que impliquen una prolongada historia de agresiones, maltrato o dominación por parte del hombre sobre su (ex) pareja femenina, pues en estas circunstancias, un proceso de acercamiento y de diálogo entre las partes resultaría excesivamente peligroso para la víctima, en la medida en que ésta se verá atrapada en una dependencia psicológica, emocional y puede que incluso social y económica respecto de su agresor, lo que disminuiría sensiblemente la probabilidad de que ambos pudieran alcanzar un acuerdo realmente justo y equitativo. Y de otra parte, estarían los episodios esporádicos y aislados, en su caso, primeros o únicos, de agresión leve o de maltrato de obra o amenazas (en algunas ocasiones mutuas), en los que el ataque físico o psicológico por parte del hombre no se integre en una larga espiral de violencia, lo que podría dar lugar a que dicho incidente fuera objeto de un trámite jurídico más rápido o expedito, quedando abierta la posibilidad de continuar con la relación afectiva. Para este tipo de casos se ha sugerido bajo ciertas condiciones, la conveniencia de realizar un proceso de mediación inserto en el sistema procesal penal³⁰³, por medio del cual fuera factible recomponer ese vínculo sentimental, atendiendo a su vez a las necesidades de cada una de las partes: de seguridad, de autoafirmación y reivindicación de sus derechos e

³⁰³ MATEFI: “*Mediation bei häuslicher Gewalt?*” en Revista Die Praxis des Familienrechts. 2/2003, págs. 260 y ss.

intereses en el caso de la víctima, y de tratamiento psicológico, asunción de responsabilidad y posibilidad de solicitar y recibir perdón en el caso del autor³⁰⁴.

A la hora de tratar la violencia de género, uno de los problemas más graves es calificar como tal, una variada modalidad de procesos de interacción violenta y ser tratados de una forma igual legislativamente. Es en muchas ocasiones esta igualdad de tratamiento la que produce ineficacia, junto con acciones legislativas tendentes a rechazar desde el inicio estrategias que para muchos supuestos de violencia, pueden no ser solamente válidas, sino inclusive, las más indicadas. Este es el caso de la mediación para ciertos supuestos de violencia de género³⁰⁵. Además, como sugiere GONZÁLEZ VIDASOA³⁰⁶, la mediación constituye un buen método para averiguar lo que demandan las víctimas, cuál es el verdadero origen del conflicto y como solventarlo, agrupando a éstas en tres categorías:

- Víctimas cuyos agresores tienen problemas de conducta producidas por toxicomanías múltiples. Estas víctimas no demandan la pena privativa de libertad, sino el sometimiento del agresor a un tratamiento.
- Víctimas que no quieren romper la relación pero han interpuesto denuncias para que cese o cambie el comportamiento del agresor.
- Víctimas de agresores psicópatas. En este caso no es viable la mediación.

³⁰⁴ ESQUINAS VALVERDE: *Mediación entre la víctima y el agresor en la violencia de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 130 y ss.

³⁰⁵ PALMA CHAZARRA: *La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*. Tesis Doctoral. Universidad de Sevilla, 2007, pág. 354.

³⁰⁶ GONZÁLEZ VIDASOA: *Porqué la mediación como una alternativa a la violencia de género*. Ejemplar manuscrito. 2004.

GIMÉNEZ SALINAS considera, de manera muy acertada a mi juicio, que no hay por qué impedir la mediación ya que puede ser beneficiosa para evitar una escalada de violencia, eso sí, siempre y cuando esa mediación se lleve a cabo al inicio y no cuando haya un maltrato avanzado³⁰⁷. Por tanto, si se dejara abierta la posibilidad legal de mediar, se estaría posibilitando el uso de una herramienta más a utilizar, tal y como afirma EIRAS NORDENSTALHL³⁰⁸, cuando se refiere al dilema de mediar en casos de violencia doméstica: “Lo que habría que constatar es que se den las condiciones para que su uso coadyude a la solución pacífica del conflicto, pasando a ser uno de los instrumentos de intervención posibles, tanto o a igual nivel que la terapia o la implantación de alguna medida coactiva por parte de la autoridad judicial. Eso dependerá de las partes en conflicto, previa determinación de los niveles de riesgo”.

Esta misma visión también la plasma SÁEZ RODRÍGUEZ en un riguroso artículo sobre la violencia de género y mediación penal cuando manifiesta en el epílogo: “(...) parece razonable sostener que la fórmula más acertada para la reparación integral de las víctimas de los delitos –incluidas las de violencia de género– no consiste, pues, en eliminar o restringir su apreciación como circunstancia atenuante de la responsabilidad del infractor, sino en establecer herramientas que permitan acceder al conocimiento de las auténticas necesidades reparatorias de las víctimas y restablecerlas en su derecho por la vía

³⁰⁷ Exposición de GIMÉNEZ SALINAS en las II Jornadas Internacionales de Victimología celebradas en La Rioja en el año 2002.

³⁰⁸ EIRAS NORDENSTALHL: *La mediación penal. De la teoría a la práctica*. E.J. Perrot, Buenos Aires, 2005, pág. 103 y ss.

más rápida y eficaz. Y no cabe duda de que esto se puede producir (...) a consecuencia de un proceso de mediación penal (...) ³⁰⁹”.

2. Mediación cuando la víctima es menor de edad

Sólo sería imposible la mediación en los casos en los que los menores de edad no tuvieran capacidad de decisión; para ello habrá de tener en cuenta la edad, y demás características que deberán ser valoradas por el mediador. En todo caso, en las sesiones de mediación podrían estar presentes los titulares de su patria potestad.

3. Las personas jurídicas como víctimas participantes en el proceso de mediación

De la práctica de la mediación penal en las experiencias que se están desarrollando surge la duda acerca de la participación de personas jurídicas en el proceso de mediación penal.

No se pretende entrar ahora a examinar los casos en que el sujeto activo de la infracción penal lo es en nombre de una persona jurídica o en el marco de su organización, ni los supuestos complejos de delincuencia económica, ni agotar exhaustivamente las cuestiones que este tema suscita.

Mucho más común y usual en la práctica de la mediación es la presencia de las personas jurídicas como perjudicados de la infracción penal, en general de tipo patrimonial como los casos de hurto en grandes superficies, robo con fuerza, daños, deslucimiento de bienes inmuebles, apropiación indebida o estafa. Para poder responder a la pregunta de si la mediación penal es un método idóneo para resolver

³⁰⁹ SÁEZ RODRÍGUEZ: “La estrategia penal contra la violencia de género en su complicado encaje con la mediación penal” en MARTÍNEZ ESCAMILLA (Dir.): *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Editorial Reus, Madrid, 2011. En prensa.

este conflicto penal –en el sentido de poder cumplir los fines que hemos asignado al proceso de mediación para la conciliación y reparación en el marco del ius puniendi estatal– habría que proceder a una distinción de supuestos, por ejemplo en función del tamaño, forma legal o características de la persona jurídica, así como de la calidad o nivel de representación de la persona o personas físicas que obren en representación de la persona jurídica en el proceso de mediación.

Desde el punto de vista de la experiencia práctica, siempre que el representante de la persona jurídica tenga suficiente poder para ello, no se han observado inconvenientes para que la persona jurídica, a través de la representación que haya designado, dialogue con el autor de la infracción y se llegue a suscribir acuerdos reparatorios.

La “calidad” del diálogo dependerá en gran medida de la “calidad” de la persona que representa a la persona jurídica, de su actitud en defensa de los intereses de su mandante o hacia la persona infractora.

Las experiencias existentes en nuestro país, fundamentalmente en el ámbito de los menores de edad penal, demuestran que el proceso de mediación se puede abordar y que se puede obtener resultados exitosos también cuando el perjudicado es una sociedad o corporación, con un diálogo eficaz desde el punto de vista de responsabilización de la persona infractora y con una alta posibilidad de alcanzar acuerdos en cuanto a la reparación, satisfactorios para ambas partes, que sean trasladables eficazmente al procedimiento penal, cualquiera que sea la fase en que se halle.

En definitiva, no se observan en la práctica obstáculos para que una persona jurídica, actuando conforme a sus mecanismos de formación de su voluntad y a través de un representante legal de la persona jurídica con poder para llegar a acuerdos, participe en un proceso de diálogo y acuerdo para la resolución de un conflicto con

trascendencia penal. Al contrario, parece un mecanismo idóneo para abordar este tipo de delincuencia, como los hurtos en grandes superficies, que ocasionan en su conjunto unos perjuicios económicos apreciables al sector comercial y a los que tradicionalmente se da una respuesta insuficiente desde el sistema penal, dada la escasa entidad de la infracción y de la pena, la insuficiente responsabilización de la persona infractora que esa pena produce y la mínima posibilidad de que se produzca una reparación, por lo cual las personas jurídicas se ven obligados a asegurar estos riesgos mediante pólizas de seguro o a asumir como un ingrediente del negocio, sin recurrir a una justicia penal de la que no esperan resultados eficaces. La mediación puede ser para estas personas jurídicas un método idóneo para obtener la reparación y para producir un efecto de prevención especial respecto a las personas autoras de la sustracción que reduzca la reincidencia en el hecho.

5. Situaciones polémicas de derivación a mediación

Aunque el principio general del que parte la mediación —tal y como yo la contemplo y desde la visión que estoy aportando en este trabajo de investigación— consiste en permitir esta vía de diálogo en todos los delitos y faltas en los que existan dos partes identificables, una víctima y un infractor o infractora, dada la amplia casuística que se puede encontrar, existen una serie de situaciones que cuestionan la idoneidad del caso para ser derivado al proceso de mediación.

a) Cuando la persona acusada es reincidente o reo habitual o tiene antecedentes penales computables a la causa objeto de mediación

En estos supuestos, hay que advertir a la persona que ha cometido la infracción penal que el hecho de participar en un proceso de mediación supone al menos un reconocimiento parcial de hechos, y éste

va a tener, en todo caso, una consecuencia jurídica (excepto si trata de una falta) a través de una sentencia condenatoria. De este fallo condenatorio “atenuado” si la mediación finaliza con un acuerdo positivo entre las partes, se podrá solicitar la suspensión o sustitución de la pena si se cumplen los requisitos que exige el Código Penal, pero si la persona es reincidente, o reo habitual o tiene antecedentes penales computables a la causa, quizás no se puedan solicitar las alternativas a la pena privativa de libertad, en cuyo caso, quizás sea mejor para la persona infractora, la celebración del juicio, para intentar obtener la libre absolución, salvo que la persona tenga claro que quiere, a pesar de las posibles consecuencias penológicas que se determinarán en el fallo, participar en el proceso, en cuyo caso, sí se podría derivar a mediación, debiendo consignar los mediadores en este caso, esas advertencias legales.

b) Cuando la persona acusada está en situación irregular en España

Dado que en la mediación penal, y tratándose de delitos, y al no existir el principio de oportunidad, la respuesta penal por la comisión del ilícito penal siempre va a ser una sentencia condenatoria. Por ello, hay quienes sostienen con cierta razón, desde un punto de vista de las repercusiones sancionadoras, que no es aconsejable que las personas que se encuentren en situación irregular en España, accedan a este tipo de proceso, por cuanto, el fallo va a suponer la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional (para penas inferiores a 6 años de prisión), en cuyo caso, el proceso de mediación penal les estaría ocasionando un serio perjuicio.

c) En el delito continuado (art. 74 del Código Penal)

En esta situación jurídica habría que atender a diversas circunstancias: si la víctima ha sido siempre la misma, y tanto ella

como la persona infractora, acceden a participar en el proceso de mediación, no habría problema. Pero tratándose de víctimas diferentes, el problema vendría determinado si sólo desea participar alguna o algunas de las víctimas, pero no todas. En estos supuestos la dificultad vendría a la hora de determinar la reparación a cada una de las personas perjudicadas.

d) Cuando una de las partes no está en el pleno uso de sus facultades mentales

En estos supuestos la mediación está vetada por razones obvias. Cuando digo que está vetada, me refiero a casos en los que efectivamente nos encontramos con personas con las facultades mentales anuladas o muy deterioradas. No me estoy refiriendo en ningún caso a enfermos mentales, puesto que para descartar estos casos, hay que atender a cada persona en concreto. Será el mediador o los mediadores (si hay comediación) los que deban valorar una serie de exigencias mínimas en la persona para afrontar el proceso. Por ello, no puede descartarse la mediación en personas con trastornos límites o bipolares, o con depresión, o histriónicos, o con trastornos obsesivos compulsivos o de ansiedad generalizada, etc. De hecho se han concluido mediaciones de manera positiva con personas de estas características³¹⁰.

A través de las entrevistas individuales con cada una de las partes, el mediador podrá verificar si existe “capacidad mental” y disponibilidad real de participar en el proceso. Si tiene dudas, podrá realizar más entrevistas individuales, hasta que se cerciore de que efectivamente la persona puede participar en el proceso, sin ningún riesgo para ninguno

³¹⁰ Véase a este respecto, el apartado del trabajo de campo, contenido en el apartado cuarto de este trabajo de investigación y el resto de estudios o informes sobre la práctica de la mediación que existen en la actualidad y que vienen mencionados en la bibliografía de este trabajo.

de los intervinientes en el mismo. Si por el contrario, detecta que la persona puede padecer algún tipo de trastorno, o enfermedad que pueda poner el riesgo el proceso de mediación, deberá paralizar el proceso. En estos casos, lo más difícil para el mediador será explicar a la persona en cuestión por qué no continúa el proceso. Es muy importante, que nunca se le responsabilice a esta persona por su estado mental como causa de paralización del proceso. El mediador, que poseerá herramientas y conocimientos para proceder en estos supuestos deberá paralizarlo sin que afecte a la persona.

e) Cuando hay varias personas víctimas o acusadas y sólo participa una

¿Qué sucede si hay varios infractores o varias víctimas y sólo uno o varios de ellos quieren participar en el proceso de mediación?

Existen dos posibles posiciones al respecto: negar la posibilidad y admitirla. Comencemos por la primera. En aquellos supuestos en que sean varios los acusados y sólo alguno o algunos de ellos deseen someterse al proceso de mediación, pese a que desde la perspectiva del derecho de defensa y las diversas estrategias con que cabe afrontarlo no existe inconveniente en que se desarrollen en una misma causa enfoques diversos y hasta enfrentados por los diversos imputados, no parecería recomendable el inicio de un proceso de mediación penal sin el consentimiento de todos los acusados, puesto que al implicar un reconocimiento de responsabilidad sobre los hechos, la versión fáctica de uno podría complicar la situación de los demás, comprometiendo su derecho a la presunción de inocencia.

Cierto que un efecto análogo cabe predicar de la situación de aquel coimputado que consigna antes del juicio la responsabilidad civil a efectos de obtener la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 del C.P. puesto que en tal caso, de no obtener la libre absolución, se

aseguraría en todo caso una rebaja de la pena por la concurrencia de la mencionada circunstancia atenuante, simple o muy cualificada, lo que no aprovecharía al resto de acusados; sin embargo, esa consignación económica en la cuenta del juzgado no contaminaría la defensa de los otros acusados, ni la versión que la víctima pudiera conocer, puesto que no habría habido ningún tipo de contacto o diálogo entre las partes³¹¹. Cuando dos o más personas cometen un delito, sus versiones están irremediablemente condicionadas, de manera que lo manifestado por uno está íntimamente relacionado con lo que dijo el otro, por lo que deben ser todas los acusados los que decidan o no participar en el proceso, pues de lo contrario, se podría vulnerar la presunción de inocencia que ampara a todos y cada uno de ellos, y este derecho, de carácter constitucional, está por encima del derecho a participar en un proceso de mediación.

La otra posición, que admite la posibilidad de realización de la mediación a pesar de que sólo parte de los coimputados acepten asistir a la mediación, consideran que si se puede iniciar una mediación con uno sólo de los infractores. Los argumentos que podría sostener tal posición residen en que en el modelo de proceso acusatorio va de suyo la negación del papel decisivo de la confesión. La declaración del

³¹¹Para entender esto con mayor claridad, pondré un ejemplo. Imaginemos que hay dos personas acusadas de un robo con fuerza en casa habitada y una víctima. Uno de los acusados desea participar en el proceso de mediación y el otro no. Al entrar en la fase de encuentro dialogado, en la que la víctima y el acusado se reúnen con el fin de hablar sobre el delito, su posible reparación, etc., la víctima puede pedir explicaciones que el acusado no pueda ofrecer sin implicar al otro acusado, con lo que la víctima puede no querer continuar con el proceso. Cuando dos o más personas cometen un delito, sus versiones están irremediablemente condicionadas, de manera que lo manifestado por uno, está íntimamente relacionado con lo que dijo el otro, por lo que deben ser todas las partes acusadas las que decidan o no participar en el proceso, pues de lo contrario, se podría vulnerar la presunción de inocencia que ampara a todos y cada uno de los acusados, y este derecho, al ser constitucional está por encima del derecho a participar en un proceso de mediación.

imputado no se considera (frente al paradigma inquisitorial) un medio de prueba de la “verdad”, ni siquiera de la “verdad judicial”, la proclamada por medio de una sentencia que no tiene por qué coincidir con la verdad “real”. En el modelo acusatorio garantista el interrogatorio del imputado con el que da comienzo el juicio oral es fundamentalmente un medio de defensa, de ahí el reconocimiento del principio defendido por los ilustrados como “el derecho al silencio” del que ya hablara FILANGIERI, la proscripción del juramento, abolido en Francia desde los primeros días de la Revolución, y en suma el esquema básico acusatorio por virtud del cual se pretende excluir por principio cualquier género de colaboración del imputado con la acusación³¹². Este carácter no decisivo de la confesión (en consonancia con la exclusión de las pruebas legales y el principio de libre apreciación de la prueba) implica al menos dos consecuencias no menos trascendentes: la inderogabilidad del juicio y la indisponibilidad por las partes de las situaciones penales en que se hallan. Algo que –deducido del proceso acusatorio que ya estaba presente en Roma y en apariencia recogido de la tradición anglosajona, también de origen acusatorio, del “plea guilty”– se está sin embargo negando a diario en nuestros Juzgados con las conformidades (que constituyen en este sentido más que una quiebra, una brecha enorme abierta en el sistema garantista acusatorio).

Voy más allá en la defensa de esta posición añadiendo que incluso admitiendo –como se hace a diario con las conformidades– que el reconocimiento de la responsabilidad en los hechos por el imputado destruye la presunción de inocencia y por lo tanto excluye el juicio oral,

³¹² Nuestro legislador decimonónico, siguiendo en buena hora las tesis ilustradas, incluso vio con recelo –en la previa fase de instrucción– la confesión en reconocimiento de los hechos que son investigados, previendo que tal circunstancia no excluiría su constatación y verificación.

autorizando sin más el dictado inmediato de una sentencia condenatoria, posiblemente para salvar un mínimo de coherencia con esos principios básicos del sistema acusatorio, se admite también que la conformidad y la sentencia condenatoria respecto de uno o varios imputados que se conforman no excluye la celebración del juicio respecto de los demás. Algo parecido ocurre cuando –sin necesidad de reconocimiento ni conformidad con los hechos y la acusación– se va juzgando uno a uno a distintos imputados (porque, por ejemplo, se encuentren en rebeldía o en busca, y sean juzgados a medida que van siendo puestos a disposición judicial). En estos casos muchos abogados asumen que no tienen posibilidades reales de absolución o de atenuación de la pena que lo más indicado es acudir a una conformidad con la primera de las sentencias dictadas, defendiendo un planteamiento no muy distinto al que desarrollado anteriormente. Sin embargo, a veces puede ser un error estratégico: puede que resulte más conveniente interesar la celebración ordinaria del juicio oral y apelar a la presunción de inocencia del coimputado que aún no ha sido juzgado si los medios probatorios de cargo no son suficientemente sólidos. La sola declaración inculpatoria de cualquiera de los demás coimputados – pese a lo que digan algunas sentencias del TC– por sí misma no hace prueba bastante para destruir la presunción de inocencia, ni tampoco la existencia de una sentencia condenatoria, incluso firme, dictada respecto de uno de los coimputados resuelve ni afecta al resultado respecto de los demás.

Pues bien, desde este segundo planteamiento, –que no creo que la confesión del reo haya de excluir sin más el juicio ni modifique su “status”–, menos aún considero que deba tener relevancia sobre la situación procesal de otros coimputados. Y en tal sentido, tampoco considero que la participación de un coimputado en el proceso de mediación “contamine” al resto. Otra cosa es que durante el proceso de

mediación la verdad “a medias” o “a cuartos” que pueda ofrecer el acusado a la víctima no la satisfaga y se frustre la mediación, pero eso es un riesgo que vale la pena correr porque lo cierto es que –siendo honestos– cada uno sólo está en condiciones de reconocer sus propios actos y lamentar y disculparse sólo por ellos, no por los de los demás.

Por ello, tras ofrecer las dos vías posibles, me inclino por la segunda. En el caso de las víctimas, este planteamiento no admite discusión. En el supuesto de que sólo quisiese participar una o alguna de ellas, podría desarrollarse el proceso de mediación sin inconvenientes, porque en ningún caso supondría una merma en los derechos de los demás perjudicados, que resultarían también en su caso indemnizados, obteniendo una reparación material, sin perjuicio de que sólo aquellas víctimas que hubieran participado en la mediación, conseguirían una reparación simbólica, a través del reconocimiento de la responsabilidad de los hechos directamente del infractor y la petición de disculpas.

6. El acuerdo de mediación: su alcance, su legalidad y los problemas que genera

a) Introducción

Uno de los fines del proceso de mediación consiste en llegar a un acuerdo que beneficie a las partes enfrentadas por la infracción penal. Los acuerdos a los que lleguen las partes se deben plasmar en un acta de reparación³¹³, que en todo caso, irá firmada por ambas partes y por el mediador o mediadores que han dirigido el proceso. El acuerdo supone por tanto el cierre de un camino que han recorrido la persona víctima y la persona infractora, por ello es de vital importancia que sea

³¹³ Se adjunta un modelo en el apartado de anexos.

posible, determinado y beneficioso para ambas partes³¹⁴. El mediador deberá seguir empleando las técnicas de negociación conocidas a la hora de la toma del acuerdo. Debe cerciorarse de la posibilidad de llevar a cabo su cumplimiento y de que en ningún caso su observancia suponga un detrimento en la dignidad de la persona que va a ejecutarlo. La redacción del acta de reparación es de gran importancia a nivel jurídico, pues se debe dar cierta información sin que por ello se vea afectado el principio de confidencialidad ni el derecho constitucional a la presunción de inocencia. El sentido jurídico nos dice que debe existir necesariamente una correlación entre la infracción cometida y el tipo de obligación impuesta a su autor. A la vez, cabe exigir también que esa obligación respete una proporcionalidad con la gravedad del hecho delictivo. Se trata por tanto de llegar a un acuerdo que sea satisfactorio para ambas partes, pues en ello radica la eficacia del sistema. El acuerdo una vez que se presenta ante el Juez o Tribunal competente y es ratificado por las partes en su presencia, está llamado a cumplir los efectos obligatorios en él contenidos.

La decisión voluntaria y libre de las partes a participar en un proceso de mediación constituye el principio base, la regla de oro, sin la cual no puede pensarse ni diseñarse un programa restaurativo. Esa decisión de someterse al proceso de mediación supone en cierta medida que la persona acusada reconozca los hechos, al menos parcialmente, porque si una persona está dispuesta a reparar es que algo reprochable

³¹⁴ “De esta manera se facilita la vivencia de la certeza de que en este proceso no hay vencedores ni vencidos, sino que cada parte procura obtener de la otra lo mejor para sí misma, siendo consciente de que a cambio debe ceder en alguna de las peticiones de su oponente”, OTERO PARGA: “Ventajas e inconvenientes de la mediación” en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 146. Esta vivencia que narra Otero Parga se da sobre todo en aquellos supuestos en que ambas partes tienen la consideración de denunciantes y denunciadas en el proceso, como por ejemplo: en peleas, comunidades de propietarios, familias y ex parejas.

ha cometido u omitido, por lo que surge un problema de fondo que afecta a la presunción de inocencia. La cuestión reside en dilucidar si es necesario el reconocimiento de los hechos en esa acta de reparación. Este punto se presenta extremadamente delicado y controvertido, y se ha discutido mucho en los foros sobre mediación. Es obvio que el consentimiento para la participación en el proceso de mediación debe hacerse tomando en cuenta una realidad fáctica que delimite su desarrollo. Uno de los primeros objetivos del proceso comunicacional que se abre pasa, precisamente, por la fijación de unos hechos base que permitan identificar los roles de cada uno de los intervinientes y las pretensiones restaurativas que puedan manifestar. La verdad histórica no resulta indiferente para el proceso de mediación. La reconstrucción consensuada de dicha realidad constituye, en un buen número de casos, el primer objetivo y la primera consecuencia restaurativa tanto en términos emocionales de carácter individual como de carácter social. El mediador, por tanto, debe poder intervenir con la certeza sustancial de que el hecho generador del conflicto existe y que el autor se ha declarado, virtualmente, responsable porque solo con estas condiciones puede desarrollar su labor de construcción de un espacio de consenso en el encuentro de las partes.

Ahora bien, la fijación de los hechos base debe realizarse en condiciones de absoluta impermeabilización, de tal modo que se excluya, desde el primer momento, su traspaso o acceso colateral o directo al proceso judicial. Ello constituye una de las piezas básicas del modelo alternativo. La creación de condiciones comunicativas pasa por la generación de un clima de confianza no sólo entre las partes, sino entre éstas y los mediadores. Las partes, en particular, el causante del daño, debe confiar en que la información que trasmite sobre los hechos o su propia aceptación de responsabilidad no puede salir del ámbito de la mediación y que su derecho fundamental a la no auto incriminación en el ámbito del proceso penal será respetado. Los mediadores, por

tanto, deben actuar bajo el principio de estricta confidencialidad que deber ser respetada por todos los poderes implicados en el proceso penal. El Parágrafo 32 de la Recomendación (99) n° 19, establece que el mediador no debe revelar los contenidos de los encuentros ni expresar ningún juicio sobre el comportamiento de las partes durante el proceso de mediación seguido. De ahí que la comunicación que se dirija a la autoridad judicial dando cuenta del resultado del proceso deba limitarse a precisar de forma muy sintética el acuerdo alcanzado o la imposibilidad de alcanzarlo, sin dar más datos. De tal forma que si el día del juicio una de las partes desea que se celebre, puedan hacerlo, sin que el Juez o Tribunal esté contaminado por el contenido del acta de reparación. Debe evitarse de la forma más eficaz posible todo influjo cognitivo en el juez de los contenidos elaborados o adquiridos en el curso de la práctica mediadora. Para ello han de prevenirse rígidas reglas de no poder utilizar la información derivada del proceso de mediación que pueda acceder al proceso judicial, o la de impedir la atribución de valor indiciario de culpabilidad al simple dato de la participación del acusado en el proceso de mediación (parágrafo 14 Recomendación (99) n° 19; parágrafo 8 Basic Principles). La única excepción a las reglas de inutilizabilidad procesal de los datos obtenidos en el curso de la actividad de mediación debe ser el expreso consentimiento de las partes intervinientes.

El art. 24.2 de la Constitución Española reconoce el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a no confesarse culpable, lo que puede traducirse en una “autorización para mentir”. Para las víctimas, éste es uno de los aspectos más irritantes del proceso: el que el autor de la infracción niegue unos hechos y una autoría que a ella le constan³¹⁵.

³¹⁵ MARTÍNEZ ESCAMILLA: “Justicia reparadora, mediación y sistema penal...”, pág. 478 y s.

Al lector ha de quedarle claro que la mediación en ninguno de los casos persigue descubrir si los hechos que se le atribuyen al infractor se han o no cometido, puesto que su finalidad no es la búsqueda de la verdad procesal, aunque sí es cierto que concluir (no iniciar) con éxito el proceso de mediación va a suponer un reconocimiento, total o parcial, de los hechos imputados³¹⁶.

b) Tipos de acuerdo. La reparación material y la reparación simbólica

La legislación penal española no define cuál debe ser el contenido de la reparación, más allá del tenor literal de los arts. 109 a 115 del Código Penal, y la declaración de que puede consistir en obligaciones de dar, de hacer o no hacer que establecerá el juez o tribunal atendiendo a las condiciones personales y patrimoniales del declarado culpable en sentencia, así como que han de ser cumplidas por él mismo o por otro a su costa. Así las cosas, ha sido la jurisprudencia la que ha ido dotando de contenido a la reparación como contenido de la responsabilidad civil que debe resarcirse³¹⁷, derivada de la comisión de una infracción penal, a través de la determinación de ciertos requisitos:

³¹⁶ SEGOVIA BERNABÉ: “La mediación en el Derecho penal de adultos: análisis de una experiencia y propuestas de lege ferenda”, <http://www.cej.justicia.es>, pág. 3.361–3.362.

³¹⁷ Ambas responsabilidades, penal y civil, se hallan recíprocamente vinculadas, y por partida doble, ya que la regulación de las responsabilidades de carácter civil en el Código Penal se explica por dos motivos, histórico y procedimental. El Código Civil fue el último fruto del movimiento codificador tras el Código Penal, el Código de Comercio y las leyes procesales; eso provocó que –en ausencia de regulación positiva de las obligaciones civiles, salvadas las escasas normas contenidas en la Novísima Recopilación– debió ser la nueva regulación penal la encargada de regular la responsabilidad civil derivada del delito, de forma que al promulgarse finalmente el Código civil, se remitió en esta materia al ya existente y vigente Código Penal. De ahí el –a primera vista– insólito mandato del art. 1092 CC: “las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del código penal”. Además, frente a lo que ocurre en otros sistemas de justicia penal, en el nuestro la acción penal y la civil se ejercen conjuntamente (salvo renuncia o reserva del perjudicado) en el mismo procedimiento penal donde se enjuicia el hecho delictivo, y

- Ha de ser efectiva.
- Puede ser parcial, adecuándose a la capacidad reparadora del sujeto.
- Puede ser simbólica.
- Debe solicitarse expresamente su aplicación.
- Tiene una clara finalidad de revalorización de la víctima.
- Debe realizarla el autor de la infracción o un tercero en su nombre.

Los acuerdos a los que se llega en mediación, tras la fase de negociación, denominada en el ámbito de la mediación penal encuentro dialogado, pueden ser de dos tipos tal y como acabamos de ver tras estudiar brevemente los requisitos que exige la jurisprudencia. De índole material, denominándose a éste, acuerdo de reparación material; o de índole simbólica, denominándose acuerdo de reparación simbólica.

Los primeros, es decir, los acuerdos de contenido material consisten en asumir una obligación de dar una cantidad económica o la devolución de la cosa sustraída. La cuantificación de esa indemnización económica la marca el Ministerio Fiscal –o la acusación particular– en el caso de que nos encontremos en la fase de enjuiciamiento, pues el escrito de acusación de éste, ya contiene en la conclusión provisional número sexta sobre responsabilidad civil, la cantidad que debe entregar el acusado para satisfacerla. En caso de que nos encontremos en la fase de instrucción, dado que todavía no existe un escrito de acusación del Ministerio Fiscal, habrá que estar a lo que marca el perito tasador en la valoración del daño. Si no coincide la tasación del perito adscrito al Juzgado con la tasación de un perito de parte, habrá que estar a lo que dispone el primero de ellos, pues éste actúa bajo los principios de

son resueltas por el mismo Juez en una única y misma sentencia, mientras que en otros –la inmensa mayoría de los sistemas penales de los países de nuestro entorno– se han de ejercitar sucesivamente ambas acciones, que son resueltas también por separado.

imparcialidad, ateniéndose a las tablas de valoraciones actuales, salvo que ambas partes acepten como buena la valoración del perito de parte.

Cuando el acuerdo es material y consiste en el pago de la responsabilidad civil y la persona acusada no dispone de ingresos suficientes para efectuar esa responsabilidad en un solo pago al contado, las partes pueden pactar que se haga a plazos, determinando las cuotas también en el acuerdo, y en todo caso, procurar que se satisfaga íntegramente antes del acto de la vista. Si no se pudiese satisfacer la cantidad acordada en su totalidad antes de la celebración del juicio oral, el Juez o Tribunal podrían imponer una regla de conducta como condición para la suspensión, consistente en finalizar el pago establecido en la sentencia.

La reparación material es la forma clásica de reparar los daños y perjuicios y no existen especiales obstáculos para que víctima e infractor acuerden este modo de resarcir, aunque en algunas ocasiones, sobre todo en los delitos patrimoniales, el daño económico no es lo que más importa a la persona víctima, por lo que no es extraño observar cómo éstas a la hora de la toma del acuerdo tienden a buscar resoluciones de carácter simbólico, a través de la participación del autor en programas de deshabituación de drogas, trabajos en beneficio de la comunidad o trabajos escritos por la persona acusada que impliquen reflexión. Las víctimas, en la mayor parte de los casos, con el reconocimiento de los hechos, la narración completa de los mismos, con el conocimiento de la causa que generó el delito y con un acuerdo simbólico se dan por satisfechas. Aquí el mediador debe valorar si sería bueno que la persona acusada llevase a cabo los dos tipos de reparación (plus de reparación que el Juez podrá tener en cuenta a la hora de valorar la atenuante muy cualificada de reparación del daño) o tan sólo uno, en función de la gravedad del hecho, los deseos de las

partes y las posibilidades económicas de ejecución del acuerdo por parte de la persona infractora.

MARTÍNEZ ESCAMILLA recoge en su artículo sobre justicia restauradora y mediación, dos críticas a la posibilidad de que autor y víctima pactasen este tipo de acuerdos.

Por un lado, se refiere a quienes califican semejante forma de reparación como superflua, pues éste es ya el contenido de la responsabilidad civil derivada del delito que en nuestro sistema, a diferencia del modelo anglosajón, puede dilucidarse junto con la responsabilidad penal del infractor y cuya finalidad justamente es la reparación de daños y la indemnización de perjuicios. Pero esta voz crítica no persuade, porque el acuerdo no tiene que ser obligatoriamente de contenido económico —en muchos casos la reparación económica no es posible y esto no constituye obstáculo alguno para llegar a otro tipo de acuerdo, y en otros sucede que esa forma de reparar carece de valor para el perjudicado—³¹⁸. La figura de la reparación derivada del acuerdo de conciliación es, pues, más amplia que la de la responsabilidad civil derivada del delito. Pero es que, además, aunque ambas figuras persigan la compensación del daño material o moral, no sólo el contenido define la figura, sino también el proceso en el que se inscribe y, así, mientras la responsabilidad civil del art. 109 y ss del Código Penal³¹⁹, es una consecuencia coactiva de un

³¹⁸ MARTÍNEZ ESCAMILLA: “Justicia restauradora, mediación y sistema penal...”, pág. 482.

³¹⁹ Art. 109: 1. La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. 2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción civil.

Art. 110: La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1°. La restitución. 2°. La reparación del daño. 3°. La indemnización de perjuicios materiales y morales.

proceso adversarial, la reparación que analizamos es el resultado de un acuerdo adoptado voluntariamente por las partes y la voluntariedad confiere a la reparación un significado que va más allá de la indemnización civil y que puede tener efectos en la responsabilidad penal del infractor.

Por otro, se refiere al riesgo de mercantilización que pueda suponer esta forma de acuerdo. Una vez implantada la mediación en nuestros órganos judiciales, puede ocurrir que algunos letrados pretendan emplear esta herramienta de la justicia restaurativa con el fin de hacer negocio con el perdón, es decir, pueden tratar de comprar o venderlo. Pero respecto a esta crítica, comparto la idea que muy acertadamente a mi juicio arroja MARTÍNEZ ESCAMILLA y que literalmente dice: *“(...) en cuanto a que ésta ha de servir para idear garantías, pudiendo resultar interesante en este sentido, por ejemplo, aparte de que la reparación acordada extinguiría la acción civil, que el contenido económico del*

Art. 111: 1. Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta. 2. Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable.

Art. 112: La reparación del daño podrá consistir en las obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa.

Art. 113: La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieran causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros.

Art. 114: Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización.

Art. 115: Los Jueces o Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonablemente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución.

*acuerdo de reparación no pueda exceder de lo que sería el contenido de la responsabilidad civil derivada del delito*³²⁰.

Los otros posibles contenidos del acuerdo a los que nos referíamos en el comienzo de este apartado constituyen lo que se denomina la reparación “simbólica”. Ésta consiste en una obligación de hacer o no hacer, y nunca supone la entrega material de dinero, pues según el art. 112 del Código Penal “la reparación del daño podrá consistir, además de en obligaciones de dar, en obligaciones de hacer o no hacer esas obligaciones”, por lo tanto esas obligaciones pueden consistir en la redacción de una carta, en el sometimiento a tratamiento de desintoxicación, en una visita a una prisión, en la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, etc. En muchos casos, la reparación económica deviene imposible por la insolvencia del infractor y en otros muchos carecerá de interés para la víctima. Es en estos supuestos cuando se recurre a la reparación simbólica; en ellos no se está reparando el daño patrimonial que ha generado el delito, que como ya sabemos tiene importantes consecuencias perturbadoras, sino las consecuencias que el delito también despliega en la esfera psicológica, en el ámbito de las emociones y en el comportamiento. Por lo tanto también se trata de reparar el nivel emocional. El hecho de sufrir un delito supone un impacto profundo, pues, como indica FERREIRO BAAMONDE “la experiencia con el delito pone en cuestión tres asunciones fundamentales con las que la psique humana opera cotidianamente: que somos invulnerables, que el mundo es un lugar donde todo lo que ocurre tiene un significado concreto y que nos vemos a nosotros mismos de un modo positivo. El delito obliga a reconstruir todas las concepciones previas sobre la sociedad y sobre uno mismo,

³²⁰ MARTÍNEZ ESCAMILLA: “Justicia restauradora, mediación y sistema penal...”, pág. 482.

sobre la propia capacidad de actuación y sobre las posibilidades de controlar lo que le sucede a uno”³²¹.

Los daños psicológicos o morales son daños respecto a los cuales el mismo proceso de mediación puede operar una suerte de efecto reparador, pero sobre los cuales, llegado el caso, el acuerdo de reparación incidirá y tratará de resarcir. El tema de qué contenidos, de qué forma se acuerda que el autor trate de paliar esos daños suscita interesantes cuestiones, no sólo acerca de su practicidad, sino también cuestiones de legitimidad, y aquí es donde entra la proporcionalidad de la que veníamos hablando en párrafos anteriores y que debe procurar en todo caso el mediador en la toma del acuerdo.

En el informe sobre la valoración de las experiencias de mediación realizado por SÁEZ RODRÍGUEZ se señala que en Cataluña, de los asuntos cerrados con acuerdo, los de contenido económico representan poco más del 10%; los de tipo personal y relacional supusieron un 73% en 2008 y un 86% en 2009³²².

En Euskadi, los acuerdos con contenido económico suponen un 9%, ambos años. Del resto de los contenidos destacan las disculpas formales (36%, en 2008; 23%, en 2009); la renuncia de acciones civiles (alrededor de un 20%); y el compromiso de no reincidir (un 10%).

³²¹ FERREIRO BAAMONDE: *La víctima en el proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2005, pág. 96.

³²² SÁEZ RODRÍGUEZ: “Mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España. 2008–2011” en “Cuadernos penales José María Lidón”, n° 8, Universidad de Deusto, Bilbao, 2011.

En el informe “Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia —2005-2008—”³²³, las fórmulas de reparación fueron muy variadas, aunque todas estaban dirigidas a un mismo objetivo: que las víctimas recuperaran la confianza y la tranquilidad personales; de ahí que resulte mayoritaria la petición de disculpas (29,5%) y el abono de las indemnizaciones (13,5%). Se reflejan también en el informe otras fórmulas reparatorias como la derivación a tratamiento terapéutico, la realización de servicios comunitarios, o el compromiso de respeto mutuo o de que los hechos no se repitan. La reparación efectiva se consiguió totalmente antes del juicio en el 79% de los casos y parcialmente en el 12%. Es decir, en el 91% de los casos la víctima obtuvo, antes del dictado de la sentencia, una reparación. La cifra es tan rotunda que no merece más comentario, especialmente si se compara con lo que acontece en el procedimiento penal convencional.

Lo que debiera ser pacífico para la doctrina y los operadores jurídicos es la clave que recoge muy acertadamente ALCÁCER GUIRAO en su artículo sobre la mediación penal y la atenuante de reparación, por lo que la cito textualmente: “Ciertamente la noción de reparación es entendida aquí de modo mucho más amplio que la económica o material: al igual que el delito genera no sólo un daño material, sino también daños emocionales o psicológicos de diversa índole —a veces, muchos más graves que áquel— las formas de reparar tal daño no han

³²³ “*Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia —2005-2008—*”, informe elaborado por Julián Carlos Ríos Martín, Margarita Martínez Escamilla, José Luis Segovia Bernabé, Manuel Gallego Díaz, Pedro Cabrera Cabrera y Montserrat Jiménez Arbelo, a petición del Servicio de planificación y análisis de la actividad judicial. Madrid, diciembre de 2008. Dicho informe puede consultarse a través de la página web del Consejo General del Poder Judicial en www.cgpj.es

de limitarse a la restauración del bien sustraído o a la indemnización económica (...) ³²⁴.

c) Problemas que pueden plantearse en torno al acuerdo de reparación

En torno al acuerdo de mediación y su contenido reparador cabe destacar ciertas cuestiones, sobre las que vale la pena que detengamos nuestra mirada:

1. El contenido de los acuerdos no debe suponer una renuncia o un obstáculo al derecho del infractor a la presunción de su inocencia

El problema de cara a la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia se plantea a la hora de redactar el acta de reparación donde se plasman los acuerdos adoptados por las partes, o en el informe que elabora el mediador y que presenta ante el órgano judicial que ha derivado el caso. En estos casos, ¿ha de hacerse mención expresa al reconocimiento de los hechos por parte del infractor?, y si se responde afirmativamente ¿supondría comprometer de algún modo el derecho a la presunción de inocencia en su vertiente de regla de juicio, que ampara al infractor hasta la firmeza de la sentencia condenatoria que establezca su culpabilidad? Para algunos, que aparezca esa mención en alguno de los dos documentos puede suponer un choque directo contra el derecho a la presunción de inocencia, mientras que para otros, resulta una exigencia derivada de la propia naturaleza de la mediación penal.

³²⁴ ALCÁCER GUIRAO: “La mediación penal y la atenuante de reparación del daño. Similitudes y criterios de aplicación”, en MARTÍNEZ ESCAMILLA (Dir.): *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid, 2011. En prensa.

Personalmente, opto por no incluir en ninguno de los dos documentos un reconocimiento expreso de hechos, salvo que la persona infractora lo considere indispensable para firmar el acta de reparación. No es posible que la víctima lo considere indispensable para firmar. Creo que sería una condición inexigible; lo único que puede exigir la víctima son los acuerdos y los plazos, pero no la renuncia expresa de un derecho, porque si le obliga a la otra parte a plasmar eso, le está privando de abandonar luego el proceso. Además la voluntariedad de la mediación llega hasta ese extremo: que nunca se pueda imponer al otro; las imposiciones han de ser personales, por eso si lo quiere la persona acusada sí se consignará pero con mucha cautela también y con conocimiento de su letrado.

Respecto al informe que el mediador presenta dando noticia al Juzgado o Tribunal del resultado del proceso de mediación tengo que aclarar que el hecho de se realice alguna manifestación por parte de aquél acerca de los concretos pactos a los que han llegado las partes y las actitudes que en ellos subyacen, me parece un exceso completamente impropio. El informe se ha de limitar a indicar si se ha alcanzado o no algún acuerdo. Ni más ni menos, y nada respecto de lo que a las conversaciones, diálogos e intercambios que hayan podido cruzarse los intervinientes se refiere. Ir más lejos, nada aporta a los autos ni al procedimiento penal y sin embargo sí puede constituir un serio perjuicio para alguno o ambos interesados —háyase o no llegado a un acuerdo—, comprometiendo, además, el deber de confidencialidad y de secreto que atañe al mediador.

Otra cosa es el concreto contenido del acuerdo reparador. Y ahí entra la segunda observación. Creo importante definir claramente de qué hablamos cuando mencionamos “los hechos”, a propósito de su eventual reconocimiento en el acta de reparación. ¿A qué hechos nos referimos? Los acontecimientos que rodean a una acción u omisión

humanas no son, en muchos casos, objetivos; dependen en buena medida de su enfoque, de la mirada que sobre ellos se despliegan. A partir de ahí, se puede determinar qué aspectos del mismo hecho son o no relevantes, y de éstos, cuáles son principales y cuáles periféricos. El “relato de hechos” que se contiene en la conclusión primera de los escritos de acusación es una mera versión, una relación de acontecimientos que el acusador público o privado entiende relevante tras “sufrir” esa tarea de depuración por parte de quien tiene la función o el encargo de acusar, a fin de determinar cuáles son esenciales para propiciar su ajuste en el concreto tipo penal en que los integra, y cuáles accesorios. Así pues ese relato (y lo mismo cabe predicar del que más tarde integrará los hechos probados de la sentencia que se dicte) no es único ni universal. Acerca de los mismos acontecimientos caben otras apreciaciones, otras mediciones, otros expurgos. Otras miradas, en fin, que determinen a su vez otras características como básicas y como suplementarias. Y en tal caso, cabría que unos mismos acontecimientos desembocan finalmente en distintos “hechos”.

A partir de tales evidencias, que se apoyan en mi experiencia como mediadora y en razones de experiencia común, puede que hayamos de concluir que el “reconocimiento” de hechos no sea –después de todo– tan trascendente. Yo, sinceramente, así lo creo. Creo que lo importante es que las partes lleguen a un acuerdo sobre los acontecimientos que les han afectado, que ambos puedan asumir y aceptar como nucleares y comunes, con independencia de si coinciden o no con la versión que de ellos haga el ministerio fiscal o las acusaciones, y que a partir de ahí, se trata de que el infractor reconozca su responsabilidad en el daño y el dolor que los sucesos en que intervino causaron a la víctima y se proponga sinceramente repararla. Que aquélla acepte tal reconocimiento como muestra de disculpa y manifieste una fórmula razonable de reparación, diseñándose por ambos la forma y plazos de cumplimiento, por medio de un nuevo consenso. En eso, tan simple en

apariencia, estriba precisamente la enorme grandeza de la mediación penal.

Lo que se espera del proceso de mediación es que culmine en un acuerdo de reparación; por tanto, eso es lo que habrá de recogerse en el acta de acuerdos adoptados, la serie de compromisos, bien detallados y descritos, a los que las partes han llegado y el plazo de cumplimiento por parte de la persona infractora. Esto sí que ha de quedar bien concretado y determinado, de cara a prevenir problemas en su eventual ejecución futura (sobre los que no me voy a detener en este momento porque serán objeto más adelante de un apartado específico). Si el infractor reconoce o no los hechos, y en qué medida lo hace, podrá ser explicado ante el Juez a la hora de ratificar el acuerdo asumido, a su presencia o durante el acto del juicio oral. Por tanto, siempre habrá una ratificación ante el juez. Podría haber voces que alzasen la siguiente pregunta: Y ¿nunca habrá archivos sin pasar por el juzgado? Para mí, hoy por hoy, esto es indiscutible e innegociable, ya hablemos de delitos o de faltas. Todo el proceso de mediación queda sin contenido, sin relevancia jurídica en el concreto procedimiento penal, si no se ratifica a presencia del juez o tribunal competente para tramitar, enjuiciar o ejecutar –según los momentos procesales en que la mediación se desarrolle– el procedimiento penal que se sigue. Por supuesto, si algún día tales funciones, que ahora son jurisdiccionales, se llegaran a desempeñar por el Ministerio fiscal, sería éste quien asumiera tal tarea de verificación y homologación, y ante quien habría que verificar la ratificación. Pero en todo caso, debemos dejar claro que nuestra mediación, la penal, o es intraprocesal o no lo es.

Esto significa que, para dar validez a la mediación, habrá que ratificar el acta de acuerdos adoptados ante el órgano judicial, que tomará una decisión u otra en función del alcance y cumplimiento de lo pactado en esa mediación. Por tanto, esos documentos (de los que

siempre habrá de haberse dado traslado a los letrados defensores o acusadores y al ministerio fiscal), hasta que no son conocidos, contrastados y valorados ante y por el Juez, carecen de eficacia jurídica en el concreto procedimiento penal ante el que se pretenden hacer valer³²⁵.

En este punto no está de más recordar nuevamente que el proceso de mediación obedece a lógicas diferentes de las que gobiernan el juicio penal, y que alcanzar el acuerdo reparador forma parte, en un primer estadio, de aquel proceso; es decir, hasta que no es suscrito y llevado al concreto procedimiento penal, se limita a constituir una serie sucesiva de actos y tomas de decisión con las que no se trata de proteger garantías y derechos de carácter jurisdiccional, lo que tendrá lugar más adelante, sino de respetar sus propias reglas, especialmente la voluntariedad y la confidencialidad, en las que se apoyan la sinceridad del diálogo y el respeto al secreto o la debida reserva del contenido de las negociaciones. La obtención de un acuerdo reparador serio y en firme depende de que los hechos expuestos, las informaciones obtenidas sobre el suceso y la personalidad de los autores y otros partícipes sean objeto de una reserva absoluta³²⁶. Con ese carácter privado se preserva el espacio propio de la mediación como un lugar de encuentro y de diálogo, sin interferencias, y se crean las condiciones para que el libre intercambio entre las partes propicie la consecución y asunción de una interpretación y descripción común del acto o actos que han dado lugar al perjuicio ocasionado, su reconocimiento por el infractor y el consenso sobre la forma y el modo de reparar el daño causado a la víctima.

³²⁵ Sobre su valor o alcance probatorio, ya se ha hecho referencia en el capítulo 3 de esta segunda parte de la tesis.

³²⁶ Así se dispone, por lo demás, en el art. 2 de la Recomendación (99)19, de 15 de septiembre de 1999 sobre mediación en materia penal.

Hay que destacar, por otro lado, la diferencia que en numerosos casos la práctica de la mediación pone en evidencia entre los acontecimientos que se concretan por los protagonistas del suceso en las sesiones del proceso mediador, y los hechos que se proponen por las acusaciones, públicas y privadas, en el seno del procedimiento penal, como sustento fáctico de sus respectivas hipótesis acusatorias, contruidos desde una perspectiva esencialmente jurídica, tendente a su ajuste al concreto tipo penal en cuya subsunción se basará el dictado de la sentencia de condena. Un proceso de construcción que, en ambos casos, obedece a una lógica y un discurso muy distintos, del que a menudo resultan relatos fácticos no necesariamente coincidentes entre el planteado por las acusaciones y el asumido por los intervinientes en el proceso de mediación, las partes en el procedimiento penal, sin que esto represente, no obstante, alteración sustancial en la calificación que jurídicamente merezcan ambas versiones de un mismo acontecimiento.

Todo lo anterior invita a concluir que, no siendo único ni unívoco el concepto y contenido del *hecho* aceptado por las partes y el relatado por las acusaciones, cabe defender que no resulte ni necesaria ni relevante su mención en el acta de reparación. Incluirlo puede, incluso, resultar arriesgado, si posteriormente la persona acusada decide defender su inocencia; y no incluirlo nada aporta, puesto que lo relevante es conocer si ha habido acuerdo, en qué ha consistido y si se ha llevado a cabo. Estas tres variables son las que debe conocer y manejar el Juez o Tribunal de cara a dictar la sentencia absolutoria, o condenatoria, o el sobreseimiento y archivo, en su caso.

No obstante, la postura de quienes lo consideran necesario, y argumentan que cuando alguien se muestra dispuesto a reparar es porque asume una responsabilidad, y por tanto, está reconociendo que no actuó conforme a derecho, y tal actitud y compromiso deben ser

recogidos en el acta de reparación, es perfectamente entendible. Es cierto que si una persona está dispuesta a reparar a otra, es porque está reconociendo que ha generado un daño que debe y quiere reparar. Esto supone reconocer la conducta antisocial y hasta antijurídica ejercida. Por ello, también opino que de toda acta de reparación y de todo informe positivo sobre la mediación, se deriva un reconocimiento —siquiera tácito— de un nivel mínimo de responsabilidad, en la generación de un daño. Sentado lo anterior, hay que advertir que todo ello está muy lejos de constituir una actuación similar o asimilable a una confesión judicial. Porque, en tales casos, lo realizado no es tanto una confesión en sentido formal, es decir, un reconocimiento de la imputación en todos sus términos, sino como señala PÉREZ SANZBERRO³²⁷, la evidencia de una actitud en el infractor que implica asumir una cierta participación en un suceso del que se ha generado un perjuicio a la víctima, y que puede o no coincidir total o esencialmente con los hechos tal como son literalmente relatados en el escrito de acusación.

Por tanto, a mi entender la presunción de inocencia no tiene por qué sufrir ni verse afectada negativamente por la mediación. Si la mediación ha sido exitosa y ha llegado hasta el final con una sentencia de conformidad, no planteará más problemas. Solo, cuando el acuerdo de mediación se frustre, aunque no se hubieran reconocido directamente los hechos, podría considerarse inevitable una influencia indirecta en el juzgador. Pero también en el oficio del juez hay recursos para enfrentar esa indeseable contaminación; es común la vivencia de la no valoración del rendimiento de pruebas que no fueron expulsadas en su momento del proceso, por lo tanto que se han producido en las

³²⁷ PÉREZ SANZBERRO: *Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999, pág. 178.

sesiones del plenario y que el tribunal ha presenciado. No obstante, podríamos sugerir diversas líneas alternativas para afrontar el supuesto prejuicio.

Por ejemplo, se podría pensar en una fórmula de redacción del acta de acuerdos que no reflejase de modo directo un reconocimiento de los hechos o una admisión de comisión de la conducta principal; sólo dejaría constancia de la intención de resarcir a la víctima. Pero hay que reconocer que la reparación nace del daño, el daño tendrá una causa humana necesaria y, por lo tanto, una acción consciente. También cabría anotar lo mal que cohonestaba un pretendido proceso de comunicación espontánea y sincera, de aproximación y entendimiento, con la ocultación o silencio sobre la causa motriz de la relación y de la reparación, material o simbólica.

Otra idea, que al Juez se le informe solo de que se ha llegado a un acuerdo de reparación sin que conozca su contenido detallado hasta el mismo momento de la conformidad en la vista o de traslación de la mediación en el juicio oral. El control de la admisión legal de la conformidad en este primer periodo debería hacerlo el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las facultades de control y supervisión que al juez otorga el artículo 787.2 y 3 LECrim.

Otra pauta en este sentido era señalada en las conclusiones del seminario citado: en la actividad probatoria no podrá utilizarse como dato indiciario la participación voluntaria del imputado en la mediación.

Igualmente, se podría proponer que los incidentes jurídicos que surjan a lo largo del proceso de mediación y que puedan afectar a la presunción de inocencia sean resueltos o asesorados por el Fiscal que, como parte procesal que es, no puede contaminarse. Este es el sistema más habitual en el derecho comparado ya que la mediación se realiza en sede de la investigación del delito por el Ministerio Público.

En el caso de que no haya acuerdo se comunicará al juez que este no ha existido sin indicar que parte lo ha impedido, ni el motivo por el que ha sucedido. Salvo que el acusado deseara traer al proceso su reconocimiento de los hechos para obtener una mejor postura procesal usando su sometimiento a mediación y su ofrecimiento o hechos claros de resarcir. No obstante, parece razonable y justo que el esfuerzo del imputado por intervenir, escuchar, explicar, ofrecer disculpas y buscar una reparación, en caso de fracaso de la mediación, sean puestos de manifiesto por el mediador al juez o al fiscal, como una actividad relevante en el ámbito de la prevención especial que debería tenerse en cuenta para seleccionar o dimensionar la sanción.

2. Acuerdos que se cumplen antes del juicio

Se trataría del supuesto típico derivado de un acuerdo reparador, cuyos compromisos son realizados y culminados *antes* de la fecha señalada para el inicio de las sesiones del juicio oral. Un límite temporal que afecta a la reparación para que sea –en puridad– apreciada como circunstancia atenuante tal como viene establecida en el art. 21.5 CP y exigiendo la jurisprudencia³²⁸.

3. Acuerdos que no se han cumplido antes del juicio. ¿Qué sucede en estos casos?

En mi opinión, se habrá de estar al caso concreto. Constatar el porqué, si ha existido algún motivo que lo justifique y que permita inferir que, pese a su incumplimiento en plazo, el infractor mantiene intacta su disposición a reparar, y por su parte la víctima asume la imposibilidad sobrevenida y se muestra de acuerdo en postponer el cumplimiento. En tal caso puede que el fiscal estime que no se dan los requisitos para apreciar la atenuante de reparación del daño al no

³²⁸ Vid. STS de 2 de diciembre de 2003, entre otras.

haberse reparado “con anterioridad a la celebración del juicio oral”, tal como exige literalmente el art. 21.5, pero nada impide que quepa apreciar entonces la atenuante por analogía del 21.6, sobre todo si se atiende a que lo que en todo caso ha de preservarse es la defensa de los intereses de la víctima.

Naturalmente, “sensu contrario”, si llegado el acto del juicio oral y no se ha cumplido el acuerdo reparador ni se ha dado una razonable justificación a la falta de cumplimiento, y/o la víctima no se muestra proclive a aceptar las eventuales explicaciones y argumentos del infractor, cabe entender rescindido el acuerdo y no resultaría factible apreciar la concurrencia de ninguna circunstancia atenuante.

4. Acuerdos que superan la cantidad económica que pide el fiscal. ¿Cómo se plasman?

Hay que diferenciar el contenido habitual de la Conclusión 6ª del escrito de acusación, generalmente referido a la indemnización, de la reparación del daño, que no son sinónimos ni por lo tanto han de ser coincidentes en su valoración y concreción³²⁹.

Es obvio que si la petición de la acusación está por encima de los deseos o intereses de la víctima, ésta puede perfectamente renunciar al exceso. Y si el acuerdo se situara por encima del importe cifrado por el fiscal, habría que observar y fiscalizar que el motivo de tal discrepancia no contraría la ley o implique un abuso, tarea que en un primer momento correspondería al mediador en sus funciones de conducir a las partes por la vía del acuerdo evitando situaciones de desigualdad entre ambas, y más tarde al fiscal y al juzgador. Lo que sucedería en

³²⁹ Puesto que muchos perjudicados manifiestan que a pesar de haber obtenido la indemnización establecida en la sentencia condenatoria, siguen sin sentirse reparados.

estos casos es que el acuerdo consignado en el acta de reparación sólo podría contener la cantidad solicitada por el fiscal en el escrito de acusación, y fuera de ya del proceso de mediación y del juicio, si las partes quieren suscribir un acuerdo económico superior al solicitado por el fiscal, podrán hacerlo, pero no al amparo del proceso de mediación. Esto encuentra su justificación a que con motivo del proceso de mediación, las partes no pueden suscribir un acuerdo que les obligue por escrito (el acta de reparación sería entonces un contrato) y con testigos (el mediador), exigible en vía civil por la vía contractual, a algo que está por encima de las exigencia contempladas por el garante de la legalidad, esto es, el ministerio fiscal. Por este motivo, cuando esto ha sucedido en la práctica³³⁰, el mediador sólo ha consignado en el acta de reparación el acuerdo contenido en el escrito de acusación del fiscal como indemnización –que sería el exigible en vía ejecutiva-. Lo que sí podría consignarse en el acta de reparación sería la cantidad que solicita la acusación particular si fuese mayor que la del ministerio fiscal.

5. Acuerdos sin contenido económico

Sobre éstos no cabe tampoco indicar la presencia de problema alguno. En los supuestos en que con ocasión de la infracción penal, bien por motivos de puro azar o por su incompleto grado de consumación, no se ha llegado a provocar daños ni perjuicios

³³⁰ En seis años de ejercicio profesional de la mediación, sólo me he encontrado un caso de este tipo, en el que la víctima negoció con los tres infractores una indemnización mayor que la solicitada por el fiscal, sin pruebas documentales que justificasen ese aumento considerable de la indemnización respecto de la pretendida por la acusación. Sobre esto durante la sesión de mediación se informó a los infractores de que en ningún caso dicha cantidad era exigible, pero ellos consideraron que las razones que argumentaba la víctima eran más que suficiente para hacer entre los tres frente al pago de esa cantidad. Como es lógico en el acta de reparación, sólo se consignó la cantidad que solicitaba el fiscal en su conclusión sexta del escrito de acusación, y ya fuera del acta, y sólo de palabra, alcanzaron otro acuerdo económico. Dicho acuerdo se cumplió, pero sin la cobertura del juzgado que derivó el asunto a mediación, y sin la intervención del equipo mediador.

materiales valorables económicamente, no ha lugar al ejercicio de acciones de carácter civil *ex delicto*. Ello no impide que la víctima no pueda o deba ser reparada en su dimensión personal, sentimental o psicológica mediante la llamada reparación simbólica, que tan notables y positivos efectos produce tanto en el infractor como –especialmente– en la propia víctima, y que como ya se ha señalado en otro lugar de esta parte II, constituye de hecho el tipo de reparación mayoritariamente pactada en los Juzgados y Tribunales de España en que se practica la mediación penal.

6. Acuerdos que se cumplen tras el juicio y que son impuestos a través de las reglas de conducta

En muchos casos la observancia de esta regla sería más perjudicial que una sentencia normal, en la que se impusiese una suspensión genérica sin regla de conducta.

Dentro de este apartado cabría distinguir dos supuestos: aquellos acuerdos adoptados y parcialmente cumplidos, pero cuyo cumplimiento total es diferido en el tiempo por su propia naturaleza (pensemos en pensiones de alimentos, en los acuerdos adoptados a partir de los delitos de impago de pensión, cuya reparación parcial puede prolongarse no ya meses, sino incluso años); y aquellos acuerdos que se adoptan tras el juicio oral, en fase de ejecución ordinaria de sentencia, como consecuencia de un proceso de mediación realizado “ab initio” en esta fase procesal.

Respecto de los primeros, nada hay que objetar, como no sea la dificultad –ya detectada en aquellos territorios del estado en que la mediación penal se realiza institucionalmente– de su seguimiento. En un primer lugar porque no está determinado a quién corresponde –esto se pone de manifiesto, con no poca amargura, por los mediadores en el informe de Gema Varona sobre los Servicios de Mediación Penal en

Euskadi: los juzgados implicados entienden que se deben ocupar los mediadores y éstos sostienen que es función del órgano judicial encargado de la ejecución de la sentencia en el procedimiento penal concreto³³¹—. Yo creo que en tales casos lo peor, como de costumbre, se lo lleva la víctima, porque el sistema de justicia ordinario implica lo que Hassemmer³³² llamó su “neutralización procesal”, que le afecta no sólo en la fase declarativa del proceso penal sino también y especialmente en la fase de ejecución, en la que no existen cauces procesales –salvo que estuviera personada como acusación particular, lo que ya sabemos que no es, en la mayoría de los casos, frecuente– que le otorguen la posibilidad de intervenir, de mostrar su opinión o sus deseos, de defender sus intereses. Por esa imposibilidad procedimental, quizá los jueces y tribunales, en los casos de cumplimientos deferidos derivados de un acuerdo de mediación, prefieran transferir el incidente a los equipos de mediación o a los mediadores individuales que hubieran intervenido en aquél, con el fin de que actúen de nuevo como instrumento de comunicación y de restablecimiento del diálogo entre las partes en el procedimiento, ahora, de ejecución de lo pactado.

Por otra parte, esta cuestión, la del control judicial de la solvencia de cara al cumplimiento de las responsabilidades civiles tras la sentencia y hasta la eventual prescripción de la deuda, es un problema en todas las ejecutorias –digamos– “ordinarias”: no hay medios (ni muchas veces ganas) para realizar una vigilancia permanente, en la tramitación de las piezas separadas de responsabilidad civil, del estado

³³¹ “*Justicia Restaurativa a través de los servicios de Mediación Penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad. Octubre 2008– Septiembre 2009*”, informe elaborado por Doña Gema Varona Martínez con la colaboración de Laura Vozmediano Sanz e Izaskun Orbegozo Oronoz en San Sebastián en diciembre de 2009. Dicho informe puede consultarse a través de la página web del gobierno vasco en ww.justizia.net

³³² HASSEMER y MUÑOZ CONDE: *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 29 y ss.

de las finanzas del penado para impedir que las habituales declaraciones de insolvencia sin apenas averiguación de bienes, con la sola declaración del penado, se conviertan en permanentes e inalterables por inacción o indolencia del órgano ejecutante.

Por lo que se refiere al acuerdo mediador realizado en fase de ejecución de sentencias y su incidencia en la suspensión de la pena de prisión, es bueno acudir a la experiencia práctica en aquellos juzgados de ejecutorias que hayan hecho mediación y de los que encontramos datos en los informes antes mencionados³³³. La normativa del Código Penal y la Ley General Penitenciaria admiten el proceso de mediación sin dificultades procedimentales (entre otras cosas, porque tanto en la tramitación de las ejecutorias como en los expedientes que se siguen en los juzgados de vigilancia penitenciaria, prácticamente no existen normas de procedimiento que seguir), y que el acuerdo reparador trataría de resarcir o reparar a la víctima, obteniéndose por el penado los beneficios penales y penitenciarios establecidos en las respectivas leyes (código penal y ley general penitenciaria), a partir de constatar en su comportamiento postdelictual la presencia de signos que permitan ser interpretados como inequívocos de su voluntad de reparar el daño causado a la víctima, expresando su arrepentimiento. Quizá lo más problemático —se me ocurre— sea por un lado obtener las claves para cerciorarnos de que estamos ante una sincera voluntad de integración

³³³ *“Justicia Restaurativa a través de los servicios de Mediación Penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad. Octubre 2008— Septiembre 2009”*, informe elaborado por Doña Gema Varona Martínez con la colaboración de Laura Vozmediano Sanz e Izaskun Orbegozo Oronoz en San Sebastián en diciembre de 2009. Dicho informe puede consultarse a través de la página web del gobierno vasco en ww.justizia.net y *“Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia —2005-2008—”*, informe elaborado por Julián Carlos Ríos Martín, Margarita Martínez Escamilla, José Luis Segovia Bernabé, Manuel Gallego Díaz, Pedro Cabrera Cabrera y Montserrat Jiménez Arbelo, a petición del Servicio de planificación y análisis de la actividad judicial. Madrid, diciembre de 2008. Dicho informe puede consultarse a través de la página web del Consejo General del Poder Judicial en www.cgpj.es

social y no de un comportamiento en fraude a la ley, en cuya constatación probablemente la intervención de los Equipos Técnicos de los Centros Penitenciarios pudieran echar una mano, y por otro, si esta actitud de reconocimiento del error y la intención de enmendarlo es jurídicamente posible si ya en sentencia se apreció la atenuante del art. 21.5 CP por reparación parcial del daño.

7. Cómo debe equilibrar el mediador los acuerdos para que no sean excesivos o insuficientes

El papel del mediador en el desarrollo del proceso de mediación es fundamental e insustituible. Ya se ha hecho referencia a lo largo de esta segunda parte a las tareas del mediador para detectar insuficiencias o abusos en los comportamientos y acuerdos de los intervinientes en el proceso mediador. Por esto creo tan importante reivindicar que el mediador (o uno al menos de ellos, si trabajan en equipo) sea un jurista de conocimientos y experiencia acreditados³³⁴. Para constatar la viabilidad real de la mediación en el caso concreto; para valorar la posición jurídica específica de cada una de las partes en el proceso e impedir desequilibrios de poder; para analizar la naturaleza de los pactos por si contuvieran siquiera indirectamente contenidos ilícitos o antijurídicos; para ser capaz de detectar eventuales vicios de voluntad en la prestación del consentimiento en cualquiera de las partes, y actuar en todos esos aspectos del discurrir del proceso mediador a modo de “control de calidad” del acuerdo obtenido y por ende del proceso mismo, con la prerrogativa y diría hasta el deber deontológico de –llegado el caso– abortar la mediación si detectado el vicio o la ilegalidad o el abuso, no resultara posible enmendarlo.

³³⁴ Por esta y otras razones abogo por lo aquí manifestado, explicándolo con detalle en el apartado del mediador de la tercera parte del trabajo de investigación.

El cómo se hace todo eso ya es otra historia, más cercana al estudio de las técnicas de mediación y que viene a continuación en la tercera parte de este trabajo de investigación.

d) El seguimiento del acuerdo

El seguimiento de la reparación consensuada en el acta de reparación se efectuará dependiendo del contenido del mismo a través del Juzgado o Tribunal que haya derivado el asunto, que podrá ser el Juzgado de Instrucción, el Juzgado de lo Penal, la Audiencia Provincial o el Juzgado de Ejecuciones Penales o el equipo de mediación. En todo caso se debe procurar que haya un seguimiento efectivo y que se informe con claridad a la persona que debe llevarlo a cabo sobre los efectos que pueden derivarse de un incumplimiento. Si el acuerdo se tomó en la fase de instrucción, y no cumple, no habrá un escrito de calificación provisional conjunto entre el Ministerio Fiscal y el abogado defensor solicitando una pena mínima en virtud de la concurrencia de la atenuante simple o muy cualificada de reparación del daño. Si incumple el acuerdo en la fase de enjuiciamiento, entonces el juicio se celebrará por el cauce ordinario, y no se tendrá en cuenta la concurrencia de la atenuante mencionada. Si incumple en la fase de ejecución, se le podrá revocar la suspensión de la pena o la sustitución.

Pero lo que es palmario es que el equipo mediador en ningún caso ha de velar por el seguimiento del acuerdo, puesto que no actúa como juez, por tanto, serán los órganos judiciales, los que deban hacer el seguimiento del acuerdo.

e) Las consecuencias jurídicas derivadas de la mediación

Tras estudiar todas las cuestiones controvertidas que se plantean en torno al acuerdo de mediación, lo que sí es cuestión pacífica y unánime es que éste y su cumplimiento, generan una serie de consecuencias

jurídicas (aparte de las extra jurídicas que ya han quedado plasmadas a lo largo del trabajo) para el acusado según las diferentes opciones sustantivas que existen en nuestros textos legales —CP, LECrim, LOPJ, LOGP y Ley de indulto—:

La mediación puede realizarse en cualquiera de las fases de proceso penal, tanto para el enjuiciamiento de faltas, como de delitos. La que se realiza **con anterioridad al enjuiciamiento** del hecho delictivo tiene su principal concreción legal en la aplicación de la atenuante de reparación del daño a la víctima prevista en el art. 21.5 CP³³⁵, en la intensidad en que el órgano jurisdiccional la valore —simple o como muy cualificada— tomando en consideración el desarrollo del proceso y las demás circunstancias que concurren³³⁶. La repercusión penológica viene establecida en el art. 66.1.1º y 2º CP.

La mediación que se realiza en la **fase de ejecución de la pena** tiene posibilidades de ser valorada, cuando la persona no se encuentre

³³⁵ Artículo 21.5 del vigente Código Penal (LO 10/1995, de 23 de noviembre): “Son circunstancias atenuantes: la 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”.

³³⁶La satisfacción de la responsabilidad civil posibilita la aplicación de la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP). Ha de ser efectiva consignando las cantidades sustraídas (STS 646/99 de 26.4). Es independiente incluso de la aceptación de la víctima o perjudicado (STS 1188/1998 de 17.10). Cabe una reparación parcial, adecuada a la capacidad reparadora del sujeto (SSTS 1524/99 de 23.12). No es necesario que sea integral, pero sí que sea sustancial (STS 137/2000 de 12.2) o relevante (STS 646/99 de 26.4). Puede ser simbólica, caso de una petición de perdón (STS 1132/1998 de 6.10; 794/2002 de 30.4) Debe solicitarse expresamente su aplicación, no basta presentar sólo el documento de consignación (STS 1524/1999 de 23.12). La STS 1132/1998 de 6.10 permite la aplicación no sólo a delitos de resultado, sino también a los de simple actividad. Los baremos de referencia a la hora de estimarla o desestimarla han de ser: las condiciones del culpable y la gravedad de su conducta (STS 1086/1998 de 29.9). Es indiferente la motivación del sujeto (incluso, cabe que su única motivación sea obtener una ventaja penológica). Tiene una clara finalidad de revalorizar el papel de la víctima en el proceso penal (STS 646/99 de 26.4, 947/2003 de 30.6). Cabe ser aplicada como muy cualificada, con las consiguientes consecuencias a efectos de dosimetría penal —bajar uno o dos grados la pena— (STS 1480/2003 de 5.11). Es compatible con la atenuante de confesar la infracción a la autoridad del art. 21.4 CP (STS 63/2001 de 23.1).

cumpliendo condena en un Centro Penitenciario, en los siguientes supuestos:

Suspensión de la pena de prisión prevista en los arts. 80 a 86 CP. Con anterioridad a la concesión de la suspensión, la conciliación entre la víctima y la persona infractora puede ser tomada en consideración a los efectos de cumplimiento del requisito de satisfacción de la responsabilidad civil. Asimismo, puede ser un elemento a tener en cuenta en orden a valorar la disminución o eliminación de la peligrosidad criminal como fundamento de concesión de la suspensión. Con posterioridad a la concesión de la misma, el Juez o Tribunal podría imponer, como condición para su cumplimiento, y previa conformidad de la víctima, la realización de una mediación extrajudicial entre la persona que comete el delito y aquélla. El art. 83 del Código penal, tras la reforma introducida por la Ley Integral de medidas contra la violencia de género, prevé que, en todo caso, si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará la suspensión al cumplimiento de obligaciones o deberes previstos en las reglas 1^a, 2^a y 5^a del artículo 83 (véase también el párrafo tercero del apartado 1 del artículo 88). La regla 5^a se refiere a la obligación de realizar programas formativos, laborales, ocupaciones, educativos, etc. Si los Juzgados y Fiscalías lo estimasen oportuno, la realización de la mediación extrajudicial o la actividad reparadora que se acordase entre las partes podrían ser suficientes para entender cumplido este precepto. Sería aconsejable que la obligación de someterse a un tratamiento formase parte de los compromisos adquiridos en la mediación.

Suspensión de la pena prevista en el art. 87 CP. Aunque el fundamento de esta suspensión sea la posibilidad de sometimiento a un proceso de deshabituación o rehabilitación de la adicción a las sustancias del art. 20.2 CP, en los supuestos en que la gravedad del delito sea elevada —robo con intimidación con utilización de medios

peligrosos, por ejemplo—, la mediación entre la víctima y la persona infractora puede servir al titular del órgano jurisdiccional como valoración positiva a los efectos de determinar la voluntad de la persona acusada de reparar el daño y de abandonar la adicción a sustancias tóxicas, siempre que guarden relación con el delito cometido.

Suspensión de la pena durante la tramitación del indulto —art. 4.4 CP—. A estos efectos, la mediación puede servir de valoración positiva para la solicitud y eventual concesión del indulto; circunstancia que serviría al Juez para acordar la suspensión prevista en el art. 4.4 CP.

Valoración de la conciliación a los efectos de aplicación de la sustitución de la pena de prisión por multa y/o trabajos en beneficio de la comunidad, prevista en el art. 88 CP, en orden a que quede acreditado “... singularmente el esfuerzo por reparar el daño causado” que exige la norma penal. Por otro lado, la mediación en la fase de ejecución, cuando la persona se encuentre **cumpliendo condena en el Centro Penitenciario**, también podría ser tomada en consideración a los siguientes efectos:

1º) Variable a tener en cuenta para la clasificación en régimen abierto en la clasificación inicial. La clasificación o progresión a tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos en el Código Penal, que la persona penada haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerado a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales.

2º) Valoración positiva a los efectos de concesión de permisos. La asunción de la responsabilidad por los hechos cometidos viene siendo valorada como un indicador de evolución tratamental.

3º) Valoración positiva a los efectos de exclusión del período de seguridad —art. 36.2 CP— para personas condenadas a penas

superiores a 5 años. A estos efectos la reparación del daño a través de la mediación/conciliación con la víctima se puede considerar una circunstancia favorable en el tratamiento reeducador para que el/la Juez de Vigilancia pueda valorarla para excluir el período de seguridad.

4º) Valoración positiva a los efectos de concesión de la libertad condicional, toda vez que la implicación voluntaria de la persona penada en la obtención de un acuerdo de reparación puede ser considerada como una manifestación práctica y concreta de interpretación del concepto jurídico indeterminado “buena conducta”. Por otra parte, la voluntad, unida a la reparación, puede facilitar la emisión de un pronóstico favorable de reinserción social.

5º) Valoración positiva a los efectos de aplicación de la libertad condicional anticipada del art. 90 CP, consistente en adelantar 90 días los cómputos para la libertad condicional, por cada año efectivamente cumplido, siempre que se participe en programas de reparación del daño.

7. Desarrollo del proceso de mediación en cada una de las fases del proceso

Después de analizar cada uno de los problemas jurídicos que se pueden presentar en el desarrollo de la mediación en el seno del proceso penal, y una vez despejadas las dudas de corte jurídica que pudieran existir, es el momento de exponer el desarrollo del mismo en cada una de las fases.

a) Mediación penal en la fase de instrucción

Cuando el Juez de Instrucción incoa diligencias previas conforme a los arts. 774 y siguientes de la LECrim., con el acuerdo o visto bueno del Ministerio Fiscal o, se considera conveniente, al menos, puesto en

su conocimiento, puede decidir derivar el proceso a una eventual mediación penal. En caso de que ambas partes (denunciante y denunciado o reuniendo ambas partes las dos posiciones en casos de denuncias cruzadas) presten su libre consentimiento para someterse al proceso, el Juzgado, sin perjuicio de la práctica de las diligencias de investigación que se reputen necesarias, acordará mediante resolución judicial³³⁷ que se dé inicio al proceso de mediación con anterioridad al dictado del Auto de Procedimiento Abreviado (art. 780 LECrim.) o de transformación en juicio de faltas (art. 779 LECrim.), a fin de que el plan de reparación eventualmente alcanzado por las partes pueda ser tomado en consideración por la acusación, en su correspondiente escrito de conclusiones provisionales.

Si las partes alcanzan una decisión común basada en su convicción e interés, se redactará un documento en el que quede plasmado el acuerdo de reparación, que llevará implícito dicho “plan de reparación”. Este documento, que acredita que la mediación se ha desarrollado convenientemente así como el número de sesiones realizadas y refleja los aspectos fundamentales del acuerdo alcanzado, se firmará por las partes o sus representantes legales, en caso de los menores o de las víctimas que físicamente no puedan trasladarse, en su caso, entregándose una copia a cada una de ellas, al Ministerio Fiscal y al Juzgado de Instrucción.

Si el proceso de mediación concluye sin acuerdo, el mediador informará de esta circunstancia al Juzgado, respetando la confidencialidad de lo tratado. A continuación, se abrirá juicio oral y se

³³⁷ En la actualidad esto varía mucho en cada juzgado. Hay quienes derivan por providencias, otros por auto y hay quienes lo hacen por medio de diligencias de ordenación.

enviarán los Autos al Juzgado de lo Penal para el enjuiciamiento que corresponda.

En caso de acuerdo y conformidad y a fin de valorar penológicamente el acuerdo alcanzado, podrá plantearse por el Ministerio Público, por los Letrados de la defensa y de la acusación particular, en su caso, que se proceda conforme a lo dispuesto en el art. 784.3 de la LECrim, bien mostrando la defensa su conformidad con el escrito de calificación del Ministerio Fiscal o redactando nuevo escrito conjunto de calificación en el que se recojan los términos del acuerdo alcanzado y las variaciones que procedan en la calificación y valoración penológica de los hechos. En este caso, se dará traslado de los escritos de calificación de conformidad al Juzgado de lo Penal que corresponda, conforme a lo dispuesto en el art. 787 de la LECrim., y a tales efectos, podrá solicitarse por cualquiera de las partes la ratificación previa del acuerdo en el acto de juicio, todo ello sin perjuicio de que la conformidad pueda alcanzarse en el mismo acto del juicio oral, con carácter previo a la práctica de la prueba. El Juez, en su caso, velará por la idoneidad de la valoración jurídica que tanto las acusaciones como las defensas otorguen a los acuerdos, dictando sentencia de conformidad cuando proceda.

b) Mediación penal en el juicio de faltas

Corresponderá al Juez, con acuerdo del Ministerio Público³³⁸, someter la cuestión al proceso de mediación, sin perjuicio del derecho de las partes a solicitarlo por medio de sus Letrados. Si la persona denunciada y, en su caso, su Letrado mostrasen su disposición inicial a

³³⁸ Dicho acuerdo del ministerio público no se requiere en todas las experiencias prácticas que se están desarrollando en el territorio nacional (por ejemplo en Euskadi no se cuenta con su beneplácito). Y desde luego, en el caso de los juicios de faltas, no es legalmente exigible dicho acuerdo, por lo que en los lugares que se hace es más bien por cortesía que por exigencia legal.

la mediación, se procederá de forma semejante a lo indicado en el trámite de Diligencias Previas, debiendo el Secretario Judicial poner en conocimiento del servicio de mediación el inicio del proceso. El Juzgado dictará una resolución³³⁹ comunicando a las partes el sometimiento del proceso a la mediación y la intervención de los mediadores. Si tras el proceso de mediación se ha llegado a un acuerdo, el equipo de mediación presentará ante el Juzgado un informe sobre la conclusión positiva de la mediación y el plan o acta de reparación. En ese caso, si el acuerdo al que llegaron las partes fue el de retirar la denuncia, el caso normalmente se archivará. Si, por el contrario, fue otro, se celebrará el juicio teniendo en cuenta el acta de reparación. Muchos de los acuerdos también suponen una sentencia absolutoria, tras la celebración del juicio oral y la manifestación del denunciante de retirar la denuncia.

Si no se hubiese llegado a un acuerdo, el equipo de mediación informará de esta circunstancia para que continúe el procedimiento por el cauce ordinario del juicio de faltas.

En los casos en que existe acuerdo, a mi juicio, la resolución jurídica conforme a la legislación vigente del asunto sometido al juicio de faltas presenta una serie de problemas.

En primer lugar, desde una perspectiva procesal, la legislación no prevé el archivo del procedimiento, sino que desde el mismo momento de la incoación del juicio de faltas obliga a señalar la fecha para la vista (art. 982 LECrim).

Sería conveniente que en estos casos el juzgado tuviera la posibilidad de sobreseer y archivar el procedimiento a partir de la

³³⁹ Podrá ser auto, providencia o diligencia de ordenación.

valoración positiva del acuerdo de mediación alcanzado. En los casos de faltas, al tratarse de, en todo caso, una pena leve, la renuncia a la sanción penal de un infracción penal leve reconocida por el autor ante la víctima y habiendo una adecuada reparación del daño no supondría una merma del cumplimiento de los fines de la pena y por tanto sería una introducción adecuada del principio de oportunidad en las infracciones leves. Dado que en las faltas no se tienen en cuenta las circunstancias atenuantes, la apreciación de lo que en los demás procesos sería una atenuante muy cualificada de reparación del daño no podría surtir efectos penológicos, por lo que considero que lo más adecuado es la previsión de la posibilidad de sobreseimiento.

Esto es lo que prevé, *mutatis mutandi*, la LO 5/2000 de responsabilidad de los menores en su artículo 19.

Por otra parte, la solución que se está adoptando por algunos juzgados actualmente, la de archivar, no encuentra respaldo legal, aunque algunos de ellos la fundamentan en la analogía con el procedimiento abreviado, aunque no se especifica con qué causa de sobreseimiento se hace la analogía. Normalmente esto se hace sobre la base de un acuerdo con el ministerio público de no recurrir el archivo.

En los casos en que se mantiene la fecha fijada para la celebración del juicio, normalmente los mediadores aconsejan a las partes no presentarse al mismo, con lo que se produce una sentencia absolutoria por falta de pruebas, salvo que el ministerio público considere que cuenta con más pruebas que la declaración de la víctima y considere conveniente mantener la acusación.

A esta vía de solución yo opondría dos cuestiones. Por un lado, desde la perspectiva del proceso de mediación es totalmente contraindicado que cuando las personas consideren que han resuelto un conflicto penalmente de menor entidad como una falta, aún así se

les cite a un juicio, con los pertinentes apercibimientos de las sanciones correspondientes al incumplimiento de la citación —lo cual coloca a los mediadores en una situación delicada para aconsejar esta vía—. Ello genera mucha incertidumbre e inseguridad en las partes.

Por otro lado, dado que habrá habido un reconocimiento de hechos y una reparación, tampoco resulta coherente que el asunto termine con una sentencia absolutoria por falta de pruebas.

Por todo ello, considero que es perentorio que se legisle en el sentido de introducir un principio de oportunidad reglado cuando se produce un reconocimiento de hechos y una reparación, fundamentado materialmente en la menor necesidad de pena.

El principio de oportunidad supone un instrumento de flexibilización de la rigidez que dimana de la estricta aplicación del principio de legalidad basado en la indisponibilidad de la acción penal. Este principio implica la existencia de un ámbito de discrecionalidad sobre el ejercicio de la acción penal. Para GIMENO SENDRA, el principio de oportunidad implica *“la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”*³⁴⁰. En los sistemas procesales basados en este principio, los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos en la norma, a ejercitarla, incoando el procedimiento o facilitando su sobreseimiento. Nuestro ordenamiento jurídico, para los procedimientos por delitos o faltas contemplados en el Código penal, no lo prevé. Está presente, no obstante, presente en numerosas legislaciones europeas,

³⁴⁰ GIMENO SENDRA, MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Derecho Procesal. Proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 56.

como en Dinamarca, Bélgica, Noruega, determinados cantones de Suiza, Alemania³⁴¹, Italia³⁴² o Francia.

El fundamento del principio de oportunidad, según refiere parte de la doctrina, no sólo habría que buscarlo en razones basadas en descargar a la administración de justicia del gran número de asuntos penales que se acumulan día a día en los órganos judiciales, sino que además tiene su razón de ser o su causa de justificación en la utilidad pública o interés social. La doctrina española no es unánime a la hora de decidir si es adecuado introducir el principio de oportunidad en nuestro ordenamiento, pero han empezado a surgir voces a favor de la incorporación a nuestro sistema de justicia penal de adultos de dicho principio —GIMENO SENDRA, GONZÁLEZ CUELLAR—; lo valoran como factible sin necesidad de grandes transformaciones en el ordenamiento

³⁴¹ En Alemania existe la posibilidad de acordar el sobreseimiento atendida la escasa lesión social producida por el delito, si no genera interés público su persecución penal. Los arts. 153 y 154 StPO (*strafprozeßordnung*) introducen el principio de oportunidad de forma reglada, al posibilitar, en los casos previstos por la norma, el sobreseimiento por razones de oportunidad, sin que ello impida el sometimiento de la decisión a la legalidad. Desde la reforma de 9 de diciembre de 1974, denominada “Gran reforma del proceso penal”, el Ministerio Fiscal ostenta el monopolio de la acción penal, sin que sea posible el ejercicio de la acusación particular, ni de la acción popular, aunque la víctima podrá adherirse a la acción formulada por el Ministerio Fiscal. Todo ello —se dice— ha producido una gran descongestión judicial, al eliminar, en gran medida, infracciones menores o faltas que por ejemplo, en España, suelen terminar con suspensiones o sustituciones de la pena.

³⁴² Para evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad de corta duración, se instauró en Italia el denominado “pateggiamento”, recogido en el actual art. 444 del Código Penal Italiano (Codice de Procedura Penale) de 22 de septiembre de 1988, introducido por Ley de 24 de noviembre de 1981, por virtud del cual, si el imputado no reincidente lo solicita, previo acuerdo del ministerio fiscal, el Juez puede aplicar una pena sustitutiva a la de privación de libertad, extendiéndose con la nueva regulación a aquellos supuestos de criminalidad media-grave, siendo aplicable por tanto, a la mayor parte de los procedimientos penales. Así, la solicitud la puede hacer el imputado, y el ministerio fiscal o ambos conjuntamente, determinándose la naturaleza y la duración de la sanción a aplicar, que podrá consistir en ser libertad controlada, penas pecuniarias, reducciones, etc. Este tipo de procedimiento se aplica sólo si el delito está castigado con pena no superior a tres meses y que viene a suponer una tímida introducción del principio de oportunidad como compensación al principio de legalidad —muy arraigado en el sistema penal italiano— y la obligación de juzgar los hechos delictivos que establece el CP de 1988.

procesal penal vigente, si se piensa en un estado de oportunidad no puro, de corte anglosajón, sino reglado legalmente y por tanto en el marco del principio de legalidad; si se asegura el adecuado control de los márgenes de discrecionalidad; y si se interpreta el principio de legalidad recogido en el art. 25 CE en un sentido acorde a su literalidad, en los términos en que se decanta la jurisprudencia constitucional. Así planteado, el principio de oportunidad no ha de ser reputado opuesto necesariamente al principio de legalidad, salvo que determine un ejercicio de la acción penal que exceda o contraríe lo previsto en la Ley³⁴³.

Basado en razones más utilitaristas, también se concibe y fundamenta el principio de oportunidad como una “solución” a los problemas de la lentitud de la administración de justicia, de las dilaciones en la resolución de los pleitos y su enorme coste económico. Que pueda llegar a obtenerse una decisión procesal –cuando existen indicios de infracción penal– sin necesidad de juicio, o incluso de proceso, simplemente con el reconocimiento de culpabilidad por el acusado y ejercitando las facultades que los criterios de oportunidad reconocen en quienes sustentan la legitimidad en el ejercicio de la acción penal, proporciona sentido, desde este punto de vista, al principio.

Respecto del aspecto procesal –además del mencionado art. 19 LO 5/2000, de 12 de enero– habría que centrarse en la influencia que el principio de oportunidad tiene en la regulación de la conformidad (la prevista en el art. 787.1 LECr, para el procedimiento abreviado, arts. 655 y 688 y ss, para el sumario ordinario y art. 50 para el proceso ante

³⁴³ Más riesgo de lesión corren otros derechos constitucionales como el de seguridad jurídica (art. 9,3 CE), el de igualdad (art. 14 CE) o el de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

el tribunal del jurado) y el poco efecto que provoca sobre el procedimiento, ya que sólo evita, en su caso, el juicio oral; y por otro, la conformidad especial de los arts. 800.2 y 800.1 LECrim., que se desarrolla ante el juzgado de guardia, en la tramitación de las diligencias urgentes y en las diligencias previas anteriores a su transformación en procedimiento abreviado (art. 779, 1-5° LECrim).

La institución de la conformidad es una evidente presencia del principio de oportunidad respecto del ejercicio de la acción penal. Se renuncia a la celebración del juicio oral y al tercio de la pena correspondiente al hecho por la mera conformidad con la acusación, esto es, con la exclusiva finalidad de abaratar la justicia, acortar los tiempos y reducir la carga de trabajo de jueces y fiscales, porque no cabrá entender que se atribuyan a la conformidad efectos sobre la reparación o la necesidad de pena. Las conformidades se corresponden con medidas adoptadas por el legislador para otorgar mayor celeridad a la tramitación de los procedimientos penales en detrimento –a mi juicio– de derechos y garantías del imputado, no justificables en un estado de derecho, al menos por razones tan prosaicas y alejadas del origen, y por tanto de la solución, del problema de la lentitud de la justicia penal (en este sentido resulta muy ilustrativo leer detenidamente la circular 1/2003 de la FGE y el Acuerdo suscrito entre ésta y el Consejo General de la Abogacía).

En los últimos años se han activado las posturas que instan una reforma integral de la ley procesal se otorgue al Ministerio Público la dirección de un procedimiento preliminar, con la posibilidad de incorporar el principio de oportunidad en nuestro ordenamiento³⁴⁴.

³⁴⁴ Sobre esta materia remitirse a TODOLÍ GÓMEZ: *Reflexiones sobre la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal y su ejercicio por el Ministerio Fiscal*, Artículos Doctrinales de derecho penal, –noticias.juridicas.com, octubre, 2008.

Pero en esta materia no resulta posible ni adecuado ahondar, puesto que no constituye el tema de investigación de este trabajo, y se trata de una materia extensa y compleja.

c) Mediación penal en la fase de enjuiciamiento

La mediación se inicia una vez que las actuaciones se encuentran a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento conforme al art. 785 de la LECRIM. Cuando examinadas las actuaciones por el Juez o el Tribunal, con el informe favorable del Ministerio Fiscal, se valorase la conveniencia de someter el proceso a mediación, el secretario judicial lo pondrá en conocimiento del abogado defensor para informarle de que su caso ha sido seleccionado para un procedimiento de mediación, mediante una comunicación personal y directa, con el objetivo de detectar obstáculos y generar confianza en el abogado³⁴⁵.

Ello no obstante, la iniciativa puede ser de parte, de manera que si cualquiera de ellas, ya sea la persona autora del hecho, su representación legal o el Ministerio Público considerase oportuno someter el proceso a mediación en esta fase, lo pondrán en conocimiento del Juez o Tribunal que, con el visto bueno, en su caso, del Ministerio Fiscal, valorará la conveniencia de la mediación.

Si finalmente no se estima oportuno derivar el asunto a mediación o el acuerdo resultara inviable, se procederá de conformidad con lo previsto en la ley procesal, esto es, dictándose auto de admisión de pruebas y señalamiento para el juicio oral, celebrándose conforme a lo previsto legalmente (arts. 785 y ss. L.E.Cr.).

³⁴⁵ Esta es la una de las fórmulas posibles, aunque no la única, ni la más idónea, puesto que también podría hacerse por escrito o por una llamada de un gestor. Yo he expuesto, la que a mi juicio, es el mecanismo más eficaz.

Si, derivado el asunto a mediación, se llegase a un acuerdo, el acta en que se documente –firmada por los intervinientes y el mediador, de la que se dará traslado a la acusación y a la defensa– se incorporará a las actuaciones, y el Juzgado o Tribunal procederá del modo descrito en la Ley de Enjuiciamiento, es decir, se señalará día y hora para la celebración del juicio oral, citándose a las partes al acto del juicio, que se ajustará a las previsiones establecidas en el art. 786 L.E.Cr. y cuya dinámica podrá adoptar las actividades previstas en el art. 787 L.E.Cr. si –verificada la asunción voluntaria por los intervinientes de los términos del acuerdo alcanzado y constatada la asunción por el acusado de la responsabilidad de los hechos que se le imputan, su esfuerzo reparador y la satisfacción de la víctima de la infracción con la actitud del acusado-, por la defensa y la acusación se interesa el dictado de una sentencia de conformidad, pudiéndose modificar el acta de acusación para incorporar los términos de los acuerdos alcanzados en el proceso de mediación, siempre dentro del respeto a lo pactado dentro de la legalidad.

Así pues, en el desarrollo del acto del juicio oral, en los términos en que se contempla en la propia Ley de enjuiciamiento criminal, se podrá constatar ante el Juez o Tribunal que ha de sentenciar el reconocimiento de la responsabilidad por parte del imputado y la reparación realizada, así como el grado de satisfacción manifestado por la víctima y consecuentemente defensa y acusación estarán en condiciones de definir y debatir sus consecuencias jurídicas (determinación exacta de la pena y posibles medidas suspensivas o sustitutivas de la pena privativa de libertad, en su caso).

Así mismo si cualquiera de las partes manifiesta en este acto su oposición al acuerdo alcanzado o surgieran dudas acerca de la concurrencia del requisito de voluntariedad, se procederá a la

celebración del juicio mediante la práctica de la prueba propuesta en su día y declarada pertinente.

El Juez o el Tribunal, en todo caso, velará por la idoneidad de la valoración jurídica que tanto el Ministerio Fiscal como el abogado defensor otorguen a los acuerdos, dictando sentencia de conformidad cuando proceda.

d) Mediación penal en la fase de ejecución

Con el auto de firmeza de la sentencia –arts. 798, 974, 975, 985 y 988 LECrim– se obtiene el título ejecutivo necesario para comenzar el proceso de ejecución (arts. 141.6, 143 LECrim y 245.4 LOPJ). Una vez que el Juez encargado de la ejecución, con acuerdo del Ministerio Fiscal, ha valorado la conveniencia de someter el proceso a mediación en la fase de ejecución, el secretario judicial realizará una gestión del mismo carácter y significado personal que se ha indicado para la fase de enjuiciamiento con el abogado defensor a fin de informarle de que su caso ha sido seleccionado para un procedimiento de mediación.

Si después de encontrarse las partes, alcanzasen una decisión común basada en su convicción e interés, se documenta en un acta en que se plasmará el acuerdo de reparación, que llevará implícito –como ya hemos visto en otras fases procedimentales– un “plan de reparación”.

Si no hay acuerdo, el Juez o Tribunal podrá, no obstante, decidir sobre la suspensión, sustitución o informe del indulto valorando, en su caso, otras circunstancias que concurran. Si hay acuerdo, el mediador lo comunicará al Juzgado o Tribunal, y hará seguir documento que lo contiene, firmado por las partes. El Juez encargado de la ejecución podrá, si lo considera conveniente, citar a la persona acusada, víctima y mediador.

La mediación finalizada podrá ser valorada por el Ministerio Fiscal y el órgano responsable de la ejecución, junto a otros elementos concurrentes a los efectos de concesión de suspensiones de condena, sustituciones o informes para indulto.

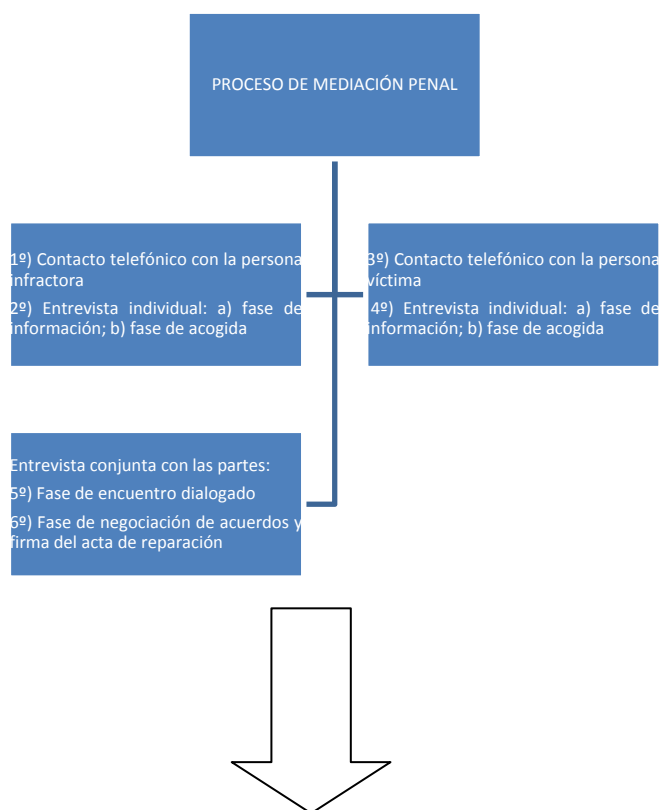
e) Mediación penal en el centro penitenciario entre víctima y persona penada

Después del encuentro dialogado, y si las partes alcanzan un compromiso basado en su convicción e intereses comunes, se documenta, como ya hemos visto, por medio de un texto en el que quede plasmado el acuerdo de reparación que incluirá también un “plan de reparación”. En caso que se concluya sin acuerdo, el equipo mediador informaría de esta circunstancia al Director del Centro Penitenciario y al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. El documento que acredite que la mediación se ha desarrollado convenientemente, el número de sesiones y los aspectos fundamentales del acuerdo se firmará por las partes y representantes legales si los hubiere, entregándose una copia a cada una de ellas, al Director del Centro y al Juzgado de Vigilancia, quien previo informe del Ministerio Fiscal, valorará el proceso de mediación a los efectos que correspondan respecto de la concesión del tercer grado, la libertad condicional, o el adelantamiento de la misma.

En síntesis es así como se está llevando a cabo la mediación penal en estos momentos. Más adelante, en el apartado de conclusiones, expondré cuál es, a mi entender, la mejor manera de insertar la mediación en el proceso penal.

Sin perjuicio del análisis y desarrollo detallado del proceso técnico de mediación que se realizará en el apartado siguiente de este trabajo, sí conviene adelantar a modo de cierre de este capítulo que, como puede ya suponerse, el proceso de mediación es un proceso técnico que se

desarrolla, en esencia, en cuatro fases: la primera (fase de premediación) requiere el contacto telefónico con la persona infractora y la persona víctima; la segunda, las entrevistas individuales con cada una de las partes por separado, que denominamos fase de acogida; la tercera, la entrevista conjunta con ambas partes, denominada fase de encuentro dialogado; y, por último, la cuarta fase que es la de toma de acuerdos y firma del acta de reparación. Podríamos esquematizarlo del siguiente modo:



Entrega del acta de reparación y el informe del mediador al órgano judicial que derivó a mediación (con copia para los letrados personados y el ministerio fiscal).

TERCERA PARTE: EL PROCESO DE MEDIACIÓN PENAL

*“Valor es lo que se necesita para levantarse y hablar,
pero también es lo que se requiere para sentarse y escuchar”.*

Anónimo

1. Introducción

Tras analizar la mediación desde la perspectiva del proceso penal y los problemas jurídicos que se pueden plantear respecto a los derechos y garantías de las partes, ahora nos adentramos en la tercera parte de este trabajo de investigación, en la que voy a desarrollar a fondo todo el entramado del proceso de mediación, pero esta vez desde la perspectiva del mediador. Por tanto, explicaré como es el proceso de mediación, sus fases, sus dificultades, la labor del mediador y las técnicas que se deben emplear para la buena consecución del proceso. Indudablemente el ejercicio de la mediación requiere de una serie de conocimientos teóricos y prácticos, que caminen de la mano de una serie de habilidades innatas o adquiridas. Por ello, y dado que el objeto único de esta tesis, no es el proceso técnico de la mediación (sino su incursión en el proceso penal), me limitaré a exponer de manera breve y concisa las herramientas de las que ha de valerse el mediador en el ejercicio de su profesión, aclarando al lector que, si desea profundizar en mayor medida en las técnicas empleadas en el ejercicio práctico de la mediación puede recurrir a la extensa bibliografía que existe sobre la materia³⁴⁶.

³⁴⁶ Entre muchos, merece la pena destacar por ser recientes en el tiempo: MUNDUATE JACA y MEDINA DÍAZ (Coor.): *Gestión del conflicto, negociación y mediación*, Psicología Pirámide, Madrid, 2009; NOVEL MARTÍ: *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido*, Reus, Madrid, 2010; FERNÁNDEZ RIQUELME: *Teoría y práctica de la mediación. La gestión alternativa de los conflictos sociales*, Edit.um, Murcia, 2009; FISHER: *Obtenga el sí: el arte de negociar sin ceder*, Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1996; FOLGER y JONES:

La mediación penal bebe directamente de los postulados de la mediación familiar, que sí cuenta con ordenación legal y una dilatada y consolidada experiencia práctica, junto con una extensísima bibliografía. Sobre la estructura del proceso de mediación penal y las técnicas empleadas en su desarrollo no hay nada reglamentado, ni desarrollado, ni siquiera la bibliografía en este punto se puede calificar de prolífica, sino más bien de todo lo contrario. Por ello es correcto afirmar que la mediación penal toma directamente del proceso de mediación fundamentalmente familiar su estructura y sus tácticas de negociación, y a través de la práctica, éstas se han ido adaptando, modelando y esculpiendo. Considero a título personal que toda la parte técnica del proceso de mediación –sus fases y técnicas– es fruto del resultado de muchos años de trabajo mediando entre personas víctimas e infractores³⁴⁷, muchas jornadas de reflexión colectiva y muchas horas de estudio.

Como la mediación se mueve en un contexto psicológico, puede confundirse con el proceso terapéutico, y aunque comparten cierto paralelismo en algunas dimensiones, presentan importantes diferencias

Nuevas direcciones en Mediación. Investigación y perspectivas comunicacionales, Paidós, Buenos Aires, 1994; SUARES: *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Paidós, Buenos Aires, 1996; SCHNITMAN: *Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos. Perspectivas y prácticas*, Granica, Buenos Aires, 2000; SINGER: *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, Buenos Aires; SOLETO MUÑOZ y OTERO PARGA (Coord.): *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007; SOLETO MUÑOZ (Dir.) y VV/AA: *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011 y SUARES: *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Barcelona, 1996, entre otros muchos manuales.

³⁴⁷ Véase al respecto PASCUAL RODRÍGUEZ: “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: la mediación*, Estudios de Derecho Judicial 111-2006, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006; PASCUAL RODRÍGUEZ: “Fase de negociación en la mediación penal con adultos. El encuentro entre las dos partes: persona víctima y persona infractora” en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Estudios de Derecho Judicial n° 136, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

sustanciales. El objetivo de la mediación es la resolución de una serie de puntos concretos y el establecimiento de un acuerdo de reparación, en forma de documento escrito. La psicoterapia tiene como objetivo la persona o la relación y como meta el cambio cognitivo, conductual o afectivo³⁴⁸. Para mostrar la diferencia entre mediación y psicoterapia quiero plasmar un cuadro de FLORENZA³⁴⁹ que aporta mucha claridad:

	MEDIACIÓN	PSICOTERAPIA
OBJETIVO	El problema/asunto	La persona/relación
ESTRUCTURA DEL PROCESO	Estructurado y centrado en la tarea	Libremente estructurado y centrado en los sentimientos
NATURALEZA DEL PROCESO	Cuasi legal (mezcla asuntos legales y temas emocionales)	Psicológico o personal
PAPEL DE LAS EMOCIONES	Contenidas y dirigidas	Alentadas y exploradas
OBJETIVO TERAPEÚTICO	Secundario/puede tener beneficios terapéuticos	Principal en el proceso
CUANTÍA DE LA INFORMACIÓN	Escasa información de las partes	Mucha información de los antecedentes de los sujetos y de la relación

En aras de arrojar luz en la exposición, y con carácter previo, ilustro este texto con unos gráficos sobre el desarrollo del proceso de mediación, para posteriormente adentrarme en el terreno de la mediación penal. Como vemos en los dos gráficos, hay dos procesos: por un lado el proceso judicial y por otro el proceso de mediación. Digamos que el primero abre un paréntesis durante su desarrollo para que se despliegue el segundo, y una vez que éste ha terminado, se cierra ese paréntesis y todo regresa al Juzgado. Durante ese paréntesis comienza el proceso de mediación penal, que a su vez se compone de tres fases en

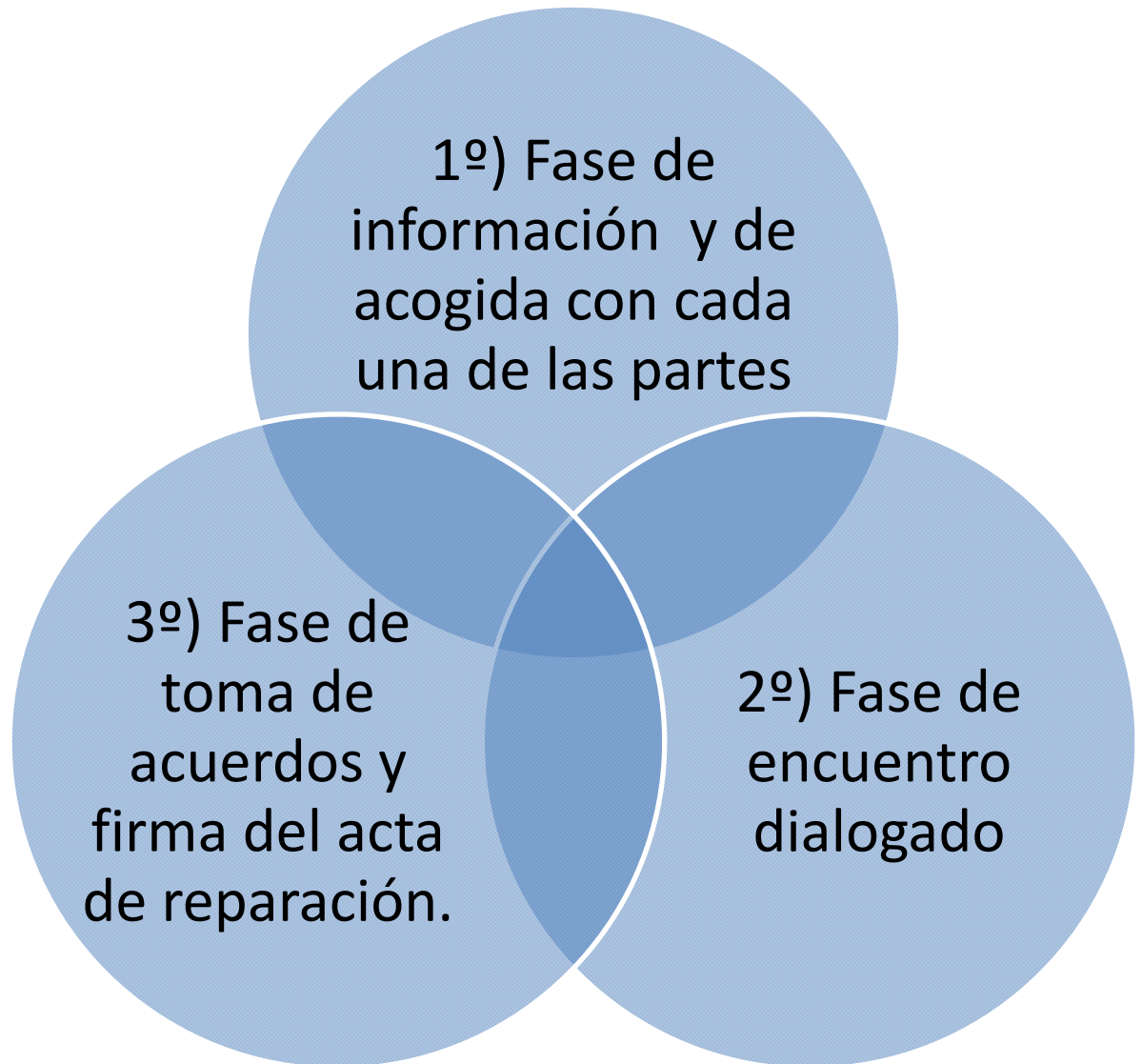
³⁴⁸ BERNAL SAMPER: *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2002, pág. 72.

³⁴⁹ FORLENZA: "Procesos paralelos en la mediación y en la psicoterapia" en *La mediación y sus contextos de aplicación*, Paidós, Buenos Aires, 1996, pág. 33.

las cuales se manejan las mismas técnicas, por ello no se puede especificar qué tipo de pericia o de herramienta utiliza la persona mediadora en cada fase, sino que dependiendo de las personas, de los momentos y de los conflictos que haya que resolver, recurrirá a unas u otras, por ello, en el gráfico relativo al proceso de mediación, he utilizado tres círculos unidos entre sí, compartiendo una zona común que representa la de las pericias que explotan las personas mediadoras en el ejercicio de su funciones.

EL PROCESO PENAL CUANDO HAY MEDIACIÓN PENAL





2. La premediación

Ya quedó explicado en la segunda parte de este trabajo de investigación cuando he desarrollado el modo en que se introduce el proceso de mediación penal en cada una de las fases procesales que el juzgado de instrucción, o de lo penal o de ejecución o la sección de la audiencia provincial que corresponda, para derivar un expediente a mediación debe realizar los siguientes trámites:

1º) Dar traslado al Ministerio Fiscal para el visto bueno.

2º) Dar traslado al letrado defensor para contar con su autorización.

3º) Dar traslado al letrado de la acusación para contar con su autorización.

4º) Poner en conocimiento de las partes (primero a la persona infractora y cuando los mediadores confirmen la continuación del proceso, se pondrán en contacto con la persona víctima) que su caso va a ser derivado a mediación, y que su letrado ha dado el consentimiento, informándole a su vez anticipadamente que el proceso de mediación es voluntario, gratuito y confidencial, y que, o bien, recibirá una llamada del equipo de mediación para entrevistarse con él o ella, o que acuda directamente a la sede de los equipos, dependiendo del modo en que esté organizada la práctica de la mediación penal en dicha sede. Esto lo hará por medio de una carta o bien por citación para que acuda al juzgado y entonces explicárselo personalmente³⁵⁰.

Una vez que se han cumplido todos estos pasos, el Juzgado o Sección de la audiencia provincial, ha de ponerse en contacto con el equipo mediador para derivar el expediente. Esto lo hará o bien el secretario judicial o bien un tramitador que se encargue de esta función. Junto con la providencia o auto en el que se acuerda la derivación del proceso a mediación³⁵¹, se dará traslado de las declaraciones de las partes, copia del atestado, los informes periciales si estamos en ante un juicio de faltas o ante un juzgado de instrucción. Si el órgano que deriva es un juzgado de lo penal o una sección de la audiencia provincial en la fase de enjuiciamiento, se dará copia también

³⁵⁰ Adjunto el modelo de carta de invitación en el apartado de anexos de este trabajo.

³⁵¹ Se adjunta modelo en el apartado de anexos de este trabajo.

del escrito de acusación y de defensa. Y si estuviésemos ante un juzgado de ejecución, sólo se entregaría la sentencia.

Junto a los datos relativos al expediente judicial, se ha de proporcionar al mediador o mediadora³⁵² los datos personales de las partes, es decir, nombre, apellidos, domicilio y teléfono a fin de contactar con las partes, salvo que éstas se presenten en el servicio de mediación habilitado al efecto, solicitando ver a los mediadores, en cuyo caso, ya no deberán éstos contactar con la persona vía telefónica, sino que se hará directamente.

Cuando el equipo o servicio de mediación recibe esta documentación, abre un expediente de mediación, le asigna un número y se pone en contacto con las partes a través del teléfono o del correo postal si no tuviesen teléfono, salvo que las partes se presentasen personalmente en el servicio de mediación, en cuyo caso se evitaría el trámite del contacto.

El contacto telefónico primero y necesariamente ha de hacerse con la persona infractora (salvo en los casos en los que ambas partes sean denunciante y denunciada, en los que no tiene trascendencia alguna comenzar con una u otra parte), pues a la persona víctima no se le importuna hasta que ha terminado la fase de acogida con aquella. Esta forma de proceder en primer lugar con la persona infractora encuentra su justificación en el deber de no generar expectativas en la persona víctima, ni ocasionar frustraciones, sino que solamente se le debe llamar cuando el equipo mediador se ha cerciorado de que la persona infractora realmente quiere participar en el proceso, y a esta conclusión sólo se puede llegar una vez se haya mantenido la entrevista con él o

³⁵² De ahora en adelante siempre que me refiera al mediador, incluyo a las mediadoras, no haciendo mención expresa sobre esta cuestión para facilitar la lectura.

con ella. Si tras la entrevista individual con la persona infractora el mediador o mediadora detecta que la mediación no va a ser posible o bien aquél o aquella manifiestan su deseo de no participar en el proceso, el equipo mediador realizará un breve informe sobre la imposibilidad de llevar a cabo el proceso de mediación, sin realizar ningún trámite con la víctima. Si por el contrario tras la fase de acogida con la persona infractora se verifica la viabilidad del proceso de mediación, entonces sí se procederá a llamar o contactar con la persona víctima.

3. Las entrevistas individuales con las partes

a) Fase de información y fase de acogida con la persona infractora

Una ocasión que genera cualquier espacio de conciliación –tanto para la persona víctima como para la persona infractora– se relaciona con la posibilidad de encuentros personalizados entre autor y víctima de un acto delictivo. Aquí estriba la gran diferencia entre una entrevista personal y el encuentro personalizado. De otro modo, la persona víctima permanece alejada de su caso y no tiene oportunidad de comunicarse con el autor del hecho. Queda fuera, enojada, quizás humillada por un interrogatorio en el tribunal, sin contacto humano con el delincuente. No tiene alternativa. Necesitará de todos los estereotipos clásicos de “el criminal” para intentar una mínima comprensión del problema. En cuanto al delincuente, no es necesaria demasiada introspección para apreciar que una participación directa de la víctima puede resultarle una experiencia realmente dolorosa y edificante. Muchos de nosotros escaparíamos a una confrontación de este tipo. Escapar es la primera reacción, pero la segunda es algo más positiva. Los seres humanos tienen motivos para sus actos y sus conductas. Si la situación se conformara de modo que las razones pudieran darse desde el punto de

vista de las partes la situación no sería tan humillante. Y especialmente si la cuestión central no radicara en la atribución de culpas, sino en profundizar una discusión sobre lo que podría hacerse para enmendar lo hecho. Y esto es exactamente lo que sucede al reintroducir a la víctima. Ésta ha de estar dispuesta a participar y a enfrentar la situación estableciendo un vínculo con el autor del hecho, no puede estar sufriendo un dolor que no esté en condiciones de hablar por sus propios medios y según sus ideas y convicciones, o que no esté en estado de escuchar, no puede tener como único objetivo denigrar y maltratar a su ofensor³⁵³.

La primera entrevista ha de hacerse obligatoriamente con la persona infractora porque si ésta manifiesta su deseo expreso de no participar en el proceso tras haber sido informada de lo que implica, o bien de algún modo los mediadores detectan que el proceso de mediación va a resultar inviable o perjudicial para alguna de las partes, no conviene importunar a la persona víctima con la inversión de tiempo en desplazamiento y entrevistas, si posteriormente no se va a llevar a cabo el proceso. Considero a título particular que con la víctima hay que entrevistarse personalmente una vez se haya realizado la fase de acogida con la persona infractora.

La entrevista individual se compone de dos tiempos. En el primero de ellos denominado “fase de información” el mediador debe presentarse, explicarle a la persona infractora cuál es su función, en qué consiste la mediación penal, que principios conforman el proceso de mediación penal³⁵⁴, cuáles son las reglas³⁵⁵, como ha llegado su

³⁵³ HIGHTON, ÁLVAREZ y GREGORIO: *Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 119.

³⁵⁴ Recordemos que son: la gratuidad, la neutralidad, la oficialidad, la flexibilidad, la voluntariedad y la confidencialidad.

expediente judicial a esta vía y cuáles son las ventajas y las implicaciones de su participación en el proceso. Además debe contextualizarle, es decir, explicarle en qué fase del proceso penal está para que pueda entender el sentido y finalidad de la mediación. Todo esto debe hacerlo en un lenguaje claro, situándose en el mismo plano que la persona que tiene delante, cerciorándose de que ha entendido todo lo que se le ha explicado³⁵⁶. Cuando termina la fase de información de la sesión individual con cada una de las partes es importante que sucedan dos cosas. La primera es verificar que la persona ha entendido toda la información que le ha proporcionado el mediador/a, y esto lo puede hacer dándole la palabra al interlocutor para que haga un breve resumen de lo que ha entendido. Una vez que el mediador se ha cerciorado de que ha comprendido bien todo lo que supone la mediación, cada una de las partes ha de manifestar si consiente o no de manera libre y voluntaria participar en el proceso. Si consiente, tanto el mediador, como la persona infractora, deben firmar la denominada “Hoja de consentimiento informado³⁵⁷”, que implica por un lado que la persona decide participar en el proceso de mediación de manera libre y voluntaria y que ha entendido todo lo que implica y el alcance que ésta puede llegar a tener y que ha sido informado de todo ello, y por otro, implica el deber de confidencialidad del mediador, por cuanto el contenido de lo acontecido en la mediación es absolutamente

³⁵⁵ No interrumpir cuando esté hablando las otras personas y no faltar al respeto a ninguna de las personas presentes en la mediación.

³⁵⁶ Como recogen HIGHTON, ÁLVAREZ y GREGORIO en su manual sobre *Resolución Alternativa de conflictos y sistema penal*, “la reacción más común ante la sugerencia de participación en la mediación sea pensar ¿Por qué a alguien podría ocurrírsele hacer una cosa así? De ahí que obtener la participación voluntaria en la mediación requiere que el mediador responda a las necesidades y preocupaciones de los futuros participantes, atendiendo a interrogantes tales como: ¿cómo es el procedimiento? ¿cuál es su propósito? ¿cómo funciona? ¿ha ayudado a otros? ¿cómo podría ayudarme a mí? ¿qué costos y riesgos implica?”, Ad Hoc, Buenos Aires, pág. 130.

³⁵⁷ Adjunto en el apartado de anexos de este trabajo.

confidencial, no sólo motivada por cuestiones de deontología, sino por la obligación legal que existe respecto a la Ley de Protección de Datos. Por este motivo lo firman las dos partes. Es aconsejable que firme primero el mediador para generar una mayor confianza, y por supuesto una vez que han firmado ambos se le debe proporcionar una copia a cada una de las partes.

Una vez que se ha firmado la hoja de consentimiento informado, comienza la denominada “Fase de acogida”³⁵⁸. Aquí sí que entran en juego las emociones, los sentimientos, los hechos y todas aquellas cuestiones que la persona infractora desee exponer.

En esa entrevista el mediador debe ir obteniendo una serie de datos que son de vital importancia para trabajar la responsabilidad por el hecho, la empatía hacia la víctima y hacia el resto de la sociedad, el modo en que ha de hacerse efectiva la responsabilización de la conducta y la cierta capacidad de reparación. Para ello, el mediador debe lograr la contestación por parte de la persona infractora de las siguientes cuestiones³⁵⁹:

- Edad

³⁵⁸ GORDILLO SANTANA en *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, denomina a esta fase “contención de la crisis”, explicándolo de este modo: “La primera fase del proceso consiste, como su propio nombre indica, en la contención de la crisis inicial que se genera al reabrirse el conflicto”.

³⁵⁹ Este modelo de cuestionario (que elaboré personalmente) viene reflejado en: PASCUAL RODRÍGUEZ: “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: la mediación*, Estudios de Derecho Judicial 111-2006, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006 y en RÍOS MARTIN; BIBIANO GUILLÉN; SEGOVIA BERNABÉ y PASCUAL RODRÍGUEZ: *La mediación penal y penitenciaria: Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*. 2ª edic., Colex, Madrid, 2008. Dicho modelo es el que se usa actualmente en la Asociación de Mediación para la pacificación de conflictos de Madrid.

- Antecedentes penales
- Detenciones policiales
- Si ha estado alguna vez en juicio
- Formación
- Trabajo
- Apoyo
- Historia social y familiar
- Su implicación en el hecho delictivo y el motivo de delinquir
- Sentimiento derivado del delito
- Cómo cree que se siente la víctima
- Crees que la víctima te teme
- Ha sido víctima de algún delito
- Sus expectativas de futuro
- Qué piensa de la justicia
- Si fuese el Juez que haría consigo mismo/a
- Qué ventajas ve en la mediación para sí mismo/a
- Qué ventajas ve en la mediación para la persona víctima

A través de estas preguntas el mediador podrá comprender donde reside la etiología del delito, y la responsabilidad que el infractor o infractora asume respecto al mismo, su capacidad para reparar de modo efectivo a la víctima, las expectativas de futuro que tiene en relación con las consecuencias de la pena que se le pueda imponer, el sentido de poner fin al conflicto, si necesita algún tipo de apoyo en alguno de los otros campos que exceden del ámbito de la mediación³⁶⁰, el nivel sociocultural para llevar el encuentro dialogado de uno u otro modo y trabajar la prevención especial como uno de los fines concretos de la pena. Además el mediador podrá verificar si la persona está

³⁶⁰ Como podría ser el ámbito de la drogadicción, del control de la violencia, de inserción laboral, etc.

entendiendo el proceso y su finalidad y practicará la empatía respecto a la víctima y respecto a la justicia. También podremos ver el “castigo ideal” para la conducta delictiva que ha realizado desde su propia visión, y le mostraremos el alcance que ha podido desplegar su conducta más allá de su persona. Nos mostrará el verdadero interés de participar en el proceso y pondrá por primera vez nombre a los sentimientos generados a lo largo de todo el proceso.

Como puede observarse en la entrevista que mantiene la persona mediadora con la persona infractora no hay ninguna pregunta sobre los hechos que se formule de este modo: “¿cuéntame cómo pasó? O ¿por qué lo hiciste? Sólo existe una pregunta que dice: motivo del delito.

Esto principalmente obedece a que una de las funciones del mediador es mantenerse imparcial y neutral y sobre todo no actuar como un juez, ni un fiscal, ni un abogado. Por ello, no debe dar por cierto nada de que lo pone en las actuaciones. Además como veremos más adelante, la técnica estrella del proceso de mediación es la escucha activa, que exige precisamente no juzgar, ni dar nada por sentado, de tal modo que si no respetamos estas premisas, no se estaría actuando desde un marco mediatorio, por lo que nunca se formularán dichas preguntas.

Cuando finaliza la fase de acogida se le entrega a la persona infractora un documento guía explicativo sobre la mediación. Dependiendo de la persona infractora que tengamos delante —joven o mayor, nivel cultural, distanciamiento o cercanía, etc.— este documento podrá ser, bien un texto o bien un comic³⁶¹.

³⁶¹ Se adjunta en el apartado de anexos de este trabajo.

b) Fase de información y fase de acogida con la persona víctima

Una vez finalizada la fase de acogida con la persona infractora, el o los mediadores —según se haga o no comediación— ya pueden decidir si invitan a la persona víctima a participar en el proceso de mediación. No esperar a que termine esa fase con la persona infractora para ponerse en contacto con la víctima es a mi juicio un ejercicio de irresponsabilidad, pues atraerla antes de conocer las intenciones de la persona infractora, puede suponer generar en ella unas expectativas que luego pueden traducirse en frustraciones y por ende en mayor ánimo de venganza hacia la persona infractora y de un nuevo sentimiento de revictimización.

Cuando el equipo de mediación se pone en contacto con ella, éste ya conoce el grado de responsabilidad que asume la persona infractora respecto a los hechos y la capacidad de reparar que tiene frente a aquella, y sobre todo, que el motivo del encuentro es sincero, por lo que no aprovechará la ocasión para lastimarla de ninguna de las maneras posibles³⁶².

Esto hace que el espacio que se va a crear entre ambos sea seguro. Por ello, si tras la fase de información o la fase de acogida con la persona infractora, el mediador detecta que no es conveniente juntarles, sólo deberá poner en conocimiento del Juzgado que derivó el asunto (y éste al fiscal y letrados personados) que la mediación no va a continuar porque puede resultar perjudicial para los intereses de las partes. Y así de este modo, a la persona víctima no se le ha importunado, puesto que

³⁶² Esto no puede afirmarse para el 100% de los casos y con una rotundidad incuestionable, pero desde el análisis de las experiencias prácticas, vemos que sí se cumple lo que el mediador ha constatado, con lo que sucede posteriormente al encontrarse con la víctima.

el proceso seguirá por los cauces ordinarios. Lógicamente, al letrado de la acusación tampoco se le pone en conocimiento de este asunto hasta que ha terminado la fase de acogida con el infractor, momento en el que dará su consentimiento y se le informará de todo. Hay quien pueda lanzar la siguiente pregunta al aire: ¿qué pasa si el letrado consulta las actuaciones (porque es uno de sus derechos) y ve que existe una resolución por la que se deriva a mediación el asunto? Pues simplemente que se le informará por parte del tramitador o del secretario judicial —según quien sea el encargado de esta materia— del proceso, y de que tras el contacto con la persona infractora, se determinará la viabilidad de continuar con el proceso, en cuyo caso, se pondrán en contacto con él y con la persona víctima.

Primero se inicia por tanto el contacto telefónico y si la persona víctima accede se producirá la entrevista individual, que se compone, al igual que sucede con la persona infractora de dos tiempos o fases: primero la fase de información y luego la fase de acogida.

En la fase de información se le explicará qué es la mediación, y quién es el mediador, las características del proceso, el motivo por el que el expediente del juzgado está en el equipo mediador, los fines de la mediación, las ventajas para ambas partes y los posibles inconvenientes. El momento procesal en el que nos encontramos. El desarrollo del proceso de mediación y del proceso judicial. A esta parte de la entrevista recordemos que puede ir acompañada, pero una vez que se firma el consentimiento informado, debe ser él o ella sólo los que permanezcan en la sala con el mediador, pues comienza la fase de acogida. Ya expuse en el apartado anterior que esto obedece, por un lado a la confidencialidad de lo tratado y por otro a mantener la igualdad sin que haya desequilibrio de poder entre las partes.

Tras firmar tanto el mediador como la persona víctima el documento de consentimiento informado³⁶³, comienza la fase de acogida. Durante esa entrevista el mediador o mediadora deberá obtener la siguiente información:

- Edad
- Tiene antecedentes penales
- Ha estado alguna vez detenido
- Es la primera vez que sufre un delito
- Ha estado alguna vez en juicio
- Formación
- Trabajo
- Apoyo
- Historia social, familiar
- Sentimientos derivados de haber sufrido un delito
- Tienes miedo al acusado. Por qué
- Cómo cree que se siente el acusado
- Quiere conocer un poco la historia del acusado
- Miedos respecto del futuro
- Qué piensa de la justicia
- Si usted fuese el Juez qué haría con el acusado
- Qué ventajas ve en la mediación para usted
- Qué ventajas ve en la mediación para el acusado

Como se puede observar el esquema que se sigue en la entrevista con la persona víctima es idéntico al de la persona infractora, salvo tres cuestiones, las relativas al miedo personal y a la curiosidad por conocer la historia vital de su ofensor.

³⁶³ Se adjunta en el apartado de anexos.

Con las preguntas sobre las ventajas el mediador verifica que la persona víctima ha entendido los fines de este proceso y las consecuencias que puede generar en ambas partes. Con las cuestiones que se la hacen sobre la justicia se conoce la opinión que tiene sobre la misma. Cuando se le posiciona en el lugar del Juez se hace para ver la fórmula ideal por la que él o ella resolverían el conflicto. Con la pregunta sobre si quiere conocer la historia de la persona infractora el mediador va a cerciorarse sobre la existencia de estereotipos y sobre la capacidad de empatía que tiene la víctima. Según responda afirmativa o negativamente, esto puede augurar en cierta medida la facilidad o dificultad con la que se puede desarrollar el encuentro dialogado.

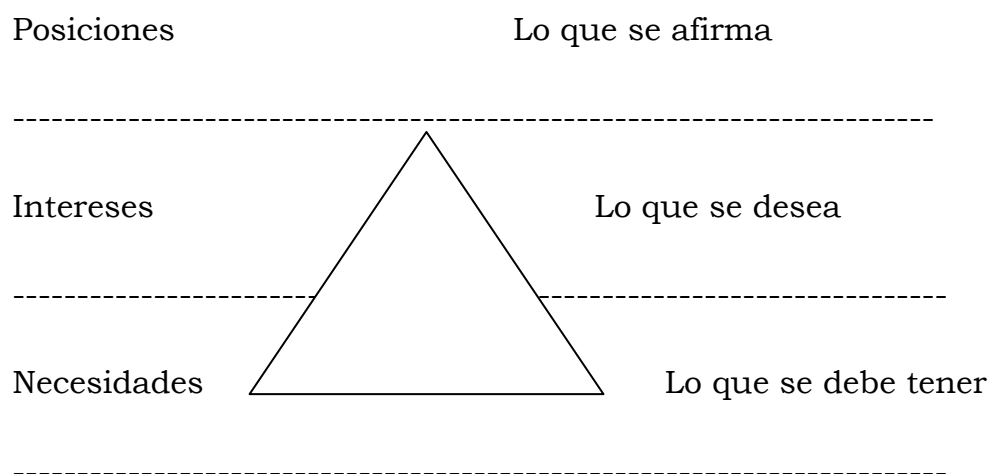
Respecto a los miedos se preguntan, para que en caso de que existan, se puedan trabajar a fondo para suprimirlos, de modo que la persona víctima pueda volver a encontrar la paz interior que perdió a consecuencia de sufrir el hecho delictivo.

Normalmente con cada una de las partes se suele hacer una sola entrevista individual, pero en algunos casos, se requiere hacer más de una sesión de fase de acogida. En ese caso, se realizarán las sesiones necesarias para preparar a las personas para enfrentarse cara a cara. En la práctica, suele suceder que la persona infractora requiere de una sola fase de acogida, mientras que las personas víctimas —sobre todo si se trata de delitos contra las personas— suelen necesitar al menos dos.

c) Técnicas empleadas en la fase de acogida con la persona infractora y la persona víctima

Tras las entrevistas individuales con cada una de las partes, la persona mediadora ya puede tener claro en mayor o menor medida cuál es la posición, el interés y la necesidad de la persona infractora y de la persona víctima, siendo necesario conocer estos tres factores para

reconducir el encuentro dialogado hacia el éxito. Esto lo podemos ver gráficamente en la denominada “pirámide de los intereses de Acland³⁶⁴”:



Lo primero que el mediador podrá captar de cada una de las partes será la posición. Es la punta del iceberg, es lo que la colectividad puede observar con claridad. Está relacionado con los sentimientos, creencia y valores de la persona y muestra lo que la persona cree que quiere³⁶⁵. Desde ahí y ahondando en la cuestión, llegaremos al terreno de los verdaderos intereses, íntimamente interconectados con el “por qué lo quiere” y adentrándonos más en el terreno de las emociones, las necesidades serán desveladas. Cuando se logra identificar con claridad lo que las personas necesitan, y el mediador así se lo hacer ver a cada una de las partes todo se hace más fácil. Cuando llegamos a las necesidades físicas y/o emocionales, que no han sido expresadas, todo se torna viable, puesto que hablamos de lo que la persona verdaderamente quiere y lo que se debe tener.

³⁶⁴ BIANCHI: *Mediación prejudicial y conciliación*, Zavalia, Buenos Aires, 1997, pág. 61.

³⁶⁵ NOVEL MARTÍ: *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido*, Colección de Mediación y resolución de conflictos, Reus, Madrid, 2010, pág. 40.

Para llevar a cabo estas entrevistas y obtener todos esos datos el mediador o mediadora puede recurrir a las siguientes técnicas³⁶⁶:

1º) El cambio de percepción:

Cuando la ciudadanía pensamos en un conflicto, en general tendemos a pensar en negativo. Estamos educados para evitar los conflictos, o esconderlos o negarlos, o en caso de tener que enfrentarnos a ellos, lo hacemos desde percepciones negativas. Como recoge ALZATE SÁEZ DE HEREDIA³⁶⁷ “la mayoría de nosotros nos acercamos al conflicto con una actitud negativa u opiniones que nos dicen que el conflicto es malo y que causa dolor, estrés, temor y relaciones amargas”, para añadir a continuación “las connotaciones negativas que tenemos sobre el conflicto son el resultado de mensajes que hemos recibido y asimilado de padres, profesores, compañeros, medios de comunicación, literatura y de nuestras propias experiencias”. Si bien es cierto que no todos los delitos parten de una situación de conflicto entre dos o más personas, sí se puede afirmar que una vez que se ha producido un hecho delictivo, los protagonistas del mismo –persona infractora y persona víctima– que no se conocían, ahora forman una nueva pareja en la va a subyacer un conflicto de cara a la posible resolución del mismo. Por este motivo, relaciono íntimamente delito y conflicto, siendo de vital importancia cambiar las percepciones que tienen tanto la persona infractora, como la persona víctima en torno al

³⁶⁶ Como ya he explicado en la introducción de esta tercera parte, voy a hacer una breve exposición sobre cada una de las técnicas que se pueden emplear en el ejercicio práctico de la mediación, pues no constituyen en su conjunto, el objeto de esta tesis, por lo que si el lector quisiera en ahondar en cada una de las técnicas deberá recurrir a libros, manuales o artículos sobre las mismas, y adelanto que es mucho lo que hay escrito sobre la materia, principalmente en el campo de la psicología.

³⁶⁷ ALZATE SÁEZ DE HEREDIA: “La dinámica del conflicto” en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Tecnos, Madrid, 2007, pág. 38.

conflicto que viven como consecuencia del hecho delictivo. Es labor del mediador que consigan transformar esta visión negativa en algo positivo, viviéndolo como oportunidad de cambio, una nueva opción para aprender sobre sí mismos y sobre los demás. Aquí estriba la gran diferencia entre la mediación y los otros mecanismos de resolución de conflictos (decisiones del juez, arbitraje, conciliación y negociación), puesto que éste constituye una experiencia educacional³⁶⁸. Para poder realizar el cambio de percepción en positivo el mediador deberá indagar acerca del modo en que se aproximan las partes al conflicto³⁶⁹. Con carácter general se puede decir que existen seis formas de comportarse ante los conflictos, las cuales pueden dar muchas pistas al mediador de cara a reconducir la fase de acogida por uno u otro camino, puesto que identificando el modo de afrontar el conflicto de cada una de las partes actuará en consecuencia, siendo esto determinante para la funcionalidad del proceso de mediación:

La evitación. Se trata de personas víctimas y/o personas infractoras que aceptan participar en la mediación con el fin de evitar el proceso penal. En el caso de las personas víctimas este comportamiento se observa en la renuncia que han hecho respecto al ofrecimiento de acciones realizado en la fase de instrucción –arts. 110 y ss del Código Penal-. Será tarea del mediador desvelar el por qué de este comportamiento. Las personas que desencadenan este comportamiento desean alcanzar los fines que se les plantea en la mediación, pero sin

³⁶⁸ NOVEL MARTÍ: *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido*, Colección de Mediación y resolución de conflictos, Reus, Madrid, 2010, pág. 22.

³⁶⁹ Los factores que influyen la percepción se clasifican en dos: los factores generales y los factores personales. Los primeros fueron estudiados por diferentes psicólogos de la terapia gestalt –Max Wertheimer, Wolfgang Köhler y Kurt Koffka-, incluyéndolos bajo la denominación de las “leyes de la percepción”. Los segundos factores guardan relación con el individuo en concreto, lo que hacen que varíen de una persona a otra. Son la experiencia, la personalidad, el estado afectivo, los deseos y la cultura.

tener que someterse a todo el proceso. Podemos decir, que están dispuestos a firmar el acta de reparación, sin tener que recorrer el camino que se abre con la mediación penal, pues lo único que desean es evitar todo lo relacionado con el conflicto. Con estas personas por tanto, el trabajo en la fase de acogida se centrará en suprimir miedos e inseguridades, fortaleciendo las capacidades personales y generando mucha confianza en sí mismo y en el proceso de mediación en sí. Por supuesto que si la evitación llegase a un extremo muy intenso en el que pudiese comprometer la voluntariedad, el proceso no se llevaría a cabo. Este tipo de comportamiento ante el conflicto suele darse en víctimas de delitos en los que ha habido violencia o intimidación o en los que ha habido intromisión en su vida privada —robo en casa habitada por ejemplo—, debido al miedo que tienen a la persona infractora y a las consecuencias que se puedan generar por su comportamiento.

La negación: sobre todo se da en faltas o en delitos recíprocos y de ámbito familiar o vecinal. Cuando hablo de recíproco me refiero a personas que concurren en el proceso penal desde las dos perspectivas: desde la posición de víctima y de infractor, o desde la posición de denunciante y denunciado. En estos casos, las personas tienden a negar que exista un conflicto que deba resolverse, pues sólo se sienten víctimas. Se acercan al proceso de mediación para que todo se resuelva con rapidez y evitar así un juicio ordinario, pero niegan que exista un conflicto de fondo que es lo que desencadena el hecho delictivo. Se trata de personas que se niegan a sí mismos el reconocimiento de muchos sentimientos asociados a los conflictos. Por tanto, con este tipo de personas habrá que hacer un trabajo especialmente intenso en la identificación y reconocimiento de sentimientos, de cara también a prepararlos para expresarlos en la fase de encuentro dialogado.

La acomodación: se trata de un comportamiento que llevan a cabo las personas que consideran que es más fácil estar conformes con lo

que se disponga o acuerde que no estarlo. Se dejan llevar y dicen que sí a todo, pero nunca proponen nada. Todo les parece bien. El mediador en estos casos deberá cerciorarse de si está con una persona que afronte los conflictos de este modo con el fin de dilucidar si se trata de una persona que realmente consiente porque es lo que verdaderamente quiere, o si lo hace, por acomodarse o adaptarse a la situación en cada momento.

La confrontación: se trata de una actitud en la que no se pierde ninguna oportunidad para confrontar con quienes tengan delante. Las personas que manifiestan este tipo de comportamiento ante los aprietos suelen encontrar motivos para enfrentarse a todo y a todos, y tienden a ver el conflicto como un asunto de “pérdida o ganancia”³⁷⁰, considerando que sólo uno está en poder de la verdad única e incuestionable, incurriendo la parte contraria en el error más absoluto. Su posición suele ser muy pasional e inamovible, llegando en algunos extremos a mostrar comportamientos irrespetuosos con las partes contrarias. Ante las personas que muestren este tipo de aproximación al conflicto, el o la mediadora debe hacer un trabajo previo hasta esclarecer el verdadero motivo de enfado que le provoca esa actitud. Suele ser una postura muy infrecuente en la mediación, y será el mediador el que deba ponderar si conviene o no continuar con el proceso de mediación.

El abuso de posición: este tipo de comportamiento lo podemos encontrar en personas que han de mantener una relación futura tras la comisión o el sufrimiento de la acción u omisión delictiva. Aprovechan su posición para legitimar su abuso. Por ejemplo, una persona víctima

³⁷⁰ ALZATE SÁEZ DE HEREDIA: “La dinámica del conflicto” en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Tecnos, Madrid, 2007, pág.52.

que aproveche la culpabilidad del autor para pedir un acuerdo desmesuradamente exagerado, o un infractor o infractora que abuse de su posición de poder frente a la persona víctima. Esta forma de aproximarse al conflicto, junto con la anterior, dificultan especialmente el restablecimiento de la comunicación entre las partes y la búsqueda de acuerdos que les satisfagan.

La solución: esta es la fórmula ideal para aproximarse a un conflicto. En esta postura las personas viven el conflicto como una oportunidad de aprendizaje y de crecimiento. Tienen la mente muy abierta a la comunicación, a la autocrítica y a la imaginación para proponer diferentes soluciones al problema que viven. Esta forma de entender el conflicto y de enfrentarse a él es la ideal. Por ello, el o la mediadora deberá hacer un trabajo previo en la fase de información y acogida para llevar a cada una de las partes a este terreno, haciéndoles salir de su posición para situarse en el plano del solucionador, a través del cambio de percepción.

A parte de tener en cuenta el modo en que las partes se enfrentan al conflicto es indispensable que el mediador sea capaz de encuadrar el estado del conflicto en función de su intensidad en el tiempo. Según URY el conflicto tiene tres estados posibles –estado de latencia, estado emergente y estado de escala sostenida– “por lo que tenemos tres oportunidades para canalizar el impulso vertical del conflicto que lleva a la destrucción y convertirlo en un impulso horizontal que conduce al cambio constructivo³⁷¹”. Esto trasladado al ámbito de la mediación penal exige al mediador reconocer en qué estado de los tres posibles se encuentra el conflicto en el momento de comenzar el proceso de mediación, para actuar de uno u otro modo:

³⁷¹ URY: *Alcanzar la paz: resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2005.

Estado de latencia: hay intereses contrapuestos entre las partes y aparecen diferencias por las diferentes versiones de los hechos, pero no se aprecia la existencia de un conflicto de cara a llegar a un acuerdo. Es el momento de prevenir, centrándose en los intereses de las partes y en las posibilidades reales de cumplimiento del acuerdo. Suele darse en delitos en los que ninguna de las partes se conocía, por tanto no había una relación previa, ni ha de haberla tras la sentencia. Suelen ser delitos en los que no ha habido violencia ni intimidación en las personas.

Estado emergente: cuando se declara el conflicto abiertamente y comienzan a manifestarse actitudes que muestran la intensificación del antagonismo. Es el momento de adentrarse en el fondo del conflicto para resolverlo. Suele darse en los denominados delitos recíprocos (ya he explicado anteriormente que con esta expresión me refiero a aquellos delitos en los que ambas partes concurren en calidad de infractores y de víctimas), en los que no existía relación previa, ni ha de haberla tras la sentencia. Me refiero a delitos de daños y/o de lesiones o amenazas mutuas. También se da este estado en delitos no recíprocos en los que ha habido violencia o intimidación en las personas sin que existiese relación previa, sobre todo por las diferentes versiones de los hechos que suelen ofrecer cada una de las partes.

Estado de escala sostenida: se trata de situaciones que van intensificando su escalada de violencia verbal o física. Es el momento urgente de contener el conflicto para que no llegue a traspasar el umbral destructivo. Se trata de delitos de daños, lesiones, amenazas, o faltas de vejaciones injustas, etc., que son producidas con motivo de la convivencia. Un ejemplo lo vemos en las comunidades de vecinos, en las parejas, en las familias, o en la convivencia entre presos.

2º) Escucha activa:

Se trata de una de las herramientas más importantes en el proceso de mediación que a su vez incluye muchas otras micro técnicas (parafraseo, reformulación, reflejo, asertividad, etc.). Se emplea durante todo el proceso simultaneándola con el resto de técnicas –desde la fase de información hasta la fase de acuerdos– con el fin de “sintonizar” con el interlocutor, demostrándole la sincera calidad en la disposición para atenderle. El calificativo de “activa” marca la diferencia con la escucha que podemos hacer casi todos los mortales. La escucha activa supone captar no sólo los mensajes que nos transmite el interlocutor por medio de sus palabras, sino a través de sus gestos, miradas, posturas, etc. Como muy claramente describe ESTEBAN SOTO³⁷², se pueden observar dos fases en la aplicación práctica de esta pericia. Por un lado está la fase de captaciones del lenguaje verbal y del lenguaje no verbal que se expresa por medio de los gestos (bruscos, suaves, sonoros, silenciosos, etc.), el tono y el volumen de la voz, la enfatización de algunas palabras o frases, las posturas (relajadas, tensas, de cansancio, de prisas, de nervios, etc.) y por otro el denominado feed-back, que se ejerce a través de la comunicación verbal –mediante el empleo de otras técnicas que estudiaremos a continuación– y la comunicación no verbal que acabo de referenciar.

El mediador a través del lenguaje no verbal podrá descubrir en muchos de los casos las emociones de la persona que tiene delante, lo que le permitirá trabajar sobre las mismas desde la confianza que le va a generar en cada una de las partes que el mediador conozca de antemano y sin necesidad de habérselo expresado parte de sus

³⁷² ESTEBAN SOTO: “La comunicación: su utilidad y poder en el proceso de mediación” en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Tecnos, Madrid, 2007, pág. 77.

sentimientos. Las muestras que ofrece el lenguaje no verbal se pueden sintetizar en tres grandes bloques³⁷³:

PROXÉMICAS	KINÉSICAS	PARALINGÜÍSTICAS
Distancia utilizada por las partes respecto al mediador y a la otra parte, siendo la ideal la distancia personal ³⁷⁴ .	Movimientos corporales de las partes a través de los gestos faciales y manuales.	Señales que emiten las partes para indicar el interés por el proceso en el que están participando, mediante el empleo de sonidos como “mmm”, “ajá”, etc.
Puede deberse al tipo de relación con la otra persona y a factores culturales.	El contacto visual.	Aliño y vestimenta de cada una de las partes.
	Las posturas empleadas durante el desarrollo del proceso.	El tono de la voz.
		El volumen de la voz.
		El silencio.

Observando estos tres parámetros, el mediador puede dilucidar muchas de las cuestiones controvertidas para las partes, sus miedos, sus deseos, sus necesidades, sus intenciones, etc., y a su vez mediante el empleo de esta técnica demostramos un verdadero interés por lo que la persona nos está contando. Su uso es vital para ganarse la confianza de la persona infractora y de la persona víctima y mantenerla a lo largo del proceso. Mediante su uso el mediador o mediadora conseguirá entre otras:

³⁷³ Conceptos descritos por Hall en el año 1973 y que plasma NOVEL MARTÍ, en *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido*, Colección de mediación y resolución de conflictos, Reus, Madrid, 2010, pág. 139 y ss.

³⁷⁴ NOVEL MARTÍ nos recuerda en *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido*, Colección de mediación y resolución de conflictos, Reus, Madrid, 2010, pág. 140 y s., basándose nuevamente en las manifestaciones de Hall, que existen cuatro tipos de distancias principales de las cuales se pueden extraer valoraciones interesantes: 1ª) distancia íntima: el contacto físico está a 45 cms de distancias entre las partes. 2ª) distancia personal: de 45 a 125 cms. 3ª) distancia social: son de 1,20 a 2,10 metros los que separan a las partes. 4ª) distancia pública: de 3,60 a 7,50 metros o más.

- Crear un espacio de comunicación
- Motivar la expresión verbal de los hechos
- Motivar la expresión verbal de los sentimientos
- Reducir la tensión
- Fomentar la cooperación con todos los interlocutores
- Hacer importante a la persona que tiene enfrente.

Como vemos la escucha activa se utiliza para crear un clima cálido y lleno de confianza que propicie la exposición y análisis de los sentimientos de las partes por separada y en conjunto. WATZLAWICK, HELMICK y JACKSON³⁷⁵ aportan unas claves en su “Teoría de la comunicación humana” respecto al modo en que se debe llevarla a cabo:

- Reformulación del mensaje que transmiten el infractor y la víctima utilizando otras palabras o expresiones, empleando una connotación positiva.
- Repetición de lo que ha dicho cada una de las partes para que puedan verificar que se está escuchando atentamente lo que manifiestan.
- Reconocimiento de los sentimientos percibidos y no expresados. A esto actualmente se le denomina el “reflejo”.
- Invitación a seguir hablando.
- Nunca interrumpir, juzgar, plantear soluciones prematuras, rechazar sentimientos, contar nuestra propia historia y hacer de expertos.

3º) Empatía:

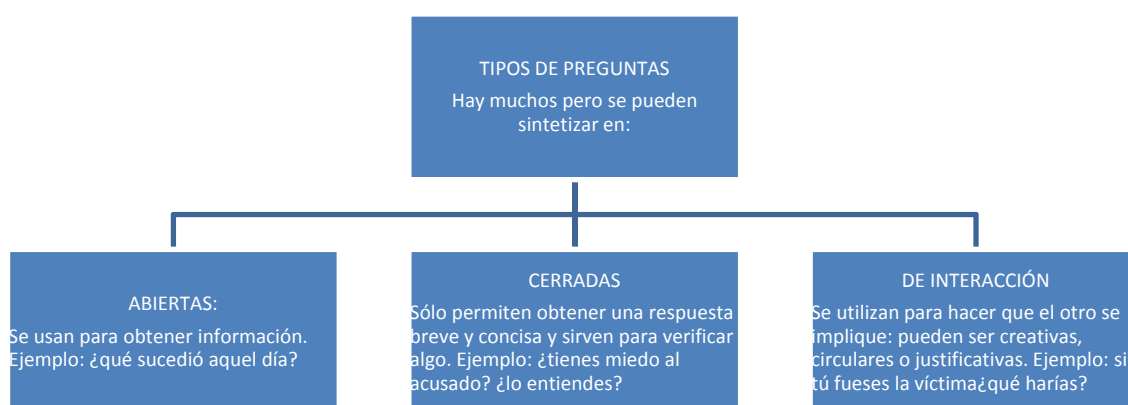
³⁷⁵ WATZLAWICK; HELMICK BEAVIN y JACKSON: *Teoría de la comunicación humana, interacciones, patologías y paradojas*, 5ª ed., Herder, Barcelona, 1985, pág. 143.

Mediante el empleo de esta técnica el mediador/a mostrará la capacidad que tiene para conectar con la persona infractora y la persona víctima, con sus circunstancias, problemas, dificultades, miedos, deseos, etc., poniéndose en su lugar, pero sin perder en ninguno de los casos la objetividad. Para que se pueda ver con claridad y para diferenciarla de la simpatía y de la antipatía, ilustro esta técnica con un gráfico:

LA EMPATÍA	LA SIMPATÍA	LA ANTIPATÍA
Supone conectar con el comportamiento del otro sin que suponga su aprobación. Conducta que lleva a cabo la persona mediadora.	Supone convertirse en el otro, aprobando todo lo que ha generado su conducta Lo suelen hacer los familiares y allegados.	Supone desinteresarse por todo lo del otro. Este comportamiento suele verse con frecuencia en el personal de administración de justicia.

4º) Técnica de preguntas:

Por medio de las preguntas se consiguen muchos fines, como identificar los sentimientos, descubrir las necesidades y los miedos, conocer las expectativas y un largo etcétera. Los tipos de preguntas se pueden sintetizar en tres bloques:



Su correcta formulación acertada en el tiempo puede conducir el proceso de mediación hacia el éxito o al fracaso. En el primero de los casos a través de la denominada “pregunta milagro” lograremos avanzar en muchos aspectos (emocionales, prácticos y jurídicos), mientras que en el segundo, el uso inadecuado de una pregunta (bien por exceso de repetición, o exceso de conocimiento o por generar sentimientos negativos en una de las partes a través de las preguntas), nos conduce a lo que personalmente denomino “pregunta fracaso”, la cual supone que alguna de las partes abandonase el proceso.

Por tanto, un uso equilibrado por parte del mediador de esta técnica en comunión con otras, puede suponer un gran y necesario avance en el proceso de mediación.

5º) Normalización:

Supone regularizar el comportamiento que se ha llevado a cabo, así como normalizar las emociones sentidas como consecuencia del hecho delictivo, de tal modo que la persona pueda comprender que el resto de personas también viven los acontecimientos del mismo modo, sintiendo exactamente lo mismo. Esto que puede parecer algo irracional, es realmente trascendental. Cuando las personas creen que su problema es único, sólo ven soluciones concretas. Ello genera resistencia al cambio, por miedo. Cuando vemos que el conflicto es normal, común y que le ocurre al resto de la gente, la tranquilidad que ello genera nos abre a la posibilidad de visualizar el cambio y la solución como algo normal dentro de la dinámica de la vida. Informar a las partes de que por esta experiencia ya han pasado más personas les tranquiliza, y anunciarles los acuerdos a los que se ha llegado en otros casos les

ayuda a tomar una determinación³⁷⁶. A esta técnica también se le identifica con la denominación de “generalizaciones”.

6º) Reconducción:

Cuando en el desarrollo de las sesiones individuales o conjuntas se ha perdido la referencia de los que les ha traído a la mediación, o en el relato de hechos traen a colación temas que no guardan ningún tipo de concordancia con el tema que se está abordando, es necesario recurrir a esta técnica por medio de la cual volvemos a llevar a la persona al marco del conflicto suscitado con motivo de la falta o el delito, de tal manera que no pierda tiempo en materias innecesarias para el proceso y para las partes. En el ámbito de la mediación penal se suele utilizar esta técnica en conflictos vecinales o de familia, pues muchos de éstos son tan antiguos en el tiempo que las partes se remontan a cuestiones baladíes. La duración de la entrevista individual depende en gran medida de las partes, pero suelen tener una duración aproximada de una hora u hora y media. No es aconsejable alargar las entrevistas más allá de esa duración, con relatos e información innecesaria, por lo que el uso de esta técnica será muy imperioso cuando una de las entrevistas se esté demorando por narraciones que no guardan relación con los hechos que les han traído la mediación.

7º) El enfoque hacia el futuro:

Se trata de centrar la conversación en lo que quieren hacer, no en lo que hicieron. Cuando las partes se centran en lo que uno hizo o dejó de hacer, se pueden cerrar las posibilidades de acuerdo porque emergen emociones negativas que eclipsan las salidas racionales. Por tanto,

³⁷⁶ RÍOS MARTÍN, PASCUAL RODRÍGUEZ, BIBIANO GUILLÉN y SEGOVIA BERNABÉ: *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 126.

construir hacia futuro es una clave de salida cuando las negociaciones se atascan. Es importante utilizar un lenguaje sin hostilidad para ayudar a salir de posiciones rígidas, mostrar satisfacción por la marcha de la sesión, controlar la liberación de tensión delante del mediador, clarificar las necesidades de las partes, generar confianza en el proceso y sugerir propuestas que eviten la apariencia de la derrota.

8º) El resumen estratégico:

Consiste en haber un breve resumen de todas las cuestiones positivas que se están dando con motivo del proceso, agradeciendo la participación, valorando la valentía por someterse al mismo, devolviendo todo lo positivo que han logrado plasmar y que pueden llegar a conseguir.

9º) La revalorización (empowerment³⁷⁷).

Esta técnica se emplea con la finalidad de que cada una de las partes fortalezca su propia conciencia de todo lo que pueden y son capaces de hacer. Se trata de devolver a las personas implicadas el poder y protagonismo que tienen vedado en el procedimiento ordinario y la responsabilidad en el problema o en el conflicto que les ha unido en lo que denominamos la “pareja procesal”. Podemos decir que hay revalorización cuando las partes:

- Comprenden más claramente qué es lo que les importa y por qué.
- Reconocen sus propios intereses, el porqué los persiguen y el porqué merecen ser considerados.

³⁷⁷ Término acuñado en la Conferencia Mundial de las Mujeres en Beijing (Pekín) en 1995 para referirse al aumento de la participación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones y acceso al poder.

- Comprenden que hay muchas opciones para proteger sus intereses y que además pueden tener control sobre ellas.
- Comprenden que pueden elegir qué hacer en la situación concreta.
- Comprenden que pueden quedarse o no en la mediación.
- Sienten que sus habilidades para afrontar y solucionar conflictos han aumentado.
- Sienten que pueden escuchar mejor, comunicarse, ordenar, analizar y evaluar las opciones ante un conflicto.
- Toman conciencia de que tienen recursos para el afrontamiento y solución de problemas.
- Entienden que cada uno tiene algo valioso para el otro y que ellos mismos son suficientes para inventar opciones nuevas.
- Son capaces de reflexionar, deliberar y tomar decisiones acerca de sí mismas y de las distintas situaciones conflictivas que surjan de la interacción con otras personas.
- Son capaces de evaluar la consistencia o debilidad de sus argumentos así como las ventajas y desventajas de llegar o no a acuerdos.

Esta técnica responde al objetivo último de la mediación penal, esto es, validar y sustituir los valores impositivos del proceso ordinario por los basados en el respeto. Esta técnica se emplea fundamentalmente en mediaciones en las que ambas partes concurren como denunciante y denunciado.

Ejemplos:

- “Antes decías que en este espacio de los juzgados nadie te escucha ni te pregunta lo que quieres, y tienes la sensación de que no puedes elegir, sin embargo, ahora hablamos de que tú tienes aquí la posibilidad de cambiar el procedimiento normal, puedes decidir si lo haces o no, porque al final sólo depende de lo que tú quieras”

- “A pesar de no querer encontrarte con tu vecino, me dices que os habéis cruzado y os habéis saludado, algo que no habíais hecho desde antes de pelearos ¿crees que sólo ha dependido de él o que tú también has tenido algo que ver?”

Cuándo se utiliza:

- Cuando alguna de las partes dude de lo que la mediación le puede aportar.
- Cuando está muy presente en la vida de la persona la sensación de incontrolabilidad, de haberse sentido siempre arrastrado y no haber tenido elección (especialmente en el caso de personas que ya han acudido a varios juicios de faltas con motivo del conflicto. Ejemplo: disputas vecinales o de incumplimientos de convenio regulador.
- Cuando se percibe un alto rechazo a los procedimientos judiciales.
- Cuando parece que esa persona se halla en un proceso de “reconstrucción o reencuentro”, de forma que se muestra abierto a nuevos comportamientos y actitudes relacionados con los valores que conforman la filosofía de la mediación.

Todas estas técnicas son las que se pueden emplear en la entrevista individual con cada una de las partes. El uso de cada una de ellas depende del mediador y de las partes y el conflicto. En algunos casos se deberán utilizar todas y en otros no. El orden en que deben manejarse nunca se puede establecer, porque cada persona, cada conflicto y cada mediador hacen que el proceso sea siempre diferente. Sólo hay una cosa que no cambia nunca: el empleo de la escucha activa (y todo lo que ello conlleva), que debe estar presente a lo largo de todo el proceso, siendo por tanto, la técnica o herramienta más importante y necesaria del todo el procedimiento de mediación.

d) Estudio de la contención de la crisis en las entrevistas individuales en el proceso de mediación

Tanto en las entrevistas individuales, como en las conjuntas en las que están presentes las dos partes, puede ocurrir que una de las personas que está participando en el proceso entre en situación de crisis, en mayor o menor intensidad, siendo substancial que el mediador independientemente de la formación de base que tenga sepa afrontar la situación y resolverla de manera adecuada. Es elemental diferenciar entre contención de crisis con la persona infractora, y contención de crisis con la persona víctima, pues el tratamiento de una y otra, al igual que sus posiciones en el proceso son disímiles e incomparables.

e) Contención de crisis en la fase de acogida de la entrevista individual con la persona infractora

Uno de los objetivos de la primera entrevista mantenida con la persona infractora es informarle sobre su situación legal y procesal –si su causa está en fase de instrucción, de enjuiciamiento o de ejecución-, sobre la filosofía y fines de la mediación –iniciar o restablecer el diálogo entre las partes, dar protagonismo a las partes en la resolución del conflicto, acercar más la justicia a los ciudadanos, responsabilizarse de las conductas, reparar el daño generado, ser reparado moral y materialmente y la posibilidad de obtener beneficios penológicos-, sobre las reglas de la mediación –confidencialidad, gratuidad, neutralidad e imparcialidad por parte de los mediadores– y hacerle conocer las ventajas y desventajas del proceso de mediación, a fin de que pueda decidir con absoluta libertad su participación en el programa. Cuando la persona da su consentimiento, comienza la entrevista más íntima a la

que hemos denominado “fase de acogida³⁷⁸”. Para ello, el mediador debe crear un entorno agradable llevando a cabo la reunión en un lugar cálido y neutral, a poder ser con una mesa redonda que iguale las posiciones y favorezca el diálogo, mostrándose cercano y accesible. Durante esta entrevista, tal y como hemos visto anteriormente la persona infractora ha de proporcionar una serie de datos relacionados con el hecho delictivo, su situación vital antes y después del delito —su posición laboral, familiar y social—, la responsabilidad que asume —si entiende el daño que ha generado, o si por el contrario justifica su conducta siendo por tanto inmerecedor de un reproche penal—, la capacidad de reparar que tiene —si es solvente o insolvente, el tiempo del que dispone y los medios de que dispone—, la posibilidad de enfrentarse con su víctima, las posibilidades de aprendizaje respecto del proceso de mediación —si desea extraer conclusiones positivas para su persona, o si le mueven únicamente fines utilitaristas—, etc. Todo este vertido de acontecimientos, sucesos y sentimientos, le puede generar al sujeto participante desencadenar una crisis. Con el fin de identificar si la persona está entrando en dicho estado, el mediador debe prestar especial atención a los siguientes aspectos:

Aspectos de carácter cognitivo:

- Minimizan el daño ocasionado por su conducta

³⁷⁸ Acuñamos este término en la experiencia pionera de mediación penitenciaria llevada a cabo por la Asociación de Mediación y pacificación de conflictos de Madrid en el Centro Penitenciario de Madrid III –Valdemoro– en el año 2005, queriendo bajo esta terminología diferenciarla de una entrevista individual “normal y corriente” y de una sesión de terapia, precisamente porque es una entrevista que nada tiene que ver con éstas dos. Esta denominación que felizmente es usada por muchos de los prácticos en mediación penal y penitenciaria y que por tanto se ha ido extendiendo, queda plasmada en un texto por primera vez en la obra de RÍOS MARTÍN, PASCUAL RODRÍGUEZ y BIBIANO GUILLÉN: *La mediación penitenciaria. Reducir violencias en el sistema carcelario*, Colex, Madrid, 1ª ed., 2005, pág. 35.

- Creen que la víctima y la sociedad son responsables de su conducta
- Niegan datos sobre la mecánica comisiva u omisiva de su conducta
- Idealizan sus valores
- Tienen cogniciones poco ajustadas a la realidad
- Creen en la adaptación del abuso
- Piensan en el futuro en términos negativos
- Autodesvalorizan sus capacidades
- Evaden responsabilidades.
- Aspectos de carácter comportamental:
 - Aislamiento
 - Apatía
 - Indecisión
 - Hiperexigencia con el resto de la gente
 - Infantilización de la conducta
 - Justificación continua y desmedida
 - Trastornos del sueño
 - Violencia en sus respuestas
 - Lenguaje no verbal desafiante y violento

Aspectos psicodinámicos:

- Reiteración de sentimientos, tales como: miedo, terror, angustia.
- Hipersensibilidad
- Dificultad para contar los propios sentimientos
- Frustración
- Corte o control excesivo de emociones
- Sentimiento de impotencia
- Sentimiento constante de vergüenza y culpa
- Ambivalencia

- Soledad
- Enfado
- Insatisfacción
- Nerviosismo
- Sentirse víctima
- Temer por el futuro.

Aspectos interaccionales:

- Aislamiento social
- Agresión
- Desplazamiento del objeto odiado
- Timidez para relacionarse
- Anulación personal

Hemos de tener en cuenta que estos aspectos referidos en las líneas anteriores los desencadenamos la totalidad de los seres humanos en diversas ocasiones, y ante diferentes contextos. Son por tanto, comportamientos humanos normales y comunes, que el mediador observará en todas las personas infractoras con las que mantenga una fase de acogida, el problema se suscita, cuando todos esos factores expuestos se muestran de manera desproporcionada y continúa. En estos casos, el lenguaje no verbal suele ir unido a estos comportamientos, pudiendo observar en el sujeto que está entrando en crisis los siguientes signos físicos:

- Sudoración
- Palpitación
- Tensión corporal
- Agitación corporal
- Enrojecimiento facial
- Tono elevado de la voz

- Cruces de brazos
- Invasión del campo de seguridad de la otra parte
- Llanto
- Tiritona
- Semblante pálido
- Tartamudeo
- Ansiedad
- Hiperventilación

Ante estos comportamientos cognitivos conductuales, mentales y físicos, el mediador debe intervenir de la siguiente manera:

1º) Desplegar las técnicas de mediación: técnica de preguntas, reencuadre, enfoque hacia el futuro, normalización, empatía, escucha activa, etc.

Si con las técnicas de mediación, el sujeto no reacciona y sigue mostrándose en crisis:

1º.— Recordaremos la privacidad del proceso mediatorio, brindando a la parte que se expone en su relato, sin que se sienta observado ni escuchado por otros, preservando así seguridad.

2º.— Receptabilizaremos prestando singular atención al relato doloroso de la persona.

3º.— Generaremos credibilidad, pues es muy importante la actitud de confianza por parte del mediador sobre lo que va narrando la persona.

4º.— Si los síntomas de la crisis son de carácter físico, paralizaremos la sesión, abriremos ventanas, proporcionaremos agua, o pañuelos o caramelos, según convenga. Por esta razón, el espacio físico

en el que se lleva a cabo la mediación debe estar dotado de todos estos medios.

5°.— Si la persona comienza a hiperventilar –demandar más oxígeno que el necesario— le sugeriremos que se tape la nariz, para ir regulando la demanda del mismo.

6°.— Si la crisis es muy aguda, paralizaremos la sesión, e invitaremos a la parte a que de un paseo y reanudaremos al cabo de media hora, o invitaremos a la persona a continuar otro día.

7°.— Proporcionaremos a la persona un test en el que solamente deberá tachar con una x la respuesta. Por ejemplo, si se atasca en el tema de los sentimientos generados por el delito, le proporcionaremos una hoja con varias opciones, así la persona sólo tendrá que tachar, y observará que existen diversas posibilidades, normalizando así sus sentimientos, no siendo necesario que los cite en voz alta.

8°.— Si los síntomas físicos son muy fuertes, llamaremos a los servicios médicos para que sean ellos los que resuelvan la situación.

f) Contención de crisis en la entrevista individual con la persona víctima

Al igual que sucede en la entrevista con la persona infractora, los objetivos de la primera entrevista con la persona víctima son: informarle sobre la situación legal y procesal en que se encuentra la causa en la que ella figura como testigo víctima –si la causa está en fase de instrucción, de enjuiciamiento o de ejecución, si está personada como acusación particular, si dijo que sí al ofrecimiento de acciones del art. 110 del Código Penal, si ha aportado facturas a la causa para que valoren los peritos tasadores sus daños, o informe médicos, etc.-, sobre la filosofía y fines de la mediación –iniciar o restablecer el diálogo entre las partes (esto se da en el caso de delitos o faltas de temas vecinales,

familiares o laborales), dar protagonismo a las partes en la resolución del conflicto, acercar más la justicia a los ciudadanos, ser reparado moral y materialmente-, sobre las reglas de la mediación –confidencialidad, gratuidad, neutralidad y objetividad por parte de los mediadores– y hacerle conocer las ventajas y desventajas del proceso de mediación, a fin de que pueda decidir con absoluta libertad su participación en el programa. Cuando la persona da su consentimiento, comenzará la entrevista personal. Al igual que sucede con la persona infractora, el mediador creará un entorno agradable llevando a cabo la entrevista en un lugar cálido y neutral, con una mesa redonda que iguale las posiciones y favorezca el diálogo, mostrándose cercano y accesible. Durante esta entrevista, la persona víctima ha de proporcionar una serie de datos relacionados con el hecho delictivo – qué sucedió, vio y supo-, su situación vital antes y después de sufrir el delito –su posición laboral, familiar y social-, los sentimientos generados por el delito –si tiene miedo, si justifica la conducta del autor, si considera que propició la comisión del delito, etc.-, la forma de reparación que aceptaría, la posibilidad de enfrentarse con su agresor, las posibilidades de aprendizaje respecto del proceso de mediación. Como sucede con la persona infractora, el vertido de acontecimientos, sucesos y sentimientos, le puede generar al sujeto participante que desencadene también una crisis. Para saber si la persona víctima está entrando en fase de crisis, hemos de estar atentos a los siguientes aspectos:

Aspectos de carácter cognitivo:

- Exageran la violencia
- No creen en las posibilidades de cambio del infractor
- Exageran datos sobre la mecánica comisiva u omisiva de la conducta delictiva
- Tienen cogniciones poco ajustadas a la realidad

- Piensan en el futuro en términos negativos y desesperanzadores
- Desvalorizan las capacidades del infractor
- Evaden responsabilidades

Aspectos de carácter comportamental:

- Aislamiento
- Apatía
- Indecisión
- Sobreprotección del infractor
- Hipere exigencia con el mediador, y la administración de justicia
- Justificación continua y desmedida
- Petición de castigos desproporcionados
- Trastornos del sueño
- Violencia en sus respuesta
- Miedo
- Lenguaje no verbal temeroso y desconfiado
- Comportamiento ansioso
- Tendencia a comunicar en exceso
- Abandono de actividades
- Realización de conductas no asertivas
- Traslado del miedo a su familia
- Síntomas del síndrome de estrés postraumático: trastornos de apetito, fatiga, hipersensibilización, irritabilidad, letargo, estado de ánimo cambiante, pesadillas, fobias, desorganización del pensamiento.

Aspectos psicodinámicos:

- Reiteración de sentimientos, tales como: miedo, terror, angustia.
- Hipersensibilidad
- Frustración

- Corte o control excesivo de emociones
- Sentimiento de impotencia
- Sentimiento constante de vergüenza
- Ambivalencia
- Soledad
- Enfado
- Insatisfacción
- Nerviosismo
- Sentirse víctima sin posibilidad de cambio
- Temer por el futuro.
- Aspectos interaccionales:
- Aislamiento social
- Desplazamiento del objeto odiado
- Timidez para relacionarse
- Anulación personal

Al igual que sucede en el supuesto de crisis con la persona infractora, debemos tener en cuenta que se trata de comportamientos humanos normales y comunes, el problema se suscita, como decíamos en líneas anteriores cuando se desencadenan de manera desproporcionada y continúa. En estos casos, el lenguaje no verbal suele ir unido a estos comportamientos, no entrando en más detalle, puesto que se trata de los mismos signos externos que hemos enunciado en el apartado de la persona infractora.

Ante estos comportamientos cognitivos conductuales, mentales y físicos, el mediador debe intervenir de la misma manera que lo haría si la persona que entrase en crisis fuese el infractor/a, por lo tanto aplicaría los mismos métodos que en el apartado anterior. Los mecanismos de actuación, como vemos, son semejantes para las dos situaciones, lo único que difiere, son los síntomas.

Lo que sí merece la pena destacar, es que es más probable que entre en crisis la persona víctima que la persona infractora, pues aquella en algunos casos está instalada en el miedo al infractor, lo que provoca cierta ansiedad, mientras que el infractor, de tener algún miedo, es más hacia el castigo que hacia las personas, lo que hace que el encuentro conjunto en la mediación, le provoque más vergüenza que miedo.

Si como mediadores observamos que alguno de los intervinientes en el proceso de mediación no está en condiciones de someterse al proceso, bien porque observemos un deterioro que le afecte a las capacidades volitivas y/o intelectivas, o bien porque muestre síntomas de padecer un trastorno, debemos suspender el proceso de mediación sin posibilidad de continuación, pues esto le puede afectar a la voluntariedad con la que se debe empezar la mediación, pudiendo además desencadenar un episodio de crisis que no sabremos controlar, pues eso se escapa a todas luces, de la capacidad del mediador, debiendo derivar a estas personas a otro tipo de recurso o servicio.

Igualmente debemos actuar, con la paralización del proceso de mediación, cuando la persona interviniente —bien sea el infractor o infractora o la víctima—, acuda a las sesiones con síntomas de encontrarse bajo los efectos de sustancias psicotrópicas, drogas tóxicas o alcohol, pues seguir la entrevista individual o la conjunta, con una persona que presente estos síntomas, desembocaría, en la mayor parte de los casos, en una crisis, agravando más aún, el sentimiento que trajese la otra parte a la sesión.

Por tanto, tan importante es que el mediador sepa reconducir la sesión hacia el éxito, como paralizarla antes de que llegue a ser un verdadero fracaso, que empeore más aún la situación previa a la mediación.

4. La fase de encuentro dialogado

Es la tercera fase del proceso de mediación penal (recordemos que la primera es la fase de contacto y la segunda es la fase de acogida). Se lleva a cabo tras las entrevistas individuales con cada una de las partes³⁷⁹. Consiste en la entrevista conjunta con las personas enfrentadas por la falta o el delito, denominadas víctima y acusada, o denunciante y denunciada, respectivamente, por la que, tras una negociación, se llegará a la toma de acuerdos que, posteriormente se elevarán al Juzgado competente, que es el que derivó el asunto a mediación. A esta fase se llega sólo si las dos partes han dado su consentimiento expreso e inequívoco de encontrarse cara a cara en el mismo espacio, y por supuesto siempre y cuando el mediador o mediadora lo considere beneficioso y fructífero para ambas tras haber realizado con cada una de ellas la reunión individual de la fase de acogida. Esta fase puede durar una o varias sesiones, según la complejidad del caso, la situación emocional de las partes o el número de víctimas. Se aplican las técnicas de la mediación controlando los niveles de tensión, asegurando a las partes el uso de la palabra, aclarando opiniones, resumiendo y traduciendo las mismas. Se trata de la fase más compleja de todo el proceso mediatorio por el contenido emocional que supone para ambas partes encontrarse cara a cara con el infractor o con la víctima.

³⁷⁹ Este término se emplea por vez primera en la experiencia de mediación penitenciaria llevada a cabo en el Centro Penitenciario de Madrid III –Valdemoro-, queriendo bajo esta terminología diferenciarla de una negociación. Este término que felizmente es usado por muchos de los prácticos en mediación penal y penitenciaria y que por tanto se ha ido extendiendo, queda recogido por primera vez en el texto de RÍOS MARTÍN, PASCUAL RODRÍGUEZ y BIBIANO GUILLÉN: *La mediación penitenciaria. Reducir violencias en el sistema carcelario*, Colex, Madrid, 1ª ed., 2005, pág. 49.

Se pueden diferenciar tres tipos de mediación:

Mediación directa: aquella en la que las dos partes coinciden físicamente en el mismo espacio, por lo que sí se produce el encuentro dialogado. Es necesario que ambas partes hayan dado su consentimiento para iniciarla y que el mediador se haya percatado de que esta unión no será dañina para ninguna de las partes, sino más bien –todo lo contrario-, que esta coincidencia física con el fin de hablar sobre el conflicto y llegar a un acuerdo va a ser beneficioso para ambas. Este tipo de mediación directa es la ideal, pues uno de los fines que persigue la mediación es lograr que las partes enfrentadas recuperen el diálogo que habían perdido o que lleguen a iniciarlo. En la mayor parte de los casos las dos partes acceden a encontrarse. Una vez llegadas a esta fase, la mediación suele concluir de manera positiva. Es muy importante haber trabajado a fondo las entrevistas individuales, de tal manera que en esta fase no salgan a la luz aspectos negativos que puedan truncar la negociación. La sesión comienza en primer lugar con la víctima, y a los pocos minutos llega la persona acusada³⁸⁰. Esto se hace así para que la víctima se encuentre con el infractor en un espacio de seguridad: el despacho que ya conoce y con el mediador o mediadores, evitando de este modo que se encuentren fuera del despacho o en la calle como sucede en la práctica con el día del juicio. Y aquí es donde el mediador debe poner en práctica todas las habilidades de comunicación y las técnicas de negociación o criterios de intervención para que la mediación finalice con éxito. Es importante hacerles ver a las partes que el acuerdo de mediación (salvo en los

³⁸⁰ Esto se hace así para no reproducir el mismo esquema que se produce el día del señalamiento del juicio oral, en donde suelen coincidir (salvo que el infractor esté preso) en la sala de espera todas las partes: testigos, policías, víctimas, infractores, familiares, abogados, etc. En las salas de espera se puede observar la tensión de la gente, los interrogantes sobre cuáles de las personas que están esperando están relacionadas con el caso, los malentendidos que genera ese espacio, etc.

juicios de faltas) habrá de ratificarse ante el juez por lo que tarde o temprano tendrán que coincidir en el mismo espacio y verse a cara. Por ello, el lugar ideal para hacerlo es el espacio de mediación, por el clima de seguridad que genera.

Mediación indirecta: aquella en que las dos partes no coinciden físicamente en el mismo espacio y sin embargo llegan a un acuerdo que les beneficia sin tener que encontrarse cara a cara, por lo que el mediador o mediadora tendrá un papel de vehículo recondutor entre las dos partes, trasladándoles lo que uno u otro dice, siente, espera y piensa. Este tipo de negociación se produce sobre todo en los juicios de faltas en los que la relación está tan deteriorada que es contraproducente que se produzca la unión física, pero ambas partes han manifestado su deseo expreso e inequívoco de terminar con este asunto por la vía de la mediación, pues en la mayor parte de los casos, el acuerdo al que llegan es el de retirar la denuncia y no acudir al plenario, por lo que en ningún caso tendrán que coincidir. En este tipo de mediación, se suelen escribir cartas explicativas y de petición de disculpas, o se establecen pactos de convivencia. Se da sobre todo este tipo de mediación en juicios de faltas de temas vecinales y de incumplimientos de convenios reguladores en ex parejas. Aquí no hay encuentro dialogado.

La mediación con “víctima subrogatoria”: Las denominadas “víctimas subrogatorias” son aquellas personas que han sufrido un delito o falta y que delegan su papel en una tercera persona de confianza —un familiar, un amigo— que les represente en las sesiones. Se suele presentar en casos de víctimas que están fuera del territorio nacional durante el proceso de mediación, o en otros casos, en los que la víctima es una persona que no puede salir de casa por motivos de salud, edad avanzada, etc. En esos casos, se permite que la víctima designe a una persona de confianza que la represente para participar en

el proceso de mediación. La persona que firma el acuerdo puede ser tanto la delegada como la propia víctima, siempre y cuando el mediador o mediadora se cerciore de la autenticidad de esa designación subrogatoria. Para ello, ese nombramiento de representación lo suele hacer la víctima directa en la fase de contacto, proporcionándonos ella misma los datos de la persona que se va a subrogar en su posición, de tal manera que, al dar comienzo del proceso, ya conocemos quien va a acudir en su nombre para representarla. Aquí hay encuentro dialogado subrogado.

a) El lugar y la ubicación de las partes

Ya sabemos que el encuentro dialogado se produce tras las entrevistas individuales realizadas por los mediadores en la fase de acogida, y siempre que las partes y el mediador o mediadora consideren que están preparadas para encontrarse cara a cara. Estas sesiones se llevan a cabo en el mismo lugar en que se han realizado las entrevistas individuales de la fase de contacto. Es un espacio que ya conocen y en el que se sienten seguros, pues ha sido precisamente en ese punto donde ha nacido la relación de confianza con el mediador o mediadora. El conocimiento de ese espacio les proporciona seguridad.

El lugar ideal es el interior de la sede de los juzgados, pero en una zona independiente pues esto dota de oficialidad al proceso de mediación, a la par que lo aleja lo suficiente para que las partes sepan diferenciar con claridad el espacio judicial del espacio de mediación. Lo ideal sería contar con un espacio con mucha luz, con colores suaves y asientos confortables y una mesa redonda³⁸¹. Todas estas notas intervienen mucho en la calidad comunicacional de la negociación. Las

³⁸¹ NOVEL MARTÍ: *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido*, Colección de mediación y resolución de conflictos, Reus, Madrid, 2010.

mesas redondas denotan sentido de igualdad e imprimen un aire “democrático”, porque no establecen jerarquías³⁸² ya que no hay ninguna parte dominante. También es importante que todos los asientos estén a la misma altura y que sean iguales, pues de lo contrario, aunque la mesa redonda consiga denotar igualdad, ésta se vería rota con las diferentes alturas de los asientos. Por tanto, todas las partes que se sientan a la mesa parten de la misma posición. Esto es lo ideal, aunque hay que aclarar que el tener una mesa rectangular no impide que la mediación llegue a buen término. El lugar donde se realiza la mediación debe cumplir los siguientes requisitos³⁸³:

- Tratarse de un lugar neutral lo que se traduce en seguridad para las partes.
- Ser un espacio ideal tal y como acabo de describir (con colores cálidos, luminoso, etc.).
- Ser un espacio privado al que no puedan acceder terceras personas durante el desarrollo de las sesiones de mediación.
- Con posibilidad de comunicarse con el exterior, puesto que las partes si lo desean pueden comunicarse con sus abogados y/o familiares.
- Con posibilidad de distribuir el mobiliario facilitando el trabajo cooperativo, puesto que habrá sesiones en las que hay dos personas a parte del mediador, y otras en las que habrá por ejemplo más de ocho.

³⁸² BERNAL SAMPER: *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2002, pág. 151.

³⁸³ FERNÁNDEZ RIQUELME: *Teoría y práctica de la mediación. La gestión alternativa de los conflictos sociales*, Edit.um., Murcia, 2009, pág. 133 y s.

Como afirma SOMMER, la distribución espacial también puede afectar a la dinámica y al resultado de las interacciones³⁸⁴. La ubicación de las partes tiene mucha relevancia en el encuentro dialogado, puesto que en la fase de acogida sólo hay una opción posible: el mediador y el infractor o la víctima se sientan en frente, con la mesa en medio de ambos. Las precauciones hay que tomarlas cuando se trata de ubicar a las dos partes en la misma sala. Desde mi punto de vista (como mediadora) y tomando en consideración los años de experiencia, considero que la forma de proceder en el encuentro dialogado es la siguiente:

Cuando la persona infractora entra en la sala, el mediador ya está dentro junto con la persona víctima, pues es importante que ésta se sienta arropada y segura antes de comenzar la entrevista conjunta, para encontrarse por primera vez con el infractor con una persona de referencia que aporte la seguridad que a ella le falta. Por ello una vez que están juntos, entonces entra la persona infractora³⁸⁵ que ha sido citada unos diez minutos más tarde que la víctima. En ese momento el mediador ha de levantarse de su asiento y saludar al infractor dándole la mano y llamándole por su nombre. Tras ello debe presentarles a ambos por su nombre dándoles la posibilidad de que se saluden uniendo sus manos también, aún en el caso de que se conozcan. El hecho de que el mediador se ponga de pie y le de la mano al acusado impulsa la acción comunicativa de las dos partes que ya nos estará diciendo mucho. El canal no verbal determina en gran parte las facilidades o dificultades con las que nos vamos a encontrar. Si la víctima también se levanta —dado el lenguaje no verbal que ha

³⁸⁴ SOMMER: *Personal space: The behavioral basis of design*. Englewood Cliffs, Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1969, pág. 74.

³⁸⁵ A diferencia de lo que ocurre en los juzgados, el día de las vistas, en que en las denominadas “salas de espera”, que no son otra cosa que los pasillos de los juzgados dotados de todo tipo de incomodidades, confluyen todas las partes: policías, testigos, víctimas, infractores, familiares, peritos, etc.

empleado el mediador levantándose— y es capaz de darle la mano mirándole a los ojos, la comunicación verbal en el encuentro dialogado se predice más asequible, mientras que si la víctima hace exactamente lo contrario, es decir, no se levanta, ni le saluda con la mano ni con alguna expresión verbal, el encuentro dialogado se presagia más difícil. Tras la experiencia puedo afirmar que es de vital importancia sentarles al lado con la distancia que ellos quieran poner para que no se puedan confrontar con la mirada. Sólo con estos canales de comunicación, el no verbal —gestos, miradas y posturas—, y el para verbal —tonos y volumen—, un mediador o mediadora formado ya debe saber qué habilidades debe seleccionar para trabajar con esas personas concretas. Como estrategia el mediador habrá colocado las sillas con una distancia entre ellas de un metro, y serán las partes quienes las acerquen o alejen, transmitiendo este comportamiento muchos datos al mediador³⁸⁶. Tanto si la mesa es redonda, como si es rectangular, lo que el mediador debe evitar es la confrontación visual inicial, puesto que uno de los objetivos del encuentro dialogo será precisamente actuar de vehículo reconductor hasta que ambos estén preparados para hablar y escuchar al otro mirándole a los ojos.

b) La estructura del proceso en el encuentro dialogado y los criterios de intervención

En general puede decirse que una vez están las partes ubicadas en su lugar estos primeros minutos están llenos de nervios para ambas partes y de pausas.

³⁸⁶ Ha sido curioso observar como mediadora que en delitos patrimoniales la víctima alejaba del infractor sus pertenencias (bolso de mano, mochila, etc.), mientras que en los casos de delitos relacionados con las personas (amenazas, lesiones, etc.) precisamente colocaban sus pertenencias en medio a modo de escudo protector.

A este respecto cabe decir que existen dos tipos de pausas. Las denominadas “pausas llenas” son aquellas que se producen cuando el interlocutor está lleno de pensamientos y se para a meditar; y las “pausas vacías”, que se dan cuando un tema está agotado. Confundir unas con otras puede conducir a que alguno de los interlocutores entienda que quienes le están escuchando no están respetando su ritmo de conversación, es decir, sus pausas, y por tanto no le están dejando completar sus ideas, ya que, como sabemos, el silencio también comunica.

A continuación, y una vez sentados todos y permitidas las pausas, el mediador o mediadora debe explicarles en qué fase del proceso de mediación se encuentran y en qué fase del proceso penal (instrucción, enjuiciamiento, ejecución o faltas). El mediador deber repasar junto con las dos partes las reglas que rigen la mediación (confidencialidad, gratuidad, voluntariedad y flexibilidad), el papel que él mismo va a desempeñar y los principios bajo los que actúa (imparcialidad, neutralidad y objetividad). A continuación se mencionan nuevamente las ventajas que pueden obtener las dos partes si la mediación concluye de manera positiva y que aunque ya han sido expuestas en anteriores apartados de este trabajo conviene recordar. Las ventajas que se derivan del proceso de mediación para la persona víctima son: a) que va a ser efectivamente reparada, bien materialmente, bien simbólicamente; b) que va a poder preguntar todas aquellas cuestiones que le preocupan y que en un juicio penal nunca habría podido plantear; y c) que va a evitar un plenario ordinario, con las incomodidades y ansiedades que ello conlleva. Para la persona infractora sin embargo, las ventajas son diferentes: a) beneficios penológicos en cuanto a la determinación de la pena y al cumplimiento de la pena; b) posibilidad de aprender habilidades de comunicación que le ayudarán a responsabilizarse por el

hecho cometido; c) al igual que la víctima, que va a evitar someterse a un juicio ordinario.

Estas tres cuestiones, las reglas de la mediación, el papel del mediador o mediadora y las ventajas que se derivan del proceso de mediación para las dos partes, deben estar muy trabajadas desde la fase de acogida, constituyendo, por tanto, en esta fase, un recordatorio de las mismas, sin que sea necesario entrar en profundidad a desarrollarlas como ya se hizo en las sesiones anteriores, salvo que alguna de las partes solicite expresamente la reflexión a fondo de una de ellas. También es muy importante agradecer a las dos partes su participación y su valentía por someterse a un proceso de estas características. Todo este tiempo de explicación sirve para que el mediador vaya relajando la tensión que hay en el ambiente e ir observando cómo se comportan las partes a través del lenguaje no verbal.

Una vez recordadas esas tres premisas, comienza el diálogo entre las partes. Debe ser el mediador o mediadora el que consiga que las partes enfrentadas por el delito dialoguen sobre los hechos, llegando a una verdad común que los dos acepten, así como que expresen libremente sus sensaciones y sentimientos ante el otro, para que así puedan trabajar la empatía y entender el verdadero alcance del daño ocasionado y llegar a un acuerdo que satisfaga tanto a la persona víctima, como a la persona infractora. Para llegar a estos fines son necesarios unos mecanismos que el mediador o mediadora debe conocer y dominar, y que denominamos criterios de intervención y no técnicas de negociación. Preferimos identificarlas con la primera denominación, pues el encuentro entre la víctima y el acusado no es una negociación, sino un encuentro conciliador como ya expliqué en líneas anteriores. Es cierto que ambas partes han de llegar a un acuerdo común que satisfaga sus pretensiones y que éste será

negociado por ambos, pero ese pacto final ha de ser presentado ante el Juez, por lo que la libertad de actuación de las partes está delimitada por el propio proceso penal, que posteriormente va a condenar al acusado y a ejecutar la reparación de la víctima. Por ello es que este encuentro no recibe la denominación de negociación y sí de encuentro dialogado, toda vez que en muchas ocasiones el acuerdo económico al que hay que llegar, indemnización económica, lo fija el Ministerio Fiscal y es innegociable.

Aún así, para llevar a cabo este encuentro y conseguir llegar a un acuerdo reparador, se necesitan una serie de técnicas que ayudan a entablar el dialogo inexistente entre las partes y negociar sobre el contenido del acuerdo. El esquema a seguir y las técnicas a emplear son las siguientes:

1º) **Unificar las versiones de los hechos.** Por ello cada parte explica qué sucedió, qué vio, qué hizo, qué dijo. Una vez que se llega a una historia común el mediador propondrá adentrarse en el mundo de los sentimientos.

2º) **Analizar los sentimientos.** Cada parte explica cómo se sentía antes del delito, cómo era su situación, cómo vivió el delito, qué sentimientos había mientras cometía el ilícito o mientras lo estaba sufriendo, qué sensaciones se han instalado en su interior desde el delito. Es muy importante que tanto la víctima como la acusada hablen a fondo de esto, trabajando de esta forma la empatía. Normalmente las víctimas se suelen expresar mejor y saben poner nombre a los sentimientos, mientras que sucede todo lo contrario con las personas acusadas, por ello, el mediador o mediadora debe ir reconduciendo la conversación y ayudando al acusado a que se exprese, por medio de la técnica de preguntas o del parafraseo.

3º) **Alcanzar un acuerdo de reparación que beneficie a ambos.**

A la hora de llevar a cabo estos criterios hay que tener en cuenta que inicialmente siempre se le dará la palabra a la persona infractora porque ha de ser ésta quien de explicaciones en primer lugar. Para poder comprender y perdonar, primero hay que escuchar. No se puede perdonar a quien no pide perdón, ni comprender una acción si no se explica el motivo. Por estas razones siempre ha de hablar primero el infractor o infractora.

Para poder llevar a cabo estos tres pasos antes de fijar el acuerdo, el mediador o mediadora debe ayudarse del empleo de diversas técnicas que voy a referir a continuación.

c) Técnicas a emplear en el encuentro dialogado

Como acabo de referir para que los criterios primero y segundo se desarrollen de manera adecuada el mediador ha de valerse del empleo de las siguientes técnicas:

1. La técnica de preguntas

Como ya expliqué en el apartado anterior esta técnica no sólo se emplea en la fase de acogida, sino también en el encuentro dialogado. Cada pregunta perseguirá un objetivo, como puede ser tranquilizar a las partes, darles seguridad, etc. Se utilizan del siguiente modo:

-Preguntas informativas/abiertas: Se utilizan para que la víctima pueda obtener más información o para que alguna de las partes llegue a un conocimiento más preciso de lo que está ocurriendo a la parte contraria cuando el infractor simplemente ha reconocido los hechos sin ofrecer ningún tipo de explicación sobre la mecánica comisiva u omisiva y el mediador sabe que la víctima necesita esa explicación y todavía no se atreve a exigírsela al infractor. Ejemplo: “*Cuéntanos ¿cómo entraste en el interior de la vivienda en la casa?*”.

-Preguntas clarificadoras: Las puede utilizar el mediador para aclarar algún término, cuestión o idea que necesite ser concretada o precisada. Ejemplo: “*¿Qué quiere decir que le temes? ¿Por qué?*”

– **Preguntas justificativas:** Se pueden utilizar para pedir razón o fundamento de una de las afirmaciones realizadas por la persona. Ejemplo: “*¿En qué te basas para decir que necesitabas dinero?*”

– **Preguntas circulares:** Son aquellas que puede hacer el mediador para hacer comprender a una parte las decisiones o posiciones de la otra, a través de un cambio de papeles o de posición. Ejemplo: “*¿Tú en su situación qué habrías hecho?*”

– **Preguntas reductoras:** Puede suceder que al oír el relato de hechos de pronto no coincidan las versiones en algún punto intrascendente pero que les impide seguir avanzando. En ese caso, el uso de este tipo de pregunta tiene como finalidad reconducir el diálogo cuando se ha obstruido para dirigirla hacia otra postura o ámbito y que la comunicación continúe. Ejemplo: Durante el relato de hechos el infractor dice que entró por la ventana y la víctima dice que entró por el garaje. En ese caso, el lugar por el que se introdujo al interior de la vivienda no es relevante, porque lo que trasciende es que efectivamente reconoce que se introdujo en la vivienda, por ello, el mediador debería lanzar una pregunta reductora planteando, “*creo que os estáis atascando en este punto que realmente no aporta nada, puesto que lo importante es que reconoces que entraste en el interior de la vivienda, ¿verdad?, ¿os parece que avancemos y vayamos a otro punto?*”

2. El intercambio de papeles

Esto supone que el acusado haga de víctima de su propio delito y viceversa. Con esto el mediador o mediadora consigue que las partes salgan de sus posiciones, empleen la imaginación y comprendan a la otra parte. No se trata de que comprendan el delito y que lo justifiquen,

sino que entiendan con el otro el comportamiento realizado. Esta técnica sólo puede hacerse con personas que tenían una relación previa a la falta o al delito y que su relación sea calificable como buena, pues de lo contrario, puede ser muy perjudicial.

3. El intercambio de miradas o triangulación visual

Mediante esta técnica conseguimos que infractor y víctima crucen sus miradas y las fijen mientras continúan hablando. Se trata de una técnica que he puesto en práctica sin haberla obtenido de ninguna fuente, por lo que no puedo documentarla. Cuando las partes no consigan dirigirse la mirada y continúen hablando mirando siempre y únicamente al mediador, éste debe de hacer lo siguiente: cuando esté usando la palabra la persona infractora, el mediador siempre debe dirigir su mirada de manera exclusiva a la víctima, y entonces aquel dirigirá su mirada al lugar donde el mediador dirige su atención sin interrupción, y como la víctima le estará mirando a él o ella directamente porque es la persona que está emitiendo el mensaje verbal y por la magia que despliegan los efectos del lenguaje no verbal, de repente se cruzarán sus miradas, descubrirán que son capaces de sostenerlas y en muchos de los casos ya continuarán mirándose ellos directamente.

4. Las sesiones privadas o “caucus”

Cuando en el desarrollo del encuentro dialogado la conversación sea desigual y el mediador detecte problemas emocionales serios, o se percata de que las partes no están transmitiendo toda la información que realmente quieren destapar, o la sesión se encuentre atascada, es necesario recurrir a las sesiones privadas, también conocidas como “caucus”. Esas sesiones deben ser autorizadas por las partes que las precisen y en ellas, una vez identificado el problema de fondo se tratará el tema de la confidencialidad en dos sentidos. Por un lado puede suceder que la persona que ha necesitado la sesión privada no quiere

que en ningún caso la otra conozca la materia tratada, en cuyo caso el mediador debe respetar este deber de confidencialidad, mientras que puede suceder lo contrario, que la persona no tenga el atrevimiento suficiente para expresarlo ella misma, pero que sin embargo sí quiere que a través del mediador se le transmita toda esa información a la otra parte. Es necesario llevar a la práctica el caucus con las dos partes, o al menos ofrecérselo a ambas aunque el mediador sólo necesite entrevistarse privadamente con una de ellas, y la duración de estas sesiones debe ser similar. Esto se hace de este modo para garantizar la imparcialidad que preside el proceso de mediación. También se pueden recurrir a estas sesiones si es una de las partes las que lo solicita³⁸⁷.

El mediador podrá hacer uso de esta técnica en las siguientes situaciones:

- Para animar a la partes
- Para separarlas, tranquilizarlas o calmarlas cuando las partes están manteniendo una discusión que va aumentando de tono o cuando se están distraendo.
- Cuando hay que dar una oportunidad para hablar a una persona tímida o miedosa.
- Cuando el mediador esté perdiendo el control del proceso.
- Cuando se necesite confrontar con una de las partes en privado.
- Cuando el mediador detecte que necesite obtener más información para resolver el problema.
- Cuando el mediador necesite consultar con otro mediador o con otro profesional (fiscal, abogados de las partes, juez) como estrategia.

³⁸⁷ GONZÁLEZ-CAPITEL: *Manual de mediación*, Atelier, Barcelona, 1999, pág. 92 y s.

5. Pregunta del milagro

Esta técnica se trata de una herramienta que de algún modo estaría relacionada con el enfoque hacia el futuro que se describió anteriormente, puesto que mediante su aplicación se ayuda a las partes a proyectarse en el mejor escenario posible del futuro. Aunque el origen de dicha técnica se remonta más al ámbito de la terapia familiar³⁸⁸ podríamos rescatar esta herramienta para el proceso de mediación penal ya que las ideas fundamentales con las que trabaja son la orientación positiva de la situación, el protagonismo de las partes implicadas y la cooperación como elemento necesario de avance. Mediante su uso se consigue desbloquear la visión limitante que tienen las partes acerca de las posibilidades de encontrar una solución negociada al conflicto. A este respecto cabe decir que su uso trasladado al ámbito de la mediación penal es ideal en casos en los que hay un delito recíproco o en juicios de faltas en los que ha habido una relación previa, bien de convivencia por vecindad o bien de pareja.

Esta técnica se emplea del siguiente modo:

- Se anticipa a las personas que se les va a hacer una pregunta extraña.
- Se formula desde una pregunta hipotética: “imagina que una noche mientras duermes ocurre un milagro, al despertar al día siguiente, ¿qué sería diferente?, ¿qué harías tú?, ¿qué observarían los demás en ti?, ¿qué harían los otros?”
- Realizar una valoración: ¿en qué momento estás ahora?, ¿dónde estabas antes de iniciar el proceso de mediación?, ¿qué te gustaría

³⁸⁸ Procede de la psicoterapia estratégica centrada en la solución de problemas de De Shazer y fue importada a la mediación por Marinés Suares, mediadora y terapeuta familiar reconocida a nivel internacional.

cambiar?, ¿qué pasos tendrías que dar para cambiar? ¿qué cosas serían diferentes mañana?

6. El parafraseo

Consiste en repetir casi con las mismas palabras lo que el otro acaba de decir eliminando las connotaciones negativas. A veces, al hilo del discurso de una de las partes, se hace necesaria la intervención del mediador para volver a expresar una idea, bien para reforzar lo que acaba de ser formulado, bien para traducir al otro el significado que es relevante para la negociación, obviando otros componentes perjudiciales. Esta técnica se utiliza principalmente durante la fase de encuentro dialogado o negociación.

7. La reformulación

Esta técnica consiste en utilizar de modo consciente el lenguaje, comunicando un mensaje determinado, de tal modo que sea más comprensible, aceptable y que provoque una influencia positiva sobre la persona que lo está escuchando³⁸⁹. El mediador ha de resaltar las características o cualidades positivas de las partes, destacando siempre lo positivo. Implica decir de otra manera algo que fue expresado con anterioridad. Se utiliza fundamentalmente durante la fase de encuentro dialogado o negociación, aunque tiene cabida en cualquier momento en que repitiendo lo que estamos oyendo pueda ayudar a la otra persona a ver lo que ha expresado desde otra perspectiva.

Ejemplos: El mediador intenta volver a expresar lo dicho de forma que elimine la parte de ataque o, rescatando la motivación de fondo y

³⁸⁹ NOVEL MARTÍ: *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido*, Colección de mediación y resolución de conflictos, Reus, Madrid, 2010, pág. 261.

el interés expresado de forma velada: *“Quieres decir que para ti es muy importante.../ que en ese momento te influyó...”*

Implicado: “este tío me engañó y me timó, me dijo que me devolvería el tabaco que le presté y todavía estoy esperando, así que le vi fumando el otro día, me cabreeé y le di el puñetazo que tenía merecido”

Mediador: “tú esperabas que te devolviese el tabaco y como veías que no lo hacía quisiste hacérselo pagar”.

Para poder poner en práctica los criterios anteriores y con el objetivo de ir llegando a acuerdos de solución, es necesario el conocimiento objetivo de la situación conflictiva, así como la percepción subjetiva que las partes tienen de la misma. De esta forma, permitiendo que emerja toda la información, así como la vivencia subjetiva del conflicto, las partes pueden llegar a comprender (empatizar) y ceder en las posiciones personales en búsqueda de acuerdos que ahonden en los intereses comunes. Asimismo, se hace necesario que el mediador o mediadora vaya conociendo toda la situación para poder ir facilitando la negociación. Para ello, existen algunas técnicas (siempre acompañadas de espontaneidad, buen humor e imaginación) que se pueden emplear. Todas las técnicas de negociación se llevan a cabo bajo dos habilidades de comunicación vitales: la escucha activa y la empatía. Hay que recordar que la mediación se diferencia de los juicios, en que en éstos se somete a las partes a un interrogatorio, mientras que en la mediación se lleva a cabo una conversación entre partes, la víctima, el acusado y el mediador o mediadora, y como ya sabemos, conversar es un equilibrio dinámico entre hablar y escuchar. Por tanto, es importante para los mediadores estar bien formados en el arte de la escucha. Si nadie escucha no existe la conversación. Escuchando es como se establece un terreno común con otra persona, un código compartido. La capacidad de escuchar no se traduce en tener que compartir opiniones y significados. Con esta capacidad no se nace, sino

que se trata de un aprendizaje, y quizás las partes tras las sesiones de mediación puedan haber incorporado alguna de estas claves a su vida.

Por otra parte, es importante recalcar que la empatía es la capacidad de comprensión y entendimiento, no se trata de amabilidad, y nos conduce hacia la intimidad del otro. Es una habilidad que sirve para construir confianza, y se basa fundamentalmente en ponerse en el lugar del otro, eliminando la comunicación defensiva, agresiva, distante o jerárquica.

En cuanto a la duración del encuentro dialogado se puede establecer con carácter general en dos horas, llevándose a cabo en una sola sesión, pues en la relación víctima e infractor desconocidos no hay situaciones previas conflictivas que enconen el conflicto, no así sucede cuando las partes se conocían previamente y el conflicto ha surgido por otra causas, siendo el delito la punta visible del iceberg, estando lo conflictivo realmente escondido. En estos casos se hace necesario concertar más encuentros dialogados o sesiones privadas, hasta que ambas partes hayan logrado expresar todo lo que sentían, querían, necesitaban, etc., siempre por medio de una acción comunicativa asertiva, nunca agresiva (dañando a los demás) o pasiva (auto coaccionándose). Será el mediador el que establezca el número de sesiones necesarias para la consecución de los acuerdos.

5. La fase de acuerdo: técnicas para conseguirlo. El acta de reparación y el informe del mediador.

Tras el encuentro dialogado y en la mayor parte de los casos en la misma sesión, a la hora de fijar el acuerdo, hay que tener en cuenta las siguientes técnicas:

Separar a las personas del conflicto. Esta clave es importante para no reproducir el esquema estigmatizador del sistema penal cuando

le otorga el calificativo negativo y reductivo de delincuente. La dificultad para cambiar aparece cuando las personas se identifican con lo que hacen o con la etiqueta social impuesta. De ahí la importancia de trabajar con métodos que otorguen confianza a las personas para superar los estigmas sociales negativos.

Centrarse en los intereses y no en las posiciones. La posición es una postura que la persona decide por sí misma y tiene un fundamento emocional. De la posición inicial en el conflicto surge necesidades básicas: no quedar mal, no perder imagen, no hacer lo que los demás no harían. Las posiciones encubren las necesidades reales de las personas en conflicto. Estas necesidades se denominan intereses y se encuentran en el ámbito racional. Trabajar desde la búsqueda de los intereses es una manera útil de poder encontrar soluciones que satisfagan a las dos partes. Se exige que, previamente, las emociones queden bien “arropadas”. Nunca se deben inventar intereses, ni tampoco hacer hipótesis. Lo importante en este punto es conocer bien los intereses personales (cuantitativos y cualitativos) y los de “la parte contraria”, y eso se puede hacer por medio de la escucha activa, la observación, la técnica de preguntas y la confirmación.

Utilizar criterios objetivos. Consiste en el uso de criterios que no influyan en la imagen subjetiva de cada una de las partes ni se enfrente a la imagen personal, ni a la ideología, condición cultural o religiosa. Hay que recordar que en la mediación no se intenta cambiar las formas de pensamiento o ideas, sino se tienden a buscar soluciones al conflicto. Hay que tener cuidado por la respuesta que exprese la parte enfrentada ante una posición subjetiva que es abiertamente injusta o desproporcionada; normalmente intentará sacar partido de la posición manifestada por la otra parte y, además, buscará encontrar en el mediador cierta complicidad. El mediador nunca puede utilizar algún gesto facial que exprese repudio o complicidad respecto de las versiones

expresadas. Este hecho limita la neutralidad y la imparcialidad. Si se cierra el dialogo y comienza una contienda violenta, hay que cambiar de tema lo antes posible o dar por finalizada/aplazada la sesión.

Inventar opciones en beneficio mutuo a través de una lluvia de ideas³⁹⁰. Las partes tienen que generar ideas que aporten solución final al conflicto siempre que respeten intereses comunes; se deben expresar sin hacer valoraciones ni juicios. El objetivo último consiste en la búsqueda de aquellas en las que ambas partes puedan resultar beneficiadas. Todas ellas pueden ser válidas. Deberán concretarse, al menos, en tres. A este método se le conoce comúnmente con el nombre de lluvia de ideas. Los objetivos de esta técnica consisten en romper las limitaciones habituales del pensamiento y producir un conjunto de ideas entre las que poder escoger (nadie quiere tener una única opción dónde escoger cuando va a comprar), por lo tanto, ¿por qué tener sólo una opción cuando se intenta resolver un problema? Para llevar a cabo esta técnica lo ideal sería preguntarles a las partes y que ellas planteasen diferentes opciones, pero suele suceder que las partes sólo ven una posible opción de reparación a través del abono de la responsabilidad civil, pero existen muchos casos en los que no hay responsabilidad civil derivada del delito y es en éstos en los que hay que recurrir a la lluvia de ideas para que las personas ejerciten la imaginación. El mediador en este caso puede hacer un papel para ir anotando las ocurrencias de las partes. Si éstas no dicen nada puede ser el mediador quien vaya escribiendo posibles acuerdos, escribiendo algunos absurdos y uno que será el más beneficioso. Luego hará que las partes lean las que los lean y analicen cada una de esas alternativas y ellos mismos podrán hacer las críticas a los acuerdos absurdos e

³⁹⁰ Esta técnica recibe también la denominación de “brainstorming”, puesto que existe una tendencia al alza a utilizar terminología extranjera.

inviabiles y las menciones positivas del mejor acuerdo posible. Al ser ellos quienes los lean en voz alta y los analicen se les otorga el protagonismo nuevamente, sintiéndose ellos los autores de esa posible mejor resolución. Si por el contrario, el mediador se encuentra con personas creativas para desarrollar esta técnica deberá tener en cuenta:

-No juzgar. Cuando brotan las ideas no se permite ningún comentario crítico. Se anotan todas las ideas.

-Pensar libremente. Es muy importante la libertad de emisión. Los pensamientos salvajes están bien. Las ideas imposibles o inimaginables también.

-La cantidad es importante. Hace falta concentrarse en generar un gran número de ideas que posteriormente se puedan revisar. Cuanto más grande sea el número de ideas, más fácil es escoger entre ellas. Lo importante aquí es la cantidad y no la calidad que será tratada más adelante³⁹¹.

-El efecto multiplicador. Se busca la combinación de ideaciones y sus mejoras. Además de contribuir con las propias ideas, los participantes pueden sugerir mejoras de las ideas de los demás o conseguir una idea mejor a partir de otras dos.

Resumen estratégico. Sintetizar los logros a fin de que las partes puedan avanzar en la negociación. El resumen estratégico refuerza a las partes cuando éstas han quedado atascadas en algún punto de la negociación. Es importante recordar que “haber decidido iniciar el

³⁹¹ NOVEL MARTÍ: *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido*, Colección de mediación y resolución de conflictos, Reus, Madrid, 2010, pág. 218.

proceso” ya es un avance, que ya han logrado muchas cosas que antes veían imposibles, etc.

Cuando las partes han llegado a uno o varios acuerdos, éste o éstos han de plasmarse en un documento que recibe el nombre de “acta de reparación³⁹²”. En dicha acta no se han de recoger necesariamente el reconocimiento total o parcial de los hechos, salvo que la persona acusada disponga expresamente lo contrario, informándole de las consecuencias que de ello pudieran derivarse. Este documento debe contener los datos personales de los intervinientes nombres –DNI de cada una de las partes implicadas-, los datos personales del mediador o mediadores en caso de que se haya realizado una mediación, los acuerdos y los datos de la causa y el órgano de procedencia. Debe ir firmada por las tres partes. Se deben firmar cuatro copias. Una para cada una de las partes intervinientes que son tres, y una cuarta, para entregarla al Juez o Tribunal competente, como prueba fehaciente del éxito de la mediación en ese asunto. Dicha acta puede redactarse de diversas formas, aunque el modelo que yo propongo lo adjunto en el apartado de anexos. Junto a esa acta de reparación el mediador redactará un breve informe en el que dejará constancia de que el proceso de mediación se ha desarrollado de manera exitosa y que prueba de ello lo constituye el acta de reparación firmada por ambas partes que se adjunta al informe.

De no alcanzarse ningún acuerdo, las partes deben ser informadas de que el asunto se ventilará conforme al modelo actual de justicia

³⁹² Esta denominación, que posteriormente ha sido utilizada en diferentes lugares y experiencias de mediación fue plasmada por primera para el ámbito de la mediación penal en el texto de RÍOS MARTÍN; BIBIANO GUILLÉN y PASCUAL RODRÍGUEZ: *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, 1ª ed., Colex, Madrid, 2006, pág. 136.

penal, procediéndose a la continuación del proceso, haciendo llegar al Juzgado o Tribunal un informe breve y conciso sobre la imposibilidad de llegar a un acuerdo, y reconduciendo por tanto, el asunto por la vía ordinaria. Dicho informe irá firmado solamente por el mediador/a y en ningún caso debe contener explicaciones acerca del porqué del fracaso de la mediación, ni quien ha impedido la realización de esa mediación, pues el mediador está obligado a guardar confidencialidad. De todas formas, la experiencia nos dice que en el 93% de los casos cuando se llega al encuentro dialogado, se consigue también llegar a un acuerdo. El no obtener un acuerdo en el proceso de mediación no despliega ningún efecto jurídico en las partes, el proceso legal continuará por los cauces ordinarios, según la fase en que se encuentre (instrucción, enjuiciamiento y ejecución) el mismo y la información vertida durante el proceso de mediación no puede ser utilizada en el acto de juicio oral, tal y como quedo explicado en el apartado segundo de este trabajo de investigación, en los puntos relativos a la presunción de inocencia y al estudio del acuerdo.

De la copia de esa acta de reparación se dará traslado al fiscal y a los letrados defensores y/o acusaciones particulares en el caso de que estén personadas, pero esto deberá hacerlo el juzgado.

6. La figura del mediador

El papel del mediador es el de un tercero neutral que ayuda a resolver el conflicto por el que las partes están enfrentadas³⁹³ y que ha concluido en forma de falta o delito, o a que inicien un diálogo en caso de que no exista un conflicto entre ambas (delitos o faltas en los que las personas no se conocían) pero sí una infracción penal que les ha unido,

³⁹³ GORDILLO SANTANA: *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, pág. 220.

con el fin de que logren llegar a un acuerdo de reparación que les beneficie. Hago la distinción entre situaciones de conflicto y situaciones de no conflicto, porque no de todo delito o falta se desprende la existencia de un conflicto. Hay muchos casos en los que la comisión de una falta o un delito son la punta del iceberg de un conflicto previo, pero hay muchos otros en los que las partes ni se conocían y por tanto no se puede hablar de un conflicto enconado ni previo, sino de una situación delictiva que les ha unido en un proceso penal.

El mediador tendrá como función en ambos casos que las partes logren reiniciar el diálogo o establecerlo, para que puedan expresarse libremente ante el otro y llegar a una solución libremente consensuada en función de sus intereses y posibilidades, que logre restañar las heridas morales y económicas de la víctima y que sirva al infractor e infractora para beneficiarse de las reglas que permiten la rebaja de la pena a la par que le sirva de aprendizaje, cumpliendo de este modo con los fines de la pena a través de la prevención especial que ya quedó determinada en el apartado primero de este trabajo.

La mediación es una herramienta nueva basada en la aplicación de conocimientos interdisciplinarios aportados por el derecho, la psicología, la sociología, la teoría de los sistemas y las técnicas de negociación³⁹⁴. Por ello, la labor del mediador puede confundirse erróneamente con la del psicólogo³⁹⁵ o con la del abogado³⁹⁶, puesto que es una profesión que comparte muchos de los campos de aquellas y que como dice BERNAL

³⁹⁴ GORDILLO SANTANA: *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, pág. 239.

³⁹⁵ Que en ningún caso podrá hacer de terapeuta.

³⁹⁶ O con la de un árbitro o negociador, y que en ningún caso podrá hacer de defensor de las partes.

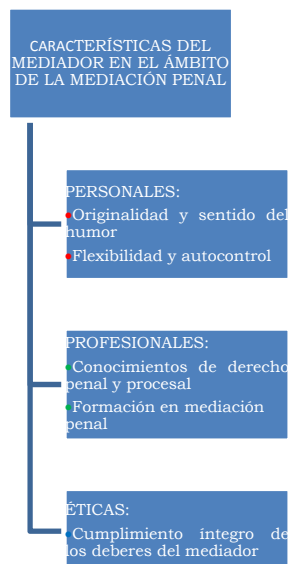
“está a caballo entre esas profesiones”³⁹⁷. El mediador es un profesional que tiene dos funciones diferentes: 1) facilitar la comunicación y el aprendizaje entre las partes posibilitando una interacción, evitando posibles agresiones para conducir a las partes hacia la cooperación y 2) dirigir el proceso de mediación hacia el éxito. Por ello, debe ser un profesional debidamente formado, independientemente de la rama profesional de la que proceda. Aunque quiero aclarar que, dada la experiencia en mediación de la que parto a la hora de realizar esta tesis, es imprescindible que en el desarrollo de la mediación penal uno de los mediadores (en caso de que haya comediación) tanto en la fase de información, como en la fase de acuerdos proceda sea un experto en derecho penal y procesal penal por la trascendencia que tiene la participación para las partes en un proceso de mediación penal y la legalidad de los acuerdos. No es imperioso que la fase de acogida y la del encuentro dialogado la haga un mediador-abogado, pero como las partes pretenden que sea el mismo mediador el que les acompañe a lo largo del proceso, se hace necesario finalmente que el mediador-abogado asista a lo largo de todas las fases del mismo.

No pretendo con esto defender la tesis de que sólo el mediador-abogado es la persona ideal para llevar a cabo la mediación en todos sus campos, sólo considero que es preciso para la mediación en el ámbito penal y en el inicio y el cierre del proceso. La comediación presenta la posibilidad de afrontar el proceso mediante el uso de dos mediadores. Esto en algunos casos genera grandes ventajas³⁹⁸. Pero para la administración de justicia a la hora de poner en marcha centros o servicios de mediación supondría un alto coste.

³⁹⁷ BERNAL SAMPER: *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2002, pág. 69.

³⁹⁸ GORDILLO SANTANA: *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, pág. 232.

Para la práctica del ejercicio de la mediación, han de concurrir en el mediador una serie de características que podemos visualizar perfectamente en el siguiente gráfico:



Como se desprende de esta figura son tres las características esenciales que debe reunir la persona mediadora. El mediador necesita contar con unas herramientas muy específicas para internarse en el entramado de los conflictos interpersonales y para ello deber poseer cualidades personales, capacitación y manejo de habilidades³⁹⁹.

Entre las características personales han de destacar la flexibilidad, puesto que el proceso de mediación lo es en sí mismo y la capacidad de autocontrol, que viene a poner de manifiesto su actitud conciliadora. Una persona que no posea esta característica de forma innata

³⁹⁹ Vid. PÉREZ SANZBERRO: *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999, pág. 199 y s., y VINYAMATA CAMPS: *Manual de prevención y resolución de conflictos. Conciliación, mediación y negociación*, Airel Practicum, Barcelona, 1999, pág. 31, citado en GORDILLO SANTANA: *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, pág. 239; LAUCIRICA ARRIOLA: “Propuesta de regulación legal de la figura y funciones de la persona mediadora” en “Cuadernos penales Jose María Lidón”, n° 8, Universidad de Deusto, Bilbao, 2011.

difícilmente podrá actuar como mediador, pues deberá estar constantemente haciendo un ejercicio de lo que él o ella no son. La ausencia de la otra premisa personal no suponer que no se pueda actuar de mediador, sin embargo, si la persona cuenta con sentido del humor y originalidad sin duda le ayudarán cuantiosamente durante todo el proceso.

Respecto a las exigencias profesionales⁴⁰⁰ cabe decir que entran dentro de la lógica común, pues la formación en mediación es ineludible para aprender todas las técnicas que han sido descritas, conducir todo el proceso y desarrollar las habilidades sociales necesarias para la buena consecución del proceso o aprenderlas en caso de que no se posean⁴⁰¹. Junto a esta formación específica en mediación penal⁴⁰² se hace necesario tener conocimientos profundos en derecho penal y en derecho procesal penal, sobre todo, y como ya he explicado en líneas anteriores a la hora de informar a las partes e invitarlas al proceso y en la toma y plasmación de los acuerdos. El mediador ha de estar perfectamente preparado para explicar si es necesario a las partes el momento procesal en el que se encuentran, su posición dentro del proceso penal, las consecuencias penológicas, las reglas de determinación de la pena, las alternativas a la pena privativa de

⁴⁰⁰ En el ámbito de la mediación familiar éstas están perfectamente claras y determinadas en los textos legales que la regulan. Véase a este respecto las diferentes leyes autonómicas de mediación familiar que existen en nuestro país y que pueden ser consultadas a través de las páginas web del Ministerio de Justicia y de los correspondientes BOCA.

⁴⁰¹ Me refiero a la escucha activa y a la empatía, pues son habilidades que mucha gente posee de manera innata, y otro que sin poseerlas las pueden aprender y poner en práctica.

⁴⁰² En este sentido, la Declaración de Las Palmas de Gran Canaria, efectuada en el seno del I Congreso Internacional de Mediación bajo el título “La mediación: una alternativa a la resolución de conflictos. Los diversos campos de aplicación”, celebrado en el año 2003 bajo la cobertura de la Universidad de Las Palmas, menciona en el punto 4º la necesidad de *“incrementar la formación y la cualificación de los mediadores, trasladando a las universidades el desarrollo de los planes de estudio adecuados a la materia”*.

libertad, todo lo que conlleva la reparación del daño, la legalidad de los acuerdos, los perjuicios que se pueden derivar del incumplimiento tras la sentencia de los acuerdos impuestos como regla de conducta, y un largo etcétera. Por esta razón y a título particular considero que la persona ideal para ejercer como mediador penal, dada su capacitación profesional de origen, es un abogado penalista formado en mediación, aunque si otro profesional de otra rama contase con estos conocimientos también podría hacerlo perfectamente. Por este motivo no he puesto en el cuadro como requisito formativo ser licenciado en derecho y abogado ejerciente en la jurisdicción penal, sino con conocimientos de derecho penal y procesal⁴⁰³. Lo que ha de tenerse en consideración en todo caso para ejercer la mediación es la formación previa, independientemente de la rama científica de la que se proceda⁴⁰⁴. En esta línea se manifiesta la Recomendación n° (99)19 del Comité de Ministros de la Unión Europea, relativa a la aplicación de la mediación en materia penal:

“V.2. Cualificación y formación de los mediadores:

22. Los mediadores deben ser recabados de todos los sectores sociales y deben poseer un buen conocimiento y entendimiento de las culturas y comunidades locales.

⁴⁰³ Como dice GORDILLO SANTANA en: *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, pág. 240 “...ello no quiere decir que los conocimientos propios de cada disciplina deban ser desechados en una mediación, al contrario, podrán ser sumamente útiles...”.

⁴⁰⁴ En el ámbito internacional son diversos los organismos que abogan por la necesidad de mantener unos criterios mínimos formativos. Este es el caso del Foro europeo de Mediación Familiar que exige un mínimo de 180 horas lectivas teóricas y 40 horas prácticas para expedir su certificado de aptitud profesional y el Foro Europeo de Justicia Restaurativa, quien ha desarrollado un estudio a nivel europeo para intentar unificar los criterios formativos a mediadores en el ámbito penal para la Unión Europea. Dicho estudio puede consultarse en la página web del Foro.

23. *Deben estar capacitados para demostrar un criterio de justicia equilibrado y contar con las capacidades personales necesarias para el proceso de mediación.*

24. *(...) los mediadores deben recibir una formación inicial antes de llevar a cabo el proceso de mediación, si esto fuese posible, en los servicios de mediación existentes. Su formación debe estar provista de un alto grado de competencia, haciendo hincapié en la capacidad de resolución de conflictos, formación específica para trabajar con víctimas y victimarios y conocimientos básicos del sistema sustantivo y procesal penal”⁴⁰⁵.*

Y por último, me he referido a las características éticas que debe regir la actuación del mediador, y que vienen perfectamente claras en los deberes que deber respetar el mismo y que beben directamente de los postulados de la mediación familiar⁴⁰⁶ y de las experiencias que existen fuera de España en Europa⁴⁰⁷. Al no existir una regulación legal sobre la mediación penal, tampoco existe un estatuto⁴⁰⁸ que defina los derechos y deberes del mediador en este ámbito, pero adecuando lo exigido en otros campos, y nutriéndome de la obra colectiva que

⁴⁰⁵ Traducción realizada por quien suscribe del texto original en inglés.

⁴⁰⁶ BUSTELO ELICABE-URRIOL: “El panorama actual de la mediación familiar” en *Revista de servicios sociales y política social del Consejo General del Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social*, nº 3, 2002, pág. 9 y ss., y las diferentes leyes autonómicas de nuestro país sobre mediación familiar.

⁴⁰⁷ Véase a este respecto la *Recomendación de formación de los mediadores en materia criminal*, Foro Europeo de Justicia Restaurativa, 2003-2004, pág. 14 y ss.

⁴⁰⁸ Si bien, sí existe una propuesta muy acertada y completa de Estatuto del Mediador en la obra colectiva que coordina SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción: *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*. Centro de Estudios Jurídicos, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 329 y ss.

coordina SÁEZ RODRÍGUEZ⁴⁰⁹ y de la son autores diferentes expertos y prácticos de la mediación, lo extrapolo a la mediación penal y enumero en este apartado las propuestas de facultades y deberes que debieran regir la actuación del mediador penal:

El mediador penal debería contar con las siguientes facultades:

- No iniciar el proceso de mediación cuando pueda ser perjudicial para alguna de las partes o cuando claramente se desprenda que ninguna de ellas pueda obtener un beneficio.
- Paralizar el proceso de mediación independiente de la fase en que se encuentre en todos aquellos casos que puedan suponer un perjuicio para alguna de las partes en conflicto o cuando alguna de ellas esté haciendo un uso puramente utilitarista y detectable de la mediación.
- Disponer de copia de los documentos del proceso que sean necesarios para el desempeño de la función mediadora.
- Contactar con la persona acusada y la víctima cuantas veces estime necesario, a partir de la comunicación que el Juzgado haya realizado a las partes y a sus abogados/as.
- Mantener las entrevistas que estime oportunas con las partes, una vez hayan dado su conformidad para participar en la mediación.
- Establecer la duración de las sesiones.
- El mediador penal debería estar sujeto a los siguientes deberes:
- Guardar la confidencialidad de los asuntos, con sometimiento a la Ley de Protección de Datos.
- Actuar siempre bajo los principios de imparcialidad, neutralidad, evitando por tanto que se ejerza poder por alguna de las partes, o buscar el beneficio para una sola de ellas.

⁴⁰⁹ SÁEZ RODRÍGUEZ (Coord.) y VVAA: *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*. Centro de Estudios Jurídicos. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 329 y ss.

- Iniciar y continuar el proceso siempre y cuando las partes lo hagan desde la libertad y la voluntariedad.
- No entrevistarse con menores o personas incapacitadas sin sus representantes legales.
- No recibir remuneración de ninguna de las partes.
- Promover un acuerdo voluntario y equitativo entre las partes.
- Velar para que las partes tomen sus propias decisiones y dispongan de la información y asesoramiento suficientes, en especial de tipo jurídico, para lograr los acuerdos de manera libre, voluntaria y exenta de coacciones.
- Finalizar el proceso de mediación dentro de los plazos previstos.
- Presentar al Juzgado, una vez haya finalizado la mediación, un informe de su desarrollo junto con el acta de reparación.
- Abstenerse de obtener ventajas profesionales de las partes intervinientes en la mediación.
- Respetar las normas deontológicas del Colegio Profesional al cual pertenezcan.
- Respetar las incompatibilidades con el ejercicio de su profesión, es decir, la persona mediadora no podrá ejercer como tal cuando su imparcialidad quede en entredicho porque existan vínculos con alguna de las partes o haya conocido de ese conflicto como consecuencia del ejercicio de su profesión de origen o los intereses que se manejen sean contrapuestos a otros en los que esté interviniendo.
- Del mismo modo, una vez finalizada la mediación, la persona mediadora no podrá atender a las partes en una actuación profesional diferente a la de mediación para tratar el mismo asunto, salvo que, excepcionalmente, las partes expresamente lo autoricen.

7. La actuación del mediador en cada una de las fases del proceso de mediación penal

a) *En la entrevista individual: fase de información y fase de acogida*

Los objetivos que marcan la actuación del mediador en esta fase son los siguientes:

- Establecer el primer contacto individual con cada una de las partes.
- Detener la “escalada del conflicto”.
- Iniciar la generación de confianza en la persona del mediador y en el proceso de mediación como alternativa a la solución del conflicto⁴¹⁰.
- Explicar las características del proceso de mediación: concepto, principios, reglas, objetivos, estructura del proceso, papel del mediador y consecuencias.
- Recabar de las partes la “Hoja de consentimiento informado”.
- Recopilación de información en la fase de acogida.

b) *En la entrevista conjunta: fase de encuentro dialogado y fase de acuerdo*

Los objetivos que debe plantearse el mediador en la fase de encuentro dialogado y de acuerdo son los siguientes:

- Establecer una buena relación con las partes y entre ellas.
- Motivar hacia la mediación.

⁴¹⁰ Esto comúnmente recibe la denominación de “establecimiento del rapport”.

- Asegurarse de la aceptación libre y voluntaria de las partes para iniciar el proceso y de que saben lo que inician.
- Impedir que se ejerza poder.
- Delimitar con claridad el rol del mediador, los objetivos y las reglas de la mediación.
- Mejorar la comunicación entre las partes.
- Organizar el orden de la negociación.
- Motivar a las partes hacia los acuerdos.
- Asesorar en amplitud a las dos partes.
- Mantenerse neutral.
- Ser siempre imparcial.
- Usar la objetividad.
- Equilibrar las intervenciones de las partes.
- Educar en resolución pacífica de conflictos.
- Traducir a las partes las interpretaciones de sus acciones.
- Devolverles la responsabilidad por el hecho.
- Actuar como un agente de la realidad.
- Transmitir seguridad.
- Paralizar la sesión si ve que es perjudicial para alguna de las partes, o cuando ve necesario hacer un descanso de varios días, antes de retomar la negociación.
- Conocer a las personas y sus intereses, dificultades, ilusiones y necesidades.
- Preparar el campo para conseguir acuerdos beneficiosos, reales y duraderos para ambas partes.
- Cerciorar de que ambas partes están conformes con el acuerdo y que éste sea viable.

c) El cierre pedagógico

Sea que se logre o no el acuerdo de mediación, antes de cerrar la sesión, el mediador debe invitar a los participantes a expresar qué se

llevan del proceso, para qué les sirvió y qué consecuencias quieren que tenga el encuentro. Sea que las partes queden o no satisfechas con el avance en la solución del conflicto, el mediador debe darles reconocimiento por esta aproximación y por otras características personales o de la situación que revelen evolución positiva del proceso o de otros aspectos de sus vidas, para lo cual puede hacer una síntesis de los logros, las dificultades, los asuntos pendientes y los cambios observados a nivel de la significación, del comportamiento o de las emociones. Es una manera positiva de cerrar el proceso, y de poder visualizar, no sólo los acuerdos a los que se han llegado, sino las cosas que se han trabajado y aprendido en el camino hasta concluirlo.

También debe el mediador agradecer a las partes su predisposición, su confianza depositada en él como profesional y valorar el esfuerzo que ha realizado cada parte. Así de este modo, se produce el denominado “cierre pedagógico”, en el que las partes en conflicto finalizan el proceso sintiéndose valoradas como personas, dueñas de su conflicto y parte determinante en la resolución del mismo, reconciliadas con la otra parte y en algunos casos con ellos mismos.

CUARTA PARTE: ANÁLISIS DE UNA EXPERIENCIA EN MEDIACIÓN PENAL EN MADRID 2005-2008

1. Introducción

Uno de los objetivos de este trabajo de investigación consiste en contrastar con los datos reales y lo aprendido en las experiencias prácticas todo lo que se viene afirmando en un plano teórico en relación con el proceso de mediación en asuntos penales, aportando, por tanto, no sólo reflexiones y cuestiones prácticas que suscitan dudas jurídicas a las que he ido dando respuesta a lo largo de los tres apartados anteriores, sino que se hace necesario aportar una evaluación de todas las experiencias en las que he participado como mediadora. Y a esto voy a dedicar esta cuarta parte de la tesis: al trabajo de campo, centrándome sobre todo en los datos cuantitativos, puesto que los datos cualitativos los he ido exponiendo a lo largo de toda la labor de investigación.

Sobre las experiencias desarrolladas en mediación en diferentes zonas del estado español hay en la actualidad cuatro informes o estudios principales, por su exhaustividad y rigor, aparte de las tesis que existen sobre esta materia y en las que también se han recogido datos de experiencias concretas⁴¹¹ y obras colectivas en las que también

⁴¹¹ Véanse a este respecto las tesis de: María Begoña SAN MARTÍN LARRINOA, titulada *La Mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos (Del presente francés al futuro español)*, publicada por el Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, 1997; Gema VARONA MARTÍNEZ titulada *La mediación reparadora como estrategia de control social*, publicada por Comares, Granada, 1998; la de Guadalupe PÉREZ SANZBERRO titulada *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999; la de Luis GORDILLO SANTANA titulada *La justicia restaurativa y la mediación penal*, publicada por Iustel, Madrid, 2007; y por último la de Luhé PALMA CHAZARRA titulada *La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*, presentada ante la Universidad de Sevilla en el año 2007.

se plasman las experiencias suscitadas con motivo de la mediación penal⁴¹².

Dichos informes son los elaborados por Gema VARONA MARTÍNEZ, que analiza la justicia restaurativa a través de la evaluación de los Servicios de Mediación Penal de Euskadi durante el período comprendido entre octubre de 2008 y septiembre de 2009⁴¹³; otro es el informe elaborado por diversos autores que estudia la justicia restaurativa y la mediación penal, analizando la experiencia llevada a cabo en diferentes juzgados del territorio nacional entre los años 2005 a 2008 y que ha contado con el apoyo del Servicio de Planificación y Análisis del Consejo General del Poder Judicial⁴¹⁴, el siguiente es el “Libro Blanco de la Mediación en Cataluña⁴¹⁵” que analiza todos los

⁴¹² Sobre la experiencia en Aragón encontramos la obra colectiva *El valor de la palabra que nos humaniza. Seis de justicia restaurativa en Aragón*, de PIÑEYROA SIERRA, VALIMAÑA TORRES y MARTÍNEZ ALBORNOZ, *Hablamos*, Zaragoza, 2011, que a lo largo de sus 188 páginas desarrollan toda su andadura práctica, aportando conceptos, reflexiones y datos estadísticos, en concreto y sobre la mediación penal en las páginas 91 a 96; sobre la experiencia general de la mediación penal en España existe un balance cuantitativo que figura en: “La mediación penal dentro del proceso. Análisis de situación. Propuestas de regulación y autorregulación. Protocolos de evaluación. Documento ideológico: análisis desde la perspectiva de la política criminal y del derecho a la tutela judicial efectiva” en *Justicia restaurativa y mediación penal*, VV/AA, Cuaderno Digital de Formación, nº 60, Consejo General del Poder Judicial, 2011.

⁴¹³ “*Justicia Restaurativa a través de los servicios de Mediación Penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad. Octubre 2008— Septiembre 2009*”, informes elaborados por Doña Gema Varona Martínez con la colaboración de Laura Vozmediano Sanz e Izaskun Orbegozo Oronoz en San Sebastián en diciembre de 2009. Dicho informe puede consultarse a través de la página web del gobierno vasco en ww.justizia.net

⁴¹⁴ “*Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia —2005-2008—*”, informe elaborado por Julián Carlos Ríos Martín, Margarita Martínez Escamilla, José Luis Segovia Bernabé, Manuel Gallego Díaz, Pedro Cabrera Cabrera y Montserrat Jiménez Arbelo, a petición del Servicio de planificación y análisis de la actividad judicial. Madrid, diciembre de 2008. Dicho informe puede consultarse a través de la página web del Consejo General del Poder Judicial en www.cgpj.es

⁴¹⁵ Jaume Magre, Pompeu Casanovas y M^a Elena Lauroba son los directores del *Libro Blanco de la Mediación Penal en Cataluña*, editado por el Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, siendo la primera edición del año 2010, en el que se hace un estudio sobre la aplicación de la mediación en todos los ámbitos jurídicos (penal, familiar, civil, empresarial, laboral, etc.) y que puede consultarse a

ámbitos posibles de aplicación práctica de la mediación, no sólo la penal, y el último y más reciente es el elaborado por Concepción SÁEZ RODRÍGUEZ, bajo el título “La mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España. 1998-2011”⁴¹⁶. A parte de los cuatro estudios

través de la página: El Libro Blanco de la Mediación en Cataluña. Bloque IV. Capítulo 10. Justicia reparadora: mediación penal para adultos y juvenil. Departament de Justicia. Generalitat de Catalunya. 2011. <http://www.llibreblancmediacio.com/>

⁴¹⁶ SÁEZ RODRÍGUEZ: “La mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España. 2008–2011” en “Cuadernos penales Jose María Lidón”, nº 8. Universidad de Deusto, Bilbao, 2011. Dichas conclusiones sobre toda la experiencia en el territorio nacional desde el año 2008 y hasta el año 2011 ha sido elaborado teniendo en cuenta los informes referenciados y las siguientes fuentes que a continuación se reflejan. Por este motivo, puede concluirse que se trata de un informe muy completo al tener en cuenta todos los datos de todas las experiencias desarrolladas. Dichas fuentes son:

- La Memoria del Servicio de Mediación Penal del año 2009, del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad social del gobierno vasco.

- El “Informe sobre los servicios de mediación penal de 2008” de la Dirección de Ejecución Penal. Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad social del gobierno vasco.

- Los Programas (Memorias) de Mediación y Reparación Penal en la jurisdicción ordinaria, correspondientes a los años 2008 y 2009, de la Dirección General de Ejecución Penal, del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña.

- Los informes de evaluación cuantitativa de la Dirección General de Ejecución Penal del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña. Años 2008 y 2009.

- Los “Resultados de la encuesta de satisfacción a los usuarios y usuarias del Servicio de Mediación Penal, año 2008”, de la Asociación Benestar i Desenvolupament. Barcelona, enero de 2009.

- El informe de gestión de los Juzgados incorporados al proyecto de mediación penal, así como el listado completo de los juzgados que hacen mediación, del Servicio de Planificación y análisis de la Actividad Judicial del Consejo General del Poder Judicial. Primer y segundo semestre de 2009

- Las encuestas de opinión elaboradas en junio de 2010 por el Grupo de Investigación en Mediación Penal dirigido por Ramón Sáez en

citados, evidentemente se han hecho muchos otros pero más modestos y no tan completos, motivo por el cual sólo he citado a éstos, porque los considero los cuatro principales en el ámbito estatal en relación a la justicia restaurativa y la mediación penal.

Los datos con los que he elaborado esta evaluación se han obtenido de la experiencia llevada a cabo en diferentes órganos judiciales de la comunidad de Madrid con el apoyo de la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos de Madrid, de la que formo parte⁴¹⁷.

Estos órganos judiciales contaron en su momento con el apoyo del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del Consejo General del Poder Judicial, que así mismo acometió la tarea de ir recogiendo los datos estadísticos y otras informaciones útiles de todas las experiencias que bajo su amparo se fueron desarrollando en España. En la actualidad, el Consejo General del Poder Judicial ha asumido una labor de liderazgo en esta materia mediante el nombramiento de una vocal delegada para la coordinación e impulso del proyecto de mediación penal y civil y un vocal adjunto y mediante la asunción del Protocolo para la mediación penal que fue elaborado en 2005 por la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos de Madrid⁴¹⁸.

Es importante destacar que el número de expedientes sobre los que he desarrollado este trabajo de campo asciende a 218 casos derivados a mediación. Dichos expedientes se han remitido desde 7 órganos

el marco de las actividades de formación continua del Consejo General del Poder Judicial, año 2010.

⁴¹⁷ Dicha asociación cuenta con una página web en la se plasman todas sus actividades, los miembros que la componen, etc.: www.mediacionypacificacion.es

⁴¹⁸ Véase Nota de Servicio Interior del CGPJ de 25 de enero de 2010 para su inclusión en la reunión plenaria del CGPJ de 28 de enero de 2010.

judiciales diferentes en el periodo comprendido entre enero del año 2006 hasta diciembre del año 2010. Por tanto, concluimos que, en un periodo de 4 años, se han derivado 218 expedientes a mediación, de los cuales 122 han finalizado con acuerdo entre las partes, 71 no han podido iniciarse y 25 no han concluido con acuerdo una vez iniciada la mediación.

Este volumen de casos derivados a mediación (que en ningún caso puede calificarse de extenso, aunque sí es lo suficientemente amplio y diverso para poder extraer conclusiones de interés) obedece a dos razones. La primera, que, al tratarse de una experiencia que no cuenta con expresa regulación legal, hay que partir de la predisposición y voluntariedad del órgano judicial por implicarse en esta tarea; por tanto, han derivado expedientes aquellos órganos en que los que el juez ha deseado participar en la experiencia. Existe una importante movilidad en los titulares de los órganos judiciales, que cambian de plaza con bastante habitualidad, lo que lleva a que en algunas ocasiones sólo se hayan derivado casos a mediación mientras el juez estaba de titular en dicho juzgado, perdiéndose la oportunidad de continuar con la mediación al cambiar de juez. Como veremos en el análisis que hago a continuación, los Juzgados que más expedientes han remitido a mediación son los que han permanecido con los mismos jueces titulares en su puesto (J.I. nº 32 de Madrid y Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid), mientras que, por el contrario, en el resto de Juzgados la experiencia se puede calificar de breve, en función de la permanencia del titular del juzgado que decidió sumarse a la experiencia (J.E. nº 4 de Madrid y J.I. nº 47 de Madrid).

La segunda de las razones es que los componentes de la citada asociación han dedicado una pequeña parte de su tiempo de manera altruista al ejercicio de la mediación, por tanto, el volumen de asuntos que los mediadores podían asumir era escaso, pues no contaban con un

servicio de mediación organizado y regulado y con contratos de trabajo que les permitiese dedicar toda su jornada laboral a esta tarea.

La ausencia de regulación expresa de la mediación en asuntos penales en España —a pesar de la Decisión Marco de 2001— y la carencia de sistemas públicos a cargo de las administraciones competentes —salvo en Cataluña y Euskadi y luego otras administraciones— no ha permitido un desarrollo sistemático de las experiencias de modo que contemos con un acervo estadístico extenso.

Por estos dos motivos puede concluirse que el volumen de trabajo no ha ascendido a más. Si resulta evidente que, si derivasen expedientes a mediación todos los juzgados existentes y hubiese un equipo mediador dedicado íntegramente a esta tarea, las cifras serían muchísimo más elevadas⁴¹⁹, como así se puede desprender de los tres informes que he mencionado en líneas anteriores.

De lo que sí puede estar satisfecha la asociación a la que pertenezco y a la que he hecho alusión en líneas anteriores, es que ha sido al menos, una de las asociaciones que lleva a cabo la tarea mediadora en la Comunidad de Madrid en todos los tipos de órganos judiciales penales, hecho éste que me ha permitido analizar cómo es la mediación en cada una de las fases del proceso penal (instrucción, enjuiciamiento y ejecución) en los delitos y en las faltas. A continuación iré desarrollando un análisis de los datos obtenidos, a los que en algunos casos acompañaré de cuadros gráficos para proporcionar mayor claridad a la exposición.

⁴¹⁹ A este respecto véase los datos del informe de VARONA MARTÍNEZ que analiza los datos en los que existe la mediación en todos los órganos judiciales de varios partidos judiciales de la jurisdicción penal y que cuenta con servicios públicos de mediación que trabajan a jornada completa.

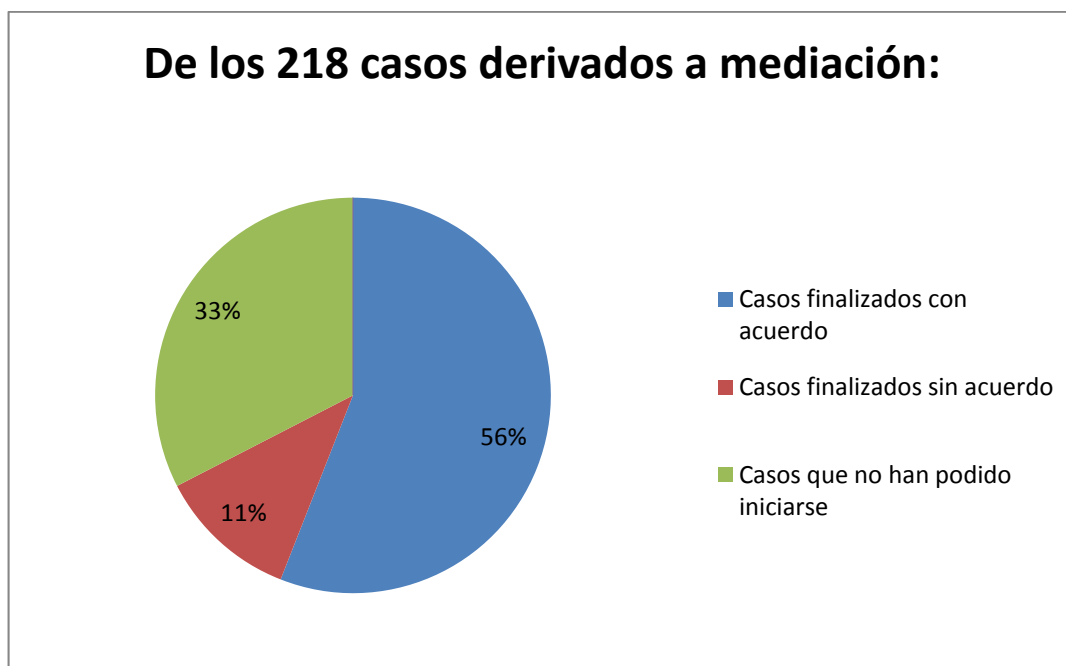
Respecto al estudio de la reincidencia he de decir que no tenemos datos al respecto, dada la imposibilidad de analizar esta materia por cuestiones de tiempo. Habrá que esperar unos años para comprobar si ha existido reincidencia entre los infractores que han participado en mediación y en qué porcentaje se ha producido. Sin embargo, sí que existe un artículo muy pormenorizado sobre la reincidencia en Cataluña, pues al contar con una dilatada experiencia en mediación penal la viabilidad del estudio de la reincidencia sí ha sido posible⁴²⁰. Sobre dicho informe sí merece la pena destacar que la reincidencia no se produjo en un 74,7% de los casos en los que hubo mediación con acuerdo satisfactorio para las partes durante el tiempo que duró la investigación —habiéndose tomado la muestra de los 435 expedientes que finalizaron con éxito—. El análisis comparativo demostró que se producen más casos de reincidencia cuando se dan los siguientes condicionantes: la duración del programa de mediación es más baja, el sexo del infractor es masculino y los delitos son más graves o hay presencia de agravantes en el hecho delictivo cometido.

2. Resultados de la intervención

El número de expedientes derivados a mediación con los que hemos trabajado desde el mes de enero de 2006 hasta el mes de diciembre de 2010, asciende a 218 casos, de los cuales han concluido con acuerdo 122, sin acuerdo 25 y 71 no han logrado iniciarse. Es muy importante no contabilizar los casos en los que no ha habido acuerdo junto con los

⁴²⁰ Dicho informe fue publicado por la Generalitat de Catalunya en el año 2007, basándose en una investigación del año 2006 y siendo los autores: Miguel Ángel SORIA VERDE, Ansel GUILLAMAT RUBIO, Inma ARMADANS TROMOLOSA, Joan SENDRA MONTES, Merçe LLENAS HERBERA, Clara CASADO CORONAS, Montserrat MARTÍNEZ CAMPS y Genma FONS JIMÉNEZ. Puede consultarse a través de la página web de la Generalitat de Catalunya. También puede consultarse a través del Butlletí de difusió de Recerques, n° 41, febrero de 2008, del Centro de Estudios jurídicos y formación especializada de la Generalitat de Catalunya.

que ni siquiera han logrado comenzar en un solo bloque, pues son supuestos completamente diferentes. El hecho de que no se hayan podido iniciar dichos expedientes obedece a razones de imposibilidad de localizar a una de las partes o de incorrecta selección del asunto para derivar a mediación.



3. Órganos jurisdiccionales remitentes

Desde enero del año 2006 hasta diciembre del año 2010 han derivado expedientes a mediación los siguientes órganos judiciales de la Comunidad de Madrid, por orden cronológico:

- Juzgado de lo Penal nº 20, durante un año y medio, concretamente desde enero de 2006 hasta junio de 2007.
- Juzgado de Ejecución Penal nº 4, durante medio año, desde enero de 2007 hasta junio de 2007.
- Juzgado de Instrucción nº 47 durante ocho meses, desde enero hasta agosto del año 2007.
- Juzgado de Instrucción nº 32, desde enero de 2007 hasta la actualidad.

- Sección 17ª de la Audiencia Provincial, desde septiembre de 2007 hasta la actualidad.
- Juzgado de lo Penal nº 6, durante medio año, desde enero de 2008 hasta septiembre.
- Juzgado de Instrucción nº 3, desde marzo de 2010 hasta la actualidad.

Dichos órganos han derivado el siguiente número de expedientes:

ÓRGANO JUDICIAL REMITENTE	Nº de EXPEDIENTES REMITIDOS
Juzgado de lo Penal nº 20	26 –delitos–
Juzgado de lo Penal nº 6	6 –delitos–
Juzgado de Ejecutorias nº 4	4 –delitos–
Juzgado de Instrucción nº 47	13 –faltas–
Juzgado de Instrucción nº 32	100 –58 faltas y 42 delitos–
Juzgado de Instrucción nº 3	16 –10 faltas y 6 delitos–
Sección 17ª Audiencia Provincial	53 –50 faltas y 3 delitos–
TOTAL CASOS DERIVADOS	218

4. Momento de recepción

El momento de recepción de los expedientes derivados a mediación ha sido muy diverso, pues se han derivado desde todas las instancias posibles y todas las fases procesales (juicios de faltas, instrucción, enjuiciamiento, ejecución y apelación).

El equipo mediador ha recibido 32 derivaciones del juzgado de lo penal en la fase de enjuiciamiento y antes del plenario (sin que éste estuviese señalado), por lo tanto, ya había escrito de acusación y de defensa, lo que suponía que el acusado, en la mayor parte de los casos, conocía la calificación y petición de condena. Al no existir citación para

el acto de juicio oral, el proceso contaba con suficiente margen para su desarrollo y, sobre todo, para el plazo de cumplimiento de los acuerdos, pues, en la medida de lo posible, se debe intentar que éstos se cumplan antes del acto de juicio oral para confirmar la existencia de la concurrencia de la atenuante de reparación del daño como simple o muy cualificada. En la celebración de la vista oral, si la mediación había concluido de manera positiva, se tenía en cuenta tanto por el fiscal, como por la defensa del acusado, el esfuerzo realizado y los acuerdos de mediación a la hora de fijar la determinación de la pena.

Desde los juzgados de instrucción se han recibido 129 expedientes: 81 de los cuales eran juicios de faltas con señalamiento, y el resto, 48 total, fueron derivados por delito en la fase de instrucción cuando se tramitaban como diligencias previas.

En fase de ejecución de sentencia se han recibido 4 expedientes, siendo la sentencia firme pero no existiendo aún pronunciamiento por parte del juzgado sobre la posible suspensión o sustitución.

De la audiencia provincial se han recibido 50 expedientes relativos a recursos de apelación en juicios de faltas. Ya existía sentencia de un juzgado de instrucción y alguna o todas las partes habían recurrido, estando pendiente la sentencia de apelación. Por parte de este órgano se han recibido 3 expedientes por delito, en la fase de enjuiciamiento, habiendo escritos de acusación y defensa, pero sin señalamiento de vista oral.

5. Resultados de la intervención

a) Resultados de la mediaciones derivadas

	J.P. 20	J.P. 6	J.E. 4	J.I. 47	J.I. 32	J.I. 3	Sec. 17 ^a
Con acuerdo	12	1	2	8	64	10	25
Sin acuerdo	1	0	0	0	13	2	9
No iniciadas	13	5	2	5	23	4	19

b) Motivos de no inicio de la mediación

De los 218 expedientes derivados a mediación, 71 no han podido iniciarse. Las causas por las que no se logrado comenzar el proceso de mediación son las siguientes:

MOTIVOS POR LOS QUE SE NO SE INICIA LA MEDIACIÓN	Fase de Instrucción	Fase de enjuiciamiento	Fase de ejecución	Juicio de faltas	Apelaciones de faltas
Por no localizar a la víctima		5		1	
Por no localizar al infractor		13		4	
Porque la víctima no lo desea		1		4	8
Porque el infractor no lo desea	2	1			3
Por decisión del mediador	2				5
Porque los datos de la denuncia no coinciden con el imputado					
Por no querer ambas partes cuando ambas concurren como víctima y como infractor	2			7	5
Por decisión unilateral del abogado	1	1		2	
Por otros motivos		4			

Como se desprende de este cuadro, de los 71 casos que no han logrado iniciarse, la causa de mayor número obedece a la imposibilidad de localizar al infractor, que asciende a 17 casos. Esta dificultad para encontrar a una de las partes se debe a que los datos que proporcionó la persona infractora en el momento de la detención o en otro momento procesal eran incorrectos, no actuales (número de teléfono, dirección, etc.) o incluso porque esa persona estaba en situación de busca y captura. Por ello, se puede concluir que no se debe remitir a mediación casos en los que el infractor esté en esa situación o no esté localizable. Sería impertinente promover y decretar su busca y captura para ofrecerle participar en un proceso de mediación, pues chocaría frontalmente con el principio primordial que inspira el proceso de mediación y que no es otro sino el de voluntariedad.

La siguiente causa en mayor número de supuestos que han imposibilitado comenzar el proceso ha sido porque ambas partes no lo desean expresamente. Hay que destacar que en estos 14 casos ambos acudían al proceso en el doble rol de víctimas e infractores y se ha dado en la fase de instrucción, en los juicios de faltas y en las apelaciones de los juicios de faltas, pero nunca en la fase de enjuiciamiento. Al contar ambas partes con las dos posiciones procesales, se llamaba a ambos simultáneamente (ya quedó indicado en el apartado tercero que siempre se contacta primero con el infractor y, si éste muestra su voluntad de no participar en el proceso, no se importuna a la víctima; por tanto, esto significa que cuando el infractor no quiere, nunca llegaremos a saber si la víctima hubiese o no querido) y ambos expresaban su deseo de no participar. En esas llamadas se interesaban por conocer la voluntad del otro para participar en el proceso, pero, al ser el contenido del proceso confidencial, no podíamos indicarle nada a este respecto y, ante esa desinformación, optaban por no participar, por no posicionarse

como la parte “débil” en el proceso. Por tanto podemos concluir que esta causa —ambas partes no desean participar en el proceso— siempre⁴²¹ se ha dado cuando ambas partes concurrían en dos vertientes procesales: la de víctima y la de infractor.

En la última casilla, en ‘otros motivos’, éstos se deben a la imposibilidad de participación de una de las partes, pero no por no poder localizarles. Uno de los motivos fue por el fallecimiento de una de las partes y los otros 3 porque su familia no les apoyó a la hora de participar en el proceso, no aprobando su conducta, por lo que tras la fase de información, e incluso en algunos casos, la fase de acogida, en los 3 casos se retiraron por no decepcionar a sus allegados; así expresamente nos lo hicieron constar a los mediadores. Esto sucede con bastante frecuencia. Esto se da con más frecuencia con las víctimas que con los infractores.

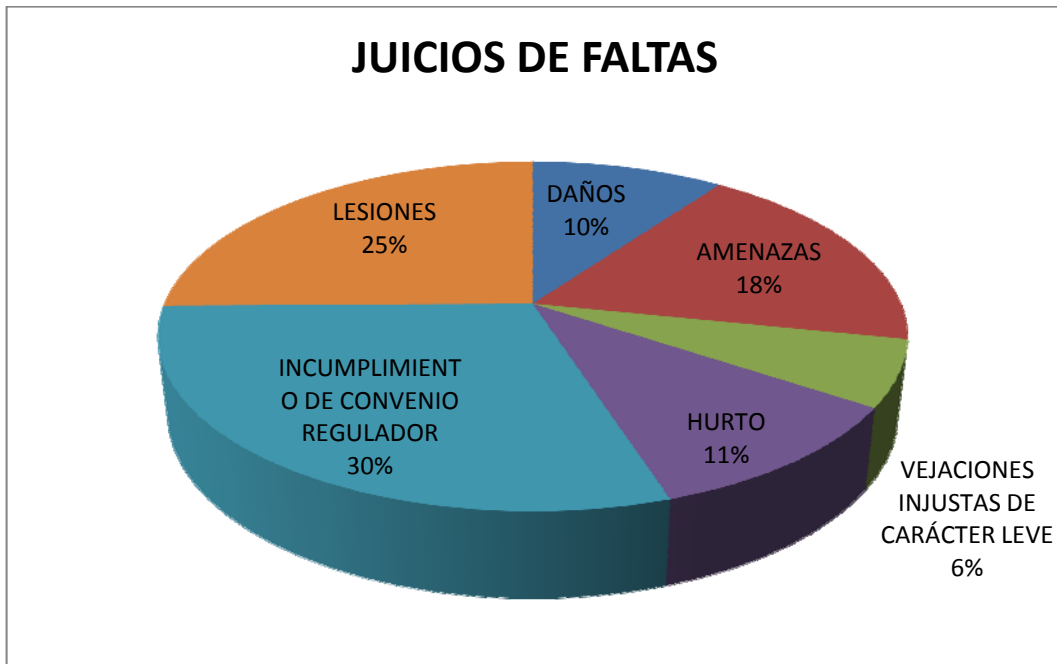
Los casos en los que hemos sido los mediadores los que hemos decidido no iniciar el procedimiento o no llegar a la fase de encuentro dialogado, se han debido a que hemos detectado algún tipo de enfermedad o trastorno mental grave en alguna de las partes. Esta circunstancia dificultaba enormemente llegar al encuentro dialogado, considerándolo incluso perjudicial para la otra parte por el posible enfrentamiento al que pudieran llegar.

El resto de supuestos quedan perfectamente claros con el enunciado expreso.

⁴²¹ Lo cual contrasta con los datos que ofrecen otras experiencias, como el caso de Euskadi, en el que se ha desarrollado un número importante de mediaciones con las dos partes ocupando el doble rol en casos de denuncias cruzadas, por lo que tampoco conviene extraer conclusiones precipitadas de esta circunstancia de la experiencia en Madrid.

6. Infracciones penales derivadas

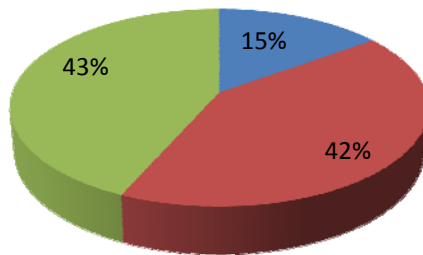
Como veremos en los gráficos siguientes, vamos a analizar los tipos delictivos que han remitido los juzgados de los 218 casos derivados a mediación con el fin de visualizar el tipo de infracciones. Posteriormente analizar los tipos penales en los que sí se ha llevado a cabo la mediación.



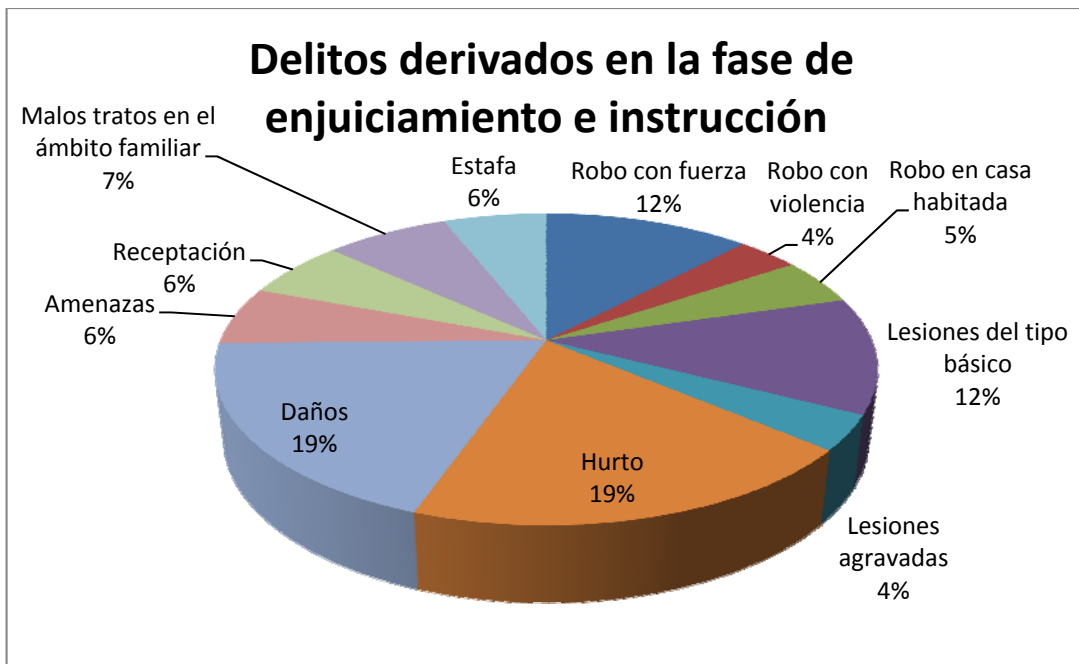
El mayor número de infracciones penales derivadas a mediación en los juicios de faltas han sido los incumplimientos de convenio regulador de separación o divorcio o, en el caso de las parejas no casadas, el incumplimiento de las medidas paterno filiales. El resto de faltas derivadas a mediación –vejaciones injustas de carácter leve, amenazas, daños y lesiones– han ocurrido en el contexto de comunidades de vecinos. Las faltas de hurto han tenido como sujetos pasivos tanto particulares como personas jurídicas.

RECURSOS DE APELACIÓN

- Sentencias dictadas en relación a faltas de amenazas
- Sentencias dictadas en relación a faltas de daños

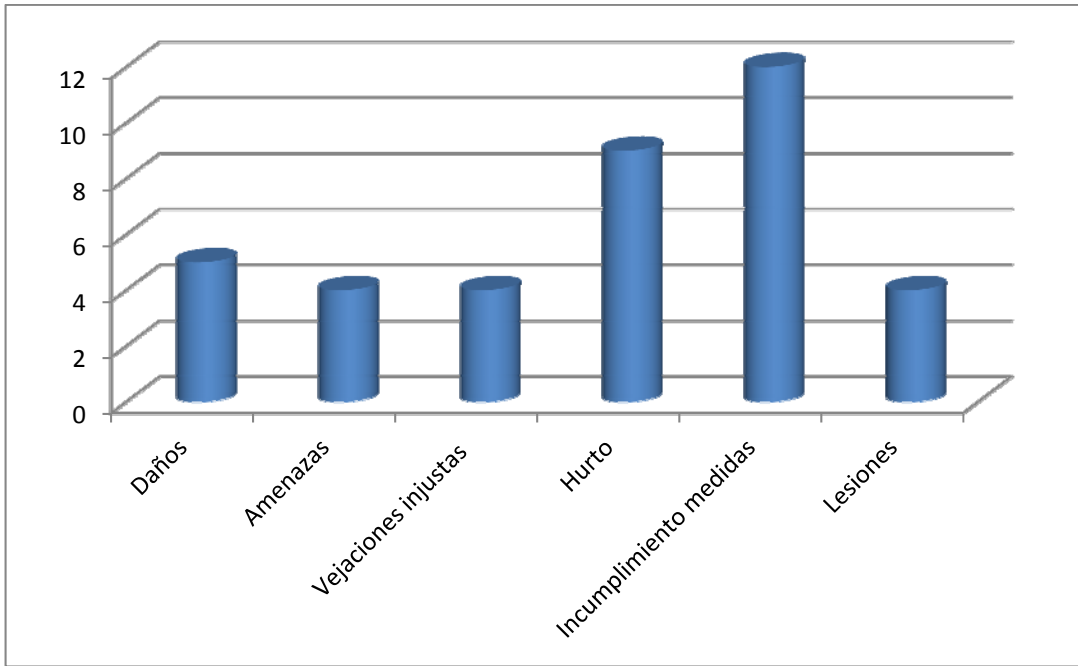


Los expedientes de recursos de apelación derivados al programa de mediación han sido remitidos por la Sección 17^a de la Audiencia Provincial de Madrid. En este caso, las mediaciones tenían que realizarse antes de los 6 meses –evitar la prescripción–, pues es el tiempo que disponías la Sala para dictar sentencia. Con el acuerdo de mediación la parte apelante desistía del recurso interpuesto y en algunos otros casos se dictó sentencia absolutoria.

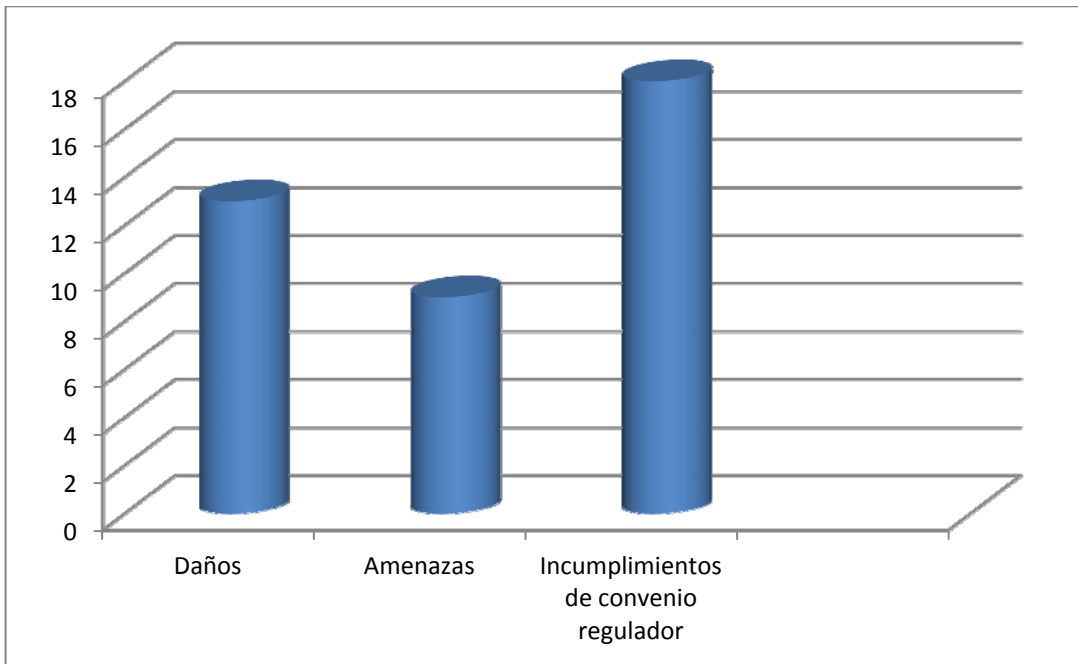


7. Infracciones penales mediadas

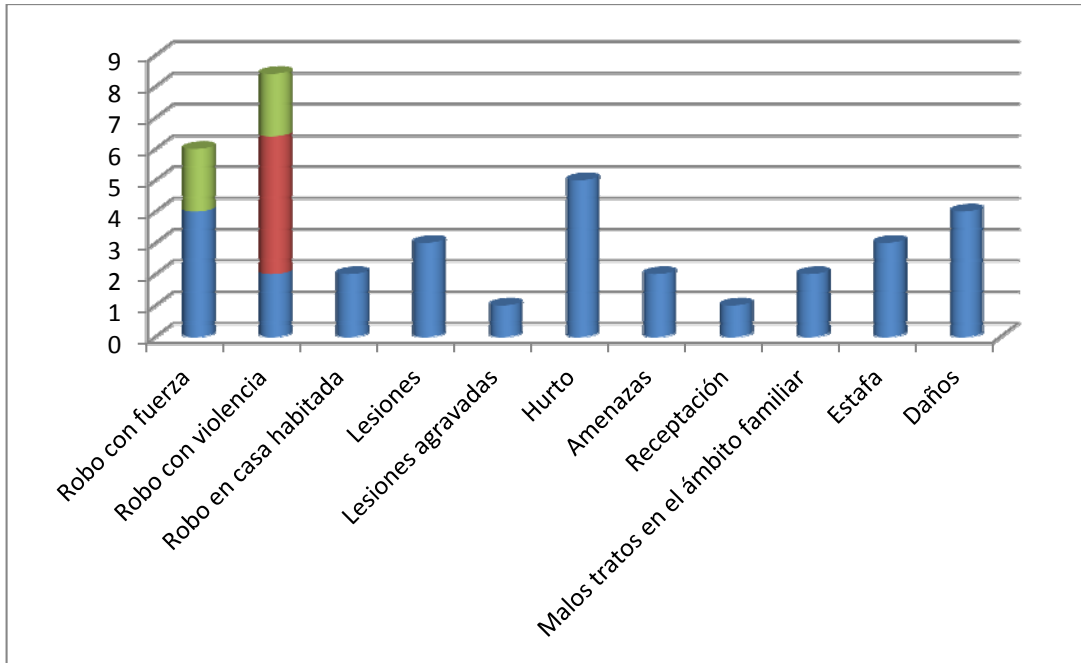
En los **juicios de faltas** derivados a mediación se ha mediado en la siguiente tipología delictiva:



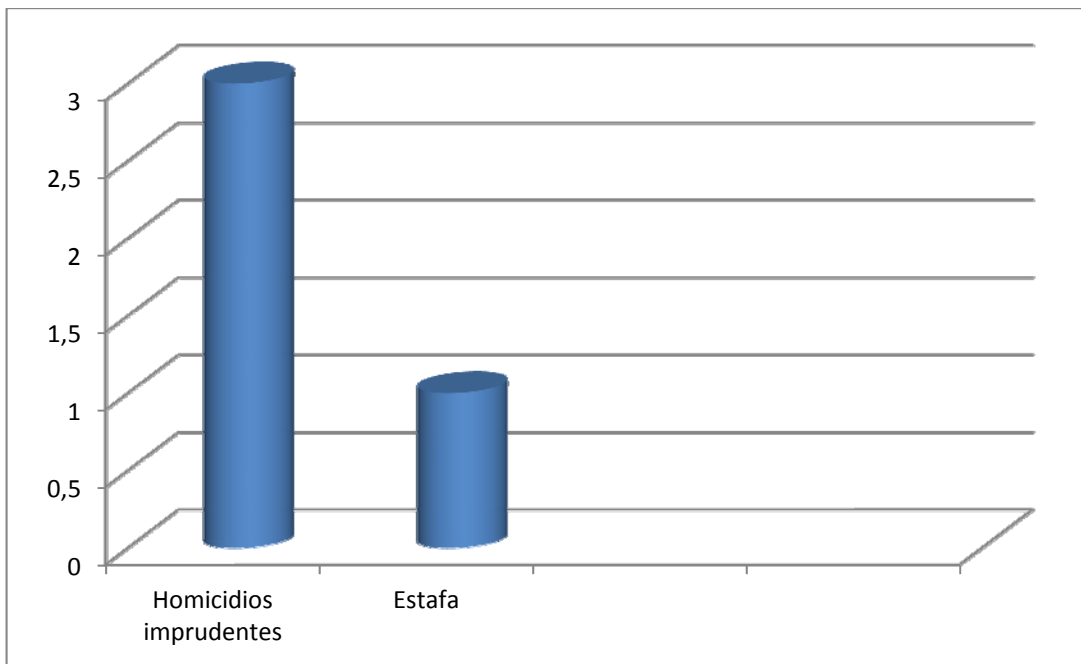
Los recursos de apelación derivados por la audiencia provincial y en los que efectivamente ha existido mediación han presentado la siguiente tipología:



Los delitos derivados tanto en la fase de instrucción como de enjuiciamiento en la fase de instrucción y en la de enjuiciamiento tienen la siguiente tipología:



Los delitos derivados en la fase de ejecución y en los que ha habido mediación han consistido en:



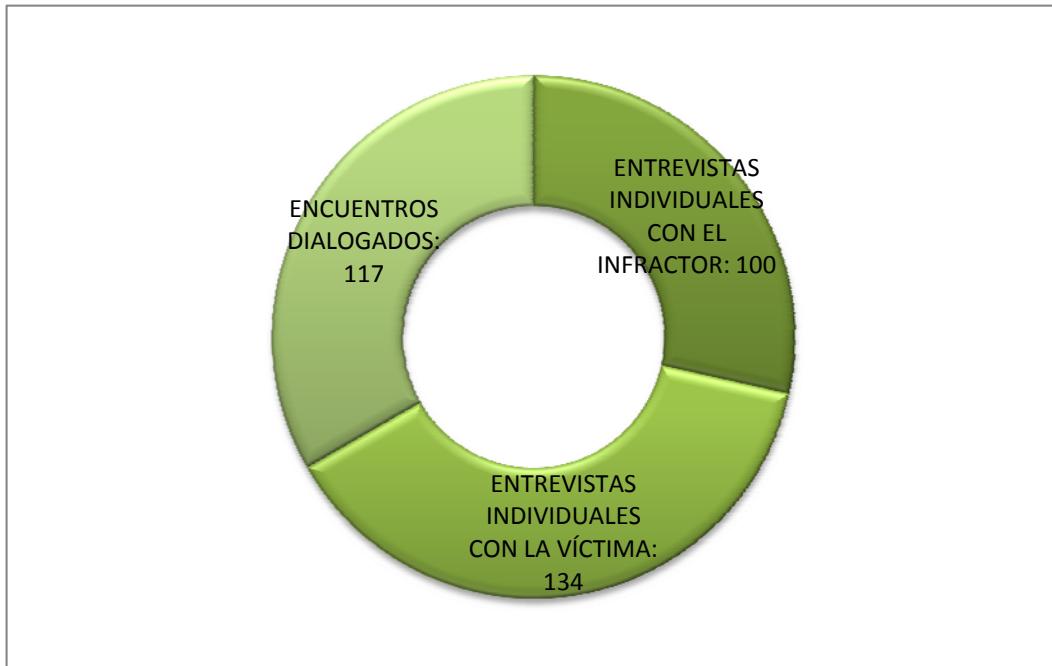
De los datos ofrecidos en relación con la tipología delictiva se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- Las faltas y delitos que son derivados a mediación nos permite inferir algunos criterios empleados por quienes han tomado la decisión de remitirlos a un procedimiento de mediación.
- En los juicios por delito se observa una presencia muy importante de delitos contra la propiedad —robos, daños y hurtos— y relativamente bastante menor en delitos contra las personas —lesiones, amenazas—. Si se contrasta por ejemplo con los datos de los servicios de mediación penal en Euskadi, se aprecia que el resultado es inverso. Una hipótesis apuntaría a que en la experiencia en la Comunidad Autónoma del País Vasco los responsables de la derivación, los órganos judiciales, han entendido que la mediación era un proceso especialmente indicado —y así se indicada en el protocolo que manejaron— para los casos en que existen relaciones previas y/o posteriores al hecho, esto es, que infractor y víctima son conocidos y comparten un espacio de relación. Sin embargo, los órganos judiciales de la Comunidad de Madrid atendieron principalmente a las potencialidades que tiene el procedimiento de mediación para la prevención especial con evitación de la prisión.
- En los juicios de faltas sin embargo se observa una presencia muy importante del incumplimiento de obligaciones familiares, hipotéticamente por su importante prevalencia en el volumen de asuntos que conocen los juzgados de instrucción y porque intuitivamente se percibe que la judicialización de estas conductas muestra sólo la punta del iceberg de conflictos mucho más profundos.
- A partir de un estudio empírico de las experiencias existentes, se constata que los actuales resultados estadísticos en España ofrecen altas dosis de subjetividad, en el sentido de que, dado que no existe

una regulación legal, la participación de órganos judiciales ha sido voluntaria y voluntarista y que no existen criterios claros de selección de casos. Los datos dependen en gran medida de percepciones y objetivos personales de los jueces, que en raras ocasiones son expresados con claridad.

- En todo caso, la experiencia demuestra que el tipo de delito (y su gravedad conforme al art. 32 CP) no es el criterio más idóneo para la selección de los casos a derivar, ni para el éxito de los procesos. Son más relevantes los aspectos subjetivos relativos al significado del hecho para las partes o las capacidades personales de cada una para participar en un proceso de estas características.
- Se aprecia en algunas de las experiencias que los órganos judiciales y operadores jurídicos en general pre-juzgan que la mediación es más idónea para los hechos menos graves —desde un punto de vista penal objetivo— porque perciben la mediación desde el punto de vista de los beneficios penológicos que pueden generar al infractor. Por el contrario, si se entienden como principales los beneficios que la mediación puede tener para la víctima, no hay razón para excluir los hechos penalmente más graves.

8. Datos referentes a las mediaciones



Como observamos en el gráfico superior, no existe correspondencia entre el número de expedientes remitidos con el número de entrevistas y encuentros dialogados. Dependiendo del caso se necesitarán más o menos entrevistas individuales y conjuntas.

a) Contenidos de los acuerdos

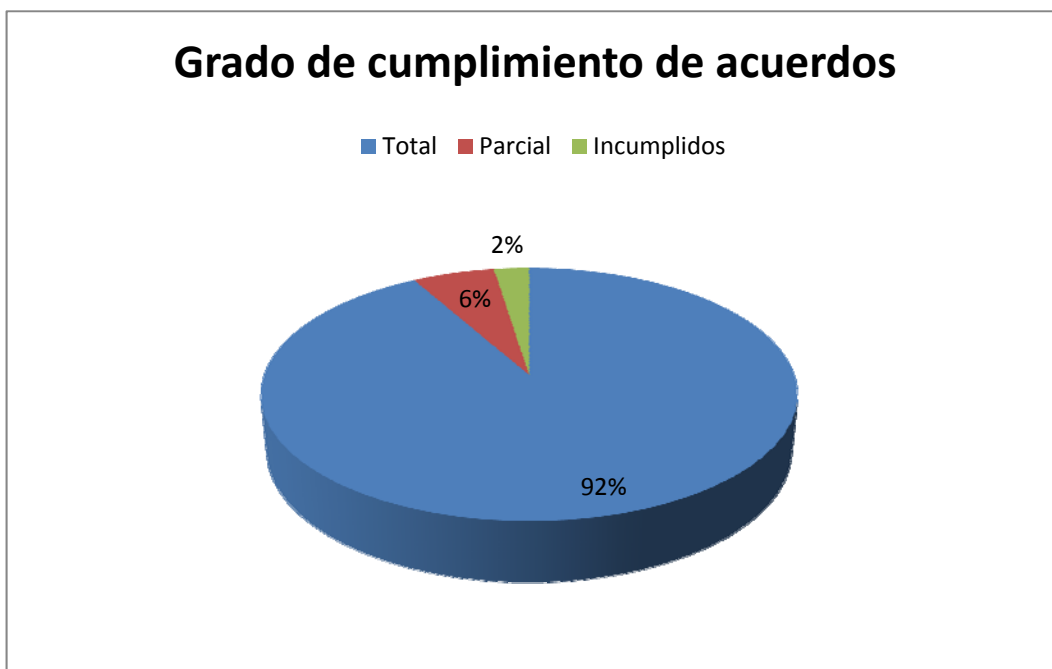
En el gráfico que vemos a continuación se exponen los acuerdos a los que han llegado las partes en cada una de las fases procesales.

Recordemos que han sido 122 los expedientes que han finalizado con acuerdo. En muchos de ellos el acta de reparación firmada contenía varios acuerdos, por lo que no es igual el número de acuerdos al número de expedientes finalizados con acuerdo. También ha ocurrido que en muchos casos relativos a los juicios de faltas, realizando la mediación en uno de los expedientes se solucionaba el conflicto de fondo y por tanto se retiraban varias denuncias, aparte de la relacionada directamente con el caso de mediación. También hay que

tener en cuenta en estos porcentajes que en algunos de los casos derivados había más de una persona víctima, llegando incluso en algunos casos a haber más de cuatro víctimas. Estos casos se han contabilizado como una mediación, asignando un único número de expediente, pero teniendo en cuenta que a la hora de contabilizar los acuerdos son muchos más, pues varía en función del número de víctimas y de acuerdos en sí suscritos por las partes. Para dotar de mayor claridad, expongo los datos expresados en porcentajes:

Acuerdos	Juicios de faltas	Fase de enjuiciamiento	Fase de instrucción	Fase de ejecución	Apelaciones de faltas
Disculpas formales	80%	100%	100%	100%	55%
Tratamiento terapéutico		10%	9%	50%	
Pago a la víctima		80%	76%	100%	
Realización de trabajos de reflexión por escrito		25%	12%		
Servicios comunitarios		3%			
Renuncia a acciones civiles	60%	12%	30%		
Compromiso de no reincidencia	100%				100%
Declaración formal de respeto mutuo	100%				100%
Retirada de la denuncia	100%				
Donación de dinero o bienes a instituciones benéficas		5%			
Compromiso por el diálogo					
Establecimiento de pactos de convivencia	60%				70%

b) Grado de cumplimiento de los acuerdos

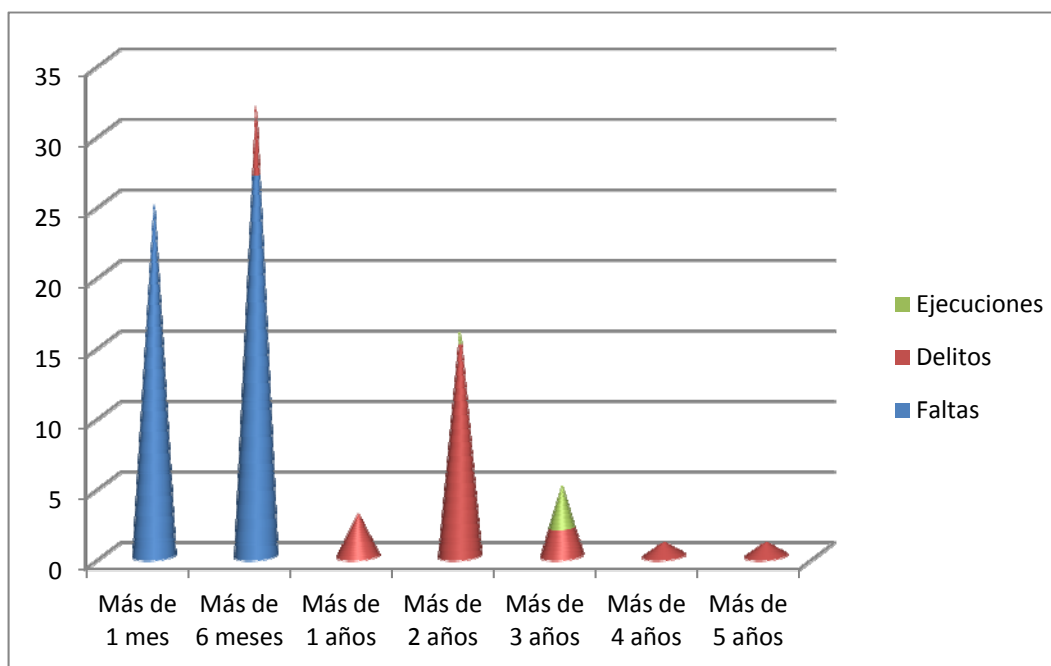


De los 122 expedientes concluidos con acuerdo como consecuencia del proceso de mediación —habiendo en cada uno de ellos más de un acuerdo de reparación, llegando a haber unos 4 acuerdos en una misma acta de reparación, pero contabilizado como un solo acuerdo— se puede decir que el grado de cumplimiento ha sido altísimo. El 92% de los acuerdos se ha cumplido en su totalidad. Para determinar el grado de cumplimiento se toma en consideración la ejecución del último de los acuerdos adoptados.

Este alto grado de cumplimiento se debe a que han sido las propias partes las que lo han decidido y asumido, teniendo en cuenta las necesidades de la víctima y las posibilidades reales de cumplimiento.

Las partes siempre han pactado aquello que podían cumplir, lo que se traduce en observancia de lo acordado.

c) *Tiempo entre hechos e inicio de la mediación*

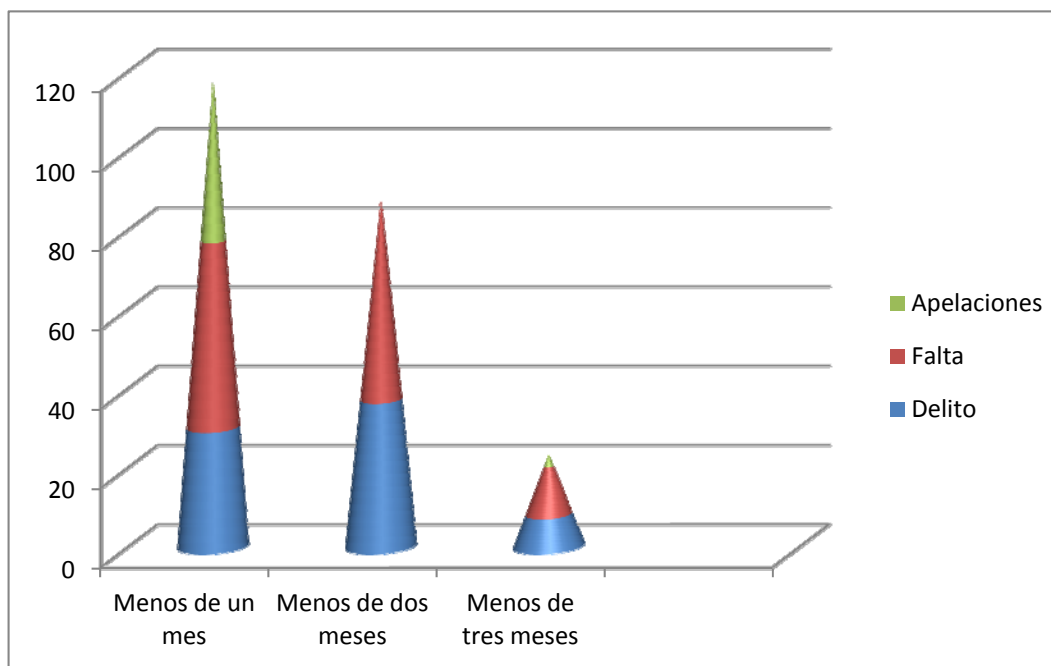


La dilación entre la fecha de los hechos y el inicio de la mediación se aprecia sobre todo en los delitos derivados en la fase de enjuiciamiento, y principalmente en aquellos en los que la instrucción se había desarrollado en órganos de los partidos judiciales, no de Madrid capital.

El hecho de que se instruyan unas diligencias en los juzgados de la capital supone mayor celeridad a la hora de remitir las actuaciones al órgano de lo penal competente, mientras que los juzgados de los partidos judiciales no cuentan con un fiscal, sino que tienen que remitir todas las actuaciones a la Fiscalía de Madrid, lo que supone una mayor inversión de tiempo. Por ello, los delitos cometidos en los partidos judiciales sin juzgados de lo penal son los que mayor tiempo han presentado entre la comisión de los hechos y la derivación a mediación, pues recordemos que sólo han derivado 7 juzgados. Si todos los juzgados contasen con un servicio de mediación, estos tiempos serían diferentes.

Las dilaciones siempre se han debido a retrasos desde los órganos judiciales y nunca retrasos en el inicio de la mediación, como veremos en el gráfico aquí seguidamente expuesto.

d) Tiempo entre el inicio de la mediación y su conclusión



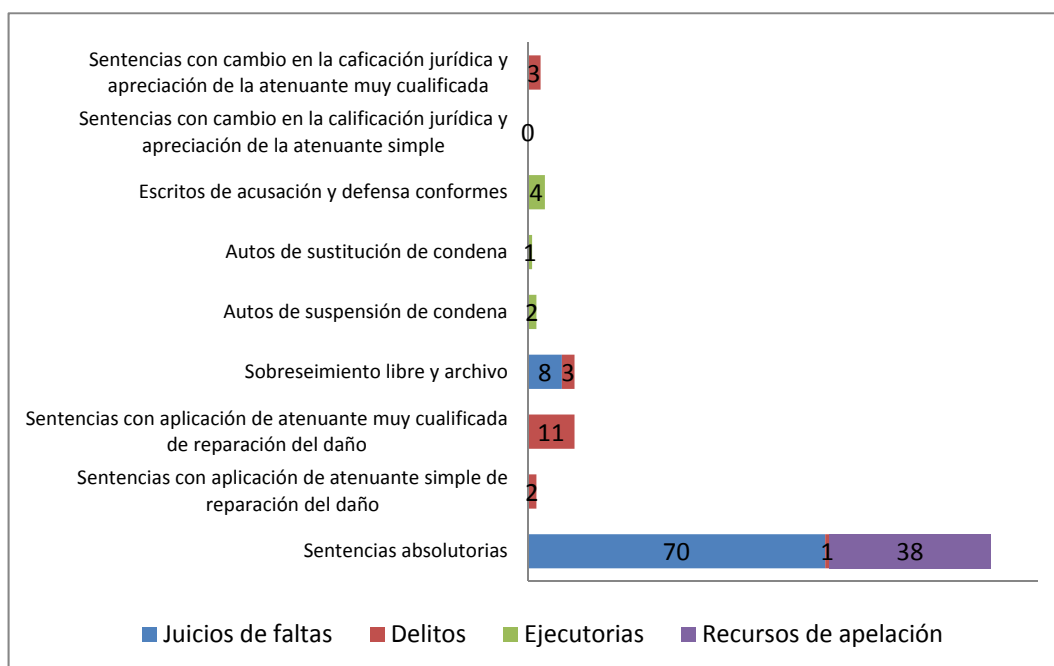
Desde que se deriva un expediente a mediación, el plazo máximo que ha transcurrido hasta que se ha entregado al órgano que lo derivó el acta de acuerdos adoptados o el informe sobre la inviabilidad de la mediación o el fracaso de la misma, ha sido de 3 meses. Por ello se puede concluir que el proceso de mediación en ningún caso supone alargar el tiempo de los procesos judiciales.

e) Razones de no acuerdo en mediaciones iniciadas

Han sido 25 expedientes los que no han concluido con acuerdo a pesar de haber iniciado el proceso de mediación, y esto se debe a:

MOTIVOS DE NO ACUERDO	TOTAL
Desacuerdo en las versiones de los hechos	2
Desacuerdo en la pretensión económica	3
No reconocimiento de hechos	1
Incapacidad reparatoria sobrevenida	2
Intervención de terceras personas ajenas al conflicto	2
Pretensiones inalcanzables por la persona imputada	1
Incapacidad de alcanzar acuerdos realistas	2
Cronificación del conflicto	3
Nuevos conflictos entre las personas participantes	3
Posiciones autoritarias durante la mediación	2
Sentimiento de pérdida por una de las partes	1
Modificación de los intereses durante el transcurso del proceso de mediación	2
Cambio en la estrategia de la defensa letrada	1

f) Datos referentes a la resolución judicial



Los acuerdos alcanzados en el proceso de mediación penal y que han quedado plasmados en el acta de reparación han dado lugar a las resoluciones que observamos en la tabla superior. La resolución estadísticamente más numerosa es la sentencia absolutoria, que, como se desprende claramente, ha sido en los juicios de faltas, seguida de los recursos de apelación, también en faltas. Mientras que por delito tan sólo se ha producido una sentencia absolutoria.

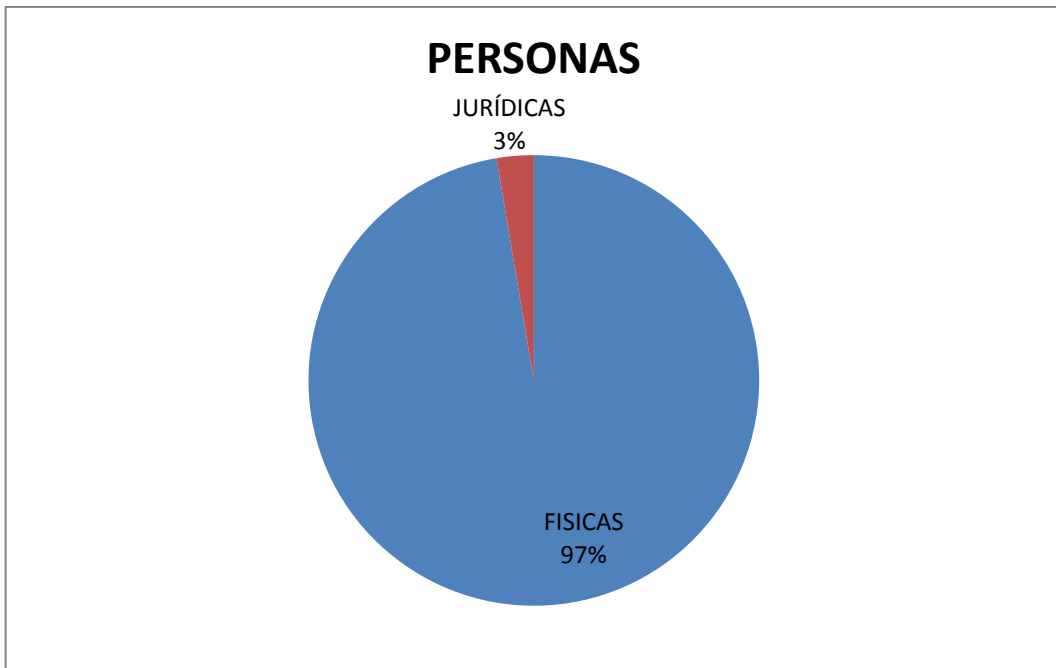
En el caso de los delitos, y tras la celebración del juicio, la sentencia que origina mayor número estadístico es la que aplica la atenuante de reparación del daño como muy cualificada. Se permite rebajar la pena hasta en dos grados, conforme permite el art. 66 del Código Penal. En todos los casos se ha aplicado esa rebaja en base a la observancia y al grado de acuerdos realizados.

En los casos derivados en la fase de instrucción por delito, se ha llegado a la conformidad entre los escritos de acusación y defensa.

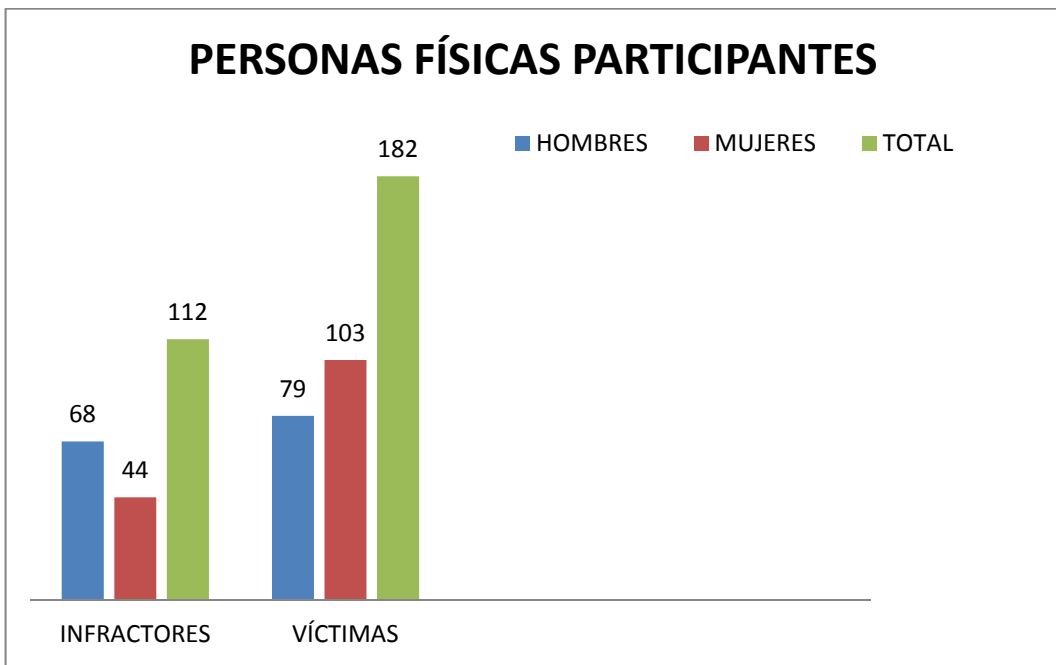
En cuanto a la fase de ejecución, como vemos y dado el escasísimo número de expedientes derivados, sólo se han dictado 2 autos de suspensión de condena y dos de sustitución, pero supone el 100% de los casos derivados.

g) Datos referentes a las personas participantes

En los 147 casos en los que ha habido mediación, aunque no se haya llegado a la fase de acuerdo, han participado en total 302 personas, siendo la mayor parte de éstas personas físicas. Se ha considerado que lo más conveniente es realizar el proceso de mediación entre éstas en base al concepto de mediación y su finalidad. No obstante en virtud del principio de la flexibilidad y de su potencialidad preventivo-especial en relación con el infractor, se abrió la posibilidad de mediar entre personas físicas como autores y personas jurídicas como perjudicadas en los casos de hurtos y robos con fuerza. Las personas jurídicas eran representadas por una persona física con poderes de representación, que acudió a las sesiones de mediación hasta que finalizó el proceso. En las fases de acogida con los representantes de las personas jurídicas se puede afirmar que éstas carecían de contenido emocional, siendo cortas y poco intensas. Sin embargo, sucedía lo contrario en los encuentros dialogados con el infractor, pues el representante le hacía ver a este o esta la trascendencia económica y extra económica de su acción, mostrándoles los libros de contabilidad y los perjuicios.



Como vemos en el gráfico, sólo el 3% (8 de 302) han sido personas jurídicas, siempre en la posición de víctima del delito. El resto de participantes, que asciende a 294 personas, han sido personas físicas, siendo estos los datos que las describen:



El que el número total de víctimas ascienda a 182 y el de infractores lo haga a 112 se debe a que en algunos de los casos derivados a mediación había más de una víctima por el mismo delito o falta derivado a mediación. Como se desprende del gráfico, hay mayor número de varones infractores (61%) que de mujeres infractoras (39%).

En relación con las mujeres infractoras hay que destacar que en 9 de cada 10 casos la infracción era una falta:



Por el contrario, en los hombres se registran más delitos que faltas:



En conclusión, yendo más allá de la escasa información que proporcionan los datos cuantitativos, a partir de los datos cualitativos recibidos en mi participación como mediadora en esta experiencia, puedo extraer las siguientes conclusiones de carácter general —basándome en las respuestas que dan en la fase de acogida—:

En cuanto a las víctimas de delitos:

- Desconocen que el hecho que denunciaron vaya a ser enjuiciado. Piensan que la justicia después de tantos años transcurridos desde los hechos ya se ha olvidado del asunto.
- Desconocen que el Ministerio Fiscal les vaya a representar, y el trabajo que éstos desempeñan. Tampoco saben que les corresponde una indemnización, y cuando conocen la pena que el Fiscal solicita en el escrito de acusación suelen quedarse perplejos ante la desproporción por los hechos sufridos.
- La sensación general es que no creen en lo que ellos denominan coloquialmente “justicia”.

- Nos hemos encontrado que una buena parte de las víctimas mayores de 40 años poseen una sensibilidad más acuciada que en otras edades. Muestran más empatía; poseen sentimientos más pietistas, y expresan una menor necesidad de venganza; la transforman en el ofrecimiento de oportunidades de educación y de igualdad. Desean que la justicia eduque y que dé oportunidades para el cambio.
- Algunas víctimas menores de 23 años –de este dato no se puede obtener, obviamente, conclusiones globales– desean “venganza”, que los delincuentes vayan a la cárcel. Les cuesta empatizar, no desean conocer la historia vital del acusado, y sólo quieren el dinero de la responsabilidad civil cuando se han enterado de que les corresponde. Les cuesta ver a los acusados como personas; les es más sencillo percibirlos como delincuentes merecedores de castigo, y no desean encontrarse con el acusado ni en la mediación ni en el juicio.
- Otras víctimas de mediana edad suelen ser más miedosas. Temen que los acusados se venguen por sus denuncias. Normalmente son personas "ahogadas" por su situación económica, pues están en pleno pago de sus hipotecas por casas, vehículos, etc... Le dan importancia a la responsabilidad civil –no como algo educativo– pues necesitan ese dinero, pero a su vez, sí empatizan, y son sensibles. Se muestran reacias a enfrentarse a sus agresores, pero no niegan y son capaces de ver lo ventajoso de someterse al encuentro dialogado. Necesitan una entrevista individual más larga que el resto de participantes, y son muy expresivos.
- Las víctimas sean de la edad que sean son muy puntuales. Suelen ser educadas y respetuosas. Nunca faltan a una cita.
- Todas las víctimas desean tener el "permiso" de su familia y allegados para someterse al proceso, aunque algunas lo inician a escondidas de sus padres, parejas, hijos, etc., por temor a que les reprochen lo que han hecho: encontrarse cara a cara con su agresor,

aceptar su perdón, conocer su historia, y charlar con él, darle la mano o incluso un abrazo.

- Algunas víctimas —padres o madres— se proyectan pensando en que sus hijos podrían estar en la situación de los acusados, y al verse cara a cara con sus agresores ven a sus hijos en esa sala. Pocas víctimas logran reprimir el llanto.

En cuanto a los infractores de delitos:

- Suelen ser impuntuales, siempre aduciendo problemas de salida de los trabajos. Su visión del tiempo no tiene nada que ver con sus dimensiones reales.
- Reconocen casi en su totalidad los hechos por los que son acusados, aunque suelen engañar en algo u ocultar la mecánica de los hechos, no por mentir, sino por vergüenza.
- Empatizan con la víctima sin problemas y son capaces de ver el daño que han hecho.
- Se sorprenden tremendamente cuando se les informa acerca del miedo por las represalias de la denuncia que sienten las víctimas. Nunca se les ocurrió hacer daño a su víctima por haberle denunciado. No consideran culpables a las víctimas si son condenados. Saben asumir su propia responsabilidad y funcionan desde el criterio de "quien la hace la paga".
- Los "delincuentes" primarios suelen ser vergonzosos, no creen en la suspensión de la condena, no se atreven a mirar a la víctima a la cara.
- Algún "delincuente que ha tenido varios roces con la justicia sin ser técnicamente reincidente" mira a la administración de justicia sin temor. Cree firmemente que a prisión en España sólo se va por cosas muy graves y por un tiempo breve y limitado. No empatiza, y no se considera responsables de sus hechos, le devuelve toda la

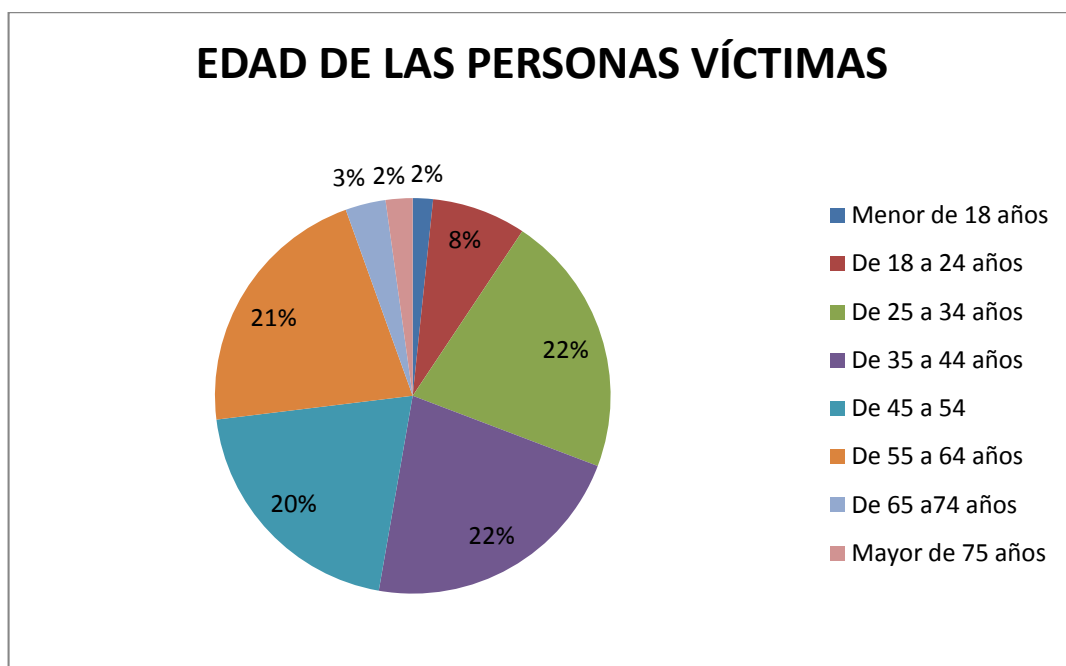
responsabilidad a sus víctimas. Considera excesivos los pagos de la responsabilidad civil y confía en declararse insolvente para no pagar.

- El 90% de los acusados proviene de sectores marginales o con cierto desarraigo: gitanos, inmigrantes, toxicómanos, sin apoyo familiar y sin recursos sociales, económicos y personales.
- Tampoco creen en la justicia, exceptuando los gitanos.
- Son en la mayor parte de los casos hombres y jóvenes.

9. Perfil de las personas físicas atendidas en mediación

a) Víctimas

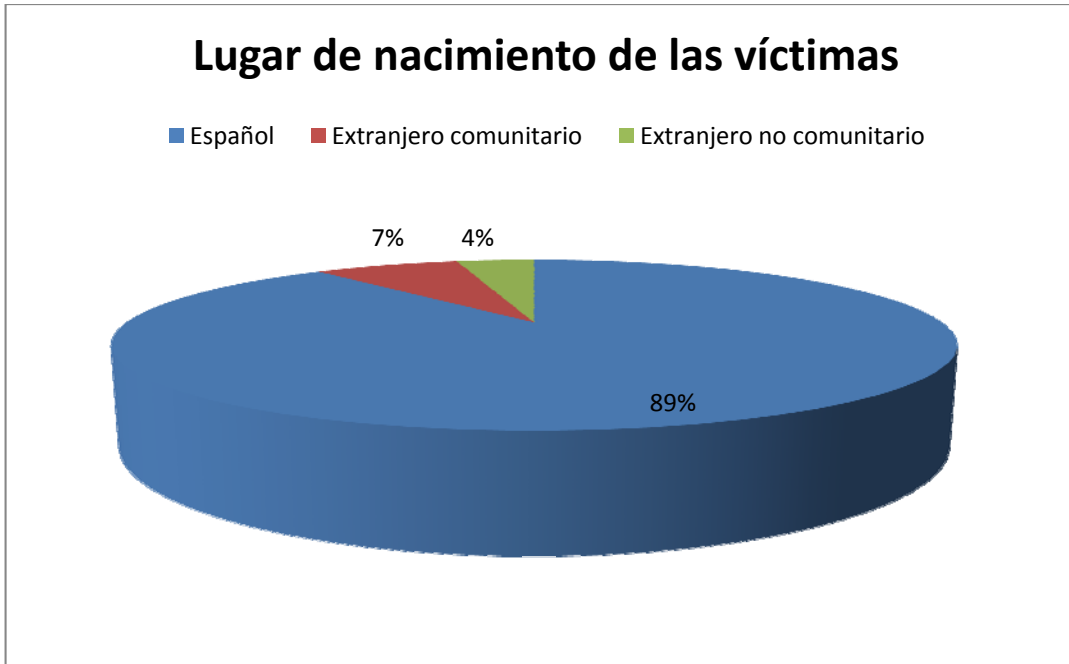
Como ya se comentó en apartados anteriores el número total de personas víctimas que han participado en el proceso de mediación asciende a 182 víctimas, de las cuales 79 han sido hombres y 103 mujeres. También quedó perfectamente determinado cuántas víctimas eran de delitos y cuántas de faltas, por lo que ahora queda por dilucidar el perfil de estas personas, que puede concretarse gráficamente en lo siguiente:



El número de personas víctimas con edades comprendidas entre los 25 y 34 años es igual que el número de víctimas con edades comprendidas entre los 35 a los 44 años. Como vemos las edades de las víctimas son muy amplias, puesto que hay alguna víctima menor de 18 años y también mayor de 75. Con esto se llega a la conclusión de que la edad promedio de las víctimas se sitúa en los 35 años, pero el hecho delictivo abarca a todas las edades.

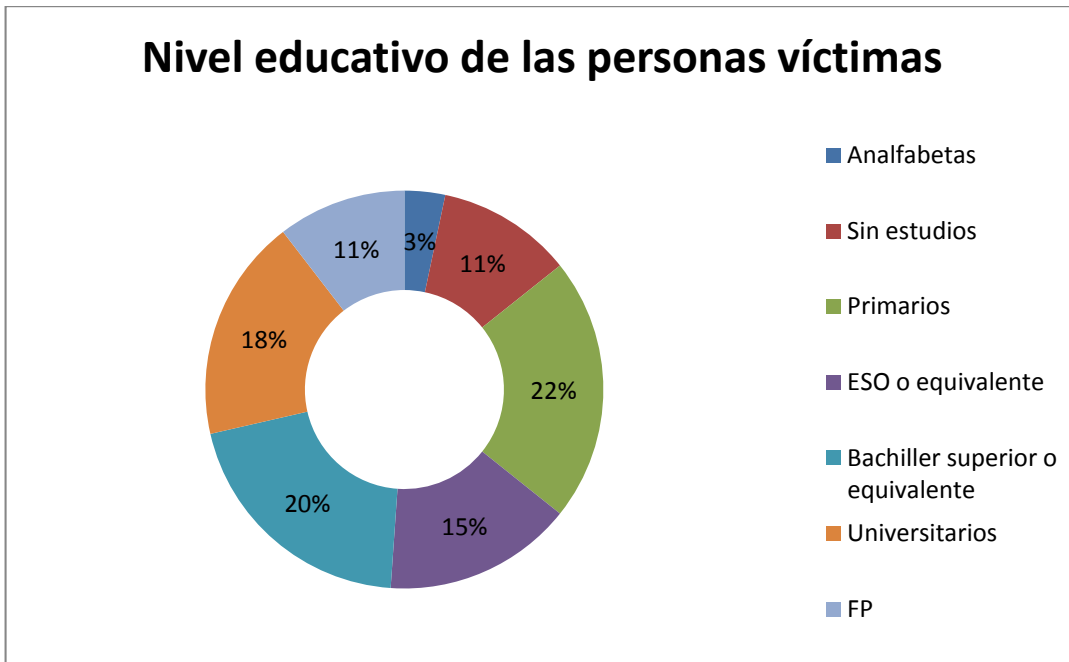
En cuanto al estado civil de las víctimas el trabajo de campo arroja los siguientes datos. De las 182 víctimas, son solteras 46, están casadas 36, viven en pareja 30, 12 son viudos o viudas y el resto, que asciende a 58, están divorciados o divorciadas. Sin duda, esto está relacionado con que uno de los tipos delictivos en los que más frecuentemente se deriva a mediación sea el motivado por las relaciones de pareja, es decir, por los incumplimientos de los acuerdos aprobados por el convenio regulador de separación o divorcio en el caso de las parejas casadas o por el convenio de medidas paterno filiales en el caso de parejas no casadas.

En cuanto a la situación de las víctimas por razón de nacimiento y residencia se concreta en:



De las víctimas extranjeras no comunitarias su situación legal ha sido la de 2 con permiso de residencia, 1 con permiso de trabajo y 4 nacionalizados.

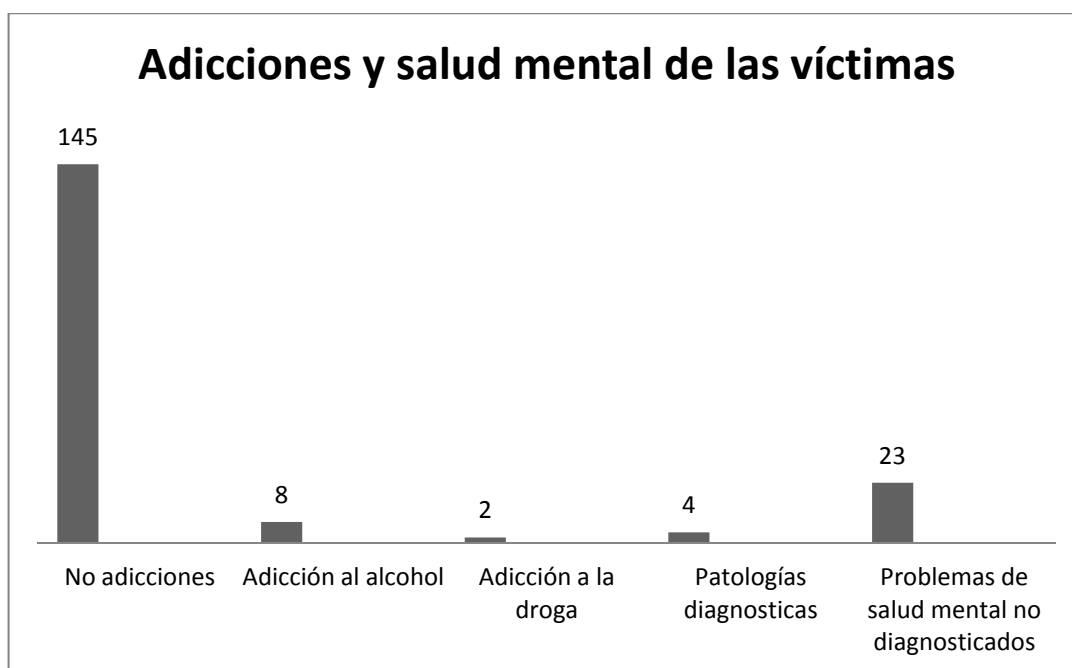
En cuanto al nivel educativo de la víctima puede observarse en el siguiente cuadro:



Y en cuanto a su nivel social se puede decir, que no ha habido ninguna víctima que pertenezca a la clase social alta, siendo el 35% perteneciente a la clase social media alta, el 33% a la clase media, el 25% a la clase media baja y el 7% a la clase baja. Esta clase social se ha medido con los parámetros que nos han proporcionado en cuanto a lugar de residencia, modo de vida, situación familiar, prestigio social, etc.

En cuanto a los antecedentes penales de los usuarios víctimas, las cifras arrojan los datos del 96% que carecen de antecedentes y un 4% de personas víctimas que sí tienen antecedentes penales.

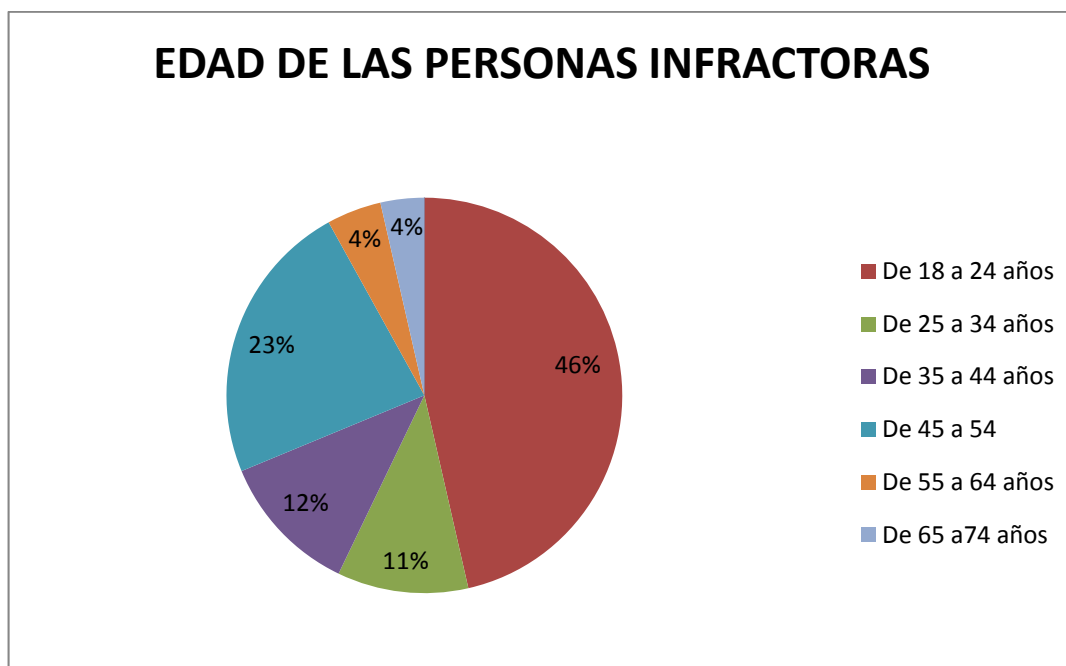
En cuanto a las adicciones y/o patologías de salud mental reconocidas, las cifras son las siguientes:



b) Personas infractoras

El número de infractores participantes en el proceso de mediación, bien sea como autores de faltas, bien como autores de delitos, asciende

a la cantidad de 112. Como quedó reflejado en gráfico correspondiente al sexo de los participantes, expuesto en apartados anteriores, 68 eran hombres y 44 mujeres. Por tanto, queda por dilucidar el perfil de estas personas al igual que acabo de hacer con las personas víctimas y que puede concretarse gráficamente en lo siguiente:

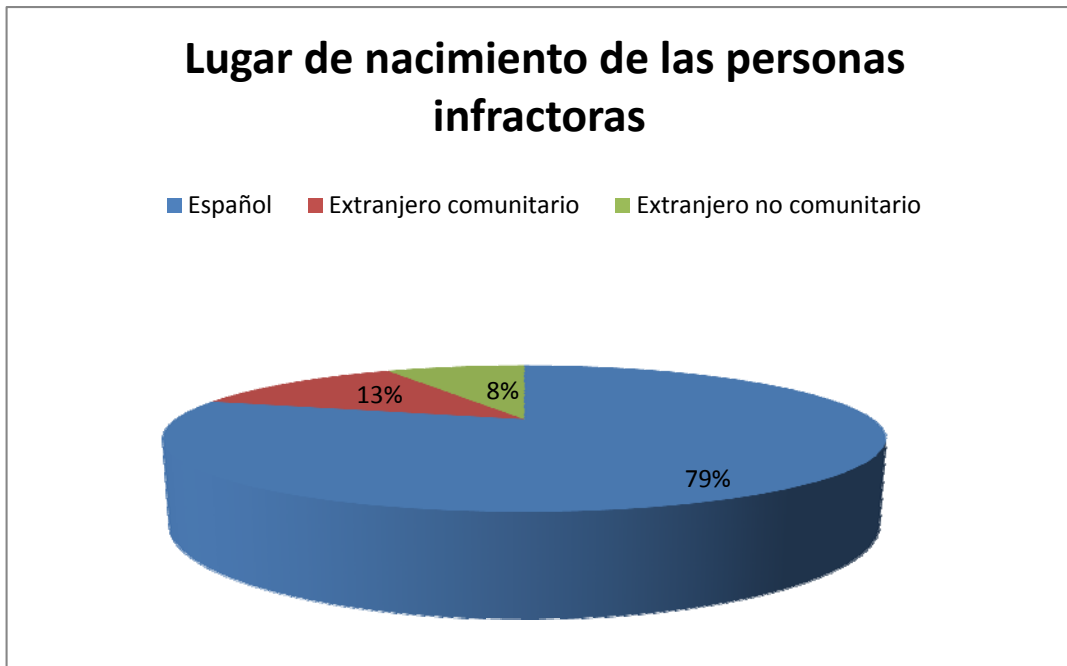


Como vemos, es muy destacada la prevalencia de infractores con edades comprendidas entre los 18 y los 24 años. No ha participado en esta experiencia de mediación ninguna persona como infractora con edad superior a los 74 años. Como es lógico, es este gráfico no se incluye a los menores de 18 años, puesto que su responsabilidad penal se enjuicia en los juzgados de menores, en los que ya existe un proceso reglamentado de mediación.

En cuanto al estado civil de los infractores el trabajo de campo arroja los siguientes datos. De los 112 infractores, 65 son solteros, están casados 13, 9 conviven con su pareja, 8 son viudos o viudas y el resto, que asciende a 17, están divorciados o divorciadas. Al igual que antes seguramente causado por el importante número de derivaciones

por faltas de incumplimiento de los acuerdos aprobados por el convenio regulador de separación o divorcio en el caso de las parejas casadas, o por el convenio de medidas paterno filiales en el caso de parejas no casadas.

En cuanto a la situación de las víctimas por razón de nacimiento y residencia se concreta en:

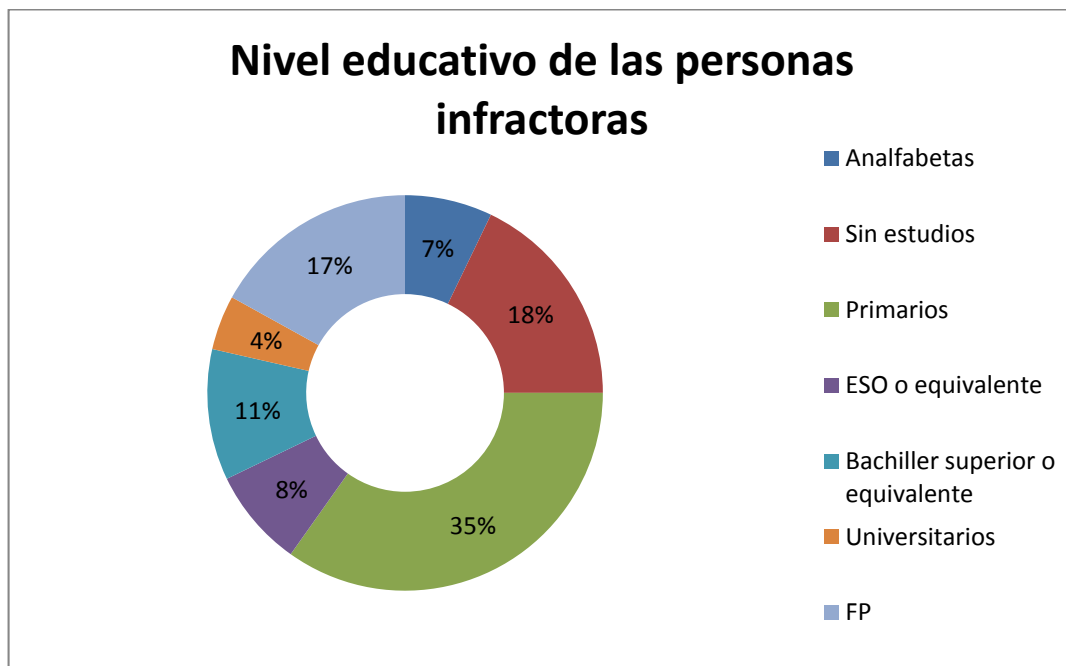


De los infractores no comunitarios su situación legal ha sido la de 3 con permiso de residencia, 4 con permiso de trabajo y 2 nacionalizados.

Esto nos puede llevar a la conclusión que ya expusimos en la segunda parte del trabajo de investigación, cuando manifesté que no se puede llevar a cabo la mediación con personas extranjeras indocumentadas dados los perjuicios legales que les pueden irrogar el participar en un proceso que acabe con sentencia condenatoria, y que en el caso de ellos podría finalizar con una expulsión del territorio nacional, dada la sustitución de las pena inferiores a 6 años de prisión, que, si bien no es obligatoria, sí que constituye la práctica generalizada, cuando no se acredita el arraigo. Esta es seguramente la razón de que

los juzgados derivadores no hayan seleccionado casos con extranjeros no comunitarios indocumentados en esta experiencia.

En cuanto al nivel educativo de los infractores puede observarse en el siguiente cuadro:

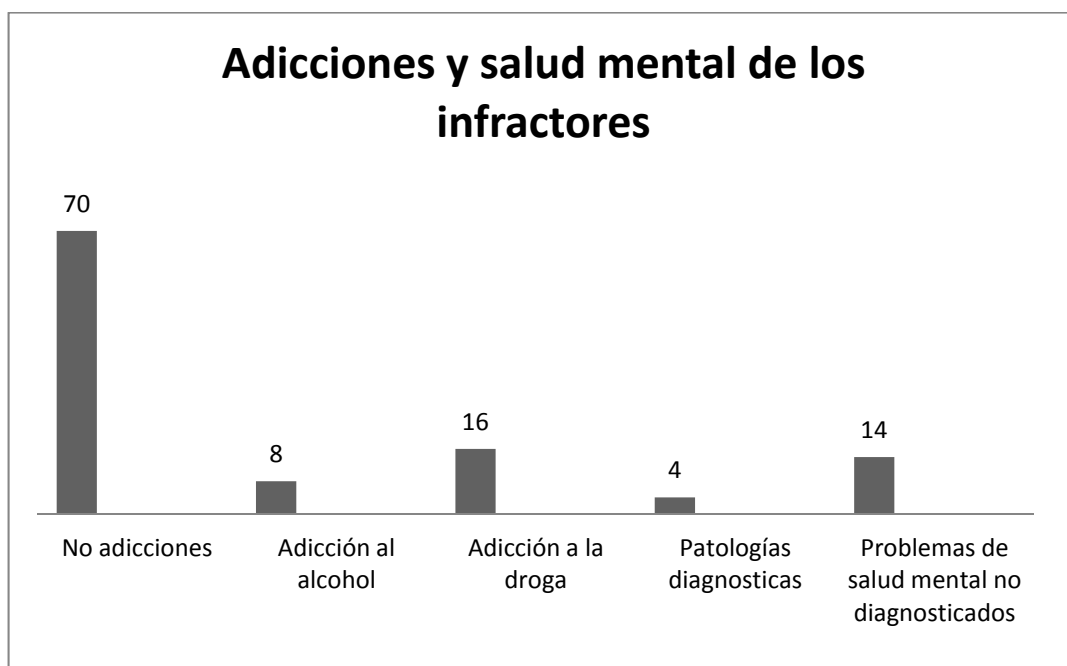


Y en cuanto a su nivel social se puede decir, que no ha habido ningún infractor que pertenezca a la clase social alta, siendo el 6% perteneciente a la clase social media alta, el 11% a la clase media, el 48% a la clase media baja y el 35% a la clase baja.

Se aprecia en este apartado una diferencia destacable con el caso de las víctimas.

En cuanto a los antecedentes penales de los usuarios infractores, las cifras arrojan los datos del 90% para los que carecen de antecedentes y un 10% de personas infractoras que sí tienen antecedentes penales. Es razonable pensar que los órganos judiciales han usado como criterio de selección la ausencia de antecedentes penales relevantes.

En cuanto a las adicciones y/o problemas de salud mental, las cifras son las siguientes:



10. Intereses de las personas víctimas e infractoras

A continuación podemos observar dos cuadros que conforman gráficamente los intereses de las víctimas y de los infractores. Por intereses se entiende aquello que esperaban obtener tras su participación en el proceso de mediación penal. He distribuido los intereses de las personas víctimas en tres bloques: por un lado, las personas víctimas que se acercaban al proceso con fines puramente económicos. Tenían claro que lo que les importaba de todo esto era únicamente obtener la compensación económica que solicitaba el ministerio fiscal o su letrado en la causa que se tramitaba en el juzgado.

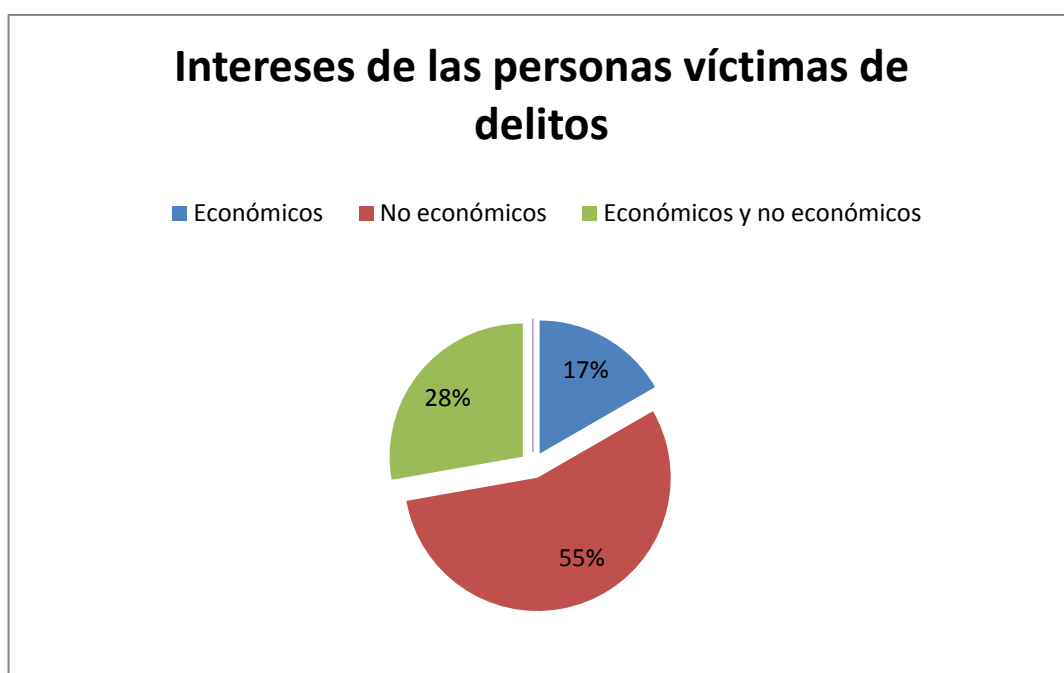
Algunas de estas víctimas consideraban que era mejor llegar a este acuerdo económico evitando un juicio y, otros, porque de esta manera efectivamente podían lograr esa indemnización, mientras que con un proceso ordinario lo dudaban.

Otro bloque está destinado a las víctimas que no daban ninguna importancia al contenido económico de la mediación. Tenían otros intereses:

- Evitar el juicio
- Recuperar la paz y la tranquilidad
- Recuperar la seguridad al transitar por la calle
- Suprimir el miedo
- Conocer a fondo el asunto
- Mejorar la convivencia
- Recuperar la amistad o la relación con esa u otras personas
- Modificar la percepción que tienen de ellos otras personas
- Que el infractor aprenda de todo esto el daño que genera, para que no lo vuelva a hacer
- Entender lo que sucedió
- Saber por qué sucedió
- Recuperar la autoestima
- Cerrar el asunto de una vez
- Evitar conflictos futuros
- Evitar el ingreso en prisión de la otra persona
- Conseguir una convivencia pacífica y el reconocimiento del conflicto.
- Que no haya más denuncias en el futuro.
- Facilitar la convivencia entre los vecinos.
- Mejorar la relación por los hijos.
- Mejorar la salud psíquica.
- Mejorar las relaciones en el futuro.
- Que la persona reconozca el daño que ha hecho.
- Que el peso de la ley caiga sobre el contrario.

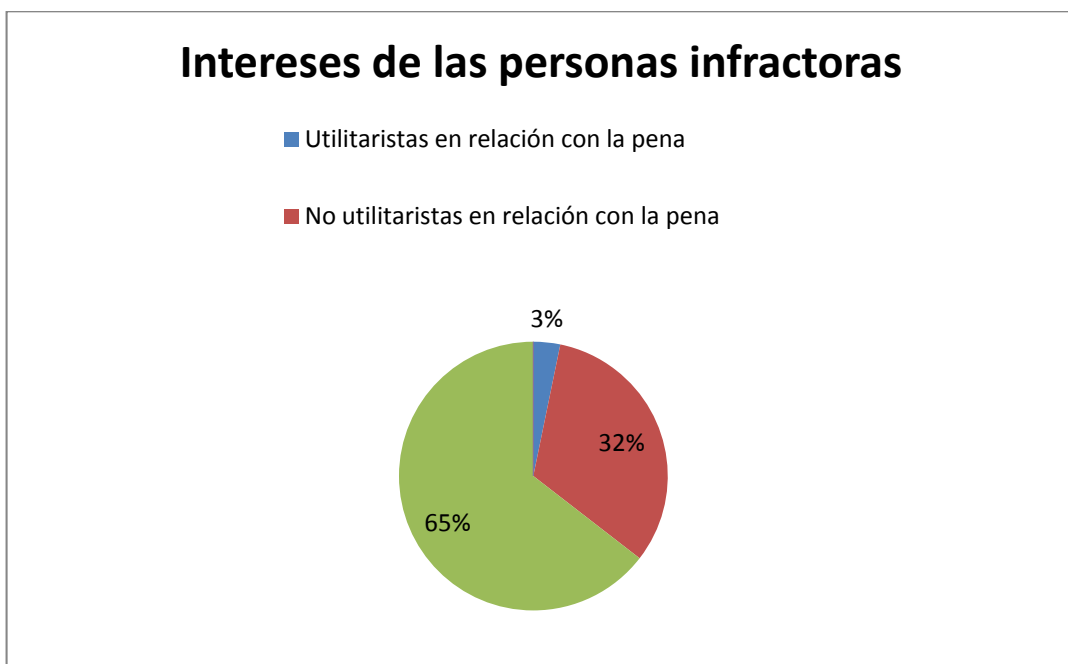
En cuanto al tercero de los bloques, lo he formado con las personas víctimas que tienen ambos intereses: los puramente económicos y los no económicos. Participaban en la mediación para conseguir estos dos fines: la reparación material y la simbólica, moral o de otro tipo.

Lo que más interés ha generado entre las víctimas han sido las motivaciones no económicas, seguidas de las ganancias mixtas – económicas y no económicas– y, por último, sólo en el 28% de los casos las personas víctimas han puesto por encima de todo la utilidad económica. Respecto a este último dato es importante destacar que el perfil de las personas víctimas en las que ha primado este interés ha sido el de personas jóvenes de entre 18 y 24 años.



Respecto a los intereses de las personas infractoras, también lo he dividido en tres bloques. El primero comprende a aquellas personas que sólo han participado en la mediación por fines puramente utilitaristas en relación con la pena. De todos los casos derivados, sólo en el 3% de los casos ha movido a los infractores esta finalidad.

El segundo de los bloques se refiere a los intereses nada utilitaristas en relación con la pena. Habrían acudido también al proceso de mediación aunque la pena se mantuviese en la misma medida que solicitaba el ministerio fiscal o aunque no hubiesen obtenido la suspensión o la sustitución de la pena. Esto ha sucedido en el 32% de los casos derivados a mediación. Por último, el tercero de los bloques contiene, en el mayor número, a las personas que han accedido al programa de mediación con dos finalidades: por un lado las posibles ventajas penológicas y por otro las no penológicas.



Los datos de estos dos gráficos muestran la gran capacidad que tiene el ser humano para ir más allá de lo materialmente útil y el carácter fundamental de los aspectos más personales.

Entre los intereses de las personas infractoras hemos encontrado:

- Alcanzar una convivencia pacífica
- Tener una oportunidad para no ir a la cárcel.
- Tener la oportunidad de pedir perdón.
- Obtener la pena mínima.

- Obtener el perdón.
- Solucionar los problemas de convivencia.
- Obtener la absolución.
- Recuperar la amistad y o la relación con mi familia.
- Aclarar todo.
- Que salga la verdad, también respecto de la otra parte.
- Recuperarse de su depresión.
- Demostrar a sus hijos que su padre no es malo.
- Mejorar la relación.
- Romper con la dinámica de las peleas y de la mala convivencia
- Que no vuelva a haber más denuncias.
- Que la víctima se olvide de ella.
- Evitar tensiones.
- Evitar el juicio.
- Demostrar que no es culpable.
- Conseguir la tranquilidad y la verdad.
- Poder explicar lo que sucedió.
- Cerrar el asunto cuanto antes y rehacer su vida.
- Vivir sin denuncias cumpliéndose el convenio pero adaptando éste a las nuevas necesidades.
- Limpiar su imagen y no tener procedimientos penales dado que es extranjero.
- Pagar la indemnización.

11. Percepciones de las partes antes y después de participar en el proceso de mediación

PERCEPCIONES	ANTES del PROCESO	DESPUÉS del PROCESO
PERSONAS VÍCTIMAS	Indignación Cansancio Ansiedad Atemorizado Inseguro Harto Rabia Dolido Miedo Ofendido Frustrado Enfadado Desamparado Impotente Engañado Humillado Indefenso Preocupado Agotado	Satisfecho Tranquilo Reparado Escuchado Cuidado Esperanzado Pacificado Confiado Ilusionado
PERSONAS INFRACTORAS	Avergonzado Dolido Preocupado Temeroso Angustiado Cansado	Perdonado Tranquilo Esperanzado Contento Seguro Ilusionado

Antes de comenzar la fase de encuentro dialogado, en la fase de acogida con cada una de las partes se les preguntaba acerca de sus percepciones, sentimientos y emociones que les provocaba la situación que estaban viviendo, o el haber cometido un delito o sufrirlo. Como se desprende del gráfico, todas las descripciones tienen connotaciones negativas. Sin embargo, cuando finalizaba todo el proceso, y me refiero, no sólo al proceso de mediación, sino al proceso judicial, se les pedía bien por teléfono o bien por escrito, una encuesta de satisfacción a cada una de las partes, por supuesto, de manera voluntaria y anónima. Esto lo hacíamos por dos motivos: el primero para aprender del trabajo realizado y mejorarlo en la medida de lo posible. El segundo, para ver si efectivamente la mediación había servido, no sólo a nivel jurídico, sino

también a nivel emocional que permitiese intuir la solución del conflicto de fondo. En el cuadro arriba expuesto, también constan las respuestas que las partes proporcionaron en esas encuestas, y tras su análisis se puede afirmar con rotundidad que la mediación penal sí que cumple las funciones para las que fue creada y lo conspicuo es que lo hace a dos niveles: el legal y el emocional. Y aquí estriba la gran diferencia con el proceso judicial, que sólo interviene en el plano legal y en muchas de las ocasiones sin satisfacer a ninguna de las partes, y no sólo por la resolución dictada, sino por el trato recibido por quienes administran justicia. Recordemos que en la fase de acogida en la entrevista individual con cada una de las partes, había un cuestionamiento sobre la visión de la justicia, concretamente se les preguntaba a las dos partes: “¿qué piensas tú de la justicia?” y en el 100% de los casos la respuesta fue la misma: “que no existe”, “que es una mierda” (sic). Ahondando sobre esta cuestión y con el fin de descubrir el porqué de esta afirmación tan rotunda y negativa, se descubría que había tres variables comunes a todos los participantes que les habían influido:

1ª) La desinformación sobre su propio proceso.

2ª) Las creencias o mitos nacidos de los medios de comunicación.

3ª) El trato dispensado por algunos de los operadores jurídicos en su propio proceso. Sobre esta variable he de decir que han sido muy comunes los testimonios de las partes narrando el “maltrato” sufrido en los juzgados: impertinencias de los tramitadores y gestores procesales, ninguneo de los secretarios judiciales, desinformación por parte de los abogados, mala educación por parte de algunos jueces y fiscales en las tomas de declaración, etc. El relato que desarrollé en el apartado primero de este trabajo de investigación relacionado con la víctima sobre sus vivencias, es común a todas ellas y en el caso de los infractores también. Todo esto ha de servir para hacer un llamamiento

reflexivo a los operadores jurídicos. Cuesta el mismo trabajo hacer las cosas con educación, que sin ella, y sin embargo, hacerlas sin ella, empobrece la visión que hemos de dar a los justiciables.

Como dijo CALAMANDREI en *Elogio a un Magistrado por parte de un abogado*, “cuando uno va a decidir sobre la vida de otro, por lo menos debe guardar una serie de apariencias y de actitudes. Escuchar a las partes con atención, permitir que se expliquen, saludar mirando a la cara, reconducir el juicio sin gritar, sin empequeñecer a acusados, víctimas o sus abogados, requiere sin duda una serie de habilidades, pero sobre todo actitud y educación”⁴²².

A través del trabajo de campo observamos que el proceso de mediación penal ofrece una serie de ventajas tanto para las partes que se someten al mismo, como para la sociedad y la administración de justicia. Ventajas que serán expuestas en las conclusiones del trabajo de investigación. Pero éstas, no son sólo de carácter jurídico en cuanto a la efectiva reparación para la víctima y los beneficios penológicos para los infractores, sino que tienen un trasfondo psicológico y sociológico⁴²³. La libertad y la responsabilidad constituyen un binomio inseparable de la mediación⁴²⁴. El ejercicio de la primera y la asunción de la segunda, se convierten en vías a través de las cuales se gesta una reparación a la víctima de gran riqueza cualitativa, lo que disminuye la victimización secundaria en el caso de ésta y la victimización terciaria, generando a

⁴²² CALAMANDREI, Piero: *Elogio a un magistrado por parte de un abogado*, Traducido por Santiago Sentís e Isaac Medina, Madrid, 1936.

⁴²³ REVILLA GONZÁLEZ: “La mediación penal”, capítulo 21 de *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*: SOLETO MUÑOZ Y OTERO PARGA (Coordinadoras), Tecnos, Madrid, 2007, pág. 303 y s.

⁴²⁴ SAN MARTÍN LARRINOA: *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos*. Eusko Jaurlaritz. Justizi, Ekonomi, Lan eta Gizarte Segurantzza Saila. País Vasco. 1997. Pág. 291.

su vez mayores posibilidades de reinserción social para la persona infractora.

La mediación ofrece un mayor reconocimiento de la pluralidad de la experiencia jurídica en tanto en cuanto ofrece una gama casi indefinida de posibilidades de alcanzar un acuerdo, posibilidad solamente limitada por la autonomía de su voluntad y el contenido de las leyes. Por estas y más razones, podemos afirmar que la mediación facilita un más completo ejercicio de la dignidad humana, entendida como el derecho de la persona a regir sus propios designios⁴²⁵.

Se abre una distancia entre el derecho legislado y estudiado, al aplicado en la administración de justicia. La tensión entre uno y otro deja entre ver, en este caso, la desatención y el desvelamiento en que institucionalmente queda la víctima. Como ya se ha referido en este trabajo, la mediación basada en la reparación, información, la acogida emocional, el dialogo y el imprescindible derecho a la verdad, ayudan a corregir las disfunciones del proceso penal.

⁴²⁵ OTERO PARGA: “Ventajas e inconvenientes de la mediación” dentro de *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 146 y ss.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS LEGISLATIVAS

1. Conclusiones

1ª) Existe la convicción de que el derecho penal puede y debe solucionar la mayor parte de los problemas de la sociedad, por lo que mientras se predicán los principios de mínima intervención y de subsidiariedad, se van criminalizando cada vez más conductas debido al momento político y criminológico que atraviesa la humanidad, en la que las tendencias punitivas y el modelo penal de la seguridad, dificultan llevar a cabo una política descriminalizadora.

2ª) El uso excesivo del derecho penal no parece venir acompañado de una disminución efectiva de la criminalidad ni de un aumento de la sensación de seguridad en la población. Tampoco parece que satisfaga las necesidades de la víctima o cumpla verdaderas funciones de reinserción en el delincuente.

3ª) En la actualidad el aparato judicial y su soporte legal se encuentran desfasados ante las necesidades de resolución que tienen los conflictos interpersonales suscitados en la sociedad. Esto desemboca en la imposibilidad de dar una respuesta concreta a la demanda social con la consecuente deslegitimación para la institución judicial.

4ª) Este fracaso —debido a las carencias que presenta el sistema— puede ser superado por la justicia restaurativa en muchos de los casos.

5ª) La justicia restaurativa consigue, a través de sus diferentes mecanismos —entre los que se encuentra la mediación penal—, una notable disminución de la violencia interpersonal e institucional respecto a la que se genera en y con el sistema penal ordinario,

resolviendo con mayor eficacia una parte de los conflictos de relevancia penal.

6ª) Los mecanismos de justicia restaurativa son aún más idóneos para lograr otros fines del sistema penal como la reparación del daño y la satisfacción de las responsabilidades civiles, la participación de la ciudadanía en la administración de justicia, o la percepción social de la acción pacificadora de la misma, que también son y deben ser fines del sistema de administración de justicia, fines tendencialmente en expansión en los últimos años.

7ª) La mediación penal, junto con otros mecanismos de resolución de conflictos, es una de las herramientas de las que se sirve la justicia restaurativa para promover la reparación material y emocional de la víctima, la responsabilización del infractor y la participación y pacificación social.

8ª) La virtualidad de la mediación reparadora como mecanismo de solución de conflictos no reside en su alternatividad o independencia del proceso, sino en su razonable integración en el mismo para conseguir los fines que el proceso penal debe perseguir. No se trata de una alternativa a la tutela judicial, sino de un instrumento auxiliar más en la labor de los jueces de prestar al ciudadano una tutela judicial efectiva y, por ello, alternativo al mecanismo clásico de prestación de dicha tutela.

9ª) La mediación no sustituye a los Tribunales de Justicia en la resolución de los conflictos, sino que utiliza una metodología distinta para la resolución de los mismos, metodología que no se encuentra reñida con el control de la legalidad por el Juez, por lo que no existe inconveniente ninguno en que se aplique en asuntos teñidos de interés público como ocurre con los penales, los de familia, laborales y, como novedad en Europa, los asuntos contencioso-administrativos.

10ª) El abordaje dialogado interpersonal de un conflicto con significación penal no supone una merma de los fines preventivo generales y preventivo especiales del derecho penal y de la pena. Al contrario, supone un complemento para una mayor eficacia preventiva del derecho penal, con lo que el sistema planteado queda legitimado desde una perspectiva político-criminal de los fines y funciones declarados del derecho penal, del proceso y de la pena misma que, con carácter sintético, no son otros que la garantía de la convivencia social, mediante la protección de los bienes jurídicos esenciales para la comunidad.

11ª) En contraste con los objetivos tradicionales del sistema de justicia penal, una preocupación central de la justicia reparadora es la de tratar mejor las necesidades de la víctima. Estas necesidades en parte son materiales y pueden quedar satisfechas a través de la restitución o indemnización, pero también emocionales, como la recuperación de la dignidad, y sociales, como el restablecimiento o la mejora de la sensación de seguridad. Para ello resulta imprescindible reconocer que el delito no solo constituye una infracción de la norma, una lesión a la comunidad, ni produce sólo un daño material, evaluable en dinero y resarcible bajo la fórmula de la indemnización, sino también, muchas veces más importante, un daño psicológico o emocional: el miedo, la angustia, la intranquilidad por la irrupción en nuestras vidas de un intruso y de un hecho perturbador del equilibrio psicológico. Es importante que el sistema penal se plantee qué significa de verdad atender a las víctimas. Desde luego toda prioridad en ese sentido pasa por colocar al perjudicado en una situación de indemnidad, es decir, protegerle frente a cualquier posibilidad de sufrir otra agresión o ataque similar, ante el riesgo de reiteración. Después, ayudarle a recuperar su equilibrio material y emocional; además, escucharle, siempre y antes que nada, permitirle expresar su dolor e

inquietudes, no en vano la palabra y el diálogo respetuosos son un calmante y una práctica curativa. Prestar esa atenta escucha es un medio imprescindible para que reconecten con la dignidad como valor de referencia en la recuperación de un estado situacional aceptable, próximo al que se ha perdido por el impacto de la violencia. Por fin, proveer a satisfacer sus necesidades.

12ª) Las diferencias entre el proceso penal que conocemos y el proceso de mediación avalan la conveniencia de la implementación de esta figura; conveniencia que puede observarse claramente en el gráfico comparativo que figura a continuación:

PROCESO DE MEDIACIÓN	PROCESO JUDICIAL
El control y protagonismo del proceso están en manos de la víctima y el infractor	El control del proceso lo tiene el juez y el protagonismo lo comparte con el fiscal y los abogados.
Es colaborativo. Todos los intervinientes ganan	Es adversarial. Sólo gana uno, mientras que el otro pierde
Se tienen en cuenta las emociones y las circunstancias personales	Se tienen en cuenta los hechos probados y la ley
Se trabaja sobre diversos temas que afectan a las partes	Sólo se trabajan los hechos que han dado lugar a la apertura del procedimiento y las pruebas que concurren
Costes bajos	Costes elevados
Confidencial	Público
Se fomentan las soluciones creativas	Soluciones tradicionales y rígidas
Orientado a las necesidades e intereses de las partes	Orientado a las posiciones de las partes
Escasos problemas de incumplimientos puesto que son propuestos y adoptados por las partes	Numerosos incumplimientos
Rápido —desde que se abre el proceso hasta que acaba transcurren aproximadamente 2 meses—	Lento —transcurren en muchos de los casos varios años desde que se produjo el hecho delictivo—
Voluntario	Obligatorio
Facilita las relaciones futuras	Genera distancias y rompe relaciones
Mejora la imagen de la justicia	Perjudica la imagen de la justicia
Menos estrés y ansiedad para las partes en relación al juicio	Estrés y ansiedad ante la celebración del juicio y la ejecución de la pena
Genera educación en cuanto a los aprendizajes personales positivos	No supone ningún aprendizaje positivo
Proporciona paz y promueve el crecimiento personal	Genera hostilidad y violencia interpersonal

13ª) La mediación penal es un proceso técnico, que siempre ha de ser dirigido por profesionales formados específicamente en esta materia, denominados mediadores, que actuarán bajo los principios de neutralidad, imparcialidad y confidencialidad. Es conveniente que el mediador tenga amplios conocimientos de derecho penal y derecho procesal penal. En caso de que se haga comediación, al menos uno del equipo sí debe contar con esta formación.

14ª) Los mediadores no actúan ni como asesores legales, ni como psicólogos, ni como asistentes sociales. Tienen una función concreta y especializada respecto a la gestión de los conflictos y su adecuada resolución. De ahí que se reconozca su labor como una profesión independiente.

15ª) Dicho proceso consta de diversas fases: la fase de información, la fase de acogida, el encuentro dialogado y la fase de acuerdo. La duración de cada proceso y el número de entrevistas que se necesitan hasta su conclusión dependerá de las partes que intervengan en él. Aún así, puede concluirse que el proceso de mediación nunca supone alargar los procedimientos penales, puesto que su duración máxima supone dos meses —desde que el juzgado deriva el asunto al equipo mediador y éstos entregan el informe junto con el acta de reparación en su caso—.

16ª) En la fase de información —como su propio nombre indica— el mediador/a principalmente informa a cada una de las partes enfrentadas por la falta o el delito (y a los familiares o los letrados que les acompañen) sobre el concepto de mediación, sus principios —voluntariedad, confidencialidad, oficialidad, gratuidad y flexibilidad—, sus objetivos, sus implicaciones y sus ventajas.

17ª) En la fase de acogida, en la que nadie puede acompañar a las partes (ni familiares, ni letrados) el mediador/a se adentra en el terreno emocional suscitado con motivo de la infracción penal.

18ª) En la fase de encuentro dialogado, en la que se reúnen la persona infractora y la persona víctima, el mediador/a dirige el proceso para que ambas partes dialoguen sobre el delito o la falta y todas las circunstancias periféricas que rodean a éste, reconduciendo la parte emocional junto con la legal.

19ª) En la fase de acuerdos, el mediador dirige el proceso para que sean las partes las que tras analizar las necesidades de la víctima y las posibilidades reales del infractor respecto de la reparación, acuerden el modo de reparar integralmente a la víctima —emocional y materialmente— y de obtener un menor reproche penal el infractor.

20ª) El proceso de mediación concluye con un acta de reparación que se entregará a la autoridad competente, junto con un breve informe del mediador sobre la conclusión del proceso de mediación con resultado negativo o positivo. Por tanto puede concluirse que el proceso de mediación, siempre nace de los juzgados y vuelve a ellos.

21ª) El acuerdo de reparación normalmente llevará a la disminución de la responsabilidad penal del infractor, sin que por ello suponga una pérdida de la eficacia de prevención general, negativa o positiva, al igual que tampoco las atenuantes de reparación del daño, de confesión o de dilaciones indebidas, u otras como instituciones como la suspensión de la ejecución o la sustitución o la reducción del tercio de la pena por la conformidad.

22ª) La solución que el proceso ofrece es menos problemática de ejecutar, dado que ha sido construida con una gran participación de los propios implicados, mediante el método consensual, de tal manera que

las partes son conscientes de la oportunidad y adecuación de la respuesta obtenida a sus propias necesidades e intereses. Los intervinientes han asumido previamente la solución, que así proponen al fiscal y al órgano jurisdiccional, lo que facilita la ejecución de las sentencias.

23ª) La mediación penal es utilizable aunque no exista regulación procesal al efecto, aunque sería deseable su incorporación al ordenamiento jurídico.

24ª) La mediación penal se puede llevar a cabo en todas las fases procesales: instrucción, enjuiciamiento y ejecución; y en todos los tipos de procedimientos: juicios de faltas, procedimiento abreviado, sumario, apelaciones y el proceso ante el tribunal del jurado. Quedan fuera de la mediación penal los asuntos que se ventilen en los Tribunales Superiores de Justicia —por tratarse de aforados—.

25ª) No debe existir una lista de *numerus clausus* para derivar a mediación, sino que deberá atenderse a cada caso concreto, por tanto, inicialmente sirve para todo tipo de infractores, de víctimas y de faltas y delitos.

26ª) También cuando las víctimas sean personas jurídicas se puede derivar a mediación.

27ª) El proceso de mediación no es incompatible con el derecho a la presunción de inocencia.

28ª) El modelo que se presenta ha de servir a su vez para aportar elementos de reflexión para que los jueces, las oficinas judiciales, las fiscalías y los abogados puedan valorar su gestión en relación con las necesidades de las personas implicadas en el proceso penal, la eficacia (ineficacia) de la justicia punitiva —el proceso penal dirigido casi en exclusiva a la averiguación del delito y del delincuente y a la imposición

a este de la pena legal— para la resolución real de los conflictos subyacentes en los asuntos penales que se tratan y la prevención de futuros hechos delictivos, así como el trato que en muchas ocasiones se dispensa a los justiciables y en general a quienes requieren y necesitan la tutela judicial de sus derechos y libertades (datos obtenidos a través de las percepciones de las partes expresadas durante el proceso de mediación).

29ª) En los juicios de faltas habría que introducir el principio de oportunidad.

2. Propuesta de modificaciones legales para acoger la mediación penal en la legalidad sustantiva y procesal⁴²⁶

Aunque en la práctica la mediación es viable con las herramientas del sistema actual —tal y como se deduce del trabajo de investigación y de las numerosas experiencias desarrolladas en el territorio nacional— es conveniente su regulación para que ésta se consolide y ofrecer mayor seguridad jurídica. De incorporarse, a mi juicio, éstas serían las modificaciones que habría que introducir en nuestros textos legales:

1ª) Modificaciones de derecho sustantivo a introducir en el Código Penal:

Primera.— Necesidad de incorporar una atenuante específica al artículo 21 –21.8 CP— en los siguientes términos: "Será causa de

⁴²⁶ Algunas de estas propuestas están incluidas en la obra de RÍOS MARTÍN, PASCUAL RODRÍGUEZ, BIBIANO GUILLÉN y SEGOVIA BERNABÉ: *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, 2ª ed., Colex, 2008, páginas 138-146. Fueron elaboradas por los autores del libro y por Félix Pantoja cuando era Vocal del CGPJ.

atenuación de la responsabilidad penal la participación con resultado positivo en un proceso de mediación entre víctima e infractor. La ejecución material de la reparación deberá, al menos, iniciarse, con anterioridad al acto del juicio oral. La reparación puede entenderse suficiente, si así lo acuerdan las partes, con la restitución, reparación, indemnización, petición de perdón, reconocimiento de hechos y otras que sean consideradas como idóneas por el/la Juez o el Tribunal, el Ministerio Fiscal y las partes personadas".

La razón de ser de esta nueva atenuante reside en que la participación del infractor en un proceso de mediación tiene mayor repercusión en la satisfacción de la víctima que la simple reparación del art. 21.5 –reparación total o parcial antes del juicio oral-. Obviamente, el reproche estatal por la infracción cometida tiene que quedar más atenuado por la participación en un proceso de mediación. La nueva atenuante podría ser aplicada como simple o muy cualificada en función de las circunstancias concurrentes en el proceso de mediación y el grado de compromiso y cumplimiento de los acuerdos a los que llegasen las personas víctima e infractora.

Segunda.— En cuanto a la penalidad en las faltas, habría que modificar el art. 638 CP en el sentido de introducir el párrafo siguiente: “En caso de que culmine el proceso de mediación penal entre las partes con un acuerdo que ponga fin a las discrepancias que les enfrentaban y que ambas estén de acuerdo, se acordará el sobreseimiento libre y posterior archivo de las actuaciones”.

Tercera.— Modificación del art. 80 CP, incorporando un nuevo apartado –80.5 CP– en los siguientes términos: “Los Jueces y Tribunales podrán otorgar la suspensión de las penas de prisión de hasta tres años aunque no concorra el requisito del art. 81.1" CP, en el caso de conciliación entre víctima e infractor a través de un

proceso de mediación en cualquiera de las fases del proceso, siempre que no se haya procedido al archivo de las actuaciones.

El objetivo de esta nueva norma es incentivar la participación en el proceso de mediación, incluso con posterioridad a la sentencia.

2ª) Modificaciones de derecho procesal a introducir en la Ley de Enjuiciamiento criminal:

Primera.— Incorporar al art. 2 LECrim un párrafo segundo en el que se incluya la definición de mediación en los siguientes términos: se trata de un proceso voluntario –técnicamente conducido por una tercera persona imparcial y neutral, denominada “mediador”– por virtud del cual el autor de una falta o delito y quien lo ha sufrido o iba a sufrirlo acuerdan a través del diálogo el modo de reparar material o simbólicamente el daño causado”. Dicho proceso podrá llevarse a cabo tanto en la fase de instrucción, enjuiciamiento o ejecución en su caso.

Segunda.— Ampliar la competencia de los Jueces y Tribunales. A estos efectos habría que añadir un nuevo párrafo al art. 9 LECrim en los siguientes términos: "Igualmente, serán competentes para autorizar las actividades de mediación entre las partes del proceso penal, y, en su caso, incorporar al proceso los acuerdos obtenidos y el reconocimiento de la eficacia e los mismos, conforme a lo establecido en la Ley".

Tercera.— Desarrollar la actuación judicial en la fase de instrucción. A tales efectos se podría redactar el art. 325 LECrim en los siguientes términos: "El Juez de Instrucción podrá autorizar la mediación penal con el fin de que las partes puedan llegar a un acuerdo de reparación. La mediación se llevará a cabo conforme a las siguientes reglas:

1.— Incoadas diligencias previas de los arts. 774 y ss. de la

LECrim por el Juzgado de Instrucción, el/la Juez, con acuerdo del Ministerio Fiscal, podrá resolver someter el proceso a la mediación penal conforme a lo establecido en el art. 9 de esta Ley, en cuyo caso, en la primera declaración en calidad de persona imputada, se informará a ésta de forma sucinta de la posibilidad de someter el proceso a la mediación penal. Sin perjuicio de que, en cualquier momento de la tramitación de las Diligencias Previas el/la Juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Público, de la víctima, persona imputada o de sus representantes legales, pueda resolver someter el procedimiento a la mediación.

A estos efectos, en cuanto conste la designación de Letrado/a para la persona imputada, se informará a éste igualmente de la posibilidad de la mediación, para lo cual, en aquellos casos en que se estime necesario, la persona imputada podrá entrevistarse de forma reservada con su Letrado/a, a fin de que le informe del proceso a seguir y de las consecuencias de la mediación. Si éste aceptara se dictará providencia acordando el inicio del mismo en la que se indicarán las razones que avalan la decisión de derivación a la mediación.

2.— De dicha resolución se dará traslado a las partes personadas y al imputado por tres días. La notificación a la víctima incluirá un documento explicativo del proceso, objetivos y consecuencias de la mediación.

3.— A tal fin, y una vez oídos la representación de las partes, la oficina judicial remitirá al equipo mediador la providencia de derivación, copia de la denuncia, atestado, declaraciones, escritos de calificación provisional, en su caso, así como los informes periciales que contengan algún dato de relevancia: patologías, adicciones, lesiones, tasación de daños a los efectos de determinar la cuantía de

la reparación.

4.— En caso de que ambas partes presten su consentimiento informado para la mediación, el Juzgado, sin perjuicio de las diligencias de investigación que deba hacer y a las que está obligado por Ley, permitirá que se pueda realizar el proceso de mediación con anterioridad a dictar Auto de Procedimiento Abreviado (art. 780 LECrim.) o de transformación en juicio de faltas (art. 779 LECrim.), a fin de que el plan de reparación alcanzado por las partes pueda ser tomado en consideración por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales.

5.— Si la víctima fuese menor de edad, necesariamente tiene que acudir acompañada de su representante legal. En caso de desigualdad de criterio entre el/la menor y su representante legal, prevalecerá la decisión de la persona menor de edad. El mismo criterio se seguirá cuando la víctima sea una persona judicialmente incapacitada.

6.— Concluido el proceso de mediación el equipo mediador emitirá un informe sobre el resultado positivo o negativo de la actividad mediadora, acompañando, en caso de que sea positivo, el acta de reparación con los acuerdos a los que hayan llegado las partes firmada por las partes y representantes legales de alguna de ellas si los hubiere, entregándose una copia a cada una de ellas. La víctima podrá ratificar judicialmente el acta de reparación si la misma lo solicita y siempre que no sea necesaria su presencia en el acto del juicio oral a petición del Ministerio Fiscal.

7.— De dicho informe se dará traslado a las partes, para audiencia por 3 días, incorporando el mismo a las actuaciones.

8.— Remitido el acta de acuerdo y si se hubiese finalizado la

práctica de diligencias informativas necesarias, el Juzgado de Instrucción dictará Auto de Procedimiento Abreviado, con traslado a las partes a fin de que procedan conforme al art. 780 de la LECrim.

9.— En caso de formular escrito de acusación, y a fin de valorar penológicamente el acuerdo alcanzado, podrá plantearse por el Ministerio Público, por el/la Letrado/a de la defensa y de la acusación particular, en su caso, que se proceda conforme a lo dispuesto en el art. 784.3 de la LECrim., bien mostrando la defensa su conformidad con el escrito de calificación del Ministerio Fiscal o redactando nuevo escrito conjunto de calificación en el que se recojan los términos del acuerdo alcanzado y las variaciones que procedan en la calificación y valoración penológica de los hechos.

Cuarta.— Permitir la mediación en el juicio de faltas. A estos efectos al art.962 LECrim se le añadirá un nuevo párrafo con el siguiente contenido:

"Si por el Juzgado se hubiera incoado juicio de faltas o se hubiese dictado Auto de transformación en faltas, a la vista de la naturaleza de los hechos, corresponderá al Juez, con acuerdo del Ministerio Público, someter la cuestión al proceso de mediación. Sin perjuicio del derecho de las partes a solicitarlo por si o por medio de su Letrado/a. Si la persona denunciada y, en su caso, su Letrado/a mostrase su buena disposición inicial a la mediación, se procederá de forma semejante al trámite de Diligencias Previas. Por el Juzgado se dictará providencia comunicando a las partes el sometimiento del proceso a la mediación y la intervención del Equipo de mediación a tales efectos.

El Juzgado de Instrucción, a fin de facilitar el proceso de mediación y dentro de los plazos legalmente establecidos, a fin de impedir la prescripción de la falta, dilatará el señalamiento para acto

de juicio en espera de la finalización del proceso.

Concluido el proceso de mediación el equipo mediador emitirá un informe sobre el resultado positivo o negativo de la actividad mediadora, acompañando, en su caso positivo, el acta de reconciliación con los acuerdos a los que hayan llegado las partes, firmada por las partes y representantes legales de alguna de ellas si los hubiere, entregándose una copia a cada una de ellas, y al Juzgado de Instrucción, quien lo remitirá al Ministerio Fiscal a efectos de notificación.

Sin más trámite, y de conformidad con lo establecido en el art. 638 CP, se dictará auto de sobreseimiento libre y se procederá al archivo de las actuaciones, si ese ha sido el acuerdo al que las partes hubieran llegado".

Quinta.— Permitir la unión del acta de reparación al sumario ante la conclusión de éste. A tales efectos se podría añadir un párrafo al artículo 622 en los siguientes términos: "*de igual modo, el Juez mandará la unión al sumario del acta de reparación alcanzado conforme a las reglas del artículo 325 LECrim*".

Sexta.— Regular las consecuencias del acuerdo de mediación en el desarrollo del juicio oral. A tales efectos se añadiría un párrafo en el art. 689 LECrim en los siguientes términos: "

El Juez de lo Penal procederá a dictar Auto de admisión de pruebas y señalamiento de juicio oral, citando al Ministerio Fiscal y a las partes (acusado, víctima, y sus representantes procesales). No se citará al mediador ni a los testigos, ni peritos propuestos y admitidos, salvo que el Ministerio Fiscal o la representación procesal de las partes manifiesten la necesidad de su presencia, de todos o algunos, en el acto del juicio oral si la mediación es parcial respecto a los

hechos imputados.

Si en la causa hubiera acuerdo de mediación, el Juez preguntará a las partes si están de acuerdo con la misma, y en caso afirmativo se procederá conforme establece el artículo 742 de esta Ley. En caso contrario, si alguna parte mostrara su disconformidad con la conciliación, se dispondrá lo que proceda en cuanto a la continuación del juicio o la remisión al instructor para concluir la instrucción, conforme establece el artículo 631 de esta Ley, expresando las actuaciones que deben practicarse”.

Séptima.— Incorporación de la valoración del acuerdo de mediación a la sentencia. A tales efectos se redactará un nuevo párrafo en el artículo 742 LECr en los siguientes términos: "De igual modo se resolverá conforme al acuerdo de mediación aceptado por las partes al inicio del mismo".

Octava.— Incorporación de la mediación en el procedimiento abreviado. A tales efectos, se redactará un nuevo párrafo en el art. 784 LECrim.- El Juez podrá autorizar la mediación entre las partes en el proceso para un acuerdo de mediación conforme establece el artículo 325 de esta ley.

Novena.— Incorporación del acuerdo de mediación en las sesiones del juicio oral. A tales efectos se incorporará el art. 792.2 bis: "*Si en las diligencias hubiera acuerdo de conciliación, preguntará a las partes si están de acuerdo con el mismo, procediendo en su caso conforme establecen los artículos 689 y 742 de esta Ley*".

Asimismo en la fase de comparecencia de conformidad y juicio se incorporará lo siguiente. "Si no hay acuerdo, se abrirá juicio oral. Si hay acuerdo, el/la Juez o Tribunal citará a las partes y abrirá juicio oral que se iniciará con el trámite de conformidad, en la que se podrá

modificar el escrito de calificación, haciendo suyos los acuerdos alcanzados en el proceso de mediación, siempre dentro de los términos de legalidad (art. 787 LECrim) y valoración de la mediación antes expuestos.

Décima.— Incorporación el acuerdo de mediación a la sentencia del procedimiento abreviado. A tales efectos se incorporará al 248 LOPJ un párrafo 30: "Si hubiera acuerdo de mediación, se expresará el contenido del mismo, los aspectos más relevantes de su desarrollo y el alcance que tiene en la determinación del fallo" Asimismo se incorporará al artículo 794 LECrim el siguiente texto: "si hubiera acuerdo de mediación se recogerá conforme establece el art. 148.3 de la LOPJ".

Undécima.— Regular las consecuencias de la mediación en la faltas. A tal efecto se puede incorporar el art. 962.3 en los siguientes términos: "si en el trámite hubiera acuerdo de mediación, se procederá al sobreseimiento y archivo de lo actuado, si ese es el acuerdo al que hubieren llegado las partes".

Duodécima.— Dar entrada a la mediación en la fase de ejecución. A tal efecto se añadiría un último párrafo al art. 984 LECrim. en los siguientes términos: "Si se produjese el proceso de mediación durante las fases de ejecución de la sentencia, ésta producirá los efectos previstos en las leyes "

Decimotercera.— Habilitar al fiscal el ejercicio del principio de oportunidad. A estos efectos se redactará una norma con un contenido similar al art. 41 del Código penal francés: " el fiscal queda habilitado, con carácter previo a su decisión sobre la acción pública y con el acuerdo de las partes, para recurrir a la mediación si estima que tal medida es susceptible de asegurar la reparación del daño causado a la víctima, de poner fin al conflicto generado por la

infracción y de contribuir a la rehabilitación del autor de la misma”.

Decimoquinta.— Introducir en el art. 520.2 de la LECrim., un nuevo derecho recogido en la letra g: “Tiene derecho a solicitar su participación en un proceso de mediación penal”.

Decimosexta.— Introducir un nuevo párrafo en el art. 110 LECrim., después del primero con la siguiente redacción: “Los ofendidos y/o perjudicados por una falta o un delito podrán solicitar que se derive la causa al proceso de mediación penal, con el fin de participar activamente en el proceso”.

Decimoséptima.— Introducir en el art. 416 de la LECrim., sobre la dispensa a la hora de declarar, un punto nuevo: “Están dispensados de la obligación de declarar: 3. El mediador o los mediadores que hayan dirigido el proceso de mediación penal”.

Decimoctava. Regular los requisitos de los equipos de mediación y de los profesionales que los componen. Disposición Adicional. Corresponde a las Comunidades Autónomas la determinación de los equipos mediadores que en todo caso deberán estar compuestos por un jurista, un psicólogo y un trabajador social, con formación en mediación acreditada por título expedido por Universidad Pública o Privada, conforme a las normas autonómicas reguladores. Las Comunidades autónomas en un plazo de 6 meses a partir de la publicación en el BOE de la presente ley elaborarán las normas reguladores.

ANEXOS

CARTA A LA PERSONA INFRACTORA

Sr/a.

C/.

Estimado Sr/a:

Nos dirigimos a usted desde el Juzgado X de Madrid, en relación con la causa nº X/200X, que se sigue contra usted por su presunta participación en un delito/falta de _____.

Este Juzgado está desarrollando una experiencia de mediación penal, con el concurso del Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La causa que a usted le afecta ha sido seleccionada en el programa.

La mediación penal se lleva a cabo por la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos y es dirigida por mediadores profesionales, neutrales e imparciales, que le escucharán y asesorarán. Del mismo modo procederán, en su caso, con la persona denunciante y víctima. El objetivo es que usted, en caso de que hubiera participado en los hechos de los que se le acusa, explique las razones que motivaron su conducta y repare el daño. Para ello, sería necesario al menos una entrevista individual con usted, otra con la víctima y otra conjunta (si usted no tiene inconveniente), en la que se trataría de llegar a un acuerdo beneficioso para los dos.

Este proceso es voluntario y gratuito. En caso de que este proceso de mediación penal culmine con éxito, el juicio se celebrará, pero sólo en forma abreviada, es decir, sin practicar todas las pruebas. Consistirá en un encuentro ante el Juez, el Fiscal y su abogado defensor, en el que

usted ratificará el acta de reparación que haya firmado junto con la persona víctima/denunciante. Como respuesta institucional a su actitud de diálogo y escucha, de reconocimiento del daño causado y de reparación del mismo se le aplicará una pena más beneficiosa que la que le podría corresponder si se celebrase el juicio, en el caso de que no fuese absuelto.

Si el proceso de mediación no llegara a ponerse en marcha o no concluyera con un acuerdo satisfactorio para ambas partes, se cerrará y reanudará el cauce legal ordinario, es decir, se celebrará el juicio oral al que usted será citado.

En los próximos días recibirá la llamada telefónica de los mediadores, para saber si usted desea o no participar en esta experiencia.

Gracias por su atención. Atentamente, le saluda,

El secretario judicial

CARTA A LA PERSONA VÍCTIMA

Sr./Sra.

C/

Estimado Sr./Sra:

Nos dirigimos a usted desde el Juzgado X de Madrid, en relación con la causa que se tramita en esta oficina y en la usted figura como denunciante, víctima o perjudicada.

Sabemos que usted fue víctima de un delito de Reconocemos las situaciones difíciles que usted ha vivido: el sufrimiento por la agresión, la adopción de la decisión de denunciar los hechos, la presentación de la denuncia ante la policía, el tiempo empleado, a veces excesivo, para acudir a las dependencias oficiales y las molestias que todo ello conlleva. Esta situación, las posibles dudas y temores que afectan a quienes, como usted, se ven involucrados en un proceso penal, nos preocupa. Por ello, desde diversas instancias se están estudiando formas más humanas de afrontar la resolución de los conflictos delictivos, con la activa participación de las víctimas, de manera prioritaria con programas de mediación penal.

Este Juzgado está realizando, en concierto con el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, una experiencia de mediación penal en determinados casos y se ha seleccionado el que usted sufrió.

El proyecto se lleva a cabo con el concurso de la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos y es dirigido por unos mediadores profesionales, neutrales e imparciales que le escucharán y orientarán. De la misma manera procederían con la parte acusada. El objetivo de la mediación es que el acusado asuma la responsabilidad por los hechos que cometió y repare el daño ocasionado. La víctima, en este caso usted, si todo sale bien va a ser efectivamente escuchada y

reparada. Para ello, los mediadores celebrarían una entrevista individual con usted y otra con la persona infractora, con el fin de prepararles para una entrevista conjunta, si usted no tuviera inconveniente. De ese modo se trataría de alcanzar un acuerdo que resulte beneficioso para ambos. Todo esto no le quitará mucho tiempo. Trataremos de que resulte compatible con sus ocupaciones laborales y personales.

Si se alcanzara un acuerdo el juicio se celebraría, pero sólo de forma abreviada. En el encuentro ante el Juez y el Fiscal –que, como sabe, defiende los intereses de las víctimas– el acusado reconocería su responsabilidad por sus hechos, asumiendo sus consecuencias. Usted no tendría que prestar declaración como testigo de cargo, evitando las incomodidades e inconvenientes que ello genera, y conocería con antelación la decisión y el contenido de la sentencia que se dicte, pues habrá sido protagonista del proceso. Si la mediación no concluyera con un acuerdo satisfactorio para ambas partes, se cerrará, reanudándose el cauce legal ordinario, es decir, se celebraría el juicio al que usted sería citado como testigo.

Le reiteramos que este proceso es voluntario. La decisión que usted adopte cuenta de antemano con nuestro respeto y comprensión, pero agradeceremos su disposición al diálogo y a explorar con nosotros nuevas fórmulas procesales. En los próximos días recibirá una llamada de los mediadores para conocer si desea o no colaborar en esta experiencia. Gracias por su atención. Atentamente, le saluda,

El secretario judicial

DOCUMENTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO DE PARTICIPACIÓN DE LA PERSONA INFRACTORA EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN PENAL

D/Dña..... con DNI Mediador/a, perteneciente a la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos, en virtud del acuerdo de colaboración con el Juzgado XX de Madrid y el servicio de Planificación del Consejo General del Poder Judicial, a los efectos de desarrollar la mediación penal en el ámbito judicial:

MANIFIESTA:

Primero.— Que puestos en contacto con la persona acusada en el procedimiento que se sigue contra ella en el Juzgado X, DP/PA/JF, y con el consentimiento de su Abogado, hemos mantenido una entrevista personal en el que D/Dña..... ha sido informado/a de las normas de voluntariedad, confidencialidad, oficialidad, respeto y gratuidad que inspiran el proceso de mediación. Asimismo se le han explicado las fases y la influencia que puede tener su participación en relación con la pena a imponer.

Segundo.— D/Dña..... manifiesta entender en qué consiste este proceso, así como la aceptación de las normas que lo inspiran y su deseo de participar de forma libre y voluntaria, pudiendo abandonar el mismo cuando lo desee, sin ninguna consecuencia ni merma en sus derechos procesales.

Tercero.— En cumplimiento con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter personal, le informamos que los datos que nos facilite en las

entrevistas, así como los datos que se pudieran aportar con posterioridad, pasarán a formar parte de un fichero propiedad de la Asociación de mediación para la Pacificación de Conflictos, y que se utilizarán para la imprescindible gestión y seguimiento de los servicios requeridos por usted. En el caso de que en los formularios se incluyesen datos de carácter personal referente a personas físicas distintas a usted, la Asociación deberá, con carácter previo a su inclusión, informarle en los extremos contenidos en los párrafos anteriores. Esta Asociación no se responsabilizará en ningún caso de la licitud, veracidad y exactitud de los datos suministrados por usted. Le informamos que puede ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición en la sede de esta Asociación. C/

En prueba de conformidad lo firma junto al mediador que va a participar en esta mediación.

En, a

Fdo. Mediador/a

Fdo. Infractor/a

DOCUMENTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO DE PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA MEDIACIÓN

D/Dña..... con DNI Mediador/a, perteneciente a la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos, en virtud del acuerdo de colaboración con el juzgado de X y el servicio de Planificación del Consejo General del Poder Judicial, a los efectos de desarrollar la mediación penal en el ámbito judicial,

MANIFIESTA:

Primero.— Que puesto en contacto con D/Dña..... que figura como víctima de un delito de en el procedimiento que se sigue en el Juzgado X – DP/PA/JF....., he mantenido una entrevista personal con él/ella en la que ha sido informado/a de las normas de voluntariedad, confidencialidad, respeto, oficialidad y gratuidad que inspiran el proceso de mediación. Asimismo se le han explicado las fases y la influencia que puede tener su participación en relación con la reparación del daño sufrido y la pena a imponer a la persona infractora.

Segundo.— D/Dña..... manifiesta entender en qué consiste este proceso, así como la aceptación de las normas que lo inspiran y su deseo de participar de forma libre y voluntaria, pudiendo abandonar el mismo cuando lo desee, sin ninguna consecuencia ni merma en sus derechos procesales.

Tercero.— En cumplimiento de lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter personal, le informamos que los datos que nos facilite en la entrevista de acogida, así como los datos que se pudieran aportar con posterioridad, pasarán a formar parte de un fichero propiedad de la Asociación de mediación para la Pacificación de Conflictos,. y que se

utilizarán para la imprescindible gestión y seguimiento de los servicios requeridos por usted. En el caso de que en los formularios se incluyesen datos de carácter personal referente a personas físicas distintas a usted, la Asociación deberá, con carácter previo a su inclusión, informarle en los extremos contenidos en los párrafos anteriores. Esta Asociación no se responsabilizará en ningún caso de la licitud, veracidad y exactitud de los datos suministrados por usted. Le informamos que puede ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición en la sede de esta Asociación. C/...

En prueba de conformidad lo firma junto al mediador que va a participar en esta mediación.

En... a de....:

Fdo. El mediador/a

Fdo. Perjudicado/a

MODELO DE ENTREVISTA PAUTADA CON LA PERSONA INFRACTORA

MEDIACIÓN:

PA/ DP/EJ/JF:

FECHA:

PREGUNTAS INFRACTOR/A: _____

Edad

Antecedentes penales

Detenciones policiales

Ha estado alguna vez en juicio

Formación

Trabajo

Apoyo

Historia social, familiar

Motivo de delinquir

Sentimiento derivado del delito

Si pudieses volver atrás cómo te gustaría haber actuado

Cómo crees que se siente la víctima

Has sido víctima de algún delito

Crees que la víctima te tiene miedo

Expectativas de futuro

Qué piensas de la justicia

Si tú fueses el Juez qué harías contigo mismo

Qué ventajas hay con la mediación para ti

Qué ventajas hay con la mediación para la víctima

Cómo crees que la víctima se sentiría absolutamente reparada

DOCUMENTO GUÍA DE EXPLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN A LA PERSONA INFRACTORA

La mediación consiste:

En un proceso en el que las partes –acusado y víctima– acuden de forma libre y voluntaria. De manera que las personas pueden en cualquier momento paralizar el proceso. También puede detener el procedimiento el mediador.

En una forma de solucionar conflictos en la que ambas partes ganan. Para ello hay que estar dispuesto a comprender la verdad, intereses y necesidades de la otra parte.

En un proceso dirigido por mediadores profesionales, imparciales, neutrales y objetivos; escucharán por igual a las dos partes y mantendrán absoluta confidencialidad sobre todo lo que ocurra en el procedimiento.

En un proceso compuesto de varias entrevistas individuales y conjuntas en función de la complejidad del conflicto.

La mediación ofrece:

1.– Aprender a asumir parte de responsabilidad de la conducta infractora y de la participación en el conflicto interpersonal.

2.– Aprender conductas destinadas al reconocimiento de la verdad.

3.– Aprender a escuchar para comprender la posición del “otro”.

4.– Aprender claves para la solución creativa y pacífica de las relaciones conflictivas.

5.– Ayuda a reducir los niveles de ansiedad y de tensión interna que suponen las conductas y pensamiento violentos.

6.— Puede suponer la disminución de la pena en uno o dos grados por la aplicación de la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP).

La mediación exige:

1.— Estar dispuesto al diálogo y mantener una actitud activa y creativa durante el proceso de mediación.

2.— Escuchar con respeto y en silencio al otro.

3.— Estar abierto a la posibilidad de reconocer la verdad de lo ocurrido y de situaciones previas conflictivas, así como de tu participación y responsabilidad en lo ocurrido. Es la única forma de que pueda existir entendimiento.

4.— Cumplir los acuerdos a los que usted llegue con la víctima.

La mediación impide:

1.— Presionar a la otra persona para que acuda a la mediación o para que tome determinados acuerdos. Si el mediador cae en la cuenta de ello dará por finalizado el proceso y la mediación no se considerará efectuada.

2.— Ejercer cualquier forma de violencia frente a la otra parte y al mediador.

MODELO DE ENTREVISTA PAUTADA CON LA PERSONA VÍCTIMA

MEDIACIÓN:

PA/JF/DP/EJ:

FECHA:

PREGUNTAS VÍCTIMA: _____

Edad

Tiene antecedentes penales

Has estado alguna vez detenido

Es la primera vez que sufre un delito

Ha estado alguna vez en juicio

Formación

Trabajo

Apoyo

Historia social, familiar

Sentimientos derivados de haber sufrido un delito

¿Tienes miedo al acusado? ¿Por qué?

¿Cómo crees que se siente el acusado?

Quieres conocer un poco la historia del acusado

Miedos respecto del futuro

Qué piensas de la justicia

Si tú fueses el Juez qué harías con la persona infractora

Qué ventajas ves en la mediación para ti

Qué ventajas ves en la mediación para la persona infractora

ACTA DE REPARACIÓN

En X, de x

REUNIDOS

De una parte, D/Dña....., mayor de edad, con DNI....., —**como denunciante** en la causa X que se tramita en el Juzgado X.

Y de otra, D/Dna....., mayor de edad, con DNI....., —**como denunciado** en la causa X que se tramita en el Juzgado X.

En presencia de D/Dña.....con DNI Mediador/a, perteneciente a la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos:

ACUERDAN

Después de haber participado en el proceso de mediación de forma libre y voluntaria, presididos por los principios de confidencialidad y gratuidad, y tras el desarrollo de las sesiones individuales en la que expusieron sus respectivos pareceres sobre los hechos, después de plantear distintas alternativas para efectuar una reparación adecuada a las necesidades y posibilidades de ambos, PACTAN los siguientes acuerdos:

Lo que ambos firman en el lugar y fechas indicados en el encabezamiento.

ACTA DE REPARACIÓN DE MEDIACIÓN INDIRECTA

En Madrid a

REUNIDOS

De una parte, Don — , —**como denunciada y parte apelada--**, con el/la mediadora Doña X.

Y de otra, Don-----, **como denunciante y parte apelante-**, con la mediadora Doña X.

Ambas partes en días diferentes y en presencia del Mediador, perteneciente a la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos:

ACUERDAN

Después de haber participado en el proceso de mediación de forma libre y voluntaria, presididos por los principios de confidencialidad y gratuidad, y tras el desarrollo de las sesiones individuales, en la que expusieron sus respectivos pareceres sobre los hechos, y sin llegar a la entrevista conjunta por expreso deseo de las partes, después de plantear distintas alternativas para efectuar una reparación adecuada a las necesidades y posibilidades de ambas, PACTAN los siguientes acuerdos:

Estos compromisos los aceptan ambas partes, firmando el presente acta de reparación, en el lugar y fecha indicada en el encabezamiento:

BIBLIOGRAFÍA

ACLAND FLOYER, Andrew: *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Paidós, Barcelona, 1993.

AGUILERA, Manuela: “Demasiadas personas en prisión” en *Revista crítica*, nº 973, año LX, Madrid, mayo-junio 2011.

ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen: *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen; GRACIA MARTÍN, Luis y BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: “La reparación en derecho penal y la atenuante del art. 23.5 CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación”, *Revista del Poder Judicial*, 3ª época, número 63, 2001.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: “La mediación penal y la atenuante de reparación. Similitudes y criterios de aplicación” en MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (Dir.): *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid, 2011. En prensa.

ALONSO FERNÁNDEZ, José Antonio: *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño. Interpretación jurisprudencial y doctrinal de las circunstancias del artículo 21.4 y 21.5 del Código Penal*, Bosch, Madrid, 1999.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier: *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, Granada, 2001.

ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicinio: *Instituciones de Derecho Romano*, Volumen III, Derecho Reunidas, Madrid, 1977.

ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, Ramón: *Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*, UPV/EHU, Bilbao, 1998.

ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, Ramón: *Resolución del conflicto. Programa para Bachillerato y Ed. Secundaria*. Tomos I y II, Mensajero, Bilbao, 2000.

ANDERSON, Tom: *El equipo reflexivo*, Gedisa, Barcelona, 1994.

ARMENTA DEU, Teresa: *El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas*, Poder Judicial, nº 41-42, Madrid, 1996.

ASÚA BATARRITA, Adela: "El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas", *Estudios de Deusto*, XXXII/2, Bilbao, 1984.

ASUA BATARRITA, Adela: "Cárceles, ¿para qué? La permanente contradicción entre los fines teóricos de la pena y los efectos reales de la prisión", *Juventud y sociedad, del neón al neolítico, crisis social*. Servicio de Juventud del Ayuntamiento de Zaragoza, 1990.

BAKKER, Nicola: "Repairing the breach and reconciling the discordant: mediation in the criminal justice system", *North Carolina Law Review*, nº 72, EEUU, 1994.

BARONA VILAR, Silvia: *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

BARONA VILAR, Silvia: "Solución extrajudicial de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje" en

GONZÁLEZ—CUELLAR (dir.): *Mediación un método de solución de conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010.

BECCARIA, Cesare: *De los delitos y las penas*, Alianza, Salamanca, 2002.

BELTRÁN VERDES, ESTEBAN: *Derechos torcidos: tópicos, medias verdades y mentiras sobre pobreza, política y derechos humanos*, Debate, Barcelona, 2009.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 3ª ed., Praxis, Barcelona. 2004.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio: *Protagonismo de las víctimas de Hoy y Mañana (evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

BERNAL SAMPER, Trinidad: *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2002.

BIANCHI, ROBERTO: *Mediación prejudicial y conciliación*, Zavalía, Buenos Aires, 1997.

BILBAO Galo, ETXEARRIA Xabier, ECHANO Juan y AGUIRRE Rafael: *El perdón en la vida pública*. Aula de Ética, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.

BINDER, Alberto: *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2000.

BUSH, Robert y FOLGER, Joseph: *The promise of mediation: responding to conflict through empowerment and recognition*, Jossey Bass, San Francisco, 1994. Traducción en castellano *La promesa de la mediación*, Granica, Buenos Aires, 1996.

BUSTELO ELICABE-URRIOL, Daniel: *La mediación familiar interdisciplinaria*, BMS Ediciones, Madrid, 1995.

BUSTELO ELICABE-URRIOL, Daniel: “El panorama actual de la mediación familiar” en *Revista de servicios sociales y política social del Consejo General del Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social*, nº 3, 2002.

BUTRÓN BALIÑA, Pedro: *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Mcgraw-Hill, Madrid, 1998.

CALAMANDREI, Piero: *Elogio a un magistrado por parte de un abogado*, El Foro, Buenos Aires, 1997.

CAMARA ARROYO, Sergio: “Justicia juvenil restaurativa” en *La Ley Penal*, nº 85, año 8, septiembre 2011.

CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*. Thomson Civitas—Aranzadi, Pamplona, 2008.

CARNELUTTI, Francesco: *Las miserias del proceso penal*, 5ª ed., Temis, Bogotá, 2005.

CARRASCO ANDRINO, María del Mar: “La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación” en *La mediación del delincuente-víctima en USA*, *Revista de Jueces para la democracia*, número 34, marzo 1999.

CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho penal español. Parte General*, I, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1996.

CHRISTIE, Nils: *Los límites del dolor*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1984.

CHRISTIE, Nils: *Los conflictos como pertenencia*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1992.

CHRISTIE, Nils: *Una sensata cantidad de delito*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

CID MOLINÉ, José: *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Centro de publicaciones de la secretaría general técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

CID MOLINÉ, José y LARRAURI PIJOÁN, Elena: *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997.

CID MOLINÉ, José: “Prevención de delitos y utilitarismo: una confusión censurable”, *Revista de Jueces para la Democracia*, marzo, 1999.

CID MOLINÉ, José: “Medios alternativos de solución de controversias y derecho penal”. XI Jornadas del anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Noviembre 2006.

COBB, Sara: “Una perspectiva narrativa de la mediación. Hacia la materialización de la metáfora de “narración de historias”, dentro del curso *Negociación y resolución de conflictos*, Universidad de California, Santa Bárbara, 1995.

CORIA, Clara: *Las negociaciones nuestras de cada día*, 31^a ed., Paidós, Buenos Aires, 1997.

CORNELIUS, Helena: *Tú ganas, yo gano. Cómo resolver conflictos creativamente*, 8^a ed., Gaia, Madrid, 2010.

CRESPO BARQUERO, Pedro: “Las garantías en la instrucción por el Fiscal. Un intento de aproximación crítica a la posición y el papel del Ministerio Fiscal en la implantación del sistema acusatorio”. *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal VI. La investigación del Fiscal*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1998.

DE BONO, Edward: *Seis pares de zapatos para la acción. Una solución para cada problema y un enfoque para cada solución*, Paidós, Barcelona, 1992.

DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo: *La conformidad del acusado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: “Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad”. Ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre problemas modernos y actuales de la prueba penal. Universidad Jaume I. Castellón de la Plana. 24 de octubre de 2006. www.ucm.es/info/procesal

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: “Mediación y justicia: síntomas patológicos” en *Otrosí*, nº 8, octubre—diciembre 2011.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo: “La justicia restaurativa penal”, *La Ley Penal*, nº 73, Madrid, 2010.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio: “Respuestas de los expertos en Cuestiones sometidas al pronunciamiento de los expertos”, en SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción (Coord.) y VVAA: *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2008.

DÍEZ PICAZO, Luis María: *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Trotta, Madrid, 2003.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: “El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana” en *Revista Electrónica de Ciencias penales y criminología*, 06-03, 2004, (<http://criminet.ugr.es/recpc>).

DUFFY, Karen; GROSCH, James y OLCZAK, Paul: *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, Paidós, Barcelona, 1996.

EIRAS NORDENSTALHL: *La mediación penal. De la teoría a la práctica*, E.J. Perrot, Buenos Aires, 2005.

ESQUINAS VALVERDE, Patricia: *Mediación entre la víctima y el agresor en la violencia de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

ESTIRADO DE CABO, César: “Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento” dentro de *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*. Estudios de derecho judicial 136-2007, Centro de documentación judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier: “Justicia restaurativa y fines del derecho penal”, en MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (Dir.): *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*. Editorial Reus, Madrid, 2011.

FERNÁNDEZ RIQUELME, Sergio: *Teoría y práctica de la mediación. La gestión alternativa de los conflictos sociales*. Edit.um, Murcia, 2009.

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

FERREIRO BAAMONDE, Xulio: *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005.

FISAS, Vicenç: *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Icaria, Barcelona, 1998.

FISHER, Roger: *Más allá de Maquiavelo*, Granica, Buenos Aires, 1996.

FISHER, Roger y URY, William: *Obtenga el sí: el arte de negociar sin ceder*, Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 2011.

FOLGBER, Jay y TAILOR, Alison: *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, Paidós, Buenos Aires, 1997.

FOLGER, Joseph y JONES, Tricia: *Nuevas direcciones en Mediación. Investigación y perspectivas comunicacionales*, Paidós, Buenos Aires, 1994.

FORLENZA, Sara: “Procesos paralelos en la mediación y en la psicoterapia” en *La mediación y sus contextos de aplicación*, Paidós, Buenos Aires, 1996.

FREIRE PÉREZ, Rosa María: “Soluciones consensuadas al conflicto en el ámbito intrajudicial: la mediación penal”. Ponencia del Curso sobre *Alternativas a la judicialización de los conflictos*, Barcelona, 2006.

FULLEDA, Antonio: *Justicia de proximidad y mediación*, Universidad de Montpellier II. www.eduso.net

FUNES I ARTIAGA, Jaume: “Mediación y justicia juvenil”, Revista Fundación Jaume Callís, Barcelona, 1995.

GALLEGO, Manuel; CABRERA, Pedro José; RIOS, Julián Carlos y SEGOVIA, José Luis: *Andar 1 km en línea recta. La cárcel del siglo XXI que vive el preso*, Biblioteca Comillas, Derecho, 03, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2010.

GARCÍA ALBERO, Ramón y TAMARIT SUMALLA, Josep María: *La reforma de la ejecución penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

GARCÍA ARÁN, Mercedes y BOTELLA CORRAL, Joan (Dir.): *Malas noticias, medios de comunicación, política criminal y garantías penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GARCÍA ARÁN, Mercedes: “Despenalización y privatización: ¿Tendencias contrarias?”, en ARROYO ZAPATERO, NEUMANN y NIETO MARTÍN (coord.): *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2003.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio: “El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria (el penado como víctima del sistema legal)” en Cuadernos de Derecho Judicial: *La victimología*, nº 15, Consejo General del Poder Judicial, 1993.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Espasa Calpe, Madrid, 1998.

GARLAND, David: *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005.

GARRIDO GUZMÁN, Luis: “Concepto y alcance de la criminología. Evolución histórica y relaciones con el derecho penal” en *Criminología y derecho penal. Análisis del fenómeno delictivo desde un enfoque interdisciplinar*, Edijus e Icse, Zaragoza, 1998.

GARRO CARRERA, Enara: *Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española. (Art. 21.5 del Código Penal)*, Universidad del País Vasco, 2005.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Derecho Procesal. Proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993.

GIMENO SENDRA, Vicente: *El Ministerio Fiscal-Director de la Instrucción*, Iustel, Madrid, 2006.

GÓMEZ MÉNDEZ, María Paula: “Comisiones de verdad, ¿qué tanto aportan a la verdad, la justicia y la reconciliación?” en *Estado del mundo*, Oasis, 2005-06. N° 11. Centro de Investigación y proyectos especiales, CIPE. Facultad de finanzas, gobierno y relaciones internacionales, Universidad Externado, Colombia, 2006.

GONZÁLEZ-CAPITEL, Celia: *Manual de Mediación*, Atelier, Barcelona, 1999.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás; SANZ HERMIDA, Ágata y ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos (coord): *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ VIDOSA, Fely: “Mediación. Primera experiencia de adultos en España”, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, n° 39 y 40, septiembre, 1995, Madrid.

GONZÁLEZ VIDOSA, Fely: *¿Qué es la ayuda a la víctima?*, Atelier, Barcelona, 2001.

GORDILLO SANTANA, Luis: *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007.

GUILLAMAT RUBIO, Ansel: “Mediación en conflictos en la jurisdicción penal ordinaria”. Apuntes de psicología 2000. Vol. 18, n° 2 y 3, pp. 399-406. Diciembre 2000. Edit. Universidad de Sevilla y COP de Andalucía Occidental, 2000.

GUILLÉN GESTOSO, Carlos; MENA CLARES, Javier Eugenio; RAMOS RUIZ, Esther y SÁNCHEZ SEVILLA, Sergio: “Aproximación genérica a la mediación” en SÁNCHEZ PÉREZ, Javier (coord.):

Aproximación interdisciplinaria al conflicto y a la negociación, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005.

GUIMERA I GALIANA, Alejandro: “La mediación reparación en el derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Cataluña. Universidad Autónoma de Barcelona”. Revista electrónica de Investigación Criminológica, nº 3, 2005, <http://www.criminologia.net>

HARCOURT, Bernard: *Illusion of order: the false promise of broken Windows Policing*, Harvard, 2001.

HASSEMER, Winfried: “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos” en VV/AA: *Pena y Estado*, Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur, 1995.

HERRERA MORENO, Myriam: “Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación”, Revista de derecho penal y criminología, nº 6, Madrid, 1996.

HERRERA MORENO, Myriam: *La hora de la víctima. Compendio de victimología*, Edersa, Madrid, 1996.

HIGHTON, Elena; ÁLVAREZ, Gladis y GREGORIO, Carlos: *Resolución Alternativa de Conflictos y sistema penal: la mediación penal y los programas víctima-victimario*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.

HULSMAN Y BERNAT DE CELIS: *Sistema penal y seguridad ciudadana*, Ariel, Barcelona, 1984.

JAKOBS, Günther: *Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

JAKOBS, Günther: *Derecho penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

KAUFMANN, Armin: *Política criminal y reforma del Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1982.

KERNER, Hans-Jürgen: “Conciliación víctima ofensor y reparación de daños en el derecho penal alemán. Consideraciones sobre la nueva situación jurídica y las experiencias de la aplicación práctica” (Traducción española por POLAINO NAVARRETE), Cuadernos de Política Criminal n° 62, Edersa, Madrid, 2004.

KNAPP, Mark: *La comunicación no verbal. El cuerpo y el entorno*, Paidós, México, 1995.

KOLB, Deborah: *Cuando hablar da resultado. Perfiles de mediadores*, Paidós, Buenos Aires, 1996.

LAMARCA PÉREZ, Carmen: “Una alternativa a la solución judicial de los conflictos: la mediación penal”, *La Ley Penal*, n° 44, Madrid, 2007.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo: *La moderna victimología*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

LARRAURI PIJOÁN, Elena: “Victimología: ¿quiénes son las víctimas? ¿Cuáles son sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades?” en revista *Jueces para la Democracia*, n° 15, 1992.

LARRAURI PIJOÁN, Elena: “La reparación” en *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997.

LARRAURI PIJOÁN, Elena: “Tendencias Actuales de la justicia restauradora”, dentro del proyecto de investigación *Protección a la víctima y rehabilitación de los delincuentes en libertad*. Universidad Autónoma de Barcelona, 2001.

LAUCIRICA ARRIOLA, Nerea: “Propuesta de regulación legal de la figura y funciones de la persona mediadora” en “Cuadernos penales Jose María Lidón”, nº 8, Universidad de Deusto, Bilbao, 2011.

LEDERACH, Paul: *Mediación*, Centro de Investigación para la Paz “Gernika Gogoratuz”, Gernika, 1996.

MAGRE, Jaume; CASANOVAS, Pompeu y LAUROBA, María Elena: *Libro Blanco de la Mediación Penal en Cataluña*, Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, 2010. Puede consultarse a través de la página www.llibreblancmediacio.com

MAGRO, Vicente; HERNÁNDEZ, Carmelo y CUÉLLAR, J. Pablo: *Mediación penal. Una visión práctica desde dentro hacia fuera*, ECU, Alicante, 2011.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007.

MARTÍN DIZ, Fernando: *La mediación: sistema complementario de Administración de justicia*, Centro de documentación judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2009.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: “La víctima en el proceso penal” en *Actualidad Penal*, publicación técnico jurídica de derecho penal, 1990.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: “Justicia reparadora, mediación y sistema penal: diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?” en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Tomo I, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (Dir.) y VVAA: *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Editorial Reus, Madrid, 2011.

MATHIESEN, Thomas: “Diez razones para no construir más cárceles”, *Revista de nueva doctrina penal*, nº 1, Buenos Aires, 2005.

MATTHEWS, Roger: *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*, Bellaterra, Barcelona, 2003.

MEJÍAS GÓMEZ, Juan Francisco: *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho, Madrid, 2009.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte General*, 8ª ed., PPU, Barcelona, 2008.

MOORE, Christopher: *El proceso de mediación*, Granica, Barcelona, 1996.

MUNDUATE JACA, Lourdes y MEDINA DÍAZ, Francisco José: *Gestión del conflicto, negociación y mediación*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2009.

NICOLÁS, Antonio y BARROSO Susana: *Balance y perspectivas de la filosofía de X. Zubiri*, Comares, Granada, 2004.

NOVEL MARTÍ, Gloria: *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido*, Colección de Mediación y resolución de conflictos, Reus, Madrid, 2010.

OLIVER OLMO, Pedro: *La pena de muerte en España*, Síntesis, 2008.

PALMA CHAZARRA, Luhé: *La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*, Tesis doctoral dirigida por el Dr. Don Borja Mappeli Caffarena y presentada en la Universidad de Sevilla, 2007, Sevilla.

PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther: “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: la mediación, Estudios de Derecho Judicial 111-2006, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther: “Fase de negociación en la mediación penal con adultos. El encuentro entre las dos partes: persona víctima y persona infractora” en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Estudios de Derecho Judicial 136-2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

PÉREZ MANZANO, Mercedes: “Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena”, Colección de Estudios, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1986.

PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe: *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999.

PETERS, Tony: “Mediación para la reparación: la presentación y discusión de un proyecto de investigación y de acción”, Universidad Católica de Lovaina, Bélgica, 1994.

PIÑEYROA SIERRA, Carlos, VALIMAÑA TORRES, Susana y MARTÍNEZ DE ALBORNOZ, Ana Mateo: *El valor de la palabra que nos humaniza. Seis años de justicia restaurativa en Aragón*, Hablamos, Zaragoza, 2011.

POPPER, Karl: *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1962.

QUERALT, Joan Josep: *Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos en política criminal y un nuevo Derecho Penal* —libro homenaje a CLAUS ROXIN—, Bosch, Barcelona, 1997.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea” en *Responsabilidad*

civil “ex delicto”, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, XVI-2004, Madrid, 2005.

REDORTA LORENTE, Josep: *Cómo analizar los conflictos*, Paidós, Barcelona, 2007.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos y CABRERA CABRERA, Pedro José: *Mil voces presas*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos y CABRERA CABRERA, Pedro José: *Mirando el abismo*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2002.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther y BIBIANO GUILLÉN, Alfonso: *La mediación penitenciaria. Reducir violencias en el sistema carcelario*, Colex, Madrid, 1ª ed., 2005.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos: “La mediación penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal” en *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*. Estudios de Derecho Judicial 111-2006, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; BIBIANO GUILLÉN, Alfonso; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis y PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther: *La mediación penal y penitenciaria: Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, 2ª edic., Colex, Madrid, 2008.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGO DÍAZ, Manuel; CABRERA CABRERA, Pedro y JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat: “Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia –2005-2008–”, Servicio de planificación y análisis de la actividad judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008. Puede consultarse a

través de la página web del Consejo General del Poder Judicial en www.cgpj.es

ROBLES PLANAS, Ricardo y SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Coord.): *La crisis del derecho penal contemporáneo*, Atelier, Barcelona, 2010.

RODRÍGUEZ MANZANERA: *Victimología. Estudio de la víctima*, 3ª ed., Porrúa, México, 1996.

ROIG TORRES, Margarita: *La reparación del daño causado por el delito. Aspectos civiles y penales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

ROPERO CARRASCO, Julia: “¿Hay que “merecer” la protección del Derecho penal?: Derechos y deberes de las víctimas”, en *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*. IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2008.

ROSEMBERG, Marshall: *Comunicación no violenta*, Urano, Barcelona, 2000.

RÖSSNER, Dieter; GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y BERISTAIN IPIÑA, Antonio: *La mediación penal*. Generalitat de Catalunya. Departamento de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada, 1999.

ROXIN, Claus: *La teoría del delito en la discusión actual*, Grijley, Lima, 2007.

ROXIN, Claus: “Tiene futuro el Derecho Penal”, en *Revista del Poder Judicial*, 3ª época, nº 49, 1998.

SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción (Coord.) y VVAA: *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008.

SÁEZ RODRÍGUEZ, Concha: “Mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España, 1998-2011”, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, nº 8, Universidad de Deusto, Bilbao, 2011.

SÁEZ RODRÍGUEZ, Concha: “La estrategia penal contra la violencia de género en su complicado encaje con la mediación penal” en MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (Dir.): *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid, 2011. En prensa.

SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón: “La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia”, en *Estudios de Derecho Judicial: Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, nº 111, 2006, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

SAN MARTÍN LARRINOA, María Begoña: *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos*, Publicaciones del Departamento de Justicia, economía, trabajo y seguridad social del Gobierno Vasco, Vitoria, 1997.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, María Pilar: “Mediación penal comunitaria: desde dónde y hacia dónde”, en *Estudios de Derecho Judicial: Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, nº 111, 2006, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, María Pilar: “La entrevista individual. Técnicas de intervención” en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*. Estudios de Derecho Judicial 136-2007, Centro de documentación judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2008.

SÁNCHEZ CONCHEIRO, María Teresa: *Para acabar con la prisión. La mediación el de Derecho penal. Justicia de proximidad*, Icaria, Barcelona, 2006.

SÁNCHEZ CONCHEIRO, María Teresa: “La mediación en el Derecho Penal. Relato de experiencias pioneras”, *Iuris, Actualidad y práctica del derecho*, Nº 50, La Ley, Madrid, 2001.

SANZ HERMIDA, Ágata: *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

SCHNITMAN, Dora Fried: *Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos. Perspectivas y prácticas*, Granica, Buenos Aires, 2000.

SEGOVIA BERNABÉ, José Luis y SÁNCHEZ ALVÁREZ, Pilar: *La mediación penal comunitaria de adultos: experiencia y propuestas de lege ferenda, puede consultarse a través de la página:*
http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PU/dppu06/MEDIACION_PENAL_ANALISIS_Y_PROPUUESTAS.doc

SEGOVIA BERNABÉ, José Luis: “La mediación en el Derecho penal de adultos: análisis de una experiencia y propuestas de lege ferenda”;
<http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales>.

SEGOVIA BERNABÉ, José Luis y otros (VV/AA): *Mediación penal y penitenciaria, 10 años de camino*, Fundación Ágape, Madrid, 2010.

SERRANO TÁRRAGA, María Dolores: *La pena capital en el sistema penal español*, UNED, Madrid, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “¿Consideraciones victimológicas en la teoría del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática”, en *Criminología y derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de “reparación”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 45, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

SINGER, Linda: *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, Barcelona, 1996.

SIX, Jean Francois: *Los mediadores*, Sal Terrae, Santander, 2005.

SOLÉ RIEGA, Jaume: *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997.

SOLETO MUÑOZ, Helena y OTERO PARGA, Milagros: *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007.

SOLETO MUÑOZ, Helena (Directora) VV/AA: *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.

SORIA VERDE, Miguel Ángel; GUILLAMAT RUBIO, Ansel; ARMADANS TROMOLOSA, Inma; SENDRA MONTES, Joan; LLENAS HERBERA, Merçe; CASADO CORONAS, Clara; MARTÍNEZ CAMPS, Montserrat y FONS JIMÉNEZ, Genma: “La mediación penal, un estudio sobre la reincidencia” en *Butlletí de difusió de Recerques*, nº 41, febrero de 2008, del Centro de Estudios jurídicos y formación especializada de la Generalitat de Catalunya.

STANGELAND, Per: “La criminología europea: entre la utopía y la burocracia”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 1, 207-21, 1998.

SOMMER: *Personal space: The behavioral basis of design*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, Nueva Jersey, 1969.

SUARES, Marinés: *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Barcelona, 1996.

SUARES, Marinés: *Mediando en sistemas familiares*, Paidós, Buenos Aires, 2002.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José: “La victimología y el proceso penal. Breves reflexiones victimológicas sobre dos sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”, *Actualidad Penal*, número 19, 1998.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José: “Los derechos de las víctimas: su plasmación en el proceso penal”, en *Revista del Poder Judicial*, Tercera Época, número 54, segundo trimestre, 1999.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José: “Las víctimas en el sistema penal. En especial, la Justicia restaurativa”, en *Estudios de Derecho Judicial: Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal*, nº 121, 2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

TAMARIT SUMALLA, Josep María: “La reparación a la víctima en el Derecho Penal” en *Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales*, Fundació Jaime Callís, 1994.

TODOLÍ GÓMEZ, Arturo: *Reflexiones sobre la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal y su ejercicio por el Ministerio Fiscal*,

Artículos Doctrinales de Derecho Penal, –noticias.juridicas.com-, octubre, 2008.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *La tortura judicial en España*, Ariel, Madrid, 2000.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de Historia del Derecho Español*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1983.

TOUZARD, Hubert: *La mediación y la solución de conflictos*, Herder, Barcelona, 1981.

ULF CHRISTIAN, Eiras Nordenstahl: *Mediación penal. De la teoría a la práctica*. Edit. Histórica, Colección Visión compartida, Buenos Aires, 2005.

URBANO CASTRILLO, Eduardo: “La justicia restaurativa penal”, *La Ley Penal*, nº 73, Madrid, 2010.

URY, William: *Supere el no!*, Norma, Bogotá, 1993.

URY, William: *Como resolver las disputas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1995.

URY, William: *Alcanzar la paz: resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2005.

VARONA MARTÍNEZ, Gema: *La mediación reparadora como estrategia de control social*, Comares, Granada, 1998.

VARONA MARTÍNEZ, Gema; VOZMEDIANO SANZ, Laura y ORBEGOZO OROÑOZ, Izaskun: “Justicia Restaurativa a través de los servicios de Mediación Penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad. Octubre 2008– Septiembre 2009”, San Sebastián, 2009. Dicho informe puede consultarse a través de la página web del Gobierno Vasco en ww.justizia.net

VEGAS TORRE, Jaime: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993.

VILLAMAR MONTOSO, Pedro Roque: “La víctima y el proceso penal,” en *Responsabilidad civil “ex delicto”*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, XVI, Madrid, 2005.

VINYAMATA CAMPS, Eduard: *Manual de prevención y resolución de conflictos*, Ariel Practicum, Barcelona, 1999.

WACQUANT, Loic: *Las cárceles de la miseria*, Alianza, Madrid, 2000.

WATZLAWICK, Paul; HELMICK BEAVIN, Janet y JACKSON, D.: *Teoría de la comunicación humana, interacciones, patologías y paradojas*, 5ª ed., Herder, Barcelona, 1985.

WATZLAWICK, Paul; HELMICK BEAVIN, Janet y JACKSON, D.: *Teoría de la comunicación humana, interacciones, patologías y paradojas*, 9ª ed., Herder, Barcelona, 1993.

WILSON, James y KELLING, George: “Broken windows: the police and neighborhood safety” en “*The Atlantic Monthly*”. Marzo. 1982. (<http://theatlantic.com/politics/crime/Windows.htm>).

WRIGHT, Martin y GALAWAY, Burt: *Mediation and criminal justice: victims, offenders and community*, Sage Publications, Londres, 1989.

ZACARÉS, Amparo: *Mediación en la escuela y en la justicia juvenil. Guía para alumnos y educadores*, Carena, Valencia, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo y MARTINI, Carlo María: *La exigencia de justicia*, Trotta, Madrid, 2006.

ZIMRING, Franklin: *The contradictions of American Capital punishment*, Oxford University Press, 2003.